Erstes Kapitel: Das Kunsturhebergesetz neben der Datenschutzgrundverordnung

Zur Beantwortung der Forschungsfrage ist in einem ersten Schritt zu untersuchen, welcher Anwendungsbereich dem Kunsturhebergesetz neben der Datenschutzgrundverordnung verbleibt.

Auf rechtlicher Ebene kollidiert das europäische Datenschutzrecht in der Fassung der Datenschutzgrundverordnung mit dem nationalen Bildnisschutz. Bereits vor Inkrafttreten der Datenschutzgrundverordnung wurde das Verhältnis vom Kunsturhebergesetz zum Datenschutzrecht unter der Fragestellung des Schriftformerfordernisses der Einwilligung diskutiert.[37] Die Aktualität der Problematik des Schriftformerfordernisses nimmt seit dem 25.05.2018 mit Geltung der DSGVO für weite Regelungsbereiche des Bildnisschutzes ab.[38] Im Grundsatz ist ein Schriftformerfordernis für die Einwilligung nach Art. 7 DSGVO nicht mehr vorgesehen. Die Problematik des Verhältnisses vom Kunsturhebergesetz zum Datenschutzrecht bleibt jedoch nicht nur bestehen, sondern verstärkt sich.

Bedingt durch einen technischen Wandel und die Digitalisierung überschneiden sich die beiden Regelungsgegenstände Bildnisse und personenbezogene Daten in großen Teilen.[39] Diese Überlappung bzw. Kollision der Schutzsysteme muss mit Hilfe des Gesetzes aufgelöst werden. In der DSGVO ist keine Ausnahmevorschrift iSv § 1 Abs. 3 BDSG 2003 vorgesehen, die zuvor den Anwendungsvorrang der §§ 22, 23 KUG normierte.[40]

---

37 BAG, Urt. v. 11.12.2014 – 8 AZR 1010/13, NJW 2015, 2140, 2141; *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1057; *Lorenz*, K&R 2016, 450, 452; *Renner*, ZUM 2015, 608, 608 ff.; *Ernst*, AfP 2015, 401, 402; *Benecke/Groß*, NZA 2015, 833, 837; *Schönewald*, ZUM 2013, 862, 865 ff.; *Lorenz*, ZD 2012, 367, 368 ff.

38 Ausnahme ist z.B. der Beschäftigtendatenschutz: Dreier/Schulze-*Specht*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 19 a; siehe dazu auch: *Specht-Riemenschneider/Jennessen*, Persönlichkeitsschutz im digitalen Umfeld in Zeiten der Mehrebenenregulierung, in: Aldenhoff/Edeler/Hennig/Ketsch/Raabe/Sobala, Digitalität und Privatheit, 2019, S. 111, 119 f.; Paal/Pauly-*Gräber/Nolden*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, § 26 Rn. 34 f.

39 Siehe zum technischen Wandel genauer im zweiten Kapitel bei C. I.; siehe zur Kollision der Regelungsgegenstände genauer im ersten Kapitel bei A. I., III. und IV.

40 *Lauber-Rönsberg*, AfP 2019, 373, 375; *Raji*, ZD 2019, 61, 62; *Ziebarth/Elsaß*, ZUM 2018, 578, 581; *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1060.

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Auch ist eine nationale Aufrechterhaltung einer Ausnahmevorschrift, in Form von § 1 Abs. 3 BDSG 2003, aufgrund der europarechtlich gewählten Gesetzesform der Verordnung unzulässig.[41] Dennoch ermöglichen gegebenfalls Art. 85 Abs. 1 DSGVO, Art. 85 Abs. 2 DSGVO und oder Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO die Aufrechterhaltung und Anwendbarkeit der §§ 22, 23 KUG.

Wird Art. 85 Abs. 2 DSGVO als abschließende Öffnungsklausel verstanden, kann das Kunsturhebergesetz bei einer Kollision mit der Datenschutzgrundverordnung nur noch partiell Anwendung finden.[42] Unmittelbar anwendbar bleiben alleine §§ 23 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 4, Abs. 2 KUG.[43] Sowohl § 22 KUG losgelöst von den Ausnahmetatbeständen des §§ 23 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 4, Abs. 2 KUG als auch den Ausnahmetatbeständen des §§ 23 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3, Abs. 2 KUG mangelt es an einer ausreichenden Verknüpfung mit den privilegierten Zwecken des Art. 85 Abs. 2 DSGVO.[44]

Mit der Auffassung, dass Art. 85 Abs. 1 DSGVO eine eigenständige fakultative und allgemeine Öffnungsklausel festschreibt, ist eine vollumfängliche Anwendbarkeit der §§ 22, 23 KUG zu rechtfertigen.[45] Art. 85

---

41 *Schantz*, NJW 2016, 1841, 1841.

42 *Krüger/Wiencke*, MMR 2019, 76, 77; *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1061; *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 209; *Schack/Dregelies*, Stellungnahme „Fotografieren in der Öffentlichkeit", Schleswig-Holsteinischer Landtag Umdruck 19/1294, S. 6, abrufbar unter: http://www.landtag.ltsh.de/infothek/wahl19/umdrucke/01200/umdruck-19-01294.pdf, zuletzt abgerufen am 30.09.2019; unterstützend: *Sundermann*, K&R 2018, 438, 442; *Golz/Gössling*, IPRB 2018, 68, 70; *Specht*, MMR 2017, 577, 577; Sydow-*Sydow*, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Einl. Rn. 46; vgl. auch: Götting/Schertz/Seitz-*Lauber-Rönsberg*, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 22 Rn. 46.

43 AA wohl: *Specht-Riemenschneider/Jennessen*, Persönlichkeitsschutz im digitalen Umfeld in Zeiten der Mehrebenenregulierung, in: Aldenhoff/Edeler/Hennig/Ketsch/Raabe/Sobala, Digitalität und Privatheit, 2019, S. 111, 118.

44 Eindeutig für § 23 Abs. 1 Nr. 2 KUG: *Golz/Gössling*, IPRB 2018, 68, 70.

45 *Krüger/Wiencke*, MMR 2019, 76, 78; *Golz/Gössling*, IPRB 2018, 68, 72; *Kahl/Piltz*, K&R 2018, 289, 290 ff., *Ziebarth/Elsaß*, ZUM 2018, 578, 581 ff.; *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1062; HK DS-GVO/BDSG-*Frey*, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 33; Wenzel-*von Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 124; Taeger/Gabel-*Taeger*, DSGVO – BDSG, 3. Aufl. 2019, Art. 6 Rn. 2; *Horvath*, Das Ende der freien Veröffentlichung von Personenbildnissen – für die meisten von uns, 09.03.2018, abrufbar unter: https://www.cr-online.de/blog/2018/03/09/das-ende-der-freien-veroeffentlichung-von-personenbildnissen-fuer-die-meisten-von-uns/, zuletzt abgerufen am 05.01.2020; *Albrecht*, DSGVO – häufig gestellte Fragen, häufig verbreitete Mythen, abrufbar unter: https://www.janalbrecht.eu/2018/05/dsgvo-haeufig-gestellte-fragen-hae

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Abs. 1 DSGVO erlaubt Abweichungen von allen Kapiteln der Datenschutzgrundverordnung. §§ 22, 23 KUG stellen eine europarechtskonforme Abweichungen iSd Art. 85 Abs. 1 DSGVO dar.[46] Sie schaffen den nach Art. 85 Abs. 1 DSGVO geforderten Ausgleich zwischen dem Selbstbestimmungsrecht der abgebildeten Person und dem Recht auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit einschließlich journalistischer, künstlerischer und literarischer Zwecke.[47]

Wird eine Anwendbarkeit des Kunsturhebergesetzes mit Hilfe von Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO angenommen, können die Wertungen der §§ 22, 23 nur noch mittelbar über die Interessenabwägung des Erlaubnistatbestands zur Anwendung kommen.[48] Da Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO keine Abweichungs- oder Konkretisierungsbefugnis für die Mitgliedstaaten statuiert, kann eine unmittelbare Anwendbarkeit von §§ 22, 23 KUG nicht ermöglicht werden.

Es ist festzustellen, dass sowohl der deutsche Gesetzgeber, die Kommentarliteratur zu Art. 85 DSGVO als auch die Kommentarliteratur zu §§ 22, 23 KUG vor Geltung der Datenschutzgrundverordnung (25.05.2018) zu

---

ufig-verbreitete-mythen/, zuletzt abgerufen am 30.12.2019; wohl auch KUG – DSGVO: *Cornils*, ZUM 2018, 561, 574 f.; Bundesministerium des Inneren, für Bau und Heimat, FAQs zur Datenschutz-Grundverordnung, 05.04.2018, abrufbar unter: https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/kurzmeldungen/DE/2018/04/faqs-datenschutz-grundverordnung.html, zuletzt abgerufen am 30.12.2019.

46 Befürwortend: *Ziebarth/Elsaß*, ZUM 2018, 578, 583 f.; BeckOK Urheberrecht-*Engels*, 26. Ed. Stand 15.10.2019, § 22 KUG Rn. 10 e; wohl auch: *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1062.

47 So im Ergebnis bereits: *Ziebarth/Elsaß*, ZUM 2018, 578, 583 f.; *Kahl/Piltz*, K&R 2018, 289, 292; *Horvath*, Das Ende der freien Veröffentlichung von Personenbildnissen – für die meisten von uns, 09.03.2018, abrufbar unter: https://www.cr-online.de/blog/2018/03/09/das-ende-der-freien-veroeffentlichung-von-personenbildnissen-fuer-die-meisten-von-uns/, zuletzt abgerufen am 05.01.2020.

48 *Raji*, ZD 2019, 61, 66; *Hansen/Brechtel*, GRUR-Prax 2018, 369, 370; *Golz/Gössling*, IPRB 2018, 68, 71; *Specht-Riemenschneider/Jennessen*, Persönlichkeitsschutz im digitalen Umfeld in Zeiten der Mehrebenenregulierung, in: Aldenhoff/Edeler/Hennig/Ketsch/Raabe/Sobala, Digitalität und Privatheit, 2019, S. 111, 123 f.; Dreier/Schulze-*Specht*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, Vor § 22 KUG Rn. 2; Wenzel-*von Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 137; vgl. dazu auch: Gola-*Pötters*, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 140; Bundesministerium des Inneren, für Bau und Heimat, FAQs zur Datenschutz-Grundverordnung, 05.04.2018, abrufbar unter: https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/kurzmeldungen/DE/2018/04/faqs-datenschutz-grundverordnung.html, zuletzt abgerufen am 30.12.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der Problematik nicht ausreichend Stellung bezogen haben.[49] Ziel des Gesetzgebers sollte es sein, hier so schnell wie möglich Rechtssicherheit zu schaffen. Denn die Frage der Anwendbarkeit der unterschiedlichen Regelungssystematiken ist nicht nur von wissenschaftlichem Interesse. Die Regelungssystematiken unterscheiden sich praxisrelevant im Bereich der Schutzdauer, beim Schutz kommerzieller Interessen, bei den erfassten Tatbestandshandlungen, der Widerruflichkeit und Zweckgebundenheit der Einwilligung, bei der Ausdifferenziertheit der Ausnahmetatbestände vom Einwilligungserfordernis und bei den Informationspflichten gegenüber dem Betroffenen.

A. Kollision Kunsturhebergesetz – Datenschutzgrundverordnung

Das Kunsturhebergesetz und die Datenschutzgrundverordnung kollidieren vielfach im Bereich digitaler Bilder, wenn lebende natürliche Personen erkennbar realitätsgetreu abgebildet werden.[50] Werden digitale Bilder dieser

---

49 So bereits: *Hildebrand*, ZUM 2018, 585, 588; Ausnahme ist, die erste Auflage von: Sydow-*Specht*, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 1. Aufl. 2017, Art. 85 DSGVO Rn. 11.

50 VG Hannover, Urt. v. 27.11.2019 – 10 A 820/19, BeckRS 2019, 31874 Tz. 29 ff.; LG Frankfurt a.M., Urt. v. 13.09.2018 – 2–03 O 283/18, K&R 2018, 733, 733 f.; *Krüger/Wiencke*, MMR 2019, 76, 77; *Raji*, ZD 2019, 61, 62; *Benedikt/Kranig*, ZD 2019, 4, 4; *Ziebarth/Elsaß*, ZUM 2018, 578, 578; *Golz/Gössling*, IPRB 2018, 68, 68; *Kahl/Piltz*, K&R 2018, 289, 291; *Aßmus/Winzer*, ZD 2018, 508, 509; *Sundermann*, K&R 2018, 438, 439 f.; *Hildebrand*, ZUM 2018, 585, 587 f.; *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1058; *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 76, S. 143, S. 146 und S. 249; BeckOK Urheberrecht-*Engels*, 26. Ed. Stand 15.11.2019, § 22 KUG Rn. 10 b; *Horvath*, Das Ende der freien Veröffentlichung von Personenbildnissen – für die meisten von uns, 09.03.2018, abrufbar unter: https://www.cr-online.de/blog/2018/03/09/das-ende-der-freien-veroeffentlichung-von-personenbildnissen-fuer-die-meisten-von-uns/, zuletzt abgerufen am 05.01.2020; *Mönikes*, Datenschutz-Grundverordnung: Das Ende der modernen Presse- und Öffentlichkeitsarbeit (wie wir sie kennen), 14.02.2018, abrufbar unter: https://www.telemedicus.info/article/3265-Datenschutz-Grundverordnung-Das-Ende-der-modernen-Presse-und-Oeffentlichkeitsarbeit-wie-wir-sie-kennen.html, zuletzt abgerufen am 26.01.2020; vgl. zur Kollission KUG – BDSG 2003: *Lorenz*, K&R 2016, 450, 454; *Ernst*, AfP 2015, 401, 402; *Renner*, ZUM 2015, 608, 609; *Benecke/Groß*, NZA 2015, 833, 836; *Golla/Herbort*, GRUR 2015, 648, 649; *Schönewald*, ZUM 2013, 862, 868; *Lorenz*, ZD 2012, 367, 369; *Ohly*, AfP 2011, 428, 437 f.; *Schnabel*, ZUM 2008, 657, 661 f.; *Rose*, Zähmt Smart Law allgegenwärtige Bilderfassung?, in *Taeger*, Tagungsband DSRI-Herbstakademie, 2016, S. 75, 80; siehe ausführlich zur Entwicklung digita-

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Art verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt (§ 22 S. 1 KUG), ist in der Regel ebenfalls eine Datenverarbeitung personenbezogener Daten nach Art. 2 Abs. 1, Art. 4 Nr. 1 und Nr. 2 DSGVO gegeben.[51] Im Einzelfall kann auch die Datenverarbeitung sensibler Daten iSd Art. 9 DSGVO, ErwGr 10 und ErwGr 51 einschlägig sein.[52] Diese Gesetzeskollision lässt sich mit dem Schlagwort „digitales Bildnis“[53] zusammenfassen.

Zu beachten ist jedoch, dass nicht voreilig aufgrund der Einschlägigkeit der §§ 22, 23 KUG auf die Anwendbarkeit der Datenschutzgrundverordnung geschlossen werden kann und umgekehrt.

Eine Gesetzeskollision zwischen dem Kunsturhebergesetz und der Datenschutzgrundverordnung scheidet aus, wenn nur einzelne aus dem „digitalen Bildnis“ herausgelöste Bilddaten verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt werden, das Verbreiten oder öffentliche Schaustellen des „digitalen Bildnisses“ ausschließlich persönlichen oder familiären Tätigkeiten dient oder die abgebildete Person nicht zumindest für ihren weiteren Bekanntenkreis erkennbar und zugleich für den Datenverarbeiter identifizierbar ist.

---

ler Bilder im zweiten Kapitel bei C. I.; siehe ausführlich zur Problematik der Erkennbarkeit im zweiten Kapitel bei D. III.

51 Siehe zu Lichtbildern auch ErwGr 51; siehe Bildnis als personenbezogenes Datum: LG Frankfurt a.M., Urt. v. 13.09.2018 – 2–03 O 283/18, K&R 2018, 733, 734; vgl. in Bezug auf Art. 3 Abs. 1, Art. 2 lit. a DSRL: EuGH, Urt. v. 14.02.2019 – C-345/17, ECLI:EU:C:2019:122 = ZUM 2019, 502 Tz. 28 ff. – *Buivids/Datu valsts inspekcija*; EuGH, Urt. v. 11.12.2014 – C-212/13, ECLI:EU:C:2014:2428 = NJW 2015, 463 Tz. 22 – *Rynes*.

52 Eine Pauschalierung ist zu vermeiden, vgl. insbesondere: ErwGr 51.

53 *Herbort* verwendet den Begriff „digitale Bildnisse“ fortlaufend in ihrer Untersuchung und wählt diesen auch als Titel ihrer Dissertation. Sie beschreibt damit weder die Gesetzeskollission zwischen DSGVO und KUG noch die Gesetzeskollision zwischen BDSG 2003 und KUG. Sie grenzt mit dem Titel und Leitwort „Digitale Bildnisse“ den Untersuchungsgegenstand ihrer Arbeit ein. Sie untersucht in ihrer Arbeit eine besondere Kategorie von Bildnissen und zwar ausschließlich „digitale Bildnisse, d.h. personenbezogene Digitalfotografie sowie nachträglich digitalisierte Personenfotografie“, *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 14 und S. 100 f.

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

I. Gesamtheit der Bilddatei

Ein „digitales Bildnis" iSd § 22 S. 1 KUG setzt die Gesamtheit der Bilddatei voraus.[54] Werden einzelne personenbezogene Daten aus der Bilddatei extrahiert, entfällt in der Regel die Gesetzeskollision, da das Kunsturhebergesetz nur für Bildnisse und nicht für Teildaten zur Anwendung kommt. In diesem Fall ist ausschließlich die Datenschutzgrundverordnung anwendbar, sofern ein Personenbezug nach der wohl herrschenden beschränkt-objektiven Theorie gegeben ist.[55]

II. Persönliche oder familiäre Tätigkeit

Die Kollision der beiden Regelungssysteme entfällt ebenfalls, wenn eine natürliche Person das „digitale Bildnis" zur Ausübung ausschließlich persönlicher oder familiärer Tätigkeiten verbreitet oder öffentlich zur Schau stellt, da die Anwendbarkeit der Datenschutzgrundverordnung für diesen Fall nach Art. 2 Abs. 2 lit. c DSGVO ausgeschlossen ist.[56] Das Kunsturhebergesetz kommt sodann zur Anwendung.

---

54 Vgl. dazu mit Blick auf das BDSG: *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 149.

55 Siehe zur beschränkt-objektiven Theorie des Personenbezugs: EuGH, Urt. v. 19.10.2016 – C-582/14, ECLI:EU:C:2016:779 = NJW 2016, 3579 Tz. 39 ff. – *Breyer/Deutschland;* dieser vermittelnde Ansatz wurde vorher bereits vertreten von: *Specht/Müller-Riemenschneider*, ZD 2014, 71, 72 ff.; vgl. zur Feststellung des Streits in der Literatur durch den BGH: „Umstritten war, ob bei der Prüfung der Bestimmbarkeit ein objektiver oder ein relativer Maßstab anzulegen ist", BGH, Urt. v. 16.05.2017 – VI ZR 135/13, MMR 2017, 605 Tz. 19; *Kipker/Kubis*, MMR 2017, 605, 609; *Schantz*, NJW 2016, 1841, 1842 f.; *Kring/Marosi*, K&R 2016, 773, 776; *Bergt*, ZD 2015, 365, 365 f.; *Brink/Eckhardt*, ZD 2015, 205, 205 f.; Sydow-*Ziebarth,* Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 33; Gola-*Gola,* DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 17; HK DS-GVO/BDSG/*Schwartmann-Mühlenbeck,* 1. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 23; Kühling/Buchner-*Klar/Kühling*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 4 Nr. 1 Rn. 25; Simitis/Hornung/Spiecker-*Karg,* Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2019, Art. 4 Rn. 58.

56 Hierzu näher: ErwGr 18; siehe zur Haushaltsausnahme bei der Aufnahme von Bildnissen: EuGH, Urt. v. 11.12.2014 – C-212/13, ECLI:EU:C:2014:2428 = NJW 2015, 463 Tz. 26 ff. – *Rynes*; *Raji*, ZD 2019, 61, 6; *Krüger/Wiencke*, MMR 2019, 76, 77; *Specht-Riemenschneider/Jennessen*, Persönlichkeitsschutz im digitalen Umfeld in Zeiten der Mehrebenenregulierung, in: Aldenhoff/Edeler/Hennig/Ketsch/Raabe/Sobala, Digitalität und Privatheit, 2019, S. 111, 119 f.; BeckOK Urheberrecht-*Engels*, 26. Ed. Stand 15.11.2019, § 22 KUG Rn. 10 c.

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

III. Erkennbarkeit und Personenbezug

Die Erkennbarkeit der abgebildeten Person und der Personenbezug der verwendeten Daten überschneiden sich häufig, obwohl auch sie nicht gleichzusetzen sind.[57] Das Kunsturhebergesetz und die Datenschutzgrundverordnung kollidieren nur dann, wenn erstens, das „digitale Bildnis" für den Bildnisverbreiter bzw. -zurschausteller ein personenbezogenes Datum nach Art. 2 Abs. 1, Art. 4 Nr. 1 DSGVO enthält und zweitens, die auf dem „digitalen Bildnis" abgebildete Person berechtigten Anlass zu der Annahme der Erkennbarkeit zumindest durch ihren weiteren Bekanntenkreis hat.[58]

Die Vorgehensweise zur Bestimmung des Personenbezugs von Daten ist innerhalb der Literatur umstritten.[59] Entscheidend ist nach der vermittelnden Ansicht des Europäischen Gerichtshofs, ob der Datenverarbeiter über rechtlich zulässige Mittel und Zusatzinformationen verfügt oder verfügen kann, die es ihm ermöglichen, die natürliche Person, der die Daten zugeordnet werden, zu bestimmen.[60] Dies hat der Europäische Gerichtshof

---

57 Wohl aA: *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 145 f.

58 Siehe auch: *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 96 und S. 145; vgl. hierzu in Bezug auf das BDSG 2003: *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 100 f.; vgl. ausführlich zu der Frage, wann ein Bild ein personenbezogenes Datum darstellt bzw. enthält: *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 25 f.

59 Vgl. zur Feststellung des Streits in der Literatur durch den BGH: „Umstritten war, ob bei der Prüfung der Bestimmbarkeit ein objektiver oder ein relativer Maßstab anzulegen ist", BGH, Urt. v. 16.05.2017 – VI ZR 135/13, MMR 2017, 605 Tz. 19; *Kipker/Kubis*, MMR 2017, 605, 609; *Schantz*, NJW 2016, 1841, 1842 f.; *Kring/Marosi*, K&R 2016, 773, 776; *Bergt*, ZD 2015, 365, 365 f.; *Brink/Eckhardt*, ZD 2015, 205, 205 f.; *Specht/Müller-Riemenschneider*, ZD 2014, 71, 72; Sydow-*Ziebarth*, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 33; Gola-*Gola,* DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 17; HK DS-GVO/BDSG/*Schwartmann-Mühlenbeck,* 1. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 23; Kühling/Buchner-*Klar/Kühling*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 4 Nr. 1 Rn. 25; Simitis/Hornung/Spiecker-*Karg,* Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2019, Art. 4 Rn. 58.

60 EuGH, Urt. v. 19.10.2016 – C-582/14, ECLI:EU:C:2016:779 = NJW 2016, 3579 Tz. 45 – *Breyer/Deutschland;* die abstrakte Möglichkeit der Identifizierbarkeit wird bei digitalen Bildnissen idR zu bejahen sein, vgl. dazu auch: *Sundermann*, K&R 2018, 438, 439; Der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit, Vermerk: Rechtliche Bewertung von Fotografien einer unüberschaubaren Anzahl von Menschen nach der DSGVO außerhalb des Journalismus, März 2018, S. 2 f., abrufbar unter: https://www.filmverband-suedwest.de/wp-content/uploa

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

im Vorabentscheidungsverfahren *Breyer/Deutschland* bei der Auslegungsfrage zur Personenbezogenheit von Daten nach Art. 2 lit. a RL 95/46/EG entschieden.[61] Die Rechtsprechung kann wohl für die Auslegung des Personenbezuges im Sinne der Datenschutzgrundverordnung übernommen werden,[62] da der europäische Gesetzgeber die Datenschutzrichtlinie hier mit der ähnlichen Formulierung von Art. 4 Nr. 1 DSGVO und Art. 2 lit. a DSRL fortführt.[63]

Für die Frage der Erkennbarkeit der abgebildeten Person ist hingegen nicht darauf abzustellen, ob der Bildnisverwender bzw. -zurschausteller die abgebildete Person identifizieren kann, sondern, ob die abgebildete Person begründeten Anlass zu der Annahme hat, dass wenigstens ihr weiterer Bekanntenkreis eine Zuordnung ihrer Person anhand der Abbildung vornehmen kann.[64] Die Erkennbarkeit der abgebildeten Person unterscheidet sich vom Personenbezug der Daten insofern, dass bei der Erkennbar-

---

ds/2018/05/Vermerk_DSGVO.pdf, zuletzt abgerufen am 30.12.2019; vgl. auch die ausführlichen Ausführungen zum Personenbezug bei der Datenverarbeitung in sozialen Netzwerken bei: *Golland*, Datenverarbeitung in sozialen Netzwerken, 2019, S. 56 ff.

61 EuGH, Urt. v. 19.10.2016 – C-582/14, ECLI:EU:C:2016:779 = NJW 2016, 3579 Tz. 39 ff. – *Breyer/Deutschland;* dieser vermittelnde Ansatz wurde vorher bereits vertreten von: *Specht/Müller-Riemenschneider*, ZD 2014, 71, 72 ff.

62 *Kühling*, ZD 2017, 24, 28; *Keppeler*, CR 2016, 360, 364; *Kring/Marosi*, K&R 2016, 773, 776; vgl. auch: Ehmann/Selmayr-*Klabunde,* Datenschutz-Grundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 7.

63 *Keppeler*, CR 2016, 360, 364; *Kring/Marosi*, K&R 2016, 773, 776; zustimmend: Ehmann/Selmayr-*Klabunde,* Datenschutz-Grundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 4 Rn. 8; Kühling/Buchner-*Klar/Kühling*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 4 Nr. 1 Rn. 2; Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-*Buchholtz/Stentzel,* Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 4 Nr. 1 Rn. 5.

64 OLG Stuttgart, Urt. v. 02.04.2014 – 4 U 174/13, GRUR-RR 2015, 80 Tz. 49; AG Kerpen, Urt. v. 04.11.2010 – 102 C 108/10, ZUM-RD 2011, 258, 259; LG Frankfurt a.M., Urt. v. 19.01.2006 – 2/03 O 468/05, NJW-RR 2007, 115, 115 f.; OLG Karlsruhe, Urt. v. 06.07.2001 – 14 U 71/00, ZUM 2001, 883, 887; BGH, Urt. v. 01.12.1999 – I ZR 49/97, GRUR 2000, 709, 714 – *Marlene Dietrich;* BGH, Urt. v. 26.06.1979 – VI ZR 108/78, NJW 1979, 2205, 2205 – *Fußballtorwart;* BGH, Urt. v. 09.06.1965 – Ib ZR 126/63, GRUR 1966, 102, 102 – *Spielgefährtin*; BGH, Urt. v. 10.11.1961 – I ZR 78/60, GRUR 1962, 211, 211 – *Hochzeitsbild*; *Vetter*, AfP 2017, 127, 129; Wandtke/Bullinger-*Fricke*, Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 22 KUG Rn. 7; BeckOK Urheberrecht-*Engels*, 26. Ed. Stand 15.10.2019, § 22 KUG Rn. 22 f.; Wenzel – *von Strobl-Albeg,* Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 16, Rz. 20 und Rz. 22; HK Urheberrecht-*Dreyer*, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 6; Raue/Hegemann-*Amelung*, Münchener Anwaltshandbuch Urheber- und Medienrecht, 2. Aufl. 2017, § 14 Rn. 9; Paschke/Berlit/Meyer-*Kröner*, Gesamtes Medienrecht, 3. Aufl. 2016, 32. Ab-

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

keitsfrage erstens eine andere Anknüpfungsperson zugrundezulegen und zweitens ein anderer Maßstab für die Identifizierbarkeit anzusetzen ist. Ob im digitalen Zeitalter für die kunsturheberrechtliche Erkennbarkeit zukünftig ein anderer Maßstab geboten ist, wird im zweiten Kapitel bei D. III. untersucht.

IV. Ergebnis

Das Kunsturhebergesetz und die Datenschutzgrundverordnung kollidieren folglich nur dann, wenn ein „digitales Bildnis", auf welchem eine lebende natürliche Person realitätsgetreu abgebildet ist, in seiner Gesamtheit verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt wird, die abgebildete Person berechtigten Anlass zu der Annahme der Erkennbarkeit wenigstens durch ihren weiteren Bekanntenkreis hat und der Bildnisverwender bzw. -zurschausteller über rechtlich zulässige Mittel und Zusatzinformationen verfügt oder verfügen kann, die es ihm ermöglichen, die abgebildete Person zu bestimmen. Weiter darf das Verbreiten oder öffentliche Schaustellen des „digitalen Bildnisses" nicht der Ausübung ausschließlich persönlicher oder familiärer Tätigkeiten dienen.

B. Partielle Anwendbarkeit über Art. 85 Abs. 2 DSGVO

Teile der Literatur vertreten die Ansicht, dass Art. 85 Abs. 1 DSGVO keine eigenständige Öffnungsklausel sei und Abweichungen und Ausnahmen von den Kapiteln II bis VII und IX der Datenschutzgrundverordnung im Hinblick auf das Medienzivilrecht nur aufgrund von Art. 85 Abs. 2 DSGVO möglich sind.[65] Art. 85 Abs. 2 DSGVO wird von der Rechtspre-

---

schnitt Rn. 14; Schricker/Loewenheim-*Götting*, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 22 KUG Rn. 17; siehe ausführlich zur Erkennbarkeit im zweiten Kapitel bei D. III.

65 Verhältnis KUG – DSGVO: *Benedikt/Kranig*, ZD 2019, 4, 4 ff.; *Sundermann*, K&R 2018, 438, 441 f.; *Hoeren*, NJW 2017, 1587, 1590; *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 209; Die Landesbeauftragte für den Datenschutz Niedersachsen, Merkblatt zur Anfertigung und Veröffentlichung von Personenfotografien nach dem 25. Mai 2018 im nicht-öffentlichen Bereich, Stellungnahme v. 29.06.2018, abrufbar unter: http://www.lfd.niedersachsen.de/startseite/datenschutzreform/dsgvo/anfertigung_und_veroeffentlichung_von_personenfotografien/anfertigung-und-veroeffentlichung-von-personenfotografien-nach-dem-25-mai-2018-166

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

chung und Literatur unproblematisch als Öffnungsklausel mit obligatorischem Handlungsauftrag der Mitgliedstaaten verstanden.[66] Der obligatorische Handlungsauftrag nach Art. 85 Abs. 2 DSGVO ermöglicht sowohl Abweichungen als auch Ausnahmen, ist jedoch explizit auf die journalistischen, wissenschaftlichen, künstlerischen und literarischen Zwecke begrenzt und somit im Vergleich zu Art. 85 Abs. 1 DSGVO deutlich enger gefasst.[67]

Das Kunsturhebergesetz modifiziert die Vorgaben der Datenschutzgrundverordnung. Beispielhaft seien die Abweichungen von Kapitel II und

---

008.html, zuletzt abgerufen am 30.12.2019; *Schack/Dregelies*, Stellungnahme „Fotografieren in der Öffentlichkeit", Schleswig-Holsteinischer Landtag Umdruck 19/1294, S. 6, abrufbar unter: http://www.landtag.ltsh.de/infothek/wahl19/umdrucke/01200/umdruck-19-01294.pdf, zuletzt abgerufen am 30.09.2019; unterstützend: *Aßmus/Winzer*, ZD 2018, 508, 513; *Golz/Gössling*, IPRB 2018, 68, 70; *Specht*, MMR 2017, 577, 577; Sydow-*Sydow*, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Einl. Rn. 46; bzgl. des Medienzivilrechts: Tinnefeld/Buchner/Petri/Hof-*Tinnefeld*, Einführung in das Datenschutzrecht, 6. Aufl. 2018, S. 172; Schantz/Wolff-*Schantz*, Das neue Datenschutzrecht, 2017, S. 398; *Kühling/Martini*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 2016, S. 287; Gola-*Pötters*, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 5; Kühling/Buchner-*Buchner/Tinnefeld*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 12 und Rn. 14; wohl auch: *Spindler*, DB 2016, 937, 939; *Dammann*, ZD 2016, 307, 310; Plath-*Grages*, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 2.

66 LG Frankfurt, Urt. v. 27.09.2018 – 2–03 O 320/17, juris, Tz. 129; LG Frankfurt, Urt. v. 29.08.2019 – 2–30 O 454/18, AfP 2019, 548, 551; OLG Köln, Beschl. v. 18.06.2018 – 15 W 27/18, K&R 2018, 501, 502; *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500, 502; *Kühling/Martini*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 2016, S. 285 f.; Paal/Pauly-*Pauly*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 5 ff.; Gola-*Pötters*, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 5; Kühling/Buchner-*Buchner/Tinnefeld*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 12 ff.; BeckOK Datenschutzrecht-*Stender-Vorwachs*, 30. Ed. Stand 01.11.2019, Art. 85 DSGVO Rn. 21 ff.; Auernhammer-*von Lewinski*, DSGVO BDSG, 6. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 14 ff.; Ehmann/Selmayr-*Schiedermair*, Datenschutz-Grundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 23; Wybitul-*Ettig*, EU-Datenschutzgrundverordnung, 1. Aufl. 2017, Art. 85 Rn. 8; Plath-*Grages*, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 7 ff.; Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag, Verhältnis der Datenschutz-Grundverordnung zum Kunsturhebergesetz, Ausarbeitung WD 3 – 3000 – 156/18, 16.05.2018, S. 4, abrufbar unter: https://www.bundestag.de/resource/blob/563840/bf59a00573853aabbee2c32ddd01e3cd/WD-3-156-18-pdf-data.pdf, zuletzt abgerufen am 04.10.2019.

67 Vgl. zu der Begrenzung der Zwecke: *Kühling/Martini*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 2016, S. 292; HK DS-GVO/BDSG-*Frey*, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 33.

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

III bzgl. der Erlaubnistatbestände und Betroffenenrechte genannt.[68] Die bildnisspezifischen Regelungen verknüpfen diese Abweichungen jedoch nur teilweise mit den privilegierten Zwecken des Art. 85 Abs. 2 DSGVO.

Nachfolgend wird untersucht, inwiefern das Kunsturhebergesetz den privilegierten Zwecken des Art. 85 Abs. 2 DSGVO entspricht. Sodann wird aufgezeigt, welche Konsequenzen sich daraus für die Anwendbarkeit des Kunsturhebergesetzes neben der Datenschutzgrundverordnung ergeben.

I. Entspricht das Kunsturhebergesetz den privilegierten Zwecken des Art. 85 Abs. 2 DSGVO?

Art. 85 Abs. 2 DSGVO ermöglicht eine unmittelbare Anwendbarkeit des Kunsturhebergesetzes nur partiell, wenn „digitale Bildnisse“[69] zu journalistischen, wissenschaftlichen, künstlerischen oder literarischen Zwecken verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt werden.[70] Das Kunsturhebergesetz überschreitet die regulatorische Gestaltungsfreiheit des Art. 85 Abs. 2 DSGVO insofern,[71] als § 22 KUG losgelöst von §§ 23 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 4, Abs. 2 KUG und §§ 23 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3, Abs. 2 KUG keinen ausreichenden Bezug zu den in Art. 85 Abs. 2 DSGVO „privilegierten Zwe-

68 *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1060 ff.; *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 223 ff.; siehe auch: *Reuter/Schwarz*, ZUM 2020, 31, 35 f.; vgl. zur Praxistauglichkeit der Informationspflichten nach Art. 13 DSGVO im Bereich der Bildnisanfertigung: *Rose*, Regelungsoptionen für Smart Cams aus Sicht des Forschungsprojekts „ChiaRiSma“, in: Taeger, Chancen und Risiken von Smart Cams im öffentlichen Raum, 2017, S. 277 und S. 285 f.

69 Siehe zum Begriff „digitale Bildnisse“ weiter vorne im ersten Kapitel bei A.

70 *Krüger/Wiencke*, MMR 2019, 76, 77; *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1061; *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 209; *Schack/Dregelies*, Stellungnahme „Fotografieren in der Öffentlichkeit“, Schleswig-Holsteinischer Landtag Umdruck 19/1294, S. 6, abrufbar unter: http://www.landtag.ltsh.de/infothek/wahl19/umdrucke/01200/umdruck-19-01294.pdf, zuletzt abgerufen am 30.09.2019; unterstützend: *Golz/Gössling*, IPRB 2018, 68, 70; *Specht*, MMR 2017, 577, 577; Sydow-*Sydow*, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Einl. Rn. 46; vgl. auch: Götting/Schertz/Seitz-*Lauber-Rönsberg*, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 22 Rn. 46.

71 *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1060 ff.; *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 221 ff. und S. 232 f.

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

cken“[72] aufzeigen.[73] Allein die Ausnahme vom Einwilligungserfordernis des § 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG für Bildnisse aus dem Bereich der Zeitgeschichte und die Ausnahme vom Einwilligungserfordernis des § 23 Abs. 1 Nr. 4 KUG für ein höheres Interesse der Kunst entsprechen den privilegierten Zwecken des Art. 85 Abs. 2 DSGVO.[74]

1. Künstlerische Zwecke

Einen expliziten und ausschließlichen Bezug zu der künstlerischen Zwecksetzung des Art. 85 Abs. 2 DSGVO nimmt § 23 Abs. 1 Nr. 4 KUG, der eine Ausnahme vom Einwilligungserfordernis des Abgebildeten normiert, sofern die Verbreitung oder Schaustellung der Bildnisse, die nicht auf Bestellung angefertigt sind, einem höheren Interesse der Kunst dient.[75] Auch wenn Art. 85 Abs. 2 DSGVO als abschließende Öffnungsklausel verstanden wird, bleibt § 23 Abs. 1 Nr. 4 KUG bei einer Kollision mit der Datenschutzgrundverordnung unmittelbar anwendbar.

2. Wissenschaftliche Zwecke

Zudem fordern Stimmen der Literatur eine analoge Anwendung des § 23 Abs. 1 Nr. 4 KUG für ein höheres Interesse der Wissenschaft.[76] Die analoge Anwendung des § 23 Abs. 1 Nr. 4 KUG für ein höheres Interesse der Wissenschaft deckt sich inhaltlich mit den in Art. 85 Abs. 2 DSGVO privilegierten wissenschaftlichen Zwecken. Dennoch scheidet eine analoge Anwendung des § 23 Abs. 1 Nr. 4 KUG für ein höheres Interesse der Wissenschaft neben der Datenschutzgrundverordnung aus.[77] Art. 85 DSGVO

---

72 Begriff der privilegierten Zwecke entnommen von: HK DS-GVO/BDSG-*Frey*, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 2 ff.

73 Eindeutig für § 23 Abs. 1 Nr. 2 KUG: *Golz/Gössling*, IPRB 2018, 68, 70.

74 Vgl. hierzu: *Sundermann*, K&R 2018, 438, 442; *Golz/Gössling*, IPRB 2018, 68, 70.

75 So auch: *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 223.

76 Zu einer analogen Anwendung des § 23 Abs. 1 Nr. 4 KUG zum höheren Interesse der Wissenschaft: Dreier/Schulze-*Specht*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 23 KUG Rn. 45; Schricker/Loewenheim-*Götting*, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 23 KUG Rn. 103 f.

77 AA wohl: *Specht-Riemenschneider/Jennessen*, Persönlichkeitsschutz im digitalen Umfeld in Zeiten der Mehrebenenregulierung, in: Aldenhoff/Edeler/Hennig/Ketsch/Raabe/Sobala, Digitalität und Privatheit, 2019, S. 111, 118.

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

fordert, unabhängig davon, ob ausschließlich Art. 85 Abs. 2 DSGVO oder daneben auch Art. 85 Abs. 1 DSGVO als Öffnungsklausel verstanden wird, dass die Mitgliedstaaten Gesetzgebungsmaßnahmen zur Regelung der Abweichungen und Ausnahmen von der Datenschutzgrundverordnung erlassen, vgl. Art. 85 Abs. 1 DSGVO und ErwGr 153 S. 4.[78] Eine analoge Anwendung des § 23 Abs. 1 Nr. 4 KUG für ein höheres Interesse der Wissenschaft genügt diesem Erfordernis nicht. Die Ausnahme vom Einwilligungserfordernis zu einem höheren Interesse der Wissenschaft kann neben der Datenschutzgrundverordnung nur dann zur Anwendung kommen, wenn der Ausnahmetatbestand im Kunsturhebergesetz aufgenommen wird. Sobald das Kunsturhebergesetz einen Ausnahmetatbestand zu einem höheren Interesse der Wissenschaft explizit normiert, ist dieser auch bei einer Kollision mit der Datenschutzgrundverordnung unmittelbar anwendbar, da der neu zu schaffende Ausnahmetatbestand den privilegierten wissenschaftlichen Zwecken des Art. 85 Abs. 2 DSGVO genügt.

3. Journalistische Zwecke

§ 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG privilegiert zwar den Bereich der Zeitgeschichte anstelle der journalistischen Zwecke nach Art. 85 Abs. 2 DSGVO, dennoch ist eine ausreichende Kongruenz zu erkennen.[79] Beide Ausgestaltungen ge-

78 Vgl. zur Einbeziehung der Erwägungsgründe in den Auslegungsvorgang Art. 296 Abs. 2 AEUV, vgl. auch: EuGH (Große Kammer), Urt. v. 18.10.2011 – C-34/10, ECLI:EU:C:2011:669 = GRUR 2011, 1104 Tz. 27 ff. – *Brüstle/Greenpeace*; EuGH, Urt. v. 22.09.2011 – C-482/09, ECLI:EU:C:2011:605 = GRUR Int 2011, 939 Tz. 40 – *Budweiser;* EuGH, Urt. v. 15.04.2010 – C-511/08, ECLI:EU:C:2010:189 = EuZW 2010, 432 Tz. 53 f. – *Handelsgesellschaft Heinrich Heine GmbH/Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e.V.*; siehe dazu, dass die Begründungserwägungen rechtlich nicht verbindlich sind und dass von den Bestimmungen des Rechtsaktes nicht aufgrund der Erwägungsgründe abgewichen werden darf: EuGH (Große Kammer), Urt. v. 10.01.2006 – C-344/04, ECLI:EU:C:2006:10 = NJW 2006, 351 Tz. 76 – *IATA und EFLAA*; EuGH, Urt. v. 19.11.1998 – C-162/97, ECLI:EU:C:1998:554 = juris, Tz. 54 – *Nilsson u.a.*; vgl. zum Erfordernis einer mitgliedstaatlichen Gesetzgebungsmaßnahme beim kunsturheberrechtlichen Schutz gegen das Anfertigen eines Bildnisses: *Kahl/Piltz*, K&R 2018, 289, 290; *Ziebarth/Elsaß*, ZUM 2018, 578, 584; so wohl auch: Wenzel – *von Strobl-Albeg,* Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 124.

79 So auch: OLG Köln, Beschl. v. 08.10.2018 – 15 U 110/18, ZD 2019, 126, 126; *Golz/Gössling*, IPRB 2018, 68, 70; *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 223; vgl. zum weiten Verständnis der Presse auch: *Specht-Riemenschneider/Jennessen*, Persönlich-

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

währleisten die Freiheit der Berichterstattung und treffen eine Abwägung zwischen dem Selbstbestimmungsrecht des Individuums und den Informationsbelangen der Öffentlichkeit.[80] Darüber hinaus stellt ErwGr 153 S. 7 klar, dass Begriffe wie Journalismus, die sich auf das Recht der freien Meinungsäußerung beziehen, zum Schutz von Art. 11 GRCh weit ausgelegt werden müssen.[81] Letzteres bestätigte zuvor bereits der Europäische Gerichtshof in seiner Rechtsprechung zu Art. 9 DSRL in der Rechtssache *Satamedia*.[82] Begriffe wie Journalismus sind in Anbetracht der Bedeutung, die der Freiheit der Meinungsäußerung in jeder demokratischen Gesell-

---

keitsschutz im digitalen Umfeld in Zeiten der Mehrebenenregulierung, in: Aldenhoff/Edeler/Hennig/Ketsch/Raabe/Sobala, Digitalität und Privatheit, 2019, S. 111, 125; ein sehr weites Verständnis der journalistischen Zwecke vertritt *von Strobl-Albeg*, der auch die Öffentlichkeitsarbeit von Unternehmen und teilweise die Nutzung von WhatsApp als erfasst ansieht: Wenzel-*von Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 128.

80 Siehe zu den journalistischen Zwecken: Sydow-*Specht/Bienemann*, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 13; HK DS-GVO/BDSG-*Frey*, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 16; Kühling/Buchner-*Buchner/Tinnefeld*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 17; Paal/Pauly-*Pauly*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 8; vgl. in Bezug auf Art. 9 DSRL: EuGH (Große Kammer), Urt. v. 16.12.2008 – C-73/07, ECLI:EU:C:2008:727 = MMR 2009, 175 Tz. 61 – *Satamedia*; siehe zu dem Bereich der Zeitgeschichte: Schricker/Loewenheim-*Götting*, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 23 KUG Rn. 4 und Rn. 7; Wandtke/Bullinger-*Fricke*, Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 23 KUG Rn. 3 und Rn. 8; Möhring/Nicolini-*Engels*, Urheberrecht, 4. Aufl. 2018, § 23 KUG Rn. 2; Dreier/Schulze-*Specht*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 23 KUG Rn. 10.

81 So bereits: Sydow-*Specht-Riemenschneider/Bienemann*, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 13; vgl. zur Einbeziehung der Erwägungsgründe in den Auslegungsvorgang Art. 296 Abs. 2 AEUV, vgl. auch: EuGH (Große Kammer), Urt. v. 18.10.2011 – C-34/10, ECLI:EU:C:2011:669 = GRUR 2011, 1104 Tz. 27 ff. – *Brüstle/Greenpeace*; EuGH, Urt. v. 22.09.2011 – C-482/09, ECLI:EU:C:2011:605 = GRUR Int 2011, 939 Tz. 40 – *Budweiser;* EuGH, Urt. v. 15.04.2010 – C-511/08, ECLI:EU:C:2010:189 = EuZW 2010, 432 Tz. 53 f. – *Handelsgesellschaft Heinrich Heine GmbH/Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e.V.*; siehe dazu, dass die Begründungserwägungen rechtlich nicht verbindlich sind und dass von den Bestimmungen des Rechtsaktes nicht aufgrund der Erwägungsgründe abgewichen werden darf: EuGH (Große Kammer), Urt. v. 10.01.2006 – C-344/04, ECLI:EU:C:2006:10 = NJW 2006, 351 Tz. 76 – *IATA und EFLAA*; EuGH, Urt. v. 19.11.1998 – C-162/97, ECLI:EU:C:1998:554 = juris, Tz. 54 – *Nilsson u.a.*

82 EuGH (Große Kammer), Urt. v. 16.12.2008 – C-73/07, ECLI:EU:C:2008:727 = MMR 2009, 175 Tz. 56 – *Satamedia;* bestätigt durch: EuGH, Urt. v. 14.02.2019 – C-345/17, ECLI:EU:C:2019:122 = ZUM 2019, 502 Tz. 51 – *Buivids/Datu valsts inspekcija*.

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

schaft zukommt, weit auszulegen.[83] Die Rechtsprechung ist nicht nur auf Art. 85 Abs. 2 DSGVO übertragbar, weil der europäische Gesetzgeber Art. 9 DSRL mit der sogar noch offeneren Formulierung des Art. 85 Abs. 2 DSGVO fortführt,[84] sondern insbesondere, weil sie in ErwGr 153 S. 7 niedergeschrieben ist.

Mithin entspricht § 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG den Anforderungen des Art. 85 Abs. 2 DSGVO und bleibt genauso wie § 23 Abs. 1 Nr. 4 KUG unmittelbar neben der Datenschutzgrundverordnung anwendbar.

4. Ergebnis

Wird Art. 85 Abs. 2 DSGVO als abschließende Öffnungsklausel verstanden, kann das Kunsturhebergesetz bei einer Kollision mit der Datenschutzgrundverordnung nur noch partiell Anwendung finden.[85] Unmittelbar anwendbar bleiben alleine §§ 23 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 4, Abs. 2 KUG.[86] Sowohl § 22 KUG losgelöst von den Ausnahmetatbeständen des §§ 23 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 4, Abs. 2 KUG als auch den Ausnahmetatbeständen des §§ 23 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3, Abs. 2 KUG mangelt es an einer ausreichenden Verknüpfung mit den privilegierten Zwecken des Art. 85 Abs. 2 DSGVO.[87]

II. Konsequenzen für das Kunsturhebergesetz

Dieses Ergebnis führt nicht nur zu Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen den Anwendungsbereichen von Kunsturhebergesetz und Datenschutz-

---

83 EuGH (Große Kammer), Urt. v. 16.12.2008 – C-73/07, ECLI:EU:C:2008:727 = MMR 2009, 175 Tz. 56 – *Satamedia;* ebenfalls: EuGH, Urt. v. 14.02.2019 – C-345/17, ECLI:EU:C:2019:122 = ZUM 2019, 502 Tz. 51 – *Buivids/Datu valsts inspekcija*.

84 Siehe: *Grages/Neben*, K&R 2019, 300, 301; *Michel*, Datenschutzrechtliche Anforderungen an Bloggerinnen und Bürgerjournalistinnen – Braucht das Verhältnis von Presserecht und Datenschutz ein Update?, in: Hetmank/Rechenberg, Kommunikation, Kreation und Innovation – Recht im Umbruch?, 2019, S. 131, 148; zur Problematik der Übertragbarkeit der EuGH Rechtsprechung auch oben im ersten Kapitel unter A. III.

85 Vgl.: *Sundermann*, K&R 2018, 438, 442.

86 AA wohl: *Specht-Riemenschneider/Jennessen*, Persönlichkeitsschutz im digitalen Umfeld in Zeiten der Mehrebenenregulierung, in: Aldenhoff/Edeler/Hennig/Ketsch/Raabe/Sobala, Digitalität und Privatheit, 2019, S. 111, 118.

87 Eindeutig für § 23 Abs. 1 Nr. 2 KUG: *Golz/Gössling*, IPRB 2018, 68, 70.

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

grundverordnung, sondern auch zu unterschiedlichen Rechtsfolgen ggf. vergleichbarer Lebenssachverhalte.[88] Werden „digitale Bildnisse" zu anderen als den in Art. 85 Abs. 2 DSGVO privilegierten Zwecken verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt, kommt die Datenschutzgrundverordnung lückenlos zur Anwendung.[89] Die Rechtmäßigkeit richtet sich sodann ausschließlich nach Art. 6 bzw. Art. 9 DSGVO. Die Voraussetzungen für eine wirksame Einwilligung ergeben sich aus Art. 7 DSGVO und die Informationspflichten und Betroffenenrechte nach Art. 12 ff. DSGVO sind zu befolgen.[90] Werden „digitale Bildnisse" jedoch zu künstlerischen oder journalistischen Zwecken verbreitet oder öffentlich zur Schau gestellt, ist einerseits vertretbar, dass sich die Zulässigkeit nach §§ 22, 23 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 4, Abs. 2 KUG iVm Art. 85 Abs. 2 DSGVO richtet[91] oder aber nach Art. 6 ff., Art. 85 Abs. 2 DSGVO iVm §§ 23 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 4 KUG. Letzteres ist überzeugender.[92] Im System der Datenschutzgrundverordnung stellen §§ 23 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 4, Abs. 2 KUG sodann spezialgesetzliche Erlaubnistatbestände für den Bereich der „digitalen Bildnisse" dar. Sie bieten jedoch nur eine Insellösung für Presse und Kunst und keine integrierte Lösung für die Meinungs- und Informationsfreiheit insgesamt.[93]

Ein Reformbedarf des Kunsturhebergesetzes ist auch bei dem Verständnis der lediglich partiellen Anwendbarkeit des Kunsturhebergesetzes über Art. 85 Abs. 2 DSGVO gegeben. Um die sich hieraus ergebende Rechtssystematik zu verdeutlichen und Rechtssicherheit zu garantieren, sollte ein Verweis auf die Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 2 DSGVO im Kunsturhebergesetz formuliert werden und eine Anpassung der §§ 22, 23 KUG an

88 Zu den Abgrenzungsschwierigkeiten: *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1061.

89 So bereits: *Specht-Riemenschneider/Jennessen*, Persönlichkeitsschutz im digitalen Umfeld in Zeiten der Mehrebenenregulierung, in: Aldenhoff/Edeler/Hennig/Ketsch/Raabe/Sobala, Digitalität und Privatheit, 2019, S. 111, 118 und 126.

90 *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1061.

91 Dieser Ansicht wohl: *Specht-Riemenschneider/Jennessen*, Persönlichkeitsschutz im digitalen Umfeld in Zeiten der Mehrebenenregulierung, in: Aldenhoff/Edeler/Hennig/Ketsch/Raabe/Sobala, Digitalität und Privatheit, 2019, S. 111, 125.

92 AA wohl: *Specht-Riemenschneider/Jennessen*, Persönlichkeitsschutz im digitalen Umfeld in Zeiten der Mehrebenenregulierung, in: Aldenhoff/Edeler/Hennig/Ketsch/Raabe/Sobala, Digitalität und Privatheit, 2019, S. 111, 125.

93 Vgl. zu der Insellösung: *Spindler*, GRUR 2013, 996, 999 f.; Gola-*Pötters*, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 22; Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-*Schulz/Heilmann*, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 68.

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die privilegierten Zwecke des Art. 85 Abs. 2 DSGVO für die Kollisionstatbestände vorgenommen werden.[94]

C. Vollumfängliche Anwendbarkeit über Art. 85 Abs. 1 DSGVO

Art. 85 Abs. 1 DSGVO könnte den Mitgliedstaaten eine weiterreichende Regelungsbefugnis einräumen. Das Verständnis von Art. 85 Abs. 1 DSGVO als fakultative allgemeine Öffnungsklausel, die nicht auf das Themengebiet der journalistischen, wissenschaftlichen, künstlerischen und literarischen Zwecke begrenzt ist, würde eine vollumfängliche Anwendbarkeit der §§ 22, 23 KUG als spezialgesetzliche Ausgestaltung gegenüber der Datenschutzgrundverordnung ermöglichen.[95] Die vollumfängliche spezial-

94 *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1060 und 1061; *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 224 f.; dieser Ansicht wohl auch: *Dregelies*, AfP 2019, 298, 303; HK DS-GVO/BDSG-*Frey*, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 33.

95 Unterstützend Verhältnis KUG – DSGVO: BT-Drs. 19/4421, S. 47 f.; *Nettesheim*, AfP 2019, 473, 479; *Lauber-Rönsberg*, AfP 2019, 373, 377; *Krüger/Wiencke*, MMR 2019, 76, 78; *Golz/Gössling*, IPRB 2018, 68, 72; *Kahl/Piltz*, K&R 2018, 289, 290 ff., *Ziebarth/Elsaß*, ZUM 2018, 578, 581 ff.; *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1062; BeckOK Urheberrecht-*Engels*, 26. Ed. Stand 15.10.2019, § 22 KUG Rn. 10 e; HK DS-GVO/BDSG-*Frey*, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 33; Wenzel-*von Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 124; Götting/Schertz/Seitz-*Lauber-Rönsberg*, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 22 Rn. 45; Taeger/Gabel-*Taeger*, DSGVO – BDSG, 3. Aufl. 2019, Art. 6 Rn. 2; Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag, Verhältnis der Datenschutz-Grundverordnung zum Kunsturhebergesetz, Ausarbeitung WD 3 – 3000 – 156/18, 16.05.2018, S. 4, abrufbar unter: https://www.bundestag.de/resource/blob/563840/bf59a00573853aabbee2c32ddd01e3cd/WD-3-156-18-pdf-data.pdf, zuletzt abgerufen am 04.10.2019; BfDI, nachzulesen bei: *Schneider*, DSGVO und Meinungsfreiheit: Stellungnahme der BfDI zu Meldepflichten und KUG, 14.06.2018, abrufbar unter: https://www.telemedicus.info/article/3295-DSGVO-und-Meinungsfreiheit-Stellungnahme-der-BfDI-zu-Meldepflichten-und-KUG.html, zuletzt abgerufen am 30.09.2019; *Horvath*, Das Ende der freien Veröffentlichung von Personenbildnissen – für die meisten von uns, 09.03.2018, abrufbar unter: https://www.cr-online.de/blog/2018/03/09/das-ende-der-freien-veroeffentlichung-von-personenbildnissen-fuer-die-meisten-von-uns/, zuletzt abgerufen am 05.01.2020; *Albrecht*, DSGVO – häufig gestellte Fragen, häufig verbreitete Mythen, abrufbar unter: https://www.janalbrecht.eu/2018/05/dsgvo-haeufig-gestellte-fragen-haeufig-verbreitete-mythen/, zuletzt abgerufen am 30.12.2019; wohl unterstützend, da § 23 Abs. 1 KUG iVm Art. 85 Abs. 1 DSGVO zitiert wird: LG Frankfurt a.M., Urt. v. 13.09.2018 – 2–03 O 283/18, K&R 2018, 733, 734; wohl auch unterstützend Verhältnis KUG – DSGVO: *Cornils*, ZUM 2018, 561,

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gesetzliche Anwendbarkeit der §§ 22, 23 KUG bei Kollisionstatbeständen

574 f.; *Tinnefeld/Conrad*, ZD 2018, 391, 397; Bundesministerium des Inneren, für Bau und Heimat, FAQs zur Datenschutz-Grundverordnung, 05.04.2018, abrufbar unter: https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/kurzmeldungen/DE/2018/04/faqs-datenschutz-grundverordnung.html, zuletzt abgerufen am 30.12.2019; eine eigenständige Öffnungsklause für das KUG nach Art. 85 Abs. 1 DSGVO nicht ausschließend, ggf. befürwortend: LG Frankfurt, Urt. v. 30.01.2020 – 2–03 O 90/19, juris, Tz. 92 und Tz. 104; OLG Köln, Urt. v. 10.10.2019 – 15 U 39/19, K&R 2020, 75, 76; LG Frankfurt, Urt. v. 29.08.2019 – 2–30 O 454/18, AfP 2019, 548, 548; OLG Köln, Beschl. v. 18.06.2018 – 15 W 27/18, K&R 2018, 501, 502; bestätigt durch: LG Frankfurt, Urt. v. 27.09.2018 – 2–03 O 320/17, juris, Tz. 129; unterstützend Art. 85 Abs. 1 DSGVO als eigenständige Öffnungsklausel: § 29 BbgDSG, LT-Drs. 6/7365, S. 26; § 12 DSG M-V, LT-Drs. 7/1568 (neu), S. 46; Roßnagel-*Hoidn*, Das neue Datenschutzrecht, 2018, S. 416 f. und S. 420; *Albrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, 2017, S. 134; Specht/Mantz-*Hennemann*, Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2019, § 19 Rn. 39 f.; Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-*Schulz/Heilmann*, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 7; HK DS-GVO/BDSG-*Frey*, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 2 und Rn. 8; Feiler/Forgó-*Feiler/Forgó,* EU-DSGVO, 1. Aufl. 2017, Art. 85 Rn. 1 ff.; Stellungnahme Nr. 34/2018 des Deutschen Anwaltsvereins durch den Ausschuss Informationsrecht, Juli 2018, S. 8 ff., abrufbar unter: https://anwaltverein.de/de/newsroom/sn-34-18-2-datenschutz-anpassungs-und-umsetzungsgesetz, zuletzt abgerufen am 17.02.2020; *Cornils*, Stellungnahme zum Gesetz zur Zustimmung zum 21. Staatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge (21. Rundfunkänderungsstaatsvertrag) und zur Änderung weiterer Gesetze (16. Rundfunkänderungsgesetz), Gesetzentwurf der Landesregierung Nordrhein-Westfalen Drucksache 17/1565, 06.03.2018, S. 9 f., abrufbar unter: https://www.landtag.nrw.de/Dokumentenservice/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMST17-420.pdf;jsessionid=60856216150C8FE703342DC770A76F16.ifxworker, zuletzt abgerufen am 30.12.2019; *BDZV Bundesverband Deutscher Zeitungsverleger e.V./dju Deutsche Journalisten- und Journalistinnen-Union/DJV Deutscher Journalisten-Verband/Deutscher Presserat/VDZ Verband Deutscher Zeitschriftenverleger e.V.*, Presse- und Meinungsfreiheit im digitalen Zeitalter bewahren, Stellungnahme zum Entwurf der Bayerischen Staatskanzlei vom 2.6.2017 zu §§ 57, 59 RfTmStV, Stand 07.07.2017, S. 6 f., abrufbar unter: http://www.bayern.de/wp-content//uploads/2017/06/stellungnahme-von-bdzv-dju-djv-presserat-und-vdz.pdf, zuletzt abgerufen am 30.12.2019; wohl auch unterstützend Art. 85 Abs. 1 DSGVO als eigenständige Öffnungsklausel: *Michel*, ZUM 2018, 836, 842; Sydow-*Specht/Bienemann*, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 9 und Rn. 21; aA zum Verhältnis KUG – DSGVO: *Dregelies*, AfP 2019, 298, 301; *Raji*, ZD 2019, 61, 64 f.; *Sundermann*, K&R 2018, 438, 439 f.*; Benedikt/Kranig*, ZD 2019, 4, 4 ff.; *Hoeren*, NJW 2017, 1587, 1590; *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 209 und S. 251 f.; Sydow-*Sydow*, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Einl. Rn. 46; Die Landesbeauftragte für den Datenschutz Niedersachsen, Merkblatt zur Anfertigung und Veröffentlichung von Personenfotografien nach dem 25. Mai 2018 im nicht-öffentlichen Bereich, Stellungnahme v. 29.06.2018, abrufbar unter:

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wäre für einen angemessenen Schutz von Personenbildnissen vorteilhaft, da die DSGVO keinen gesonderten Schutz von Bilddateien vorsieht und die besondere Bedeutung von Bilddateien im Medienzivilrecht sowohl für den Abgebildeten als auch für die Öffentlichkeit verkennt.[96] Wie *Ohly* zutreffend formuliert, dürfen „Persönlichkeitseingriffe durch Akte der Kommunikation im Internet (nicht) in das Prokrustesbett des Datenschutzes gezwängt werden"[97].

Die Untersuchung erfolgt in einem Dreischritt: Zuerst muss untersucht werden, ob Art. 85 Abs. 1 DSGVO überhaupt eine fakultative allgemeine Öffnungsklausel für die Mitgliedstaaten darstellt. Erst nachdem dies positiv festgestellt ist, erfolgt eine Untersuchung, ob das Kunsturhebergesetz ordnungsgemäß die Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 1 DSGVO ausfüllt. Zum Schluss werden die Konsequenzen aufgezeigt, die daraus für die Anwendbarkeit des Kunsturhebergesetzes neben der Datenschutzgrundverordnung folgen.

I. Art. 85 Abs. 1 DSGVO, eine fakultative allgemeine Öffnungsklausel?

Ob Art. 85 Abs. 1 DSGVO eine fakultative allgemeine Öffnungsklausel darstellt, wird mit Hilfe einer europäisch-autonomen Auslegung unter Be-

---

http://www.lfd.niedersachsen.de/startseite/datenschutzreform/dsgvo/anfertigung_und_veroeffentlichung_von_personenfotografien/anfertigung-und-veroeffentlichung-von-personenfotografien-nach-dem-25-mai-2018-166008.html, zuletzt abgerufen am 30.12.2019; *Schack/Dregelies*, Stellungnahme „Fotografieren in der Öffentlichkeit", Schleswig-Holsteinischer Landtag Umdruck 19/1294, S. 6, abrufbar unter: http://www.landtag.ltsh.de/infothek/wahl19/umdrucke/01200/umdruck-19-01294.pdf, zuletzt abgerufen am 30.09.2019; wohl auch: *Aßmus/Winzer*, ZD 2018, 508, 513; aA bzgl. Öffnungsklausel nach Art. 85 Abs. 1 DSGVO: *Kühling/Martini*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 2016, S. 287; Gola-*Pötters*, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 5; Kühling/Buchner-*Buchner/Tinnefeld*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 12 und Rn. 14; Plath-*Grages*, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 2; offen gelassen bei: LG Frankfurt, Urt. v. 19.12.2019 – 2–03 O 4/19, GRUR-RS 2019, 34507 Tz. 22; VG Hannover, Urt. v. 27.11.2019 – 10 A 820/19, BeckRS 2019, 31874 Tz. 35.

96 Unterstützend: *Ohly*, AfP 2011, 428, 438; siehe zur besonderen Bedeutung von Bilddateien in der Gesellschaft im zweiten Kapitel bei C. II.; siehe zum Schutzgut ausführlich im zweiten Kapitel bei A. I.

97 *Ohly*, AfP 2011, 428, 437; dieser Ansicht wohl auch: *Veil*, NVwZ 2018, 686, 690.

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

rücksichtigung des Wortlauts, der Systematik, der Historie und des Telos untersucht.[98]

Nach der ständigen Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs sind bei der Auslegung einer Vorschrift des Unionsrechts nicht nur ihr Wortlaut und die mit ihr verfolgten Ziele zu berücksichtigen, sondern auch ihr Zusammenhang und die Entstehungsgeschichte der Vorschrift.[99] Dabei ist der verfügende Teil des Unionsrechtsaktes untrennbar mit seiner Begründung verbunden und erforderlichenfalls unter Berücksichtigung der Begründungserwägungen auszulegen, vgl. auch Art. 296 Abs. 2 AEUV.[100] Die Erwägungsgründe eines Unionsrechtsaktes können dessen Inhalt prä-

98 Siehe zur europäisch-autonomen Auslegung und den vier Auslegungsmethoden im europäischen Recht: EuGH (Plenum), Urt. v. 10.12.2018 – C-621/18, ECLI:EU:C:2018:999 = NVwZ 2019, 143 Tz. 47 – *Wightman u.a./the Secretary of State for Exiting the European Union*; EuGH (Große Kammer), Urt. v. 25.10.2011 – C-509/09 und C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685 = GRUR 2012, 300 Tz. 54 – *eDate Advertising u. Martinez*; EuGH, Urt. v. 13.07.1989 – 5/88, ECLI:EU:C:1989:321 = juris, Tz. 7 ff. -*Wachauf/Deutschland*; siehe auch: Riesenhuber-*Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 10 Rn. 4 ff.; Teplitzky/Peifer/Leistner-*Heinze*, UWG, Band 1, 2. Aufl. 2014, Einleitung Teil C. Rn. 3; zur Anwendbarkeit dieser Auslegungsmethoden auf die DSGVO: Moos/Schefzig/Arning-*Moos/Schefzig*, Die neue Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Kap. 1 C. Rn. 18 ff.; vgl. zur Einbeziehung der Erwägungsgründe in den Auslegungsvorgang Art. 296 Abs. 2 AEUV, vgl. auch: EuGH (Große Kammer), Urt. v. 18.10.2011 – C-34/10, ECLI:EU:C:2011:669 = GRUR 2011, 1104 Tz. 27 ff. – *Brüstle/Greenpeace*; EuGH, Urt. v. 22.09.2011 – C-482/09, ECLI:EU:C:2011:605 = GRUR Int 2011, 939 Tz. 40 – *Budweiser;* EuGH, Urt. v. 15.04.2010 – C-511/08, ECLI:EU:C:2010:189 = EuZW 2010, 432 Tz. 53 f. – *Handelsgesellschaft Heinrich Heine GmbH/Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e.V.*; siehe dazu, dass die Begründungserwägungen rechtlich nicht verbindlich sind und dass von den Bestimmungen des Rechtsaktes nicht aufgrund der Erwägungsgründe abgewichen werden darf: EuGH (Große Kammer), Urt. v. 10.01.2006 – C-344/04, ECLI:EU:C:2006:10 = NJW 2006, 351 Tz. 76 – *IATA und EFLAA*; EuGH, Urt. v. 19.11.1998 – C-162/97, ECLI:EU:C:1998:554 = juris, Tz. 54 – *Nilsson u.a.*.

99 EuGH (Plenum), Urt. v. 10.12.2018 – C-621/18, ECLI:EU:C:2018:999 = NVwZ 2019, 143 Tz. 47 – *Wightman u.a./the Secretary of State for Exiting the European Union*, das Plenum bezeichnet es selber als ständige Rechtsprechung des EuGH; vgl. hierzu auch: Riesenhuber-*Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 10 Rn. 12 ff.

100 EuGH (Große Kammer), Urt. v. 25.10.2011 – C-509/09 und C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685 = GRUR 2012, 300 Tz. 55 – *eDate Advertising u. Martinez*; EuGH, Urt. v. 19.11.2009 – C-402/07 und C-432/07, ECLI:EU:C:2009:416 = NJW 2010, 43 Tz. 42 – *Sturgeon u.a./Condor u.a./Air France SA*; siehe auch: Riesenhuber-*Köndgen*, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 6 Rn. 51.

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

zisieren,[101] sie sind jedoch nicht rechtlich verbindlich[102] und sie erlauben es nicht, von den Regelungen des Rechtsaktes abzuweichen.[103]

1. Wortlautauslegung

Der Wortlaut[104] von Art. 85 Abs. 1 DSGVO stützt das Verständnis einer fakultativen allgemeinen Öffnungsklausel, die den Mitgliedstaaten eine eigenständige Abweichungskompetenz einräumt, die über journalistische, wissenschaftliche, künstlerische und literarische Zwecke hinausgeht.

Nach Art. 85 Abs. 1 DSGVO ist formuliert, dass die Mitgliedstaaten durch Rechtsvorschriften das Recht auf den Schutz personenbezogener Daten gemäß dieser Verordnung mit dem Recht auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit in Einklang bringen. Nach dieser Formulierung ist durch nationale Gesetzgebung spezialgesetzlich ein Ausgleich zwischen Art. 8 Abs. 1 GRCh und Art. 11 Abs. 1 GRCh zu schaffen. Dabei sollen die Mitgliedstaaten im Hinblick auf Art. 8 Abs. 1 GRCh die Datenschutzgrundverordnung beachten, da diese den Schutz personenbezogener Daten europarechtlich durch einen sekundärrechtlichen Rechtsakt ausgestaltet.

---

101 EuGH, Urt. v. 22.09.2011 – C-482/09, ECLI:EU:C:2011:605 = GRUR Int 2011, 939 Tz. 40 – *Budweiser*; EuGH (Große Kammer), Urt. v. 10.01.2006 – C-344/04, ECLI:EU:C:2006:10 = NJW 2006, 351 Tz. 76 – *IATA und EFLAA*.

102 EuGH, Urt. v. 19.11.1998 – C-162/97, ECLI:EU:C:1998:554 = juris, Tz. 54 – *Nilsson u.a.*

103 EuGH (Große Kammer), Urt. v. 10.01.2006 – C-344/04, ECLI:EU:C:2006:10 = NJW 2006, 351 Tz. 76 – *IATA und EFLAA*; EuGH, Urt. v. 19.11.1998 – C-162/97, ECLI:EU:C:1998:554 = juris, Tz. 54 – *Nilsson u.a.*

104 Siehe zu den vier Auslegungsmethoden im europäischen Recht: EuGH (Plenum), Urt. v. 10.12.2018 – C-621/18, ECLI:EU:C:2018:999 = NVwZ 2019, 143 Tz. 47 – *Wightman u.a./the Secretary of State for Exiting the European Union*; EuGH (Große Kammer), Urt. v. 25.10.2011 – C-509/09 und C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685 = GRUR 2012, 300 Tz. 54 – *eDate Advertising u. Martinez;* EuGH, Urt. v. 13.07.1989 – 5/88, ECLI:EU:C:1989:321 = juris, Tz. 7 ff. -*Wachauf/Deutschland;* Riesenhuber-*Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 10 Rn. 12 ff.; siehe zur Anwendbarkeit dieser Auslegungsmethoden auf die DSGVO: Moos/Schefzig/Arning-*Moos/Schefzig*, Die neue Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Kap. 1 C. Rn. 18 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

a) „Rechtsvorschriften" der Mitgliedstaaten

Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass Art. 85 Abs. 1 DSGVO nach dem Wortlaut den Mitgliedstaaten den Erlass von Rechtsvorschriften aufgibt bzw. ermöglicht. Mit der Wortwahl der Rechtsvorschriften wird den Mitgliedstaaten eine Gesetzgebungsmöglichkeit eingeräumt.[105] Die innerstaatliche Gesetzgebungsmöglichkeit bezieht sich nach dem Wortlaut von Art. 85 Abs. 1 DSGVO auf die Schutzgüter der Meinungs- und Informationsfreiheit nach Art. 11 Abs. 1 GRCh, soweit ein Ausgleich mit dem Schutz personenbezogener Daten intendiert ist. Im Vergleich zu Art. 85 Abs. 2 DSGVO, nimmt Art. 85 Abs. 1 DSVO Bezug auf den vollumfänglichen Schutzbereich der Meinungs- und Informationsfreiheit ohne eine Begrenzung auf journalistische Zwecke.[106] Der Schutzbereich der Meinungs- und Informationsfreiheit nach Art. 11 Abs. 1 GRCh wird im Einklang mit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu Art. 10 EMRK sehr weit gefasst, beachte Art. 52 Abs. 3 GRCh.[107] Er umfasst das Haben, Äußern, Weitergeben und Empfangen von Meinungen und Informationen, sowohl durch Wort, Schrift, Bild oder Symbole.[108] Somit eröffnet Art. 85 Abs. 1 DSGVO durch seine textliche Ausgestaltung den Mitgliedstaaten einen Handlungsauftrag für alle Bereiche, die dem Ausgleich zwischen dem weiten Schutzbereich der Meinungs- und Informationsfreiheit und dem Schutz personenbezogener Daten zugeordnet sind und ist nicht auf die privilegierten Zwecke begrenzt.

105 *Kühling/Martini*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 2016, S. 11; so auch: *Krüger/Wiencke*, MMR 2019, 76, 78; noch weitergehende Interpretation bei: *Kahl/Piltz*, K&R 2018, 289, 290; so wohl auch: *Richter*, PinG 2018, 128, 129.

106 *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1061; HK DS-GVO/BDSG-*Frey*, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 7.

107 Vedder/Heintschel von Heinegg-*Folz*, Europäisches Unionsrecht, 2. Aufl. 2018, Art. 13 GRCh Rn. 1 ff.; Callies/Ruffert-*Calliess*, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 11 GRCh Rn. 4 ff.

108 *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2016, Art. 11 Rn. 10, Rn. 11 und Rn. 15.

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

b) Die Präposition „einschließlich"

Besonders streitet die Präposition „einschließlich" für die fehlende Begrenzung des Art. 85 Abs. 1 DSGVO auf die privilegierten Zwecke.[109] Art. 85 Abs. 1 DSGVO ordnet mit dieser Wortwahl an, dass der fakultative Handlungsauftrag der Mitgliedstaaten neben der Meinungs- und Informationsfreiheit ebenfalls die journalistischen, künstlerischen, literarischen und wissenschaftlichen Zwecke erfasst. Die Zuordnung anhand der Wortwahl „einschließlich" verdeutlicht, dass die privilegierten Zwecke eigenständig durch Art. 11 Abs. 2 GRCh und Art. 13 GRCh geschützt werden, aber ebenfalls wie die Meinungs- und Informationsfreiheit in Einklang mit dem Schutz personenbezogener Daten nach Art. 8 GRCh zu bringen sind. Zusätzlich deutet die Wortwahl an, dass die Handlungsspielräume der Mitgliedstaaten über die eingeschlossenen Zwecke hinausgehen.[110] Die Öffnungsklausel nach Art. 85 Abs. 1 DSGVO geht somit nach dem Wortlaut über die privilegierten Zwecke hinaus.

c) Ergebnis

Die Bewertung des Wortlauts ergibt, dass Art. 85 Abs. 1 DSGVO eine eigenständige fakultative Öffnungsklausel für die Mitgliedstaaten ist, die über die privilegierten Zwecke des Art. 85 Abs. 2 DSGVO hinausgeht.[111]

109 *Krüger/Wiencke*, MMR 2019, 76, 78; *Kahl/Piltz*, K&R 2018, 289, 290; HK DS-GVO/BDSG-*Frey*, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 7; Wissenschaftliche Dienste Deutscher Bundestag, Verhältnis der Datenschutz-Grundverordnung zum Kunsturhebergesetz, Ausarbeitung WD 3 – 3000 – 156/18, 16.05.2018, S. 4, abrufbar unter: https://www.bundestag.de/resource/blob/563840/bf59a00573853aabbee2c32ddd01e3cd/WD-3-156-18-pdf-data.pdf, zuletzt abgerufen am 04.10.2019.

110 *Krüger/Wiencke*, MMR 2019, 76, 78; HK DS-GVO/BDSG-*Frey*, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 7.

111 Wohl aA: *Specht-Riemenschneider/Jennessen*, Persönlichkeitsschutz im digitalen Umfeld in Zeiten der Mehrebenenregulierung, in: Aldenhoff/Edeler/Hennig/Ketsch/Raabe/Sobala, Digitalität und Privatheit, 2019, S. 111, 116.

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

2. Systematische Auslegung

Die systematische Auslegung[112] führt zu keinem eindeutigen Ergebnis, ob zugunsten der Meinungs- und Informationsfreiheit zwei Öffnungsklauseln bestehen. Die innere Systematik von Art. 85 DSGVO streitet mit dem Verhältnis von Abs. 1 zu Abs. 2 sowohl dafür, als auch mit der Notifikationspflicht nach Abs. 3 dagegen. Die übergeordnete Systematik der Datenschutzgrundverordnung sieht grundsätzlich eine enge Auslegung von Öffnungsklauseln vor.[113] Für Art. 85 Abs. 1 DSGVO, mit seiner erhöhten Bedeutung unter den Öffnungsklauseln und dem grundrechtssensiblen Regelungsbereich, könnte eine Ausnahme dieser engen Auslegung gerechtfertigt sein.

Nachfolgend wird zuerst die innere Systematik von Art. 85 DSGVO untersucht und anschließend die übergeordnete Systematik der Datenschutzgrundverordnung.

a) Innere Systematik des Art. 85 DSGVO

Die Untersuchung der inneren Systematik des Art. 85 DSGVO unterteilt sich in zwei Bereiche: Zunächst wird die Notifizierungspflicht, die Art. 85 Abs. 3 DSGVO anordnet, überprüft und im Anschluss das Verhältnis von Art. 85 Abs. 1 zu Art. 85 Abs. 2 DSGVO.

---

112 Siehe zu den vier Auslegungsmethoden im europäischen Recht: EuGH (Plenum), Urt. v. 10.12.2018 – C-621/18, ECLI:EU:C:2018:999 = NVwZ 2019, 143 Tz. 47 – *Wightman u.a./the Secretary of State for Exiting the European Union*; EuGH (Große Kammer), Urt. v. 25.10.2011 – C-509/09 und C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685 = GRUR 2012, 300 Tz. 54 – *eDate Advertising u. Martinez;* EuGH, Urt. v. 13.07.1989 – 5/88, ECLI:EU:C:1989:321 = juris, Tz. 7 ff. -*Wachauf/Deutschland;* Riesenhuber-*Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 10 Rn. 12 ff.; siehe zur Anwendbarkeit dieser Auslegungsmethoden auf die DSGVO: Moos/Schefzig/Arning-*Moos/Schefzig*, Die neue Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Kap. 1 C. Rn. 18 ff.

113 *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500, 501 und 506; *Kühling/Martini*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 2016, S. 4.

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

aa) Die Notifizierungspflicht des Art. 85 Abs. 3 DSGVO

Die Notifizierungspflicht, angeordnet in Art. 85 Abs. 3 DSGVO, widerspricht dem Verständnis, dass Art. 85 Abs. 1 DSGVO eine fakultative allgemeine Öffnungsklausel normiert.[114]

(1) Keine Notifizierungspflicht für Art. 85 Abs. 1 DSGVO?

Art. 85 Abs. 3 DSGVO regelt die Mitteilungspflicht der Mitgliedstaaten gegenüber der Europäischen Kommission nur für nationale Abweichungen und Ausnahmen, die aufgrund von Art. 85 Abs. 2 DSGVO erlassen werden. Wenn Art. 85 Abs. 1 DSGVO den Mitgliedstaaten ermöglichen sollte, Rechtsvorschriften im weiteren Umfang zu erlassen als nach Art. 85 Abs. 2 DSGVO, wäre eine Notifizierungspflicht vom Europäischen Gesetzgeber wohl ebenfalls für Abs. 1 normiert worden.[115] Sinn und Zweck der Notifizierungspflicht ist, dass die Europäische Kommission die Umsetzung der Öffnungsklausel durch die Mitgliedstaaten überprüft und bei einem Verstoß der Mitgliedstaaten gegen die Datenschutzgrundverordnung ein Vertragsverletzungsverfahren einleiten kann, Art. 258 AEUV.[116] Somit erscheint es systemwidrig, dass sich die Mitteilungspflicht der Mitgliedstaaten lediglich auf Anpassungen und Abweichungen zu den privilegierten

114 *Kühling/Martini*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 2016, S. 288; so auch: *Specht-Riemenschneider/Jennessen*, Persönlichkeitsschutz im digitalen Umfeld in Zeiten der Mehrebenenregulierung, in: Aldenhoff/Edeler/Hennig/Ketsch/Raabe/Sobala, Digitalität und Privatheit, 2019, S. 111, 116; so auch, obwohl auch die Möglichkeit einer Fehlverweisung in Betracht gezogen wird: Sydow-*Specht/Bienemann*, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 9; zustimmend: *Raji*, ZD 2019, 61, 64; *Sundermann*, K&R 2018, 438, 442; *Aßmus/Winzer*, ZD 2018, 508, 512; aA: *Ziebarth/Elsaß*, ZUM 2018, 578, 582 f.

115 *Kühling/Martini*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 2016, S. 288; zustimmmend: *Raji*, ZD 2019, 61, 64 f.*; Specht-Riemenschneider/Jennessen*, Persönlichkeitsschutz im digitalen Umfeld in Zeiten der Mehrebenenregulierung, in: Aldenhoff/Edeler/Hennig/Ketsch/Raabe/Sobala, Digitalität und Privatheit, 2019, S. 111, 116.

116 Auernhammer-*v. Lewinski,* DSGVO BDSG, 6. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 19; Ehmann/Selmayr-*Schiedermair,* Datenschutz-Grundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 25; Paal/Pauly-*Pauly*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 14; BeckOK Datenschutzrecht-*Stender-Vorwachs*, 30. Ed. Stand 01.11.2019, Art. 85 DSGVO Rn. 30; Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-*Schulz/Heilmann*, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 64.

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Zwecken bezieht und Rechtsvorschriften gestützt auf den weiter gefassten Art. 85 Abs. 1 DSGVO nicht von der Mitteilungspflicht erfasst sind.

(2) Ein Redaktionsversehen des Gesetzgebers?

Inwiefern dieses Argument zwingend ist oder eine Fehlverweisung, bzw. nicht abschließend durchdachte Strukturierung des Medienzivilrechts dem Europäischen Gesetzgeber zu unterstellen ist, gilt es zu bedenken.[117] In der Begründung des Rates zur endgültigen Fassung des Art. 85 DSGVO bezieht sich die Notifizierungspflicht auf Rechtsvorschriften, die das Recht auf den Schutz personenbezogener Daten mit dem Recht auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit, einschließlich der Verarbeitung personenbezogener Daten zu journalistischen Zwecken und zu wissenschaftlichen, künstlerischen oder literarischen Zwecken, in Einklang bringen.[118] Dies könnte ein Hinweis dafür sein, dass der Verweis von Art. 85 Abs. 3 lediglich auf Abs. 2 DSGVO fehlerhaft ist, insbesondere da der Rat Art. 85 DSGVO erstmalig in drei Absätze unterteilt hat.

(3) Notifizierungspflicht planmäßig nur für Art. 85 Abs. 2 DSGVO?

Außerdem sollte als Gegenargument folgendes berücksichtigt werden: Art. 85 Abs. 2 DSGVO könnte die Funktion übernehmen, für besonders häufige und schwerwiegende Kollisionstatbestände (Journalismus, Literatur, Kunst und Wissenschaft), einen Mindestschutzstandard durch

117 *Lauber-Rönsberg*, AfP 2019, 373, 377; *Specht-Riemenschneider/Jennessen*, Persönlichkeitsschutz im digitalen Umfeld in Zeiten der Mehrebenenregulierung, in: Aldenhoff/Edeler/Hennig/Ketsch/Raabe/Sobala, Digitalität und Privatheit, 2019, S. 111, 116; Sydow-*Specht/Bienemann*, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 9; siehe auch: *Pötters*, RDV 2015, 10, 14 f.; aA: *Ziebarth/Elsaß*, ZUM 2018, 578, 582.

118 Begründung des Rates: Standpunkt (EU) Nr. 6/2016 des Rates in erster Lesung im Hinblick auf den Erlass einer Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung) v. 03.05.2016, 2016/C 159/02, 10.1. Verarbeitung personenbezogener Daten und Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit.

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

die Normierung eines obligatorischen Handlungsauftrags zu schaffen.[119] Die Notifizierungspflicht, ausschließlich vorgeschrieben für Art. 85 Abs. 2 DSGVO, könnte dann die Funktion haben zu überprüfen, ob die Mitgliedstaaten der zwingenden Öffnungsklausel für einen Mindestschutzstandard nachgekommen sind. Mit Erlass der Datenschutzgrundverordnung hat der europäische Gesetzgeber die Gefahr für die Presse- und Medienfreiheit nach Art. 11 Abs. 2 GRCh und die Kunst- und Wissenschaftsfreiheit nach Art. 13 GRCh erkannt. Mangels Gesetzgebungskompetenz konnte er der Gefahr nicht selbst entgegenwirken, Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 EUV.[120] Er könnte stattdessen die Kontrollmöglichkeit der Mitteilungspflicht gewählt haben. Sinn und Zweck der Notifikation nach Art. 85 Abs. 3 DSGVO wäre dann nicht nur zu weitgehende Abweichungen und Ausnahmen von der Datenschutzgrundverordnung schnellstmöglich erkennen und überprüfen zu können, vielmehr könnte überprüft werden, ob die Mitgliedstaaten ihrer Pflicht zum Schutz von Art. 11 Abs. 2 GRCh und Art. 13 GRCh nachkommen. Die Notifizierungspflicht würde sich dann planmäßig nur auf Art. 85 Abs. 2 DSGVO beziehen. Der Gesetzgeber hätte zwischen dem obligatorischen Mindestschutz nach Abs. 2 und dem weiteren fakultativen Schutzauftrag nach Abs. 1 differenziert. Die fehlende Mitteilungspflicht für Art. 85 Abs. 1 DSGVO wäre demnach nicht fehlerhaft.[121]

---

119 So: *Lauber-Rönsberg*, AfP 2019, 373, 377; HK DS-GVO/BDSG-*Frey*, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 8; ähnliches Verständnis Art. 85 Abs. 1 DSGVO als Generalklausel, die aufgrund vielgestaltiger Sachverhalte und künftiger technischer Entwicklungen notwendig ist und in Abs. 2 konkretisierte Privilegierung normiert: Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-*Schulz/Heilmann*, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 57; zur typischen Kollisionslage: *Kühling/Martini*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 2016, S. 292.

120 *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500, 503; Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-*Buchholtz/Stentzel*, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 1 Rn. 29; Simitis/Hornung/Spiecker-*Hornung/Spiecker gen. Döhmann*, Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2019, Einl. Rn. 229; zustimmend: *Kahl/Piltz*, K&R 2018, 289, 290; vgl. auch: *Ohly*, GRUR Int 2004, 902, 903 ff.; *Albrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, 2017, S. 134; kritisch zur Gesetzgebungskompetenz: *Härting*, CR 2013, 715, 720.

121 Im Ergebnis wohl zustimmend: Feiler/Forgó-*Feiler/Forgó*, EU-DSGVO, 1. Aufl. 2017, Art. 85 Rn. 4.

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

(4) Zwischenergebnis

Die Mitteilungspflicht nach Art. 85 Abs. 3 DSGVO widerspricht prima facie der Auffassung, dass zugunsten der Meinungs- und Informationsfreiheit zwei Öffnungsklauseln bestehen. Mit dem Verständnis, dass Art. 85 Abs. 2 DSGVO einen Mindestschutzstandard für schwerwiegende Kollisionstatbestände begründet, lässt sich eine Mitteilungspflicht nur für Abweichungen und Ausnahmen zu den privilegierten Zwecken dennoch systematisch begründen. Im Ergebnis lässt sich aus der Mitteilungspflicht, angeordnet in Art. 85 Abs. 3 DSGVO, weder ein zwingendes systematisches Verständnis für noch gegen eine allgemeine fakultative Öffnungsklausel nach Art. 85 Abs. 1 DSGVO ableiten.

bb) Das Verhältnis von Art. 85 Abs. 1 zu Art. 85 Abs. 2 DSGVO

Das Verhältnis von Art. 85 Abs. 1 DSGVO zu Abs. 2 unterstützt die Auffassung, dass zugunsten der Meinungs- und Informationsfreiheit zwei Öffnungsklauseln bestehen. Ohne eigenständige Öffnungsklausel wäre Abs. 1 im Verhältnis zu Abs. 2 gegenstandslos.[122]

(1) Das Postulat der Nichtredundanz

Wenn Art. 85 Abs. 1 DSGVO die Funktion der Öffnungsklausel abgesprochen wird, erscheint er redundant.[123] Die Tatbestandsmerkmale und die dazugehörigen weitergehenden Ausführungen entsprechen sich im ersten und zweiten Absatz überwiegend. Art. 85 Abs. 1 DSGVO fungiert nicht dazu, Abs. 2 zu ergänzen oder dessen Anwendungsbereich zu erklären. In beiden Absätzen werden die privilegierten Zwecke und die Grundrechte, die in Einklang zu bringen sind, genannt. Art. 85 Abs. 2 DSGVO ist mit der Aufzählung der Kapitel, von denen abgewichen werden darf, sogar

122 HK DS-GVO/BDSG-*Frey*, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 8; aA: *Kühling/Martini*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 2016, S. 287.

123 *Ziebarth/Elsaß*, ZUM 2018, 578, 582; *Cornils*, ZUM 2018, 561, 571; HK DS-GVO/BDSG-*Frey*, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 8; dieses Arguent wird aufgegriffen bei: *Krüger/Wiencke*, MMR 2019, 76, 78; aA: *Kühling/Martini*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 2016, S. 287.

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

detaillierter und spezieller im Vergleich zu Abs. 1.[124] So kommt Art. 85 Abs. 1 DSGVO keine ergänzende oder erläuternde Funktion im Verhältnis zu Abs. 2 zu. Systematisch betrachtet, müsste der erste Absatz dennoch eine eigenständige Funktion haben.[125] Es gilt zu bezweifeln, dass der Gesetzgeber einen redundanten Absatz nachträglich im Gesetzgebungsverfahren ergänzt hat. Insbesondere da Art. 85 DSGVO eine sehr bedeutsame Funktion innerhalb der Datenschutzgrundverordnung zukommt und die Vorschrift während des Gesetzgebungsverfahren mehrmals ausgebessert wurde.[126] Mit Anerkennung einer allgemeinen Öffnungsklausel wäre Art. 85 Abs. 1 DSGVO nicht redundant, sondern hätte einen eigenständigen Anwendungsbereich und eine spezielle Funktion.

(2) Art. 85 Abs. 1 DSGVO, ein Anpassungsauftrag für die Mitgliedstaaten?

Dagegen könnte eingewendet werden, dass Art. 85 Abs. 1 DSGVO, anstelle einer Öffnungsklausel, einen Anpassungsauftrag für die Mitgliedstaaten normiert.[127] Die Funktion des Anpassungsauftrags wäre, den Mitgliedstaaten die Aufgabe zu erteilen, die nationalen Vorschriften zur Meinungs- und Informationsfreiheit zunächst auf eine Vereinbarkeit mit der Datenschutzgrundverordnung zu überprüfen und anschließend die nationalen Vorschriften ggf. anzupassen.[128]

Dieses Argument überzeugt nicht. Eine separate explizite Festschreibung einer Anpassungspflicht ist entbehrlich.[129] Die Mitgliedstaaten sind

124 Siehe hierzu genauer bei: Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-*Schulz/Heilmann*, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 76.

125 Siehe auch: *Nettesheim*, AfP 2019, 473, 474.

126 Vgl. dazu: *Cornils*, ZUM 2018, 561, 570; siehe zur Bedeutung der Vorschrift: *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500, 502; siehe den fehlenden ersten Absatz im Vorschlag der Kommission: Art. 80 Vorschlag für Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung) v. 25.01.2012, KOM(2012) 11 endgültig; siehe genauer zur nachträglichen Ergänzung des ersten Absatzes im ersten Kapitel bei C. I. 3. c).

127 *Kühling/Martini*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 2016, S. 286 f.; zustimmend: *Raji*, ZD 2019, 61, 64.

128 *Kühling/Martini*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 2016, S. 286 f.

129 So bereits: *Cornils*, Das datenschutzrechtliche Medienprivileg unter Behördenaufsicht?, 2018, S. 48 f.; *Ziebarth/Elsaß*, ZUM 2018, 578, 583.

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

überall dort, wo keine Öffnungsklausel eingreift aufgrund der Verpflichtung zur loyalen Zusammenarbeit nach Art. 4 Abs. 3 EUV auch ohne zusätzliche Festschreibung verpflichtet, das nationale Recht an die Datenschutzgrundverordnung anzupassen.[130] Wäre dem nicht so, müsste die Datenschutzgrundverordnung eine Vielzahl an Anpassungsaufträgen normieren.

(3) Zwischenergebnis

Das Verhältnis von Art. 85 Abs. 1 DSGVO zu Abs. 2 spricht dafür, dass zwei Öffnungsklauseln zugunsten der Meinungs- und Informationsfreiheit bestehen. Ohne eigenständige Öffnungsklausel wäre Abs. 1 im Verhältnis zu Abs. 2 redundant. Das Argument, dass Art. 85 Abs. 1 DSGVO einen Anpassungsauftrag für die Mitgliedstaaten normiert, überzeugt nicht, da die Mitgliedstaaten ohnehin verpflichtet sind, die nationalen Vorschriften auf eine Vereinbarkeit mit der Datenschutzgrundverordnung zu überprüfen.

cc) Ergebnis

Insgesamt, lässt die innere Systematik des Art. 85 DSGVO kein klares Ergebnis erkennen. Die Notifizierungspflicht, angeordnet in Art. 85 Abs. 3 DSGVO, widerspricht dem Verständnis, dass Art. 85 Abs. 1 DSGVO eine fakultative allgemeine Öffnungsklausel normiert.[131] Jedoch ist ernsthaft in Betracht zu ziehen, dass es sich bei der Verweisung von Art. 85 Abs. 3 DSGVO ausschließlich auf Art. 85 Abs. 2 DGSVO um eine Fehlverweisung handelt. Das Verhältnis von Art. 85 Abs. 1 DSGVO zu Abs. 2 unterstützt

130 EuGH, Urt. v. 26.04.1988 – C-74/86, ECLI:EU:C:1988:198 = juris, Tz. 10 f. -*Kommission/Deutschland*; *Kühling/Martini*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 2016, S. 3; vgl. dazu auch: *Schantz*, NJW 2016, 1841, 1841 und 1847.

131 *Kühling/Martini*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 2016, S. 288; so auch: *Specht-Riemenschneider/Jennessen*, Persönlichkeitsschutz im digitalen Umfeld in Zeiten der Mehrebenenregulierung, in: Aldenhoff/Edeler/Hennig/Ketsch/Raabe/Sobala, Digitalität und Privatheit, 2019, S. 111, 116; so auch, obwohl auch die Möglichkeit einer Fehlverweisung in Betracht gezogen wird: Sydow-*Specht/Bienemann*, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 9; zustimmend: *Raji*, ZD 2019, 61, 64; *Sundermann*, K&R 2018, 438, 442; *Aßmus/Winzer*, ZD 2018, 508, 512; aA: *Ziebarth/Elsaß*, ZUM 2018, 578, 582 f.

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

indessen die Auffassung, dass zugunsten der Meinungs- und Informationsfreiheit zwei Öffnungsklauseln bestehen.[132]

b) Übergeordnete Systematik der Datenschutzgrundverordnung

Nachdem die innere Systematik des Art. 85 DSGVO untersucht wurde, wird im Folgenden die Systematik der Öffnungsklauseln und der Datenschutzgrundverordnung insgesamt beleuchtet.

aa) Restriktive Auslegung von Öffnungsklauseln

Die übergeordnete Systematik der Datenschutzgrundverordnung gibt eine enge Auslegung von mitgliedstaatlichen Abweichungsmöglichkeiten vor.[133] Die restriktive Auslegung von Öffnungsklauseln folgt daraus, dass Abweichungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten die unmittelbare und grundsätzlich abschließende Wirkung des Rechtsinstruments der Verordnung verhindern.[134]

Bei einem weiten Verständnis von Öffnungsklauseln, insbesondere bei Art. 85 Abs. 1 DSGVO, besteht die Gefahr, dass das Regelungssystem der Datenschutzgrundverordnung ausgehebelt wird.[135] Beispielsweise ermöglicht Art. 85 Abs. 1 DSGVO bei einem weiten Verständnis Modifikationen von allen Kapiteln der Datenschutzgrundverordnung. Durch diese weitgehenden Gestaltungsspielräume kann unter anderem der Grundsatz des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt und das Regelungssystem der Rechtmäßigkeitstatbestände umgangen werden.[136] Den Aushebelungseffekt überspitzt

---

132 HK DS-GVO/BDSG-*Frey*, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 8; aA: *Kühling/Martini*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 2016, S. 287.

133 *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500, 501 und 506; *Kühling/Martini*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 2016, S. 4; aA: Roßnagel-*Roßnagel*, Das neue Datenschutzrecht, 2018, S. 48; aA, da keine allgemeine enge Auslegung von Ausnahmen im europäischen Recht vertreten wird: Riesenhuber-*Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 10 Rn. 62 ff.

134 Vgl. zur Wirkung der Verordnung und der Möglichkeit nationaler Abweichungen: *Schantz*, NJW 2016, 1841, 1841.

135 Kühling/Buchner-*Buchner/Tinnefeld*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 12; dieses Argument wird aufgegriffen bei: *Krüger/Wiencke*, MMR 2019, 76, 78.

136 *Kühling/Martini*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 2016, S. 287.

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

dargestellt, könnte der Versuch der Mitgliedstaaten unternommen werden, jede Datenverarbeitung als vom Schutzbereich der Meinungs- und Informationsfreiheit erfasst anzusehen.[137] So könnte das Regelungssystem der Datenschutzgrundverordnung mit Hilfe von Art. 85 Abs. 1 DSGVO und nationaler Gesetzgebung fast vollständig verdrängt werden.

Somit sind die mitgliedstaatlichen Ausgestaltungskompetenzen nach dem Grundsatz des systematischen Aufbaus und ebenfalls nach dem Sinn und Zweck der Datenschutzgrundverordnung eng auszulegen. Die systematisch begründete grundsätzlich enge Auslegung von Öffnungsklauseln steht dem Verständnis von Art. 85 Abs. 1 DSGVO als allgemeiner fakultativer Öffnungsklausel entgegen.

bb) Stellung des Art. 85 DSGVO innerhalb der Datenschutzgrundverordnung

Die systematische Stellung von Art. 85 DSGVO im Kapitel IX legitimiert hingegen eine weite Auslegung der Öffnungsklausel. Kapitel IX benennt sechs Vorschriften zum Schutz besonderer Verarbeitungssituationen. Alle Vorschriften, platziert in Kapitel IX, beinhalten Öffnungsklauseln.[138] Die Nennung von Art. 85 DSGVO in diesem gesonderten Kapitel zeigt ein außergewöhnliches Handlungserfordernis der Mitgliedstaaten.[139]

cc) Zwischenergebnis

Die systematisch begründete enge Auslegung von Öffnungsklauseln kann für Art. 85 Abs. 1 DSGVO nicht überzeugen. Die besseren Argumente sprechen dafür, dass sich der Gesetzgeber absichtlich im Bereich der Meinungs- und Informationsfreiheit für eine Rechtsvielfalt entschieden hat und weitgehende Abweichungsmöglichkeiten erlassen wollte. Systematisch wird dies mit der Platzierung von Art. 85 DSGVO im Kapitel

137 Schantz/Wolff-*Schantz*, Das neue Datenschutzrecht, 2017, S. 398.

138 Vgl. dazu die Übersichtstabelle bei: *Kühling/Martini*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 2016, S. 19 f.; vgl. auch: *Weichert*, DANA 2016, 48, 55.

139 Vgl. zur systematischen Stellung: *Cornils*, Das datenschutzrechtliche Medienprivileg unter Behördenaufsicht?, 2018, S. 49; Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-*Schulz/Heilmann*, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Vor Rn. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

IX verdeutlicht. Nur so kann die umfassende Ausübung der Meinungs- und Informationsfreiheit, trotz der Regelungssystematik der Datenschutzgrundverordnung, garantiert werden.

c) Ergebnis

Ob Art. 85 Abs. 1 DSGVO eine fakultative allgemeine Öffnungsklausel für die Mitgliedstaaten darstellt, kann weder mit der Auslegung der inneren Systematik des Art. 85 DSGVO noch unter Heranziehung der äußeren Systematik der Datenschutzgrundverordnung, insbesondere der Systematik der Öffnungsklauseln, eindeutig beantwortet werden. Jedoch sprechen in der Gesamtschau die besseren Argumente dafür. Art. 85 Abs. 1 DSGVO muss im Verhältnis zu Art. 85 Abs. 2 DSGVO eine eigenständige Funktion zukommen. Das trifft allerindgs nur dann zu, wenn er eine Öffnungsklausel für die Mitgliedstaaten beinhaltet.

Zusätzlich wird Art. 85 DSGVO mit seiner systematischen Stellung im IX. Kapitel der Datenschutzgrundverordnung eine besondere Bedeutung zugewiesen, sodass der Grundsatz der engen Auslegung von Öffnungsklauseln für Art. 85 Abs. 1 DSGVO nicht zur Anwendung kommt.

3. Genetische Auslegung

Eine detailliertere Betrachtung des Gesetzgebungsverfahrens zur Datenschutzgrundverordnung zeigt, dass das Europäische Parlament und der Europäische Rat den Erlass einer fakultativen allgemeinen Öffnungsklausel mit Hilfe von Art. 85 Abs. 1 DSGVO angestrebt haben. Der Wille des Gesetzgebers ist, bei der Auslegung von Art. 85 Abs. 1 DSGVO, zu beachten.[140] Dazu wird die Entwicklung der Normierung zu Art. 85 DSGVO

140 Siehe zu den vier Auslegungsmethoden im europäischen Recht: EuGH (Plenum), Urt. v. 10.12.2018 – C-621/18, ECLI:EU:C:2018:999 = NVwZ 2019, 143 Tz. 47 – *Wightman u.a./the Secretary of State for Exiting the European Union*; EuGH (Große Kammer), Urt. v. 25.10.2011 – C-509/09 und C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685 = GRUR 2012, 300 Tz. 54 – *eDate Advertising u. Martinez;* EuGH, Urt. v. 13.07.1989 – 5/88, ECLI:EU:C:1989:321 = juris, Tz. 7 ff. -*Wachauf/Deutschland;* Riesenhuber-*Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 10 Rn. 12 ff.; siehe zur Anwendbarkeit dieser Auslegungsmethoden auf die DSGVO: Moos/Schefzig/Arning-*Moos/Schefzig*, Die neue Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Kap. 1 C. Rn. 18 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

vom Vorschlag der Kommission, über die Stellungnahme vom Europäischen Parlament bei der legislativen Entschließung, hin zur Begründung des Rates in erster Lesung herangezogen. Die letzte Mitteilung der Kommission an Parlament und Rat zur Datenschutzgrundverordnung vor dem Zeitpunkt der unmittelbaren Geltung in den Mitgliedstaaten, wird abschließend zur Feststellung des Willens des Gesetzgebers berücksichtigt.

a) Vorschlag der Europäischen Kommission

Zunächst waren in der Fassung der Kommission lediglich Art. 85 Abs. 2 und Art. 85 Abs. 3 DSGVO vorgesehen (ex Art. 80 Abs. 1 und Art. 80 Abs. 2).[141] Die Kommission hatte primär das Ziel der Vollharmonisierung vor Augen und wollte den Mitgliedstaaten eine Abweichungsmöglichkeit nur für journalistische, künstlerische oder literarische Zwecke einräumen.

b) Erste Lesung im Europäischen Parlament

Das Parlament änderte den Vorschlag vom ehemaligen ersten Absatz grundlegend und formulierte stattdessen: „Die Mitgliedstaaten sehen ~~für die Verarbeitung personenbezogener Daten, die allein zu journalistischen, künstlerischen oder literarischen Zwecken erfolgt,~~ wann immer dies notwendig ist, Abweichungen oder Ausnahmen von den allgemeinen Grundsätzen des Kapitels II, [...] **sowie von den Vorschriften über besondere Datenverarbeitungssituationen in diesem Kapitel** vor, um das Recht auf Schutz der Privatsphäre mit den für die Freiheit der Meinungsäußerung geltenden Vorschriften **nach Maßgabe der Charta** in Einklang zu bringen.“[142]

---

141 Siehe: Art. 80 Vorschlag für Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung) v. 25.01.2012, KOM(2012) 11 endgültig.

142 Siehe: Art. 80 Abs. 1, Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 12. März 2014 zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr v. 12.03.2014, Ordentliches Gesetzgebungsverfahren: Erste Lesung; vgl. auch: Entwurf eines Berichts vom 16.01.2013, Ausschuss für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres, Berichterstatter Jan Philipp Albrecht, Änderungsantrag 324 S. 212, abrufbar

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Deutlich wird, dass das Parlament eine Öffnungsklausel nicht nur für die damals aufgezählten Zwecke normieren wollte.[143] Das Parlament hatte Änderungen von einer spezifischen Öffnungsklausel hin zu einer allgemeinen Öffnungsklausel mit weitreichenden Modifikationsmöglichkeiten vorgenommen.[144]

Das Ziel des Parlaments, die Zweckvorgaben aufzugeben, zeigt sich ebenfalls in seinen Änderungsvorschlägen zum Erwägungsgrund 153 (ex. ErwGr 121).[145] Das Parlament hat im ex. ErwGr 121 ebenfalls die journalistischen, künstlerischen, literarischen Zwecke gestrichen und ermöglichte mit seinem Änderungsvorschlag, Ausnahmen und Abweichungen, sofern diese erforderlich sind, um das Recht auf Schutz personenbezogener Daten mit dem Recht auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit in Einklang zu bringen.

---

unter: http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-%2F%2FEP%2F%2FNONSGML%2BCOMPARL%2BPE-501.927%2B04%2BDOC%2BPDF%2BV0%2F%2FDE, zuletzt abgerufen am 25.06.2018.

143 So bereits: *Cornils*, Das datenschutzrechtliche Medienprivileg unter Behördenaufsicht?, 2018, S. 42 f.

144 Siehe hierzu auch: Kühling/Buchner-*Buchner/Tinnefeld*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 3; siehe zu allgemeinen und spezifischen Öffnungsklauseln: *Kühling/Martini*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 2016, S. 9 f.

145 Siehe: ErwGr 121, Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 12. März 2014 zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr v. 12.03.2014, Ordentliches Gesetzgebungsverfahren: Erste Lesung; vgl. dazu auch: Entwurf eines Berichts vom 16.01.2013, Ausschuss für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres, Berichterstatter Jan Philipp Albrecht, Änderungsantrag 324 S. 212, abrufbar unter: http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-%2F%2FEP%2F%2FNONSGML%2BCOMPARL%2BPE-501.927%2B04%2BDOC%2BPDF%2BV0%2F%2FDE, zuletzt abgerufen am 25.06.2018; vgl. zur Einbeziehung der Erwägungsgründe in den Auslegungsvorgang Art. 296 Abs. 2 AEUV, vgl. auch: EuGH (Große Kammer), Urt. v. 18.10.2011 – C-34/10, ECLI:EU:C:2011:669 = GRUR 2011, 1104 Rn. 27 ff. – *Brüstle/Greenpeace*; EuGH, Urt. v. 22.09.2011 – C-482/09, ECLI:EU:C:2011:605 = GRUR Int 2011, 939 Tz. 40 – *Budweiser;* EuGH, Urt. v. 15.04.2010 – C-511/08, ECLI:EU:C:2010:189 = EuZW 2010, 432 Tz. 53 f. – *Handelsgesellschaft Heinrich Heine GmbH/Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e.V.*; siehe dazu, dass die Begründungserwägungen rechtlich nicht verbindlich sind und dass von den Bestimmungen des Rechtsaktes nicht aufgrund der Erwägungsgründe abgewichen werden darf: EuGH (Große Kammer), Urt. v. 10.01.2006 – C-344/04, ECLI:EU:C:2006:10 = NJW 2006, 351 Tz. 76 – *IATA und EFLAA*; EuGH, Urt. v. 19.11.1998 – C-162/97, ECLI:EU:C:1998:554 = juris, Tz. 54 – *Nilsson u.a.*

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

c) Standpunkt des Rates in erster Lesung und Begründung

Nach den Änderungsvorschlägen des Parlaments, hat der Rat anschließend in der Gesetzgebungsakte die endgültige Fassung von Art. 85 DSGVO und ErwGr 153 vorgesehen.[146] Im Vergleich zum Kommissionsentwurf sind sowohl die Informationsfreiheit als auch die wissenschaftlichen Zwecke in Art. 85 DSGVO und ErwGr 153 ergänzt. Zudem ist Art. 85 DSGVO erstmalig in drei Absätze unterteilt.[147] Im Vergleich zu Art. 9 DSRL entfällt im Normentext von Art. 85 Abs. 2 DSGVO nach den Vorstellungen des Parlaments das Adverb „allein", welches zuvor die ausschließliche Privilegierung der aufgezählten Zwecke insbesondere verdeutlichte.[148] In der Begründung des Rates zu der Gesetzgebungsakte äußerte er sich zu der Verarbeitung personenbezogener Daten und der Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit (Art. 85 DSGVO) wie folgt: „Die Mitgliedstaaten bringen durch Rechtsvorschriften das Recht auf den Schutz personenbezogener Daten mit dem Recht auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit, einschließlich der Verarbeitung personenbezogener Daten zu journalistischen Zwecken und zu wissenschaftlichen, künstlerischen oder literarischen Zwecken, in Einklang. Um die Transparenz hinsichtlich der Übereinstimmung dieser Rechte zu gewährleisten, ist jeder Mitgliedstaat verpflichtet, der Kommission seine einschlägigen Rechtsvorschriften und deren Änderungen sowie neue einschlägige Vorschriften mitzuteilen."[149]

---

146 Gesetzgebungsakte und andere Rechtsinstrumente, Standpunkt des Rates in erster Lesung im Hinblick auf den Erlass einer Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung) v. 08.4.2016, Interinstitutionelles Dossier: 2012/0011 (COD); mit Fokus auf die Abbedingbarkeit des Kapitel VIII der DSGVO noch ausführlicher zur Ratsauffassung: *Cornils*, Das datenschutzrechtliche Medienprivileg unter Behördenaufsicht?, 2018, S. 39 f.

147 Siehe hierzu auch: Sydow-*Specht/Bienemann*, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 6.

148 Siehe zu diesem häufig aufgegriffenen Argument beispielhaft: Auernhammer-*v. Lewinski*, DSGVO BDSG, 6. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 11; Ehmann/Selmayr-*Schiedermair*, Datenschutz-Grundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 24; siehe zu der Interpretation der gemischten Zwecke beispielhaft bei: *Kahl/Piltz*, K&R 2018, 289, 290; aA zu den gemischten Zwecken: HK DS-GVO/BDSG-*Frey*, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 3 und Rn. 25.

149 Begründung des Rates: Standpunkt (EU) Nr. 6/2016 des Rates in erster Lesung im Hinblick auf den Erlass einer Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezo-

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

In der Begründung des Rates zu der Gesetzgebungsakte fehlt erneut die abschließende Aufzählung der privilegierten Zwecke iSv Art. 85 Abs. 2 DSGVO. Der Rat hat in seiner Begründung lediglich die heutige Fassung von Art. 85 Abs. 1 DSGVO mit aufgenommen. Hieraus kann abgeleitet werden, dass Art. 85 Abs. 1 DSGVO im Rahmen des Gesetzgebungsverfahren eine wichtige Bedeutung sowohl für den Rat als auch für das Parlament hatte. Zudem bezieht sich in der Begründung des Rates die Notifizierungspflicht direkt auf die endgültige Fassung von Art. 85 Abs. 1 DSGVO. Dies könnte ein Hinweis dafür sein, dass der Verweis von Art. 85 Abs. 3 lediglich auf Art. 85 Abs. 2 DSGVO fehlerhaft ist. Die Begründung des Rates vermittelt den Eindruck, dass auch der Europäische Rat im Gesetzgebungsverfahren mit Art. 85 Abs. 1 DSGVO eine fakultative Öffnungsklausel schaffen wollte.[150]

d) Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat

Schließlich könnte ggf. auch die Kommission, die zunächst die Aufnahme des Art. 85 Abs. 1 DSGVO nicht angestrebt hat, sich dem Willen von Parlament und Rat angeschlossen haben.[151] Die Kommission formulierte am 24.01.2018 bei der Mitteilung an das Europäische Parlament und den Rat: „Die Verordnung gilt unmittelbar in allen Mitgliedstaaten (Art. 288 AEUV). [...] Dennoch müssen die Mitgliedstaaten im Einklang mit der Verordnung die **erforderlichen Schritte** ergreifen, um **ihre Rechtsvorschriften** durch die **Aufhebung** und **Änderung** bestehender Rechtsvorschriften, die Einrichtung nationaler Datenschutzbehörden (Art. 54 Abs. 1 DSG-GVO), die **Benennung** einer Akkreditierungsstelle (Art. 43 Abs. 1 DS-GVO) und **Kollisionsnormen** für die Abwägung zwischen Meinungs-

gener Daten und zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung) v. 03.05.2016, 2016/C 159/02, 10.1. Verarbeitung personenbezogener Daten und Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit.

150 Vgl. dazu auch: *Cornils*, Das datenschutzrechtliche Medienprivileg unter Behördenaufsicht?, 2018, S. 44.

151 So wohl auch: Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-*Schulz/Heilmann*, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 71; Verständnis einer Kompromisslösung: *Cornils*, Das datenschutzrechtliche Medienprivileg unter Behördenaufsicht?, 2018, S. 43.

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

freiheit und Datenschutz (Art. 85 Abs. 1 DS-GVO) **anzupassen**."[152] Die Kommission fordert mit dieser Formulierung die Mitgliedstaaten zum gesetzlichen Tätigwerden, im Rahmen der Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 1 DSGVO, auf. Durch nationale Gesetzgebung soll ein Ausgleich zwischen Art. 8 GRCh und Art. 11 GRCh geschaffen werden. Dieses Gesetzgebungsmaterial könnte als eine klarstellende Positionierung der Kommission, kurz vor der Geltung der Datenschutzgrundverordnung ab dem 25.05.2018, gedeutet werden.[153]

e) Ergebnis

Die genauere Überprüfung des Gesetzgebungsverfahrens zu Art. 85 DSGVO und ErwGr 153 stützt das Verständnis von Art. 85 Abs. 1 DSGVO als fakultative allgemeine Öffnungsklausel.[154] Die genetische Auslegung zeigt, dass dem Art. 85 Abs. 1 DSGVO ausreichend große Bedeutung zuzumessen ist. Parlament und Rat haben sich für die Aufnahme des Art. 85 Abs. 1 DSGVO stark gemacht und wollten die abschließende Aufzählung der Zwecke durchbrechen. Diesem Willen hat sich ggf. auch die Kommission angeschlossen.[155] Das Verständnis von Art. 85 Abs. 1 DSGVO als eigenständiger Öffnungsklausel wird durch die genetische Betrachtung gestärkt. Art. 85 Abs. 1 DSGVO, lediglich als Anpassungsauftrag zu verstehen, steht dem Willen des Gesetzgebers, insbesondere von Parlament und Rat entgegen.

---

152 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Besserer Schutz und neue Chancen – Leitfaden der Kommission zur unmittelbaren Anwendbarkeit der Datenschutz-Grundverordnung ab 25. Mai 2012 v. 24.01.2018, COM(2018) 43 final, S. 9.

153 Siehe zum Zeitpunkt der Geltung der Datenschutzgrundverordnung: Art. 99 Abs. 2 DSGVO.

154 So bereits: *Cornils*, Das datenschutzrechtliche Medienprivileg unter Behördenaufsicht?, 2018, S. 45; die Erwägungsgründe sind nicht in gesonderten Gremien beraten und teilweise nicht vollständig auf den Gesetzestext der DSGVO abgestimmt, nachzulesen bei: *Kühling/Martini*, EuZW 2016, 448, 448; dazu, dass nicht alle Vorschriften der DSGVO ausreichend aufeinander abgestimmt sind: *Cornils*, Das datenschutzrechtliche Medienprivileg unter Behördenaufsicht?, 2018, S. 42.

155 Mitteilung der Kommission an das Europäische Parlament und den Rat, Besserer Schutz und neue Chancen – Leitfaden der Kommission zur unmittelbaren Anwendbarkeit der Datenschutz-Grundverordnung ab 25. Mai 2012 v. 24.01.2018, COM(2018) 43 final, S. 9.

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

4. Teleologische Auslegung

Der Sinn und Zweck[156] von Art. 85 DSGVO kann nicht eindeutig mithilfe von Wortlaut, Systematik und dem Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens bestimmt werden. Auch unter Heranziehung des ErwGr 153 ist der Telos nicht offenkundig.[157] Einerseits könnten nationale Abweichungen nur im Rahmen der privilegierten Zwecke gewollt sein, umso eine Rechtszersplitterung zu verhindern und das Ziel der reinen EU-Regulierung zu erreichen.[158] Andererseits könnte Art. 85 Abs. 1 DSGVO flexiblere und weitreichendere Handlungsspielräume der Mitgliedstaaten beabsichtigen.

156 Siehe zu den vier Auslegungsmethoden im europäischen Recht: EuGH (Plenum), Urt. v. 10.12.2018 – C-621/18, ECLI:EU:C:2018:999 = NVwZ 2019, 143 Tz. 47 – *Wightman u.a./the Secretary of State for Exiting the European Union*; EuGH (Große Kammer), Urt. v. 25.10.2011 – C-509/09 und C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685 = GRUR 2012, 300 Tz. 54 – *eDate Advertising u. Martinez;* EuGH, Urt. v. 13.07.1989 – 5/88, ECLI:EU:C:1989:321 = juris, Tz. 7 ff. -*Wachauf/Deutschland;* Riesenhuber-*Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 10 Rn. 12 ff.; siehe zur Anwendbarkeit dieser Auslegungsmethoden auf die DSGVO: Moos/Schefzig/Arning-*Moos/Schefzig*, Die neue Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Kap. 1 C. Rn. 18 ff.

157 Vgl. zur Einbeziehung der Erwägungsgründe in den Auslegungsvorgang Art. 296 Abs. 2 AEUV, vgl. auch: EuGH (Große Kammer), Urt. v. 18.10.2011 – C-34/10, ECLI:EU:C:2011:669 = GRUR 2011, 1104 Tz. 27 ff. – *Brüstle/Greenpeace*; EuGH, Urt. v. 22.09.2011 – C-482/09, ECLI:EU:C:2011:605 = GRUR Int 2011, 939 Tz. 40 – *Budweiser;* EuGH, Urt. v. 15.04.2010 – C-511/08, ECLI:EU:C:2010:189 = EuZW 2010, 432 Tz. 53 f. – *Handelsgesellschaft Heinrich Heine GmbH/Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e.V.*; siehe dazu, dass die Begründungserwägungen rechtlich nicht verbindlich sind und dass von den Bestimmungen des Rechtsaktes nicht aufgrund der Erwägungsgründe abgewichen werden darf: EuGH (Große Kammer), Urt. v. 10.01.2006 – C-344/04, ECLI:EU:C:2006:10 = NJW 2006, 351 Tz. 76 – *IATA und EFLAA*; EuGH, Urt. v. 19.11.1998 – C-162/97, ECLI:EU:C:1998:554 = juris, Tz. 54 – *Nilsson u.a.*

158 *Dregelies*, AfP 2019, 298, 301; Vgl. zur Gefahr der Rechtszersplitterung: Kühling/Buchner-*Buchner/Tinnefeld*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 12; Paal/Pauly-*Pauly*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 4; diesen zustimmend: *Raji*, ZD 2019, 61, 65; *Specht-Riemenschneider/Jennessen*, Persönlichkeitsschutz im digitalen Umfeld in Zeiten der Mehrebenenregulierung, in: Aldenhoff/Edeler/Hennig/Ketsch/Raabe/Sobala, Digitalität und Privatheit, 2019, S. 111, 116.

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

a) Primäres Ziel des Art. 85 DSGVO: Vollharmonisierung?

Sinn und Zweck von Art. 85 Abs. 1 und Abs. 2 DSGVO könnte es sein, die nationalen Modifikationsmöglichkeiten zum Schutz der Meinungs- und Informationsfreiheit auf die in Art. 85 Abs. 2 DSGVO aufgezählten privilegierten Zwecke zu begrenzen.[159] So würde Art. 85 DSGVO insbesondere dem übergeordneten Zweck der Vollharmonisierung, festgelegt in ErwGr 9, ErwGr 10 iVm ErwGr 3, dienen.[160]

ErwGr 153 S. 2 unterstützt diese Auffassung.[161] Insbesondere die Formulierung „ausschließlich" in ErwGr 153 S. 2 verdeutlicht, dass die Mitgliedstaaten Ausnahmen und Abweichungen von der Datenschutzgrundverordnung nur zu den in ErwGr 153 S. 2 aufgezählten Zwecken erlassen sollen, welche sich wiederum mit den privilegierten Zwecken des Art. 85 Abs. 2 DSGVO decken.

Der Telos der Vollharmonisierung widerspricht der Auffassung, dass Art. 85 Abs. 1 DSGVO eine fakultative allgemeine Öffnungsklausel für die Mitgliedstaaten darstellt. Demzufolge würden Art. 85 Abs. 1 und Abs. 2 DSGVO nationale Abweichungen nur zum Schutz der privilegierten Zwecke und von den in Abs. 2 aufgezählten Kapiteln ermöglichen.[162]

b) Art. 85 Abs. 1 DSGVO als Auffangtatbestand?

Art. 85 Abs. 1 DSGVO könnte auch als Auffangtatbestand fungieren.[163] Er hätte die Funktion, sicherzustellen, dass kein Verstoß gegen Art. 11 GRCh

---

159 *Kühling/Martini*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 2016, S. 287; Kühling/Buchner-*Buchner/Tinnefeld*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 12; Paal/Pauly-*Pauly*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 4.

160 *Dregelies*, AfP 2019, 298, 301; Kühling/Buchner-*Buchner/Tinnefeld*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 12; Paal/Pauly-*Pauly*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 4; etwas aA: Gola-*Pötters*, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 1 f.

161 Vgl.: *Raji*, ZD 2019, 61, 65; *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1061; Kühling/Buchner-*Buchner/Tinnefeld*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 14.

162 *Dregelies*, AfP 2019, 298, 301; *Kühling/Martini*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 2016, S. 287; Kühling/Buchner-*Buchner/Tinnefeld*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 4.

163 HK DS-GVO/BDSG-*Frey*, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 8 und Rn. 28 f.; vgl. dazu auch: *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1061; Feiler/Forgó-*Feiler/Forgó*, EU-DSGVO, 1. Aufl. 2017, Art. 85 Rn. 1 und Rn. 2.

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

durch die Regelungen der Datenschutzgrundverordnung erfolgt.[164] Der Auffangtatbestand des Art. 85 DSGVO würde Randkonstellationen absichern, die mit Art. 85 Abs. 2 DSGVO und den weiteren Öffnungsklauseln der Datenschutzgrundverordnung nicht interessengerecht gelöst werden können.[165]

Der Auffangtatbestand könnte dem europäischen Gesetzgeber zugleich als Absicherungsmechanismus dienen. Es ist dem europäischen Gesetzgeber nicht erlaubt, Gesetze, die gegen die Grundrechtecharta verstoßen, zu verabschieden, vgl. Art. 6 Abs. 1 EUV.[166] Der Auffangtatbestand könnte der Absicherung dieser Pflicht dienen. Mit der Delegation an die Mitgliedstaaten wird ein Lösungsweg gefunden, der die Herstellung praktischer Konkordanz zwischen den widerstreitenden Grundrechten Art. 8 GRCh und Art. 11 GRCh zukünftig ermöglicht, ohne Überarbeitungs- bzw. Anpassungsbedarf für die Datenschutzgrundverordnung auszulösen.

Auch dieser Telos rechtfertigt keine fakultative allgemeine Öffnungsklausel für die Mitgliedstaaten. Fungiert Art. 85 Abs. 1 DSGVO als Auffangtatbestand, erteilt er den Mitgliedstaaten nur für Ausnahmefälle eine Abweichungsbefugnis von der Datenschutzgrundverordnung.

c) Flexible und weitreichende Abweichungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten

Schlussendlich könnte der europäische Gesetzgeber auch flexible und weitreichende Abweichungsmöglichkeiten für die Mitgliedstaaten mit Art. 85 Abs. 1 DSGVO bezwecken.[167] Der Ausgleich zwischen dem Schutz perso-

---

164 HK DS-GVO/BDSG-*Frey*, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 8 und Rn. 28 f.; vgl. dazu auch: *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1061; Feiler/Forgó-*Feiler/Forgó,* EU-DSGVO, 1. Aufl. 2017, Art. 85 Rn. 1 und Rn. 2.

165 HK DS-GVO/BDSG-*Frey*, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 8.

166 Feiler/Forgó-*Feiler/Forgó,* EU-DSGVO, 1. Aufl. 2017, Art. 85 Rn. 1; Vedder/Heintschel von Heinegg-*Folz*, Europäisches Unionsrecht, 2. Aufl. 2018, Art. 6 EUV Rn. 1 ff.

167 HK DS-GVO/BDSG-*Frey*, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 7; Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-*Schulz/Heilmann*, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 57 und Rn. 67; Gola-*Pötters*, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 1 f.; *Cornils*, Stellungnahme zum Gesetz zur Zustimmung zum 21. Staatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge (21. Rundfunkänderungsstaatsvertrag) und zur Änderung weiterer Gesetze (16. Rundfunkänderungsgesetz), Gesetzentwurf der Landesregierung Nordrhein-Westfalen Drucksache 17/1565, 06.03.2018, S. 10, abrufbar unter: https://www.landtag.nrw

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

nenbezogener Daten und der Meinungs- und Informationsfreiheit könnte den Mitgliedstaaten durch Rechtsvorschriften überlassen werden.[168] Art. 85 Abs. 1 DSGVO würde als Generalklausel fungieren.[169] Wenn Art. 85 Abs. 1 DSGVO als Generalklausel fungiert, ist es den Mitgliedstaaten trotz der unmittelbaren Geltung der Datenschutzgrundverordnung nach Art. 288 Abs. 2 AEUV und dem weiten Anwendungsbereich der Datenschutzgrundverordnung nach Art. 2 Abs. 1 DSGVO gestattet, nationale Rechtsvorschriften im Bereich der Meinungs- und Informationsfreiheit für vorrangig anwendbar zu erklären.[170]

Für die Festsetzung einer Generalklausel streitet, dass die Europäischen Union keine ausreichenden Kompetenzen für eine europaweite Regelung im Bereich der Meinungsfreiheit begründen kann.[171] Darüber hinaus könnte die Generalklausel mit weitgehenden, flexiblen Handlungsspielräumen als Kompromisslösung zwischen den Mitgliedstaaten und der Europäischen Union verstanden werden. Der Erfolg, die Datenschutzgrundverordnung mit allen Mitgliedstaaten abzuschließen, könnte eine Generalklausel im Bereich des Art. 85 Abs. 1 DSGVO erforderlich gemacht

---

.de/Dokumentenservice/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMST17-420.pdf;jsessionid=60856216150C8FE703342DC770A76F16.ifxworker, zuletzt abgerufen am 30.12.2019; *Horvath*, Das Ende der freien Veröffentlichung von Personenbildnissen – für die meisten von uns, abrufbar unter: zuletzt abgerufen am 11.04.2018.

168 Vgl. hierzu: OLG Köln, Beschl. v. 18.06.2018 – 15 W 27/18, K&R 2018, 501, 502; *Cornils*, ZUM 2018, 561, 574 f.; *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1061.

169 Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-*Schulz/Heilmann*, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 57; wohl unterstützend: Feiler/Forgó-*Feiler/Forgó*, EU-DSGVO, 1. Aufl. 2017, Art. 85 Rn. 2.

170 *Cornils*, ZUM 2018, 561, 574 f.; Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-*Schulz/Heilmann*, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 8 und Rn. 10; vgl. auch: *Ziebarth/Elsaß*, ZUM 2018, 578, 582.

171 Zur Gesetzgebungskompetenz: *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500, 503; *Albrecht*, DSGVO – häufig gestellte Fragen, häufig verbreitete Mythen, abrufbar unter: https://www.janalbrecht.eu/2018/05/dsgvo-haeufig-gestellte-fragen-haeufig-verbreitete-mythen/, zuletzt abgerufen am 30.12.2019; zustimmend: *Kahl/Piltz*, K&R 2018, 289, 290; vgl. auch: *Albrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, 2017, S. 134; Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-*Buchholtz/Stentzel*, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 1 Rn. 29; Simitis/Hornung/Spiecker-*Hornung/Spiecker gen. Döhmann*, Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2019, Einl. Rn. 229; kritisch zur Gesetzgebungskompetenz: *Härting*, CR 2013, 715, 720.

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

haben.[172] Fungiert Art. 85 Abs. 1 DSGVO als Generalklausel, ermöglicht er es, auf kulturelle Besonderheiten, nationale Rechtsprechung und kollidierende Rechtsgebiete Rücksicht zu nehmen.[173]

Diese Auffassung wird darüber hinaus durch ErwGr 153 S. 4, S. 5 und S. 6 unterstützt, da die Begründungserwägungen nicht auf die privilegierten Zwecke des Art. 85 Abs. 2 DSGVO abstellen. Stattdessen nennt der ErwGr 153 viermal als Bezugspunkt den Ausgleich zwischen dem Recht auf Schutz personenbezogener Daten und der Meinungs- und Informationsfreiheit. Diese Gewichtung innerhalb von ErwGr 153 kann positiv für die Klassifizierung des Art. 85 Abs. 1 DSGVO als fakultative allgemeine Öffnungsklausel bewertet werden.

Auch ErwGr 153 S. 6 unterstützt die Auffassung, dass der europäische Gesetzgeber keine Vollharmonisierung im Bereich der Meinungs- und Informationsfreiheit bezweckt hat.[174] ErwGr 153 S. 6 reglementiert eine

---

172 Vgl.: Entwurf eines Berichts vom 16.01.2013, Ausschuss für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres, Berichterstatter Jan Philipp Albrecht, Änderungsantrag 68 S. 58 und Änderungsantrag 324 S. 212, abrufbar unter: http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-%2F%2FEP%2F%2FNONSGML%2BCOMPARL%2BPE-501.927%2B04%2BDOC%2BPDF%2BV0%2F%2FDE, zuletzt abgerufen am 25.06.2018; vgl. auch: *Laue*, ZD 2016, 463, 464; *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500, 501; *Pötters*, RDV 2015, 10, 14 f.; zum schwierigen Reformprozess: Gola-*Pötters*, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 1; vgl. dazu auch: *Kühling/Martini*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 2016, S. 1; siehe ausführlich zum Entstehungsprozess oben im ersten Kapitel bei C. I. 3.

173 *Ziebarth/Elsaß*, ZUM 2018, 578, 582; Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-*Schulz/Heilmann*, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 3, Rn. 8, Rn. 10 und Rn. 33; *Horvath*, Das Ende der freien Veröffentlichung von Personenbildnissen – für die meisten von uns, abrufbar unter: zuletzt abgerufen am 11.04.2018; *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500, 501 und 503; *Albrecht*, DSGVO – häufig gestellte Fragen, häufig verbreitete Mythen, abrufbar unter: https://www.janalbrecht.eu/2018/05/dsgvo-haeufig-gestellte-fragen-haeufig-verbreitete-mythen/, zuletzt abgerufen am 30.12.2019; vgl. dazu auch: *Kühling/Martini*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 2016, S. 1.

174 Vgl. zur Einbeziehung der Erwägungsgründe in den Auslegungsvorgang Art. 296 Abs. 2 AEUV, vgl. auch: EuGH (Große Kammer), Urt. v. 18.10.2011 – C-34/10, ECLI:EU:C:2011:669 = GRUR 2011, 1104 Tz. 27 ff. – *Brüstle/Greenpeace*; EuGH, Urt. v. 22.09.2011 – C-482/09, ECLI:EU:C:2011:605 = GRUR Int 2011, 939 Tz. 40 – *Budweiser;* EuGH, Urt. v. 15.04.2010 – C-511/08, ECLI:EU:C:2010:189 = EuZW 2010, 432 Tz. 53 f. – *Handelsgesellschaft Heinrich Heine GmbH/Verbraucherzentrale Nordrhein-Westfalen e.V.*; siehe dazu, dass die Begründungserwägungen rechtlich nicht verbindlich sind und dass von den Bestimmungen des Rechtsaktes nicht aufgrund der Erwägungsgründe abgewi-

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Kollisionsnorm für das Aufeinandertreffen unterschiedlicher nationaler Abweichungsvorschriften.[175] Mit Schaffung der Kollisionsvorschrift hat der europäische Gesetzgeber explizit für den Bereich des Art. 85 DSGVO unterschiedliche nationale Gesetzgebungsakte vorgesehen.[176] Er hat sich bewusst und gezielt zum Schutz der Meinungs- und Informationsfreiheit gegen eine reine EU-Regulierung und damit für eine Rechtsvielfalt entschieden.

d) Ergebnis

Es überzeugt nicht, dass Art. 85 DSGVO der Vollharmonisierung des Datenschutzrechts dient und die Abweichungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten auf die privilegierten Zwecke beschränkt sind. Vielmehr sollte eine reine EU-Regulierung mit Art. 85 Abs. 1 DSGVO verhindert werden. Telos des Art. 85 Abs. 1 DSGVO ist der nationale Ausgleich zwischen dem Schutz personenbezogener Daten und der Meinungs- und Informationsfreiheit. Dabei dient die Öffnungsklausel nach Art. 85 Abs. 1 DSGVO nicht nur als Auffangtatbestand, sondern als Generalklausel.[177] Der europäische Gesetzgeber hat flexible und weitreichende Abweichungsmöglichkeiten für die Mitgliedstaaten mit Art. 85 Abs. 1 DSGVO bezweckt.[178] Art. 85

---

chen werden darf: EuGH (Große Kammer), Urt. v. 10.01.2006 – C-344/04, ECLI:EU:C:2006:10 = NJW 2006, 351 Tz. 76 – *IATA und EFLAA*; EuGH, Urt. v. 19.11.1998 – C-162/97, ECLI:EU:C:1998:554 = juris, Tz. 54 – *Nilsson u.a.*

175 Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-*Schulz/Heilmann*, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 3; vgl. auch: Götting/Schertz/Seitz-*Lauber-Rönsberg*, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 22 Rn. 32.

176 OLG Köln, Beschl. v. 18.06.2018 – 15 W 27/18, K&R 2018, 501, 502; *Lauber-Rönsberg*, ZUM-RD 2018, 550, 551; Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-*Schulz/Heilmann*, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 3.

177 AA: HK DS-GVO/BDSG-*Frey*, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 8.

178 HK DS-GVO/BDSG-*Frey*, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 7; Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-*Schulz/Heilmann*, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 57 und Rn. 67; Gola-*Pötters*, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 1 f.; *Cornils*, Stellungnahme zum Gesetz zur Zustimmung zum 21. Staatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge (21. Rundfunkänderungsstaatsvertrag) und zur Änderung weiterer Gesetze (16. Rundfunkänderungsgesetz), Gesetzentwurf der Landesregierung Nordrhein-Westfalen Drucksache 17/1565, 06.03.2018, S. 10, abrufbar unter: https://www.landtag.nrw.de/Dokumentenservice/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMST17

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Abs. 1 DSGVO dient als national regulierter Ausgleich gegenüber der Datenschutzgrundverordnung, deren Regelungsbereich sehr weit gefasst ist. Nur weitgehende und flexible mitgliedstaatliche Handlungsspielräume können den Schutz von Art. 11 GRCh gewährleisten und zusätzlich zukünftige Entwicklungen berücksichtigen.[179] Daneben können die Mitgliedstaaten den deutlich kulturell geprägten Bereich der Kommunikationsfreiheiten mit ausgeprägter innerstaatlicher Rechtsprechung teilweise europarechtskonform erhalten, vgl. Art. 67 Abs. 1 AEUV.[180] Der Telos der flexiblen und weitreichenden Handlungsspielräume der Mitgliedstaaten im Bereich der Meinungs- und Informationsfreiheit spricht dafür, dass Art. 85 Abs. 1 DSGVO eine fakultative allgemeine Öffnungsklausel normiert.

5. Ergebnis

Die vier Auslegungsmethoden Wortlaut, Systematik, Historie und Telos zeigen Argumente für und wider eine fakultative allgemeine Öffnungsklausel nach Art. 85 Abs. 1 DSGVO. In der Gesamtschau streiten die stärkeren Argumente aber zugunsten einer fakultativen allgemeinen Öffnungsklausel. Sowohl der Wortlaut „Erlass von Rechtsvorschriften", als auch die ausgewählte Präposition „einschließlich" verdeutlichen eine mit-

---

-420.pdf;jsessionid=60856216150C8FE703342DC770A76F16.ifxworker, zuletzt abgerufen am 30.12.2019; *Horvath*, Das Ende der freien Veröffentlichung von Personenbildnissen – für die meisten von uns, abrufbar unter: zuletzt abgerufen am 11.04.2018.

179 Zu den weitergehenden, flexibleren Abweichungsmöglichkeiten: HK DS-GVO/BDSG-*Frey*, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 7; Gola-*Pötters*, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 1; *Cornils*, Stellungnahme zum Gesetz zur Zustimmung zum 21. Staatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge (21. Rundfunkänderungsstaatsvertrag) und zur Änderung weiterer Gesetze (16. Rundfunkänderungsgesetz), Gesetzentwurf der Landesregierung Nordrhein-Westfalen Drucksache 17/1565, 06.03.2018, S. 10, abrufbar unter: https://www.landtag.nrw.de/Dokumentenservice/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument/MMST17-420.pdf;jsessionid=60856216150C8FE703342DC770A76F16.ifxworker, zuletzt abgerufen am 30.12.2019; zu den zukünftigen Entwicklungen: Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-*Schulz/Heilmann*, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 57; vgl. zur Gefahr für die Kommunikationsfreiheiten: *Veil*, NVwZ 2018, 686, 690.

180 Vgl.: Sydow-*Specht/Bienemann*, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 21; HK DS-GVO/BDSG-*Frey*, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 8.

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gliedstaatliche Gesetzgebungsmöglichkeit, die nicht auf die privilegierten Zwecke begrenzt ist. Auch das systematische Verhältnis von Art. 85 Abs. 1 DSGVO zu Abs. 2 unterstützt die Auffassung, dass zugunsten der Meinungs- und Informationsfreiheit zwei Öffnungsklauseln bestehen. Ohne eigenständige Öffnungsklausel ist Abs. 1 im Verhältnis zu Abs. 2 redundant. Historisch betrachtet hat das Europäische Parlament mit seinem umfangreichen Änderungsvorschlag im Gesetzgebungsverfahren die privilegierten Zwecke sowohl in ex. Art. 80 DSGVO als auch in ex. ErwGr 121 vollumfänglich gestrichen. Anstelle von eingeschränkten wurden weitreichende Modifikationsmöglichkeiten vorgeschlagen. Anschließend hat der Europäische Rat Art. 85 DSGVO erstmalig in drei Absätze unterteilt, was ebenfalls unterstreicht, dass jedem Absatz eine eigenständige Funktion zukommt. Das Verständnis von Art. 85 Abs. 1 DSGVO als allgemeine fakultative Öffnungsklausel überzeugt. Der europäische Gesetzgeber hat flexible und weitreichende Abweichungsmöglichkeiten für die Mitgliedstaaten mit Art. 85 Abs. 1 DSGVO bezweckt.

II. Entspricht das Kunsturhebergesetz Art. 85 Abs. 1 DSGVO?

Die vollumfängliche Anwendbarkeit des Kunsturhebergesetzes könnte nach Art. 85 Abs. 1 DSGVO ermöglicht werden. Dazu ist nicht nur erforderlich, dass Art. 85 Abs. 1 DSGVO eine fakultative allgemeine Öffnungsklausel darstellt, sondern auch, dass §§ 22 ff. KUG den Schutz personenbezogener Daten und das Recht auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit in Einklang bringen. Das Kunsturhebergesetz müsste praktische Konkordanz iSd Art. 85 Abs. 1 DSGVO herstellen.[181] Art. 85 Abs. 1 DSGVO erlaubt sodann Abweichungsmöglichkeiten von allen Kapiteln der Datenschutzgrundverordnung.[182]

Die Untersuchung, ob das Kunsturhebergesetz ordnungsgemäß die Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 1 DSGVO ausfüllt, erfolgt in zwei Schritten: Als Erstes wird untersucht, ob §§ 22, 23 KUG dem Schutz personenbezogener Daten dienen. Im Anschluss wird betrachtet, ob die Paragrafen den Schutz personenbezogener Daten mit dem Recht auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit in Einklang bringen.

---

181 Befürwortend: *Ziebarth/Elsaß*, ZUM 2018, 578, 583 f.; BeckOK Urheberrecht-*Engels*, 26. Ed. Stand 15.10.2019, § 22 KUG Rn. 10 e; wohl auch: *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1062.

182 *Nettesheim*, AfP 2019, 473, 477.

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

1. Schutz personenbezogener Daten

Das Kunsturhebergesetz ist prima facie kein klassisches Datenschutzrecht. Dennoch zeigt es deutliche Ähnlichkeiten bzw. Parallelen zum Schutz personenbezogener Daten.[183] Zugleich ist der Schutz personenbezogener Daten iSd Art. 85 Abs. 1 DSGVO nicht zu eng auszulegen,[184] da der Fokus von Art. 85 Abs. 1 DSGVO auf der Herstellung praktischer Konkordanz liegt.

Nach deutscher Rechtsdogmatik findet das Recht am eigenen Bild seinen Ursprung im Allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG.[185] Europarechtlich wird es nach Art. 8 EMRK und Art. 7 GRCh geschützt.[186] Der Datenschutz wurzelt ebenso wie das Recht am eigenen Bild im Recht auf Privatheit, garantiert in Art. 8 EMRK, in Art. 7 und Art. 8 GRCh und Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG.[187] Die grundrechtliche Verankerung der beiden Rechtsgebiete deckt sich.

---

183 Quellen bezogen auf die deutsche Umsetzung des Datenschutzrechts: *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1058 und 1060; *Lorenz*, ZD 2012, 367, 369; *Dix*, Das Recht am eigenen Bild – Anachronismus im Zeitalter des Internet?, in: Sokol, Mediale (Selbst-)Darstellung und Datenschutz, 2001, S. 64, 67.

184 Vgl. dazu: Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-*Schulz/Heilmann*, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 68.

185 BVerfG, Beschl. v. 31.01.1973 – 2 BvR 454/71, NJW 1973, 891, 892; BGH, Urt. v. 14.10.1986 – VI ZR 10/86, NJW-RR 1987, 231, 231 – *Nena*; siehe hierzu ausführlich im zweiten Kapitel bei A.

186 EGMR, Urt. v. 24.06.2004 – 59320/00, ECLI:CE:ECHR:2004:0624JUD005932000 = NJW 2004, 2647, 2648 – *Caroline von Hannover/Deutschland; Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 3. Aufl. 2016, Art. 7 Rn. 16.

187 Zu Art. 8 EMRK: *Schiedermair*, Der Schutz des Privaten als internationales Grundrecht, 2012, S. 239 ff. m.w.N.; Kühling/Buchner-*Kühling/Raab*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Vorbemerkung Rn. 17 ff.; zu Art. 7 und Art. 8 GRCh: EuGH, Urt. v. 24.11.2011 – C-468/10, ECLI:EU:C:2011:777 = NZA 2011, 1409 Tz. 42 ASNEF/*FECEMD*; EuGH (Große Kammer), Urt. v. 09.11.2010 – C-92/09, ECLI:EU:C:2010:662 = EUZW 2010, 939 Tz. 52 – *Volker und Markus Schecke GbR u.a./Land Hessen*; weiter zu Art. 7 und Art. 8 GRCh: BVerfG, Beschl. v. 06.11.2019 – 1 BvR 276/17, NJW 2020, 314 Tz. 100 f. – *Recht auf Vergessen II*; *Schiedermair*, Der Schutz des Privaten als internationales Grundrecht, 2012, S. 339 ff. m.w.N.; Kühling/Buchner-*Kühling/Raab*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Vorbemerkung Rn. 24 ff.; hierzu auch: *Veil*, NVwZ 2018, 686, 694; zu Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG: BVerfG, Urt. v. 15.12.1983 – 1 BvR 209/83, NJW 1984, 419, 419 ff. – *Volkszählungsurteil*; insgesamt dazu: *Weichert*, DANA 2016, 48, 48; *Tinnefeld*, ZD 2015, 22, 24.

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Darüber hinaus schützen das Recht am eigenen Bild und das Datenschutzrecht konvergente Rechtsgüter. Beide gewähren das Selbstbestimmungsrecht einer natürlichen Person über die sie betreffenden Daten.[188] Art. 8 GRCh garantiert die Herrschaft über die „eigenen" personenbezogenen Daten.[189] Das europäische Datenschutzrecht gewährleistet das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen über die Verwendung seiner personenbezogenen Daten.[190] Parallel dazu schützt das Recht am eigenen Bild ebenfalls das Selbstbestimmungsrecht der betroffenen Person über ihre Bildnisdaten.[191] Das Selbstbestimmungsrecht ist hier auf die Darstellung

188 Maunz/Dürig-*Di Fabio*, Grundgesetz, Lfg. 39 Stand Juli 2001, Werkstand: 87. EL März 2019, Art. 2 Abs. 1 Rn. 175; siehe zu Art. 7, Art. 8 GRCh: BVerfG, Beschl. v. 06.11.2019 – 1 BvR 276/17, NJW 2020, 314 Tz. 101 – *Recht auf Vergessen II*; vgl. dazu insgesamt: *Vogelgesang*, Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung?, 1987, S. 23; siehe zu der Idee das Recht am eigenen Bild als Konkretisierung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung zu verstehen: Maunz/Dürig-*Di Fabio*, Grundgesetz, Lfg. 39 Stand Juli 2001, Werkstand: 87. EL März 2019, Art. 2 Abs. 1 Rn. 193; dazu auch: *Hartmann*, Der Schutz vor Deepfakes durch das Kunsturhebergesetz, in: Taeger, Die Macht der Daten und der Algorithmen, 2019, S. 563, 574; *Lorenz*, ZD 2012, 367, 369; *Dix*, Das Recht am eigenen Bild – Anachronismus im Zeitalter des Internet?, in: Sokol, Mediale (Selbst-)Darstellung und Datenschutz, 2001, S. 64, 67; Paschke/Berlit/Meyer-*Kramer*, Gesamtes Medienrecht, 3. Aufl. 2016, 76. Abschnitt Rn. 5; vgl. hierzu ebenfalls: ErwGr 14 der DSGVO.

189 Callies/Ruffert-*Kingreen*, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 8 GRCh Rn. 9; vgl. auch: BVerfG, Beschl. v. 06.11.2019 – 1 BvR 276/17, NJW 2020, 314 Tz. 100 f. – *Recht auf Vergessen II*.

190 *Tinnefeld*, ZD 2015, 22, 24; vgl. zum informationellen Selbstbestimmungsrecht in Deutschland: BVerfG, Urt. v. 15.12.1983 – 1 BvR 209/83, NJW 1984, 419, 422 – *Volkszählungsurteil*; vgl. zum informationellen Selbstbestimmungsrecht auf europäischer Ebene: Meyer/Hölscheidt-*Bernsdorff*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Aufl. 2019, Art. 8 Rn. 13 f.

191 BGH, Urt. v. 14.02.1958 – I ZR 151/56, GRUR 1958, 408, 410 – *Herrenreiter*; zudem: BGH, Urt. v. 06.03.2007 – VI ZR 51/06, GRUR 2007, 527, 527 – *Winterurlaub*; BGH, Urt. v. 28.09.2004 – VI ZR 305/03, GRUR 2005, 74, 75 – *Charlotte Casiraghi II*; BGH, Urt. v. 19.12.1995 – VI ZR 15/95, GRUR 1996, 923, 924 – *Caroline von Monaco II;* BGH, Urt. v. 14.10.1986 – VI ZR 10/86, NJW-RR 1987, 231, 231 – *Nena*; *Raji*, ZD 2019, 61, 62; *Hartmann*, Der Schutz vor Deepfakes durch das Kunsturhebergesetz, in: Taeger, Die Macht der Daten und der Algorithmen, 2019, S. 563, 574; *Helle*, Besondere Persönlichkeitsrechte im Privatrecht, 1991, S. 47; Schricker/Loewenheim-*Götting*, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 22 KUG Rn. 7; Raue/Hegemann-*Amelung*, Münchener Anwaltshandbuch Urheber- und Medienrecht, 2. Aufl. 2017, § 14 Rn. 3.

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

im Bild beschränkt.[192] Allein der Abgebildete darf darüber befinden, ob und in welcher Weise er der Öffentlichkeit im Bild vorgestellt wird.[193] Eine ausreichende Vergleichbarkeit ist daher gegeben.[194]

2. Recht auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit

Eine Zuordnung des Kunsturhebergesetzes als dem Schutz personenbezogener Daten dienend reicht nicht aus. Zugleich muss das Kunsturhebergesetz den Schutz personenbezogener Daten mit dem Recht auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit (Art. 11 GRCh), einschließlich der Verarbeitung zu journalistischen, wissenschaftlichen, künstlerischen oder literarischen Zwecken (Art. 11 Abs. 2, Art. 13 GRCh), in Einklang bringen. Das Kunsturhebergesetz benennt Ausnahmen vom Selbstbestimmungsrecht des Abgebildeten zugunsten der Informations-, Abbildungs-, Meinungs-, Presse- und Kunstfreiheit, gem. §§ 23 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 4 KUG.[195] Insbesondere auch §§ 23 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 KUG schaffen die von Art. 85 Abs. 1 DSGVO geforderte praktische Konkordanz, da sie einen Ausgleich zwischen dem Selbstbestimmungsrecht des Abgebildeten über sein Eigenbild und der Abbildungs- aber auch der Informationsfreiheit des Abbildenden sowie der Öffentlichkeit gestalten. Ferner können literarische Arbeiten, die ein Lebensbild darstellen, mit einer Zuordnung zur Kunstfreiheit gem. § 23 Abs. 1 Nr. 4 KUG berücksichtigt werden.[196] § 23 Abs. 1

192 Schricker/Loewenheim-*Götting*, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 22 KUG Rn. 7; Raue/Hegemann-*Amelung*, Münchener Anwaltshandbuch Urheber- und Medienrecht, 2. Aufl. 2017, § 14 Rn. 3 f.

193 BGH, Urt. v. 06.03.2007 – VI ZR 51/06, GRUR 2007, 527, 527 – *Winterurlaub;* BGH, Urt. v. 19.12.1995 – VI ZR 15/95, GRUR 1996, 923, 924 – *Caroline von Monaco II;* siehe hierzu ausführlich im zweiten Kapitel bei A. I. und II.

194 Dieser Ansicht bereits: BeckOK Urheberrecht-*Engels*, 26. Ed. Stand 15.10.2019, § 22 KUG Rn. 10 e; Vgl. auch: *Raji*, ZD 2019, 61, 62; *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1058; *Lorenz*, ZD 2012, 367, 369; *Schnabel*, ZUM 2008, 657, 658 f.; *Specht-Riemenschneider/Jennessen*, Persönlichkeitsschutz im digitalen Umfeld in Zeiten der Mehrebenenregulierung, in: Aldenhoff/Edeler/Hennig/Ketsch/Raabe/Sobala, Digitalität und Privatheit, 2019, S. 111, 112.

195 Dreier/Schulze-*Specht*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 23 KUG Rn. 1; Wandtke/Bullinger-*Fricke*, Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 23 KUG Rn. 1; BeckOK Urheberrecht-*Engels*, 26. Ed. Stand 15.10.2019, § 23 KUG Vor Rn. 1.

196 Überzeugend: *Schertz*, GRUR 2007, 558, 558 ff.; zustimmend: Schricker/Loewenheim-*Götting*, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 23 KUG Rn. 103.

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

KUG erfasst sowohl die privilegierten journalistischen, künstlerischen und literarischen Zwecke als auch die Meinungs- und Informationsfreiheit iSd Art. 85 Abs. 1 DSGVO. Es wird keiner Grundrechtsposition ein genereller Vorrang eingeräumt. Eine einzelfallbezogene Interessenabwägung ist gem. §§ 23 Abs. 1 und Abs. 2 KUG vorzunehmen. Diese entspricht den Voraussetzungen von Art. 85 Abs. 1 DSGVO.[197]

3. Ergebnis

Das Kunsturhebergesetz schafft den nach Art. 85 Abs. 1 DSGVO geforderten Ausgleich zwischen dem Selbstbestimmungsrecht der abgebildeten Person und dem Recht auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit einschließlich journalistischer, künstlerischer und literarischer Zwecke.[198] Obwohl das Kunsturhebergesetz kein klassisches Datenschutzrecht ist, dient es dem Schutz personenbezogener Daten i.S.v. Art. 85 Abs. 1 DSGVO.[199] Sowohl die grundrechtliche Verankerung als auch die zu schützenden Rechtsgüter zeigen eine ausreichende Übereinstimmung. Die §§ 22 ff. KUG schaffen darüber hinaus praktische Konkordanz mit der Meinungs-, Informations-, Presse- und Kunstfreiheit, Art. 11 und Art. 13 GRCh.

---

197 *Kahl/Piltz*, K&R 2018, 289, 292; *Horvath*, Das Ende der freien Veröffentlichung von Personenbildnissen – für die meisten von uns, 09.03.2018, abrufbar unter: https://www.cr-online.de/blog/2018/03/09/das-ende-der-freien-veroeffentlichung-von-personenbildnissen-fuer-die-meisten-von-uns/, zuletzt abgerufen am 05.01.2020; vgl. zum Erfordernis der Einzelfallabwägung: Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-*Schulz/Heilmann*, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 68.

198 So im Ergebnis bereits: *Ziebarth/Elsaß*, ZUM 2018, 578, 583 f.; *Kahl/Piltz*, K&R 2018, 289, 292; *Horvath*, Das Ende der freien Veröffentlichung von Personenbildnissen – für die meisten von uns, 09.03.2018, abrufbar unter: https://www.cr-online.de/blog/2018/03/09/das-ende-der-freien-veroeffentlichung-von-personenbildnissen-fuer-die-meisten-von-uns/, zuletzt abgerufen am 05.01.2020.

199 So wohl auch: *Horvath*, Das Ende der freien Veröffentlichung von Personenbildnissen – für die meisten von uns, 09.03.2018, abrufbar unter: https://www.cr-online.de/blog/2018/03/09/das-ende-der-freien-veroeffentlichung-von-personenbildnissen-fuer-die-meisten-von-uns/, zuletzt abgerufen am 05.01.2020; aA: *Seiler*, jurisPR-BKR 9/2018, Anm. 1.

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

III. Konsequenzen für das Kunsturhebergesetz

Mit der Auffassung, dass Art. 85 Abs. 1 DSGVO eine eigenständige fakultative und allgemeine Öffnungsklausel festschreibt, ist eine vollumfängliche Anwendbarkeit der §§ 22, 23 KUG zu rechtfertigen.[200] Art. 85 Abs. 1 DSGVO erlaubt Abweichungsmöglichkeiten von allen Kapiteln der Datenschutzgrundverordnung. §§ 22, 23 KUG stellen eine europarechtskonforme Abweichung iSd Art. 85 Abs. 1 DSGVO dar.[201]

Für die Interessenabwägung des § 23 KUG gilt es Folgendes zu beachten: Da die §§ 22, 23 KUG eine europarechtskonforme Abweichung iSd Art. 85 Abs. 1 DSGVO darstellen, könnte bei der Interessenabwägung des § 23 KUG fortan, neben oder anstelle der deutschen Grundrechte, die Charta der Grundrechte der Europäischen Union anzuwenden sein.[202] Dies gilt es nachfolgend zu untersuchen.

Die Mitgliedstaaten sind an die Grundrechtecharta gebunden, soweit sie Unionsrecht durchführen, Art. 51 Abs. 1 S. 1 GRCh.[203] Die Mitglied-

---

200 Bereits so: HK DS-GVO/BDSG-*Frey*, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 33.

201 Unterstützend zu Art. 85 Abs. 1 DSGVO und KUG: *Golz/Gössling*, IPRB 2018, 68, 72; *Kahl/Piltz*, K&R 2018, 289, 290, *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1062; *Horvath*, Das Ende der freien Veröffentlichung von Personenbildnissen – für die meisten von uns, 09.03.2018, abrufbar unter: https://www.cr-online.de/blog/2018/03/09/das-ende-der-freien-veroeffentlichung-von-personenbildnissen-fuer-die-meisten-von-uns/, zuletzt abgerufen am 05.01.2020; *Albrecht*, DSGVO – häufig gestellte Fragen, häufig verbreitete Mythen, abrufbar unter: https://www.janalbrecht.eu/2018/05/dsgvo-haeufig-gestellte-fragen-haeufig-verbreitete-mythen/, zuletzt abgerufen am 30.12.2019; wohl unterstützend: Bundesministerium des Inneren, für Bau und Heimat, FAQs zur Datenschutz-Grundverordnung, 05.04.2018, abrufbar unter: https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/kurzmeldungen/DE/2018/04/faqs-datenschutz-grundverordnung.html, zuletzt abgerufen am 30.12.2019.

202 OLG Köln, Beschl. v. 18.06.2018 – 15 W 27/18, K&R 2018, 501, 502; vgl. dazu: ErwGr 153 S. 2; siehe auch: *Nettesheim*, AfP 2019, 473, 479; *Hildebrand*, ZUM 2018, 585, 589; *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1060; ausführlich bei: *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500, 503 ff.; Götting/Schertz/Seitz-*Schertz*, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 12 Rn. 8; Specht/Mantz-*Hennemann*, Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2019, § 19 Rn. 40; Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-*Schulz/Heilmann*, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 9 f.; aA: *Cornils*, Das datenschutzrechtliche Medienprivileg unter Behördenaufsicht?, 2018, S. 91 f.; *Cornils*, ZUM 2018, 561, 573.

203 EuGH (Große Kammer), Urt. v. 26.02.2013 – C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105 = NJW 2013, 1415 Tz. 17 ff. – *Åklagaren/Hans Åkerberg Fransson*; EuGH, Urt. v. 13.07.1989 – 5/88, ECLI:EU:C:1989:321 = juris, Tz. 19 -*Wachauf/Deutschland.*

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

staaten führen Unionsrecht durch, wenn sie die Datenschutzgrundverordnung anwenden, auslegen und konkretisieren.[204] Im vollharmonisierten Bereich der Datenschutzgrundverordnung verdrängen die europäischen Grundrechte sodann das nationale Verfassungsrecht.[205] Dies trifft beispielsweise auf den Lösungsweg der mittelbaren Anwendbarkeit über Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO zu, der im nachfolgenden Kapitel D. untersucht wird. Es würde der Vollharmonisierung entgegenstehen, wenn die Mitgliedstaaten ihre divergierenden Grundrechte im vollharmonisierten Bereich der Datenschutzgrundverordnung anwenden dürften.[206]

Diese Begründung lässt sich jedoch nicht auf die Öffnungsklauseln der Datenschutzgrundverordnung übertragen, die den Mitgliedstaaten erlauben, innerstaatliche Ausnahmen oder Abweichungen zu normieren.[207] Es gilt kritisch zu hinterfragen, ob die Mitgliedstaaten tatsächlich Unionsrecht durchführen, wenn sie nationale Rechtsvorschriften erlassen und anwenden, die von der fakultativen Abweichungskompetenz des Art. 85 Abs. 1 DSGVO gedeckt sind.[208] Weder verpflichtet Art. 85 Abs. 1

---

204 Vgl. hierzu: BGH, Urt. v. 14.10.2010 – I ZR 191/08, GRUR 2011, 513 Tz. 20 – *AnyDVD*; Simitis/Hornung/Spiecker-*Schiedermair,* Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2019, Einl. Rn. 182; Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-*Schulz/Heilmann*, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 85 DSGVO Rn. 9.

205 Vgl.: EuGH (Große Kammer), Urt. v. 26.02.2013 – C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107 = NJW 2013, 1215 Tz. 59 – *Stefano Melloni/Ministerio Fiscal*; BVerfG, Beschl. v. 22.10.1986 -2 BvR 197/83, NJW 1987, 577, 582 – *Solange II*; Simitis/Hornung/Spiecker-*Schiedermair,* Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2019, Einl. Rn. 182.

206 Vgl.: EuGH, Urt. v. 06.03.2014 – C-206/13, ECLI:C:2014:126 = NVwZ 2014, 575 Tz. 32 – *Cruciano Siragusa/Regione Sicilia*; EuGH, Urt. v. 17.12.1970 – 11/70, ECLI:EU:C:1970:114 = juris, Tz. 3 – *Internationale Handelsgesellschaft MBH/Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*.

207 Hierzu jüngst zu Art. 9 DSRL und mit Blick auf Art. 85 DSGVO entschieden und bestätigend: BVerfG, Beschl. v. 06.11.2019 – 1 BvR 16/13, WRP 2020 39, 39 Tz. 41 ff., Tz. 74 und Tz. 154 – *Recht auf Vergessen I.*

208 Hierzu jüngst zu Art. 9 DSRL und mit Blick auf Art. 85 DSGVO entschieden und bestätigend: BVerfG, Beschl. v. 06.11.2019 – 1 BvR 16/13, WRP 2020 39, 39 Tz. 41 ff., Tz. 74 und Tz. 154 – *Recht auf Vergessen I;* vgl. hierzu: *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500, 504 ff.; vgl. auch: EuGH, Urt. v. 06.03.2014 – C-206/13, ECLI:C:2014:126 = NVwZ 2014, 575 Tz. 24 ff. – *Cruciano Siragusa/Regione Sicilia*; BVerfG, Urt. v. 24.04.2013 – 1 BvR 1215/07, NJW 2013, 1499 Tz. 90 – *Antiterrordateigesetz*; von der Groeben/Schwarze/Hatje-*Terhechte*, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 51 GRCh Rn. 7 und Rn. 10; Simitis/Hornung/Spiecker-*Schiedermair,* Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2019, Einl. Rn. 181 f.

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

DSGVO die Mitgliedstaaten eine Abweichung zu normieren,[209] noch erscheint die Abweichungskompetenz tatsächlich durch das Unionsrecht determiniert.[210] Insofern unterscheidet sich die Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 1 DSGVO auch eindeutig von der Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 2 DSGVO.

Die Mitgliedstaaten führen jedenfalls nicht nur Unionsrecht durch, wenn sie die Abweichungsbefugnis des Art. 85 Abs. 1 DSGVO ausfüllen, sodass zumindest die innerstaatlichen Grundrechte neben der Grundrechtecharta zur Anwendung kommen.[211] Daraus folgt, dass die Interessenabwägung des § 23 KUG bei dem Lösungsweg über Art. 85 Abs. 1 DSGVO fortan nicht ausschließlich durch die europäischen Grundrechte bestimmt wird.[212]

Mit Blick auf Art. 85 Abs. 1 DSGVO ist einerseits vertretbar, dass sich die Interessenabwägung weiterhin ausschließlich nach den deutschen Grundrechten richtet,[213] da die nationalen Rechtsvorschriften nicht in den Geltungsbereich der Datenschutzgrundverordnung fallen.[214] Andererseits

---

209 EuGH, Urt. v. 06.03.2014 – C-206/13, ECLI:C:2014:126 = NVwZ 2014, 575 Tz. 26 – *Cruciano Siragusa/Regione Sicilia*.

210 Vgl. zur Determinierung durch das Unionsrecht: BVerfG, Urt. v. 24.04.2013 – 1 BvR 1215/07, NJW 2013, 1499 Tz. 90 – *Antiterrordateigesetz;* BVerfG, Beschl. v. 19.07.2011 – 1 BvR 1916/09, NJW 2011, 3428 Tz. 53 f.; *Cornils*, Das datenschutzrechtliche Medienprivileg unter Behördenaufsicht?, 2018, S. 91 f.; *Cornils*, ZUM 2018, 561, 573.

211 EuGH (Große Kammer), Urt. v. 26.02.2013 – C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105 = NJW 2013, 1415 Tz. 29 – *Åklagaren/Hans Åkerberg Fransson;* so im Ergebnis KUG – DSGVO: OLG Köln, Beschl. v. 18.06.2018 – 15 W 27/18, K&R 2018, 501, 502; *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500, 505 f.; Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-*Schulz/Heilmann*, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 9 f.; zu Art. 85 Abs. 2 DSGVO: *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1060; kritischer oder aA, da nur oder hauptsächlich die europäischen Grundrechte als anwendbar erachtet werden: *Hildebrand*, ZUM 2018, 585, 589 und Fußnote 28; Specht/Mantz-*Hennemann*, Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2019, § 19 Rn. 40; Götting/Schertz/Seitz-*Schertz*, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 12 Rn. 8.

212 Wohl aA: *Hildebrand*, ZUM 2018, 585, 589 und Fußnote 28; Specht/Mantz-*Hennemann*, Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2019, § 19 Rn. 40; Götting/Schertz/Seitz-*Schertz*, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 12 Rn. 8.

213 *Cornils*, Das datenschutzrechtliche Medienprivileg unter Behördenaufsicht?, 2018, S. 91 f.; *Cornils*, ZUM 2018, 561, 573.

214 Hierzu jüngst zu Art. 9 DSRL und mit Blick auf Art. 85 DSGVO entschieden und bestätigend: BVerfG, Beschl. v. 06.11.2019 – 1 BvR 16/13, WRP 2020 39, 39 Tz. 41 ff., Tz. 74 und Tz. 154 – *Recht auf Vergessen I; Cornils*, Das datenschutz-

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

ist es vertretbar, dass die deutschen Grundrechte ergänzend neben den europäischen Grundrechten zur Anwendung kommen,[215] da Art. 85 Abs. 1 DSGVO einen Ausgleich zwischen Art. 8 GRCh und Art. 11, Art. 13 GRCh bezweckt[216] und sich die nationalen Ausnahmen und Abweichungen sodann auch an den europäischen Grundrechten messen lassen müssen.[217] In der Gesamtschau ist letzteres überzeugender, sodass sich die Interessenabwägung des § 23 KUG fortan sowohl nach den deutschen als auch europäischen Grundrechten richtet.

D. Mittelbare Anwendbarkeit über Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO

Schließlich könnte der Erlaubnistatbestand Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO einen Lösungsweg darstellen, das Kunsturhebergesetz für „digitale Bildnisse" neben der Datenschutzgrundverordnung aufrechtzuerhalten.[218] Die

---

rechtliche Medienprivileg unter Behördenaufsicht?, 2018, S. 91 f.; *Cornils*, ZUM 2018, 561, 573; *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500, 504; vgl. auch: EuGH, Urt. v. 06.03.2014 – C-206/13, ECLI:C:2014:126 = NVwZ 2014, 575 Tz. 24 ff. – *Cruciano Siragusa/Regione Sicilia*; BVerfG, Urt. v. 24.04.2013 – 1 BvR 1215/07, NJW 2013, 1499 Tz. 90 – *Antiterrordateigesetz.*

215 OLG Köln, Beschl. v. 18.06.2018 – 15 W 27/18, K&R 2018, 501, 502; *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500, 505 f.; Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-*Schulz/Heilmann*, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 9 f.; wohl auch: *Nettesheim*, AfP 2019, 473, 479; dieses Ergebnis zu Art. 85 Abs. 2 DSGVO: *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1060.

216 OLG Köln, Beschl. v. 18.06.2018 – 15 W 27/18, K&R 2018, 501, 502; *Cornils*, ZUM 2018, 561, 574 f.; *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1061; hierzu jüngst und diesen Lösungsweg nicht ausschließend: BVerfG, Beschl. v. 06.11.2019 – 1 BvR 16/13, WRP 2020 39, 39 Tz. 68 – *Recht auf Vergessen I.*; *Nettesheim*, AfP 2019, 473, 475 f.

217 Hierzu jüngst zu Art. 9 DSRL und mit Blick auf Art. 85 DSGVO entschieden und bestätigend: BVerfG, Beschl. v. 06.11.2019 – 1 BvR 16/13, WRP 2020 39, 39 Tz. 41 ff., Tz. 74 und Tz. 154 – *Recht auf Vergessen I;* so auch: *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500, 505 f.

218 Unterstützend zu Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO und KUG: LG Frankfurt, Urt. v. 26.09.2019 – 2–03 O 402/18, K&R 2019, 808, 810; LG Frankfurt a.M., Urt. v. 13.09.2018 – 2–03 O 283/18, K&R 2018, 733, 734; *Raji*, ZD 2019, 61, 66; *Benedikt/Kranig*, ZD 2019, 4, 7; *Hansen/Brechtel*, GRUR-Prax 2018, 369, 370; *Tinnefeld/Conrad*, ZD 2018, 391, 397; *Golz/Gössling*, IPRB 2018, 68, 71; Wenzel-*von Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 137; Dreier/Schulze-*Specht*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, Vor § 22 KUG Rn. 2; Die Landesbeauftragte für den Datenschutz Niedersachsen, Merkblatt zur Anfertigung und Veröffentlichung von Personenfotografien nach

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Wertungen des deutschen Gesetzgebers, die durch §§ 22, 23 KUG zum Ausdruck kommen, könnten mittelbar bei der Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO herangezogen werden.[219] Die typisierten Fallgruppen des §§ 22, 23 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 4, Abs. 2 KUG könnten den

---

dem 25. Mai 2018 im nicht-öffentlichen Bereich, Stellungnahme v. 29.06.2018, abrufbar unter: http://www.lfd.niedersachsen.de/startseite/datenschutzreform/dsgvo/anfertigung_und_veroeffentlichung_von_personenfotografien/anfertigung-und-veroeffentlichung-von-personenfotografien-nach-dem-25-mai-2018-166008.html, zuletzt abgerufen am 30.12.2019; Stiftung Datenschutz, DSGVO-Info Dossier XI: Fotografien, August 2018, abrufbar unter: https://stiftungdatenschutz.org/fileadmin/Redaktion/Dossiers_Infoplattform/DSGVO-Info-Dossier_XI-_Fotografien.pdf, zuletzt abgerufen am 26.01.2020; wohl auch unterstützend für den Fall, dass Öffnungsklauseln verneint werden: *Hildebrand*, ZUM 2018, 585, 589; kritisch: *Sundermann*, K&R 2018, 438, 442 f.; aA: *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 225 und S. 253; Gola-*Pötters*, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 59; *Mönikes*, Datenschutz-Grundverordnung: Das Ende der modernen Presse- und Öffentlichkeitsarbeit (wie wir sie kennen), 14.02.2018, abrufbar unter: https://www.telemedicus.info/article/3265-Datenschutz-Grundverordnung-Das-Ende-der-modernen-Presse-und-OEffentlichkeitsarbeit-wie-wir-sie-kennen.html, zuletzt abgerufen am 26.01.2020; wohl dagegen: *Ziebarth/Elsaß*, ZUM 2018, 578, 581; *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1061; *Horvath*, Das Ende der freien Veröffentlichung von Personenbildnissen – für die meisten von uns, 09.03.2018, abrufbar unter: https://www.cr-online.de/blog/2018/03/09/das-ende-der-freien-veroeffentlichung-von-personenbildnissen-fuer-die-meisten-von-uns/, zuletzt abgerufen am 05.01.2020; aA losgelöst vom KUG: *Cornils*, Das datenschutzrechtliche Medienprivileg unter Behördenaufsicht?, 2018, S. 49 ff.; wohl dagegen losgelöst von KUG: *Engeler*, Art. 85 DSVGO, die Meinungsfreiheit und das datenschutzrechtliche Verbotsprinzip, 19.03.2018, abrufbar unter: https://www.telemedicus.info/article/3272-Art.-85-DSGVO,-die-Meinungsfreiheit-und-das-datenschutzrechtliche-Verbotsprinzip.html, zuletzt abgerufen am 05.01.2020; vgl. dazu auch: Bundesministerium des Inneren, für Bau und Heimat, FAQs zur Datenschutz-Grundverordnung, 05.04.2018, abrufbar unter: https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/kurzmeldungen/DE/2018/04/faqs-datenschutz-grundverordnung.html, zuletzt abgerufen am 30.12.2019.

219 *Raji*, ZD 2019, 61, 66; *Hansen/Brechtel*, GRUR-Prax 2018, 369, 370; *Golz/Gössling*, IPRB 2018, 68, 71; *Specht-Riemenschneider/Jennessen*, Persönlichkeitsschutz im digitalen Umfeld in Zeiten der Mehrebenenregulierung, in: Aldenhoff/Edeler/Hennig/Ketsch/Raabe/Sobala, Digitalität und Privatheit, 2019, S. 111, 123 f.; Dreier/Schulze-*Specht*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, Vor § 22 KUG Rn. 2; Wenzel-*von Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 137; vgl. dazu auch: Gola-*Pötters*, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 140; Bundesministerium des Inneren, für Bau und Heimat, FAQs zur Datenschutz-Grundverordnung, 05.04.2018, abrufbar unter: https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/kurzmeldungen/DE/2018/04/faqs-datenschutz-grundverordnung.html, zuletzt abgerufen am 30.12.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

äußerst offen formulierten Abwägungstatbestand des Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO für den Regelungsbereich der „digitalen Bildnissen" sowohl für die Rechtsunterworfenen als auch für die Rechtsanwender präzisieren. Neben den abwägungslenkenden Fallgruppen des Kunsturhebergesetzes könnte auch die nationale Rechtsprechung zum Recht am eigenen Bild mit Hilfe von Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO für die Datenschutzgrundverordnung weiterentwickelt und so fortgeführt werden.[220]

Die nachstehende Untersuchung wird wie folgt vorgenommen: Zuerst wird untersucht, ob das Kunsturhebergesetz für die Interessenabwägung des Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO europarechtskonform herangezogen werden kann. Für eine mittelbare Anwendbarkeit ist einerseits erforderlich, dass §§ 22, 23 KUG den nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO geforderten Interessenausgleich schaffen, andererseits, dass die Heranziehung nationaler Gesetzgebung möglich ist. Danach werden die Konsequenzen für das Kunsturhebergesetz aufgezeigt, die aus einer nur mittelbaren Anwendbarkeit über die Interessenabwägung des Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO resultieren.

I. Ist das Kunsturhebergesetz mit Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO vereinbar?

Art. 6 Abs. 1 HS 1 DSGVO normiert zunächst das Verbot, personenbezogene Daten zu verarbeiten. Darauffolgend werden nach Art. 6 Abs. 1 lit. a bis lit. f DSGVO die Erlaubnistatbestände für nicht sensible Daten abschließend festgelegt.[221] Die Verarbeitung personenbezogener Daten ist nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO rechtmäßig, wenn sie zur Wahrung berechtigter Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich ist, sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person überwiegen.[222]

---

220 Vgl. zur Berücksichtigung der nationalen Rechtsprechung: LG Frankfurt a.M., Urt. v. 13.09.2018 – 2–03 O 283/18, K&R 2018, 733, 734; *Faulhaber/Scheurer*, jM 2019, 2, 4; kritisch: *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1061.

221 *Ziegenhorn/von Heckel*, NVwZ 2016, 1585, 1586; Kühling/Buchner-*Buchner/Petri*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 141; Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-*Assion/Nolte/Veil*, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 25; BeckOK Datenschutzrecht-*Albers/Veit*, 30. Ed. Stand 01.11.2019, Art. 6 DSGVO Rn. 55; aA: Paal/Pauly-*Frenzel*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 1.

222 Interessenabwägung für digitale Bildnisse durchgeführt: VG Hannover, Urt. v. 27.11.2019 – 10 A 820/19, BeckRS 2019, 31874 Tz. 41 ff.; Vgl. zu Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO: *Herfurth*, ZD 2018, 514, 514 ff.

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

1. Interessenabwägung

Für eine Vereinbarkeit der Regelungsbereiche innerhalb des Erlaubnistatbestandes spricht zunächst, dass §§ 22, 23 KUG einen Ausgleich zwischen den berechtigten Interessen und Grundrechten des Bildnisverbreiters bzw. -zurschaustellers, den Interessen und Grundrechten des Abgebildeten und den Interessen und Grundrechten der Allgemeinheit schaffen. Das Kunsturhebergesetz schafft den nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO geforderten Interessenausgleich für den Regelungsbereich der „digitalen Bildnisse".[223]

2. Parallelität der Gesetzesstrukturen

Die Parallelität der Gesetzesstrukturen tritt unterstützend hinzu. Art. 6 Abs. 1 HS 1 DSGVO und § 22 S. 1 KUG statuieren ein Verbot bzw. einen Erlaubnisvorbehalt, personenbezogene (Bild-)Daten zu verbreiten.[224] Ohne Einwilligungserklärung des Dispositionsbefugten, richtet sich die Zulässigkeit bzw. Rechtmäßigkeit der Informationsverbreitung jeweils nach einer umfassenden einzelfallbezogenen Interessenabwägung, Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO und § 23 KUG.[225] Der Gesetzeswortlaut beider Vorschriften setzt voraus, dass die „berechtigten Interessen" zu berücksichtigen sind.[226] Nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO sind die berechtigten Interessen des Datenverarbeiters zu wahren.[227] Nach § 23 Abs. 2 KUG dürfen die „berechtigten

223 *Specht-Riemenschneider/Jennessen*, Persönlichkeitsschutz im digitalen Umfeld in Zeiten der Mehrebenenregulierung, in: Aldenhoff/Edeler/Hennig/Ketsch/Raabe/Sobala, Digitalität und Privatheit, 2019, S. 111, 124; Wenzel-*von Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 137; vgl. auch: *Raji*, ZD 2019, 61, 66; *Faulhaber/Scheurer*, jM 2019, 2, 4.

224 Vgl. dazu: *Ziebarth/Elsaß*, ZUM 2018, 578, 579.

225 Siehe auch: *Raji*, ZD 2019, 61, 66.

226 Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-*Gierschmann*, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 7 Rn. 21; zur Wortlautauslegung des Unionsrechts: EuGH (Plenum), Urt. v. 10.12.2018 – C-621/18, ECLI:EU:C:2018:999 = NVwZ 2019, 143 Tz. 47 – *Wightman u.a./the Secretary of State for Exiting the European Union;* EuGH (Große Kammer), Urt. v. 25.10.2011 – C-509/09 und C-161/10, ECLI:EU:C:2011:685 = GRUR 2012, 300 Tz. 54 – *eDate Advertising u. Martinez;* EuGH, Urt. v. 13.07.1989 – 5/88, ECLI:EU:C:1989:321 = juris, Tz. 7 ff. -*Wachauf/Deutschland;* vgl. zu den berechtigten Interessen nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO: *Härting/Gössling/Dimov*, ITRB 2017, 169, 169 f.

227 Vgl. zu den berechtigten Interessen des Verantwortlichen: *Herfurth*, ZD 2018, 514, 514.

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Interessen" des Abgebildeten nicht verletzt werden. Diese Parallelitäten befürworten die mittelbare Übertragbarkeit der §§ 22, 23 KUG im Rahmen des Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO und lassen auf den ersten Blick gleichlaufende Ergebnisse der Interessenabwägung erwarten.[228]

3. Judikatur des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte

Zudem bestärkt die Judikatur des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte die mittelbare Übertragbarkeit in zweifacher Hinsicht.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat teilweise die neuen Abwägungsgrundsätze des § 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG (zeitgeschichtliches Ereignis) vorgegeben.[229] Anschließend hat er bestätigt, dass die angepassten Abwägungsgrundsätze im Einklang mit Art. 8 EMRK stehen, vgl. Art. 6 Abs. 2 und Abs. 3 EUV.[230] Die bestätigte Konformität substanziiert die These, dass die national geprägten Abwägungsparameter im Rahmen von Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO berücksichtigt werden können.[231]

Zusätzlich trifft den Bildnisverwender, seit der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte, eine erweiterte Beweislast.[232] Diese entspricht der Beweislast des Datenverantwortlichen nach Art. 6 Abs. 1 lit. f, Art. 5 Abs. 2 DSGVO. Der Bildnisverwender ist darlegungs- und beweispflichtig für die Ausnahmetatbestände vom Einwilli-

---

228 Vgl. zu den gleichlaufenden Ergebnissen: *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 235; Wenzel-*von Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 137; aA: *Kahl/Piltz*, K&R 2018, 289, 292.

229 EGMR, Urt. v. 24.06.2004 – 59320/00, ECLI:CE:ECHR:2004:0624JUD005932000 = NJW 2004, 2647 Tz. 63 bis Tz. 80 – *Caroline von Hannover.*

230 EGMR, Urt. v. 19.09.2013 – 8772/10, ECLI:CE:ECHR:2013:0919JUD000877210 = ZUM 2014, 284 Tz. 47 ff. und Tz. 57; EGMR, Urt. v. 07.02.2012 – 40660/08 u. 60641/08, ECLI:CE:ECHR:2012:0207JUD004066008 = NJW 2012, 1053 Tz. 114 ff. und Tz. 124 ff. – *Caroline von Hannover/Deutschland Nr. 2*.

231 *Specht-Riemenschneider/Jennessen*, Persönlichkeitsschutz im digitalen Umfeld in Zeiten der Mehrebenenregulierung, in: Aldenhoff/Edeler/Hennig/Ketsch/Raabe/Sobala, Digitalität und Privatheit, 2019, S. 111, 124; Dreier/Schulze-*Specht*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, Vor § 22 KUG Rn. 2; vgl. auch: Wenzel-*von Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 137.

232 BGH, Urt. v. 14.10.2008 – VI ZR 272/06, GRUR 2009, 86 Tz. 17; Dreier/Schulze-*Specht*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 23 KUG Rn. 33; HK Urheberrecht-*Dreyer*, 4. Aufl. 2018, § 23 KUG Rn. 3 und Rn. 46.

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gungserfordernis gem. §§ 23 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 4 KUG.[233] Mit Vorverlagerung der Interessenabwägung gem. § 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG muss er darlegen, dass die Meinungs- bzw. Pressefreiheit das Persönlichkeitsinteresse des Abgebildeten überwiegt.[234] Die Vorverlagerung der Interessenabwägung kann auch für die weiteren Ausnahmetatbestände angenommen werden.[235] Die veränderte Darlegungslast würde entsprechend gelten. Genauso hat der Verantwortliche nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO zu beweisen, dass die Datenverarbeitung zur Wahrung berechtigter Interessen erforderlich ist und die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person nicht überwiegen.[236] Die übereinstimmende Darlegungs- und Beweislast indiziert, dass die typisierten Fallgruppen des § 23 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 4 KUG und die dazugehörige Rechtsprechung mit Hilfe von Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO in das europäische Datenschutzrecht übertragbar sind.

4. Unionale Abwägungsklausel

Gegen eine mittelbare Anwendbarkeit des Kunsturhebergesetzes ist anzuführen, dass Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO eine unionale Abwägungsklausel ist, die die Herstellung praktischer Konkordanz zwischen kollidierenden

---

233 Dreier/Schulze-*Specht*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 23 KUG Rn. 33; HK Urheberrecht-*Dreyer*, 4. Aufl. 2018, § 23 KUG Rn. 46, Rn. 51, Rn. 54 und Rn. 58.

234 Zur Vorverlagerung der Interessenabwägung: BGH, Urt. v. 06.03.2007 – VI ZR 13/06, GRUR 2007, 523 Tz. 13 f.; bestätigend: BVerfG, Beschl. v. 26.02.2008 – 1 BvR 1626/07, GRUR 2008, 539 Tz. 78 ff.; BGH, Urt. v. 29.05.2018 – VI ZR 56/17, ZUM-RD 2018, 537, 538; zur veränderten Beweislast: BGH, Urt. v. 14.10.2008 – VI ZR 272/06, GRUR 2009, 86 Tz. 17; BVerfG, Beschl. v. 26.02.2008 – 1 BvR 1626/07, GRUR 2008, 539 Tz. 70; *Peifer/Dörre*, jurisPR-WettbR 6/2007, Anm. 2; Dreier/Schulze-*Specht*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 23 KUG Rn. 33; HK Urheberrecht-*Dreyer*, 4. Aufl. 2018, § 23 KUG Rn. 3 und Rn. 46.

235 LG Frankfurt a.M., Urt. v. 23.11.2016 – 2–03 O 525/15, ZUM 2017, 772, 774 f.; *Bienemann*, ZUM 2017, 741, 743; Dreier/Schulze-*Specht*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 23 KUG Rn. 22 und Rn. 47 f.; so auch: Möhring/Nicolini-*Engels*, Urheberrecht, 4. Aufl. 2018, § 23 KUG Rn. 23; wohl auch: Schricker/Loewenheim-*Götting*, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 22 KUG Rn. 7; aA: HK Urheberrecht-*Dreyer*, 4. Aufl. 2018, § 23 KUG Rn. 59.

236 *Robrahn/Bremert*, ZD 2018, 291, 294; *Ziegenhorn/von Heckel*, NVwZ 2016, 1585, 1588; Kühling/Buchner-*Buchner/Petri*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 149; aA: Paal/Pauly-*Frenzel*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 31.

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

europäischen Grundrechten und Grundfreiheiten fordert.[237] Anders als bei Art. 85 Abs. 1 und Abs. 2 DSGVO fehlt es an einem Anknüpfungspunkt für nationale Gesetzgebung und Rechtsprechung. Der Erlaubnistatbestand nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO normiert für die Mitgliedstaaten keine Öffnungsklausel.[238] Dass Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO ein Anknüpfungspunkt für nationale Gesetzgebung und Rechtsprechung fehlt, ändert sich auch nicht dadurch, dass der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte die Vereinbarkeit des Kunsturhebergesetzes mit Art. 8 und Art. 10 EMRK erklärt hat.[239] Leitlinien für die Abwägung des Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO kann nur der Europäische Gerichtshof, unter Berücksichtigung des Primärrechts der EU, aufstellen.[240] Die Berücksichtigung mitgliedstaatlicher Gesetzgebung, Abwägungsparameter und Rechtsprechung scheidet nach dem Wortlaut und der Systematik des Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO aus.[241] Es

---

237 *Ziegenhorn/von Heckel*, NVwZ 2016, 1585, 1586; *Cornils*, Das datenschutzrechtliche Medienprivileg unter Behördenaufsicht?, 2018, S. 50; Paal/Pauly-*Frenzel*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 30; Sydow-*Reimer*, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 88; zum Auslegungsmaßstab der Grundrechtecharta: Roßnagel-*Hoidn*, Das neue Datenschutzrecht, 2018, S. 61.

238 *Lauber-Rönsberg*, AfP 2019, 373, 374; *v. Lewinski/Pohl*, ZD 2018, 17, 18; *Cornils*, Das datenschutzrechtliche Medienprivileg unter Behördenaufsicht?, 2018, S. 49; *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 225; Sydow-*Reimer*, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 55, Rn. 59 und Rn. 88; Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-*Assion/Nolte/Veil*, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 251; Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-*Schulz/Heilmann*, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 6; Kühling/Buchner-*Buchner/Petri*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 143; Ehmann/Selmayr-*Heberlein*, Datenschutz-Grundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 37.

239 Vgl. zur fehlenden Zuständigkeit der Mitgliedstaaten und zur nationalen Rechtsprechung ohne Öffnungsklausel: *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1061; Roßnagel-*Hoidn*, Das neue Datenschutzrecht, 2018, S. 73.

240 *Ziegenhorn/von Heckel*, NVwZ 2016, 1585, 1586; Paal/Pauly-*Frenzel*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 30; Sydow-*Reimer*, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 88.

241 Dieser Ansicht wohl auch: *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 225; *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1061; wohl aA: LG Frankfurt a.M., Urt. v. 13.09.2018 – 2–03 O 283/18, K&R 2018, 733, 734; *Raji*, ZD 2019, 61, 66; *Benedikt/Kranig*, ZD 2019, 4, 7; *Hansen/Brechtel*, GRUR-Prax 2018, 369, 370; *Tinnefeld/Conrad*, ZD 2018, 391, 397; *Golz/Gössling*, IPRB 2018, 68, 71; Wenzel-*von Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 137; Dreier/Schulze-*Specht*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, Vor

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

widerspricht dem Ziel der Vollharmonisierung, wenn der abschließende Katalog der Erlaubnistatbestände durch die Hintertür der Interessenabwägung erweitert und nationalisiert wird.

5. Ergebnis

Für eine mittelbare Anwendbarkeit des Kunsturhebergesetzes über Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO spricht die Parallelität der Gesetzesstrukturen. Art. 6 Abs. 1 HS 1 DSGVO und § 22 S. 1 KUG statuieren ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.[242] Ohne Einwilligungserklärung des Dispositionsbefugten ist nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO und § 23 KUG eine umfassende einzelfallbezogene Interessenabwägung vorzunehmen.[243] Überdies hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte die neuen Abwägungsgrundsätze des § 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG teilweise aufgestellt und die sodann angepassten Abwägungsgrundsätze als europarechtskonform bestätigt.[244]

Dagegen ist anzuführen, dass Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO eine unionale Abwägungsklausel normiert, der es an einem Anknüpfungspunkt für nationale Gesetzgebung und Rechtsprechung mangelt. Ferner steht der Lösungsweg dem Ziel einer einheitlichen Anwendung und Auslegung der Erlaubnistatbestände der Datenschutzgrundverordnung innerhalb der EU diametral entgegen.

---

§ 22 KUG Rn. 2; Die Landesbeauftragte für den Datenschutz Niedersachsen, Merkblatt zur Anfertigung und Veröffentlichung von Personenfotografien nach dem 25. Mai 2018 im nicht-öffentlichen Bereich, Stellungnahme v. 29.06.2018, abrufbar unter: http://www.lfd.niedersachsen.de/startseite/datenschutzreform/dsgvo/anfertigung_und_veroeffentlichung_von_personenfotografien/anfertigung-und-veroeffentlichung-von-personenfotografien-nach-dem-25-mai-2018-166008.html, zuletzt abgerufen am 30.12.2019; Stiftung Datenschutz, DSGVO-Info Dossier XI: Fotografien, August 2018, abrufbar unter: https://stiftungdatenschutz.org/fileadmin/Redaktion/Dossiers_Infoplattform/DSGVO-Info-Dossier_XI-_Fotografien.pdf, zuletzt abgerufen am 20.01.2020.

242 Vgl. dazu: *Ziebarth/Elsaß*, ZUM 2018, 578, 579.

243 Siehe auch: *Raji*, ZD 2019, 61, 66.

244 Zu den neuen Abwägungsparametern des § 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG: EGMR, Urt. v. 24.06.2004 – 59320/00, ECLI:CE:ECHR:2004:0624JUD005932000 = NJW 2004, 2647 Tz. 63 bis Tz. 80 – *Caroline von Hannover*; zur Bestätigung der Europarechtskonformität: EGMR, Urt. v. 19.09.2013 – 8772/10, ECLI:CE:ECHR:2013:0919JUD000877210 = ZUM 2014, 284 Tz. 47 ff. und Tz. 57; EGMR, Urt. v. 07.02.2012 – 40660/08 u. 60641/08, ECLI:CE:ECHR:2012:0207JUD004066008 = NJW 2012, 1053 Tz. 114 ff. und Tz. 124 ff. – *Caroline von Hannover/Deutschland Nr. 2*.

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Es konnte damit gezeigt werden, dass es vorzugswürdig ist, eine mittelbare Anwendbarkeit des Kunsturhebergesetzes über Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO abzulehnen.

II. Konsequenzen für das Kunsturhebergesetz

Wird eine Anwendbarkeit des Kunsturhebergesetzes mit Hilfe von Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO angenommen, bewirkt dieser Lösungsweg keine unmittelbare Anwendbarkeit der Vorschriften des Kunsturhebergesetzes. Der Erlaubnistatbestand nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO statuiert für die Mitgliedstaaten keine Abweichungs- oder Konkretisierungsbefugnis, obwohl die unbestimmten Rechtsbegriffe und die Offenheit des Abwägungstatbestandes diesen Eindruck erwecken könnten.[245] Ohne eine gesonderte Öffnungsklausel, die Abweichungen von den Kapiteln der Datenschutzgrundverordnung, insbesondere von Kapitel II, zugesteht, kann eine unmittelbare Anwendbarkeit von §§ 22, 23 KUG nicht ermöglicht werden. Die Wertungen der §§ 22, 23 KUG können über die Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO nur mittelbar zur Anwendung kommen.[246]

---

245 Zur Unbestimmtheit: *Roßnagel/Nebel/Richter*, ZD 2015, 455, 460; Kühling/Buchner-*Buchner/Petri*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 143; *Mönikes*, Datenschutz-Grundverordnung: Das Ende der modernen Presse- und Öffentlichkeitsarbeit (wie wir sie kennen), 14.02.2018, abrufbar unter: https://www.telemedicus.info/article/3265-Datenschutz-Grundverordnung-Das-Ende-der-modernen-Presse-und-OEffentlichkeitsarbeit-wie-wir-sie-kennen.html, zuletzt abgerufen am 26.01.2020; zur fehlenden Konkretisierungs- bzw. Abweichungsbefugnis der Mitgliedstaaten: *v. Lewinski/Pohl*, ZD 2018, 17, 18; *Cornils*, Das datenschutzrechtliche Medienprivileg unter Behördenaufsicht?, 2018, S. 49; *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 225; Sydow-*Reimer*, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 55, Rn. 59 und Rn. 88; Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-*Assion/Nolte/Veil*, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 251; Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-*Schulz/Heilmann*, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 6; Kühling/Buchner-*Buchner/Petri*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 143; Ehmann/Selmayr-*Heberlein*, Datenschutz-Grundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 37.

246 *Raji*, ZD 2019, 61, 66; *Hansen/Brechtel*, GRUR-Prax 2018, 369, 370; *Golz/Gössling*, IPRB 2018, 68, 71; *Specht-Riemenschneider/Jennessen*, Persönlichkeitsschutz im digitalen Umfeld in Zeiten der Mehrebenenregulierung, in: Aldenhoff/Edeler/Hennig/Ketsch/Raabe/Sobala, Digitalität und Privatheit, 2019, S. 111, 123 f.; Dreier/Schulze-*Specht*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, Vor § 22 KUG Rn. 2;

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Des Weiteren bietet Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO keine Abweichungsmöglichkeit beispielsweise von den Informations-, Sicherstellungs- oder Nachweispflichten der Datenschutzgrundverordnung.[247] Auch insofern unterscheidet sich der Lösungsweg über Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO von den zuvor dargestellten Lösungswegen. Schließlich ist die Interessenabwägung vom Bildnisverwender nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO zu dokumentieren.[248]

Für den Einzelfall, dass ein digitales Bildnis sensible Daten nach Art. 9 Abs. 1 DSGVO enthält, kann der Lösungsweg über Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO keinerlei Abhilfe schaffen.[249] Der abschließende Katalog der Erlaubnistatbestände nach Art. 9 Abs. 2 DSGVO beinhaltet keinen vergleichbaren Abwägungstatbestand.[250]

Wenzel-*von Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 137; vgl. dazu auch: Gola-*Pötters*, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 140; Bundesministerium des Inneren, für Bau und Heimat, FAQs zur Datenschutz-Grundverordnung, 05.04.2018, abrufbar unter: https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/kurzmeldungen/DE/2018/04/faqs-datenschutz-grundverordnung.html, zuletzt abgerufen am 30.12.2019.

247 Vgl.: BGH, Urt. v. 23.06.2009 – VI ZR 196/08, MMR 2009, 608, 612 – *spickmich.de; Veil*, NVwZ 2018, 686, 689; *Cornils*, ZUM 2018, 561, 574 f.; *Ohly*, AfP 2011, 428, 437 f.; *Engeler*, Art. 85 DSVGO, die Meinungsfreiheit und das datenschutzrechtliche Verbotsprinzip, 19.03.2018, abrufbar unter: https://www.telemedicus.info/article/3272-Art.-85-DSGVO,-die-Meinungsfreiheit-und-das-datenschutzrechtliche-Verbotsprinzip.html, zuletzt abgerufen am 05.01.2020.

248 Zur Widerruflichkeit: *Krüger/Wiencke*, MMR 2019, 76, 79; *Raji*, ZD 2019, 61, 65; *Hildebrand*, ZUM 2018, 585, 589; *Ziebarth/Elsaß*, ZUM 2018, 578, 580; *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1061; *Specht-Riemenschneider/Jennessen*, Persönlichkeitsschutz im digitalen Umfeld in Zeiten der Mehrebenenregulierung, in: Aldenhoff/Edeler/Hennig/Ketsch/Raabe/Sobala, Digitalität und Privatheit, 2019, S. 111, 121 f.; zur Dokumentationspflicht: *Veil*, NVwZ 2018, 686, 689; Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-*Assion/Nolte/Veil*, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 132.

249 Siehe hierzu auch: *Lauber-Rönsberg*, AfP 2019, 373, 374; Stellungnahme Nr. 34/2018 des Deutschen Anwaltsvereins durch den Ausschuss Informationsrecht, Juli 2018, S. 11 f., abrufbar unter: https://anwaltverein.de/de/newsroom/sn-34-18-2-datenschutz-anpassungs-und-umsetzungsgesetz, zuletzt abgerufen am 17.02.2020.

250 Vgl. zu Lichtbildern, die grundsätzliche keine sensiblen Daten darstellen: ErwGr 51 S. 3; vgl. zu sensiblen Daten generell: ErwGr 51; vgl. auch: Albrecht/Jotzo, Das neue Datenschutzrecht, 2017, S. 78; Kühling/Buchner-*Buchner/Petri*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 149.

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

E. Stellungnahme

Nachdem die verschiedenen Anwendungsmöglichkeiten des Kunsturhebergesetzes neben der Datenschutzgrundverordnung untersucht wurden, wird nachfolgend aufgezeigt, dass die vollumfängliche Anwendbarkeit des Kunsturhebergesetzes über Art. 85 Abs. 1 DSGVO zu priorisieren ist. Der Lösungsweg über Art. 85 Abs. 1 DSGVO profiliert sich durch eine klare Abgrenzbarkeit der beiden kollidierenden Gesetze und eine widerspruchsfreie Regelungssystematik des Bildnisschutzes. Der Lösungsweg über Art. 85 Abs. 1 DSGVO ist insbesondere auch vorzugswürdig, da der Europäischen Union die Gesetzgebungskompetenz für das Kommunikations- und Medienrecht fehlt, worunter auch das Kunsturhebergesetz fällt. Zudem hat der europäische Gesetzgeber eine Regulierung und Harmonisierung des Bildnisschutzes mit der Datenschutzgrundverordnung wohl auch nicht beabsichtigt. Dies soll im Folgenden erläutert werden.

I. Klare Abgrenzbarkeit zwischen Bildnisschutz und Datenschutzrecht

Kollidierende Rechtsgebiete müssen zum Schutz der Rechtssicherheit klar voneinander abgrenzbar sein. Nur der Lösungsweg über Art. 85 Abs. 1 DSGVO bewirkt eine klare Abgrenzbarkeit zwischen dem Datenschutzrecht und dem Medienzivilrecht,[251] wozu auch das Recht am eigenen Bild zählt.[252]

Die Datenschutzgrundverordnung hat einen ausufernden Anwendungsbereich nach Art. 2 Abs. 1 DSGVO.[253] Mit dem Fortschreiten der Digitalisierung fallen vermehrt Rechtsgebiete, wie das Recht am eigenen Bild,

---

251 Es ist darauf hinzuweisen, dass die schwedische Regierung ein neues Datenschutzgesetz erlassen hat, welches gem. § 7 S. 1 die Datenschutzgrundverordnung und weitere Datenschutzgesetze für unanwendbar erklärt, soweit sie gegen die Bestimmungen der Pressefreiheitsverordnung oder Gesetze der Meinungsfreiheit verstoßen, siehe S. 7 und S. 39 ff. der Gesetzesfassung und Gesetzesbegründung, abrufbar unter: https://www.regeringen.se/4b00ca/contentassets/65ecec1e45b34af0bc1c272e40ccf581/ny-dataskyddslag, zuletzt abgerufen am 13.11.2018; vgl. hierzu auch: Götting/Schertz/Seitz-*Schertz*, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 12 Rn. 7.

252 *Beater*, Medienrecht, 2. Aufl. 2016, S. 147; Paschke/Berlit/Meyer-*Kröner*, Gesamtes Medienrecht, 3. Aufl. 2016, 32. Abschnitt Rn. 3.

253 *Cornils*, ZUM 2018, 561, 574 f.; *Stentzel*, PinG 2016, 45, 45; Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-*Grafenstein*, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 2 ff.; vgl. auch: *Ziebarth/Elsaß*, ZUM 2018,

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

unter den Anwendungsbereich der Datenschutzgrundverordnung.[254] Das europäische Datenschutzrecht sollte jedoch nicht den Anspruch erheben, alle Rechtsbereiche, die datenbasierte Vorgänge erfassen, abschließend zu regulieren.[255] Vielmehr müssen die kollidierenden Rechtsgebiete klar von der Datenschutzgrundverordnung abgrenzbar sein.

Rechtssystematisch betrachtet fehlt den beiden nicht priorisierten Lösungswegen die erforderliche Abgrenzbarkeit zwischen dem Kunsturhebergesetz und der Datenschutzgrundverordnung.[256] Bei der mittelbaren Anwendbarkeit des Kunsturhebergesetzes über die Interessenabwägung des Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO wird die nationale Gesetzgebung und Rechtsprechung zum Recht am eigenen Bild in das Datenschutzrecht hineingelesen. Der Lösungsweg über Art. 85 Abs. 2 DSGVO integriert zwei bildnis-

---

578, 582; *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1060; vgl. mit Bezug auf die personenbezogenen Daten: *Klar*, DÖV 2013, 103, 108.

254 Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-*Grafenstein*, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 2 ff. und Rn. 8; Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-*Schulz/Heilmann*, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 8 und Rn. 10; vgl. auch: *Cornils*, ZUM 2018, 561, 577; *Hoeren*, NJW 2017, 1587, 1590; *Stentzel*, PinG 2016, 45, 45; *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500, 502; *Pötters*, RDV 2015, 10, 14 f.; *Klar*, DÖV 2013, 103, 108; *Albrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, 2017, S. 134; *Peifer*, Analoger und Digitaler Persönlichkeitsschutz im Recht – eine Aufgabe auch für die Ökonomie?, in: Kops, Der Rundfunk als privates und öffentliches Gut, 2016, S. 64, 73; siehe ausführlich zum Fortschritt der Digitalisierung beim Recht am eigenen Bild im zweiten Kapitel bei C. I.

255 Vgl. weiter: *Cornils*, ZUM 2018, 561, 574; *Hoeren*, NJW 2017, 1587, 1590; *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500, 501 f.; *Ohly*, AfP 2011, 428, 437; *von Knobloch*, Der Schutz der Persönlichkeit im Internet, in: Leible, Der Schutz der Persönlichkeit im Internet, 2013, S. 9, 9 f. und 15; *Veil*, One continent, one data protection law?, 01.02.2016, abrufbar unter: https://www.cr-online.de/blog/2016/02/01/one-continent-one-data-protection-law/, zuletzt abgerufen am 26.01.2020; aA nur mit Bezug auf BDSG 2003 – KUG: *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 311.

256 Vgl. dazu: *Cornils*, ZUM 2018, 561, 562 und 574 f.; *Cornils*, Das datenschutzrechtliche Medienprivileg unter Behördenaufsicht?, 2018, Vorwort VI und S. 55; *Mönikes*, Datenschutz-Grundverordnung: Das Ende der modernen Presse- und Öffentlichkeitsarbeit (wie wir sie kennen), 14.02.2018, abrufbar unter: https://www.telemedicus.info/article/3265-Datenschutz-Grundverordnung-Das-Ende-der-modernen-Presse-und-OEffentlichkeitsarbeit-wie-wir-sie-kennen.html, zuletzt abgerufen am 26.01.2020; vgl. zu den diversen Rechtsgebieten: *Ohly*, AfP 2011, 428, 437 f.; *Stadler*, Schränkt die Datenschutzgrundverordnung Meinungsäußerungen im Internet ein?, 12.03.2018, abrufbar unter: https://www.internet-law.de/2018/03/schraenkt-die-datenschutzgrundverordnung-meinungsaeusserungen-im-internet-ein.html, zuletzt abgerufen am 26.01.2020.

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

spezifische Erlaubnistatbestände für Presse und Kunst in die Datenschutzgrundverordnung.

Die erforderliche Differenzierung der Rechtsgebiete wird bereits seit 1977 mit Inkrafttreten des ersten Bundesdatenschutzgesetzes vorgenommen, § 1 Abs. 3 BDSG.[257] Dies sollte sich auch nicht mit Inkrafttreten der Datenschutzgrundverordnung ändern.

II. Keine Harmonisierung des Bildnisschutzes

Weitere zwingende Argumente stehen dem Geltungsanspruch der Datenschutzgrundverordnung für den Regelungsbereich der „digitalen Bildnisse" entgegen und befürworten die vollumfängliche Anwendbarkeit des Kunsturhebergesetzes über Art. 85 Abs. 1 DSGVO. Einerseits fehlt der Europäischen Union die Gesetzgebungskompetenz für die Regulierung des Bildnisschutzes, vgl. Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 EUV.[258] Andererseits scheint eine Harmonisierung in diesem Bereich mit der Datenschutzgrundverordnung nicht bezweckt.[259]

---

257 Gesetz zum Schutz von Mißbrauch personenbezogener Daten bei der Datenverarbeitung (Bundesdatenschutzgesetz – BDSG) v. 27.01.1977, BGBl. I, S. 201.

258 *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500, 503; zustimmend: *Kahl/Piltz*, K&R 2018, 289, 290; *Peifer*, Analoger und Digitaler Persönlichkeitsschutz im Recht – eine Aufgabe auch für die Ökonomie?, in: Kops, Der Rundfunk als privates und öffentliches Gut, 2016, S. 64, 72; *Albrecht*, DSGVO – häufig gestellte Fragen, häufig verbreitete Mythen, abrufbar unter: https://www.janalbrecht.eu/2018/05/dsgvo-haeufig-gestellte-fragen-haeufig-verbreitete-mythen/, zuletzt abgerufen am 30.12.2019; vgl. auch: *Ohly*, GRUR Int 2004, 902, 903 ff.; *Albrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, 2017, S. 134; Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-*Buchholtz/Stentzel*, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 1 Rn. 29; Simitis/Hornung/Spiecker-*Hornung/Spiecker gen. Döhmann*, Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2019, Einl. Rn. 229; kritisch zur Gesetzgebungskompetenz: *Härting*, CR 2013, 715, 720; vgl. dazu, dass das Kunsturhebergesetz noch nicht harmonisiert ist: HK Urheberrecht-*Dreyer*, 4. Aufl. 2018, Einführung KUG Rn. 16.

259 *Lauber-Rönsberg*, AfP 2019, 373, 376; *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500, 501 ff.; den Wunsch nach einer internationalen Vereinheitlichung des Bildnisschutzes äußert: *Dix*, Das Recht am eigenen Bild – Anachronismus im Zeitalter des Internet?, in: Sokol, Mediale (Selbst-)Darstellung und Datenschutz, 2001, S. 64, 77.

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

1. Fehlende Gesetzgebungskompetenz der Europäischen Union

Der Europäischen Union fehlt die Gesetzgebungskompetenz für das Kommunikations- und Medienrecht, wozu auch das Kunsturhebergesetz zählt, vgl. Art. 5 Abs. 1 S. 1, Art. 2 EUV.[260] Das Datenschutzrecht wurde erstmalig mit der Datenschutzrichtlinie (Richtlinie 95/46/EG) harmonisiert. Die §§ 22, 23 KUG unterliegen hingegen nicht der europäischen Harmonisierung.[261] Dies verhindert sowohl eine eigenständige europäische Regulierung des Medienzivilrechts als auch eine indirekte Regulierung durch das Datenschutzrecht.

2. Wille des europäischen Gesetzgebers

Überdies scheint eine Harmonisierung des Rechts am eigenen Bild mit der Datenschutzgrundverordnung auch nicht bezweckt.[262] Der Bildnisschutz wurde im Gesetzgebungsverfahren nicht separat betrachtet. Das Lichtbild wird in den Artikeln der Datenschutzgrundverordnung nicht berücksichtigt. Es wird nur in ErwGr 51 erwähnt.[263] In der Zusammenschau mit

---

260 *Kahl/Piltz*, K&R 2018, 289, 290; *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500, 503; *Cornils*, Das datenschutzrechtliche Medienprivileg unter Behördenaufsicht?, 2018, S. 92; Simitis/Hornung/Spiecker-*Hornung/Spiecker gen. Döhmann*, Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2019, Einl. Rn. 229; Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-*Buchholtz/Stentzel*, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 1 Rn. 29; vgl. zur fehlenden Gesetzgebungskompetenz zum Persönlichkeitsrechts: *Ohly*, GRUR Int 2004, 902, 903 ff.; kritisch zur Gesetzgebungskompetenz: *Härting*, CR 2013, 715, 720; vgl. auch: *Albrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, 2017, S. 134.

261 HK Urheberrecht-*Dreyer*, 4. Aufl. 2018, Einführung KUG Rn. 16; vgl. hierzu auch: *Ohly*, GRUR Int 2004, 902, 903 ff.

262 *Lauber-Rönsberg*, AfP 2019, 373, 376; *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500, 501 ff.; den Wunsch nach einer internationalen Vereinheitlichung des Bildnisschutzes äußert: *Dix*, Das Recht am eigenen Bild – Anachronismus im Zeitalter des Internet?, in: Sokol, Mediale (Selbst-)Darstellung und Datenschutz, 2001, S. 64, 77.

263 Die DSRL hat hierzu deutlicher Stellung bezogen und Ton- und Bilddaten explizit in den Anwendungsbereich mit einbezogen: ErwGr 14 bis 17 RL (95/46/EG). ErwGr 14 RL (95/46/EG) nennt als Grund die gegenwärtigen Entwicklungen in der Informationsgesellschaft bezüglich der Techniken der Erfassung, Übermittlung, Veränderung, Speicherung, Aufbewahrung oder Weitergabe von personenbezogenen Ton- und Bilddaten. Dennoch blieb das KUG vorrangig neben dem BDSG 2003 anwendbar, gem. § 1 Abs. 3 BDSG 2003.

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

der allgemein formulierten Öffnungsklausel zum Schutz der Meinungs- und Informationsfreiheit nach Art. 85 Abs. 1 DSGVO kann nicht von einer systematisierten Harmonisierung des Bildnisschutzes ausgegangen werden. ErwGr 153 S. 6 beschreibt sogar eine Kollisionsnorm für das Aufeinandertreffen unterschiedlicher nationaler Abweichungsvorschriften.[264]

Solange Zweifel an einer planmäßigen und zwingenden europäischen Regulierung des Bildnisschutzes bestehen, sollte der nationale Gesetzgeber das Kunsturhebergesetz nicht aufgeben. Vielmehr trifft ihn die Pflicht, innerhalb seiner Abweichungsbefugnis nach Art. 85 Abs. 1 DSGVO, eine klare Abgrenzbarkeit der Rechtsgebiete zu schaffen. Diese Aufgabe können nur die Mitgliedstaaten übernehmen, da sie über die Gesetzgebungskompetenz und die Fachkenntnis für das kollidierende Recht verfügen. Das Abgrenzungserfordernis, welches die Mitgliedstaaten zu erfüllen haben, ist die logische Folge des ausufernden Anwendungsbereichs der Datenschutzgrundverordnung, Art. 2 Abs. 1 DSGVO.

III. Lösungsweg über Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO steht im Widerspruch zu Art. 85 Abs. 2 DSGVO

Zusätzlich steht der Lösungsweg über die Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO im Widerspruch zu der Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 2 DSGVO. Unstimmig ist es, eine Lösung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO zu suchen, obwohl Art. 85 Abs. 2 DSGVO nationale Abweichungen von genau dieser Vorschrift vorsieht.[265] Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO ist für den Bildnisschutz nur insoweit anwendbar, als die Mitgliedstaaten keine Abweichungen von den Erlaubnistatbeständen im Rahmen von Art. 85 Abs. 2 DSGVO beschließen.

---

264 Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-*Schulz/Heilmann*, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 3; vgl. auch: Götting/Schertz/Seitz-*Lauber-Rönsberg*, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 22 Rn. 32.

265 *Cornils*, Das datenschutzrechtliche Medienprivileg unter Behördenaufsicht?, 2018, S. 54 f.; vgl. dazu auch: Sydow-*Reimer*, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 6 Rn. 87; Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-*Gierschmann*, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 7 Rn. 21.

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Art. 85 Abs. 2 DSGVO stellt unumstritten eine Öffnungsklausel dar.[266] Hiervon sind die typisierten Fallgruppen des §§ 23 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 4, Abs. 2 KUG erfasst.[267] Der EGMR hat auch nur für die Abwägungsparameter des §§ 23 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 KUG festgestellt, dass diese im Einklang mit Art. 8 EMRK stehen.[268] Inwieweit die restlichen Abwägungsgrundsätze des Kunsturhebergesetzes, die nicht bereits von Art. 85 Abs. 2 DSGVO erfasst werden, für die Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO ein Mehr an Rechtsklarheit und Rechtssicherheit bewirken, gilt es ernsthaft zu hinterfragen.[269]

Bevor Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO entgegen der internen Systematik und dem Sinn und Zweck der Datenschutzgrundverordnung ausgelegt wird, sollte erst Recht Art. 85 Abs. 1 DSGVO als Öffnungsklausel anerkannt und als Lösung präferiert werden.

IV. Unstimmige Regelungssystematik

Auf der nationalen Rechtsfolgenseite bewirken die beiden nicht priorisierten Lösungswege schlussendlich eine unstimmige Regelungssystematik. Es wird nicht nur der Bildnisschutz in einen digitalen und analogen

266 OLG Köln, Beschl. v. 18.06.2018 – 15 W 27/18, K&R 2018, 501, 502; bestätigt durch: LG Frankfurt, Urt. v. 27.09.2018 – 2–03 O 320/17, juris, Tz. 129; *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500, 502; *Kühling/Martini*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 2016, S. 285 f.; Paal/Pauly-*Pauly*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 5 ff.; Gola-*Pötters*, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 5; Kühling/Buchner-*Buchner/Tinnefeld*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 12 ff.; BeckOK Datenschutzrecht-*Stender-Vorwachs*, 30. Ed. Stand 01.11.2019, Art. 85 DSGVO Rn. 21 ff.; Auernhammer-*von Lewinski*, DSGVO BDSG, 6. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 14 ff.; Ehmann/Selmayr-*Schiedermair*, Datenschutz-Grundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 23; Wybitul-*Ettig*, EU-Datenschutzgrundverordnung, 1. Aufl. 2017, Art. 85 Rn. 8; Plath-*Grages*, DSGVO/BDSG, 3. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 7 ff.; siehe hierzu ausführlich im ersten Kapitel bei B.

267 Siehe hierzu ausführlich im ersten Kapitel oben bei B. I.

268 EGMR, Urt. v. 19.09.2013 – 8772/10, ECLI:CE:ECHR:2013:0919JUD000877210 = ZUM 2014, 284 Tz. 47 ff. und Tz. 57; EGMR, Urt. v. 07.02.2012 – 40660/08 u. 60641/08, ECLI:CE:ECHR:2012:0207JUD004066008 = NJW 2012, 1053 Tz. 114 ff. und Tz. 124 ff. – *Caroline von Hannover/Deutschland Nr. 2*.

269 *Horvath*, Das Ende der freien Veröffentlichung von Personenbildnissen – für die meisten von uns, 09.03.2018, abrufbar unter: https://www.cr-online.de/blog/2018/03/09/das-ende-der-freien-veroeffentlichung-von-personenbildnissen-fuer-die-meisten-von-uns/, zuletzt abgerufen am 05.01.2020.

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Bereich gespalten, sondern auch für „digitale Bildnisse" fehlt es mit der Datenschutzgrundverordnung an einem einheitlichen Rechtsrahmen.

1. Digitaler und analoger Bildnisschutz

Der Bildnisschutz wird mit dem Verständnis der partiellen Anwendbarkeit nach Art. 85 Abs. 2 DSGVO oder der mittelbaren Anwendbarkeit nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO in einen digitalen und analogen Anwendungsbereich gespalten.[270]

Für analoge Arten der Darstellung, z.B. in Form der Sofortbildfotografie, des Gemäldes, der Karikatur oder der Theateraufführung, würde das Kunsturhebergesetz vollumfänglich anwendbar bleiben.[271] Die Datenschutzgrundverordnung kommt für die nichtautomatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten nur dann zur Anwendung, wenn die personenbezogenen Daten in einem Dateisystem gespeichert sind oder gespeichert werden sollen, Art. 2 Abs. 1 HS 2 DSGVO. Folglich ist der sachliche Anwendungsbereich der Datenschutzgrundverordnung für analoge Arten der Verbreitung und Schaustellung von Bildnissen ohne Dateibezug nicht eröffnet.[272] Für analoge Arten der Verbreitung und Schaustellung von

---

270 So bereits: *Specht-Riemenschneider/Jennessen*, Persönlichkeitsschutz im digitalen Umfeld in Zeiten der Mehrebenenregulierung, in: Aldenhoff/Edeler/Hennig/Ketsch/Raabe/Sobala, Digitalität und Privatheit, 2019, S. 111, 120; vgl. auch: *Lauber-Rönsberg*, AfP 2019, 373, 382; zu den Wertungswidersprüchen analoge – digitale Welt: *Ohly*, AfP 2011, 428, 437 f.; vgl. generell zur der Spaltung von Persönlichkeitsrechten im 21. Jahrhundert: *Peifer*, JZ 2013, 853, 854.

271 *Specht-Riemenschneider/Jennessen*, Persönlichkeitsschutz im digitalen Umfeld in Zeiten der Mehrebenenregulierung, in: Aldenhoff/Edeler/Hennig/Ketsch/Raabe/Sobala, Digitalität und Privatheit, 2019, S. 111, 120; *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 156 f., 253; *Fechner*, Medienrecht, 20. Aufl. 2019, S. 75; *Horvath*, Das Ende der freien Veröffentlichung von Personenbildnissen – für die meisten von uns, 09.03.2018, abrufbar unter: https://www.cr-online.de/blog/2018/03/09/das-ende-der-freien-veroeffentlichung-von-personenbildnissen-fuer-die-meisten-von-uns/, zuletzt abgerufen am 05.01.2020; vgl. weiter zu den Arten von Bildnissen: Dreier/Schulze-*Specht*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 1.

272 *Specht-Riemenschneider/Jennessen*, Persönlichkeitsschutz im digitalen Umfeld in Zeiten der Mehrebenenregulierung, in: Aldenhoff/Edeler/Hennig/Ketsch/Raabe/Sobala, Digitalität und Privatheit, 2019, S. 111, 120; *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 156 f., 253; *Fechner*, Medienrecht, 20. Aufl. 2019, S. 75; *Horvath*,

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Bildnissen ohne Dateibezug würde sowohl das Einwilligungserfordernis des Abgebildeten gem. § 22 S. 1 KUG zur Anwendung kommen als auch sämtliche Ausnahmetatbestände hiervon, gem. §§ 23 Abs. 1 Nr. 1 bis Nr. 4, Abs. 2 KUG.

Die Zulässigkeit der Anfertigung, Verbreitung und öffentlichen Schaustellung „digitaler Bildnisse" würde sich mangels Abweichungsbefugnis grundsätzlich nach dem Schutzkonzept der Datenschutzgrundverordnung richten. Für „digitale Bildnisse" würde das Verbot mit Erlaubnisvorbehalt nach Art. 6 Abs. 1 HS 1 DSGVO zur Anwendung kommen und im Grundsatz die Erlaubnistatbestände des Art. 6 Abs. 1 lit. a bis lit. f DSGVO. Hinzutreten würden bei dem Lösungsweg über Art. 85 Abs. 2 DSGVO die spezialgesetzlichen Erlaubnistatbestände §§ 23 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 4, Abs. 2 KUG iVm Art. 85 Abs. 2 DSGVO.[273]

Diese Spaltung des Rechtsgebiets ist nicht begründet durch unterschiedliche Gefährdungsstufen des Schutzgutes oder eine Gesetzeslücke des Kunsturhebergesetzes im digitalen Bereich. Sie ist vielmehr Folge der Digitalisierung und des unüberschaubaren Anwendungsbereichs der Datenschutzgrundverordnung. Eine Spaltung droht dabei nicht nur für das Kunsturhebergesetz, sondern für jedes kollidierende Rechtsgebiet, das sowohl analoge als auch digitale Lebenssachverhalte reguliert.

2. Kein einheitlicher Rechtsrahmen für „digitale Bildnisse"

Außerdem ist die Anwendbarkeit des Kunsturhebergesetzes im Bereich des Haushaltsprivilegs oder nach dem Tod des Abgebildeten systemwidrig. Mit den beiden nicht priorisierten Lösungswegen wird kein einheitlicher Rechtsrahmen für „digitale Bildnisse" geschaffen, vielmehr muss zwischen der Datenschutzgrundverordnung und dem Kunsturhebergesetz vielfach hin und her gesprungen werden.[274]

Für die Verbreitung eines „digitalen Bildnisses" würde zu Lebzeiten des Abgebildeten die Datenschutzgrundverordnung gelten. Mit dem Tod des

---

Das Ende der freien Veröffentlichung von Personenbildnissen – für die meisten von uns, 09.03.2018, abrufbar unter: https://www.cr-online.de/blog/2018/03/09/das-ende-der-freien-veroeffentlichung-von-personenbildnissen-fuer-die-meisten-von-uns/, zuletzt abgerufen am 05.01.2020.

273 Siehe hierzu ausführlich oben im ersten Kapitel bei B. II.

274 Vgl.: *Lauber-Rönsberg*, AfP 2019, 373, 382.

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Abgebildeten käme wiederum das Kunsturhebergesetz zur Anwendung.[275] Anders als die Datenschutzgrundverordnung wirkt der Bildnisschutz über den Tod hinaus, gem. § 22 S. 3 KUG.[276]

Dasselbe würde im Bereich der Haushaltsausnahme gelten, Art. 2 Abs. 2 lit. c DSGVO. Das Kunsturhebergesetz findet demnach weiterhin Anwendung für den ausschließlich privaten Gebrauch von „digitalen Bildnissen" durch natürliche Personen.[277] Das Haushaltsprivileg, als Ausnahme vom ausufernden Anwendungsbereich der Datenschutzgrundverordnung, wird durch den beschränkten Verwendungszweck der personenbezogenen Daten gerechtfertigt.[278] Das Kunsturhebergesetz sieht keine Verwendungszwecke vor, die a priori vom Einwilligungsvorbehalt freigestellt sind. Auch eine private Verbreitung von Bildnissen birgt die Gefahr, dass der Abge-

---

275 *Lauber-Rönsberg*, AfP 2019, 373, 382; *Raji*, ZD 2019, 61, 62; *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 158 f.; Wenzel-*von Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 121; *Horvath*, Das Ende der freien Veröffentlichung von Personenbildnissen – für die meisten von uns, 09.03.2018, abrufbar unter: https://www.cr-online.de/blog/2018/03/09/das-ende-der-freien-veroeffentlichung-von-personenbildnissen-fuer-die-meisten-von-uns/, zuletzt abgerufen am 05.01.2020.

276 ErwGr 27 bestimmt, dass die Verordnung nicht für die personenbezogenen Daten Verstorbener gilt; *Specht-Riemenschneider/Jennessen*, Persönlichkeitsschutz im digitalen Umfeld in Zeiten der Mehrebenenregulierung, in: Aldenhoff/Edeler/Hennig/Ketsch/Raabe/Sobala, Digitalität und Privatheit, 2019, S. 111, 123; Specht/Mantz-*Lauber-Rönsberg*, Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2019, § 4 Rn. 44 f.

277 Siehe zur Anwendbarkeit des Kunsturhebergesetzes im Rahmen der Haushaltsausnahme: *Lauber-Rönsberg*, AfP 2019, 373, 382; *Raji*, ZD 2019, 61, 62; *Specht-Riemenschneider/Jennessen*, Persönlichkeitsschutz im digitalen Umfeld in Zeiten der Mehrebenenregulierung, in: Aldenhoff/Edeler/Hennig/Ketsch/Raabe/Sobala, Digitalität und Privatheit, 2019, S. 111, 119 f.; *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 153 f.; *Horvath*, Das Ende der freien Veröffentlichung von Personenbildnissen – für die meisten von uns, 09.03.2018, abrufbar unter: https://www.cr-online.de/blog/2018/03/09/das-ende-der-freien-veroeffentlichung-von-personenbildnissen-fuer-die-meisten-von-uns/, zuletzt abgerufen am 05.01.2020; mit Bezug auf das BDSG 2003: *Golla/Herbort*, GRUR 2015, 648, 649; *Ludyga*, MMR 2017, 158, 158; vgl. zur Haushaltsausnahme bei der Aufnahme von Bildnissen: EuGH, Urt. v. 11.12.2014 – C-212/13, ECLI:EU:C:2014:2428 = NJW 2015, 463 Tz. 26 ff. – *Rynes*.

278 Sydow-*Ennöckl*, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 2 Rn. 10.

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

bildete seine Verfügungsgewalt über diese verliert.[279] Die Gefahr des Verfügungsverlustes besteht insbesondere auch bei der privaten Nutzung sozialer Netzwerke und Online-Tätigkeiten durch eine natürliche Person.[280] Genau diese Bereiche möchte der europäische Gesetzgeber vom Schutz der Datenschutzgrundverordnung ausnehmen, siehe ErwGr 18 S. 2.

V. Ergebnis

Die vollumfängliche Anwendbarkeit des Kunsturhebergesetzes nach Art. 85 Abs. 1 DSGVO überzeugt. Der Lösungsweg über Art. 85 Abs. 1 DSGVO bewirkt eine klare Abgrenzbarkeit zwischen dem Datenschutzrecht und dem Bildnisschutz,[281] welche durch die beiden nicht priorisierten Lösungswegen nicht erreicht wird.[282] Letztere bewirken außerdem eine unstimmige Regelungssystematik: Der Bildnisschutz wird einerseits in einen digitalen und analogen Bereich gespalten,[283] andererseits fehlt

279 BeckOK Urheberrecht-*Engels*, 26. Ed. Stand 15.10.2019, § 22 KUG Rn. 52; Dreier/Schulze-*Specht*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 9.

280 *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 154.

281 Es ist darauf hinzuweisen, dass die schwedische Regierung ein neues Datenschutzgesetz erlassen hat, welches gem. § 7 S. 1 die Datenschutzgrundverordnung und weitere Datenschutzgesetze für unanwendbar erklärt, soweit sie gegen die Bestimmungen der Pressefreiheitsverordnung oder Gesetze der Meinungsfreiheit verstoßen, siehe S. 7 und S. 39 ff. der Gesetzesfassung und Gesetzesbegründung, abrufbar unter: https://www.regeringen.se/4b00ca/contentassets/65ecec1e45b34af0bc1c272e40ccf581/ny-dataskyddslag, zuletzt abgerufen am 13.11.2018; vgl. hierzu auch: Götting/Schertz/Seitz-*Schertz*, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 12 Rn. 7.

282 Vgl. dazu: *Cornils*, ZUM 2018, 561, 562 und 574 f.; *Cornils*, Das datenschutzrechtliche Medienprivileg unter Behördenaufsicht?, 2018, Vorwort VI und S. 55; *Mönikes*, Datenschutz-Grundverordnung: Das Ende der modernen Presse- und Öffentlichkeitsarbeit (wie wir sie kennen), 14.02.2018, abrufbar unter: https://www.telemedicus.info/article/3265-Datenschutz-Grundverordnung-Das-Ende-der-modernen-Presse-und-OEffentlichkeitsarbeit-wie-wir-sie-kennen.html, zuletzt abgerufen am 26.01.2020; vgl. zu den diversen Rechtsgebieten: *Ohly*, AfP 2011, 428, 437 f.; *Stadler*, Schränkt die Datenschutzgrundverordnung Meinungsäußerungen im Internet ein?, 12.03.2018, abrufbar unter: https://www.internet-law.de/2018/03/schraenkt-die-datenschutzgrundverordnung-meinungsaeusserungen-im-internet-ein.html, zuletzt abgerufen am 26.01.2020.

283 So bereits: *Specht-Riemenschneider/Jennessen*, Persönlichkeitsschutz im digitalen Umfeld in Zeiten der Mehrebenenregulierung, in: Aldenhoff/Edeler/Hennig/Ketsch/Raabe/Sobala, Digitalität und Privatheit, 2019, S. 111, 120; zu den

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

es mit der Datenschutzgrundverordnung ebenfalls an einem einheitlichen Rechtsrahmen für „digitale Bildnisse". Zwingend ist das Argument, dass die Europäische Union keine Gesetzgebungskompetenz für die Regulierung des Bildnisschutzes hat.[284] In Übereinstimmung hiermit war eine Regulierung und Harmonisierung des Bildnisschutzes mit der Datenschutzgrundverordnung wohl auch nicht beabsichtigt.[285]Art. 85 Abs. 1 DSGVO ist als Öffnungsklausel anzuerkennen und zugleich als Lösung zu präferieren, insbesondere bevor ein Lösungsweg über Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO gesucht wird, der im Widerspruch zu der Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 2 DSGVO steht.

F. Auflösung der Normenkonkurrenz

Es besteht eine Normenkonkurrenz zwischen den Vorschriften des Kunsturhebergesetzes und den allgemeinen Vorschriften der Datenschutzgrundverordnung. Art. 85 Abs. 1 DSGVO ermöglicht die vollumfängliche Aufrechterhaltung und Anwendbarkeit des Kunsturhebergesetzes trotz Kollision mit der Datenschutzgrundverordnung.[286] Handelt der nationale Gesetzgeber innerhalb der Grenzen der Öffnungsklausel, stellt sich die

---

Wertungswidersprüchen analoge – digitale Welt: *Ohly*, AfP 2011, 428, 437 f.; vgl. generell zur der Spaltung von Persönlichkeitsrechten im 21. Jahrhundert: *Peifer*, JZ 2013, 853, 854.

284 *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500, 503; zustimmend: *Kahl/Piltz*, K&R 2018, 289, 290; *Peifer*, Analoger und Digitaler Persönlichkeitsschutz im Recht – eine Aufgabe auch für die Ökonomie?, in: Kops, Der Rundfunk als privates und öffentliches Gut, 2016, S. 64, 72; *Albrecht*, DSGVO – häufig gestellte Fragen, häufig verbreitete Mythen, abrufbar unter: https://www.janalbrecht.eu/2018/05/dsgvo-haeufig-gestellte-fragen-haeufig-verbreitete-mythen/, zuletzt abgerufen am 30.12.2019; vgl. auch: *Ohly*, GRUR Int 2004, 902, 903 ff.; *Albrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, 2017, S. 134; Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-*Buchholtz/Stentzel*, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 1 Rn. 29; Simitis/Hornung/Spiecker-*Hornung/Spiecker gen. Döhmann*, Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2019, Einl. Rn. 229; kritisch zur Gesetzgebungskompetenz: *Härting*, CR 2013, 715, 720; vgl. dazu, dass das Kunsturhebergesetz noch nicht harmonisiert ist: HK Urheberrecht-*Dreyer*, 4. Aufl. 2018, Einführung KUG Rn. 16.

285 *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500, 501 ff.; den Wunsch nach einer internationalen Vereinheitlichung des Bildnisschutzes äußert: *Dix*, Das Recht am eigenen Bild – Anachronismus im Zeitalter des Internet?, in: Sokol, Mediale (Selbst-)Darstellung und Datenschutz, 2001, S. 64, 77.

286 Siehe hierzu im ersten Kapitel bei C. und E.

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Frage, wie sich das ausfüllende mitgliedstaatliche Recht zu den weiterhin anwendbaren Vorschriften der Verordnung verhält.[287]

Die Untersuchung gliedert sich in folgende Schritte: Ein Anwendungsvorrang der Datenschutzgrundverordnung wird untersucht und abgelehnt. Das Konkurrenzverhältnis zwischen dem Kunsturhebergesetz und der Datenschutzgrundverordnung wird anschließend näher beleuchtet und eine verdrängende Konkurrenz festgestellt. Diese wird zugunsten der spezielleren Vorschriften des Kunsturhebergesetzes aufgelöst. Schlussendlich wird der Handlungsbedarf des nationalen Gesetzgebers für das Kunsturhebergesetz aufgezeigt, der durch die Datenschutzgrundverordnung hervorgerufen wird.

I. Anwendungsvorrang der Datenschutzgrundverordnung?

Die Datenschutzgrundverordnung wirkt unmittelbar in den Mitgliedstaaten, Art. 288 Abs. 2 S. 2 AEUV. Sie schafft materielles Recht und ist somit Teil der mitgliedstaatlichen Rechtsordnung.[288] Im europäischen Mehrebenensystem genießt die Verordnung grundsätzlich Anwendungsvorrang vor ebenfalls anwendbarem mitgliedstaatlichen Recht.[289] Dieser Grundsatz

---

287 *Piltz*, RDV 2018, 3, 3; *Schmidt-Kessel*, JZ 1998, 1135, 1137; BeckOK Datenschutzrecht-*Riesenhuber*, 30. Ed. Stand 01.11.2019, Art. 88 DSGVO Rn. 15 ff.; *Piltz*, BDSG, 1. Aufl. 2018, § 26 Rn. 17; vgl. auch: *Lauber-Rönsberg*, ZUM-RD 2018, 550, 550; *Schmidt-Kessel*, GPR 2011, 79, 81; Riesenhuber-*Köndgen*, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 6 Rn. 11; siehe zur verbleibenden Anwendbarkeit der DSGVO trotz Öffnungsklausel: Roßnagel-*Roßnagel*, Das neue Datenschutzrecht, 2018, S. 86.

288 Callies/Ruffert-*Ruffert*, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 288 AEUV Rn. 16; Vedder/Heintschel von Heinegg-*Vedder*, Europäisches Unionsrecht, 2. Aufl. 2018, Art. 288 AEUV Rn. 18; Grabitz/Hilf/Nettesheim-*Nettesheim*, Das Recht der Europäischen Union, 48. EL 2012, Werkstand: 68. EL Oktober 2019, Art. 288 AEUV Rn. 89.

289 Anwendungsvorrang bei Kollission KUG – DSGVO: *Krüger/Wiencke*, MMR 2019, 76, 77; *Raji*, ZD 2019, 61, 62 f.; *Lauber-Rönsberg*, ZUM-RD 2018, 550, 550; Specht/Mantz-*Lauber-Rönsberg*, Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2019, § 4 Rn. 3; Götting/Schertz/Seitz-*Schertz*, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 12 Rn. 5; Anwendungsvorrang Unionsrecht: EuGH (Plenum), Urt. v. 08.03.2011 – Gutachten 01/09, ECLI:EU:C:2011:123 = GRUR Int 2011, 309 Tz. 65 – *Einheitliches Patentgerichtssystem*; EuGH, Urt. v. 09.03.1978 – 106/77, ECLI:EU:C:1978:49 = juris, Tz. 14/16 ff. – *Staatliche Finanzverwaltung/S.P.A. Simmenthal*; EuGH, Urt. v. 15.07.1964 – 6/64, ECLI:EU:C:1964:66 = NJW 1964, 2371, 2372 – *Costa/E.N.E.L.*;

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

kann Probleme hervorrufen, wenn allgemeinere unionsrechtliche Regelungskomplexe auf speziellere nationale Normen treffen.[290] Der Problematik kann einzig mit Hilfe einer unionsrechtlichen Öffnungsmöglichkeit begegnet werden.[291] Art. 85 Abs. 1 DSGVO durchbricht den grundsätzlichen Anwendungsvorrang der Datenschutzgrundverordnung.[292] Innerhalb dieser Öffnungsklausel ist es den Mitgliedstaaten gestattet, Rechtsvorschriften zu erlassen, die entweder ergänzend oder vorrangig gelten.[293] In der Zusammenschau mit der Öffnungsklausel nach Art. 85 Abs. 1 DSGVO durchbricht das Kunsturhebergesetz den grundsätzlichen Anwendungsvorrang der Datenschutzgrundverordnung.

II. Verdrängende Normenkonkurrenz

Die Problematik der Normenkonkurrenz innerhalb einer Öffnungsklausel tritt nur hervor, wenn sich unterschiedliche Zulässigkeitsvoraussetzungen, Handlungsoptionen bzw. -pflichten oder Rechtsfolgen aus den kollidierenden Regelungskomplexen ergeben.[294] Ordnen die kollidierenden Regelungskomplexe die gleichen Rechtsfolgen bzw. Rechtswirkungen an, können diese schlicht durch die Anwendung der beiden konkurrierenden Rechtssätze begründet werden, kumulative Konkurrenz.[295]

Roßnagel-*Roßnagel*, Das neue Datenschutzrecht, 2018, S. 32; *Piltz*, BDSG, 1. Aufl. 2018, Einl. Rn. 11; Riesenhuber-*Köndgen*, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 6 Rn. 11; Riesenhuber-*Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 10 Rn. 29.

290 *Schmidt-Kessel*, JZ 1998, 1135, 1137.

291 *Schmidt-Kessel*, JZ 1998, 1135, 1137; vgl. auch: *Lauber-Rönsberg*, ZUM-RD 2018, 550, 550; *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500, 501; Specht/Mantz-*Lauber-Rönsberg*, Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2019, § 4 Rn. 5; Roßnagel-*Roßnagel*, Das neue Datenschutzrecht, 2018, S. 86.

292 Zur Klassifizierung von Art. 85 Abs. 1 DSGVO als eigenständige Öffnungsklausel, siehe ausführlich im ersten Kapitel bei C. I.

293 Sydow-*Sydow*, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Einl. Rn. 33; *Piltz*, BDSG, 1. Aufl. 2018, Einl. Rn. 13 und Rn. 15.

294 *Piltz*, BDSG, 1. Aufl. 2018, Einl. Rn. 13; vgl. zur Konkurrenz von Regelungskomplexen anstelle von einzelnen Normen: *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 90; vgl. zur fehlenden Übereinstimmung im Rahmen der Konkurrenz: *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 87.

295 *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl. 2012, S. 30; *Wank*, Die Auslegung von Gesetzen, 6. Aufl. 2015, S. 99 und S. 106; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 87.

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Die Datenschutzgrundverordnung und das Kunsturhebergesetz stehen jedoch in einer verdrängenden Konkurrenz, da sie wie nachfolgend gezeigt wird unterschiedliche Rechtswirkungen entfalten und nicht nebeneinander angewendet werden können.[296]

1. Unterschiedliche Zulässigkeits- bzw. Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen

Die beiden Regelungskomplexe statuieren unterschiedliche Zulässigkeits- bzw. Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen.[297] Einzig die Einwilligungserklärung des Betroffenen bzw. des Abgebildeten ist den Voraussetzungen gemein.[298] Aber auch hier weicht die jederzeitige Widerrufsmöglichkeit nach Art. 7 Abs. 3 S. 1 DSGVO deutlich von den Handlungsoptionen des Kunsturhebergesetzes ab.[299] Nach herrschender Ansicht ist die Einwilligung des

---

296 Vgl. zur verdrängenden Konkurrenz: *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl. 2012, S. 30; *Wank*, Die Auslegung von Gesetzen, 6. Aufl. 2015, S. 99 ff.; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 87.

297 *Lauber-Rönsberg*, ZUM-RD 2018, 550, 552; *Cornils*, ZUM 2018, 561, 574 f.; *Rose*, Cams aus Sicht des Forschungsprojekts „ChiaRiSma", in: Taeger, Chancen und Risiken von Smart Cams im öffentlichen Raum, 2017, S. 277, 285; BeckOK Urheberrecht-*Engels*, 26. Ed. Stand 15.10.2019, § 22 KUG Rn. 10 b; *Engeler*, Art. 85 DSVGO, die Meinungsfreiheit und das datenschutzrechtliche Verbotsprinzip, 19.03.2018, abrufbar unter: https://www.telemedicus.info/article/3272-Art.-85-DSGVO,-die-Meinungsfreiheit-und-das-datenschutzrechtliche-Verbotsprinzip.html, zuletzt abgerufen am 05.01.2020; *Horvath*, Das Ende der freien Veröffentlichung von Personenbildnissen – für die meisten von uns, 09.03.2018, abrufbar unter: https://www.cr-online.de/blog/2018/03/09/das-ende-der-freien-veroeffentlichung-von-personenbildnissen-fuer-die-meisten-von-uns/, zuletzt abgerufen am 05.01.2020; vgl. bezogen auf das Medien-/Kommunikationsrecht: *Veil*, NVwZ 2018, 686, 689.

298 Vgl. hierzu: LG Frankfurt a.M., Urt. v. 13.09.2018 – 2–03 O 283/18, K&R 2018, 733, 734; Wenzel-*von Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 132.

299 Vgl. zu der Problematik bei der Normenkollision: *Reuter/Schwarz*, ZUM 2020, 31, 36; *Krüger/Wiencke*, MMR 2019, 76, 78; *Kahl*, K&R 2018, 735, 736; *Hildebrand*, ZUM 2018, 585, 589; *Aßmus/Winzer*, ZD 2018, 508, 510 f.; *Tinnefeld/Conrad*, ZD 2018, 391, 397 f.; Dreier/Schulze-*Specht*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 35; *Horvath*, Das Ende der freien Veröffentlichung von Personenbildnissen – für die meisten von uns, 09.03.2018, abrufbar unter: https://www.cr-online.de/blog/2018/03/09/das-ende-der-freien-veroeffentlichung-von-personenbildnissen-fuer-die-meisten-von-uns/, zuletzt abgerufen am 05.01.2020; vgl. mit besonderem Fokus auf die Straßenfotografie und die wirtschaftlichen Folgen der Widerruflichkeit: *Duhnkrack*, Persönlichkeitsrechte, Datenschutz und Straßenfotografie – ein Abgesang?, in: Hetmank/Rechenberg,

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Abgebildeten grundsätzlich unwiderruflich mit der Ausnahme eines wichtigen Grundes, analog § 42 UrhG.[300]

2. Abweichende Handlungspflichten der Datenschutzgrundverordnung

Weiterhin normiert die Datenschutzgrundverordnung für den Verantwortlichen der Datenverarbeitung eine Vielzahl an Handlungspflichten, die dem Kunsturhebergesetz fremd sind. Der Pflichtenkanon umfasst reichliche Informationspflichten gegenüber der betroffenen Person, Art. 13 und Art. 14 DSGVO.[301] Eine Widerrufsbelehrung ist für den Erlaubnistatbestand der Einwilligung zwingend vorausgesetzt, Art. 7 Abs. 3 S. 3 DSGVO.[302] Zusätzlich trifft den Datenverarbeiter das strenge Prinzip der Zweckbindung nach Art. 5 Abs. 1 lit. b DSGVO, welches wiederum

---

Kommunikation, Kreation und Innovation – Recht im Umbruch?, 2019, S. 221, 233.

300 *Kahl*, K&R 2018, 735, 736; *Specht-Riemenschneider/Jennessen*, Persönlichkeitsschutz im digitalen Umfeld in Zeiten der Mehrebenenregulierung, in: Aldenhoff/Edeler/Hennig/Ketsch/Raabe/Sobala, Digitalität und Privatheit, 2019, S. 111, 121 f.; Möhring/Nicolini-*Engels*, Urheberrecht, 4. Aufl. 2018, § 22 KUG Rn. 45 f.; Wandtke/Bullinger-*Fricke*, Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 22 KUG Rn. 19 f.

301 Siehe zu der Problematik bei der Normenkollision: *Reuter/Schwarz*, ZUM 2020, 31, 35 f.; *Lauber-Rönsberg*, AfP 2019, 373, 374 ff.; *Krüger/Wiencke*, MMR 2019, 76, 80; *Raji*, ZD 2019, 61, 65 f.; *Sundermann*, K&R 2018, 438, 440 f.; *Kahl*, K&R 2018, 735, 736; *Lauber-Rönsberg*, ZUM-RD 2018, 550, 552; *Ziebarth/Elsaß*, ZUM 2018, 578, 585; Specht/Mantz-*Lauber-Rönsberg,* Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht, 1. Aufl. 2019, § 4 Rn. 129; Taeger/Gabel-*Arning/Rothkegel*, DSGVO – BDSG, 3. Aufl. 2019, Art. 4 Rn. 41; *Engeler*, Art. 85 DSVGO, die Meinungsfreiheit und das datenschutzrechtliche Verbotsprinzip, 19.03.2018, abrufbar unter: https://www.telemedicus.info/article/3272-Art.-85-DSGVO,-die-Meinungsfreiheit-und-das-datenschutzrechtliche-Verbotsprinzip.html, zuletzt abgerufen am 05.01.2020; *Horvath*, Das Ende der freien Veröffentlichung von Personenbildnissen – für die meisten von uns, 09.03.2018, abrufbar unter: https://www.cr-online.de/blog/2018/03/09/das-ende-der-freien-veroeffentlichung-von-personenbildnissen-fuer-die-meisten-von-uns/, zuletzt abgerufen am 05.01.2020; vgl. bezogen auf das Medien-/Kommunikationsrecht: *Veil*, NVwZ 2018, 686, 689; zu möglichen Ausnahmen von den Informationspflichten in Bezug auf „digitale Bildnisse", siehe: *Krüger/Wiencke*, MMR 2019, 76, 80; *Sundermann*, K&R 2018, 438, 440 f.

302 Vgl. zu der Problematik bei der Normenkollision: *Krüger/Wiencke*, MMR 2019, 76, 78; Wenzel-*von Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 132.

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

das Erfordernis der Datenrichtigkeit nach sich zieht, Art. 5 Abs. 1 lit. d, Art. 16 DSGVO.[303] Die Einhaltung dieser und weiterer Vorgaben muss der Verantwortliche z.B. mit Hilfe eines Verarbeitungsverzeichnisses nachweisen können, Art. 5 Abs. 2, Art. 24 Abs. 1, Art. 30 DSGVO.[304] Die fortwährenden und selbstkontrollierten Löschpflichten finalisieren den Pflichtenkatalog, Art. 17 Abs. 1 Alt. 2 DSGVO.[305] Das Kunsturhebergesetz normiert keine der hier aufgezeigten Handlungspflichten. Für die zu regulierenden Lebenssachverhalte erscheinen sie weder geboten noch umsetzbar.[306]

3. Unterschiede auf der Rechtsfolgenseite

Schließlich sind Unterschiede auf der Rechtsfolgenseite festzustellen, die mit Hilfe der Normenkonkurrenz aufzulösen sind. In der Datenschutzgrundverordnung ist zum einen eine Haftungsnorm für zivilrechtlichen Schadensersatz vorgesehen nach Art. 82 DSGVO, zum anderen eine Befugnis der Aufsichtsbehörde zur Vergabe von Geldbußen nach Art. 58 Abs. 2 lit. i, Art. 83 DSGVO.[307] Letztere steht im Widerspruch zum zivilrechtlichen Bildnisschutz.[308]

---

303 Vgl. zu der Problematik bei der Normenkollision: *Lauber-Rönsberg*, AfP 2019, 373, 382 f.; *Cornils*, ZUM 2018, 561, 575.

304 Vgl. zu der Problematik bei der Normenkollision: *Engeler*, Art. 85 DSVGO, die Meinungsfreiheit und das datenschutzrechtliche Verbotsprinzip, 19.03.2018, abrufbar unter: https://www.telemedicus.info/article/3272-Art.-85-DSGVO,-die-Meinungsfreiheit-und-das-datenschutzrechtliche-Verbotsprinzip.html, zuletzt abgerufen am 05.01.2020; vgl. bezogen auf das Medien-/Kommunikationsrecht: *Veil*, NVwZ 2018, 686, 689.

305 *Reuter/Schwarz*, ZUM 2020, 31, 37; vgl. zu der Problematik bei der Normenkollision auch: *Cornils*, ZUM 2018, 561, 575; Götting/Schertz/Seitz-*Lauber-Rönsberg*, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 22 Rn. 46; vgl. bezogen auf das Medien-/Kommunikationsrecht: *Veil*, NVwZ 2018, 686, 690.

306 Vgl.: *Kahl*, K&R 2018, 735, 736; *Lauber-Rönsberg*, ZUM-RD 2018, 550, 552; *Ziebarth/Elsaß*, ZUM 2018, 578, 585; *Cornils*, ZUM 2018, 561, 575; Wenzel-*von Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 132.

307 Jüngst zu einer Verwarnung nach Art. 58 Abs. 2 lit. b DSGVO: VG Hannover, Urt. v. 27.11.2019 – 10 A 820/19, BeckRS 2019, 31874 Tz. 19 ff.

308 *Lauber-Rönsberg*, AfP 2019, 373, 374 und 383; *Ziebarth/Elsaß*, ZUM 2018, 578, 578; Götting/Schertz/Seitz-*Lauber-Rönsberg*, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 22 Rn. 48; vgl. auch: *Reuter/Schwarz*, ZUM 2020, 31, 37; *Krüger/Wiencke*, MMR 2019, 76, 80; *Cornils*, ZUM 2018, 561 f., 564, 569, 572 und 574 f.

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Nach Art. 51 DSGVO überwacht eine unabhängige Aufsichtsbehörde die Anwendung der Datenschutzgrundverordnung. Der Betroffene kann eine Beschwerde an die Aufsichtsbehörde richten, Art. 77 DSGVO. Nach Art. 83 DSGVO hat die Aufsichtsbehörde die Befugnis, bei Rechtsverstößen wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Geldbußen zu verhängen. Dieser Kontrollmechanismus, umgesetzt durch verwaltungsrechtliche Maßnahmen der Aufsichtsbehörde, ist für das Recht am eigenen Bild nicht vorgesehen.[309] Der Abgebildete hat seine zivilrechtlichen Ansprüche gegenüber dem Verletzter geltend zu machen und kann hierzu gerichtlichen Rechtsschutz wahrnehmen.[310]

Die zivilrechtlichen Schadensersatzvorschriften der beiden Regelungskomplexe unterscheiden sich geringfügig: Für Art. 82 DSGVO wird teilweise eine umgekehrte zivilprozessrechtliche Beweislast angenommen, Art. 5 Abs. 2, Art. 24 Abs. 1 DSGVO iVm ErwGr 146 S. 2.[311] Diese Annahme erscheint jedoch noch nicht gefestigt.[312] ErwGr 146 S. 3 ordnet eine weite Auslegung des materiellen und immateriellen Schadensbegriffs an. Diese Anordnung unterscheidet sich von der bisherigen deutschen Jurisdiktion zum Recht am eigenen Bild, die immateriellen Schadensersatz nur bei schwerwiegenden Persönlichkeitsrechtsverletzungen gewährt.[313] Dieser Unterschied ergibt sich jedoch nicht unmittelbar aus den konkurrierenden Rechtsvorschriften.

4. Ergebnis

Die Datenschutzgrundverordnung und das Kunsturhebergesetz können nicht nebeneinander angewendet werden, da sie unterschiedliche Rechts-

309 *Krüger/Wiencke*, MMR 2019, 76, 80.
310 Vgl. hierzu: *Ziebarth/Elsaß*, ZUM 2018, 578, 578.
311 *Wybitul/Neu/Strauch*, ZD 2018, 202, 203.
312 *Wybitul/Neu/Strauch*, ZD 2018, 202, 203.
313 OLG Köln, Urt. v. 10.11.2015 – 15 U 97/15, ZUM 2016, 443, 446; LG Hamburg, Urt. v. 27.03.2009 – 324 O 852/08, ZUM-RD 2010, 45, 46 f.; BGH, Urt. v. 12.12.1995 – VI ZR 223/94, GRUR 1996, 227, 228 f. – *Wiederholungsveröffentlichung*; vgl. zu der Problematik bei der Normenkollision: *Hildebrand*, ZUM 2018, 585, 590; *Lauber-Rönsberg*, ZUM-RD 2018, 550, 551; Götting/Schertz/Seitz-*Lauber-Rönsberg*, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 22 Rn. 41; Wenzel-*von Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 129; allgemeiner zu der Problematik: Rüpke/v. Lewinski/Eckhardt-*v. Lewinski*, Datenschutzrecht, 2018, S. 343 und S. 351 f.

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

wirkungen entfalten. Sie statuieren unterschiedliche Zulässigkeits- bzw. Rechtmäßigkeitsvoraussetzungen[314] sowie Rechtsfolgen. Ferner normiert die Datenschutzgrundverordnung eine Vielzahl an Handlungspflichten für den Verantwortlichen der Datenverarbeitung, die dem Kunsturhebergesetz fremd sind. Das Kunsturhebergesetz und die Datenschutzgrundverordnung stehen in einer verdrängenden Konkurrenz, die es aufzulösen gilt.

III. Spezialitätsverhältnis im weiteren Sinne

Die verdrängende Konkurrenz zwischen dem Kunsturhebergesetz und der Datenschutzgrundverordnung ist aufzulösen. Die Regelungskomplexe stehen nicht in einem klassischen Spezialitätsverhältnis zueinander.[315] Das Kunsturhebergesetz bildet keine Teilmenge der Datenschutzgrundverordnung.[316] Dennoch ergibt sich bei der Verwendung „digitaler Bildnisse"

314 *Lauber-Rönsberg*, ZUM-RD 2018, 550, 552; *Cornils*, ZUM 2018, 561, 574 f.; *Rose*, Cams aus Sicht des Forschungsprojekts „ChiaRiSma", in: Taeger, Chancen und Risiken von Smart Cams im öffentlichen Raum, 2017, S. 277, 285; BeckOK Urheberrecht-*Engels*, 26. Ed. Stand 15.10.2019, § 22 KUG Rn. 10 b; *Engeler*, Art. 85 DSVGO, die Meinungsfreiheit und das datenschutzrechtliche Verbotsprinzip, 19.03.2018, abrufbar unter: https://www.telemedicus.info/article/3272-Art.-85-DSGVO,-die-Meinungsfreiheit-und-das-datenschutzrechtliche-Verbotsprinzip.html, zuletzt abgerufen am 05.01.2020; *Horvath*, Das Ende der freien Veröffentlichung von Personenbildnissen – für die meisten von uns, 09.03.2018, abrufbar unter: https://www.cr-online.de/blog/2018/03/09/das-ende-der-freien-veroeffentlichung-von-personenbildnissen-fuer-die-meisten-von-uns/, zuletzt abgerufen am 05.01.2020; vgl. bezogen auf das Medien-/Kommunikationsrecht: *Veil*, NVwZ 2018, 686, 689.

315 Vgl. zu den Voraussetzungen eines klassischen Spezialitätsverhältnisses: *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 88; *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl. 2012, S. 31 f.; vgl. zur Übertragbarkeit der Kollisionsregel ins Unionsrecht: EuGH (Große Kammer), Urt. v. 03.07.2012 – C-128/11, ECLI:EU:C:2012:407 = GRUR 2012, 904 Tz. 56 – *UsedSoft*; EuGH, Urt. v. 15.07.2010 – C-582/08, ECLI:EU:C:2010:429 = juris, Tz. 35 – *Europäische Kommission/Vereinigtes Königreich Grossbritannien und Nordirland*; EuGH, Urt. v. 27.04.2006 – C-441/02, ECLI:EU:C:2006:253 = NVwZ 2006, 1151 Tz. 39 f. – *Kommission/Bundesrepublik Deutschland*; *Schmidt-Kessel*, GPR 2011, 79, 80 f.; *Schmidt-Kessel*, JZ 1998, 1135, 1137; Riesenhuber-*Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre, 3. Aufl. 2015, § 10 Rn. 29 ff.; *Martens*, Methodenlehre des Unionsrechts, 2013, S. 428 f.

316 Vgl. zur Teilmenge: *Schmidt-Kessel*, GPR 2011, 79, 81.

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

eine Überlappung bzw. Überschneidung.[317] Das Kunsturhebergesetz stellt für diesen Bereich eine speziellere Vorschrift gegenüber der Datenschutzgrundverordnung dar,[318] da das Kunsturhebergesetz eine größere Sachnähe zum Regelungsgegenstand „digitaler Bildnisse" aufzeigt,[319] was nachfolgend dargestellt wird.

1. Größere Sachnähe

Bildnisse haben eine besondere Wirkung im Vergleich zu einzelnen personenbezogenen Daten, die begrifflich oder in Zahlenwerten erfasst werden:[320] Sie übermitteln eine Vielzahl an Informationen.[321] Auf den Betrachter wirken sie aktivierend, distanzlos, emotional, authentisch und nachhaltig.[322] Nach der Auffassung des Europäischen Gerichtshofs für

317 Vgl. zur Überlappung bzw. Überschneidung: *Schmidt-Kessel*, GPR 2011, 79, 81; *Schmidt-Kessel*, JZ 1998, 1135, 1137; vgl. zur deutschen Methodenlehre: *Zippelius*, Juristische Methodenlehre, 11. Aufl. 2012, S. 32; *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 89.

318 Vgl.: BT-Drs. 19/4421, S. 47; *Horvath*, Das Ende der freien Veröffentlichung von Personenbildnissen – für die meisten von uns, 09.03.2018, abrufbar unter: https://www.cr-online.de/blog/2018/03/09/das-ende-der-freien-veroeffentlichung-von-personenbildnissen-fuer-die-meisten-von-uns/, zuletzt abgerufen am 05.01.2020; vgl. mit Blick auf das BDSG 2003 auch: *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 151; wohl aA: *Hildebrand*, ZUM 2018, 585, 590; vgl. zum Verhältnis BDSG 2003 und KUG: *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 123.

319 Vgl. allgemein zum Argument der größeren Sachnähe: *Schmidt-Kessel*, GPR 2011, 79, 81.

320 *Rose*, RDV 2019, 123, 128; *Rose*, Zähmt Smart Law allgegenwärtige Bilderfassung?, in: Taeger, Tagungsband DSRI-Herbstakademie, 2016, S. 75, 79; *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 151; vgl. auch: *Rose*, DuD 2017, 137, 141.

321 *Rose*, RDV 2019, 123, 128; *Rose*, Zähmt Smart Law allgegenwärtige Bilderfassung?, in: Taeger, Tagungsband DSRI-Herbstakademie, 2016, S. 75, 79 f.; siehe auch: *Raji*, ZD 2019, 61, 61; vgl. zur Dokumentationsfunktion von Bildnissen: *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 18; vgl. auch: *Hartmann*, Transfer-Effekte: Der Einfluß von Fotos auf die Wirksamkeit nachfolgender Texte, 1995, S. 63.

322 *Ziebarth/Elsaß*, ZUM 2018, 578, 578; *Beater*, AfP 2005, 133, 133 f.; *Boehme-Neßler*, K&R 2003, 530, 531; *Müller/Geise*, Grundlagen der Visuellen Kommunikation, 2. Aufl. 2015, S. 13; *Geise/Brettschneider*, Die Wahrnehmung und Bewertung von Wahlplakaten: Ergebnisse einer Eyetracking-Studie, in: Faas/Arzheimer/Roßteutscher, Information Wahrnehmung Emotion, 2010, S. 71, 71 ff.; *Boehme-Neßler*, Unscharfes Recht, 2008, S. 64, f., S. 69 ff. und S. 259; *Maar*, Iconic Worlds – Bilderwelten nach dem iconic turn, in: Maar/Burda, Iconic Worlds,

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Menschenrechte ist das Bild einer Person eines der wichtigsten Elemente der Persönlichkeit, da es ihre besonderen Eigenschaften zeigt und von ihresgleichen unterscheidet.[323] Aufgrund der besonderen Bildwirkung unterscheiden sich auch die Maßstäbe für die Zulässigkeit einer Bildberichterstattung von denen der Wortberichterstattung.[324]

Anders als die Datenschutzgrundverordnung sind die §§ 22, 23 KUG originär zur Regulierung von Bildnissen geschaffen worden und ausschließlich für diesen Regelungsgegenstand anwendbar. Das Recht am eigenen Bild schützt vor dem besonders eingriffsintensiven Darstellungseffekt von Bildnissen bei einer unerwünschten Fremddarstellung.[325] Darüber hinaus beachtet die Systematik des Kunsturhebergesetzes, dass Bildnisse nicht nur dem Persönlichkeitsschutz zuzuordnen sind. Ihre Verwendung kann zugleich von der Abbildungs-, Meinungs-, Kunst- oder Pressefreiheit erfasst sein. Das abgestufte Schutzkonzept der §§ 22, 23 KUG findet hierzu einen Ausgleich.[326]

2006, S. 11, 11; *Kroeber-Riel*, Bildkommunikation, 2. Aufl. 1996, S. 14, S. 26, S. 35 f. und S. 53; *Hartmann*, Transfer-Effekte: Der Einfluß von Fotos auf die Wirksamkeit nachfolgender Texte, 1995, S. 11 und S. 130.

323 EGMR, Urt. v. 07.02.2012 – 40660/08 u. 60641/08, ECLI:CE:ECHR:2012:0207JUD004066008 = NJW 2012, 1053 Tz. 96 – *Caroline von Hannover/Deutschland Nr. 2.*

324 BGH, Urt. v. 29.05.2018 – VI ZR 56/17, ZUM-RD 2018, 537, 540; BVerfG, Beschl. v. 08.12.2011 – 1 BvR 927/08, AfP 2012, 37, 38; BGH, Urt. v. 26.10.2010 – VI ZR 230/08, GRUR 2011, 261, 262 f.; BGH, Urt. v. 19.06.1966 – VI ZR 268/64, NJW 1966, 2353, 2354 – *Vor unserer eigenen Tür*; vgl. auch: *Beater*, AfP 2005, 133, 133; BeckOK-*Bamberger* BGB, 52. Ed. Stand: 01.11.2019, § 12 Rn. 129; aA: Wenzel-*Burkhardt/Peifer*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 5 Rz. 54.

325 *Tinnefeld/Viethen*, NZA 2003, 468, 468; *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 151; siehe weiter zum besonders eingriffsintensiven Darstellungseffekt: BGH, Urt. v. 19.06.1966 – VI ZR 268/64, NJW 1966, 2353, 2354 – *Vor unserer eigenen Tür;* siehe zum Schutzgut des Rechts am eigenen Bild ausführlich im zweiten Kapitel A. I.

326 Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-*Gierschmann*, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 7 Rn. 20; vgl. auch: LG Köln, Urt. v. 10.06.2015 – 28 O 567/14, NJOZ 2016, 252, 253; EGMR, Urt. v. 07.02.2012 – 40660/08 u. 60641/08, ECLI:CE:ECHR:2012:0207JUD004066008 = NJW 2012, 1053, 1058 ff. – *Caroline von Hannover/Deutschland Nr. 2;* BGH, Urt. v. 06.03.2007 – VI ZR 51/06, GRUR 2007, 527, 528 – *Winterurlaub*; EGMR, Urt. v. 24.06.2004 – 59320/00, ECLI:CE:ECHR:2004:0624JUD005932000 = NJW 2004, 2647, 2649 ff. – *Caroline von Hannover/Deutschland;* BVerfG, Urt. v. 15.12.1999 – 1 BvR 653/96, NJW 2000, 1021, 1023 – *Caroline von Monaco I*; BeckOK Urheberrecht-*Engels*, 26. Ed. Stand 15.10.2019, § 22 KUG Rn. 11 ff.; Wandtke/Bullin-

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Die Datenschutzgrundverordnung zeigt eine deutlich geringere Sachnähe zum Regelungsgegenstand „digitaler Bildnisse" als das Kunsturhebergesetz. Sie schützt den Betroffenen insbesondere vor der systematischen Sammlung und Auswertung von Einzeldaten und den damit einhergehenden Gefahren.[327] Sie richtet ihr Hauptaugenmerk nicht nur auf den Schutz der informationellen Selbstbestimmung, sondern zugleich auf den freien Datenverkehr innerhalb der EU, Art. 1 Abs. 1 und Abs. 3 DSGVO.[328] Das Regelungskonzept der Datenschutzgrundverordnung ist zugeschnitten auf die klassische Datenverarbeitung, insbesondere mit Blick auf Unternehmen, dessen Geschäftsmodell sich mit der massenhaften Auswertung und Weitergabe von Daten befasst.[329]

2. Konsequenz

Die aufgezeigten Argumente begründen ein Spezialitätsverhältnis im weiteren Sinne. Die spezielleren Vorschriften des Kunsturhebergesetzes treten nicht ergänzend oder modifizierend neben die allgemeineren Vorschriften der Datenschutzgrundverordnung. Sie treten innerhalb ihres Anwendungsbereichs an ihre Stelle.

---

ger-*Fricke*, Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 22 KUG Rn. 2; siehe zum abgestuften Schutzkonzept ausführlich im zweiten Kapitel bei A. II.

327 *Veil*, NVwZ 2018, 686, 693; BeckOK Datenschutzrecht-*Wolff/Brink*, 30. Ed. Stand 01.11.2019, Einleitung zur DS-GVO Rn. 1 f.; Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-*Veill*, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 24 Rn. 119, Rn. 130 und Rn. 132; Auernhammer-*von Lewinski*, DSGVO BDSG, 6. Aufl. 2018, Einf. Rn. 17 f.; vgl. zum BDSG 2003: *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 149 ff.; vgl. Schutzgut informationelle Selbstbestimmung – Recht am eigenen Bild: *Schwenke*, Private Nutzung von Smartglasses im öffentlichen Raum, 2016, S. 111.

328 Vgl. zum Zweck des freien Datenverkehrs: ErwGr 3 und ErwGr 9; *Kühling/Martini*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 2016, S. 13.

329 *Veil*, NVwZ 2018, 686, 693; Götting/Schertz/Seitz-*Lauber-Rönsberg*, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 22 Rn. 22; vgl. auch: *Lauber-Rönsberg*, ZD 2014, 177, 178; *Ohly*, AfP 2011, 428, 437; *Cornils*, Das datenschutzrechtliche Medienprivileg unter Behördenaufsicht?, 2018, S. 55; BeckOK Datenschutzrecht-*Bäcker*, 30. Ed. Stand 01.05.2019, Art. 2 DSGVO Rn. 16.

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

IV. Handlungsbedarf des Gesetzgebers

Der nationale Gesetzgeber muss handeln, um dieses verschachtelte Normenverhältnis zu verdeutlichen und die Konkurrenz rechtssicher aufzulösen.[330] Der Bund hat die Gesetzgebungskompetenz sowohl für eine solche klarstellende Gesetzgebungsmaßnahme als auch für weitere Novellierungen des Kunsturhebergesetzes.[331] Außerdem sollte er das Kunsturheberge-

330 *Remmertz*, GRUR-Prax 2018, 254, 256; *Cornils*, ZUM 2018, 561, 576; *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1062; Wenzel-*von Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 124; HK DS-GVO/BDSG-*Frey*, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 33; *Horvath*, Das Ende der freien Veröffentlichung von Personenbildnissen – für die meisten von uns, 09.03.2018, abrufbar unter: https://www.cr-online.de/blog/2018/03/09/das-ende-der-freien-veroeffentlichung-von-personenbildnissen-fuer-die-meisten-von-uns/, zuletzt abgerufen am 05.01.2020; *Mönikes*, Datenschutz-Grundverordnung: Das Ende der modernen Presse- und Öffentlichkeitsarbeit (wie wir sie kennen), 14.02.2018, abrufbar unter: https://www.telemedicus.info/article/3265-Datenschutz-Grundverordnung-Das-Ende-der-modernen-Presse-und-OEffentlichkeitsarbeit-wie-wir-sie-kennen.html, zuletzt abgerufen am 26.01.2020; so wohl auch: *Nettesheim*, AfP 2019, 473, 481; vgl. bereits zum Handlungsbedarf beim BDSG 2003: *Golla/Herbort*, GRUR 2015, 648, 654; *Schnabel*, ZUM 2008, 657, 662; vgl. auch: Stellungnahme Nr. 34/2018 des Deutschen Anwaltsvereins durch den Ausschuss Informationsrecht, Juli 2018, S. 8 ff., abrufbar unter: https://anwaltverein.de/de/newsroom/sn-34-18-2-datenschutz-anpassungs-und-umsetzungsgesetz, zuletzt abgerufen am 17.02.2020; aA: BT-Drs. 19/4421, S. 47 f.; BT-Drs. 19/2653, S. 15; *Kühling/Martini*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, 2016, S. 291; Bundesministerium des Inneren, für Bau und Heimat, FAQs zur Datenschutz-Grundverordnung, 05.04.2018, abrufbar unter: https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/kurzmeldungen/DE/2018/04/faqs-datenschutz-grundverordnung.html, zuletzt abgerufen am 30.12.2019; *Albrecht*, DSGVO – häufig gestellte Fragen, häufig verbreitete Mythen, abrufbar unter: https://www.janalbrecht.eu/2018/05/dsgvo-haeufig-gestellte-fragen-haeufig-verbreitete-mythen/, zuletzt abgerufen am 30.12.2019.

331 Siehe: *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1060; Wenzel-*von Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 124; Sydow-*Specht/Bienemann*, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 20; *Schack/Dregelies*, Stellungnahme „Fotografieren in der Öffentlichkeit", Schleswig-Holsteinischer Landtag Umdruck 19/1294, S. 6, abrufbar unter: http://www.landtag.ltsh.de/infothek/wahl19/umdrucke/01200/umdruck-19-01294.pdf, zuletzt abgerufen am 30.09.2019; *Schneider*, DSGVO und Meinungsfreiheit: Stellungnahme der BfDI zu Meldepflichten und KUG, 14.06.2018, abrufbar unter: https://www.telemedicus.info/article/3295-DSGVO-und-Meinungsfreiheit-Stellungnahme-der-BfDI-zu-Meldepflichten-und-KUG.html, zuletzt abgerufen am 30.09.2019; aA: *Benedikt/Kranig*, ZD 2019, 4, 5; vgl.

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

setz gegenüber der Kommission melden, um der Notifizierungspflicht des Art. 85 Abs. 3 DSGVO zu genügen.[332]

1. Klarstellender Absatz oder Paragraf

Es sollte eine Vorschrift in das Kunsturhebergesetz aufgenommen werden, die das Konkurrenzverhältnis für „digitale Bildnisse" klärt. Durch sie sollte erkennbar werden, dass das Kunsturhebergesetz europarechtskonform die Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 1 DSGVO ausfüllt.[333] Weiterhin muss aufgezeigt werden, dass das Kunsturhebergesetz in seinem Regelungsbereich mit Vorrang anzuwenden ist und insoweit die allgemeineren datenschutzrechtlichen Vorschriften verdrängt. Dabei sollte nicht das Verständnis vermittelt werden, dass ein klassisches Spezialitätsverhältnis in dem Sinne „lex specialis derogat legi generali" besteht.

2. Gesetzgebungskompetenz des Bundes

Der Bund hat die Gesetzgebungskompetenz sowohl für diese klarstellende Gesetzgebungsmaßnahme als auch für weitere Novellierungen des Kunsturhebergesetzes.[334] Das Kunsturhebergesetz wird von der konkurrierenden

---

auch: *Kahl/Piltz*, K&R 2018, 289, 291 f.*; Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 217 ff.

332 Vgl. dazu: *Seiler*, jurisPR-BKR 9/2018, Anm. 1.; *Schneider*, DSGVO und Meinungsfreiheit: Stellungnahme der BfDI zu Meldepflichten und KUG, 14.06.2018, abrufbar unter: https://www.telemedicus.info/article/3295-DSGVO-und-Meinungsfreiheit-Stellungnahme-der-BfDI-zu-Meldepflichten-und-KUG.html, zuletzt abgerufen am 30.09.2019; eine Meldung als zwingend erachten: *Benedikt/Kranig*, ZD 2019, 4, 5; aA: *Ziebarth/Elsaß*, ZUM 2018, 578, 583; BfDI, siehe dazu: *Schneider*, DSGVO und Meinungsfreiheit: Stellungnahme der BfDI zu Meldepflichten und KUG, 14.06.2018, abrufbar unter: https://www.telemedicus.info/article/3295-DSGVO-und-Meinungsfreiheit-Stellungnahme-der-BfDI-zu-Meldepflichten-und-KUG.html, zuletzt abgerufen am 30.09.2019.

333 Siehe auch: *Lauber-Rönsberg*, AfP 2019, 373, 381.

334 Siehe: *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1060; Wenzel-*von Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 124; Sydow-*Specht/Bienemann*, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 20; *Schack/Dregelies*, Stellungnahme „Fotografieren in der Öffentlichkeit", Schleswig-Holsteinischer Landtag Umdruck 19/1294, S. 6, abrufbar unter: http://www.landtag.ltsh.de/infothek/wahl19/umdrucke/01200/umdruck-19-01294.pdf, zuletzt abgerufen am 30.09.2019; *Schneider*, DSGVO

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Gesetzgebung für das bürgerliche Recht erfasst, Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG.[335] Es ist dem Deliktsrecht zuzuordnen.[336] Obwohl das Recht am eigenen Bild zunächst gemeinsam mit dem Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie im Kunsturhebergesetz normiert war,[337] folgt die Gesetzgebungskompetenz nicht aus der ausschließlichen Gesetzgebung des Bundes über den gewerblichen Rechtsschutz, das Urheberrecht und das Verlagsrecht, Art. 71, Art. 73 Abs. 1 Nr. 9 GG.[338] Das Recht am eigenen Bild ist kein Immaterialgüterrecht. Anders als das Urheberrecht, schützt das Kunsturhebergesetz keine schöpferische Leistung.[339] Es

---

und Meinungsfreiheit: Stellungnahme der BfDI zu Meldepflichten und KUG, 14.06.2018, abrufbar unter: https://www.telemedicus.info/article/3295-DSGVO-und-Meinungsfreiheit-Stellungnahme-der-BfDI-zu-Meldepflichten-und-KUG.html, zuletzt abgerufen am 30.09.2019; aA: *Benedikt/Kranig*, ZD 2019, 4, 5; vgl. auch: *Dregelies*, AfP 2019, 298, 302; *Kahl/Piltz*, K&R 2018, 289, 291 f.; *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 217 ff.

335 *Lauber-Rönsberg*, AfP 2019, 373, 378; *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1060; Wenzel-*von Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 124; *Schack/Dregelies*, Stellungnahme „Fotografieren in der Öffentlichkeit", Schleswig-Holsteinischer Landtag Umdruck 19/1294, S. 6, abrufbar unter: http://www.landtag.ltsh.de/infothek/wahl19/umdrucke/01200/umdruck-19-01294.pdf, zuletzt abgerufen am 30.09.2019; siehe auch: *Reuter/Schwarz*, ZUM 2020, 31, 38; aA: *Benedikt/Kranig*, ZD 2019, 4, 5; vgl. auch: *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 217 ff.

336 *Schack/Dregelies*, Stellungnahme „Fotografieren in der Öffentlichkeit", Schleswig-Holsteinischer Landtag Umdruck 19/1294, S. 6, abrufbar unter: http://www.landtag.ltsh.de/infothek/wahl19/umdrucke/01200/umdruck-19-01294.pdf, zuletzt abgerufen am 30.09.2019; siehe auch: *Dregelies*, AfP 2019, 298, 301; vgl. auch: Wandtke/Bullinger-*Fricke*, Praxiskommentar Urheberrecht, 5. Aufl. 2019, § 22 KUG Rn. 3.

337 Siehe: §§ 1 ff. KUG aF, nachzulesen im RGBl. 1907, S. 7 ff; siehe: § 141 Nr. 5 UrhG, nachzulesen im BGBl. I, S. 1293; ausführlich hierzu im zweiten Kapitel bei B. I. und D I. 2. c. aa).

338 So bereits: *Reuter/Schwarz*, ZUM 2020, 31, 37 f.

339 BVerfG, Beschl. v. 26.04.2001 – 1 BvR 758/97, NJW 2001, 1921, 1923; BGH, Urt. v. 08.05.1956 – I ZR 62/54, GRUR 1956, 427, 428 – *Paul Dahlke*; *Schnabel*, ZUM 2008, 657, 658; *Lettl*, WRP 2005, 1045, 1051; *Ohly*, GRUR Int 2004, 902, 904; Götting/Schertz/Seitz-*Schertz*, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 12 Rn. 1; Fromm/Nordemann-*Axel Nordemann*, Urheberrecht, 12. Aufl. 2018, Einl. UrhG Rn. 89; Wenzel – *von Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 1; Dreier/Schulze-*Specht*, Urheberrechtsgesetz, 6. Aufl. 2018, Vor § 22 KUG Rn. 6; Schricker/Loewenheim-*Götting*, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 22 KUG Rn. 7.

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

gewährt das Selbstbestimmungsrecht des Abgebildeten und garantiert so einen Teilbereich des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes.[340]

3. Notifizierungspflicht des Kunsturhebergesetzes?

Es ist nicht gesichert, inwieweit die Notifizierungspflicht der Mitgliedstaaten nach Art. 85 Abs. 3 DSGVO neben neu erlassenen nationalen Änderungsgesetzen auch Altvorschriften umfasst, die sich auf die allgemeine Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 1 DSGVO stützen.[341] Die Mitteilungspflicht dient dazu, der Kommission einen Überblick über die nationalen Änderungsgesetze zu gewähren.[342] Vor diesem Hintergrund erscheint es

340 BGH, Urt. v. 14.02.1958 – I ZR 151/56, GRUR 1958, 408, 410 – *Herrenreiter*; BGH, Urt. v. 08.05.1956 – I ZR 62/54, GRUR 1956, 427, 428 – *Paul Dahlke*; zudem: BGH, Urt. v. 06.03.2007 – VI ZR 51/06, GRUR 2007, 527 Tz. 5 – *Winterurlaub*; BGH, Urt. v. 28.09.2004 – VI ZR 305/03, GRUR 2005, 74, 75 – *Charlotte Casiraghi II*; BGH, Urt. v. 19.12.1995 – VI ZR 15/95, GRUR 1996, 923, 924 – *Caroline von Monaco II;* BGH, Urt. v. 14.04.1992 – VI ZR 285/81, NJW 1992, 2084, 2084; BGH, Urt. v. 14.10.1986 – VI ZR 10/86, NJW-RR 1987, 231, 231 – *Nena*; Schricker/Loewenheim-*Götting*, Urheberrecht, 5. Aufl. 2017, § 22 KUG Rn. 7; Raue/Hegemann-*Amelung*, Münchener Anwaltshandbuch Urheber- und Medienrecht, 2. Aufl. 2017, § 14 Rn. 3 f; siehe ausführlich zum unterschiedlichen Telos von KUG und UrhG im zweiten Kapitel bei D. I. 2. d).

341 Zur Notifizierungspflicht bei Altvorschriften: OLG Köln, Beschl. v. 18.06.2018 – 15 W 27/18, K&R 2018, 501, 502; *Lauber-Rönsberg*, ZUM-RD 2018, 550, 551; *Tinnefeld/Conrad*, ZD 2018, 391, 397; *Ziebarth/Elsaß*, ZUM 2018, 578, 583; Wenzel-*von Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 125; Roßnagel-*Hoidn*, Das neue Datenschutzrecht, 2018, S. 420 f.; HK DS-GVO/BDSG-*Frey*, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 36; Paal/Pauly-*Pauly*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 14; Auernhammer-*v. Lewinski,* DSGVO BDSG, 6. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 19; aA: BeckOK Datenschutzrecht-*Stender-Vorwachs*, 30. Ed. Stand 01.11.2019, Art. 85 DSGVO Rn. 32; vgl. dazu, ob Art. 85 Abs. 1 DSGVO von der Notifizierungspflicht erfasst ist: *Benedikt/Kranig*, ZD 2019, 4, 5; *Albrecht/Jotzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, 2017, S. 134; Auernhammer-*v. Lewinski,* DSGVO BDSG, 6. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 19; HK DS-GVO/BDSG-*Frey*, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 8; *Schneider*, DSGVO und Meinungsfreiheit: Stellungnahme der BfDI zu Meldepflichten und KUG, 14.06.2018, abrufbar unter: https://www.telemedicus.info/article/3295-DSGVO-und-Meinungsfreiheit-Stellungnahme-der-BfDI-zu-Meldepflichten-und-KUG.html, zuletzt abgerufen am 30.09.2019.

342 Sydow-*Specht/Bienemann*, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 19; Auernhammer-*v. Lewinski,* DSGVO BDSG, 6. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 19; Ehmann/Selmayr-*Schiedermair*, Datenschutz-Grundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 18; Paal/Pauly-*Pauly*, DS-GVO BDSG, 2. Aufl.

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

adäquat, das Kunsturhebergesetz gegenüber der Kommission zu melden, auch dann, wenn eine Reform des Kunsturhebergesetzes unterbleiben sollte.[343]

V. Ergebnis

Zwar besteht zwischen dem Kunsturhebergesetz und der Datenschutzgrundverordnung kein klassisches Spezialitätsverhältnis in dem Sinne „lex specialis derogat legi generali", dennoch ist das Kunsturhebergesetz als speziellere Vorschrift vorrangig vor der Datenschutzgrundverordnung anzuwenden und verdrängt in seinem Regelungsbereich die allgemeineren datenschutzrechtlichen Vorschriften.[344]

2018, Art. 85 Rn. 14; Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil-*Schulz/Heilmann*, Kommentar Datenschutz-Grundverordnung, 1. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 64; BeckOK Datenschutzrecht-*Stender-Vorwachs*, 30. Ed. Stand 01.11.2019, Art. 85 DSGVO Rn. 30.

343 Vgl. dazu: *Seiler*, jurisPR-BKR 9/2018, Anm. 1.; *Schneider*, DSGVO und Meinungsfreiheit: Stellungnahme der BfDI zu Meldepflichten und KUG, 14.06.2018, abrufbar unter: https://www.telemedicus.info/article/3295-DSGVO-und-Meinungsfreiheit-Stellungnahme-der-BfDI-zu-Meldepflichten-und-KUG.html, zuletzt abgerufen am 30.09.2019; eine Meldung als zwingend erachten: *Benedikt/Kranig*, ZD 2019, 4, 5; aA: *Ziebarth/Elsaß*, ZUM 2018, 578, 583; BfDI, siehe dazu: *Schneider*, DSGVO und Meinungsfreiheit: Stellungnahme der BfDI zu Meldepflichten und KUG, 14.06.2018, abrufbar unter: https://www.telemedicus.info/article/3295-DSGVO-und-Meinungsfreiheit-Stellungnahme-der-BfDI-zu-Meldepflichten-und-KUG.html, zuletzt abgerufen am 30.09.2019.

344 Wohl auch: BT-Drs. 19/4421, S. 47; *Lauber-Rönsberg*, ZUM-RD 2018, 550, 551 f.; *Horvath*, Das Ende der freien Veröffentlichung von Personenbildnissen – für die meisten von uns, 09.03.2018, abrufbar unter: https://www.cr-online.de/blog/2018/03/09/das-ende-der-freien-veroeffentlichung-von-personenbildnissen-fuer-die-meisten-von-uns/, zuletzt abgerufen am 05.01.2020; *Friese*, Beschluss zur Reichweite der DSGVO im journalistischen Bereich, 26.06.2018, abrufbar unter: https://www.datenschutzbeauftragter-info.de/beschluss-zur-reichweite-der-dsgvo-im-journalistischen-bereich/, zuletzt abgerufen am 26.01.2020; aA: Art. 19 des Gesetzesentwurfes vom BMJV, Änderung des Gesetzes betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie, der folgende Novellierung gem. § 1 KUG-E vorschlägt: Die §§ 22 bis 24, 37, 38, 42 bis 44 und 59 gelten, soweit sich die Verbreitung oder Schaustellung von Bildnissen nicht nach der [...]DSGVO in der jeweils geltenden Fassung richtet, zitiert bei: *Horvath*, Das Ende der freien Veröffentlichung von Personenbildnissen – für die meisten von uns, 09.03.2018, abrufbar unter: https://www.cr-online.de/blog/2018/03/09/das-ende-der-freien-veroeffentlichung-von-personenbildnissen-fuer-die-meisten-von-uns/, zuletzt abgerufen am 05.01.2020; *Klein*, Personenbilder

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

Das Handeln des nationalen Gesetzgebers ist zur Erläuterung dieser Rechtssystematik im normativen Mehrebenensystem und zur Bestätigung des innerstaatlichen Verständnisses von Art. 85 Abs. 1 DSGVO als allgemeine Öffnungsklausel ebenso wie zum Schutz der Rechtssicherheit und zur Aufrechterhaltung des Rechtsfriedens erforderlich.[345] Es ist ein Absatz oder Paragraf in das Kunsturhebergesetz aufzunehmen, der darlegt, dass das Kunsturhebergesetz die Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 1 DSGVO europarechtskonform ausfüllt und es in seinem Regelungsbereich vorrangig zur Anwendung kommt. Die Gesetzgebungskompetenz hierfür hat der Bund und nicht die Länder.[346] Ferner sollte das Kunsturhebergesetz gegen-

---

im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 209 und S. 253; vgl. mit Blick auf das BDSG 2003 auch: *Tausch*, Persönlichkeitsrechtsverletzungen durch die Veröffentlichung von Fotos im Internet, 2016, S. 151; aA bezogen auf BDSG 2003: *Herbort*, Digitale Bildnisse, 2017, S. 310.

345 So wohl auch: *Nettesheim*, AfP 2019, 473, 481; *Lauber-Rönsberg*, AfP 2019, 373, 381 f.; *Remmertz*, GRUR-Prax 2018, 254, 256; *Tinnefeld/Conrad*, ZD 2018, 391, 398; *Cornils*, ZUM 2018, 561, 576; *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1062; Wenzel-*von Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 124; Götting/Schertz/Seitz-*Schertz*, Handbuch Persönlichkeitsrecht, 2. Aufl. 2019, § 12 Rn. 8; *Horvath*, Das Ende der freien Veröffentlichung von Personenbildnissen – für die meisten von uns, 09.03.2018, abrufbar unter: https://www.cr-online.de/blog/2018/03/09/das-ende-der-freien-veroeffentlichung-von-personenbildnissen-fuer-die-meisten-von-uns/, zuletzt abgerufen am 05.01.2020; *Mönikes*, Datenschutz-Grundverordnung: Das Ende der modernen Presse- und Öffentlichkeitsarbeit (wie wir sie kennen), 14.02.2018, abrufbar unter: https://www.telemedicus.info/article/3265-Datenschutz-Grundverordnung-Das-Ende-der-modernen-Presse-und-OEffentlichkeitsarbeit-wie-wir-sie-kennen.html, zuletzt abgerufen am 26.01.2020; vgl. dazu auch: *Golla/Herbort*, GRUR 2015, 648, 654; *Schnabel*, ZUM 2008, 657, 662; *Rose*, Cams aus Sicht des Forschungsprojekts „ChiaRiSma", in: Taeger, Chancen und Risiken von Smart Cams im öffentlichen Raum, 2017, S. 277, 285; vgl. zu der Problematik bezogen auf das Medien-/Kommunikationsrecht: *Veil*, NVwZ 2018, 686, 689; siehe zum Handlungsbedarf des Gesetzesgebers mit dem Ziel das KUG für die Kollision mit der DSGVO aufzuheben: *Benedikt/Kranig*, ZD 2019, 4, 7; keinen Handlungsbedarf erkennt: BT-Drs. 19/4421, S. 47 f.; BT-Drs. 19/2653, S. 15.

346 Siehe: *Lauber-Rönsberg*, AfP 2019, 373, 379; *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057, 1060; Wenzel-*von Strobl-Albeg*, Das Recht der Wort- und Bildberichterstattung, 6. Aufl. 2018, Kap. 7 Rz. 124; Sydow-*Specht/Bienemann*, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2. Aufl. 2018, Art. 85 Rn. 20; *Schack/Dregelies*, Stellungnahme „Fotografieren in der Öffentlichkeit", Schleswig-Holsteinischer Landtag Umdruck 19/1294, S. 6, abrufbar unter: http://www.landtag.ltsh.de/infothek/wahl19/umdrucke/01200/umdruck-19-01294.pdf, zuletzt abgerufen am 30.09.2019; *Schneider*, DSGVO und Meinungsfreiheit: Stellungnahme der

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb

über der Kommission gemeldet werden, um der Notifizierungspflicht des Art. 85 Abs. 3 DSGVO zu genügen.[347]

BfDI zu Meldepflichten und KUG, 14.06.2018, abrufbar unter: https://www.telemedicus.info/article/3295-DSGVO-und-Meinungsfreiheit-Stellungnahme-der-BfDI-zu-Meldepflichten-und-KUG.html, zuletzt abgerufen am 30.09.2019; aA: *Benedikt/Kranig*, ZD 2019, 4, 5; vgl. auch: *Kahl/Piltz*, K&R 2018, 289, 291 f.*; Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, 2017, S. 217 ff.

347 Vgl. dazu: *Seiler*, jurisPR-BKR 9/2018, Anm. 1.; *Schneider*, DSGVO und Meinungsfreiheit: Stellungnahme der BfDI zu Meldepflichten und KUG, 14.06.2018, abrufbar unter: https://www.telemedicus.info/article/3295-DSGVO-und-Meinungsfreiheit-Stellungnahme-der-BfDI-zu-Meldepflichten-und-KUG.html, zuletzt abgerufen am 30.09.2019; eine Meldung als zwingend erachten: *Benedikt/Kranig*, ZD 2019, 4, 5; aA: *Ziebarth/Elsaß*, ZUM 2018, 578, 583; BfDI, siehe dazu: *Schneider*, DSGVO und Meinungsfreiheit: Stellungnahme der BfDI zu Meldepflichten und KUG, 14.06.2018, abrufbar unter: https://www.telemedicus.info/article/3295-DSGVO-und-Meinungsfreiheit-Stellungnahme-der-BfDI-zu-Meldepflichten-und-KUG.html, zuletzt abgerufen am 30.09.2019.

https://doi.org/10.5771/9783748923428-27, am 07.09.2024, 01:08:40
Open Access – (cc) BY-NC-ND – https://www.nomos-elibrary.de/agb