



universität
wien

MASTER-THESIS

Titel der Master-Thesis

„Welch’ triste Welt ohne Kinderfotos! –

Die Grenzen der Veröffentlichung von Kinderfotos
im Lichte der §§ 78 UrhG, 7 MedienG und 1ff DSGVO“

Verfasserin

Mag.^a Caroline Wenger

angestrebter akademischer Grad

Master of Laws (LL.M.)

Wien, 2015

Universitätslehrgang:

Informations- und Medienrecht

Studienkennzahl lt. Studienblatt:

A 992 942

Betreuer:

Dr. Peter Zöchbauer

Inhaltsverzeichnis

I. Einleitung und Aufbau	5
II. Rechtsgrundlagen	7
A. § 78 UrhG – das „Recht am eigenen Bild“	7
1. Schutzzumfang des § 78 UrhG.....	7
2. Tatbestandselemente des § 78 UrhG	8
3. Wann sind Bildnisse von Kindern nicht vom Schutz des § 78 UrhG umfasst – gibt es „harmlose“ Lichtbilder iSd § 78 UrhG? ..	15
B. § 7 Abs 1 MedienG.....	16
1. Schutzzumfang des § 7 Abs 1 MedienG	16
2. Tatbestandsmerkmale des § 7 Abs 1 MedienG	17
3. Wann sind Bildnisse von Kindern in einem Medium nicht vom Schutz des § 7 Abs 1 MedienG umfasst – gibt es „harmlose“ Lichtbilder iSd § 7 Abs 1 MedienG?.....	19
C. DSGVO.....	20
1. Grundlagen des DSGVO.....	20
2. Wann sind Bildnisse von Kindern nicht vom Schutz des § 1 DSGVO umfasst – gibt es „harmlose“ Lichtbilder iSd § 1 DSGVO?	23
D. Verhältnis der Normen zueinander.....	26
1. Verhältnis § 78 UrhG und §§ 1ff DSGVO.....	26
2. Verhältnis § 78 UrhG und § 7 MedienG.....	30
III. Ausschlussgrund „Zustimmung“ des Abgebildeten nach § 78 UrhG, § 7 Abs 2 Z 3 MedienG, § 1 DSGVO	32
A. Gesetzliche Regelungen	32
IV. „Zustimmung“ und Vertretbarkeit der Zustimmung des Abgebildeten	33
A. Abstellen auf Einsichts- und Urteilsfähigkeit oder Geschäftsfähigkeit	33
1. Abgrenzung Einsichts- und Urteilsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit	33
2. Beispiele Einsichts- und Urteilsfähigkeit	34
B. Literatur und Judikatur zur „Zustimmung“ und deren Vertretungseignung nach § 78 UrhG, § 7 Abs 1 MedienG, § 1 DSGVO...35	35
1. Zum DSGVO	36
2. Zu § 78 UrhG	37
3. Zu § 7 Abs 1 und Abs 2 Z 3 MedienG.....	39
C. Einheitliche Regelung der Zustimmung in § 78 UrhG, § 7 Abs 1 MedienG und DSGVO	42
1. Abzielen auf die Einsichts- und Urteilsfähigkeit bei der Veröffentlichung von Kinderfotos und Unvereinbarkeit der Zustimmung mit einer gesetzlichen Vertretung.....	43
2. Praktische Folgen des Abzielens auf die Einsichts- und Urteilsfähigkeit bei der Veröffentlichung von Kinderfotos und der Unvereinbarkeit der Zustimmung mit einer gesetzlichen Vertretung	45
3. Lösungsansätze.....	45
V. Zusammenfassung	51
VI. Literaturverzeichnis , und Judikaturverzeichnis	53
A. Literaturverzeichnis	53
B. Judikaturverzeichnis:.....	56

Abkürzungsverzeichnis

AA	anderer Ansicht
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch
Art	Artikel
BGBI	Bundesgesetzblatt
Bzw	beziehungsweise
DSG	Bundesgesetz über den Schutz personenbezogener Daten (Datenschutzgesetz 2000), BGBl I 1999/165 idF BGBl I 2013/83
E	Entscheidung
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention BGBl 1958/210
f	und die folgende
ff	und die folgenden
hL	herrschende Lehre
idF	in der Fassung
idR	in der Regel
idS	in diesem Sinne
insb	insbesondere
iSd	im Sinne des
Jud	Judikatur
Lit	Literatur
mE	meines Erachtens
mwN	mit weiteren Nachweisen
MedienG	Bundesgesetz vom 12. Juni 1981 über die Presse und andere publizistische Medien, BGBl. Nr. 314/1981 idF BGBl I Nr. 101/2014
OGH	Oberster Gerichtshof
vgl	vergleiche
ua	unter anderem
UrhG	Bundesgesetz über das Urheberrecht an Werken der Literatur und der Kunst und über verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz), BGBl. Nr. 111/1936 idF BGBl. I Nr. 99/2015

I. Einleitung und Aufbau

Das OLG Wien kommt in seinem Urteil 18 Bs 63/15v vom 13.05.2015¹ zum Ergebnis, dass es sich sowohl bei einer Veröffentlichung iSd § 7 Abs 1 MedienG als auch bei einer Aufnahme iSd § 78 Abs 1 UrhG um eine höchstpersönliche Angelegenheit handle. Höchstpersönliche Rechte seien mit einer gesetzlichen Vertretung unvereinbar. Die Einwilligung eines Kindes zur öffentlichen Verwertung seiner Person sei nicht substituierbar und könne bloß vom betroffenen Kind selbst gegeben werden. Die Gültigkeit einer solchen Zustimmung könne anhand der Einsichts- und Urteilsfähigkeit des jeweiligen Minderjährigen bestimmt werden.

Diese Entscheidung wirft verschiedenste Fragen rechtlicher und praktischer Natur auf. Die rechtlichen Grenzen für die Veröffentlichung von Fotos Minderjähriger sind nunmehr unklar.

Die gegenständliche Arbeit soll diese rechtlichen Grenzen ausloten und insbesondere herausarbeiten, ob und unter welchen Voraussetzungen Abbildungen Minderjähriger veröffentlicht werden dürfen. Daher werden zuerst die Bildnisse schützenden Rechtsvorschriften der §§ 78 UrhG, 7 MedienG sowie 1ff DSGVO umrissen und der Begriff der „Öffentlichkeit“ geklärt. Während § 78 UrhG als „Recht am eigenen Bild“ vor Veröffentlichungen schützt, die berechnete Interessen verletzen, bezweckt § 7 MedienG den Schutz des höchstpersönlichen Lebensbereichs ua vor zur Bloßstellung in der Öffentlichkeit geeigneten Darstellungen im Medienbereich. Die §§ 1ff DSGVO schützen das Recht einer Person auf Geheimhaltung aller sie betreffenden Ablichtungen als personenbezogene Daten soweit ein schutzwürdiges Interesse an diesen besteht.

Ich beabsichtige in dieser Arbeit zu erörtern, wie weit der Schutzbereich der genannten Vorschriften geht und ob es „harmlose“ Lichtbilder gibt, die nicht von den Schutzvorschriften der §§ 78 UrhG, 7 MedienG sowie 1ff DSGVO erfasst sind, weil sie keine berechtigten Interessen Minderjähriger berühren, nicht zur Bloßstellung durch ein Medium in der Öffentlichkeit geeignet sind bzw weil kein schutzwürdiges Interesse an ihrer Geheimhaltung besteht und die daher den höchstpersönlichen Lebensbereich der Kinder nicht verletzen.

¹ OLG Wien 13.05.2015, 18 Bs 63/15v, MR 2015, 130 (Röggla/Zöchbauer).

Danach soll die Arbeit der Frage nachgehen, ob die Einwilligung in Veröffentlichungen von Fotos nach §§ 78 UrhG, 7 MedienG sowie 1ff DSGVO tatsächlich einheitlich beurteilt werden und bejahendenfalls, ob hier tatsächlich auf die Einsichts- und Urteilsfähigkeit Minderjähriger und auf die Unvertretbarkeit der Zustimmung abgestellt werden kann bzw soll. Die Arbeit grenzt daher in einem nächsten Schritt die Einsichts- und Urteilsfähigkeit von der Geschäftsfähigkeit ab. Danach folgt eine Zusammenfassung und kritische Beleuchtung der durchaus differenzierten Lehrmeinungen sowie der Judikatur in diesem Bereich. Hier werden auch die weitreichenden Folgen der in der Entscheidung 18 Bs 63/15v des OLG Wien vom 13.05.2015 vertretenen Rechtsansicht dargestellt. Deren Folge wäre, dass tatsächlich weder die Eltern noch die nicht einsichts- und urteilsfähigen Minderjährigen selbst in die Veröffentlichung ihrer Fotos zustimmen könnten.

Die Entscheidung könnte nach konsequenter Ausführung nicht nur das Ende der Bildberichterstattung über Minderjährige, das Ende von Kinderwerbung und Kinderfotos auf diversen sozialen Plattformen, sondern auch das Ende des Online-Selbstauftritts nicht einsichts- und urteilsfähiger Minderjähriger einläuten.

Schließlich soll meine Arbeit eine mit der heutigen Welt vereinbare und praktische Lösung und Antwort auf die Frage der Zustimmung in die Veröffentlichung von Fotos nach §§ 78 UrhG, 7 MedienG sowie 1ff DSGVO sowie deren Vertretungseignung finden.

II. Rechtsgrundlagen

Dieses Kapitel skizziert zunächst die Persönlichkeitsrechte an Bildnissen schützenden Rechtsnormen § 78 UrhG, § 7 MedienG sowie die relevanten Normen des DSGVO.

A. § 78 UrhG – das „Recht am eigenen Bild“

1. Schutzzumfang des § 78 UrhG

Das in § 78 Abs 1 UrhG garantierte Recht am eigenen Bild ist nicht als Urheberrecht sondern als Persönlichkeitsrecht ausgestaltet.² Hier geht es nicht um den Schutz des Fotografen sondern um den Schutz der auf dem jeweiligen Bild abgebildeten Person.³ Aus diesem Grund wird die Regelung des "Bildnisschutzes" im UrhG oftmals als systemfremd bezeichnet.⁴

§ 78 UrhG bestimmt, dass *„Bildnisse von Personen weder öffentlich ausgestellt noch auf eine andere Art, wodurch sie der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden, verbreitet werden [dürfen], wenn dadurch berechnigte Interessen des Abgebildeten []“* verletzt würden.⁵ Bildnisse im Sinne des § 78 UrhG sind nicht nur Fotos, sondern alle Arten von Abbildungen von Personen – vom Säugling bis zum bettlägerigen Greis. Darunter fallen also auch Filme, Videos, Zeichnungen etc.⁶

Eine von der abgebildeten Person nicht genehmigte Verbreitung ihres Bildnisses ist nur dann zulässig und nicht rechtswidrig, wenn durch diese keine schutzwürdigen Interessen dieser Person verletzt werden. Bereits hier stellt sich die im Rahmen dieser Arbeit ausführlich in Kapitel IV. behandelte Frage, ob Eltern eine solche Genehmigung für Ihre Kinder (wirksam) erteilen dürfen.

Im Gegensatz zu den §§ 22 und 23 des deutschen KunstUrhG normiert § 78 UrhG keinen allgemeinen "absoluten Bildnisschutz". Der österreichische Gesetzgeber war ausdrücklich der Ansicht, die Regelungen der §§ 22 und 23 KunstUrhG, die das Verbot der Veröffentlichung und Verbreitung von Personenbildnissen als Regel und

² A. Kodek in Kucsko (Hrsg), urheber.recht¹ § 78 UrhG. (Stand 1.12.2007, rdb.at).

³ Walter, Österreichisches Urheberrecht I (2008) Rz 1691.

⁴ Zöchbauer, Schutz vor Lichtbildaufnahmen und deren Veröffentlichungen – Persönlichkeitsschutz an der Schnittstelle der § 16 ABGB, § 78 UrhG und auch des DSGVO, MR 6/2013, 255-258 (255); mwN.

⁵ § 78 UrhG idF v 5.10.2015 [Hervorhebungen durch die Verfasserin].

⁶ Höhne/Jung/Koukal/Streit, Urheberrecht für die Praxis – Alles, was Sie wissen müssen (2011), 394.

deren Zulässigkeit als Ausnahme normieren, würden zu weit gehen. Diese würden die vom Abgebildeten nicht genehmigte Verbreitung eines Bildnisses – außer in gesetzlich bestimmten Ausnahmefällen – ohne Rücksicht darauf verbieten, ob überhaupt ein schutzwürdiges Interesse des Abgebildeten vorliegt.⁷

Der Gesetzgeber hat also § 78 UrhG bewusst weiter formuliert, um den Verhältnissen des Einzelfalles gerecht werden zu können, denn – so die Erläuternden Bemerkungen zum Urheberrechtsgesetz 1939 – die „*Vielgestaltigkeit der Verhältnisse schließt eine erschöpfende Anzahl der Fälle aus, in denen Bildnisse verbreitet werden dürfen*“.⁸ Es bedarf daher in jedem Fall einer Einzelfallbetrachtung, um zu einer sachlichen Lösung unter Heranziehung der Wertungsmaßstäbe der gesamten Rechtsordnung zu kommen.⁹ § 78 UrhG ist insbesondere aus dem Blickwinkel der sich stetig wandelnden technischen Möglichkeiten, den sich stetig ändernden Wertevorstellungen der Gesellschaft und den mit diesen einhergehenden rechtlichen, heutigen und zukünftigen Entwicklungen des Persönlichkeitsschutzes eine durchaus „anpassungsfähige“ Norm.

Auslegungsbedürftig sind mE im Wesentlichen die Tatbestandselemente „Öffentlichkeit“ und „berechtigtes Interesse“, diese Begriffe werden daher im folgenden Abschnitt näher umrissen.

2. Tatbestandselemente des § 78 UrhG

a) Begriff der Öffentlichkeit iSd § 78 UrhG

Der Begriff der Öffentlichkeit des § 78 UrhG ist weit auszulegen und im Sinne von „Allgemeinheit“ bzw einem „breiten Publikum“ zu verstehen.¹⁰ Unter einer öffentlichen Ausstellung eines Bildnisses wird dessen Sichtbarmachung im weitesten Sinn verstanden.¹¹ Eine Verbreitung, die das Bildnis der Öffentlichkeit zugänglich macht, ist in diesem weitesten Sinn bereits jede Form der unmittelbaren Mitteilung an die Öffentlichkeit.¹² Eine Verbreitungshandlung liegt bereits dann vor, wenn das Bildnis

⁷ Dillenz, Materialien zum österreichischen Urheberrecht (1986), 161; zustimmend auch A. Kodek in Kucsko (Hrsg), urheber.recht¹ § 78 UrhG, Kapitel 2.1. (Stand 1.12.2007, rdb.at), 1059.

⁸ Dillenz, Materialien zum österreichischen Urheberrecht (1986), 161.

⁹ OGH 30.01.1990, 4 Ob 161/89.

¹⁰ A. Kodek in Kucsko (Hrsg), urheber.recht¹ § 78 UrhG, Kapitel 2.3. (Stand 1.12.2007, rdb.at) 1061ff; Walter, Österreichisches Urheberrecht I (2008) Rz 1692.

¹¹ A. Kodek in Kucsko (Hrsg), urheber.recht¹ § 78 UrhG, Kapitel 2.3. (Stand 1.12.2007, rdb.at) 1061ff.

¹² Dillenz, Materialien zum österreichischen Urheberrecht (1986), 162.

nicht nur im privaten Kreis, sondern einer Mehrzahl von Personen – wenn auch nicht gleichzeitig – sichtbar gemacht wird.¹³ Nicht öffentlich zugänglich ist demnach etwa ein Familienfotoalbum. Unproblematisch iSd § 78 UrhG ist daher jede Verwendung von Bildnissen, die ausschließlich für persönliche und familiäre Zwecke erfolgt. Das Medium darf außerdem potentiell nicht dazu geeignet sein, das Foto mehreren Personen gleichzeitig zugänglich zu machen.¹⁴

Eine Verbreitung iSd § 78 UrhG liegt also auch vor, wenn ein Video oder Foto auf eine Website hochgeladen wird.¹⁵ Auch Kinderfotos in der Werbung, Kinderrollen in Serien und Filmen aber etwa auch das Versenden von Geburtsanzeigen oder klassischen „Weihnachtsfotos“, die bei diversen Bekannten aufgehängt und dadurch einer Mehrzahl an Personen sichtbar gemacht werden, stellen mE eine Verbreitung iSd § 78 UrhG dar.

b) Berechtigte Interessen iSd § 78 UrhG

§ 78 legt den Begriff der berechtigten Interessen nicht näher fest, der Gesetzgeber wollte hier einen weiten Spielraum offenlassen.¹⁶ Rsp¹⁷ und Literatur sind sich darin einig, dass berechtigte Interessen iSd § 78 UrhG nicht subjektive von Fall zu Fall unterschiedliche Wünsche und Abneigungen sondern objektivierte, in allgemeiner Überzeugung als legitim erkannte Interessen sind.¹⁸ Es kommt nicht darauf an, wie der Betroffene die Bildnisveröffentlichung subjektiv auffasst, bzw wie diese beabsichtigt war. Die Beurteilung, ob eine Bildnisveröffentlichung berechtigte Interessen des Abgebildeten verletzt, erfolgt vielmehr nach objektiven Kriterien und unter Würdigung des Gesamtzusammenhangs.¹⁹

Berechtigte Interessen der abgebildeten Person sind je eher verletzt, umso stärker diese durch die Veröffentlichung des Bildes individualisiert wird.²⁰ Kinder werden in der Regel je älter desto unverwechselbarer. Die Verwechslungseignung von Babys

¹³ A. Kodek in *Kucsko* (Hrsg), *urheber.recht*¹ § 78 UrhG, Kapitel 2.3. (Stand 1.12.2007, rdb.at) 1061ff; *Walter*, *Österreichisches Urheberrecht I* (2008) Rz 1692.

¹⁴ *Seiss/Raabe-Stuppnig*, *Kinder und ihre Persönlichkeitsrechte im Internet*, ZIR 2014/2, 100-105 (100).

¹⁵ *Thiele*, *Verwendung von Mitarbeiterfotos auf Firmenwebsites*, wbl 2002, 397 (398).

¹⁶ Siehe etwa *Gamerith*, *Die Probleme des Bildnisschutzes aus der Sicht der Rechtsprechung*, MR 4/1996, 130-132 (130).

¹⁷ Siehe etwa OGH 23.09.1997, 4 Ob 184/97f – *Ernestine K.* = MR 1997, 302; OGH 13.09.1999, 4 Ob 163/99w – *Bonnie und Clyde* = MR 2000, 84 (*Korn*); OGH 2.10.2007, 4 Ob 105/07f – *Ahnungsloser Anleger* = MR 2007, 309.

¹⁸ *Höhne/Jung/Koukal/Streit*, *Urheberrecht für die Praxis – Alles, was Sie wissen müssen* (2011), 394.

¹⁹ *Walter*, *Österreichisches Urheberrecht I* (2008) Rz 1697.

²⁰ *Verschraegen*, *Neu geboren, Mutter weg, kein Bildnisschutz?*, MR 5/2003, (297-299) 297.

und Kleinkindern ist also um vieles höher als die älterer Kinder. Auch ein im unmittelbaren Zusammenhang mit dem Bild stehender Begleittext ist zur Beurteilung heranzuziehen.²¹ Entgegen der früheren von *Korn* und *Neumayer* vertretenen Ansicht liegt also ein Bildnis einer Person iSd § 78 UrhG nicht nur dann vor, wenn die Erkennbarkeit dieser Person aus dem Bild selbst gegeben ist,²² sondern auch dann, wenn die Person zwar auf dem Bild aufgrund schlechter Bildqualität, Unschärfe oder sonstiger Umstände undeutlich erscheint, diese Beeinträchtigung der Erkennbarkeit aber durch Angaben im Begleittext aufgewogen werden kann.²³

Berechtigte Interessen einer Person können insb dann verletzt sein, wenn die Veröffentlichung des Personenbildnisses zu Missdeutungen Anlass gibt oder entwürdigend, bloßstellend, oder herabsetzend wirkt, oder wenn dadurch das Privatleben der Person der Öffentlichkeit preisgegeben wird.²⁴

Nach der – nach wie vor maßgeblichen – Leitentscheidung des OGH *Ernestine K.* aus dem Jahr 1997, sind für den Bildnisschutz und den Begriff der berechtigten Interessen iSd § 78 UrhG, soweit der gleiche Sachverhalt geregelt wird, die Wertungen des Mediengesetzes bei der Auslegung maßgebend und zu berücksichtigen.²⁵ Demnach werden für die Beurteilung, ob eine Verletzung berechtigter Interessen iSd § 78 UrhG vorliegt, die Wertungen der §§ 6ff MedienG herangezogen. Nach den Wertungen der §§ 6ff MedienG ist die Verbreitung von Personenbildnissen unter anderem dann unzulässig, wenn diese (unter Berücksichtigung des Bildbegleittextes) die Ehre oder den wirtschaftlichen Ruf des Abgebildeten iSd § 6 MedienG, dessen höchstpersönlichen Lebensbereich iSd § 7 MedienG und damit dessen Privat- oder Familienleben iSd Art 8 EMRK, den Schutz der Identität des Abgebildeten in besonderen Fällen gemäß § 7a MedienG oder die Unschuldsvermutung nach § 7b MedienG verletzen.²⁶ Auch beeinträchtigt nach hL

²¹ OGH 20.10.1964, RS0078020; *Dokalik*, „Mein Baby ist ein Star!“ Zum Recht des Kindes am eigenen Bild, FamZ 2006, 4-7 (4).

²² *Korn/Neumayer*, Persönlichkeitsschutz im Zivil- und Wettbewerbsrecht (1991), 93.

²³ OGH 14.03.1989, 4 Ob 5/89 - Frau des Skandalrichters = MR 1989, 54; *Walter*, Österreichisches Urheberrecht I (2008) Rz 1695 mWN.

²⁴ *Walter*, Österreichisches Urheberrecht I (2008) Rz 1697.

²⁵ OGH 23.09.1997, 4 Ob 184/97f – *Ernestine K.* – SZ 70/183 = MR 1997, 302; OGH 20.10.1998 4 Ob 275/98i; OGH 01.06.1999, 4 Ob 142/99g – *Miserabler Verleumder* – SZ 72/97 = MR 1999, 215.

²⁶ Vgl *Zöchbauer*, Schutz vor Lichtbildaufnahmen und deren Veröffentlichungen – Persönlichkeitsschutz an der Schnittstelle der § 16 ABGB, § 78 UrhG und auch des DSG, MR 6/2013, 255-258 (255); §§ 6ff MedienG idF v 5.10.2015.

und Jud jede Verbreitung von Personenbildnissen zu Werbezwecken berechnigte Interessen nach § 78 UrhG.²⁷

Da im Zusammenhang mit diesen Regelungen wohl primär Abbildungen von Kindern in deren höchstpersönlichen Lebensbereich relevant sind, wird in einem nächsten Schritt untersucht, wie weit der höchstpersönliche Lebensbereich eines Kindes geht, um beurteilen zu können, wann die Veröffentlichung von Fotos berechnigte Interessen der abgebildeten Kinder verletzen. Danach soll die Verletzung berechnigter Interessen nach § 78 UrhG bei der Verwendung von Kinderfotos zu Werbezwecken beleuchtet werden.

(1) Der höchstpersönliche Lebensbereich von Kindern

Im Kontext der Veröffentlichung von Kinderaufnahmen sind der Schutz des höchstpersönlichen Lebensbereichs und damit das Privat- und/oder Familienleben (Art 8 EMRK) des betreffenden Kindes von überwiegender Bedeutung. Daher ist für die Beurteilung des Bereichs des geschützten Privat- und Familienlebens eines Kindes insbesondere die Rechtsprechung des EGMR zu Art 8 EMRK, der das Recht auf Privat- und Familienleben schützt, relevant.

Der Begriff des Privatlebens wird vom EGMR umfassend verstanden: Geschützt werden das Recht auf Identität und Entwicklung einer Person, private Tätigkeiten, alle Beziehungen zu anderen Menschen – auch sexueller Art – sowie die körperliche, psychische und soziale Integrität einer Person (diese schützt den guten Ruf und die Ehre einer Person). Aber auch geschäftliche und berufliche Aktivitäten können in die von Art 8 erfasste Sphäre fallen, wenn der Betroffene eine Achtung seiner Privatsphäre erwarten kann.²⁸ Auch der Begriff des Familienlebens iSd Art 8 EMRK ist weit zu verstehen, geschützt sind alle Beziehungen zwischen Eltern und Kindern und deren Kontakte mit engen Bezugspersonen.²⁹

Hier konkretisierten insbesondere die nachfolgend dargestellten Entscheidungen des EGMR von *Hannover gegen Deutschland I* und von *Hannover gegen Deutschland II* den Schutzzumfang von Art 8 im Zusammenhang mit der Veröffentlichung von Fotos einer Person. Der EGMR sieht das Recht auf Schutz des eigenen Bildes als ein

²⁷ OGH 25.05.1976, RS0077982; *Höhne/Jung/Koukal/Streit*, Urheberrecht für die Praxis – Alles, was Sie wissen müssen (2011), 394.

²⁸ *Meyer-Ladewig*, EMRK Handkommentar³ (2011) 194f.

²⁹ *Meyer-Ladewig*, EMRK Handkommentar³ (2011) 207f.

Kernelement der persönlichen Entwicklung; jeder Einzelne habe das Recht, die Verwendung seines das Privatleben zeigenden Bildes zu kontrollieren und dessen Veröffentlichung zu untersagen.³⁰

Prinzessin Caroline von Hannover erhob Beschwerde vor dem EGMR nachdem das deutsche BVerfG im Jahr 1999 ausgesprochen hatte, dass sie als sogenannte „absolute“ Person der Zeitgeschichte, die dauerhaft im Blickfeld der Öffentlichkeit stehe, Veröffentlichungen von Abbildungen hinzunehmen habe, *„auch wenn diese sie nicht bei der Wahrnehmung einer öffentlichen Funktion zeigen, sondern ihr Privatleben im weiteren Sinne betreffen“*.³¹ Ausschließlich Veröffentlichungen von Fotos, die auch ihre Kinder abbilden, seien verfassungsrechtlich bedenklich.³² Das BVerfG begründete dies damit, dass Kinder eines besonderen Schutzes bedürften und deren Persönlichkeitsentfaltung durch ihre Abbildungen in den Medien empfindlich gestört werden könne. *„Der Bereich, in dem Kinder sich frei von öffentlicher Beobachtung fühlen und entfalten dürfen, muss deswegen umfassender geschützt sein als derjenige erwachsener Personen.“*³³

Der EGMR führte in seiner daraufhin ergangenen grundlegenden Entscheidung *von Hannover gegen Deutschland I* in Abwägung des Schutzes des Privatlebens gegen die Freiheit der Meinungsäußerung aus, dass Fotos, die eine Person in ihrem Alltagsleben zeigen und daneben keinen Beitrag zu einer Debatte von allgemeinem öffentlichem Interesse leisten, jedenfalls in die von Art 8 EMRK geschützte Sphäre des Privatlebens fallen.³⁴ Nach dieser Entscheidung zählen also grundsätzlich alle Aktivitäten „privater Natur“ zum Privat- und Familienleben iSd Art 8 EMRK.³⁵

In einer weiteren Entscheidung aus dem Jahr 2012 – *von Hannover gegen Deutschland II* – wurde dieser Schutzbereich durch ein bewegliches System gelockert.³⁶ In dieser Entscheidung arbeitete der EGMR weitere relevante Kriterien und ein Prüfungsschema zur Abwägung zwischen dem Recht auf freie Meinungsäußerung und dem Schutz von Bildern des Privatlebens heraus. Es sei zunächst zu prüfen, ob die Abbildung als Ereignis der Zeitgeschichte zu einer

³⁰ EGMR 07.02.2012, 40660/08, 60641/08 (*von Hannover gegen Deutschland II*).

³¹ BVerfG 15. 12. 1999, 1 BvR 653/96.

³² BVerfG 15. 12. 1999, 1 BvR 653/96.

³³ BVerfG 15. 12. 1999, 1 BvR 653/96.

³⁴ EGMR 24.06.2004, 59320/00 (*von Hannover gegen Deutschland I*).

³⁵ *Zöchbauer*, Schutz vor Lichtbildaufnahmen und deren Veröffentlichungen – Persönlichkeitsschutz an der Schnittstelle der § 16 ABGB, § 78 UrhG und auch des DSG, MR 6/2013, 255-258 (255).

³⁶ *Zöchbauer*, Schutz vor Lichtbildaufnahmen und deren Veröffentlichungen – Persönlichkeitsschutz an der Schnittstelle der § 16 ABGB, § 78 UrhG und auch des DSG, MR 6/2013, 255-258 (255).

Debatte von allgemeinem Interesse beiträgt.³⁷ Danach sei die Rolle oder Funktion der betroffenen Person zu beleuchten und zu beurteilen, ob die Person über die berichtet wird, eine Privatperson oder als Person des öffentlichen Lebens bekannt ist und wie sich diese Person bisher der Presse gegenüber verhalten hat. Weiters zu berücksichtigen sei die Art und Weise, wie das Foto veröffentlicht wird, wie die betreffende Person auf diesem dargestellt wird und unter welchen Umständen die konkreten Fotos aufgenommen wurden.³⁸

Aus diesen beiden Entscheidungen ergibt sich für Kinderfotos somit mE folgendes:

Einerseits ergibt sich, dass – wenn selbst alle Aktivitäten „privater Natur“ einer solch prominenten Person wie Caroline von Hannover – zum von § 78 UrhG geschützten Privat- und Familienleben iSd Art 8 EMRK zählen, dies erst recht für alle Fotos von Kindern bei Aktivitäten privater Natur gelten muss. Der von Art 8 geschützte Bereich in Bezug auf Kinder muss also umfassender geschützt sein als in Bezug auf Erwachsene. Andererseits ergibt sich im Anbetracht des anzuwendenden beweglichen Prüfschemas, dass nur in den seltensten Fällen die Veröffentlichung von Kinderfotos, mit einer Debatte von öffentlichem Interesse gerechtfertigt werden wird können.

(2) Verwendung von Bildern zu Werbezwecken

Jud und hL sind einig, dass die Verwendung der Abbildung einer Person zu Werbezwecken jedenfalls einen Eingriff in deren Persönlichkeitsrechte darstellt.³⁹ Ein Bildnis einer Person darf also zu Werbezwecken nur dann verwendet werden, wenn der Abgebildete in die Verwendung eingewilligt hat.

Als schutzwürdig anerkennt die stRsp bereits das Interesse des Abgebildeten, an der Verhinderung der Verbreitung eines Personenbildnisses zu Werbezwecken.⁴⁰ Die Verwendung eines Personenbildnisses zu Werbezwecken ohne Einwilligung des Abgebildeten verletze schon deshalb berechnigte Interessen des Abgebildeten, weil sich dieser dadurch dem Verdacht ausgesetzt sieht, sein Bild für Werbezwecke

³⁷ EGMR 07.02.2012, 40660/08, 60641/08 (*von Hannover gegen Deutschland II*), MR 2012, 127 (Korn/Walter).

³⁸ EGMR 07.02.2012, 40660/08, 60641/08 (*von Hannover gegen Deutschland II*), MR 2012, 127 (Korn/Walter).

³⁹ *Höhne/Jung/Koukal/Streit*, Urheberrecht für die Praxis – Alles, was Sie wissen müssen (2011), 394.

⁴⁰ A. Kodek in *Kucsko* (Hrsg), urheber.recht § 78 UrhG (Stand 1.12.2007, rdb.at) 1056ff.

entgeltlich zur Verfügung gestellt haben.⁴¹ Das gelte selbst dann, wenn der Gegenstand für den geworben wird, nichts Anstößiges enthält.⁴² Es sei folglich unerheblich, ob es sich um kommerzielle oder politische Werbung handelt.⁴³ Eine Verletzung berechtigter Interessen wird also bereits bei der Eignung zur Missdeutung angenommen.⁴⁴ Daher soll dem Abgebildeten selbst die Entscheidung darüber vorbehalten bleiben, ob er die Benützung seines Bildes für Werbezwecke erlaubt und zu welchen Bedingungen.⁴⁵ *Höhne* sieht dies im Zusammenhang mit der Verwendung von Kinderfotos zu Werbezwecken differenziert. Hier könne keine per se Verletzung berechtigter Interessen des betroffenen Kindes angenommen werden, da man einem Kind nicht unterstellen könne, es habe einen Werbevertrag abgeschlossen und für sein Bildnis Geld genommen. Es komme vielmehr darauf an, wie das Kind in der konkreten Werbung dargestellt werde und wofür es werbe.⁴⁶ Diese Argumentation und Differenzierung kann mE nicht überzeugen, da im Ergebnis Kinderfotos zu Werbezwecken einem viel geringeren Schutz als zu Werbezwecken gebrauchte Fotos erwachsener Personen unterliegen würden. Auch kann selbstverständlich ein Kind in ferner Zukunft beschämt darüber sein, dass einst sein Foto für Werbezwecke entgeltlich zur Verfügung gestellt wurde.

Ein Teil der Lehre hingegen argumentiert, schon grundsätzlich sei an Werbung für fremde Waren nichts Verwerfliches zu erblicken.⁴⁷ Vielmehr liege die Beeinträchtigung der schutzwürdigen Interessen bei konsensloser Verwendung des Bildnisses – oder des Namens – zu Werbezwecken darin, dass die Meinungsäußerungsfreiheit des Abgebildeten verneint werde. Dem Abgebildeten werde schließlich jegliche Einflussnahme darauf genommen, ob, wann und wofür er seine Persönlichkeit werblich einsetzt.⁴⁸ Diese Argumentation ist mE überzeugend.

Meiner Meinung nach muss dasselbe auch für alle anderen Arten von kommerzieller Nutzung gelten. Denn auch bei konsensloser Verwendung von Personenbildnissen in Filmen und Fernsehsendungen, bei Fernsehauftritten, auf Zeitungs covers aber auch

⁴¹ Vgl etwa die E OGH 29.06.1971, 4 Ob 330/71 – SZ 44/104 = ÖBI 1972, 47; OGH 23.06.1981, 4 Ob 363/81 = ÖBI 1982, 85; OGH 03.04.1990, 4 Ob 16/90 – *Thomas Muster* = MR 1990, 141; OGH 23.06.1981, 4 Ob 363/81 = ÖBI 1982, 85 – *Ich liebe Toyota*; OGH 29. 6. 1971, 4 Ob 330/71 – *Weinwerbung* – SZ 44/104 = ÖBI 1972, 47 uva; *A. Kodek in Kucsko* (Hrsg), urheber.recht § 78 UrhG (Stand 1.12.2007, rdb.at) 1056ff.

⁴² OGH 25.05.1976, 4 Ob 38/76 = ÖBI 1977, 22.

⁴³ *Höhne/Jung/Koukal/Streit*, Urheberrecht für die Praxis – Alles, was Sie wissen müssen (2011), 394.

⁴⁴ OGH 13.09.1999, 4 Ob 163/99w – *Bonnie und Clyde* = MR 2000, 84 (*Korn*); OGH 15.03.1988, 4 Ob 20/88 – *Lachen ist gesund* = ÖBI 1988, 162 uva.

⁴⁵ OGH 06.12.1994, 4 Ob 127/94 – *Fußballerabziehbilder* – MR 1995, 109 uva.

⁴⁶ *Höhne*, Wer kann über höchstpersönliche Rechte verfügen, ZIR 2015/3, 330-335 (335).

⁴⁷ *Korn* in *Aicher/Holoubek* (Hrsg), Das Recht der Medienunternehmen, 137 (160).

⁴⁸ OGH 11.03.2008, 4 Ob 20/08g, MR 2008, 123 (*Korn*).

für CD-Covers und Konzertmitschnitte, etc., folglich bei allen kommerziellen Verwertungen von Personenbildnissen liegt eine Beeinträchtigung schutzwürdiger Interessen vor, wenn der Abgebildete der Nutzung seines Bildes nicht zugestimmt hat. Auch in diesen Fällen wird mE die Meinungsäußerungsfreiheit des Abgebildeten missachtet und damit berechnigte Interessen verletzt. Dem Abgebildeten würde sonst jegliche Einflussnahme darauf genommen, wann und wofür er seine Persönlichkeit – abgesehen von Werbebildnissen – kommerziell einsetzt. Dieser Argumentation widerspricht mE auch das Erkenntnis des OGH aus 2009 nicht, nach welchem die Interessen eines Abgebildeten, der normalerweise als Fotomodell tätig ist, auch bei einer nicht autorisierten Veröffentlichung nicht verletzt sind. Dies mag für Erwachsene Fotomodelle gelten, für Kinder jedoch ist diese Rechtsansicht aufgrund deren erhöhter Schutzbedürftigkeit mE zu verneinen.⁴⁹

3. Wann sind Bildnisse von Kindern nicht vom Schutz des § 78 UrhG umfasst – gibt es „harmlose“ Lichtbilder iSd § 78 UrhG?

Wie oben ausgeführt sind Bildnisse von Kindern dann „harmlos“ und vom Schutz des § 78 UrhG nicht umfasst, wenn die konkrete Abbildung keine berechtigten Interessen des Kindes verletzt.

Aus der oben erörterten Rechtsprechung ergibt sich, dass Art 8 EMRK jedes Handeln privater Natur schützt. Wenn selbst die Veröffentlichung von Fotos, die eine Person des öffentlichen Rechts in ihrem Alltagsleben zeigen und die keinen Beitrag zu einer Debatte von allgemeinem öffentlichem Interesse leisten, ohne die Einwilligung der betroffenen Person untersagt ist, muss das erst recht für alle Fotos des Privatlebens von Kindern gelten. Dieser von Art 8 EMRK geschützte Bereich des Privat- und Familienlebens ist bei Kindern viel weiter als bei Erwachsenen, da sich deren gesamtes Dasein innerhalb des Privat- und Familienlebens abspielt. Es sind kaum nicht-private Tätigkeiten von Kindern denkbar. Sowohl die Beziehungen von Kindern zu Familie und Freunden als auch deren Entwicklung und damit persönliche Sphäre fallen unter den Schutz von Art 8 EMRK. Selbst der Kindergarten- oder Schulbesuch eines Kindes – als „berufliche“ Tätigkeit – fällt mE nach der Rsp des EGMR unter den Schutz des Art 8 EMRK, da auch geschäftliche und berufliche Aktivitäten in die von Art 8 geschützte Sphäre fallen, wenn der Betroffene eine

⁴⁹ OGH 08.09.2009, 4 Ob 146/09p.

Achtung seiner Privatsphäre erwarten kann. Außerdem gehört der Schulbesuch eines Kindes untrennbar zu dessen Entwicklung.

Auch die Verwendung von Kinderfotos für Werbezwecke fällt aus dem von Art 8 EMRK geschützten Bereich heraus. Allerdings sind Interessen eines Kindes an der Veröffentlichung eines Bildes wie bereits oben besprochen unstrittig bereits bei jeder Verwendung eines Bildes zu Werbezwecken verletzt. Dies gilt unabhängig vom jeweiligen „Werbzweck“.

Als weitere denkbare Ausnahme könnten mE „richtige berufliche Tätigkeiten“ von Kindern (zB Kinderschauspieler, Kinderautoren, Kindersänger, usw) aus dem Bereich des Privat- und Familienlebens herausfallen. Bei diesen Tätigkeiten kann der Betroffene im Gegensatz zu den schulischen Aktivitäten auch keine Achtung der Privatsphäre erwarten. Wie bereits oben erörtert, bin ich allerdings der Meinung, dass hier eine Einwilligung analog zur notwendigen Einwilligung in die Verwendung von Personenfotos für Werbezwecke herzuleiten ist. Auch bei der Verwendung von Personenbildnissen eines „beruflich“ tätigen Kindes für solch andere kommerzielle Zwecke darf diesem die Einflussnahme darauf, wann und wofür es seine Persönlichkeit einsetzt, nicht genommen werden.

Summa summarum verletzen daher meiner Meinung nach alle Abbildungen von Kindern deren berechnigte Interessen und fallen damit unter den Schutz des § 78 UrhG.

B. § 7 Abs 1 MedienG

1. Schutzzumfang des § 7 Abs 1 MedienG

§ 7 Abs 1 MedienG regelt, dass wenn *„in einem Medium der höchstpersönliche Lebensbereich eines Menschen in einer Weise erörtert oder dargestellt“* wird, *„die geeignet ist, ihn in der Öffentlichkeit bloßzustellen, so hat der Betroffene gegen den Medieninhaber Anspruch auf eine Entschädigung für die erlittene Kränkung []“*.

Nach den im Zusammenhang mit Bildnissen von Kindern relevanten Ausnahmetatbeständen des § 7 Abs 2 MedienG besteht der Anspruch nicht, wenn die Veröffentlichung wahr ist und im unmittelbaren Zusammenhang mit dem

öffentlichen Leben steht, oder wenn nach den Umständen angenommen werden konnte, dass der Betroffene mit der Veröffentlichung einverstanden war.

Nicht alle Veröffentlichungsformen lösen die Haftungsfolgen des § 7 MedienG aus. Nur die in § 7 MedienG explizit erwähnten Veröffentlichungsformen der Erörterung (zB Berichte, Interviews, Reportagen,...) und der Darstellung (zB Fotos, Videos, Verfilmungen,...), wenn sie außerdem geeignet sind, den höchstpersönlichen Lebensbereich einer Person in der Öffentlichkeit bloßzustellen, sind umfasst.⁵⁰

2. Tatbestandsmerkmale des § 7 Abs 1 MedienG

a) Öffentlichkeit iSd § 7 MedienG

Die Eignung der konkreten Bildberichterstattung identifizierend zu wirken, muss im Gesamtzusammenhang der Veröffentlichung beurteilt werden. Es wird nicht auf die „breite Öffentlichkeit“ abgestellt⁵¹, sondern auf die Erkennbarkeit des Betroffenen in den über den unmittelbaren Bekanntenkreis hinausreichenden sozialen Kreisen.⁵²

Die Identifizierung kann sowohl durch ein Foto und den Name des Betroffenen oder die Kombination beider erfolgen, aber etwa auch durch den teilweise anonymisierten Namen in Verbindung mit einem Foto, auf welchem das Gesicht des Betroffenen teilweise durch schwarze Augenbalken abgedeckt ist.⁵³ Auch weitere Angaben, etwa Informationen über die Herkunft, Abbildungen des Wohnhauses, etc. können zur Identifizierung führen.⁵⁴

b) Eignung zur Bloßstellung

Nach der Rsp ist die Eignung zur Bloßstellung mit dem Tatbestandsmerkmal des „höchstpersönlichen Lebensbereiches“ nach Art eines beweglichen Systems miteinander verschränkt.⁵⁵ So eignen sich Berichte über Angelegenheiten der Privat- und Intimsphäre ohne weiteres zur Bloßstellung und betreffen den

⁵⁰ Berka in Berka/Heindl/Höhne/Noll, Kommentar zum MedienG³ § 7 Rz 16 113f.

⁵¹ OGH 16.05.1995, 14 Os 42/95 = MR 1995, 172; OLG Wien 04.03.2002, 18 Bs 20/02 = MR 2002, 73.

⁵² Berka in Berka/Heindl/Höhne/Noll, Kommentar zum MedienG³ §§ 6-8a Rz 27.

⁵³ Berka in Berka/Heindl/Höhne/Noll, Kommentar zum MedienG³ §§ 6-8a Rz 28.

⁵⁴ Berka in Berka/Heindl/Höhne/Noll, Kommentar zum MedienG³ §§ 6-8a Rz 28.

⁵⁵ Rami in Höpfel/Ratz (Hrsg), § 7 MedienG, Wiener Kommentar zum StGB (Stand: 1.7.2011, rdb.at), Rz 5e.

höchstpersönlichen Lebensbereich. Bei sonstigen Berichten die Angelegenheiten des höchstpersönlichen Lebensbereichs berühren, hängt die Eignung zur Bloßstellung von der Art und Weise der jeweiligen Aufmachung ab. Je reißerischer die Textierung und Aufmachung der jeweiligen Darstellung ist, je eher sie darauf abzielt, beim Empfänger eine bestimmte Bewertung hervorzurufen, desto eher ist sie im Vergleich zu einer reinen Sachinformation als bloßstellend anzusehen.⁵⁶ Dies ist nach einem objektiven Maßstab zu prüfen, es kommt nicht auf eine tatsächlich eingetretene Bloßstellung an.⁵⁷ Die „Eignung zur Bloßstellung“ erfordert daher bloß die abstrakte Gefahr einer nachteiligen Auswirkung auf den Betroffenen, jedoch weder eine Ehrenbeleidigung iSd §§ 111ff StGB, noch eine Gefährdung oder Minderung des Ansehens oder ein Lächerlichmachen.⁵⁸

Zudem ist notwendig – wie im Anwendungsbereich des § 78 UrhG – dass die bloßstellenden Berichterstattung individuell dem betroffenen Kind zugerechnet werden und es durch diese identifiziert werden kann.⁵⁹

c) Der höchstpersönliche Lebensbereich iSd § 7 Abs 1 MedienG

Zum höchstpersönlichen Lebensbereich gehören primär das Leben in der Familie, die Gesundheitssphäre und das Sexualleben.⁶⁰ Nicht mehr in den höchstpersönlichen Lebensbereich fallen Vermögensverhältnisse, Geschäftsbeziehungen, etc.⁶¹ In den höchstpersönlichen Lebensbereich fallen neben der Intimsphäre etwa schwerwiegende Ereignisse im Bereich der familiären Erziehung, familiäre Auseinandersetzungen in Sorgerechtsverfahren, der Besuch religiöser Feierlichkeiten, länger dauernde psychiatrische Behandlungen, die Behandlung im Krankenhaus oder eine Veröffentlichung des gesamten Lebens- und Charakterbildes, wobei hier unter II.A.2.b.1 zum Begriff des Privatlebens ausgeführtes sinngemäß gilt.⁶²

⁵⁶ OGH 21.01.2009, 15 Os 175/08m, MR 2009, 11 (Zöchbauer); Berka in Berka/Heindl/Höhne/Noll, Kommentar zum MedienG³ § 7 Rz 19 f.

⁵⁷ Rami in Höpfel/Ratz (Hrsg), § 7 MedienG, Wiener Kommentar zum StGB (Stand: 1.7.2011, rdb.at), Rz 5f.

⁵⁸ siehe Rami in Höpfel/Ratz (Hrsg), § 7 MedienG, Wiener Kommentar zum StGB (Stand: 1.7.2011, rdb.at), Rz 5f mwN.

⁵⁹ Berka in Berka/Heindl/Höhne/Noll, Kommentar zum MedienG³ §§ 6-8a Rz 26.

⁶⁰ Berka in Berka/Heindl/Höhne/Noll, Kommentar zum MedienG³ § 7 Rz 6.

⁶¹ Berka in Berka/Heindl/Höhne/Noll, Kommentar zum MedienG³ § 7 Rz 6.

⁶² Berka in Berka/Heindl/Höhne/Noll, Kommentar zum MedienG³ § 7 Rz 9.

Ein abschließender Katalog, welche Vorgänge aus dem nicht mehr der intimsten Bereich der Privatsphäre noch zum höchstpersönlichen Lebensbereich gehören existiert nicht. Vielmehr wirken die Tatbestandsmerkmale „höchstpersönlicher Lebensbereich“ und „Eignung zur Bloßstellung in der Öffentlichkeit“ in einem beweglichen System zusammen. Daher ist auch stets darauf zu achten, in welcher Form die „Bloßstellung“ erfolgt.⁶³ Das OLG Wien hat erstmalig in seiner Entscheidung 17 Bs 25/14x vom 27.8.2014 betont, dass jede Person ihren höchstpersönlichen Lebensbereich selbst abgrenzen kann, in dem sie bestimmte Umstände in die Öffentlichkeit trägt, andere aber nicht.⁶⁴ Nach dieser – mE trefflichen – Entscheidung ist der Schutzbereich des höchstpersönlichen Lebensbereiches nach § 7 MedienG jeweils im Einzelfall zu beurteilen.⁶⁵

Fast das gesamte Leben von Kindern – wie bereits unter II.A.1.b. ausgeführt – spielt sich innerhalb deren Privat und Familienleben ab. ME ist jedoch § 7 MedienG aufgrund des zur Beurteilung heranzuziehenden beweglichen Systems etwas „großzügiger“ ausgestaltet als § 78 UrhG. Nach § 7 Abs 1 MedienG sind mE daher Veröffentlichungen Fotos von „beruflich tätiger“ Kindern gestattet, sofern diese nicht bloßstellend sind.

3. Wann sind Bildnisse von Kindern in einem Medium nicht vom Schutz des § 7 Abs 1 MedienG umfasst – gibt es „harmlose“ Lichtbilder iSd § 7 Abs 1 MedienG?

Ohne Zustimmung nach § 7 Abs 2 Z 3 dürfen Kinderfotos nur dann in einem Medium abgedruckt werden, wenn diese weder deren höchstpersönlichen Lebensbereich berühren, noch diese bloßstellen. Es ist fraglich, ob überhaupt Bildnisse von Kindern existieren, die nicht berechnete Interessen des betroffenen Kindes berühren.

Solche Fotos sind mE zB nur Fotos, auf denen Kinder entweder nicht erkennbar oder individualisierbar sind (also zum Beispiel nur von hinten abgebildet). Als weitere denkbare Ausnahme könnten Aufnahmen „beruflicher Tätigkeiten“ von Kindern (zB Kinderschauspieler, Kinderautoren, Kindersänger, eventuell auch hochbegabte

⁶³ Berka in *Berka/Heindl/Höhne/Noll*, Kommentar zum MedienG³ § 7 Rz 8.

⁶⁴ OLG Wien 27.08.2014, 17 Bs 25/14x, 3. Leitsatz = MR 5/2014 (*Zöchbauer*), 236; so auch OLG Wien 17.12.2014, 17 Bs 323/14w.

⁶⁵ OLG Wien 27.08.2014, 17 Bs 25/14x, 3. Leitsatz = MR 5/2014 (*Zöchbauer*), 236.

berufstätige Kinder) hier, wenn sie nicht zur Bloßstellung geeignet sind aus dem Schutzbereich des § 7 Abs 1 MedienG herausfallen herausfallen.

C. DSG

1. Grundlagen des DSG

a) § 1 DSG

§ 1 DSG gewährt *„jedermann, insbesondere auch im Hinblick auf die Achtung seines Privat- und Familienlebens Anspruch auf Geheimhaltung der ihn betreffenden personenbezogenen Daten soweit ein schutzwürdiges Interesse daran besteht.“*⁶⁶

Personenbezogene Daten sind gemäß § 4 DSG Angaben über Betroffene, deren Identität bestimmt oder bestimmbar ist, so etwa Name, Adresse, Geburtsdatum, Familienstand, Fotos und Videos.⁶⁷ Jede Ablichtung ist also, sobald eine Identifizierung der abgebildeten Person grundsätzlich möglich ist, als personenbezogenes Datum zu qualifizieren.⁶⁸

Personenbezogene Daten dürfen nur innerhalb sehr enger Grenzen verwendet werden. § 7 DSG bestimmt, dass Daten nur verarbeitet werden dürfen, soweit Zweck und Inhalt der Datenanwendung von den gesetzlichen Zuständigkeiten oder rechtlichen Befugnissen des jeweiligen Auftraggebers gedeckt sind und die schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen der Betroffenen nicht verletzt werden.⁶⁹

So ist etwa jedes „Veröffentlichen“ und „Verbreiten“ iSd § 78 UrhG eine Weitergabe von Daten nach § 4 Z 12 DSG und damit nach § 4 Z 8 DSG eine Datenverarbeitung. Auch jede Aufnahme, Speicherung, Vervielfältigung oder Veröffentlichung eines Fotos oder Videos fällt unter den Begriff der Datenverarbeitung und ist daher unter Heranziehung des DSG zu beurteilen.⁷⁰

⁶⁶ § 1 Abs 1 DSG, idF v 04.10.2015.

⁶⁷ Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim, DSG² § 4 Anmerkung 2 (Stand: 2.7.2014, rdb.at); Jahnel (Hrsg), Jahrbuch Datenschutzrecht (2010) RZ 3/77 (133 f) mwN.

⁶⁸ Jahnel, Begriff und Arten von personenbezogenen Daten, in Jahnel (Hrsg), Jahrbuch Datenschutzrecht und E-Government (2008) 35.

⁶⁹ § 7 DSG idF v 05.10.2015.

⁷⁰ Marous, Public Shaming Minderjähriger - Rechtliche Grenzen für die Veröffentlichung bloßstellender Bilder im Internet, EF-Z 2013/160, 253-257 (254).

Derjenige, der das Foto aufgenommen, also die Entscheidung getroffen hat, Daten zu verarbeiten oder zu übermitteln, ist nach § 4 Z 4 „Auftraggeber“.⁷¹ Der Minderjährige, dessen Bilddaten verarbeitet oder übermittelt werden, ist „Betroffener“ nach § 4 Z 3 DSG.

Der Betroffene selbst kann durch Zustimmung die Schutzwürdigkeit von Daten und damit seinen Geheimhaltungsanspruch an diesen aufheben.

b) Fotos als sensible Daten iSd § 4 Z 2 DSG

Das DSG unterscheidet außerdem zwischen sensiblen und nicht sensiblen Daten. Sensible Daten sind Daten natürlicher Personen über ihre rassische und ethnische Herkunft, politische Meinung, Gewerkschaftszugehörigkeit, religiöse oder philosophische Überzeugung, Gesundheit oder ihr Sexualleben. Die Lit ist uneinig darüber, ob Bilddaten immer oder zumindest potenziell sensible Daten iSd § 4 Z 2 DSG sind.⁷²

Dies ist jedoch zumindest bei allen Bilddaten, aus denen Rückschlüsse auf die rassische oder ethnische Herkunft (Hautfarbe, Kleidung), politische Meinung (etwa Teilnahme an politischen Veranstaltungen), religiöse oder philosophische Überzeugung (Kopftuch, religiöse Feierlichkeiten – also auch Hochzeiten, Taufen, etc.), Gesundheit (ist auch das Datum „gesund“ zu sein auch ein sensibles Datum?) oder das Sexualleben (wo endet Beziehung und fängt Sexualleben an?) gezogen werden können, nach der datenschutzrechtlichen Literatur zu bejahen.⁷³ Da bei Personenbildnissen (idR selbst bei Verpixelung) stets die Hautfarbe der abgebildeten Person erkennbar ist, gibt mE jedes Foto zumindest einen Rückschluss auf die ethnische Herkunft. Es gibt in der Lit allerdings auch Stimmen, die argumentieren, dass das Aussehen einer Person ohnehin ein allgemein verfügbares Datum ist. Als allgemein verfügbares Datum würde es nicht unter den Schutzbereich des DSG fallen.⁷⁴ Dieser Ansatz ist mE abzulehnen. Schließlich wäre ja als Teil des Aussehens dann auch die an der Hautfarbe sichtbare ethnische Herkunft ein allgemein verfügbares Datum iSd § 1 DSG. Daten natürlicher Personen über ihre

⁷¹ § 4 DSG Z 4, Z 8 idF v 04.10.2015.

⁷² *Jahnel* (Hrsg), Jahrbuch Datenschutzrecht (2010) RZ 3/92 (144) mwN und RZ 3/97 (146).

⁷³ *Marous*, Public Shaming Minderjähriger - Rechtliche Grenzen für die Veröffentlichung bloßstellender Bilder im Internet, EF-Z 2013/160, 253-257 (254); *Thiele*, Unbefugte Bildaufnahmen und ihre Verbreitung im Internet - braucht Österreich einen eigenen Paparazzi-Paragrafen, RZ 2007, 2, 10.

⁷⁴ *Fischer*, Soziale Medien und private Homepages - über das Einstellen von Bildern fremder Personen, AnwBl 2013, 476, 480.

rassische und ethnische Herkunft sind jedoch nach § 4 Z 2 DSGVO personenbezogene sensible und damit gerade besonders schutzwürdige Daten. Ein Foto einer Person ist daher – sofern aus diesem Rückschlüsse auf die ethnische Herkunft dieser Person gezogen werden können – mE immer ein sensibles Datum iSd DSGVO.

Nach der hL soll jeweils einzelfallbetrachtet bestimmt werden, ob die konkrete Verarbeitung intentional auf die Gewinnung sensibler Daten gerichtet war. In seltenen Fällen seien die Bilddaten als sensible Daten zu qualifizieren. Anderes gelte, wenn diese nur als Zufallsprodukt entstanden seien.⁷⁵ Dieser Ansicht stimme ich jedoch nicht zu. Einerseits ist diese nicht mit dem Gesetzeswortlaut vereinbar.⁷⁶ Andererseits würde sich eine enorme Schutzlücke öffnen, wenn nur solche Abbildungen als sensible Bilddaten qualifiziert werden, die mit der Intention sensible Daten festzuhalten, entstanden sind. Es ist nicht ersichtlich, warum Abbildungen, die rein zufällig sensible Daten abbilden, nicht sensible Bilddaten sein sollen. Schutzzweck des § 1 DSGVO ist schließlich der Schutz der abgebildeten Person und nicht desjenigen, der das Foto aufgenommen hat.

Vielmehr stimme ich der Ansicht *Jahnels* zu, der hierzu ausführt, dass die Qualifikation eines sensiblen Datums dann erfüllt sei, wenn sich bei objektiver Betrachtung (also ohne auf die subjektive Verwendungsabsicht des Auftraggebers Rücksicht zu nehmen) mit hinlänglicher Sicherheit aus der konkreten Datenverwendung (ohne Berücksichtigung des momentanen konkreten Zwecks) sensible Daten ergeben.⁷⁷ Demnach sind beinahe alle Menschen zeigenden Fotos (sofern deren Hautfarbe erkennbar ist) als sensible Daten zu qualifizieren.

c) Schutzwürdiges Interesse iSd § 1 DSGVO an sensiblen Daten

Da das DSGVO nur dann Anspruch auf Geheimhaltung der ihn betreffenden personenbezogenen Daten gewährt, sofern ein schutzwürdiges Interesse an diesen Daten besteht, muss im nächsten Schritt erörtert werden, wann ein solch „schutzwürdiges Interesse“ überhaupt vorliegt.

⁷⁵ *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, DSGVO² § 50a, 352.

⁷⁶ *Knoll*; Zur datenschutzrechtlichen (Un)Zulässigkeit von Google Street View; jusIT 2010/10, 16.

⁷⁷ *Jahnel*, Begriff und Arten von personenbezogenen Daten, in *Jahnel (Hrsg)*, Jahrbuch Datenschutzrecht und E-Government (2008) 42.

Ein „schutzwürdiges Interesse“ iSd § 1 DSG gewährt etwa § 16 ABGB. Dieser lautet, „*Jeder Mensch hat angeborene, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte, und ist daher als eine Person zu betrachten*“. Schutzwürdige Interessen sind somit aus diversen Persönlichkeitsrechten ableitbar.⁷⁸

Der Betroffene muss auf dem jeweiligen Foto bei objektiver Betrachtung erkennbar sein, die mangelnde Rückführbarkeit der Daten auf den Betroffenen schließt dessen schutzwürdigen Interessen aus. Ausgeschlossen sind schutzwürdige Interessen an sensiblen Daten iSd § 1 DSG auch dann, wenn das Bilddatum allgemein verfügbar ist oder die Datenverwendung sonst in eine Ausnahme des § 9 DSG fällt.

2. Wann sind Bildnisse von Kindern nicht vom Schutz des § 1 DSG umfasst – gibt es „harmlose“ Lichtbilder iSd § 1 DSG?

Wie bereits unter II.C.1.c. ausgeführt, sind mE alle Kinder zeigende Bilder – sofern deren Hautfarbe erkennbar ist – als sensible Daten zu qualifizieren. Es stellt sich daher im Hinblick auf diesen sehr weitgehenden Schutzbereich des DSG die Frage, ob es Bilder von Kindern gibt, die aus dem Schutzbereich des DSG herausfallen.

So regelt § 9 DSG, wann schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen bei der Verwendung sensibler Daten nicht verletzt werden. Nach § 9 DSG darf in schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen bei der Verwendung sensibler Daten, abgesehen von den unter § 9 DSG aufgezählten – hier nicht näher beschriebenen – wichtigen öffentlichen Interessen, nur eingegriffen werden, wenn der Betroffene die Daten zuvor selbst öffentlich gemacht hat, die Daten gemäß § 9 Z 10 für private Zwecke gemäß § 45 DSG verwendet werden oder der Betroffene nach § 9 Z 6 selbst der Datenverwendung ausdrücklich zugestimmt hat. Grundsätzlich unterliegt daher die Verwendung personenbezogener sensibler Daten einem „allgemeinen Verwertungsverbot“ und ist die Verwendung von Fotos über die aufgezählten Zwecke (ua den privaten Gebrauch) hinaus verboten.⁷⁹ § 9 DSG kennt also keinen Ausnahmetatbestand, der eine allgemeine Interessensabwägung ermöglicht.⁸⁰

⁷⁸ Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim, DSG² § 1 Anmerkung 7 (Stand: 2.7.2014, rdb.at);

⁷⁹ siehe etwa Thiele, Neues zur Datenübermittlung im Konzern, Videoüberwachung & Co - Neuerliche Änderung der Standardanwendung SA032, jusIT 2012, 85 f.

⁸⁰ Zöchbauer, Schutz vor Lichtbildaufnahmen und deren Veröffentlichungen – Persönlichkeitsschutz an der Schnittstelle der § 16 ABGB, § 78 UrhG und auch des DSG, MR 6/2013, 255-258 (257).

Auch hier ist im Zusammenhang mit Kinderfotos insbesondere von Bedeutung, wie weit die Ausnahme des § 9 Z 10 DSG – nach welchem schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen bei der Verwendung sensibler Daten dann nicht verletzt werden, wenn die Daten für private Zwecke iSd § 45 DSG verwendet werden – geht. Zulässig nach § 45 DSG ist etwa die Aufnahme von Bildern von Geburtstagen von Verwandten, Freunden und Bekannten für das private Fotoalbum und von Videos für den privaten Gebrauch. Daraus folgt, dass Familienmitglieder Kinder in jeder Lebenslage fotografieren und filmen und diese Aufnahmen auch beliebig vervielfältigen und speichern dürfen, sofern diese ausschließlich privaten Zwecken dienen, also innerhalb der Familie bleiben.⁸¹ Nicht mehr vom privaten Zweck gedeckt ist jede Veröffentlichung eines privaten Familienfotos oder Albums für einen unbestimmten Personenkreis. Darunter fällt etwa auch die Veröffentlichung über das Internet.⁸² Die DSK hat insb klargestellt, dass sobald Daten an Dritte, außerhalb des Familien- und Freundeskreises übermittelt werden, von ausschließlich persönlichen und familiären Tätigkeiten nicht mehr die Rede sein kann.⁸³

Abgesehen von den oben bereits erwähnten Fotos, die mangels Rückschlüsse auf die ethnische Herkunft der betroffenen Person aus dem Anwendungsbereich des DSG herausfallen ist daher unter der Annahme, dass Personenbildnisse personenbezogene sensible Daten nach dem DSG sind, deren Verbreitung und Veröffentlichung ohne Zustimmung des Betroffenen nie gestattet.

Sollten Bilddaten – entgegen meiner Ansicht – doch als nicht-sensible Daten eingestuft werden, regelt § 8 DSG, dass schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen bei der Verwendung nicht sensibler Daten dann nicht verletzt sind, wenn überwiegend berechnete Interessen des Auftraggebers oder eines Dritten die Verwendung der Daten erfordern.⁸⁴ Es bedürfte dann also der Abwägung der Interessen der Eltern an der Aufnahme der jeweiligen Fotos mit den schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen der betroffenen Minderjährigen. Solche Fotos wären also nicht vom Schutzbereich des DSG umfasst und daher „harmlos“.

Nach *Marous* ist davon auszugehen, dass dem Interesse der Eltern an der Aufnahme von Bildern und Videos für rein private Zwecke überhaupt kein

⁸¹ *Marous*, Public Shaming Minderjähriger - Rechtliche Grenzen für die Veröffentlichung bloßstellender Bilder im Internet, EF-Z 2013/160, 253-257 (255).

⁸² *Marous*, Public Shaming Minderjähriger - Rechtliche Grenzen für die Veröffentlichung bloßstellender Bilder im Internet, EF-Z 2013/160, 253-257 (255).

⁸³ DSK 24.10.2007, K121.273/0016-DSK/2007.

⁸⁴ § 8 DSG, idF v 05.10.2015.

Geheimhaltungsinteresse des Minderjährigen gegenüber steht.⁸⁵ Ich persönlich sehe das kritischer – auch wenn es die Tradition so will, gibt es mit Sicherheit Kinder, denen nicht unbedingt daran gelegen ist, dass ihre Eltern Kinderstrandfotos von ihnen in diversen Fotoalben archivieren. Natürlich kann es aber auch im Interesse der Kinder selbst gelegen sein, ihren Lebensweg auf Fotos und Videos festzuhalten.⁸⁶ Die Aufnahme von Bildern und Videos zu privaten Zwecken kann also auch nach § 8 Abs 1 Z 4 DSGVO idR zulässig sein, mag es sich im Einzelfall auch um "peinliche" Aufnahmen handeln.⁸⁷

Hier bedarf es mE jeweils einer Einzelfallbetrachtung der konkreten Aufnahme sowie Familiensituation. Anderes gilt bei der Veröffentlichung von Bildnissen Minderjähriger im Internet oder in der Werbung, wo das schutzwürdige Geheimhaltungsinteresse des jeweiligen Minderjährigen das Interesse der Eltern an der Veröffentlichung bzw Verbreitung der Fotos in der Regel überwiegt. Denkbare Interessen von Eltern könnte etwa die Sammlung möglichst vieler „Likes“ für die Fotos ihrer Kinder oder auch geldwerte Vorteile (etwa durch Verknüpfung süßer Videos mit Werbeeinschaltungen) durch möglichst viele „Views“ sein. Allerdings kann hier das Veröffentlichungsinteresse der Eltern im Verhältnis zum Interesse der Kinder ihre schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen zu wahren und ihre Fotos nicht der Unendlichkeit des Internets preiszugeben nie überwiegen.⁸⁸ Ein einmal im Internet veröffentlichtes Bild – sei es auch noch so harmlos – kann aufgrund der heutigen technischen Möglichkeiten so einfach gespeichert, bearbeitet oder zweckentfremdet werden, dass jedes Interesse eines Kindes, sein Foto nicht zu verbreiten und zu veröffentlichen ein Berechtigtes ist.

⁸⁵ *Marous*, Public Shaming Minderjähriger - Rechtliche Grenzen für die Veröffentlichung bloßstellender Bilder im Internet, EF-Z 2013/160, 253-257 (255).

⁸⁶ *Marous*, Public Shaming Minderjähriger - Rechtliche Grenzen für die Veröffentlichung bloßstellender Bilder im Internet, EF-Z 2013/160, 253-257 (255).

⁸⁷ *Marous*, Public Shaming Minderjähriger - Rechtliche Grenzen für die Veröffentlichung bloßstellender Bilder im Internet, EF-Z 2013/160, 253-257 (255).

⁸⁸ AA *Marous*, ihrer Meinung nach kann die Interessenabwägung im Einzelfall auch zugunsten des Interesses des Auftraggebers an der Veröffentlichung überwiegen, wenn nicht-bloßstellende Aufnahmen Gegenstand einer Veröffentlichung und/oder ist der Zugriff auf die Aufnahmen nur einem beschränkten Personenkreis möglich sind.

D. Verhältnis der Normen zueinander

1. Verhältnis § 78 UrhG und §§ 1ff DSG

a) Vergleich des Schutzzumfangs

§ 78 UrhG schützt Betroffene vor der Verbreitung bzw Veröffentlichung von Bildnissen, wenn durch diese ihre berechnigte Interessen beeinträchtigt werden. Andere Verbreitungen und Veröffentlichungen sind hingegen ohne Zustimmung des Betroffenen möglich. Nach § 9 DSG hingegen sind Verbreitung bzw Veröffentlichung von Personenbildnissen als sensible Daten außer in wenigen bestimmten explizit genannten Fällen grundsätzlich untersagt.

Unproblematisch und ohne Zustimmung des Betroffenen können nach § 78 UrhG also Fotos veröffentlicht werden, die keine berechtigten Interessen des Abgebildeten verletzen. Nach DSG können hingegen bloß Fotos, die mangels Rückführbarkeit der Daten auf den Betroffenen aus dem Anwendungsbereich des DSG herausfallen, ohne Zustimmung des Abgebildeten veröffentlicht werden. Unproblematisch sind idS mE sowohl nach § 78 UrhG als auch nach § 1 DSG, solche Fotos von Kindern, auf denen diese nicht individualisierbar und damit unerkennbar (etwa von hinten abgebildet oder verschwommen in einer Masse) sind. Hier darf für die Beurteilung nach § 78 UrhG allerdings nicht das Bild alleine betrachtet werden. Es kommt auf den Gesamteindruck und insbesondere darauf an, ob das Bild mit einem etwaigen das Kind individualisierenden Begleittext zusammen verbreitet bzw veröffentlicht wird.⁸⁹

Auch unproblematisch sind nach § 78 UrhG Fotos, die nicht verbreitet bzw veröffentlicht werden. Im Sinne des § 78 UrhG sind Kinderfotos so lange als „nicht-öffentlich“ und damit unproblematisch zu qualifizieren als deren Verwendung ausschließlich für persönliche und familiäre Zwecke erfolgt und das Medium nicht potentiell geeignet ist das Foto mehreren Personen gleichzeitig zugänglich zu machen.⁹⁰

Das DSG enthält eine explizite Ausnahmeregelung für die private Nutzung sensibler Daten. Nach § 9 Z 10 DSG werden schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen bei der

⁸⁹ OGH 14.03.1989, 4 Ob 5/89 - Frau des Skandalrichters - MR 1989, 54; *Walter*, Österreichisches Urheberrecht I (2008) Rz 1695 mWN.

⁹⁰ *Seiss/Raabe-Stuppig*, Kinder und ihre Persönlichkeitsrechte im Internet, ZIR 2014/2, 100–105 (100).

Verwendung sensibler Daten dann nicht verletzt, wenn die Daten für private Zwecke verwendet werden. Jede Veröffentlichung eines privaten Familienfotos oder Albums für einen unbestimmten Personenkreis bzw an Dritte außerhalb des Familien- und Freundeskreises ist nach DSGVO bereits problematisch. Darunter fällt etwa auch jede Veröffentlichung über das Internet⁹¹, aber wohl auch jede Werbung, Fernsehsendung oder Zeitungsfotos.

Da der Begriff der „privaten“ Nutzung iSd § 78 UrhG nicht mit dem des DSGVO ident ist, ist folglich auch eine „Veröffentlichung“ iSd DSGVO nicht absolut mit dem Begriff der Öffentlichkeit nach § 78 UrhG ident. Während Öffentlichkeit iSd § 78 UrhG bereits dann vorliegt, wenn das Foto mehreren Personen zugänglich ist, liegt Öffentlichkeit iSd DSGVO nur vor, wenn das Foto einem unbestimmten Personenkreis zugänglich ist. Der Schutz des § 78 UrhG greift daher bereits früher.⁹²

Die bemerkenswerteste Differenz ist allerdings die, dass mE nach dem DSGVO – abgesehen von den oben bereits erwähnten Fotos, die mangels Rückführbarkeit der Daten auf den Betroffenen aus dem Anwendungsbereich des DSGVO herausfallen – die Verbreitung und Veröffentlichung aller anderen Personenbildnisse als personenbezogene sensible Daten ohne Zustimmung des Betroffenen nicht erlaubt ist. Diese Auslegung der Bestimmung würde ein per se Verbot von allen Personenfotos (Kinder- und Erwachsenenfotos) bedeuten.

Nach § 78 UrhG ist hingegen für die Veröffentlichung von Personenbildnissen, die keine berechtigten Interessen der Abgebildeten verletzen, auch keine Zustimmung des Betroffenen notwendig. Allerdings verletzen mE – wie bereits oben unter II.A.3. ausführlich dargelegt – ausnahmslos alle Kinderfotos die berechtigten Interessen der abgebildeten Kinder. Daher sind auch deren Veröffentlichungen zustimmungspflichtig.

In Bezug auf die Verbreitung bzw Veröffentlichung von Kinderfotos gleichen sich daher die Regelungen des § 78 UrhG und § 9 DSGVO im Ergebnis. In Bezug auf Fotos von Erwachsenen weichen die Bedingungen jedoch voneinander ab. Es gibt sehr wohl Erwachsenenfotos, die keine berechtigten Interessen der Abgebildeten berühren und daher nach § 78 UrhG auch nicht der Einwilligung der abgebildeten

⁹¹ *Marous*, Public Shaming Minderjähriger - Rechtliche Grenzen für die Veröffentlichung bloßstellender Bilder im Internet, EF-Z 2013/160, 253-257 (255).

⁹² *Seiss/Raabe-Stuppig*, Kinder und ihre Persönlichkeitsrechte im Internet, ZIR 2014/2, 100–105 (100).

Erwachsenen bedürfen. Nach dem DSG ist hingegen ohne Einwilligung des Abgebildeten per se jede Veröffentlichung von Personenfotos, auch von Erwachsenenfotos, verboten. Der Anwendungsbereich des DSG geht also weit über den des § 78 UrhG hinaus.

b) Verhältnis § 78 UrhG und §§ 1 ff DSG zueinander

In der datenschutzrechtlichen Literatur wird die Auffassung vertreten, dass § 78 UrhG und das DSG "kumulativ" anzuwenden seien, die Folgen wären die unter II.D.1.a beschriebenen.⁹³ Der Sache nach würde dies bedeuten, dass die jüngeren Normen des DSG mit ihrem grundsätzlichen Verwertungsverbot die ältere Regelung des § 78 UrhG mit einer grundsätzlichen Verwertungserlaubnis verdrängt, ihr also vorgeht.⁹⁴ Das Ergebnis dieser Ansicht wäre, "dass dem § 78 UrhG kein, oder – wenn überhaupt – nur ein äußerst schmaler Anwendungsbereich beschieden" ist.⁹⁵

Zöchbauer bezweifelt die Richtigkeit dieser Ansicht, hier läge „ein Spezialverhältnis iS der Methodenlehre vor“. Ihm ist hier zuzustimmen, nach den Regeln der juristischen Methodenlehre geht die speziellere der generelleren Regel schließlich grundsätzlich vor.⁹⁶ Da von § 78 Abs 1 UrhG keine Personenbildnisse erfasst sind, die nicht auch personenbezogene sensible Daten iS des § 4 Abs 1 Z 1 (und 2) DSG sind, muss dies auch hier gelten. Der Anwendungsbereich des DSG deckt jenen des § 78 Abs 1 UrhG ab und geht über diesen hinaus, was für den Vorrang des Bildnisschutzes - als *lex specialis* - gegenüber dem DSG spricht.⁹⁷ Zusätzlich würde hier mE bei einem methodenwidrigen Vorrang des DSG ein Wertungswiderspruch vorliegen. Dies da § 78 UrhG regelt, dass die Veröffentlichung und Verbreitung von Personenbildnissen nur in Ausnahmefällen bei Verletzungen berechtigter Interessen unzulässig ist, die Bejahung der Anwendbarkeit des DSG und seines Verbotsprinzips allerdings zu einem per se Verbot, wie oben beschrieben, nicht nur aller

⁹³ Zöchbauer, Schutz vor Lichtbildaufnahmen und deren Veröffentlichungen – Persönlichkeitsschutz an der Schnittstelle der § 16 ABGB, § 78 UrhG und auch des DSG, MR 6/2013, 255-258 (257).

⁹⁴ Zöchbauer, Schutz vor Lichtbildaufnahmen und deren Veröffentlichungen – Persönlichkeitsschutz an der Schnittstelle der § 16 ABGB, § 78 UrhG und auch des DSG, MR 6/2013, 255-258 (257).

⁹⁵ Hattenberger/Moser, Das Verwenden von Bilddaten: Datenschutz- "versus" Urheberrecht? in Jähnel (Hg.); Datenschutz und E-Coverment, Jahrbuch 2012, 121; vgl. Thiele, jusIT 2012/13, 86.

⁹⁶ Kramer, Juristische Methodenlehre, 4. Auflage (1998), 81ff.

⁹⁷ Zöchbauer, Schutz vor Lichtbildaufnahmen und deren Veröffentlichungen – Persönlichkeitsschutz an der Schnittstelle der § 16 ABGB, § 78 UrhG und auch des DSG, MR 6/2013, 255-258 (257); vgl auch Seiss/Raabe-Stuppig, Kinder und ihre Persönlichkeitsrechte im Internet, ZIR 2014/2, 100–105 (105); Kramer, Juristische Methodenlehre, 4. Auflage, 112 f.

Veröffentlichungen sondern bereits aller Aufnahmen von Personenfotos führen würde.⁹⁸

Auch für den Vorrang des § 78 spricht, dass nach dem Wortlaut und dem Willen des historischen Gesetzgebers § 78 UrhG als *lex specialis* eine Sperrwirkung entfaltet und der Gesetzgeber mit dieser Bestimmung den Bildnisschutz abschließend regeln wollte.⁹⁹ *Zöchbauer* argumentiert den Vorrang des § 78 UrhG weiters damit, dass § 9 DSGVO bei Verwendung personenbezogener sensibler Daten keine Interessensabwägung vorsieht und daher die *Anwendung des DSGVO auf Personenbildnisse auch zu verfassungswidrigen, weil der Meinungsfreiheit des Art 10 EMRK widerstreitenden Ergebnissen führen* könne.¹⁰⁰ Das folgende per se Verbot der Verwendung Personen zeigender Lichtbilder sei insbesondere in Anschauung der aus den beiden Entscheidungen von *Hannover gegen Deutschland I* und *Hannover gegen Deutschland II* herausgearbeiteten Grundsätze, wonach die Zulässigkeit der Verwendung von Personenbildnissen an Hand einer Abwägung unterschiedlicher Interessen zu beurteilen ist, nicht vereinbar.¹⁰¹ Auch das Medienprivileg des § 48 DSGVO ändert dieses Ergebnis nur für einige wenige Teilbereiche.¹⁰² Der Argumentation *Zöchbauers* ist hier in allen Punkten zuzustimmen.

§ 78 UrhG regelt das Recht am eigenen Bild abschließend. Das DSGVO ist daher im Kontext der Verbreitung bzw Veröffentlichung von Personenbildnissen nicht anwendbar und verdrängt nicht das in § 78 UrhG normierte Prinzip der grundsätzlichen Verwendungsfreiheit von Personenbildnissen.

⁹⁸ vgl *Zöchbauer*, Schutz vor Lichtbildaufnahmen und deren Veröffentlichungen – Persönlichkeitsschutz an der Schnittstelle der § 16 ABGB, § 78 UrhG und auch des DSGVO, MR 6/2013, 255-258 (257).

⁹⁹ *Karner* Glosse zu OGH 27.2.2013, 6 Ob 256/12h; EvBl 2013/104.

¹⁰⁰ *Zöchbauer*, Schutz vor Lichtbildaufnahmen und deren Veröffentlichungen – Persönlichkeitsschutz an der Schnittstelle der § 16 ABGB, § 78 UrhG und auch des DSGVO, MR 6/2013, 255-258 (258).

¹⁰¹ *Zöchbauer*, Schutz vor Lichtbildaufnahmen und deren Veröffentlichungen – Persönlichkeitsschutz an der Schnittstelle der § 16 ABGB, § 78 UrhG und auch des DSGVO, MR 6/2013, 255-258 (258).

¹⁰² Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, dass das Medienprivileg des § 48 DSGVO Medienunternehmen, Mediendienste und ihre Mitarbeiter soweit sie Daten unmittelbar für ihre publizistische Tätigkeit im Sinne des MedienG verwenden von der Anwendung eines Großteils der Bestimmungen des DSGVO - unter anderem auch der §§ 8 und 9 DSGVO ausnimmt. Das DSGVO knüpft inhaltlich nicht an der jeweiligen publizistischen Tätigkeit sondern an der Position des publizistisch Tätigen an. Diese Unterscheidung verletzt offensichtlich das in Art 7 B-VG niedergelegte Sachlichkeitsgebot. Es besteht kein sachlich gerechtfertigter Grund, warum das DSGVO hier nicht am zentralen medienrechtlichen Begriff des Medieninhabers anknüpft.

2. Verhältnis § 78 UrhG und § 7 MedienG

a) Vergleich des Schutzzumfangs

Der Anwendungsbereich des § 7 MedienG ist enger als jener des § 78 UrhG. § 7 MedienG schützt im Hinblick auf Personenbildnisse vor zur Bloßstellung geeigneten Veröffentlichungen des höchstpersönlichen Lebensbereiches eines Menschen in einem Medium. Wie bereits unter II.B.2.b. ausgeführt, eignen sich alle Bilder über Angelegenheiten des Privatlebens zur Bloßstellung und berühren den höchstpersönlichen Lebensbereich einer Person. Da sich mE soweit denkbar abgesehen von beruflichen bzw kommerziellen Tätigkeiten von Kindern fast das gesamte Leben von Kindern in deren Privat- und Familienleben abspielt, sind auch, von diesen beruflichen bzw kommerziellen Tätigkeiten abgesehen, keine Veröffentlichungen von Kinderfotos ohne Zustimmung nach § 7 Abs 2 Z 3 MedienG möglich. Damit schützen sowohl § 78 UrhG als auch § 7 MedienG vor Veröffentlichungen von Kinderfotos, die Aktivitäten des Privat- oder Familienlebens zeigen, ohne Zustimmung.

Anders als nach § 78 UrhG sind nach § 7 MedienG Werbefotos theoretisch unproblematisch – sofern diese . Allerdings sind hL und Jud einig, dass Werbefotos berechnete Interessen nach § 78 UrhG verletzen und daher unter den Schutz dieser Norm fallen. Wie bereits unter II.A.3. besprochen, müssen mE auch andere Fotos kommerziell tätiger Personen nach dieser Wertung berechnete Interessen nach § 78 UrhG verletzen. Daher sind mE auch sonstige Fotos „beruflich“ tätiger Kinder (Kindersänger, Kinderschauspieler, etc.), die aufgrund des zur Bewertung heranzuziehenden beweglichen Systems (das zwischen höchstpersönlichem Lebensbereich und Eignung zur Bloßstellung abwägt) des § 7 Abs 1 MedienG problemlos ohne Zustimmung verbreitet werden könnten, vom Schutz des § 78 UrhG umfasst.

Daher geht der Schutzbereich des § 78 UrhG noch über den des § 7 MedienG hinaus. § 7 MedienG bleibt hier, wenn überhaupt, nur ein sehr enger Anwendungsbereich offen.

In der Folge kann daher jede Nutzung von Kinderfotos im außerfamiliären Bereich nur durch eine Einwilligung des Betroffenen gerechtfertigt werden.

b) Verhältnis § 78 UrhG und § 7 MedienG zueinander

Wie soeben erörtert schützen sowohl § 78 UrhG als auch § 7 MedienG vor Missbräuchen der Bildberichterstattung im Medienbereich. Während § 78 UrhG (Recht am eigenen Bild) als Schutzbestimmung speziell die Veröffentlichung des Abbilds einer Person schützt, ist § 7 MedienG allgemeiner gehalten. § 7 MedienG schützt vor Diffamierung oder Bloßstellung einer Person durch Erörterung oder Darstellung ihres höchstpersönlichen Lebensbereichs bei Veröffentlichung in einem Medium. Die beiden Normen sind – wie bereits mehrfach besprochen – eng verwandt. So sind für die Auslegung des § 78 UrhG medienrechtliche Wertungsmaßstäbe, eben unter anderem des § 7 MedienG heranzuziehen.¹⁰³

Wenn man den Grundsatz der Spezialität (*lex specialis derogat legi generali*) heranzieht, gibt es mE kein eindeutiges Ergebnis dahingehend ob nun § 78 UrhG oder § 7 MedienG vorgeht. Es ist augenscheinlich, dass zwar im Hinblick auf den Gegenstand des „Bildnisses“ das UrhG, das ausschließlich Veröffentlichungen von Bildnissen regelt, als *lex specialis* vorgeht. Anders jedoch die Beurteilung nach dem Adressatenkreis. Hier geht wohl das MedienG vor. Während das UrhG jeden Betroffenen vor Veröffentlichungen durch andere Bürger schützt, schützt das MedienG – viel spezieller – Personen vor bloßstellenden Darstellungen in einem Medium.

Allerdings decken der Bildnisschutz nach § 78 UrhG und der medienrechtliche Anspruch des § 7 MedienG unterschiedliche Aspekte des Persönlichkeitsschutzes ab. Während Verletzungen des § 78 UrhG primär zu Unterlassungsansprüchen führen, bestehen medienrechtlichen Ansprüche primär in der Zuerkennung von Entschädigungszahlungen.

Die Ansprüche bestehen daher grundsätzlich kumulativ nebeneinander.¹⁰⁴ Nur im Bereich des immateriellen Schadenersatzes für erlittene Kränkungen bestehen die Anspruchsgrundlagen überwiegend alternativ. Eine Anrechnung findet statt. Während § 78 UrhG verschuldensabhängige Ansprüche auf Ersatz sämtlicher immaterieller Schäden gewährt, sind die Entschädigungsansprüche nach § 7 MedienG verschuldensunabhängig.¹⁰⁵

¹⁰³ vgl FN 25.

¹⁰⁴ Windhager/Wukoschitz, zu EGMR Bsw 6490/07, MR 2013, 216 (223).

¹⁰⁵ Windhager/Wukoschitz, zu EGMR Bsw 6490/07, MR 2013, 216 (223).

III. Ausschlussgrund „Zustimmung“ des Abgebildeten nach § 78 UrhG, § 7 Abs 2 Z 3 MedienG, § 1 DSGVO

A. Gesetzliche Regelungen

Das Veröffentlichen von Personenbildnissen ist gemäß § 78 UrhG jedenfalls dann zulässig, wenn eine Einwilligung des Abgebildeten vorliegt.¹⁰⁶ § 78 UrhG beinhaltet allerdings keine eigene Regelung zu Art und Umfang der notwendigen Zustimmung durch den Abgebildeten.

Das MedienG regelt in § 7 Abs 2 Z 3, dass ein Anspruch nach § 7 Abs 1 MedienG dann nicht besteht, wenn „nach den Umständen angenommen werden konnte, dass der Betroffene mit der Veröffentlichung einverstanden“ war.¹⁰⁷ Diese Bestimmung setzt die Anforderungen an eine wirksame Zustimmung herab.¹⁰⁸ Es muss nur nach den Umständen angenommen werden können, dass der Betroffene mit der Veröffentlichung einverstanden war, damit eine haftungsbefreiende „Vermutung der Zustimmung“ vorliegt.¹⁰⁹ *Argumento a minori ad maius* gilt die Haftungsbefreiung jedenfalls unabhängig davon, ob nach den Umständen das Einverständnis des Betroffenen mit der Veröffentlichung angenommen werden konnte, auch dann, wenn dieser mit der Veröffentlichung einverstanden war.¹¹⁰

Das DSGVO beinhaltet in § 4 Abs 14 DSGVO eine Regelung über den Umfang der abzugebenden Zustimmungserklärung. Demnach muss jede rechtswirksame Zustimmung des Betroffenen in Kenntnis der Sachlage für den konkreten Fall abgegeben werden. Der Betroffene ist in dieser Norm also explizit genannt. Er muss vor Abgabe der Zustimmung umfassend und verständlich über die Datenverwendung informiert werden, verstehen worauf er sich einlässt und sich der möglichen Konsequenzen seiner Entscheidung bewusst sein.¹¹¹ Die Kriterien des OGH für solch eine gültige Zustimmung sind sehr streng. Der OGH verlangt, dass dem Betroffenen bewusst ist, welche Datenarten für welchen Zweck verarbeitet und an wen diese

¹⁰⁶ Zöchbauer, Schutz vor Lichtbildaufnahmen und deren Veröffentlichungen – Persönlichkeitsschutz an der Schnittstelle der § 16 ABGB, § 78 UrhG und auch des DSGVO, MR 6/2013, 255-258 (258).

¹⁰⁷ § 7 Abs 2 Z 3 MedienG idF v 5.10.2015.

¹⁰⁸ Zöchbauer, Zur Einwilligung in die Berichterstattung über Minderjährige, Anmerkung zu OLG Wien 18 Bs/63/15v, MR 4/2015, 182-184 (182); Zöchbauer in Röggl/Wittmann/Zöchbauer (Hrsg), Medienrecht Praxiskommentar (2012), 50.

¹⁰⁹ Berka in Berka/Heindl/Höhne/Noll, Kommentar zum MedienG³ § 7 Rz 30 mwN.

¹¹⁰ Rami in Höpfel/Ratz (Hrsg), § 7 MedienG, Wiener Kommentar zum StGB (Stand: 1.7.2011, rdb.at), Rz 11.

¹¹¹ Marous, Public Shaming Minderjähriger - Rechtliche Grenzen für die Veröffentlichung bloßstellender Bilder im Internet, EF-Z 2013/160, 253-257 (254).

übermittelt werden.¹¹² Die Einwilligung muss außerdem iSd § 869 ABGB frei, ernstlich, bestimmt und verständlich erklärt werden.

So spricht das DSG von der Zustimmung des Betroffenen und das MedienG von der Annahme des Einverständnisses des Betroffenen. Nach dem Wortlaut dieser Regelungen müsste also jeweils der Betroffene selbst die Zustimmung abgeben.

Weder § 7 Abs 1 MedienG noch das DSG differenzieren zwischen minderjährigen und volljährigen Betroffenen oder normieren, ob bei der Abgabe der Zustimmungserklärung bzw bei dem nach den Umständen anzunehmenden Einverständnis auf die Geschäfts- oder die Einsichts- und Urteilsfähigkeit der Minderjährigen abgestellt werden soll.

Ab wann eine minderjährige Person in die Veröffentlichung eines berechtigten Interessen verletzenden Bildes, in eine zur Bloßstellung geeignete Darstellung des höchstpersönlichen Lebensbereichs in einem Medium oder in die Verwendung ihrer personenbezogenen sensiblen Daten einwilligen kann, hängt also davon ab, ob man für die gültige Abgabe einer Willenserklärung auf deren „Geschäftsfähigkeit“ oder „Einsichts- und Urteilsfähigkeit“ abstellt.¹¹³ Auch ist zu erwägen, ob eine solche Zustimmung im Falle mangelnder „Geschäftsfähigkeit“ oder „Einsichts- und Urteilsfähigkeit“ des betroffenen unmündigen Minderjährigen durch den gesetzlichen Vertreter erfolgen kann, also ob die Einwilligung in die in §§ 78 UrhG, 7 Abs 2 Z 3 MedienG und 1ff DSG normierten Persönlichkeitsrechte substituierbar ist. Diese Fragen werden im folgenden Kapitel ausführlich besprochen.

IV. „Zustimmung“ und Vertretbarkeit der Zustimmung des Abgebildeten

A. Abstellen auf Einsichts- und Urteilsfähigkeit oder Geschäftsfähigkeit

1. Abgrenzung Einsichts- und Urteilsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit

Während die Geschäftsfähigkeit gemäß § 21 und § 865 ABGB altersabhängig ist, liegt die Einsichts- und Urteilsfähigkeit Minderjähriger vor, wenn die *„nicht eigenberechtigte Person Grund, Tragweite und Bedeutung ihrer Handlung einsehen und ihren Willen nach dieser Einsicht bestimmen kann“*.¹¹⁴

¹¹² Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim, DSG² § 4 Anmerkung 14 (Stand: 2.7.2014, rdb.at).

¹¹³ Dokalik, „Mein Baby ist ein Star!“ Zum Recht des Kindes am eigenen Bild, FamZ 2006, 4-7 (5).

¹¹⁴ Fischer-Czermak in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1,03}, § 141 ABGB Rz 4.

Das Vorliegen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit wird bei mündigen Minderjährigen, also ab dem Alter von 14 Jahren im Zweifel vermutet. Im Einzelfall kann sie allerdings bei jüngeren Personen gegeben sein bzw bei älteren Personen fehlen.¹¹⁵

Daher ist die Einsichts- und Urteilsfähigkeit hauptsächlich im Zusammenhang mit der Abgabe von Willenserklärungen unmündiger Minderjähriger von Bedeutung. Sie macht flexiblere und einzelfallbezogene Entscheidungen darüber, ob ein unmündiger Minderjähriger in die Veröffentlichung eines berechnete Interessen verletzenden Bildes, in eine zur Bloßstellung geeignete Darstellung des höchstpersönlichen Lebensbereichs in einem Medium oder in die Verwendung ihrer personenbezogenen sensiblen Daten einwilligen kann, möglich.¹¹⁶

2. Beispiele Einsichts- und Urteilsfähigkeit

Zwar sind Persönlichkeitsrechte schon dem Grunde nach höchstpersönlich, allerdings stellen nur wenige Regelungen unserer Rechtsordnung für die Zustimmung unmündiger Minderjähriger in Eingriffe ihrer Persönlichkeitsrechte explizit auf den „Sonderfall“ der Einsichts- und Urteilsfähigkeit und nicht auf deren Geschäftsfähigkeit ab.

So regelt etwa § 141 ABGB, dass einsichts- und urteilsfähige Personen, wenn sie nicht eigenberechtigt sind, in Angelegenheiten ihrer Abstammung und der Abstammung von ihnen rechtswirksam handeln können, sofern ihr gesetzlicher Vertreter zustimmt. Handelt in einem solchen Fall der gesetzliche Vertreter, so bedarf er der Einwilligung der einsichts- und urteilsfähigen Person. Im Zweifel wird das Vorliegen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit bei mündigen Minderjährigen vermutet.¹¹⁷

Auch § 173 ABGB, der Einwilligungen in medizinische Behandlungen regelt, stellt auf die Einsichts-, und Urteilsfähigkeit der jeweiligen Person ab. Demnach kann nur das einsichts- und urteilsfähige Kind selbst Einwilligungen in medizinische Behandlungen erteilen. Mangelt es an der notwendigen Einsichts- und Urteilsfähigkeit, so ist die

¹¹⁵ *Dokalik*, „Mein Baby ist ein Star!“ Zum Recht des Kindes am eigenen Bild, FamZ 2006, 4-7 (6).

¹¹⁶ *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03}, § 141 ABGB Rz 4.

¹¹⁷ § 141 ABGB idF v 5.10.2015.

Zustimmung der Person erforderlich, die mit der gesetzlichen Vertretung betraut ist.¹¹⁸

Es muss bei der Einwilligung in eine medizinische Behandlung der unmündige Minderjährige im Hinblick auf die „*Diagnose, die therapeutischen Möglichkeiten und die denkbaren Alternativen sowie hinsichtlich der jeweiligen Chancen und Risiken den Wert der von seiner Entscheidung betroffenen Güter und Interessen erfassen und sein Verhalten nach dieser Einsicht ausrichten können.*“¹¹⁹

Je geringer der jeweilige medizinische Eingriff, umso eher ist in der Regel die Einsichts- und Urteilsfähigkeit gegeben. Auch nach § 173 Abs 1 ABGB wird das Vorliegen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit für die Einwilligung medizinischer Behandlungen bei mündigen Minderjährigen vermutet¹²⁰, dies unabhängig von Schwere und Bedeutung der Behandlung¹²¹, wobei es sich hier um eine Zweifelsregel handelt.¹²² Im Einzelfall kann die Einwilligungsfähigkeit bereits bei einem jüngeren Kind bestehen bzw umgekehrt bei einem mündigen Minderjährigen fehlen.¹²³ Das Vorliegen der Einsichts- und Urteilsfähigkeit unmündiger Minderjähriger muss daher jeweils im konkreten Fall beurteilt werden.¹²⁴

Fischer-Czermak vertritt die Ansicht, dass die Einwilligung in eine medizinische Behandlung nach § 173 ein höchstpersönliches Recht sei, sodass eine Vertretung dieser Einwilligung durch die zur gesetzlichen Vertretung Berechtigten ausscheidet.¹²⁵

B. Literatur und Judikatur zur „Zustimmung“ und deren Vertretungseignung nach § 78 UrhG, § 7 Abs 1 MedienG, § 1 DSGVO

Nachfolgend soll die einschlägige Literatur und Judikatur zur „Zustimmung“ und deren Vertretungseignung nach § 78 UrhG, § 7 Abs 1 MedienG, § 1 DSGVO dargestellt werden. Obwohl sich das OLG Wien in der Anlassentscheidung – mE zu Recht –

¹¹⁸ § 173 ABGB idF v 5.10.2015.

¹¹⁹ *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 173 Rz 2 (Stand 01.03.2015, rdb.at).

¹²⁰ OGH 10.08.2010, 1 Ob 121/10s = EFSIlg 126.695.

¹²¹ *Fischer-Czermak*, Einsichts- und Urteilsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit, NZ 2004, 302 (303).

¹²² *Hopf/Weitzenböck*, ÖJZ 2001, 530 (531 f); ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 54 f.

¹²³ *Fischer-Czermak* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.02} § 173 ABGB Rz 3 (Stand 01.03.2015, rdb.at).

¹²⁴ ErläutRV 296 BlgNR 21. GP 54 f; *Kopetzki*, Unterbringungsrecht³ Rz 625; *Hopf/Weitzenböck*, ÖJZ 2001, 530 (532).

¹²⁵ *Fischer-Czermak*, Zur Handlungsfähigkeit Minderjähriger nach dem Kindschaftsrechts - Änderungsgesetz 2001, ÖJZ 2002, 293 (298 f).

dafür ausspricht, dass die Zustimmung und deren Vertretungseignung nach § 78 UrhG, § 7 Abs 1 MedienG, § 1 DSGVO einheitlich zu regeln seien, wurde die Zustimmung in diese Bestimmungen in der bisherigen Lit meist getrennt erörtert.

1. Zum DSGVO

In der Literatur bestehen divergierende Ansichten darüber, ob für eine gültige Zustimmung in eine Datenverarbeitung auf die Geschäftsfähigkeit oder Einsichts- oder Urteilsfähigkeit des Kindes abgestellt werden soll.

Ein Teil der Lehre stellt bei der Zustimmung iSd DSGVO auf die Geschäftsfähigkeit des Betroffenen ab. Allerdings sei weder die Geschäftsfähigkeit unmündiger noch die mündiger Minderjähriger ausreichend. Erforderlich sei bis zur Volljährigkeit nach § 21 ABGB stets die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters.¹²⁶

Anderer Meinung ist *Marous*, die ausführt, dass minderjährige Betroffene, sofern sie ausreichend einsichts- und urteilsfähig seien, Zustimmungen in eine sie betreffende Datenverarbeitung nur selbst abgeben können. Die Erklärung des gesetzlichen Vertreters könne eine Zustimmung des Betroffenen selber nicht ersetzen.¹²⁷ Dieser Meinung schließen sich auch *Seiss* und *Raabe-Stuppnig* an, die ihre Ansicht nachvollziehbar damit begründen, dass das Gesetz weder im DSGVO noch in § 78 UrhG eine Substitutionsmöglichkeit vorsehe und Veröffentlichungen von Fotos im Gegensatz zu medizinisch notwendigen Heilbehandlungen für das Wohlbefinden eines Minderjährigen kaum notwendig seien. Gerade bei einer Veröffentlichung nach § 78 UrhG bzw einer Verarbeitung von Fotos als sensible Daten iSd DSGVO liege in der Regel eine Einwilligung iSd § 78 UrhG bzw eine datenschutzrechtliche Zustimmungserklärung ausschließlich im Interesse des Erklärungsempfängers bzw des Auftraggebers iSd DSGVO und nicht im Interesse des Betroffenen.¹²⁸

Auch *Thiele* stellt grundsätzlich auf die Einsichts- und Urteilsfähigkeit ab, spricht sich allerdings wohl am Wortlaut des Gesetzes festhaltend – für eine „praktische“ Lösung

¹²⁶ *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, DSGVO² § 4 Anmerkung 14 (Stand: 2.7.2014, rdb.at).

¹²⁷ *Marous*, Public Shaming Minderjähriger - Rechtliche Grenzen für die Veröffentlichung bloßstellender Bilder im Internet, EF-Z 2013/160, 253-257 (255); *Marous*, Zur Zustimmungsfähigkeit Minderjähriger im Datenschutzrecht, EF-Z 2013/77, 105-109 (105); im Wesentlichen auch *Thiele*, Der Schutz personenbezogener Daten von Minderjährigen, insbesondere im schulischen Bereich, in *Jahnel (Hrsg)* in Jahrbuch Datenschutzrecht und E-Government, Wien 2012, 72-98 (87).

¹²⁸ *Seiss/Raabe-Stuppnig*, Kinder und ihre Persönlichkeitsrechte im Internet, ZIR 2014/2, 100–105 (102).

aus. Er vertritt die Meinung, Minderjährige seien Grundrechtsträger iSd § 1 Abs 2 DSGVO und daher sei auch die Zustimmungserklärung höchstpersönlicher Natur. Bei nicht einsichts- und urteilsfähigen Minderjährigen komme allerdings eine Substitution durch die Obsorgeberechtigten in Betracht. Diese hätten aber bei jeder Entscheidung im Sinne des Kindeswohles zu handeln.¹²⁹

2. Zu § 78 UrhG

Auch die Lit zu § 78 UrhG ist uneinheitlich, ob bei der Zustimmung auf die Einsichts- und Urteilsfähigkeit oder auf die Geschäftsfähigkeit abzustellen ist.

Die ältere Lehre ging ganz selbstverständlich davon aus, dass bei der Zustimmung auf die Geschäftsfähigkeit abzustellen sei. So waren *Korn* und *Neumayer* etwa davon überzeugt, dass eine Einwilligung in § 78 UrhG eine rechtsgeschäftliche Erklärung sei und, dass eine allfällige Einwilligung für nicht eigenberechtigte Personen vom gesetzlichen Vertreter zu erteilen sei.¹³⁰

Erst *Dokalik* begann im Jahr 2004 die Diskussion, die bis heute von der Lehre fortgesponnen wird und deren letzter Stand das hier diskutierte Erkenntnis des OLG Wien vom 13.5.2015 ist. *Dokalik* argumentierte, dass bei der Beurteilung der Gültigkeit einer Zustimmungserklärung zu § 78 UrhG nicht auf die Geschäftsfähigkeit iSd § 865 ABGB, sondern auf die Einsichts- und Urteilsfähigkeit der Minderjährigen abgestellt werden müsse.¹³¹ Für Persönlichkeitsrechte gelte grundsätzlich, dass diese mit einer gesetzlichen Vertretung unvereinbar seien. Da es sich bei § 78 UrhG um ein solches Persönlichkeitsrecht iSd § 16 ABGB handelt, scheide, wenn der Minderjährige selbst nicht einsichts- und urteilsfähig ist, die Möglichkeit einer diesbezüglichen Zustimmungserklärung des gesetzlichen Vertreters aus.¹³² *Dokalik* begründet seine Ansicht insbesondere mit dem Verweis darauf, dass im Falle medizinischer Behandlungen nach § 173 ABGB eine vertretende Einwilligung durch den gesetzlichen Vertreter aus „Gründen höherer Ordnung“, die für Leben Gesundheit und Wohlbefinden des Minderjährigen notwendig sind, zu bejahen sei, solche Rechtfertigungsgründe allerdings bei Bildnisveröffentlichungen nicht

¹²⁹ *Thiele*, Der Schutz personenbezogener Daten von Minderjährigen, insbesondere im schulischen Bereich, in *Jahnel* (Hrsg) in Jahrbuch Datenschutzrecht und E-Government, Wien 2012, 72-98, 81ff.

¹³⁰ *Korn/Neumayer*, Persönlichkeitsschutz im Zivil- und Wettbewerbsrecht (1991), 96.

¹³¹ *Dokalik*, „Mein Baby ist ein Star!“ Zum Recht des Kindes am eigenen Bild, FamZ 2006, 4-7 (6); *Marous*, Public Shaming Minderjähriger – Rechtliche Grenzen für die Veröffentlichung bloßstellender Bilder im Internet, 253 – 257 (256).

¹³² A. *Kodek* in *Kucsko* (Hrsg), urheber.recht § 78 UrhG 3.4.1. (Stand 1.12.2007, rdb.at) 1068ff.

vorlägen.¹³³ Auch allfällige Vermögensinteressen Minderjähriger (etwa an Ihren Fotos in der Werbung) würden es jedenfalls nicht rechtfertigen, bei der Bildnisveröffentlichung die Stellvertretung zuzulassen. Zusammengefasst bedeutet das, dass jede Veröffentlichung, die berechnigte Interessen Minderjähriger verletzt, unterbleiben muss.¹³⁴

A. Kodek teilt die Ansicht *Dokaliks*. Sie begründet dies wie folgt: Da es auch für die Vornahme einer medizinische Behandlung – sofern diese nicht so dringend ist, dass sie ohne Zustimmung des Minderjährigen als auch seines gesetzlichen Vertreters vorgenommen werden darf – der Einwilligung des einsichts- und urteilsfähigen Minderjährigen selbst bedürfe (also nicht nur seines gesetzlichen Vertreters), sei absolut sachgerecht und der Logik des *argumentum minore ad maius* entsprechend, wenn dies auch für die Einwilligung in die Veröffentlichung eines berechnigte Interessen verletzenden Bildnisses gelten würde.¹³⁵

A. Kodek führt weiters aus, dass auch im Fall der Abbildung eines (noch) nicht einsichts- und urteilsfähigen Minderjährigen, der weder der unmündige Minderjährige selbst noch der gesetzliche Vertreter wirksam zustimmen kann, keine Rechtsschutzlücke vorläge. Während es natürlich notwendig sei, dass der gesetzliche Vertreter eines (noch) nicht einsichts- und urteilsfähigen Minderjährigen für diesen wirksam einer Heilbehandlung zustimmen kann, bestehe für eine Zustimmung in eine die schutzwürdigen Interessen des Minderjährigen verletzende Bildnisveröffentlichung keine solche Notwendigkeit. Zudem sei ohnehin dann keine Zustimmung notwendig, wenn die Interessen des Minderjährigen durch die Abbildung *in concreto* nicht verletzt werden.¹³⁶

Sowohl *Walter*¹³⁷ aber auch *Seiss* und *Raabe-Stuppnig* schließen sich – wie bereits oben ausgeführt – der Meinung *Dokaliks* an.¹³⁸

¹³³ *Dokalik*, „Mein Baby ist ein Star!“ Zum Recht des Kindes am eigenen Bild, FamZ 2006, 4-7 (6f); *Marous*, Public Shaming Minderjähriger – Rechtliche Grenzen für die Veröffentlichung bloßstellender Bilder im Internet, 253 – 257 (256).

¹³⁴ *Dokalik*, „Mein Baby ist ein Star!“ Zum Recht des Kindes am eigenen Bild, FamZ 2006, 4 (6 f); *Marous*, Public Shaming Minderjähriger – Rechtliche Grenzen für die Veröffentlichung bloßstellender Bilder im Internet, 253 – 257 (256).

¹³⁵ A. Kodek in *Kucsko* (Hrsg), urheber.recht § 78 UrhG 3.4.1 (Stand 1.12.2007, rdb.at) 1068ff.

¹³⁶ A. Kodek in *Kucsko* (Hrsg), urheber.recht § 78 UrhG 3.4.1 (Stand 1.12.2007, rdb.at) 1068ff.

¹³⁷ *Walter*, Österreichisches Urheberrecht I (2008), Rz 1707.

¹³⁸ *Seiss/Raabe-Stuppnig*, Kinder und ihre Persönlichkeitsrechte im Internet, ZIR 2014/2, 100–105 (102).

Verschraegen hingegen bejaht eine grundsätzliche Vertretungseignung für eine Zustimmung iSd § 78 UrhG, hält jedoch fest, dass ein pflichtgemäß agierender gesetzlicher Vertreter in eine berechnete Interessen eines Kindes verletzende Abbildung nicht zustimmen könnte.¹³⁹

3. Zu § 7 Abs 1 und Abs 2 Z 3 MedienG

Zur Zustimmung nach § 7 Abs 1 MedienG hat sich die Literatur bisher kaum gesondert geäußert. Auch existiert hier wenig Judikatur. Bis zur (soweit ersichtlich) jüngsten einschlägigen Entscheidung 18 Bs 63/15v vom 13.5.2015 des OLG Wien, wurde insbesondere keine Antwort darauf gegeben, ob nun bei einer Zustimmung nach § 7 Abs 2 Z 3 MedienG auf die Einsichts- und Urteilsfähigkeit oder auf die Geschäftsfähigkeit abzustellen und ob eine solche Einwilligung auch vertretungsgerecht sei.

So hat etwa der OGH in seiner unlängst ergangenen Entscheidung 6 Ob 261/14g – hier stimmten sowohl die Eltern als auch der unmündige Sohn der Veröffentlichung des berechnete Interessen verletzenden Fotos zu – die Antwort auf die Frage, ob diese Zustimmung wirksam war, ausdrücklich offen gelassen.¹⁴⁰

Das OLG Wien führt in der hier diskutierten Anlassentscheidung aus, dass § 7 MedienG eng mit § 78 Abs 1 UrhG und mit den Schutznormen des DSG verwandt sei. Für die Ausübung des Einverständnisrechtes des Betroffenen sei die natürliche Einsichts- und Urteilsfähigkeit einer Person erforderlich und derartige Persönlichkeitsrechte seien mit einer gesetzlichen Vertretung unvereinbar.¹⁴¹ In der rechtlichen Beurteilung folgt das OLG hier einerseits den oben zitierten Autoren, die bereits für die verwandten Persönlichkeitsrechte des DSG und des § 78 UrhG die Unvereinbarkeit einer Zustimmung mit der gesetzlichen Vertretung festgestellt haben.¹⁴² Andererseits stützt es sich auf höchstgerichtliche Rechtsprechung. Das OLG Wien nennt an dieser Stelle einige OGH Entscheidungen, um seine rechtliche Beurteilung zu untermauern. So die Entscheidung 5 Ob 94/05t vom 10.05.2005, in

¹³⁹ *Verschraegen*, Neu geboren, Mutter weg, kein Bildnisschutz?, MR 5/2003, (297-299) 297.

¹⁴⁰ OGH 17.02.2015, 4 Ob 261/14g = MR 3/2015 (*Rami*).

¹⁴¹ so OGH 10.05.2005, 5 Ob 94/05t.

¹⁴² siehe etwa *Dokalik*, „Mein Baby ist ein Star!“ Zum Recht des Kindes am eigenen Bild, FamZ 2006, 4-7 (4); *Marous*, Public Shaming Minderjähriger – Rechtliche Grenzen für die Veröffentlichung bloßstellender Bilder im Internet, 253 – 257 (253); *Seiss/Raabe-Stuppnig*, Kinder und ihre Persönlichkeitsrechte im Internet, ZIR 2014/2, 100 – 105 (100).

der der OGH ausführt, dass die Erhebung eines Scheidungsbegehrens nach § 55 EheG ein höchstpersönliches Recht darstelle, welches nur persönlich vom Berechtigten geltend gemacht werden könne. Auch in der weiteren zitierten Entscheidung 6 Ob 106/03m vom 11.09.2003, spricht der OGH aus, dass für höchstpersönliche Rechte ganz allgemein der Grundsatz gelte, dass sie mit einer gesetzlichen Vertretung unvereinbar seien.

Zöchbauer stimmt dem OLG grundsätzlich dahingehend zu, dass auch die Zustimmung zu einer Veröffentlichung des höchstpersönlichen Lebensbereiches eines unmündigen Minderjährigen nicht dessen gesetzlicher Vertreter sondern bloß der einsichts- und urteilsfähige Minderjährige erteilen (bzw aus den Umständen dessen Einwilligung erschlossen werden) könne. Er ist jedoch der Ansicht, dass die grundsätzlich unübertragbaren Persönlichkeitsrechte auch vermögenswerte Aspekte hätten und daher für diese eine Substituierbarkeit der Einwilligung durch die gesetzlichen Vertreter sehr wohl in Betracht komme. Dieser Ansatz wird unter IV.C.3.a näher ausgeführt.¹⁴³

Das OLG Wien beschäftigt sich in dieser Entscheidung zudem erstmals ausführlich damit, wann der Erklärungsempfänger iSd § 7 Abs 2 Z 3 nach den Umständen annehmen kann, dass der Betroffene mit der Veröffentlichung einverstanden war.¹⁴⁴ Schließlich entfällt nach § 7 Abs 2 Z 3 MedienG ein Entschädigungsanspruch auch dann, wenn zwar tatsächlich keine rechtsgeschäftliche Einwilligung vorliegt, aber eine solche nach den Umständen angenommen werden konnte.¹⁴⁵ Bei der Beurteilung sei auf die Maßfigur eines verantwortungsvollen Journalisten iSd § 29 Abs 1 MedienG abzustellen, der sorgfältige Recherchen anstellt und grundsätzlich dem Betroffenen die Möglichkeit gibt, Stellung zu nehmen, ob er mit der Veröffentlichung einverstanden ist. Bloßes Schweigen habe keinen Erklärungswert.¹⁴⁶ Das OLG Wien führt in der Entscheidung weiter aus, dass § 7 Abs 2 Z 3 MedienG auf den „*sich aus den tatsächlichen Umständen ergebenden Anschein*“ abziele, beispielsweise „*auf die Vermutung der Zustimmung aufgrund früheren Einverständnisses*“, allerdings kein „*Auffangtatbestand für Rechtsirrtümer*“ sein soll.

¹⁴³ *Zöchbauer*, Zur Einwilligung in die Berichterstattung über Minderjährige, Anmerkung zu OLG Wien 18 Bs/63/15v, MR 2015 4/15, 182-184 (183).

¹⁴⁴ OLG Wien 13.05.2015, 18 Bs 63/15v, MR 2015, 130 (*Röggla/Zöchbauer*).

¹⁴⁵ OLG Wien 13.05.2015, 18 Bs 63/15v, MR 2015, 130 (*Röggla/Zöchbauer*).

¹⁴⁶ OLG Wien 13.05.2015, 18 Bs 63/15v, MR 2015, 130 (*Röggla/Zöchbauer*).

Dies begründet das OLG Wien jedoch nicht näher. Insbesondere führt es nicht aus, welcher Art die tatsächlichen Umstände sein müssen. Diese Umstände können also offenbar verschiedenste Grundlagen haben. Zudem lässt § 7 Abs 2 Z 3 tatsächlich offen, welcher Art diese Umstände sein müssen. Daher kann diese Regelung wohl weit verstanden werden.

Zöchbauer ist der Meinung, dass § 7 Abs 2 Z 3 MedienG insofern auch vor einem Irrtum schützt und in diesem Zusammenhang zwei Arten von Irrtümern denkbar sind. So könne einerseits auf Seite des Erklärungsempfängers ein „Irrtum über den Sachverhalt“ vorliegen.¹⁴⁷ Dies etwa dann wenn der Medieninhaber irrtümlich der Annahme ist, dass eine bestimmte Erklärung abgegeben wurde, tatsächlich eine solche aber gar nicht vorliegt. Solch ein Irrtum über den Sachverhalt gleiche der irrtümlichen Annahme eines rechtfertigenden Sachverhalts iSd § 8 StGB, so *Zöchbauer*.¹⁴⁸ Andererseits könne der Medieninhaber zwar vom richtigen Sachverhalt ausgehen, sich aber über dessen Bewertung irren, also wie in dem dieser Entscheidung zu Grunde liegenden Fall irrtümlich aus einem bestimmten Sachverhalt eine rechtsgeschäftlich wirksame Erklärung ableiten.¹⁴⁹ Ein solcher Irrtum gleiche einem indirekten Verbotsirrtum iSd § 9 StGB.¹⁵⁰

Es ist daher *Zöchbauer* insofern zuzustimmen, dass nichts dagegen spricht, auch aus irrtümlichen Sachverhaltsannahmen bzw irrtümlich unrichtigen Bewertungen eines Sachverhaltes die Annahme eines Einverständnisses abzuleiten,¹⁵¹ da die hier vom OLG getroffene Differenzierung zwischen einem „*sich aus den tatsächlichen Umständen ergebenden Anschein*“ und Rechtsirrtümern nicht überzeugen kann.

Natürlich muss bei der Beurteilung beachtet werden, ob sich der Medieninhaber wie ein verantwortungsvoller Journalist iSd § 29 Abs 1 MedienG verhält. *Zöchbauer* führt aus, dass der Irrtum somit nicht auf Sorglosigkeit beruhen darf.¹⁵² Der Haftungsausschlussgrund des § 7 Abs 2 Z 3 MedienG liege also auch dann vor,

¹⁴⁷ *Zöchbauer*, Zur Einwilligung in die Berichterstattung über Minderjährige, Anmerkung zu OLG Wien 18 Bs/63/15v, MR 4/2015, 182-184 (183).

¹⁴⁸ *Zöchbauer*, Zur Einwilligung in die Berichterstattung über Minderjährige, Anmerkung zu OLG Wien 18 Bs/63/15v, MR 4/2015, 182-184 (183).

¹⁴⁹ *Zöchbauer*, Zur Einwilligung in die Berichterstattung über Minderjährige, Anmerkung zu OLG Wien 18 Bs/63/15v, MR 4/2015, 182-184 (183).

¹⁵⁰ *Zöchbauer*, Zur Einwilligung in die Berichterstattung über Minderjährige, Anmerkung zu OLG Wien 18 Bs/63/15v, MR 4/2015, 182-184 (183).

¹⁵¹ *Zöchbauer*, Zur Einwilligung in die Berichterstattung über Minderjährige, Anmerkung zu OLG Wien 18 Bs/63/15v, MR 4/2015, 182-184 (183).

¹⁵² *Zöchbauer*, Zur Einwilligung in die Berichterstattung über Minderjährige, Anmerkung zu OLG Wien 18 Bs/63/15v, MR 4/2015, 182-184 (183).

wenn der Medieninhaber trotz sorgsamer Recherche irrtümlich von einem anderen Sachverhalt bzw einer anderen (falschen) rechtlichen Beurteilung ausgeht.¹⁵³

Im Anlassfall geht *Zöchbauer* davon aus, dass der Medieninhaber im Anlassfall ausreichende Sorgsamkeit bei der Beurteilung des Sachverhalts angewandt hat. Er stützt dies darauf, dass die Aussage der Mutter der Minderjährigen „*doch zumindest eine ‚Vermutung der Zustimmung‘“* begründe *wenn selbst in der juristischen Fachwelt zur Rechtswirksamkeit solcher Erklärungen Unterschiedliches verlangt wird*“ und „*selbst der OGH die Bedeutung einer solchen Erklärung jüngst ausdrücklich offengelassen hat*“.¹⁵⁴

Ich bin hier anderer Ansicht. Im konkreten Anlassfall hat das OLG Wien mE richtig beurteilt, dass iS eines verantwortungsvollen Journalismus vom Medieninhaber geprüft werden hätte müssen, ob die Minderjährige überhaupt selbst eine derartige Zustimmung erteilt hat bzw zur Erteilung einer solchen Zustimmung fähig gewesen ist. Dem OLG Wien ist dahingehend zuzustimmen, dass einem seriösen und sorgsamem Redakteur zuzutrauen ist, dass er um die Sensibilität bloßstellender Veröffentlichungen von Kindern weiß und vor der Veröffentlichung derartiger Kinderfotos diese selbständig am Kindeswohl misst und diese im Zweifel unterlässt.¹⁵⁵ Ich bin der Meinung, dass gerade weil in der juristischen Fachwelt zur Rechtswirksamkeit solcher Erklärungen Unterschiedliches verlangt wird, den Medieninhaber hier eine erhöhte Nachforschungsverpflichtung getroffen hätte. Ohne hier dem konkreten Medieninhaber eine derartige Absicht unterstellen zu wollen, liegt es mE am jeweiligen Medieninhaber zu beweisen, dass dieser nicht möglicherweise bewusst mit Blick auf die sensationslüsterne Allgemeinheit die angemessene und ausreichende Sorgsamkeit für die Beurteilung eines solchen Sachverhalts außer Acht gelassen hat.

C. Einheitliche Regelung der Zustimmung in § 78 UrhG, § 7 Abs 1 MedienG und DSG

Sowohl aus der unter IV.B.3. referierten Entscheidung des OLG Wien als auch der einschlägigen Literatur geht implizit hervor, dass die Zustimmung eines Abgebildeten

¹⁵³ *Zöchbauer*, Zur Einwilligung in die Berichterstattung über Minderjährige, Anmerkung zu OLG Wien 18 Bs/63/15v, MR 4/2015, 182-184 (183).

¹⁵⁴ *Zöchbauer*, Zur Einwilligung in die Berichterstattung über Minderjährige, Anmerkung zu OLG Wien 18 Bs/63/15v, MR 4/2015, 182-184 (184).

¹⁵⁵ OLG Wien 13.05.2015, 18 Bs 63/15v, MR 2015, 130-134 (134) (*Röggla/Zöchbauer*).

in Personenbildnisse nach § 78 UrhG, § 7 Abs 1 MedienG und des DSG aufgrund der sich sehr stark ähnelnden Schutzzwecke dieser Persönlichkeitsrechte einheitlich auszulegen ist. Dieser Ansicht stimme ich zu. Die uneinheitliche Auslegung miteinander derartig eng verwandter Persönlichkeitsrechte würde erhebliche Rechtsunsicherheit nach sich ziehen.

1. Abzielen auf die Einsichts- und Urteilsfähigkeit bei der Veröffentlichung von Kinderfotos und Unvereinbarkeit der Zustimmung mit einer gesetzlichen Vertretung

Der Großteil der Lehre und nun auch das OLG Wien vertreten die Ansicht, dass bei der Zustimmung des Abgebildeten nach § 78 UrhG, § 7 Abs 1 MedienG und dem DSG auf die Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Minderjährigen abzustellen und eine derartige Zustimmung mit der Vertretung durch den gesetzlichen Vertreter unvereinbar ist.

Diese Ansicht ist durchaus begründet. Immerhin wird bei Eingriffen in Persönlichkeitsrechte in der Regel explizit gesetzlich angeordnet, wenn eine gesetzliche Vertretung möglich ist.¹⁵⁶ Weder § 78 UrhG, § 7 MedienG noch das DSG enthalten jedoch eine derartige Regelung.

Die Veröffentlichung von Fotos unmündiger Minderjähriger wäre nach dieser in der Jud und L vertretenen Ansicht also nur mit Zustimmung des einsichts- und urteilsfähigen Abgebildeten selbst möglich. Ein unmündiger Minderjähriger kann jedoch nur dann rechtswirksam einer Veröffentlichung seines Fotos zustimmen, wenn er die Folgen der Aufnahme und der Veröffentlichung des ihn zeigenden Bildes oder Videos – also die Reichweite der Veröffentlichung, die Quantität und Qualität und die mit der Bekanntmachung verbundenen Auswirkungen im täglichen Leben – versteht und sich auf dieser Grundlage trotzdem freiwillig für die Erteilung der Zustimmung entscheidet.¹⁵⁷

Diese Auslegung ist insb im Lichte des § 4 Abs 14 DSG, der zumindest für das DSG eine Regelung über den Umfang der abzugebenden Zustimmungserklärung enthält,

¹⁵⁶ *Zöchbauer*, Zur Einwilligung in die Berichterstattung über Minderjährige, Anmerkung zu OLG Wien 18 Bs/63/15v, MR 4/2015, 182-184 (182).

¹⁵⁷ *Marous*, Public Shaming Minderjähriger – Rechtliche Grenzen für die Veröffentlichung bloßstellender Bilder im Internet, 253 – 257 (255); *Dokalik*, „Mein Baby ist ein Star!“ Zum Recht des Kindes am eigenen Bild, FamZ 2006, 4-7 (6).

zu sehen. Demnach muss jede rechtswirksame Zustimmung des Betroffenen in Kenntnis der Sachlage für den konkreten Fall abgegeben werden. Der Betroffene muss also vor Abgabe der Zustimmung umfassend und verständlich über die Datenverwendung informiert werden, verstehen worauf er sich einlässt und sich der möglichen Konsequenzen seiner Entscheidung bewusst sein.¹⁵⁸ Die vom OGH entwickelten Kriterien für eine solche gültige Zustimmung sind sehr streng. Dieser verlangt, dass dem Betroffenen bewusst ist welche Datenarten für welchen Zweck verarbeitet und an wen diese übermittelt werden.¹⁵⁹ Geht man von der notwendigerweise einheitlich auszulegenden Zustimmung aus, muss daher mE daher dies im Hinblick auf die Einsichts- und Urteilsfähigkeit sinngemäß auch für die Einwilligung nach § 78 UrhG und § 7 Abs 1 MedienG gelten.

Nun ist mE sogar fraglich, welcher geschäftsfähige Minderjährige, dessen Einsichts- und Urteilsfähigkeit schließlich vermutet wird, die Folgen der Aufnahme und der Veröffentlichung des ihn zeigenden Bildes oder Videos hinreichend versteht und daher tatsächlich in Kenntnis aller möglichen Konsequenzen seine Einwilligung treffen wird. Unmündige Minderjährige können die genannten Folgen also wohl gar nicht und mündige Minderjährige nur im Ausnahmefall absehen, verstehen und eine dementsprechende Zustimmung abgeben.¹⁶⁰

Insbesondere im Bereich des Internets ist in Anbetracht der denkbaren und weitreichenden Folgen einer Bildnisveröffentlichung davon auszugehen, dass einem unmündigen, wohl oft aber auch einem mündigen Minderjährigen und (de facto sogar vielen Erwachsenen) das Wissen und die erforderliche Kompetenz im Umgang mit neuen Medien und daher letztlich die notwendige Einsichts- und Urteilsfähigkeit fehlt, um die Konsequenzen der Verbreitung eines ihn bloßstellenden Bildes oder Videos zu überblicken, zu verstehen und sich entsprechend zu verhalten.¹⁶¹

In der Folge müsste also jede über den Familienkreis hinausgehende Veröffentlichung von Kinderfotos unterbleiben, wenn der unmündige Minderjährige mangels Einsichts- und Urteilsfähigkeit nicht zustimmen kann.

¹⁵⁸ *Marous*, Public Shaming Minderjähriger – Rechtliche Grenzen für die Veröffentlichung bloßstellender Bilder im Internet, 253 – 257 (254).

¹⁵⁹ *Dohr/Pollirer/Weiss/Knyrim*, DSG² § 4 Anmerkung 14 (Stand: 2.7.2014, rdb.at)

¹⁶⁰ *Marous*, Public Shaming Minderjähriger – Rechtliche Grenzen für die Veröffentlichung bloßstellender Bilder im Internet, 253 – 257 (255).

¹⁶¹ *Marous*, Public Shaming Minderjähriger – Rechtliche Grenzen für die Veröffentlichung bloßstellender Bilder im Internet, 253 – 257 (254).

2. Praktische Folgen des Abzielens auf die Einsichts- und Urteilsfähigkeit bei der Veröffentlichung von Kinderfotos und der Unvereinbarkeit der Zustimmung mit einer gesetzlichen Vertretung

Aus praktischer Sicht führt die von einem Großteil der Lehre und nun auch dem OLG Wien vertretene Ansicht, bei der Zustimmung des Abgebildeten nach § 78 UrhG, § 7 MedienG und dem DSGVO auf die Einsichts- und Urteilsfähigkeit des Minderjährigen abzustellen und die Zustimmung mit jeder Vertretung für unvereinbar zu erklären, zu einem sehr realitätsfernen Ergebnis.

Die praktischen Folgen wären weitreichend und fatal und würden das Ende aller öffentlichen, über den familiären Kreis hinausgehenden, Kinderfotos bedeuten. Jede Veröffentlichung von Kinderfotos im Bereich der Werbung – und zwar nicht ausschließlich der kommerziellen Werbung sondern etwa auch der Werbung für Hilfsorganisationen (SOS Kinderdorf, CARE, etc) – hätte zu unterbleiben. Auch das Ende jeder Art von Kinderfernsehen, aller Darstellungen von Kindern in Filmen oder Musikvideos wäre gekommen. Private Websites mit Fotos der eigenen Kinder, Facebook-Accounts sowohl von Kindern (diese dürften mangels Einsichts- und Urteilsfähigkeit schließlich auch nicht der Verwendung ihrer eigenen Bilder auf dem eigenen Account zustimmen) als auch von Eltern, sofern diese Fotos ihrer Kinder abbilden oder auch sonstige Social-Media Auftritte von Kindern wären Geschichte. Auch dürften Kinder in der Chat-Application „Whats-App“ wohl keine Anzeigebilder mehr nutzen. Ebenfalls fehlen würde ein Großteil der Fotos von Kindern in der Bildberichterstattung.

Die Auswirkungen der konsequent durchgedachten hL sind meiner Meinung nach vollkommen realitätsfern und weder absehbar noch realistisch durchsetzbar. Daher muss hier mE eine andere – mit den gesellschaftlichen Verhältnissen zu vereinbarende – Lösung gefunden werden.

3. Lösungsansätze

Obwohl ein überwiegender Teil der Lehre dieser unpraktikablen Rechtsansicht zustimmt, lassen sich in der Lehre bloß zwei praktikable Lösungsansätze (*Zöchbauer, Thiele*) zu dieser folgenschweren Problematik finden. Deren Darstellung und der Entwicklung eines dritten Ansatzes dient das folgende Kapitel.

a) **Übertragbarkeit der vermögenswerten Aspekte von Persönlichkeitsrechten?**

Zöchbauer vertritt die Ansicht, dass die Wertungen des OLG Wien in der Anlassentscheidung zu § 7 Abs 2 Z 3 MedienG nicht allgemein auf den Bildnisschutz übertragen werden könnten. Es sei bei der Prüfung der Frage, ob eine wirksame Einwilligung in eine Verletzung berechtigter Interessen nach § 78 UrhG erfolgen könne, wie folgt zu differenzieren. Liege eine „*Verletzung berechtigter Interessen iSd § 78 Abs 1 UrhG in einer Beeinträchtigung des höchstpersönlichen Lebensbereichs iS des § 7 Abs 1 MedienG des abgebildeten Minderjährigen*“ vor, so sei „*die Einwilligungserklärung nicht durch den gesetzlichen Vertreter substituierbar*“.¹⁶² Wenn hingegen die konkrete Verletzung der berechtigten Interessen iSd § 78 Abs 1 UrhG etwa in der Nutzung eines Bildnisses eines Kindes für Werbezwecke liege und keine sonstige Beeinträchtigung von Persönlichkeitswerten vorliege, komme eine Substituierbarkeit der Einwilligungserklärung durch den gesetzlichen Vertreter durchaus in Betracht.¹⁶³

Zöchbauer stützt seine Ansicht auf die neuere oberstgerichtliche Rechtsprechung. Nach dieser haben mitunter die grundsätzlich nicht übertragbaren Persönlichkeitsrechte auch vermögensrechtliche Facetten.¹⁶⁴ So judiziert der OGH, dass „*der 'geldwerte Bekanntheitsgrad' als vermögenswerter Bestandteil eines aus § 16 ABGB ableitbaren Persönlichkeitsrechts*“ betrachtet werden kann. Im Anlassfall ging es um den Namen einer bekannten Person.¹⁶⁵

Überzeugend äußert sich dazu auch Korn. Dieser führt aus, dass unter der Annahme, dass ein Teil der menschlichen Persönlichkeit einer wirtschaftlichen Verwertung zugänglich ist und dieser Umstand von der Rechtsordnung geschützt wird, der Schutz dieser Position jeder Person – daher nicht bloß bekannten Persönlichkeiten – zukommen muss.¹⁶⁶

¹⁶² Zöchbauer, Zur Einwilligung in die Berichterstattung über Minderjährige, Anmerkung zu OLG Wien 18 Bs/63/15v, MR 4/2015, 182-184 (183).

¹⁶³ Zöchbauer, Zur Einwilligung in die Berichterstattung über Minderjährige, Anmerkung zu OLG Wien 18 Bs/63/15v, MR 4/2015, 182-184 (183).

¹⁶⁴ Zöchbauer, Zur Einwilligung in die Berichterstattung über Minderjährige, Anmerkung zu OLG Wien 18 Bs/63/15v, MR 4/2015, 182-184 (183).

¹⁶⁵ OGH 21.06.2010, 17 Ob 2/10h – Maria Treben - = EvBl-LS 2010/159 = MR 2010,371 = RdW 2010,770 = ecolex 2010,1173 (Adocker) = ÖBl 2011,19.; vgl auch OGH 24.02.1998, 4 Ob 368/97i.

¹⁶⁶ Korn S., Zur Kommerzialisierung von Persönlichkeitsmerkmalen und deren Anerkennung im Recht am eigenen Bild; MR 2013, 125 (132).

In einer weiteren Entscheidung entwickelt der OGH die Idee fort, und bejaht die Möglichkeit, Dritten Lizenzen am eigenen Namen sowie am eigenen Bild einzuräumen. *„Auch das Recht am eigenen Bild beinhaltet wie das Namensrecht eine vermögenswerte Komponente. Bei Benutzung des Bildes einer Person zu Werbezwecken werden auch die wirtschaftlichen Interessen dieser Person berührt/verletzt“*, so der OGH.¹⁶⁷ Auch bestätigt das Höchstgericht in dieser Entscheidung, dass die Übertragung höchstpersönlicher Rechte nicht wirksam vorgenommen werden kann. Der OGH betont allerdings, dass eine Person das Recht zur Verwendung der vermögenswerten Aspekte ihrer Persönlichkeitsrechte zu wirtschaftlichen Zwecken (etwa zu Werbezwecken) an eine andere Person übertragen und ihr auch das Recht einräumen kann, diese übertragenen Rechte im eigenen Namen gegen Eingriffe Dritter zu verteidigen. Als solch vermögenswerte Aspekte bezeichnet der OGH etwa wirtschaftliche Interessen des Namensträgers bzw das eigene Bild des Abgebildeten.¹⁶⁸

So kommt *Zöchbauer* zu dem Schluss, dass eine Zustimmung zur Veröffentlichung intimer Details nicht durch den gesetzlichen Vertreter sondern nur durch den einsichts- und urteilsfähigen Minderjährigen selbst erfolgen kann. Der gesetzliche Vertreter eines Kindes könne allerdings Zustimmungserklärungen in Bezug auf vermögenswerte Aspekte von Persönlichkeitswerten rechtswirksam abgeben.¹⁶⁹ Dies also etwa bei der Nutzung des Bildnisses eines Kindes für Werbezwecke, solange keine sonstige Beeinträchtigung von Persönlichkeitswerten vorliege.

Ich stimme *Zöchbauer* dahingehend zu, dass die grundsätzlich nicht übertragbaren Persönlichkeitsrechte mitunter auch übertragbare vermögensrechtliche Facetten haben. Allerdings ist mE der Schlussfolgerung *Zöchbauers*, dass der gesetzliche Vertreter eines Kindes rechtswirksame Zustimmungserklärungen für die Nutzung des das Kind abbildenden Bildnisses für Werbezwecke abgeben könne, solange keine sonstige Beeinträchtigung von Persönlichkeitswerten vorliege, nicht zu folgen. Dadurch würde meiner Meinung nach der Umfang und die Bedeutung des Persönlichkeitsrechts „Recht am eigenen Bild“ zu weit eingeschränkt.

Dass eine mündige erwachsene Person vermögenswerte Aspekte ihrer Persönlichkeitsrechte zu wirtschaftlichen Zwecken (etwa zu Werbezwecken) an eine

¹⁶⁷ OGH 31.10.2010, 4 Ob 124/10d.

¹⁶⁸ OGH 31.10.2010, 4 Ob 124/10d.

¹⁶⁹ *Zöchbauer*, Zur Einwilligung in die Berichterstattung über Minderjährige, Anmerkung zu OLG Wien 18 Bs/63/15v, MR 4/2015, 182-184 (184).

andere Person übertragen und ihr auch das Recht einräumen kann, diese übertragenen Rechte im eigenen Namen gegen Eingriffe Dritter zu verteidigen, ist nachvollziehbar. Ein Kind, das *per definitionem* nicht einsichts- und urteilsfähig ist, kann mE eine solche Rechteinräumung jedoch gerade nicht vornehmen. Auch der gesetzliche Vertreter kann, geht man von der Unvertretbarkeit der Zustimmung in Eingriffe dieser Persönlichkeitsrechte aus, solche Rechte nicht einräumen.

Auch, wie oben bereits unter II.A.2.b.iii. ausgeführt – bin ich der Ansicht, dass jede konsenslose Verwendung von Personenbildnissen berechnete Interessen des Abgebildeten iSd § 78 Abs 1 UrhG beeinträchtigt. Das scheint auch *Zöchbauer* implizit durch die Formulierung „sonstige Beeinträchtigung von *Persönlichkeitswerten*“ einzuräumen. Warum berechnete Interessen bei der Verwendung von Kinderfotos zur Nutzung vermögensrechtlicher Aspekte, etwa zu Werbezwecken, weniger schwer wiegen sollen als dann, wenn sonstige andere Persönlichkeitswerte (zusätzlich) beeinträchtigt sind, ist für mich nicht nachvollziehbar. Schon aus dem Grund, dass die Verwendung von Kinderfotos zu Werbezwecken deren berechnete Interessen iSd § 78 UrhG beeinträchtigen, dürfte für die Zustimmungserklärung zur Nutzung vermögensrechtlicher Aspekte des eigenen Bildes einer Person nichts anderes gelten, als für die Zustimmung zur Nutzung dieses Bildnisses selbst. Schließlich ist der vermögenswerte Bestandteil des eigenen Bildes mit dem Bild selber eng und untrennbar verbunden. Die vermögensrechtlichen Aspekte bzw Facetten oder Teilansprüche lassen sich mE nicht hinreichend klar von den Persönlichkeitsrechten im engeren Sinn abgrenzen.

Weiters muss vor Ergehen einer solchen Beurteilung mE angedacht werden, dass der gesetzliche Vertreter zwar in die Verwendung der Fotos ihrer Kinder zu Werbezwecken als vermögenswerte Aspekte ihrer Persönlichkeitsrechte rechtswirksam zustimmen könnten. Allerdings wäre jede andersartige Veröffentlichung dieser Bildnisse damit verboten, weil dort die Einwilligung nicht vertretbar wäre. Veröffentlichungen im Internet bzw generell Veröffentlichungen ohne vermögenswerte Gegenleistung wären also nicht möglich. Bei Bejahung der Argumentation *Zöchbauers* würde sich daher mE eine drastische Schutzlücke eröffnen.

Daher darf auch für eine Rechteinräumung vermögensrechtlicher Aspekte bzw Facetten analog zur Zustimmung in § 78 UrhG, § 7 Abs 3 MedienG oder einer Datenverarbeitung nach dem DSG nichts anderes gelten als für die Rechteinräumung des Persönlichkeitsrechtes selbst.

b) Herleitung der Vertretbarkeit durch Gesamtanalogie

Ich persönlich vertrete die Meinung, dass die Vertretungseignung einer Einwilligung in § 78 UrhG, § 7 Abs 3 MedienG oder eine Datenverarbeitung nach DSGVO in Zusammenschau mit der Regelung des § 173 ABGB, der die Zustimmung Minderjähriger in eine medizinische Heilbehandlung regelt, zu beurteilen ist. § 173 normiert explizit, dass wenn es in diesem Zusammenhang dem Betroffenen an der notwendigen Einsichts- und Urteilsfähigkeit mangelt, die Zustimmung der Person erforderlich ist, die mit dessen gesetzlicher Vertretung betraut ist. A. Kodek führt dazu aus, dass während es natürlich notwendig sei, dass der gesetzliche Vertreter eines (noch) nicht einsichts- und urteilsfähigen Minderjährigen für diesen wirksam einer Heilbehandlung zustimmen kann, für eine Zustimmung in eine die schutzwürdigen Interessen des Minderjährigen verletzende Bildnisveröffentlichung keine solche Notwendigkeit bestehe.¹⁷⁰

Dies ist mE anders zu sehen. Zwar ist augenscheinlich die Notwendigkeit, einer Heilbehandlung zuzustimmen höher als die, in Bildaufnahmen von Kindern und deren Veröffentlichung zuzustimmen. Gerade diese Notwendigkeit führt jedoch zu einem anderen Ergebnis. Wenn ein gesetzlicher Vertreter „sogar“ einem derart tiefgreifenden Eingriff wie einer Heilbehandlung des Kindes zustimmen darf, so muss dies iSd *argumentum a maiore ad minus* erst Recht für die Zustimmung in eine Veröffentlichung eines Kinderfotos gelten. Eine Heilbehandlung würde sonst in vielen Fällen geringeren Schutz genießen als die Veröffentlichung eines Kinderfotos. Daher muss mE konsequenterweise auch die Zustimmung in die Veröffentlichung eines Kinderfotos mit der gesetzlichen Vertretung vereinbar sein. Schließlich kann es nicht sein, dass zwar die Verfügung über dem höchstpersönlichen Lebensbereich zugehörige Rechte grundsätzlich mit einer gesetzlichen Vertretung für unvereinbar erklärt werden. Allerdings die Wertungen der Ausnahmen, wann doch eine gesetzliche Vertretung möglich ist, bloß nach der Notwendigkeit, in diese Persönlichkeitsrechte zuzustimmen und nicht nach den Wertungen der drohenden Eingriffe beurteilt werden.

¹⁷⁰ A. Kodek in Kucsko (Hrsg), urheber.recht § 78 UrhG 3.4.1 (Stand 1.12.2007, rdb.at) 1068ff.

c) Herleitung der Vertretbarkeit bei Wahrung des Kindeswohls

Meiner Meinung nach sollte im Zusammenhang mit der Vertretbarkeit der Zustimmung in Veröffentlichungen von Kinderfotos jedoch ganz grundsätzlich einer praktischeren Lösung Vorrang gegeben werden.

Daher bin ich der Meinung, dass hier der Ansatz *Thieles* überzeugt. Auch dieser stellt grundsätzlich auf die Einsichts- und Urteilsfähigkeit ab, spricht sich allerdings wohl am Wortlaut des Gesetzes festhaltend – für eine „praktische“ Lösung aus. Er vertritt die Ansicht, dass zwar das jeweilige Kind Grundrechtsträger und daher auch die Zustimmungserklärung höchstpersönlicher Natur sei. Allerdings komme bei nicht einsichts- und urteilsfähigen Minderjährigen eine Substitution durch die Obsorgeberechtigten sehr wohl in Betracht. Diese hätten aber bei jeder Entscheidung im Sinne des Kindeswohles zu handeln.¹⁷¹

Somit kann der gesetzliche Vertreter grundsätzlich der Veröffentlichung von Kinderfotos zustimmen. Er hat solche Zustimmungen jedoch stets im Lichte des Kindeswohls zu treffen. Selbstverständlich muss der gesetzliche Vertreter jeweils konkret entscheiden, ob durch die Veröffentlichung eines berechtigten Interesses des Kindes verletzenden Fotos iSd § 78 UrhG, für die Abbildung des Kindes in einem Medium oder für die Datenverarbeitung des Fotos des Kindes das Kindeswohl beeinträchtigt werden könnte. Der Begriff des Kindeswohls umfasst seit jeher jedenfalls das körperliche, geistige und seelische Wohlergehen eines Kindes.¹⁷² Ein bloßstellendes, peinliches oder intimes Foto eines Kindes wird diesem Wohlergehen daher zuwiderlaufen. Ein Foto eines „normal“ lachenden Kindes, in gesellschaftsüblicher Kleidung wird daher mE daher in aller Regel und egal welchem „unverfänglichen“ Medium veröffentlicht dem Kindeswohl nicht widersprechen. Mit „unverfänglich“ meine ich, dass sich Gegenteiliges natürlich aus Besonderheiten des jeweiligen Mediums (zB Zeitschrift mit „extremer“ Ausrichtung oder dergleichen) ableiten kann.

Der gesetzliche Vertreter muss sich daher iSd Einsichts- und Urteilsfähigkeit, im Einzelfall alle Folgen und Konsequenzen seiner Einwilligung bewusstmachen, bevor er diese rechtswirksam abgeben kann.

¹⁷¹ *Thiele*, Der Schutz personenbezogener Daten von Minderjährigen, insbesondere im schulischen Bereich, in *Jahnel (Hrsg)* in Jahrbuch Datenschutzrecht und E-Government, Wien 2012, 72-98, 81ff.

¹⁷² *Deixler-Hübner/Mayrhofer* in *Kletečka/Schauer*, ABGB-ON^{1.03} § 138 ABGB Rz 2 (Stand 01.03.2015, rdb.at)

V. Zusammenfassung

Es gibt kaum „harmlose“ Lichtbilder, die nicht von den Schutzvorschriften der §§ 78 UrhG, 7 MedienG sowie 1 ff DSGVO erfasst sind, weil sie keine berechtigten Interessen Minderjähriger berühren, nicht zur Bloßstellung durch ein Medium in der Öffentlichkeit geeignet sind bzw kein schutzwürdiges Interesse an ihrer Geheimhaltung besteht und die daher den höchstpersönlichen Lebensbereich von Kindern nicht zu verletzen geeignet sind.

Unproblematisch und „harmlos“ sind sowohl nach §§ 78 UrhG, 7 MedienG sowie 1 ff DSGVO bloß Fotos von Kindern, auf welchen diese nicht individualisierbar und damit unerkennbar (etwa von hinten abgebildet oder verschwommen in einer Masse) sind. Diese Fotos können daher auch ohne Zustimmung veröffentlicht werden.

Die Veröffentlichung aller anderen Kinderfotos im außerfamiliären Bereich bedarf hingegen grundsätzlich der Einwilligung des Betroffenen. Bei der Beurteilung der Gültigkeit einer solchen Zustimmung wird auf die Einsichts- und Urteilsfähigkeit der jeweiligen Person abgestellt. Nach der hL ist die Einwilligung eines Minderjährigen zur öffentlichen Verwertung seiner Person nicht substituierbar und kann bloß vom Betroffenen selbst gegeben werden.

Da die dargelegten Auswirkungen der konsequent durchgesetzten Rechtsansicht eine Welt ohne Kinderfotos bedeuten würde und eine solche meiner Meinung nach vollkommen realitätsfern und weder absehbar noch realistisch durchsetzbar wäre, habe ich versucht eine andere – gesellschaftlich verträgliche – Lösung zu finden.

Hier hat mich der Ansatz *Thieles* überzeugt. Dieser stellt grundsätzlich auf die Einsichts- und Urteilsfähigkeit ab, vertritt aber die Ansicht, dass obwohl das jeweilige Kind Grundrechtsträger und daher auch die Zustimmungserklärung höchstpersönlicher Natur sei, bei nicht einsichts- und urteilsfähigen Minderjährigen eine Zustimmung durch die gesetzlichen Vertreter sehr wohl in Betracht komme, solange diese bei jeder Entscheidung im Sinne des Kindeswohles handeln.¹⁷³

Ich bin der Meinung, dass diese Ansicht mit unserer heutigen Welt vereinbar ist und gleichzeitig die Rechte von Kindern an ihren Fotos achtet und durch ihre Orientierung

¹⁷³ *Thiele*, Der Schutz personenbezogener Daten von Minderjährigen, insbesondere im schulischen Bereich, in *Jahnel (Hrsg)* in Jahrbuch Datenschutzrecht und E-Government, Wien 2012, 72-98, 81ff.

am Kindeswohl zu schützen sucht. De lege ferenda wäre hier für die Zukunft eine Klarstellung durch den Gesetzgeber sowie eine mit der Realität vereinbare Regelung wünschenswert.

VI. Literaturverzeichnis , und Judikaturverzeichnis

A. Literaturverzeichnis

Monografien, Sammelbände, Kommentare

Berka, Walter in *Berka/Heindl/Höhne/Noll (Hrsg)*, Praxiskommentar MedienG³, Salzburg/Wien 2012

Berka, Walter in *Mayer (Hrsg)*, Persönlichkeitsschutz und Medienrecht, Wien 1999

Deixler-Hübner, Astrid /Mayrhofer, Mariella in *Kletečka/Schauer (Hrsg)*, §141 ABGB (Stand 01.03.2015, rdb.at), ABGB-ON^{1.03}, Wien 2015

Dillenz, Walter (Hrsg) Materialien zum österreichischen Urheberrecht, Wien 1986

Dohr, Walter /Pollirer, Hans-Jürgen /Weiss, Ernst M. /Knyrim, Rainer (Hrsg), DSGVO² online – Kommentar zum Datenschutzrecht, (Stand: 2.7.2014, rdb.at), Wien 2015

Fischer-Czermak, Constanze in *Kletečka/Schauer (Hrsg)*, §141 ABGB (Stand 01.03.2015, rdb.at), ABGB-ON^{1.03}, Wien 2015

Höhne, Thomas/Jung, Sascha /Koukal, Alexander /Streit, Georg (Hrsg), Urheberrecht für die Praxis – Alles, was Sie wissen müssen, Wien 2011

Jahnel (Hrsg) in Jahrbuch Datenschutzrecht und E-Government, Wien 2008

Jahnel, Dietmar (Hrsg), Jahrbuch Datenschutzrecht, Wien 2010

Jahnel, Dietmar (Hrsg); Datenschutz und E-Coverment, Jahrbuch 2012

Kodek, Anneliese, in *Kucsko (Hrsg)*, urheber.recht. Systematischer Kommentar zum Urheberrechtsgesetz, zu § 78 UrhG, Wien 2007

Kopetzki, Christian, Grundriss des Unterbringungsrechts³, Wien 2012

Korn, Gottfried/Neumayer, Johannes (Hrsg), Persönlichkeitsschutz im Zivil- und Wettbewerbsrecht, Wien 1991

Korn in Aicher, Josef/Holoubek, Michael (Hrsg), Das Recht der Medienunternehmen, Wien 1998

Kramer Ernst A., Juristische Methodenlehre, 4. Auflage, Bern 1998

Meyer-Ladewig, Jens, EMRK Handkommentar³, Baden-Baden 2011

Rami, Michael in Höpfel/Ratz (Hrsg), § 7 MedienG, Wiener Kommentar zum StGB (Stand: 1.7.2011, rdb.at).

Walter, Michel, Österreichisches Urheberrecht Handbuch I. Teil, Wien 2008

Zöchbauer, Peter in Röggl/Wittmann/Zöchbauer (Hrsg), Medienrecht Praxiskommentar Wien 2012

Beitrag in einer Zeitschrift

Dokalik, Dietmar, "Mein Baby ist ein Star!" Zum Recht des Kindes am eigenen Bild, FamZ 2006, 4-7

Fischer, Paul, Soziale Medien und private Homepages - Über das Einstellen von Bildern fremder Personen, AnwBl 2013, 476ff

Fischer-Czermak, Constanze, Zur Handlungsfähigkeit Minderjähriger nach dem Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001, ÖJZ 2002, 293f

Fischer-Czermak, Constanze, Einsichts- und Urteilsfähigkeit und Geschäftsfähigkeit, NZ 2004, 302ff

Gamerith, Helmut, Die Probleme des Bildnisschutzes aus der Sicht der Rechtsprechung, MR 4/1996, 130-132

Hopf, Gerhard/Weitzenböck, Johann, Schwerpunkte des Kindschaftsrechts-Änderungsgesetzes 2001, ÖJZ 2001, 530f

Höhne, Thomas, Wer kann über höchstpersönliche Rechte verfügen, ZIR 2015/3, 330-335

Korn Stephan, Zur Kommerzialisierung von Persönlichkeitsmerkmalen und deren Anerkennung im Recht am eigenen Bild; MR 2013, 125-133

Knoll, Martin, Zur datenschutzrechtlichen (Un)Zulässigkeit von Google Street View; jusIT 2010/10, 16-19

Marous, Michaela, Zur Zustimmungsfähigkeit Minderjähriger im Datenschutzrecht, EF-Z 2013/77, 105-109

Marous, Michaela, Public Shaming Minderjähriger - Rechtliche Grenzen für die Veröffentlichung bloßstellender Bilder im Internet, EF-Z 2013/160, 253 – 257

Seiss, Constanze/Raabe-Stuppnig, Katharina, Kinder und ihre Persönlichkeitsrechte im Internet, ZIR 2/2014, 100-105

Thiele, Clemens, Verwendung von Mitarbeiterfotos auf Firmenwebsites, wbl 2002, 397ff

Thiele, Clemens, Unbefugte Bildaufnahmen und ihre Verbreitung im Internet - braucht Österreich einen eigenen Paparazzi-Paragrafen, RZ 2007, 2 - 14

Thiele, Clemens, Neues zur Datenübermittlung im Konzern, Videoüberwachung & Co - Neuerliche Änderung der Standardanwendung SA032, jusIT 2012, 85ff

Verschraegen, Bea, Neu geboren, Mutter weg, kein Bildnisschutz?, MR 5/2003, 297-299

Zöchbauer, Peter, Schutz vor Lichtbildaufnahmen und deren Veröffentlichungen – Persönlichkeitsschutz an der Schnittstelle der § 16 ABGB, § 78 UrhG und auch des DSG, MR 6/2013, 255-258

Zöchbauer, Peter, Zur Einwilligung in die Berichterstattung über Minderjährige, Anmerkung zu OLG Wien 18 Bs/63/15v, MR 4/2015, 182-184

Beitrag in einem Sammelband

Hattenberger, Doris / Moser Birgit, Das Verwenden von Bilddaten: Datenschutz-"versus" Urheberrecht? in *Jahnel (Hrsg)*; Datenschutz und E-Government, Jahrbuch 2012

Jahnel, Dietmar, Begriff und Arten von personenbezogenen Daten, in *Jahnel (Hrsg)* in Jahrbuch Datenschutzrecht und E-Government, Wien 2008

Thiele, Clemens, Der Schutz personenbezogener Daten von Minderjährigen, insbesondere im schulischen Bereich, in *Jahnel (Hrsg)* in Jahrbuch Datenschutzrecht und E-Government, Wien 2012, 72-98

B. Judikaturverzeichnis:

EGMR

EGMR 24.06.2004, 59320/00 (von Hannover gegen Deutschland I)

EGMR 07.02.2012, 40660/08, 60641/08 (von Hannover gegen Deutschland II), MR 2012, 127 (*Korn/Walter*)

EGMR 04.12.2012, 6490/07 (Rothe gegen Österreich), MR 2013, 216 – 223 (*Windhager/Wukoschitz*)

DSB

DSK 24.10.2007, K121.273/0016-DSK/2007

OGH

OGH 20.10.1964, RS0078020

OGH 29.06.1971, 4 Ob 330/71 – *Weinwerbung*, SZ 44/104, ÖBI 1972, 47

OGH 25.05.1976, 4 Ob 38/76, ÖBI 1977, 22

OGH 25.05.1976, RS0077982

OGH 23.06.1981, 4 Ob 363/81 – *Ich liebe Toyota*, ÖBI 1982, 85

OGH 15.03.1988, 4 Ob 20/88 – *Lachen ist gesund*, ÖBI 1988, 162

OGH 14.03.1989, 4 Ob 5/89 – *Frau des Skandalrichters*, MR 1989, 54

OGH 30.01.1990, 4 Ob 161/89

OGH 03.04.1990, 4 Ob 16/90 – *Thomas Muster*, MR 1990, 141

OGH 06.12.1994, 4 Ob 127/94 – *Fußballerabziehbilder*, MR 1995, 109

OGH 16.05.1995, 14 Os 42/95, MR 1995, 172

OGH 23.09.1997, 4 Ob 184/97f – *Ernestine K.*, SZ 70/183, MR 1997, 302

OGH 24.02.1998, 4 Ob 368/97i

OGH 20.10.1998 4 Ob 275/98i

OGH 01.06.1999, 4 Ob 142/99g – *Miserabler Verleumder*, SZ 72/97, MR 1999, 215

OGH 13.09.1999, 4 Ob 163/99w – *Bonnie und Clyde*, MR 2000, 84 (*Korn*)

OGH 10.05.2005, 5 Ob 94/05t

OGH 02.10.2007, 4 Ob 105/07f – *Ahnungsloser Anleger*, MR 2007, 309 (*Zöchbauer*)

OGH 11.03.2008, 4 Ob 20/08g, MR 2008, 123 (*Korn*)

OGH 21.01.2009, 15 Os 175/08m, MR 2009, 11 (*Zöchbauer*)

OGH 21.06.2010, 17 Ob 2/10h – *Maria Treben*, EvBI-LS 2010/159, MR 2010,371, RdW 2010,770, ecolex 2010,1173 (*Adocker*), ÖBI 2011,19

OGH 10.08.2010, 1 Ob 121/10s, EFSlg 126.695

OGH 31.10.2010, 4 Ob 124/10d

OGH 17.02.2015, 4 Ob 261/14g, MR 3/2015 (*Rami*)

OGH 27.02.2013, 6 Ob 256/12h, EvBI 2013/104 (*Karner*)

OLG Wien

OLG Wien 20.02.1961 - *Das süße Leben von R.*, ÖBI 1961, 97 JRP 1996, 232 (*Berka*)

OLG Wien 4.03.2002, 18 Bs 20/02, MR 2002, 73

OLG Wien 27.8.2014, 17 Bs 25/14x, MR 5/2014, 236 (*Zöchbauer*)

OLG Wien 17.12.2014, 17 Bs 323/14w

OLG Wien 13.05.2015, 18 Bs 63/15v, MR 3/2015, 130 (*Röggla/Zöchbauer*)

DBVerfG

DBVerfG 15. 12. 1999, 1 BvR 653/96

Anhang

Zusammenfassung

Das OLG Wien kommt in seinem Urteil 18 Bs 63/15v vom 13.05.2015 zum Ergebnis, dass es sich sowohl bei einer Veröffentlichung iSd § 7 Abs 1 MedienG als auch bei einer Aufnahme iSd § 78 Abs 1 UrhG um eine höchstpersönliche Angelegenheit handle. Höchstpersönliche Rechte seien mit einer gesetzlichen Vertretung unvereinbar, daher die Einwilligung eines Kindes zur öffentlichen Verwertung seiner Person ist vertretungsfeindlich. Eine solche Einwilligung könne bloß vom einsichts- und urteilsfähigen Betroffenen selbst gegeben werden.

Wesentliches Ziel dieser Masterarbeit ist, die rechtlichen Grenzen für die Veröffentlichung von Fotos Minderjähriger zu erarbeiten und herauszuarbeiten, ob und unter welchen Voraussetzungen Kinderfotos veröffentlicht werden dürfen. Daher werden in dieser Arbeit zuerst die Bildnisse schützenden Rechtsvorschriften der §§ 78 UrhG, 7 MedienG sowie 1ff DSG umrissen und erörtert, wie weit der Schutzbereich der genannten Vorschriften geht und ob es „harmlose“ Lichtbilder gibt, die von diesen nicht erfasst sind. Danach geht die Arbeit der Frage nach, ob die Einwilligung in Veröffentlichungen von Fotos nach §§ 78 UrhG, 7 MedienG sowie 1ff DSG tatsächlich einheitlich beurteilt und bejahendenfalls, ob hier tatsächlich auf die Einsichts- und Urteilsfähigkeit Minderjähriger und auf die Unvertretbarkeit der Zustimmung abgestellt werden soll. Danach erfolgt eine Zusammenfassung und kritische Beleuchtung der durchaus differenzierten Lehrmeinungen sowie der Judikatur in diesem Bereich. Hier werden auch die weitreichenden praktischen Folgen der in der Entscheidung 18 Bs 63/15v des OLG Wien vom 13.05.2015 vertretenen Rechtsansicht dargestellt. Deren Folge wäre, dass tatsächlich weder die Eltern noch die nicht einsichts- und urteilsfähigen Minderjährigen selber in die Veröffentlichung ihrer Fotos zustimmen könnten.

Die Folge wäre nicht nur das Ende der Bildberichterstattung über Minderjährige, von Kinderwerbung und Kinderfotos auf diversen sozialen Plattformen sondern auch das Ende des Online-Selbstauftritts nicht einsichts- und urteilsfähiger Minderjähriger. Schließlich soll meine Arbeit eine mit der heutigen Welt vereinbare und praktische Lösung und Antwort auf die Frage der Zustimmung in die Veröffentlichung von Fotos nach § 78 UrhG, § 7 MedienG sowie § 1ff DSG sowie deren Vertretungseignung finden.