



universität
wien

MASTER THESIS

Titel der Master Thesis / Title of the Master's Thesis

„Rechtliche Rahmenbedingungen von Kinderfotos“

verfasst von / submitted by

Mag. iur. René Bruckner

angestrebter akademischer Grad / in partial fulfilment of the requirements for the degree of

Master of Laws (LL.M.)

Wien, 2019 / Vienna 2019

Studienkennzahl lt. Studienblatt /
Postgraduate programme code as it appears on
the student record sheet:

UA 992 942

Universitätslehrgang lt. Studienblatt /
Postgraduate programme as it appears on
the student record sheet:

Informations- und Medienrecht

Betreut von / Supervisor:

Dr. Peter Zöchbauer

Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	V
1. Einleitung	1
2. Gesetzliche Rahmenbedingungen	3
2.1. Verfassungsrechtliche Vorgaben und grundrechtliche Ansätze	3
2.1.1. Europäische Menschenrechtskonvention	3
2.1.2. UN-Kinderrechtskonvention	5
2.1.3. BVG Kinderrechte	7
2.1.4. Grundrecht auf Datenschutz	9
2.2. Persönlichkeitsrechte	10
2.2.1. Allgemeines	10
2.2.2. Recht am eigenen Bild.....	11
Exkurs 1: Entscheidungsfähigkeit (Einsichts- und Urteilsfähigkeit)	19
Exkurs 2: Minder- und Volljährigkeit	19
2.3. Datenschutzgrundverordnung.....	21
2.3.1. Allgemeines	21
2.3.2. Sachlicher und Räumlicher Anwendungsbereich.....	22
2.3.2.1. Allgemeines	22
2.3.2.2. Ausnahmen vom Anwendungsbereich	23
2.3.3. Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung	25
2.4. Bildverarbeitung im Datenschutzgesetz	28
2.5. Mediengesetz	29
3. Rechts- und Interessenvertretung	34
3.1. Partei- und Prozessfähigkeit	34
3.2. Gesetzlicher Vertreter	36
3.3. Privatanklagedelikt	37

4. Rechtsdurchsetzung.....	41
4.1. Zuständigkeit	41
4.2. Datenschutzrechtliche Ansprüche	41
4.2.1. Recht auf Widerruf	42
4.2.2. Recht auf Löschung	42
4.3. Zivilrechtliche Ansprüche	44
4.3.1. Allgemeines	44
4.3.2. ABGB	44
4.3.3. Urheberrechtsgesetz.....	45
4.3.3.1. Unterlassungsanspruch	46
4.3.3.2. Beseitigungsanspruch	47
4.3.3.3. Urteilsveröffentlichung.....	47
4.3.3.4. Schadenersatz	48
4.4. Medienrechtliche Ansprüche	48
5. Conclusio	50
Literaturverzeichnis	X
Judikaturverzeichnis	XV
Abstract	XX

Abkürzungsverzeichnis

2. ErwSchG	59. Bundesgesetz, mit dem das Erwachsenenvertretungsrecht und das Kuratorenrecht im Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch geregelt werden und das Ehegesetz, das Eingetragene Partnerschaft-Gesetz, das Namensänderungsgesetz, das Bundesgesetz über Krankenanstalten und Kuranstalten, das Außerstreitgesetz, die Zivilprozessordnung, die Jurisdiktionsnorm, das Rechtspflegergesetz, das Vereinssachwalter-, Patientenanwalts- und Bewohnervertretergesetz, das Unterbringungsgesetz, das Heimaufenthaltsgesetz, die Notariatsordnung, die Rechtsanwaltsordnung, das Gerichtsgebührengesetz und das Gerichtliche Einbringungsgesetz geändert werden (2. Erwachsenenschutz-Gesetz – 2. ErwSchG)
aA	andere Ansicht
ABGB	Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch JGS 946
Abs	Absatz
AEMR	Allgemeine Erklärung der Menschenrechte
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union BGBl III 1999/86
aF	alte Fassung
Arb	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
Art	Artikel
ausf	ausführlich
Bf	Beschwerdeführer, -in
BlgNR	Beilage, -n zu den stenographischen Protokollen des Nationalrats
BVG	Bundesverfassungsgesetz
BVG Kinderrechte	Bundesverfassungsgesetz über die Rechte von Kindern BGBl I 2011/4
bzgl	bezüglich
CR	Computer und Recht
CRC/C/GC/12	Allgemeine Bemerkung Nr. 12 (2009) zum Übereinkommen über die Rechte des Kindes
DIN	Deutsches Institut für Normung
DRdA	Das Recht der Arbeit
DSB	Datenschutzbehörde
DSG	Bundesgesetz zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten (Datenschutzgesetz – DSG) BGBl I 1999/165

DSGVO	Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung)
DSRL	Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutzrichtlinie)
dZPO	Deutsche Zivilprozessordnung
E	Entscheidung, -en
Einf	Einführung
EFSI _g	Ehe- und familienrechtliche Entscheidungen
EG	Europäische Gemeinschaft, -en
EGMR	Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte
Einl	Einleitung
EMRK	Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten BGBl 1958/2019
Erläut	Erläuterung, -en
ErläutRV	Erläuterungen zur Regierungsvorlage
ErwGr	Erwägungsgrund
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen, veröffentlicht in der österreichischen Juristen-Zeitung
FamZ	Interdisziplinäre Zeitschrift für Familienrecht
FS	Festschrift
ff	und der, die folgenden
G	Gesetz
gem	gemäß
ggf	gegebenenfalls
GP	Gesetzgebungsperiode
GRC	Charta der Grundrechte der Europäischen Union 2000/C 364/01
grds	grundsätzlich
GRUR Int	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, Internationaler Teil
hM	herrschende Meinung
Hrsg	Herausgeber
IA	Initiativantrag

idR	in der Regel
insb	insbesondere
IPbpR	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte
iSd	im Sinne des, - der
iVm	in Verbindung mit
iZm	im Zusammenhang mit
iZw	im Zweifel
JN	Gesetz vom 1. August 1895, über die Ausübung der Gerichtsbarkeit und die Zuständigkeit der ordentlichen Gerichte in bürgerlichen Rechtssachen (Jurisdiktionsnorm – JN) RGBI 1895/111
Jud	Judikatur
jusIT	Fachzeitschrift für Rechtsinformation, Datenschutz und IT-Recht
KindRÄG 2001	Bundesgesetz, mit dem das allgemein bürgerliche Gesetzbuch, das Ehegesetz, das Unterhaltsvorschussgesetz, die Jurisdiktionsnorm, die Zivilprozessordnung, das Außerstreitgesetz, das Rechtspflegergesetz, die Exekutionsordnung, das Personenstandsgesetz, das Bundesgesetz über das Internationale Privatrecht, das Gerichtsgebührengesetz, die Vierte Durchführungsverordnung zum Ehegesetz, das Jugendwohlfahrtsgesetz 1989, das Bankwesengesetz und das Krankenanstaltengesetz geändert werden (Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001 – KindRÄG 2001)
KRK	Übereinkommen über die Rechte der Kinder BGBl 1993/7 idF BGBl 1993/437
KUG	Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie
lit	Litera
Lit	Literatur
MedienG	Bundesgesetz vom 12. Juni 1981 über die Presse und andere publizistische Medien (Mediengesetz – MedienG) BGBl 1981/314
mE	meines Erachtens
MR	Medien und Recht
MS	Mitgliedstaat
mwN	mit weiteren Nachweisen
NLMR	Newsletter Menschenrechte
ÖBl	Österreichische Blätter für gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht
ÖBl-LS	ÖBl-Leitsätze

OGH	Oberster Gerichtshof
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
ÖJZ-LSK	Leitsatzkartei in der ÖJZ
OLG	Oberlandesgericht
RdM	Recht der Medizin
RdM-LS	Recht der Medizin – Rechtsprechung in Leitsätzen
RdW	Österreichisches Recht der Wirtschaft
RGBI	Reichsgesetzblatt
RS	Rechtssatz
Rz	Randziffer, Randzahl
RZ	Österreichische Richterzeitung
s	siehe
sog	sogenannt, -e, -er, -es
SSt	Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Strafsachen und Disziplinarangelegenheiten
StA	Staatsanwalt, -schaft
StGB	Bundesgesetz vom 23. Jänner 1974 über die mit gerichtlicher Strafe bedrohten Handlungen (Strafgesetzbuch – StGB) BGBl 1974/60
StPO	Strafprozessordnung 1975 (StPO) BGBl 1975/631
stRsp	ständige Rechtsprechung
SZ	Sammlung Zivilsachen
ua	und andere, -s; unter andere(n), unter anderem
UN	United Nations (Vereinte Nationen)
UrhG	Bundesgesetz über das Urheberrecht an Werken der Literatur und an der Kunst und über verwandte Schutzrechte (Urheberrechtsgesetz) BGBl 1936/111
usw	und so weiter
uU	unter Umständen
va	vor allem
VbR	Zeitschrift für Verbraucherrecht
vgl	vergleiche
Vor	Vorbemerkungen
VfGH	Verfassungsgerichtshof
VwGH	Verwaltungsgerichtshof
wbl	wirtschaftsrechtliche blätter, Zeitschrift für österreichisches und europäisches Wirtschaftsrecht
Zak	Zivilrecht aktuell

ZAS	Zeitschrift für Arbeitsrecht und Sozialrecht
zB	zum Beispiel
ZD	Zeitschrift für Datenschutz
ZIIR	Zeitschrift für Informationsrecht
ZIIR-Slg	Judikat-Sammlung in der ZIIR
ZPO	Gesetz vom 1. August 1895, über das gerichtliche Verfahren in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten (Zivilprozessordnung - ZPO) RGBI 1985/113
ZTR	Zeitschrift für Energie- und Technikrecht
zust	zustimmend
ZUM-RD	Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht - Rechtsprechungsdienst
ZVR	Zeitschrift für Verkehrsrecht

1. Einleitung

Bis vor wenigen Jahren war es noch üblich – und von vielen wird es auch noch weiterhin so gehandhabt – das Heranwachsen und die Entwicklung seiner Kinder in Fotoalben festzuhalten. Diese wurden weitestgehend im kleinen Kreis – ua bei Familientreffen, aber auch zwischendurch – gezeigt, um sich an vergangene Momente zu erinnern. Dadurch blieben sie einem selbst ausgewählten Personenkreis vorbehalten.

Doch heutzutage werden aufgrund von sozialen Medien und der Schnellebigkeit des Internets teilweise alle Bereiche des höchstpersönlichen Lebens mit dem Rest der Menschheit geteilt, sie erstellen sich ein digitales Fotoalbum. Darunter sind natürlich auch Kinderfotos, welche die Elternteile auf ihren Profilen online stellen. Hierbei kann es sich um das erste Schaumbad, das erste Mal aufs „Töpfchen“ gehen, den ersten Kindergarten tag, ein Familienfest, den ersten Schultag usw handeln. Es stellt sich nun die Frage, aus welchen Gründen man diese Fotos veröffentlicht.

Die Gründe hierfür können vielfältig sein. Einerseits möchten die Eltern den Stolz, den ihre Kinder hervorrufen, zeigen, andererseits kann es einfach die Lust sein, Fotos online zu stellen, die hervorgerufenen Reaktionen zu verfolgen und sog „Likes“ zu sammeln. Welchen Schaden diese Fotos eventuell verursachen und hiermit auch die Rechte Minderjähriger sowie deren Interessen beeinträchtigt werden können, wird oftmals nicht erkannt, in Kauf genommen oder schlichtweg ignoriert. Dürfen Eltern so einfach die Fotos ihrer Kinder in den sozialen Medien veröffentlichen?

Bisher wurde immer davon ausgegangen, dass für die Veröffentlichung von Fotos Minderjähriger der jeweilige gesetzliche Vertreter die Einwilligung hierfür geben konnte.

Der OGH hat in seiner E¹ festgehalten, dass höchstpersönliche Rechte mit einer gesetzlichen Vertretung unvereinbar sind. Die Einwilligung zu einer Veröffentlichung des Bildes kann nur das betroffene Kind selbst geben, wobei hier auf die Entscheidungsfähigkeit²

¹ OGH 15 Os 176/15v, *Fenstersturz eines Kindes II*, MR 2016, 10 (Zöchbauer) = Zak 2016/81, 43.

² Der Begriff Einsichts- und Urteilsfähigkeit wurde mit 01.07.2018 (aufgrund des 2. ErwSchG) durch den in § 24 Abs 2 ABGB normierten Begriff Entscheidungsfähigkeit ersetzt, wobei inhaltliche Änderungen dadurch aber nicht verbunden sind.

(Einsichts- und Urteilsfähigkeit) abzustellen ist. Mit einfachen Worten, Kinder haben das Recht, in allen Angelegenheiten, die sie betreffen, gehört zu werden.³

Meine Masterthesis geht in Bezug auf Kinderfotos samt dazugehöriger Begleittexte der Frage nach, welche Rechte Minderjährige grds besitzen und wie diese im Falle einer Verletzung gesetzlich geltend gemacht werden können. Es sollen die rechtlichen Rahmenbedingungen bei Fotos Minderjähriger, die komplexe und schwierige Thematik der Rechts- und Interessenvertretung sowie etwaiger Rechtsansprüche, insb gegenüber ihren Eltern und somit dem gesetzlichen Vertreter abgebildet werden. Dies wird aus dem Blickwinkel des Datenschutz-, Medien- und Urheberrecht betrachtet.

Zunächst werden die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen und die Persönlichkeitsrechte, die jeder Mensch besitzt, insb das Recht am eigenen Bild (Bildnisschutz), dargestellt. Ein wichtiger Punkt, der bei der Veröffentlichung von Fotos Minderjähriger eine wesentliche Rolle spielt, ist die Einwilligung. Dabei wird erörtert, wie sich die Literatur mit dem Thema der Einwilligung iZm der Entscheidungsfähigkeit (Einsichts- und Urteilsfähigkeit) auseinandersetzt und inwieweit es unterschiedliche Ansätze hierzu gibt.

Anschließend wird auf die Datenschutzgrundverordnung eingegangen. Dabei wird gezeigt, ob personenbezogene Daten hier verarbeitet werden und inwieweit diese Verordnung Rechte für die Veröffentlichung von Fotos bereitstellt. Dabei wird auch auf die sog Haushaltsausnahme Bezug genommen, ob überhaupt und wann ein Anwendungsbereich der Datenschutzgrundverordnung vorliegt.

Im letzten Teil dieser Arbeit wird die Rechts- und Interessenvertretung sowie die Rechtsdurchsetzung behandelt. Dargelegt wird, wer für die Rechtsvertretung Minderjähriger zuständig ist, in welchem Umfang Minderjährigen Partei- und Prozessfähigkeit zukommt, ob diesem Personenkreis die Möglichkeit eines Privatanklagedelikts zusteht, und welche unterschiedlichen Ansprüche aus der Nichteinhaltung gesetzlicher Bestimmungen, geltend gemacht werden können.

³ Vgl auch Art 12 KRK.

2. Gesetzliche Rahmenbedingungen

2.1. Verfassungsrechtliche Vorgaben und grundrechtliche Ansätze

2.1.1. Europäische Menschenrechtskonvention

Achtung des Privatlebens

Die Menschenrechtskonvention enthält mit Art 8 eine in einem Grundrecht zusammengefasste spezielle Garantie des Schutzes der Privatsphäre, welche ausdrücklich einen Anspruch auf Achtung des Privatlebens, des Familienlebens, der Wohnung und des Briefverkehrs gewährleistet.⁴ Das Recht auf Achtung des Privatlebens bedeutet, dass der Staat nicht in sie eingreifen darf, sofern nicht die Ausnahmen des Abs 2 vorliegen; es bedeutet aber zugleich, dass eine Verletzung in einem Nichtstun bestehen kann, weil sich aus dem Artikel positive Schutz- und Gewährleistungspflichten des Staates ergeben.⁵ Für den Staat besteht dahingehend die Verpflichtung, Maßnahmen zu setzen, dass durch einen wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz und die Durchsetzung von Maßnahmen zum Schutz der Rechte Einzelner, die Achtung des Privat- und Familienlebens gewährleistet wird.⁶

Alle natürlichen Personen sind Grundrechtsträger aus Art 8 EMRK.⁷ Da die Gewährleistungen weder eine explizite Altersgrenze noch eine Grundrechtsmündigkeit voraussetzen, so haben auch Minderjährige einen solchen Schutzanspruch.⁸

Art 8 EMRK bietet dem EGMR ein Anwendungsgebiet für kinderrechtliche Fragestellungen, vor allem Bezug auf den Schutz des Familienlebens als auch die Verhältnismäßigkeit von Eingriffen zum Wohl des Kindes.⁹ Allgemein ist anerkannt, dass Art 8 EMRK sowohl die Beziehung zwischen Eltern und Kindern als auch jene zwischen den Eltern erfasst, hierbei sich aber nicht im Schutz der Kleinfamilie erschöpft.¹⁰ Zwischen Kindern aus einer Beziehung, die unter das Familienleben fällt, und ihren Eltern besteht von der Geburt an

⁴ *Grabenwarter/Pabel*, Europäische Menschenrechtskonvention⁶ (2016) § 22 Rz 1.

⁵ *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer* (Hrsg), EMRK. Europäische Menschenrechtskonvention⁴ (2017) Artikel 8 Rz 2.

⁶ *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 8 Rz 2.

⁷ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 22 Rz 3; *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 8 Rz 9.

⁸ *Wiederin*, Schutz der Privatsphäre, in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte in Österreich und Europa Band VII/1² (2014) § 10 Rz 9.

⁹ *Sax*, Kinderrechte, in *Heißl* (Hrsg), Handbuch Menschenrechte (2009) 542 (546).

¹⁰ *Wiederin* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* § 10 Rz 54.

ein Band, dass nur durch außergewöhnliche Umstände wieder zerrissen werden kann und das unabhängig davon besteht, ob das Familienleben der Eltern noch aufrecht ist oder nicht.¹¹

Der Begriff des Privatlebens iSd Art 8 EMRK umfasst sämtliche Aspekte der Identität einer Person, ihre Abbildung oder die körperliche und seelische Unversehrtheit.¹² Hierbei handelt es beim Recht am eigenen Bild um eine der wesentlichen Elemente der Entfaltung der Persönlichkeit, in welcher der Einzelne das Recht haben muss, die Nutzung seines Bildnisses zu kontrollieren, einschließlich dem Recht, dessen Veröffentlichung zu untersagen.¹³

Rechtliches Gehör

Der Anspruch auf rechtliches Gehör ist ausdrücklich in Art 6 Abs 1 EMRK geregelt. Dieser Grundsatz räumt jedem durch eine prozessrechtliche Entscheidung in seinen Rechten Betroffenen einen Anspruch darauf ein, im Prozess zum Gegenstand der Entscheidung gehört zu werden, dessen Wurzeln in der Achtung und Würde der menschlichen Persönlichkeit liegen und es verbietet, den Menschen zu einem bloßen Objekt des Verfahrens zu machen.¹⁴ Anwendung findet Art 6 Abs 1 EMRK auf Verfahren über Streitigkeiten über zivilrechtliche Ansprüche und Verpflichtungen sowie auf Verfahren über die Stichhaltigkeit einer strafrechtlichen Anklage.¹⁵ In Art 47 und Art 48 GRC finden sich entsprechende Verfahrensgarantien, ohne den Anwendungsbereich des Art 6 EMRK einzuschränken.¹⁶

¹¹ *Wiederin* in *Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* § 10 Rz 57.

¹² *Zemann* in *Dokalik/Zemann* (Hrsg), Österreichisches und internationales Urheberrecht⁷ (2018) § 78 E 209; EGMR 07. 02. 2012, 40660/08, 60641/08 (Große Kammer), v. *Hannover II* MR 2012, 127 (*Windhager*); EGMR 04. 12. 2012, 6490/07, *Rothe gegen Österreich* MR 2013, 216 (*Windhager/Wukoschitz*); vgl auch *Jahnel/Pallwein-Prettner/Marzi*, Datenschutzrecht² (2018) 26.

¹³ *Zemann* in *Dokalik/Zemann*, Urheberrecht⁷ § 78 E 210; EGMR 07. 02. 2012, 40660/08, 60641/08 (Große Kammer), v. *Hannover II* MR 2012, 127 (*Windhager*); EGMR 04. 12. 2012, 6490/07, *Rothe gegen Österreich* MR 2013, 216 (*Windhager/Wukoschitz*).

¹⁴ *Konecny* in *Fasching/Konecny* (Hrsg), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen³ (2015) II/1 Einl Rz 50; *Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts⁹ (2017) Rz 482.

¹⁵ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 4.

¹⁶ *Grabenwarter/Pabel*, EMRK⁶ § 24 Rz 3.

2.1.2. UN-Kinderrechtskonvention

Am 20. November 1989 wurde die UN-Kinderrechtskonvention von der UN-Generalversammlung angenommen, welche am 2. September in Kraft getreten ist.¹⁷ Bis auf die Vereinigten Staaten von Amerika sind der UN-Kinderrechtskonvention alle UN-Mitgliedstaaten beigetreten (kein anderes Übereinkommen wurde von so vielen Staaten unterzeichnet und angenommen).¹⁸ Die KRK leistet damit einen zentralen emanzipatorischen Beitrag, indem sie eine kinderrechtliche Perspektive einfordert, in welcher die Kinder als eigenständige, kompetente Individuen betrachtet werden, deren spezifische Bedürfnisse und Ansprüche im Hier und Jetzt (und eben nicht erst nach Erreichen der Volljährigkeit) mit Mitteln des Rechts zu schützen sind.¹⁹

Mitspracherecht und rechtliches Gehör

Einer Schlüsselrolle kommt dem Art 12 KRK zu, welcher sich mit der rechtlichen und sozialen Lage von Kindern befasst, die zwar noch keine vollständige Selbstständigkeit wie Erwachsene genießen, aber dennoch Träger von Rechten sind.²⁰ Nach Art 12 Abs 1 KRK hat jedes Kind das Recht, seine Meinung frei zu äußern; dies bedeutet, dass das Kind keinem Druck ausgesetzt werden darf und selbst entscheiden kann und darf, ob und mit welchem Inhalt es sich äußern möchte.²¹ Dem Kind sind ausreichend Informationen bereitzustellen, um seine Meinung überhaupt bilden und auch ausdrücken zu können.²² Dieses Informationsrecht ist eine unabdingbare Voraussetzung für eine aufgeklärte Entscheidung, wobei das Kind hierbei nicht über jeden einzelnen Aspekt aufgeklärt werden muss, sondern es genügt, wenn dem Kind diejenigen Informationen mitgeteilt werden, die es benötigt, um einen Überblick und ein ausreichendes Verständnis seiner Angelegenheiten entwickeln und sich selbst eine Meinung zu dem Thema bilden kann.²³ Primär ist derjenige informationspflichtig, welcher das Kind anhört, subsidiär kann die Information auch durch die Eltern oder die Obsorgeberechtigten erfolgen.²⁴

¹⁷ *Sternthal*, Mein Recht, dein Recht. Österreichisches Recht für Kinder und Jugendliche (2017) 33.

¹⁸ *Sternthal*, Mein Recht, dein Recht 34.

¹⁹ *Sax* in *Heißl* 544.

²⁰ *Schmahl*, Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen² (2017) Artikel 12 Rz 1.

²¹ *Schmahl*, Kinderrechtskonvention² Art 12 Rz 5; CRC/C/GC/12 (2009) Rz 22 f.

²² *Schmahl*, Kinderrechtskonvention² Art 12 Rz 6; CRC/C/GC/12 Rz 25.

²³ *Schmahl*, Kinderrechtskonvention² Art 12 Rz 6; CRC/C/GC/12 Rz 21, 25.

²⁴ *Schmahl*, Kinderrechtskonvention² Art 12 Rz 6; CRC/C/GC/12 Rz 25.

Die Meinungsbildungsfähigkeit des Kindes wird in Art 12 Abs 1 KRK nicht definiert, ebenso wenig, dass auch ein Mindestalter hier nicht festgelegt wird, ab welchem das Recht zur Meinungsäußerung wahrgenommen werden kann.²⁵ Dies wird damit begründet, dass Kinder auch schon in jungen Jahren fähig sind, sich eine eigene Meinung zu bilden, auch wenn sie diese noch nicht sprachlich äußern können.

In allen Angelegenheiten (und diese Bestimmung ist weit auszulegen), welche das Kind betreffen, muss dem Kind ein Mitspracherecht eingeräumt werden. Darunter sind all jene Belange zu verstehen, die das Kind in seiner unmittelbaren Umgebung berühren, insb innerfamiliäre Angelegenheiten, in der es über eigene Entscheidungsbereiche verfügt.²⁶ Festzuhalten ist hier, dass das Kind von den Angelegenheiten selbst berührt sein muss, denn durch diese Einschränkung soll ausgedrückt werden, dass die Konvention kein allgemeines politisches Mandat für Kinder verfolgt.²⁷ Zusätzlich zu dem, dass ein Kind gehört werden muss, so sind auch ihre Meinung im Entscheidungsfindungsprozess angemessen zu berücksichtigen; dies bedeutet, dass auf die geäußerte Meinung ernsthaft und sorgfältig Bedacht zu nehmen ist, und diese Berücksichtigung entsprechend dem Alter und der Reife des Kindes zu erfolgen hat.²⁸

Art 12 Abs 2 KRK normiert das Recht auf rechtliches Gehör vor der Verwaltung und den Gerichten; dabei sind die Voraussetzungen des Art 12 Abs 1 KRK zu berücksichtigen.²⁹ An dieser Stelle sei festzuhalten, dass das Recht auf rechtliches Gehört ein Recht darstellt und keine Pflicht, dh, es darf ua auch schweigen.³⁰

Wie bereits dargelegt, ist dem Kind in allen es berührenden Angelegenheiten eine Beteiligung an Entscheidungen zuzugestehen, und hier der wichtigste Lebensbereich des Kindes in der Familie liegt.³¹

²⁵ *Schmahl*, Kinderrechtskonvention² Art 12 Rz 8; CRC/C/GC/12 Rz 21, 44.

²⁶ *Schmahl*, Kinderrechtskonvention² Art 12 Rz 9.

²⁷ *Schmahl*, Kinderrechtskonvention² Art 12 Rz 9; CRC/C/GC/12 Rz 27.

²⁸ *Schmahl*, Kinderrechtskonvention² Art 12 Rz 10; CRC/C/GC/12 Rz 28.

²⁹ *Schmahl*, Kinderrechtskonvention² Art 12 Rz 11.

³⁰ *Schmahl*, Kinderrechtskonvention² Art 12 Rz 11; CRC/C/GC/12 Rz 58.

³¹ *Schmahl*, Kinderrechtskonvention² Art 12 Rz 21.

Durch Art 12 KRK werden Garantien aufgestellt, die in keinem früheren internationalen Vertrag über Menschenrechte in diesem Umfang enthalten sind.³² Auf europäischer Ebene hat sich seit dem Inkrafttreten der KRK das Mitspracherecht des Kindes durchgesetzt und der EGMR in sorge- und umgangsrechtlichen Streitigkeiten mehrfach an Art 12 KRK festgehalten hat, dass Kinder, auch wenn sie jung sind, diese entsprechend ihrer Einsichtsfähigkeit und Reife ein Mitspracherecht zukommt.³³

Schutz der Privatsphäre

Art 16 KRK garantiert den speziellen Bereich der individuellen Existenz und Selbstbestimmung, der sich nicht mit der Freiheits- und Privatsphäre überschneidet und wurde wörtlich aus Art 12 AEMR sowie Art 17 IPbpR übernommen.³⁴ Vom Schutzbereich des Art 16 KRK werden fünf verschiedene Lebensbereiche des Kindes erfasst, wobei Alternative 1 Privatleben als Auffanggrundrecht anzusehen ist, dabei versteht man alle Erscheinungsformen des Auslebens, des Ausdrucks und der Kundgebung von Privatem.³⁵ Weiters fallen äußere identitätsbildende Faktoren wie der Name, sein Auftreten, seine Kleidung oder seine Frisur sowie innere Vorgänge wie Gefühle und Gedanken darunter.³⁶ Da aber bereits zahlreiche der hier angesprochenen Aspekte nicht nur von Garantien des Art 16 Abs 1 KRK, sondern auch von anderen Artikeln der KRK erfasst sind, kommt dem Schutz des Privatlebens iSv Art 16 Abs 1 KRK insgesamt nur eine marginale Rolle zu.³⁷

2.1.3. BVG Kinderrechte

In Österreich wurden die Kinderrechte 1992 vollinhaltlich anerkannt, 2011 in der Verfassung verankert und da diese Rechte in einem Bundesverfassungsgesetz (BVG Kinderrechte) festgeschrieben wurden, die Behörden und Gerichte verpflichtet sind, diese Rechte in alle Kinder betreffende Entscheidungen einzubeziehen.³⁸ Inhalt dieses BVG

³² *Schmahl*, Kinderrechtskonvention² Art 12 Rz 28; CRC/C/GC/12 Rz 1.

³³ *Schmahl*, Kinderrechtskonvention² Art 12 Rz 29, 30; EGMR 23. 09. 1994, 19823/92, *Hokkanen* Rz 61 ÖJZ 1995, 271.

³⁴ *Schmahl*, Kinderrechtskonvention² Art 16 Rz 1.

³⁵ *Schmahl*, Kinderrechtskonvention² Art 16 Rz 2.

³⁶ *Schmahl*, Kinderrechtskonvention² Art 16 Rz 2.

³⁷ *Schmahl*, Kinderrechtskonvention² Art 16 Rz 2.

³⁸ *Sternthal*, Mein Recht, dein Recht 35.

Kinderrechte sind insgesamt acht Bestimmungen, welche verschiedenste Rechte des Kindes normiert und mit einem besonderen Schutz vor Beschränkungen ausstattet.³⁹

Daraus geht hervor, dass der Umfang des BVG Kinderrechte einen Mittelweg zwischen den insgesamt 54 Bestimmungen der KRK und dem deutlich reduzierten Modell der GRC bzgl Kinderrechte geht.⁴⁰ Der Schutzbereich des BVG Kinderrechte steht einer nach persönlichen Merkmalen abgegrenzten Personengruppe zu, und zwar den der Kinder; eine konkrete Definition des Kinderbegriffes gibt im BVG Kinderrechte nicht.⁴¹

Außer Zweifel steht, dass Kinder über das BVG Kinderrechte hinaus Grundrechtsträger sind und sich als solche – sofern einzelne Gewährleistungen sich ihrerseits nicht ausschließen – grds auf sämtliche Grundrechte berufen können.⁴²

Für die hier erläuternde Thematik sind insb Art 4 und 6 aus dem BVG Kinderrechte hervorzuheben, da einerseits auf das Recht des Kindes auf angemessene Beteiligung und Berücksichtigung seiner Meinung in allen ihn betreffenden Angelegenheiten (in einer seinem Alter und seiner Entwicklung entsprechenden Weise) sowie andererseits der Anspruch auf besonderen Schutz und Fürsorge für Kinder mit einer Behinderung normiert wird. Dementsprechend ist auch iSd Art 7 Abs 1 B-VG die Gleichbehandlung von behinderten und nicht behinderten Kindern in allen Bereichen des täglichen Lebens zu gewährleisten.

Mit Art 4 BVG Kinderrechte wurde das Recht des Kindes auf Berücksichtigung des Kindeswillens iSd Art 12 KRK umgesetzt sowie Satz 1 des Art 6 BVG Kinderrechte sich an Art 23 Abs 2 KRK orientiert und Satz 2 an Art 2 Abs 1 KRK.⁴³

³⁹ *Fuchs*, Kinderrechte in der Verfassung: Das BVG über die Rechte von Kindern, in *Lienbacher/Wielinger* (Hrsg), Öffentliches Recht Jahrbuch 2011 (2011) 91.

⁴⁰ *Fuchs* in *Lienbacher/Wielinger* 92.

⁴¹ *Fuchs* in *Lienbacher/Wielinger* 103.

⁴² *Fuchs* in *Lienbacher/Wielinger* 104.

⁴³ IA 935/A 24. GP 4.

2.1.4. Grundrecht auf Datenschutz

Ein Recht auf Datenschutz nach § 1 Abs 1 DSG gibt es nur dann, wenn ein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse an bestimmten personenbezogenen Daten besteht und dies wiederum setzt voraus, dass es überhaupt personenbezogene Daten gibt, welche auf eine in ihrer Identität bestimmte oder zumindest bestimmbare Person zurückgeführt werden können, und dass diese Daten geheim gehalten werden können.⁴⁴

Das Grundrecht auf Datenschutz ist das subjektive Recht des Einzelnen auf Geheimhaltung seiner personenbezogenen Daten; der Kern des DSG ist die grds Unzulässigkeit der Datenübermittlung.⁴⁵ Dieses Grundrecht ist ein Menschenrecht, wobei hier der Begriff Jedermann geschlechtsneutral zu verstehen und anzuwenden ist.⁴⁶ Diesem Grundrecht kommt unmittelbare Drittwirkung zu, dh, es wirkt auch als subjektives privates Recht im Rechtsverkehr der Bürger untereinander und gewährt zivilrechtlich durchsetzbare Abwehransprüche.⁴⁷ Eine Einschränkung des Geheimhaltungsschutzes nach Abs 2 kann sich aus der Einwilligung der betroffenen Person ergeben, da diese zur Verwendung ihrer Daten im konkreten Fall unter Anerkennung der Tatsache, dass der Betroffene selbst über das Schicksal der ihn betreffenden Daten zu entscheiden hat, zustimmt.⁴⁸

⁴⁴ *Pollirer/Weiß/Knyrim/Haidinger* (Hrsg), Datenschutzgesetz (DSG) samt ausführlichen Erläuterungen³ (2017) 2.

⁴⁵ *Pollirer/Weiß/Knyrim/Haidinger*, DSG³ 7.

⁴⁶ *Pollirer/Weiß/Knyrim/Haidinger*, DSG³ 8.

⁴⁷ *Koukal* in *Berka/Heindl/Höhne/Koukal*, Mediengesetz Praxiskommentar⁴ (2019) Vor §§ 6-8a Rz 14.

⁴⁸ *Pollirer/Weiß/Knyrim/Haidinger*, DSG³ 3.

2.2. Persönlichkeitsrechte

2.2.1. Allgemeines

Unter Persönlichkeitsrechten versteht man sämtliche subjektive Rechte, welche dem Schutz der individuellen Persönlichkeit und der Achtung der Würde des Einzelnen dienen, dh, die menschliche Person in ihrer Eigenheit und ihrem Eigenwert wird geschützt.⁴⁹ Der Schutz der Persönlichkeitssphäre durch die Anerkennung inter omnes wirkender subjektiver Rechte hat dabei unter Privaten eine ähnliche Funktion wie die einschlägigen, verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechte gegenüber der Staatsgewalt.⁵⁰

Nach hM umfassen die Persönlichkeitsrechte ua das Recht auf Leben nach § 1327 ABGB, auf körperliche Unversehrtheit nach § 1325 ABGB, auf körperliche Freiheit nach § 1329 ABGB und auf Wahrung der Privatsphäre nach § 1328a ABGB.⁵¹ Weiters zählen hierzu das Recht am eigenen Bild, der Namensschutz, der Schutz von personenbezogenen Daten sowie aus dem StGB bzw dem MedienG.

§ 16 ABGB ist nicht bloßer Programmsatz, sondern eine Zentralnorm mit normativem, subjektive Rechte gewährendem Inhalt⁵², ohne aber in Verfassungsrang zu stehen; die Rechtsordnung anerkennt die Persönlichkeit des Menschen als Grundwert.⁵³ Im Kernbereich schützt § 16 ABGB die Menschenwürde, dh diese Bestimmung gewährt zu deren Schutz absolute, gegenüber jedermann wirkende Persönlichkeitsrechte, die auf die Wahrung des Menschen in einem sozialen Umfeld gerichtet sind.⁵⁴

⁴⁹ Meissel in Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), Klang – ABGB³ (2014) § 16 Rz 49; Bruckner, Patientenrechte und medizinische Behandlung von Strafgefangenen. Dargestellt anhand der Abgrenzung zu Unterbrachten nach dem Unterbringungsgesetz (2017) 6.

⁵⁰ Meissel in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang – ABGB³ § 16 Rz 49; Bruckner, Patientenrechte 6.

⁵¹ Meissel in Fenyves/Kerschner/Vonkilch, Klang – ABGB³ § 16 Rz 59; Barth/Dokalik/Potyka (Hrsg), Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch²⁵ (2017) § 16; Schauer in Kletečka/Schauer (Hrsg), ABGB-ON Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch^{1.01} (2010) § 16 Rz 11; Bruckner, Patientenrechte 6.

⁵² RIS-Justiz RS0008993, zuletzt OGH 4 Ob 200/11g Zak 2012/69, 38 = DRdA 2012, 624 (Wolf) = ZVR 2012/42, 75 (Danzl); Bruckner, Patientenrechte 6.

⁵³ Aicher in Rummel/Lukas (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch Teilband §§ 1 – 43 ABGB (2014) § 16 Rz 2; Schauer in Kletečka/Schauer, ABGB-ON^{1.01} § 16 Rz 5; Bruckner, Patientenrechte 6.

⁵⁴ Aicher in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 16 Rz 2; Edlbacher, Der Stand der Persönlichkeitsrechte in Österreich, ÖJZ 1983, 423 (428); OGH 4 Ob 91/78 SZ 51/146 = Arb 9742 = DRdA 1979, 394 (zust Reischauer) = ZAS 1979, 176 (Marhold); Bruckner, Patientenrechte 7.

Aus der Anerkennung des Menschen als „Person“ gem § 16 Abs 1 ABGB ist der ganz herrschenden Auffassung zufolge die Anerkennung von subjektiven Rechten zum Schutz der Persönlichkeit abzuleiten.⁵⁵ § 16 ABGB gewährt subjektive Rechte, wobei insb Abwehrrechte darunter zu verstehen sind.⁵⁶

Gesamt gesehen haben Persönlichkeitsrechte den Zweck, die freie Entfaltung der Persönlichkeit weitestgehend zu gewährleisten; dieses Ziel kann auch nur komplett verwirklicht werden, wenn auch nach dem Tod ein gewisser Schutz bestehen bleibt (sog postmortales Persönlichkeitsrecht).⁵⁷

2.2.2. Recht am eigenen Bild

Eine normative Ausprägung der Anerkennung der Persönlichkeit des Menschen in § 16 ABGB ist das in § 78 UrhG geregelte Recht am eigenen Bild⁵⁸; eine Sonderregelung zum allgemeinen Persönlichkeitsrecht iSd § 16 ABGB.⁵⁹ Da der Bildnisschutz nicht als Urheberrecht, sondern als Persönlichkeitsrecht ausgestaltet ist, wird die Verankerung dieses Schutzes im UrhG als systemfremd bezeichnet.⁶⁰

Diese Bestimmung verbietet, Bildnisse von Personen öffentlich auszustellen oder auf andere Art, wodurch sie der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden, zu verbreiten, wenn dadurch berechnete Interessen des Abgebildeten verletzt werden, somit soll die Bestimmung vor allem davor schützen, dass jemand durch die Verbreitung seines Bildnisses (das ihn für Personen, die ihn schon öfters gesehen haben, erkennbar macht⁶¹), bloßgestellt, sein Privatleben der Öffentlichkeit preisgegeben wird oder sein Bildnis auf eine Art

⁵⁵ *Meissel* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang – ABGB³ § 16 Rz 48; *Bruckner*, Patientenrechte 7.

⁵⁶ *Aicher* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 16 Rz 8; *Schnorr*, Erfüllung arbeitsvertraglicher Pflichten und Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers, in FS Strasser (1983) 97 (109); *Meissel* in *Fenyves/Kerschner/Vonkilch*, Klang – ABGB³ § 16 Rz 42; *Bruckner*, Patientenrechte 7.

⁵⁷ *Barth/Dokalik/Potyka*, ABGB²⁵ § 16.

⁵⁸ OGH 4 Ob 155/09m MR 2010, 13 = RdW 2010, 89.

⁵⁹ *Aicher* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 16 Rz 24; *Kodek* in *Kucsko/Handig* (Hrsg), Kommentar zum Urheberrechtsgesetz² (2017) § 78 Rz 5.

⁶⁰ *Zöchbauer*, Schutz vor Lichtaufnahmen und deren Veröffentlichung – Persönlichkeitsschutz an der Schnittstelle der § 16 ABGB, § 78 UrhG und auch des DSG, MR 2013/6, 255 mwN.

⁶¹ OGH 4 Ob 184/97f SZ 70/183; OGH 4 Ob 155/09m MR 2010, 13 = RdW 2010, 89; OGH 4 Ob 119/10v, *Alkoholausschank an Jugendliche*, MR 2011, 18 (*Korn*) = ÖBl-LS 2011/46 = ÖBl-LS 2011/50.

benützt wird, die zu Missdeutungen Anlass geben kann oder entwürdigend oder herabsetzend wirkt.⁶²

Der Schutz gilt für alle Arten von Bildnissen einer Person, somit nicht nur für Fotos, sondern auch für Gemälde, Zeichnung, Graphiken, Lichtbilder und Filme.⁶³ Dieser Bildnisschutz gilt ebenso auch für Kinder und Säuglinge.⁶⁴

Veröffentlichen und Verbreiten

Die Öffentlichkeit iSd § 78 UrhG ist weit auszulegen, somit erfüllt jede Verbreitungshandlung (bei Vorliegen der sonstigen Voraussetzungen) den Tatbestand des § 78 UrhG, bei der damit zu rechnen ist, dass das Bildnis dadurch einer Mehrzahl von Personen sichtbar gemacht wird.⁶⁵ Gleichzeitigkeit der Wahrnehmung ist dabei nicht erforderlich, auch kann es keinen Unterschied machen, ob die Personen das Bildnis im Rahmen einer Tätigkeit, die der Amtsverschwiegenheit unterliegt, oder ohne Bezug auf eine solche Tätigkeit zu sehen bekommt, wird doch auch im ersten Fall unberechtigt in die Interessensphäre des Abgebildeten eingegriffen und damit jener schädliche Erfolg erreicht, den die verletzte Norm geradezu verhindern will.⁶⁶

Erkennbarkeit

Die Interessen des Abgebildeten iSd § 78 UrhG sind nicht verletzt, wenn dieser auf dem Bildnis nicht erkennbar ist.⁶⁷ Die Erkennbarkeit muss sich aber nicht notwendig aus den

⁶² Aicher in Rummel/Lukas, ABGB⁴ § 16 Rz 24; Kodek in Kucsko/Handig, Urheberrechtsgesetz² § 78 Rz 29.

⁶³ Frick, Persönlichkeitsrechte (1991) 106; s auch Kodek in Kucsko/Handig, Urheberrechtsgesetz² § 78 Rz 11.

⁶⁴ Walter, Österreichisches Urheberrecht Handbuch I. Teil (2008) Rz 887; vgl auch Verschraegen, Neu geboren, Mutter weg, kein Bildnisschutz? MR 2003, 297.

⁶⁵ Zemann in Dokalik/Zemann, Urheberrecht⁷ § 78 E 9; Kodek in Kucsko/Handig, Urheberrechtsgesetz² § 78 Rz 21; OGH 4 Ob 187/99z, *Judenfluchtrumpf*, wbl 2000/65, 92; Thiele, Verwendung von Mitarbeiterfotos auf Firmenwebsites, wbl 2002, 397 (398).

⁶⁶ Zemann in Dokalik/Zemann, Urheberrecht⁷ § 78 E 9; OGH 4 Ob 187/99z, *Judenfluchtrumpf*, wbl 2000/65, 92 = ÖBl-LS 2000/29, 59; RIS-Justiz RS0113458, zuletzt OGH 4 Ob 73/07z MR 2007, 177 = RdW 2007, 513 = EvBl 2007, 778 = wbl 2007, 502/228 = ÖBl-LS 2007/208 = RZ 2007/401.

⁶⁷ Zemann in Dokalik/Zemann, Urheberrecht⁷ § 78 E 36; OGH 4 Ob 1013/96, *Haftentlassener*, MR 1996, 149; OGH 4 Ob 214/00z, *Kampfsporttechniken*, MR 2001, 105 = ZUM-RD 2001, 369.

Gesichtszügen ergeben⁶⁸, sondern kann ungeachtet eines Balkens über der Augenpartie des Abgebildeten⁶⁹ gegeben sein.⁷⁰

Berücksichtigung des Begleittextes

Die Abbildung des Gesichts muss nicht unbedingt für eine mögliche Verletzung des Rechts am eigenen Bild erforderlich sein, da sich die Identität der abgebildeten Person auch aus anderen charakteristischen Merkmalen oder aus dem Begleittext ergeben kann.⁷¹ Für die Beurteilung des Bild-Textzusammenhangs ist das Verständnis des Durchschnittslesers entscheidend.⁷² Ebenso kann durch die Veröffentlichung von Lichtbildern dann gegen § 78 UrhG verstoßen werden, wenn sie als solche unbedenklich sind (somit den Abgebildeten weder entstellen noch Vorgänge wiedergeben, die seinem höchstpersönlichen Lebensbereich zuzuordnen sind), sofern der Abgebildete durch den Begleittext mit Vorgängen in Verbindung gebracht wird, mit denen er nichts zu tun hat oder der Neugierde und Sensationslust der Öffentlichkeit preisgegeben wird, wobei letzteres wohl regelmäßig der Fall sein wird, wenn Bilder zur Illustration eines Berichts über den höchstpersönlichen Lebensbereich des Abgebildeten verwendet werden.⁷³

Berechtigtes Interesse

Der Begriff „berechtigtes Interesse“ wird vom Gesetz auch nicht näher festgelegt, weil es bewusst einen weiten Spielraum offenlassen wollte, um den Verhältnissen im Einzelfall gerecht zu werden.⁷⁴ Sie können insb dann verletzt sein, wenn die abgebildete Person durch

⁶⁸ OGH 4 Ob 214/00z, *Kampfsporttechniken*, MR 2001, 105 = ZUM-RD 2001, 369; OGH 4 Ob 266/05d, *Profi-Bodybuilder*, eolex 2006/12 (*Schumacher*) = MR 2006, 193.

⁶⁹ OGH 4 Ob 5/89, *Frau des Skandalrichters*; OGH 4 Ob 131/94, *Schwarze Balken*; OGH 4 Ob 266/05d, *Profi-Bodybuilder*, eolex 2006/12 (*Schumacher*) = MR 2006, 193.

⁷⁰ *Walter*, Urheberrecht I Rz 1695.

⁷¹ *Zemann* in *Dokalik/Zemann*, Urheberrecht⁷ § 78 E 39; OGH 4 Ob 52/11t, *Polizeibeamter II*, MR 2011, 257 (*Büchele*); OGH 4 Ob 82/11d, *Verfassungsschützer*, eolex 2011, 1131 (*Brandstätter*) = MR 2011, 306 (*Korn*) = ÖBl 2012, 45 (*Büchele*).

⁷² *Walter*, Urheberrecht I Rz 1702; OGH 4 Ob 206/03b, *Dritter Nationalratspräsident*, MR 2004, 14.

⁷³ *Kodek* in *Kucsko/Handig*, Urheberrechtsgesetz² § 78 Rz 40; OGH 4 Ob 233/08f, *Fiona G.*, MR 2009, 135.

⁷⁴ *Zemann* in *Dokalik/Zemann*, Urheberrecht⁷ § 78 E 16; s auch *Gamerith*, Die Probleme des Bildnisschutzes aus der Sicht der Rechtsprechung, MR 1996, 130 (130); OGH 4 Ob 304, 305/77, *Horizonte*, ÖBl 1977, 76 = EvBl 1977/194 = SZ 50/22; OGH 4 Ob 165/03y, *Pinkelpinz*, ÖBl 2004/27, 89 (*anonymer Praxistipp*) = MR 2003, 377 (*Thienen-Adlerflycht*) = ÖBl-LS 2004/20 = ÖBl-LS 2004/21 = ÖBl-LS 2004, 89; RIS-Justiz RS0078827, zuletzt OGH 6 Ob 52/16i, *Politiker-„Satire“ II – Ihr kann diese Aussage zugetraut werden*, ZIIR 2017, 100 (*Höhne*) = MR 2017, 64 = ZIIR-Slg 2017/14.

die Veröffentlichung bloßgestellt, entwürdigt oder herabgesetzt wird oder wenn hierdurch das Privatleben bzw seine Intimsphäre der Öffentlichkeit preisgegeben wird.⁷⁵

Verletzt werden berechnigte Interessen des Abgebildeten auf jeden Fall dann, wenn von ihm ein Bild verbreitet wird, das entwürdigend, herabsetzend oder entstellend wirkt; dies trifft vor allem dann zu, wenn jemand ohne sein Wissen und seinen Willen nackt abgebildet oder in einer peinlichen Situation gezeigt wird.⁷⁶ Als klassischer Fall der Benützung des Bildes in einer Art, die zu Missdeutungen Anlass geben kann, wird die Veröffentlichung eines Nacktfotos gegen den Willen des Abgebildeten angesehen.⁷⁷

Anders als im deutschen Urheberrecht⁷⁸ bietet § 78 UrhG keinen absoluten Bildnisschutz, da der österreichische Gesetzgeber der Ansicht war, dass die Regelungen, und zwar das Verbot der Veröffentlichung und Verbreitung von Personenbildnissen als Regel und deren Zulässigkeit als Ausnahme gilt, zu weit gehen würden. Ergebnis hierbei wäre, dass egal ob ein schutzwürdiges Interesse vorliegt oder nicht, der Abgebildete die Genehmigung der Verbreitung erteilen kann oder nicht.⁷⁹

Interessenabwägung

In einem Zwei-Stufen-Test wird beurteilt, ob berechnigte Interessen des Abgebildeten verletzt sind.⁸⁰ Dabei wird im ersten Schritt geprüft, ob überhaupt ein berechtigtes Interesse, dass verletzt sein könnte, im Einzelfall besteht; sollte dies bejaht werden, kommt es, sollte derjenige, der das Bild veröffentlicht hat, ein Interesse an der Veröffentlichung behaupten, zu einer Abwägung beiderseitiger Interessen, woraus sich ergibt, ob das Geheimhaltungsinteresse Vorrang hat und damit zu einem berechtigten Interesse wird.⁸¹ Im Einzelfall

⁷⁵ *Walter*, Urheberrecht I Rz 1698; stRsp etwa OGH 4 Ob 363/87, *Wahlrends*; OGH 4 Ob 100/94, *Handbuch des österreichischen Rechtsextremismus*.

⁷⁶ *Kodek* in *Kucsko/Handig*, Urheberrechtsgesetz² § 78 Rz 37; OGH 4 Ob 2382/96i, *Sozialabbau und Bildungsklausur*, MR 1997, 145; RIS-Justiz RS0078186; RIS-Justiz RS0078161.

⁷⁷ *Kodek* in *Kucsko/Handig*, Urheberrechtsgesetz² § 78 Rz 41.

⁷⁸ §§ 22 und 23 KUG.

⁷⁹ *Dillenz*, Materialien zum österreichischen Urheberrecht (1986) 161.

⁸⁰ *Aicher* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 16 Rz 24; stRsp OGH 4 Ob 184/97f SZ 70/183; OGH 4 Ob 3/11m, *Komplettes Tagebuch – Der Deal*, jusIT 2011, 131 (*Thiele*) = MR 2011, 127 = EvBl 2011, 778 = ÖBl 2011, 232 (*Bücheler*) = RdW 2011, 478 = JBl 2011, 654 = ecoloex 2011, 931 (*Tonninger*) = RZ 2011/171 = SZ 2011/47.

⁸¹ *Aicher* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 16 Rz 24; stRsp OGH 4 Ob 304, 305/77, *Horizonte*, ÖBl 1977, 76 = EvBl 1977/194 = SZ 50/22; OGH 4 Ob 30/90 SZ 63/75; OGH 4 Ob 41/91 SZ 64/89; OGH 4 Ob 112/92

bedeutet dies, dass es ohne Bedeutung ist, ob der Abgebildete selbst der Veröffentlichung seines Bildes bereits in einem anderen Fall zugestimmt hat oder ob eine solche Veröffentlichung unter anderen Umständen auch ohne seine Zustimmung zulässig wäre, da der Schutz dieser Bestimmung nur so weit entfällt, als im konkreten Fall die Zustimmung des Abgebildeten reicht.⁸²

Diese idR vorzunehmende Interessenabwägung entfällt jedoch bei entstellenden oder auch bei, allenfalls durch Untertitelung, bloßstellenden Bildnissen⁸³, bei den die höchstpersönliche Intimsphäre verletzenden Bildnissen wie Nacktfotos und Nacktfotomontagen⁸⁴ oder wenn der Wert der Abbildung durch identifikationsvermeidende Maßnahmen nicht geschmälert⁸⁵ wäre.⁸⁶ Keinesfalls durch ein Informationsinteresse der Allgemeinheit gedeckt, ist idR auch die Veröffentlichung von Bildnissen im Zusammenhang mit einem Text, der den höchstpersönlichen Lebensbereich betrifft.⁸⁷

Die Veröffentlichung von Fotos einer Person stellt einen Eingriff in deren Privatbereich dar.⁸⁸ Hier hat der EGMR in seiner E⁸⁹ eine Verletzung des Art 8 EMRK festgestellt und in der Begründung ausgeführt, dass die sich aus dieser Bestimmung ergebenden Schutzpflichten des Staats uU Maßnahmen gegen den Missbrauch von Fotos durch Dritte erfordern.⁹⁰

MR 1993, 61 (*Walter*) = ÖBl 1993, 39; OGH 4 Ob 184/97f SZ 70/183; OGH 4 Ob 3/11m, *Komplettes Tagebuch – Der Deal*, jusIT 2011, 131 (*Thiele*) = MR 2011, 127 = EvBl 2011, 778 = ÖBl 2011, 232 (*Büchele*) = RdW 2011, 478 = JBl 2011, 654 = ecolex 2011, 931 (*Tonninger*) = RZ 2011/171 = SZ 2011/47; OGH 4 Ob 174/10g, *Meinls Kampf*, MR 2011, 130 = ÖBl 2011, 236 (*Büchele*) = NLMR 2011, 191 (*Schöpfer*); OGH 4 Ob 160/11z, *Pfarrgemeinde – Presbyteriumssitzung*, Zak 2012, 53 = jusIT 2012, 57 (*Thiele*) = Jus-Extra OGH-Z 5123 = ÖBl-LS = MR 2012, 65 (*Thiele*) = ecolex 2012, 412 (*Barnhouse*) = SZ 2011/151.

⁸² OGH 15 Os 176/15v, *Fenstersturz eines Kindes II*, MR 2016, 10 (*Zöchbauer*) = Zak 2016/81, 43.

⁸³ OGH 4 Ob 2382/96i, *Sozialabbau und Bildungsklau*, MR 1997, 145; OGH 4 Ob 5/89 MR 1989, 54.

⁸⁴ OGH 4 Ob 211/03p EvBl 2004, 502 = ÖJZ-LSK 2004/92 = ÖJZ-LSK 2004/93 = RZ 2004, 115 = ÖBl-LS 2004/97 = ÖBl-LS 2004/98 = Jus-Extra OGH-Z 3750 = MR 2004, 183 = ÖBl 2004, 182 = ecolex 2004, 800 (*Schumacher*) = SZ 2003/169; OGH 4 Ob 2249/96f ÖBl 1997, 140.

⁸⁵ OGH 3 Ob 102/49 SZ 22/47 = JBl 949, 398.

⁸⁶ *Aicher in Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 16 Rz 24.

⁸⁷ *Walter*, Urheberrecht I Rz 1704; OGH 4 Ob 219/99f, *Verhältnis des Peter R.*

⁸⁸ *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 8 Rz 45; s EGMR 24. 06. 2004, 59320/00, *Caroline von Hannover/Deutschland*.

⁸⁹ EGMR 24. 06. 2004, 59320/00, *Caroline von Hannover/Deutschland*.

⁹⁰ *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK⁴ Art 8 Rz 45.

Ein weiterer Eingriff in die Persönlichkeitsrechte ist die Verwendung von Abbildungen einer Person für Werbezwecke ohne deren Einwilligung, gleich ob für kommerzielle oder politische Werbung.⁹¹ Auch eine einmal erteilte Einwilligung für eine konkrete Werbung deckt nicht die neuerliche Veröffentlichung einige Jahre später in einem ganz anderen Zusammenhang.⁹²

Zustimmung/Einwilligung

Die Veröffentlichung eines Bildnisses ist jedenfalls dann zulässig, wenn und soweit der Abgebildete zustimmt, wobei diese Zustimmung ausdrücklich erklärt werden als sich auch stillschweigend aus den Umständen ergeben kann.⁹³ Wer sich fotografieren lässt, stimmt dadurch aber nicht auch gleich einer Veröffentlichung zu.⁹⁴

Wenn es sich hierbei um einen Minderjährigen handelt, stellt sich die Frage, ob die Zustimmung zur Veröffentlichung von diesem oder seinem gesetzlichen Vertreter zu erteilen ist.⁹⁵ *Dokalik*⁹⁶ vertritt die Ansicht, dass es in diesem Zusammenhang nicht auf die Geschäftsfähigkeit iSd § 865 ABGB ankommt, sondern auf die Entscheidungsfähigkeit (Einsichts- und Urteilsfähigkeit), welche bei mündigen Minderjährigen iZw gegeben ist. Bei noch nicht entscheidungsfähigen (einsichts- und urteilsfähigen) Minderjährigen kann die Zustimmung unter Zugrundelegung dieser Ansicht aber auch nicht der gesetzliche Vertreter erteilen, und ist eine Bildnisveröffentlichung in solchen Fällen nicht zulässig, womit es insb bei der Werbung mit Kindern problematisch sein könnte.⁹⁷ *Thiele*⁹⁸ vertritt die Meinung, dass bei nicht entscheidungsfähigen (einsichts- und urteilsfähigen) Minderjährigen eine Substitution der Zustimmung durch die Obsorgeberechtigten in Betracht käme.

⁹¹ *Höhne* in *Höhne/Jung/Koukal/Streit*, Urheberrecht für die Praxis² (2016) 453.

⁹² *Höhne* in *Höhne/Jung/Koukal/Streit*, Urheberrecht² 454; *Walter*, Urheberrecht I Rz 1707; OGH 4 Ob 261/14g, *Kinderkrebsforschung*, MR 2015, 135 = ÖBl-LS 2015/27 = RdM-LS 2015/62.

⁹³ *Walter*, Urheberrecht I Rz 1707; s auch *Kodek* in *Kucsko/Handig*, Urheberrechtsgesetz² § 78 Rz 54; s auch *Zöchbauer*, MR 2013/6, 258.

⁹⁴ *Walter*, Urheberrecht I Rz 1707.

⁹⁵ *Walter*, Urheberrecht I Rz 1707; *Kodek* in *Kucsko/Handig*, Urheberrechtsgesetz² § 78 Rz 56.

⁹⁶ *Dokalik*, „Mein Baby ist ein Star!“ Zum Recht des Kindes am eigenen Bild, FamZ 2006/5, 6; zust *Kodek* in *Kucsko/Handig*, Urheberrechtsgesetz² § 78 Rz 57.

⁹⁷ Zust *Walter*, Urheberrecht I Rz 1707.

⁹⁸ *Thiele*, Der Schutz personenbezogener Daten von Minderjährigen, insbesondere im schulischen Bereich, in *Jahnel* (Hrsg), Jahrbuch Datenschutzrecht und E-Government 2012 (2012) 71.

Nach *Kodek*⁹⁹ wird, anders als bei Erwachsenen, bei der Verwendung eines Kinderfotos zu Werbezwecken im Normalfall nicht von einer Verletzung berechtigter Interessen auszugehen sein, weil dem Kind als Abgebildeten selbst, nicht unterstellt werden wird, seine Abbildung aus finanziellen Gründen zur Verfügung gestellt zu haben; dass diese Annahme nur für seine Eltern gilt, schadet dem Kind nicht. Ebenso die Abbildung eines Neugeborenen, dass von seiner Mutter in der Babyklappe eines Krankenhauses abgegeben wurde, kann *Kodek* zufolge keine berechtigten Interessen des Kindes verletzen, weil die Abbildung zwar allenfalls eine Bloßstellung der idR ohnehin nicht bekannten Mutter, nicht aber auch des Kindes führen kann.¹⁰⁰

Für derartige Persönlichkeitsrechte gilt nach der oberstgerichtlichen Rechtsprechung allgemein der Grundsatz, dass sie mit einer gesetzlichen Vertretung unvereinbar sind; für deren Ausübung die natürliche Entscheidungsfähigkeit (Einsichts- und Urteilsfähigkeit) erforderlich ist und wenn eine solche nicht gegeben ist, dieses Recht weder durch den gesetzlichen Vertreter noch durch ein Pflegschaftsgericht ersetzt werden kann.¹⁰¹

Nach *Seiss/Raabe-Stuppnis*¹⁰² ist eine Einwilligung des Betroffenen erforderlich, wenn durch die Veröffentlichung eines Bildes berechnete Interessen des Minderjährigen verletzt würden; solch eine Einwilligung ist eine Willenserklärung höchstpersönlicher Natur, welche, wenn der Minderjährige entscheidungsfähig (einsichts- und urteilsfähig), ausschließlich von ihm erteilt werden kann.

Aus der Bestimmung des § 173 Abs 1 ABGB, wonach das entscheidungsfähige (einsichts- und urteilsfähige) Kind Einwilligungen in medizinische Behandlungen nur selbst erteilen kann¹⁰³, und somit seine fehlende Zustimmung nicht durch den gesetzlichen Vertreter substituiert werden kann, und aus dem Umstand, dass es sich beim Bildnisschutz um ein

⁹⁹ *Kodek* in *Kucsko/Handig*, Urheberrechtsgesetz² § 78 FN 130.

¹⁰⁰ *Kodek* in *Kucsko/Handig*, Urheberrechtsgesetz² § 78 FN 130; aA *Verschraegen*, MR 2003, 299.

¹⁰¹ *Höhne*, Wer kann über höchstpersönliche Rechte verfügen, ZIIR 2015/3, 331 (332); OGH 15 Os 176/15v, *Fenstersturz eines Kindes II*, MR 2016, 10 (*Zöchbauer*) = Zak 2016/81, 43; OGH 5 Ob 94/05t RdM 2005, 155 = JBl 2005, 781 = EFSlg 111.871; OGH 6 Ob 106/03m RdW 2004, 89 = EvBl 2004, 264 = SZ 2003/105.

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

¹⁰³ S auch *Fischer-Czermak*, Zur Handlungsfähigkeit Minderjähriger nach dem Kindschaftsrechts-Änderungsgesetz 2001, ÖJZ 2002, 293 (298f).

Persönlichkeitsrecht iSd § 16 ABGB handelt, ist abzuleiten, dass auch beim Bildnisschutz eine Einwilligung des gesetzlichen Vertreters ausscheidet.¹⁰⁴ Hierbei muss auch festgehalten werden, dass es im Unterschied zur medizinischen Behandlung (wonach unter bestimmten Voraussetzungen eine Zustimmung des gesetzlichen Vertreters zulässig ist), eine Bildnisveröffentlichung niemals notwendig für Leben, Gesundheit und Wohlbefinden des Pflegebefohlenen sein kann.¹⁰⁵

E contrario sind Veröffentlichungen von Bildern, die keine berechtigten Interessen des Abgebildeten berühren, von vornherein nicht von § 78 UrhG erfasst, weshalb hierfür eine Einwilligung gar nicht erforderlich ist.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Kodek in *Kucsko/Handig*, Urheberrechtsgesetz² § 78 Rz 56.

¹⁰⁵ *Dokalik*, FamZ 2006/5, 6; s auch *Kodek in Kucsko/Handig*, Urheberrechtsgesetz² § 78 Rz 58.

¹⁰⁶ *Seiss/Raabe-Stuppig*, ZIR 2014/2, 105.

Exkurs 1: Entscheidungsfähigkeit (Einsichts- und Urteilsfähigkeit)

Gem § 160 Abs 3 ABGB ist die Einsichtsfähigkeit gegeben, wenn eine Person Grund und Bedeutung einer Maßnahme einsehen kann; damit ist das kognitive Element gemeint.¹⁰⁷ Die Einsichtsfähigkeit ist demnach gegeben, wenn eine Person die zu beurteilende Problemstellung an sich, die verschiedenen Lösungsmöglichkeiten, die damit verbundenen Vor- und Nachteile und die Auswirkungen einer Entscheidung auf die jeweilige Lebenssituation erfassen kann.¹⁰⁸

Unter Urteilsfähigkeit versteht das Gesetz gem § 160 Abs 3 ABGB die Fähigkeit der Person, ihren Willen nach dieser Einsicht zu bestimmen; damit ist das voluntative Element gemeint.¹⁰⁹ Dabei geht es darum, ob die Person nach ihren subjektiven, in sich schlüssigen, nicht durch eine geistige Behinderung oder psychische Krankheit oder einen damit vergleichbaren Ausnahmezustand (zB aktueller Schockzustand), vor allem bei Minderjährigen ergänzt durch fehlende Reife, verzerrten Wertesystem eine (daraus nachvollziehbare) Entscheidung treffen kann, wobei selbstverständlich jene Umstände, die eine Verzerrung des Wertesystems bewirken können, bereits auf der kognitiven Ebene dazu führen, dass die Einsichtsfähigkeit fehlt.¹¹⁰

Fest steht, dass das Vorliegen oder Fehlen der Entscheidungsfähigkeit (Einsichts- und Urteilsfähigkeit) immer von der konkreten Lebenssituation (im weitesten Sinne), in welcher sich die Person befindet abhängt und nur im Einzelfall beurteilt werden kann.¹¹¹

Exkurs 2: Minder- und Volljährigkeit

Gem § 21 Abs 2 ABGB sind Minderjährige Personen, die das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet haben; sofern sie das vierzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet haben, sind sie unmündige Minderjährige. Im Umkehrschluss bedeutet dies natürlich, dass Personen, welche das achtzehnte Lebensjahr vollendet haben, volljährig sind. Durch das KindRÄG 2001 wurde die Volljährigkeitsalter von neunzehn auf achtzehn heruntersgesetzt.

¹⁰⁷ Weitzenböck in *Schwimann/Neumayr* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar mit EheG, EPG, KSchG, ASVG und EKHG⁴ (2017) § 160 Rz 5.

¹⁰⁸ Weitzenböck in *Schwimann/Neumayr*, ABGB-TaKom⁴ § 160 Rz 5.

¹⁰⁹ Weitzenböck in *Schwimann/Neumayr*, ABGB-TaKom⁴ § 160 Rz 6.

¹¹⁰ Weitzenböck in *Schwimann/Neumayr*, ABGB-TaKom⁴ § 160 Rz 6.

¹¹¹ Weitzenböck in *Schwimann/Neumayr*, ABGB-TaKom⁴ § 160 Rz 7.

Eine Definition des Kindes als Minderjähriger unter sieben Jahren wurde aus dem Wortlaut des § 21 Abs 2 ABGB entfernt, findet sich jedoch in einzelnen Bestimmungen des ABGB, in welchen diese Altersgrenze entscheidend war, wieder.¹¹²

Abgesehen von den Altersgrenzen enthält § 21 Abs 1 ABGB eine Fürsorgevorschrift für schutzbedürftige Personen¹¹³, die den hohen Rang des Schutzinteresses für nicht voll Handlungsfähige auch in anderen Belangen unterstreicht.¹¹⁴

Eine begriffliche Klarstellung des Begriffs des Kindes trifft die KRK in Art 1 selbst, welcher besagt, dass ein Kind schlicht jeder Mensch ist, der das achtzehnte Lebensjahr noch nicht vollendet hat, soweit die Volljährigkeit nach dem auf das Kind anzuwendenden Recht nicht früher eintritt.¹¹⁵

¹¹² Koch in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), *Kurzkommentar zum ABGB*⁵ (2017) § 21 Rz 3.

¹¹³ OGH 1 Ob 32/88 SZ 61/231; RIS-Justiz RS0009084, zuletzt OGH 7 Ob 36/11m SZ 2011/42.

¹¹⁴ Koch in *Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, *ABGB*⁵ § 21 Rz 1; Aicher in *Rummel/Lukas*, *ABGB*⁴ § 21 Rz 1.

¹¹⁵ Sax in *Heißl* 544.

2.3. Datenschutzgrundverordnung

2.3.1. Allgemeines

Mit der DSGVO wurde eines der ambitioniertesten legislativen Projekte der EU der vergangenen Jahre umgesetzt; sie hat die EU-Datenschutzrichtlinie mit 25. Mai 2018 ersetzt und die nationalen Datenschutzgesetze der momentan noch 28 Mitgliedstaaten weitgehend obsolet gemacht.¹¹⁶ Sie enthält Vorschriften zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Verkehr solcher Daten.

Aus dem ErwGr 1 ergibt sich, dass der Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten ein Grundrecht ist. Gem Art 8 Abs 1 GRC sowie Art 16 Abs 1 AEUV hat jede Person das Recht auf Schutz der sie betreffenden personenbezogenen Daten.

Personenbezogene Daten sind in Art 4 Z 1 DSGVO definiert. Dieser Begriff nimmt eine zentrale Rolle ein, welcher über die Reichweite des Schutzes solcher Daten sowie über den Grad der Schutzwürdigkeit entscheidet.¹¹⁷ Nach *Bergauer*¹¹⁸ kann man aus der Definition drei Komponenten ableiten: die Verarbeitungskomponente, die auf die Verarbeitungsform (Datei) Bezug nimmt, die Inhaltskomponente, bei der es um die Feststellung von menschlichen Bezugsinhalten geht und die Identitätskomponente, welche die Identifizierbarkeit der betroffenen Person zum Inhalt hat.

Die DIN 44300-2¹¹⁹ definiert Daten als Gebilde aus Zeichen oder kontinuierliche Funktionen, die aufgrund bekannter oder unterstellter Abmachungen Informationen darstellen, vorrangig zum Zwecke der Verarbeitung und als deren Ergebnis. Aus dem technischen Blickwinkel betrachtet, stellen Daten Informationen in einer verarbeitbaren Form dar.¹²⁰ Klarzustellen ist, dass trotz der Pluralform Daten in der Legaldefinition des Art 4 Z 1 DSGVO, bereits ein einzelnes personenbezogenes Datum vom Schutzbereich der DSGVO

¹¹⁶ *Feiler/Forgó*, EU-DSGVO Kurzkommentar (2017) Einf 1.

¹¹⁷ *Bergauer*, Personenbezogene Daten, in *Knyrim* (Hrsg), Datenschutz-Grundverordnung Praxishandbuch (2016) 43.

¹¹⁸ *Bergauer* in *Knyrim* 43.

¹¹⁹ *Dierstein*, Begriffe und Definitionen <http://www.bayer.in.tum.de/lehre/WS2003/ITS-dierstein/DefDV03.pdf> (2), (Stand 2003, abgefragt am 26.03.2019).

¹²⁰ *Bergauer* in *Knyrim* 43.

erfasst ist.¹²¹ Da die DSGVO in ihrem Anwendungsbereich verlangt, dass es sich um personenbezogene Daten handeln muss, braucht es den Bezug zu einem Menschen. Im Umkehrschluss sind gem ErwGr 26 alle anderen Daten, welche selbst keine auf einen Menschen bezogenen Informationen beinhalten oder diesem nicht zugeordnet werden können, der DSGVO nicht zugänglich (sog anonyme Daten).¹²²

2.3.2. Sachlicher und Räumlicher Anwendungsbereich

2.3.2.1. Allgemeines

Der Anwendungsbereich der DSGVO bezieht sich ausschließlich auf personenbezogene Daten, welche als Informationen definiert sind, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen, welche wiederum als betroffene Person bezeichnet wird.¹²³ Zentrales Schutzobjekt der DSGVO ist damit die betroffene Person.¹²⁴ Die DSGVO regelt somit die Verarbeitung personenbezogener Daten natürlicher Personen ungeachtet der Staatsangehörigkeit oder des Aufenthaltsortes.¹²⁵

Für natürliche Personen, welche eine wirtschaftliche Tätigkeit im Internet ausführen (zB als Blogger bzw Influencer) und hierbei Fotos Minderjähriger (meist sind es natürlich die eigenen Kinder) online stellen, um damit ua Werbung oder Home Stories zu erstellen und zu verbreiten und damit auch eine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben, da dadurch Geld verdient werden soll oder etwaige Sachgüter als Gegenleistung geleistet werden, fallen in den Anwendungsbereich der DSGVO in Form eines Verantwortlichen.

Verantwortlicher iSd DSGVO ist ua eine natürliche Person, die allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung personenbezogener Daten entscheidet. Er ist primärer Adressat, an den sich die Verpflichtungen aus der DSGVO und dem DSG zum Schutz von personenbezogenen Daten richten; somit ist er derjenige, der umfassende Informations- und Handlungspflichten gegenüber der betroffenen Person

¹²¹ Bergauer in *Knyrim* 47.

¹²² Bergauer in *Knyrim* 47.

¹²³ Feiler/Forgó, EU-DSGVO Einf 2.

¹²⁴ Jahnell/Pallwein-Prettner/Marzi, *Datenschutzrecht*² 56.

¹²⁵ Hladjk, Sachlicher und räumlicher Anwendungsbereich der DSGVO, in *Knyrim* (Hrsg), *Datenschutz-Grundverordnung Praxishandbuch* (2016) 19.

wahrzunehmen hat und auch für ausreichende Datensicherheit sorgen muss.¹²⁶ Zusätzlich ist er natürlich der Adressat von Haftungsansprüchen gegenüber einer betroffenen Person, die durch eine in der Sphäre des Verantwortlichen gelegene, rechtswidrige Datenverarbeitung entstanden sind.¹²⁷

Die Auftragsverarbeiter wiederum handeln im Auftrag und im Interesse des Verantwortlichen, wobei hier wesentlich ist, dass diese nur auf Grundlage eines Vertrages oder eines anderen Rechtsinstrumentes nach dem Unionsrecht oder nach nationalen Recht personenbezogene Daten ausschließlich für die Zwecke des Verantwortlichen verarbeiten dürfen.¹²⁸

2.3.2.2. Ausnahmen vom Anwendungsbereich

Gemäß Art 2 Abs 2 lit c DSGVO (sog Haushaltsausnahme) findet die DSGVO keine Anwendung auf die Verarbeitung personenbezogener Daten durch natürliche Personen zur Ausübung ausschließlich persönlicher oder familiärer Tätigkeiten. Die Begrenzung auf natürliche Personen ist dem Grunde nach deklaratorisch, da juristische Personen keiner persönlichen oder familiären Tätigkeit nachgehen können.¹²⁹ Aus dem ErwGr 18 geht hervor, dass hierunter auch die Nutzung sozialer Netze und Online-Tätigkeiten im Rahmen solcher Handlungen gelten können. Eine differenzierte Betrachtung ist aber bei der Nutzung sozialer Netze anhand des Kriteriums der Zugriffsmöglichkeit erforderlich, woraus sich ergibt, dass solange eine Nutzung in der Form erfolgt, dass ein lediglich begrenzter Personenkreis von Informationen Kenntnis erlangt (zB bei Einzel- oder Gruppennachrichten), die Ausnahme einschlägig ist; andererseits greift sie nicht für die Veröffentlichung von Informationen an einen unbestimmten Personenkreis.¹³⁰

Im Vergleich zum Art 3 Abs 2 DSRL wurde der Wortlaut in der DSGVO nicht geändert, ist dies jedoch im Hinblick auf den technischen Fortschritt und der fortschreitenden

¹²⁶ *Jahnel/Pallwein-Prettner/Marzi*, Datenschutzrecht² 56.

¹²⁷ *Jahnel/Pallwein-Prettner/Marzi*, Datenschutzrecht² 56.

¹²⁸ *Bergauer*, Die Rollenverteilung nach der DS-GVO – zugleich Überlegungen zu einem Übermittlungsprivileg im Konzern innerhalb enger Grenzen, in *Bergauer/Jahnel/Mader/Staudegger* (Hrsg), jusIT Spezial: DS-GVO. ExpertInnenwissen zur Datenschutz-Grundverordnung (2018) 36.

¹²⁹ *Kühling/Raab* in *Kühling/Buchner* (Hrsg), Datenschutz-Grundverordnung/BDSG² (2018) Art 2 Rz 23.

¹³⁰ *Kühling/Raab* in *Kühling/Buchner*, DS-GVO/BDSG² Art 2 Rz 25; *Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie Kommentar (1997) Art 3 Rz 8; *Zerdick* in *Ehmann/Selmayr* (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung² (2018) Art 2 Rz 11.

Digitalisierung des Alltags in der Lit nicht unstrittig sowie im Lichte der EuGH-Rsp allenfalls fragwürdig erscheint.¹³¹ In seinen E¹³² hat der EuGH festgestellt, dass der Vorgang, personenbezogene Daten auf eine Internetseite zu stellen, als eine Verarbeitung personenbezogener iSd Art 2 lit b DSRL zu qualifizieren ist. So verfügt das Hochladen eines Fotos mit mehreren Personen auf soziale Medien sowie der inkludierten Möglichkeit des Herunterladens auf die Geräte Dritter und des Weiterleitens durch Dritte über eine ganz andere Öffentlichkeit und Dimension als das Einkleben eines Fotos mit mehreren Personen in ein physisches Fotoalbum.¹³³ Der Gesetzgeber hat sich bewusst nicht für eine Ausweitung der Datenschutzregelungen auf persönliche und familiäre Datenverarbeitungen entschließen können und gibt dadurch Datenschutzaufsichtsbehörden und Gerichten einen Raum zur Rechtsfortbildung.¹³⁴

Die Nutzung moderner Medien zieht eine Verantwortung des Anwenders mit sich, welcher aber in der pauschalen Ausnahme vom Anwendungsbereich der DSGVO nicht ausreichend Rechnung getragen wird, zudem ein persönliche oder private Datenanwendung schließlich in die Grundrechte anderer eingreifen kann.¹³⁵ Damit bleibt in der DSGVO offen, welche Schutzmechanismen in solchen Fällen greifen.¹³⁶

*Fercher/Riedl*¹³⁷ sind der Ansicht, dass der Ausschluss der privaten und familiären Verwendung von personenbezogenen Daten vom Anwendungsbereich des Datenschutzrechts unter Heranziehung der weiten Auslegung des ErwGr 18, als unverhältnismäßig erscheint, demgegenüber natürlich eine Anwendung der gesamten DSGVO auch für den privaten und familiären Bereich nicht verhältnismäßig wäre, sodass hier entsprechende Einschränkungen zu setzen wären. Nach *Fercher/Riedl*¹³⁸ hätte zumindest klargestellt werden müssen, dass die allgemeinen Datenschutzgrundsätze und Rechtsgrundlagen gem Art 5 und 6

¹³¹ *Georgieva* in *Gantschacher/Jelinek/Schmidl/Spanberger*, Datenschutz-Grundverordnung¹ (2017) Art 2 Anm 11.

¹³² EuGH 06. 11. 2013, C-101/01, *Lindqvist* Rz 25; EuGH 13. 05. 2014, C-131/12, *Google Spain* Rz 26; EuGH 01. 10. 2015, C-230/14, *Weltimmo* Rz 37.

¹³³ *Georgieva* in *Gantschacher/Jelinek/Schmidl/Spanberger*, DSGVO Art 2 Anm 11.

¹³⁴ *Zerdl* in *Ehmann/Selmayr*, Datenschutzgrundverordnung² Art 2 Rz 10.

¹³⁵ *Fercher/Riedl*, DSGVO: Entstehungsgeschichte und Problemstellungen aus österreichischer Sicht, in *Knyrim* (Hrsg), Datenschutz-Grundverordnung Praxishandbuch (2016) 19.

¹³⁶ *Fercher/Riedl* in *Knyrim* 19.

¹³⁷ *Fercher/Riedl* in *Knyrim* 19.

¹³⁸ *Fercher/Riedl* in *Knyrim* 19.

DSGVO sowie die Betroffenenrechte gem Art 12 ff DSGVO auf diese Sachverhalte Anwendung finden.

*Roßnagel/Kroschwald*¹³⁹ stehen der breiten Ausgestaltung der Haushaltsausnahme kritisch gegenüber und sprechen hier von der Notwendigkeit einer beschränkten Inpflichtnahme der privaten Nutzer.

Jedoch gilt die DSGVO für Verantwortliche oder Auftragsverarbeiter, die die Instrumente für die Verarbeitung personenbezogener Daten für solche persönlichen oder familiären Tätigkeiten bereitstellen; dies bedeutet, dass sich ein Anbieter eines sozialen Netzwerks oder eines Datenspeicherdienstes nicht auf die Haushaltsausnahme berufen kann.¹⁴⁰

2.3.3. Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung

Abgrenzung nicht sensible und sensible Daten

Zunächst muss differenziert werden, ob es sich bei Fotos um nicht sensible Daten gem Art 6 DSGVO oder sensible Daten gem Art 9 DSGVO handelt, welche verarbeitet werden sollen.

Unter nicht sensiblen Daten versteht man gem Art 4 Z 1 DSGVO alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen. Darunter fallen ua der Name, die Adresse sowie das Geburtsdatum.

Sensible Daten wiederum – in der DSGVO besondere Kategorien personenbezogener Daten genannt – sind personenbezogene Daten, aus denen sich die rassische und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse Überzeugungen, Gewerkschaftszugehörigkeit, genetische Daten, biometrische Daten zur eindeutigen Identifizierung, Gesundheitsdaten oder Daten zum Sexualleben ableiten lassen. Darunter kann ein Fingerabdruck oder eine Krankengeschichte, aber nicht die Sozialversicherungsnummer¹⁴¹ subsumiert werden. Hier gilt ein grds Verbot der Zulässigkeit der Verarbeitung. Es gibt aber einige

¹³⁹ *Roßnagel/Kroschwald*, Was wird aus der Datenschutzgrundverordnung? Die Entschließung des Europäischen Parlaments über ein Verhandlungsdokument, ZD 10/2014, 495 (496); s auch *Schneider/Härtig*, Datenschutz in Europa – Plädoyer für einen Neubeginn, CR 5/2014, 306 (308).

¹⁴⁰ *Zerdick* in *Ehmann/Selmayr*, Datenschutzgrundverordnung² Art 2 Rz 11.

¹⁴¹ DSB-D123.526/0001-DSB/2019.

Ausnahmen, welche eine Verarbeitung solcher Daten zulassen; ua, wenn eine ausdrückliche Einwilligung nach Art 9 Abs 2 lit a DSGVO vorliegt oder die Verarbeitung nach Art 9 Abs 2 lit c DSGVO zum Schutz lebenswichtiger Interessen der betroffenen Person oder einer anderen natürlichen Person erforderlich ist und die betroffene Person aus körperlichen oder rechtlichen Gründen außerstande ist, ihre Einwilligung zu geben.

Ob Fotos unter die Kategorie sensible Daten fallen, ist bisweilen unklar. Klar ist, dass es sich bei Fotos um personenbezogene Daten iSd DSGVO handelt. Laut ErwGr 51 Satz 3 sollte die Verarbeitung von Lichtbildern nicht grds als Verarbeitung besonderer Kategorien von personenbezogenen Daten angesehen werden, da Lichtbilder nur dann unter biometrische Daten erfasst werden, wenn sie mit speziellen technischen Mitteln verarbeitet werden, die die eindeutige Identifizierung oder Authentifizierung einer natürlichen Person ermöglichen. Damit wollte wahrscheinlich festgestellt werden, dass bloße Fotos keine sensiblen Daten darstellen. Aus einem anderen Blickwinkel betrachtet, wird man – bei objektiver Betrachtung – bei Ablichtungen von Personen, auf denen ua ihre Hautfarbe oder traditionelle Kleidung ersichtlich ist, auf deren rassische oder ethnische Herkunft schließen können. Folgt man diesem Ansatz, würde jede Abbildung, auf welcher solche Herkünfte abzuleiten sind, ein sensibles Datum iSd Art 9 DSGVO darstellen, und würde wie oben erwähnt ein grds Verbot der Zulässigkeit der Verarbeitung mit sich bringen.

Verarbeitung und deren Rechtmäßigkeit

Damit die Verarbeitung gem ErwGr 40 rechtmäßig ist, müssen personenbezogene Daten mit Einwilligung der betroffenen Person oder auf einer sonstigen zulässigen Rechtsgrundlage verarbeitet werden, die sich aus dieser Verordnung oder aus dem sonstigen Unionsrecht oder dem Recht der MS ergibt, so unter anderem auf der Grundlage, dass sie zur Erfüllung der rechtlichen Verpflichtung, der der Verantwortliche unterliegt, oder zur Erfüllung eines Vertrags, dessen Vertragspartei die betroffene Person ist, oder für die Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen, die auf Anfrage der betroffenen Person erfolgen, erforderlich sein. Die DSGVO folgt grds dem Aufbau der DSRL, sieht aber noch zusätzlich Bestimmungen ua für die Einwilligung in Art 7 DSGVO vor. Da Art 6 Abs 1 DSGVO bereits auf den aus Art 7 DSRL bekannten Erlaubnistatbeständen aufbaut, ist eine

Verarbeitung somit rechtmäßig, wenn zumindest eine der dort taxativ aufgezählten Bedingungen erfüllt ist.¹⁴²

Art 6 Abs 1 lit f DSGVO ermöglicht die Verarbeitung personenbezogener Daten, wenn sie zur Wahrung der berechtigten Interessen eines Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich ist. Diese stellen jedoch keine ausreichende Begründung für die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung dar, wenn die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen; insb, wenn es sich dabei um ein Kind handelt. Aus dem ErwGr 47 geht hervor, dass ua ein berechtigtes Interesse vorliegt, wenn eine maßgebliche und angemessene Beziehung zwischen den betroffenen Personen und dem Verantwortlichen besteht, wenn zB die betroffene Person ein Kunde des Verantwortlichen ist oder in seinen Diensten steht. Daraus geht nicht explizit hervor, dass die Eltern-Kind-Beziehung auch eine solche Beziehung iSd des ErwGr 47 ist. Weiters muss auch die Erwartungshaltung der betroffenen Person geprüft werden, ob diese also bei der Ersterhebung und deren Umständen vernünftigerweise absehen konnte, dass möglicherweise eine Verarbeitung zu diesem Zweck erfolgen wird.¹⁴³

Einwilligung

Damit eine wirksame Einwilligung erteilt werden kann, muss diese ohne Zwang und in Kenntnis der Sachlage abgegeben werden.¹⁴⁴ Aus dem ErwGr 32 ergibt sich, dass der Betroffene, von dem die Einwilligung eingeholt werden soll, seine Willensbekundung zukünftig aktiv selbst erteilen muss.¹⁴⁵ Nach *Kastelitz*¹⁴⁶ sollten Stillschweigen, bereits angekreuzte Kästchen oder Untätigkeit der betroffenen Person keine Einwilligung darstellen.

Die DSGVO regelt in Art 7 die näheren Bedingungen für eine datenschutzrechtliche Einwilligung, welche teilweise in Österreich bereits durch die ergangene Rsp zu beachten war¹⁴⁷ wobei der Widerruf unter der DSGVO so einfach wie die Erteilung derselben sein

¹⁴² *Kastelitz*, Grundsätze und Rechtmäßigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten, in *Knyrim* (Hrsg), Datenschutz-Grundverordnung Praxishandbuch (2016) 105.

¹⁴³ *Kastelitz* in *Knyrim* 107.

¹⁴⁴ *Kastelitz* in *Knyrim* 108.

¹⁴⁵ *Kastelitz* in *Knyrim* 109.

¹⁴⁶ *Kastelitz* in *Knyrim* 108.

¹⁴⁷ Vgl zB Widerruf mit Ex-nunc-Wirkung in §§ 8 Abs 1 Z 2 und 9 Z 6 DSG 2000.

muss.¹⁴⁸ Der aus Art 7 Abs 3 DSGVO hervorgehende Widerrufshinweis vor Abgabe der Einwilligung wurde bislang nur aufgrund der Rsp¹⁴⁹ festgestellt.

Neu und nach *Kastelitz*¹⁵⁰ längst überfällig ist die Regelung über die datenschutzrechtliche Einwilligung Minderjähriger in Art 8 Abs 1 DSGVO, welche wiederum nur auf Angebote von Diensten der Informationsgesellschaft eingeschränkt ist. Damit bleibt eine Rechtsunsicherheit außerhalb von Onlinediensten betreffend die Zustimmungsfähigkeit Minderjähriger im Datenschutz weiterhin bestehen.

2.4. Bildverarbeitung im Datenschutzgesetz

Im nationalen DSG ist aufgrund der umfangreichen Änderungen, die im Zuge des Inkrafttretens der DSGVO vorgenommen wurden, die Bildverarbeitung nach § 12 DSG zu betrachten. Die neue Regelung zielt darauf ab, grds alle Bildaufnahmen durch Verantwortliche des privaten Bereichs zu regeln, sofern diese nicht ohnehin aufgrund der Haushaltsausnahme nach Art 2 Abs 2 lit c DSGVO ausgenommen sind und auch andere Gesetze hierzu nichts Besonderes vorsehen.¹⁵¹

*Jahnel*¹⁵² weist hier aber auf ein Problem iVm der Bildverarbeitung hin; und zwar, ob nach der Flexibilisierungsklausel des Art 6 Abs 2 DSGVO tatsächlich eine Regelungskompetenz des nationalen Gesetzgebers für die Bildverarbeitung besteht, da es sich durch den Verweis auf Art 6 Abs 1 lit e DSGVO um eine Verarbeitung handeln muss, die für die Wahrnehmung einer Aufgabe erforderlich ist, die im öffentlichen Interesse liegt und worin dieses öffentliche Interesse in einer privaten Bildverarbeitung liegen soll, wird in den Erläuterungen nicht geklärt.

Eine Bildaufnahme zu privaten Zwecken ist nach Art 12 Abs 2 DSG zulässig, wenn ua eine Einwilligung der betroffenen Person vorliegt. § 12 Abs 4 Z 1 DSG normiert die Unzulässigkeit der Bildverarbeitung, wenn es sich um den höchstpersönlichen Lebensbereich

¹⁴⁸ *Kastelitz* in *Knyrim* 110.

¹⁴⁹ RIS-Justiz RS0117271.

¹⁵⁰ *Kastelitz* in *Knyrim* 110; s auch *Jahnel/Pallwein-Prettner/Marzi*, Datenschutzrecht² 77.

¹⁵¹ *Jahnel/Pallwein-Prettner/Marzi*, Datenschutzrecht² 85; s auch *Jahnel*, Das Datenschutz-Anpassungsgesetz 2018, in *Bergauer/Jahnel/Mader/Staudegger* (Hrsg), jusIT Spezial: DS-GVO. ExpertInnenwissen zur Datenschutz-Grundverordnung (2018) 234.

¹⁵² *Jahnel* in *Bergauer/Jahnel/Mader/Staudegger* 234.

der betroffenen Person handelt. Um ein solches Foto verarbeiten zu dürfen, ist die Einwilligung unbedingt erforderlich.

Es kann hier festgehalten werden, dass, solange die Haushaltsausnahme zur Anwendung kommt, es also nur beim privaten und familiären Gebrauch bleibt, diese dem § 12 DSGVO vorgeht. Sofern natürlich die Ausnahme überschritten werden sollte, das DSGVO dadurch wieder vollumfänglich zur Anwendung kommt.

2.5. Mediengesetz

Zunächst ist zu eruieren, ob das Veröffentlichung eines Bildnisses in den Anwendungsbereich des MedienG fällt. Der Anwendungsbereich des MedienG gilt nicht nur für Druckmedien, sondern auch für elektronische Medien.¹⁵³ Dabei ist abzustellen, worum es sich bei einem Medium iSd MedienG handelt; ein solches ist ein Mittel zur Verbreitung von Mitteilungen oder Darbietungen mit gedanklichem Inhalt in Wort, Schrift, Ton oder Bild an einen größeren Personenkreis im Wege der Massenverbreitung oder der Massenherstellung.

An das Erfordernis des gedanklichen Inhalts sind nach hA keine besonderen Anforderungen zu stellen. Unter einem größeren Personenkreis ist eine nicht von vornherein begrenzte, nicht unerhebliche Personenmenge iSd § 69 StGB zu verstehen¹⁵⁴, worunter die Rsp¹⁵⁵ einen Personenkreis ab zehn Personen annimmt. Der OGH¹⁵⁶ versteht unter dem Begriff des Verbreitens jede Tätigkeit, durch die ein gedanklicher Inhalt einem größeren Personenkreis zugänglich gemacht wird, wobei wirkliche Kenntnisnahme nicht erforderlich ist. Vertrauliche Mitteilungen an eine oder mehrere Personen im Rahmen vom Familien- oder Bekanntenkreis stellt keine Verbreitung dar, da der Empfängerkreis aus einer abgegrenzten und überschaubaren Gruppe von Personen besteht, die in einem besonderen Verhältnis zum Mitteilenden stehen.¹⁵⁷

¹⁵³ *Frohner/Haller*, Mediengesetz⁶ (2016) § 1 Rz 2.

¹⁵⁴ *Koukal in Berka et al*, MedienG⁴ § 1 Rz 10.

¹⁵⁵ SSt 55/28.

¹⁵⁶ OGH 13 Os 24, 25/89 MR 1989, 128.

¹⁵⁷ *Koukal in Berka et al*, MedienG⁴ § 1 Rz 7.

Die im Gesetz genannte Massenherstellung oder Massenverbreitung stellt auf die Technologie der Massenkommunikation ab, wobei bei unkörperlichen Medien (ua Internet-Medien) nur Massenverbreitung infrage kommt.¹⁵⁸ Unter Massenverbreitung ist die Ermöglichung der Kenntnisnahme des Inhalts eines Mediums durch einen größeren Personenkreis zu verstehen.¹⁵⁹

Die einzelnen Facebook-Profilseiten sind Medien, sofern ihr gedanklicher Inhalt an einen von vornherein unbegrenztem Personenkreis verbreitet wird, welches jedenfalls auf die allgemein zugänglichen und um möglichst viele Abonnenten werbende Unternehmensprofile zutrifft.¹⁶⁰ Im Gegensatz hierzu ist bei privaten Profilen unter Heranziehung der Kriterien, welche das OLG Wien in seiner E¹⁶¹ darstellt, zu differenzieren, ob eine Verbreitung vorliegt.¹⁶² Es kommt hier aber nicht auf die Anzahl der Freunde an, die man auf Facebook in seiner Kontaktliste hat; sondern vielmehr darauf, wie das Verhältnis dieser zu der Inhaberin der Facebook-Profilseite besteht. Wird das Profil bloß einer begrenzten Anzahl an richtigen Freunden, also solchen, zu denen ein tatsächliches Freundschaftsverhältnis besteht, zugänglich gemacht, wird kein Medium betrieben. Im Gegenzug kann bei einem Profil, in dem eine beträchtliche Anzahl von Personen einen Zugang hat, es sich um ein Medium handeln. Die Betrachtungsweise gilt auch für ähnliche Plattformen wie zB Instagram.¹⁶³

Ebenso wie die oben genannten Medien gelten ua auch Blogs als Medien iSd § 1 Abs 1 Z 1 MedienG, in denen ihre Betreiber gesellschaftliche, wirtschaftliche, oder kulturelle Themen ansprechen und behandeln. In diesen Blogs werden zum Teil ihre Hobbies, Freizeitaktivitäten oder aber auch Produkttests sowie Produktwerbung erörtert und einer Bewertung unterzogen.¹⁶⁴ Zu den Produktwerbungen werden mitunter auch die Kinder herangezogen, um etwaige Mode anzuprobieren und vorzuführen, oder Stylingprodukte iSv Make-

¹⁵⁸ *Koukal in Berka et al, MedienG⁴ § 1 Rz 11.*

¹⁵⁹ *Frohner/Haller, Mediengesetz⁶ § 1 Rz 3; vgl auch Koukal in Berka et al, MedienG⁴ § 1 Rz 11.*

¹⁶⁰ *Koukal in Berka et al, MedienG⁴ § 1 Rz 12.*

¹⁶¹ OLG Wien 18 Bs 81/15s MR 2015, 188.

¹⁶² *Koukal in Berka et al, MedienG⁴ § 1 Rz 12.*

¹⁶³ *Koukal in Berka et al, MedienG⁴ § 1 Rz 12.*

¹⁶⁴ *Koukal in Berka et al, MedienG⁴ § 1 Rz 12.*

up sowie Haarfärbemittel zu testen. Diese Angebote werden regelmäßig nach der Absicht des Verfassers einem unbegrenzten Adressatenkreis zugänglich gemacht.¹⁶⁵

Als Medieninhaber iSd § 1 Abs 1 Z 8 MedienG gilt, wer zumindest die inhaltliche Gestaltung des Mediums besorgt, wenn nicht auch die Herstellung, Verbreitung, Ausstrahlung oder Abrufbarkeit besorgt oder veranlasst; hierbei ist mit dem Besorgen der inhaltlichen Gestaltung jene natürliche Person gemeint, der die inhaltliche sowie redaktionelle Letztverantwortung für die verbreiteten Inhalte zukommt.¹⁶⁶ Die Eigenschaft als Medieninhaber ist deshalb relevant, weil die wichtigsten Ansprüche (ua die Entschädigungsansprüche nach §§ 6 MedienG) nur gegen den Medieninhaber geltend gemacht werden können.¹⁶⁷ Bei den unterschiedlichen Plattformen für Social Media (zB Facebook, Instagram, etc) treffen mehrere Medieninhaber aufeinander. Die Plattform besteht überwiegend aus Inhalten, die deren User auf privaten Profilen oder Unternehmensprofilen posten.¹⁶⁸ Der jeweilige Benutzer hat die Gestaltungsmacht über seine eigene Profilseite, dh, er kann Inhalte posten, Kommentare anderer Personen, welche in seinem Thread schreiben, löschen, verbergen, aber auch die Kommentarfunktion gänzlich deaktivieren.¹⁶⁹ Nach der E¹⁷⁰ des OGH ist somit Medieninhaber, welcher eine Facebook-Seite gestaltet, sprich die inhaltliche Letztgestaltung vornimmt. Dasselbe gilt auch hier ebenfalls für Blogger, wonach diese selbst Medieninhaber sind.

Den höchstpersönlichen Lebensbereich eines Menschen vor bloßstellenden Veröffentlichungen schützt § 7 MedienG; dabei soll sich der Begriff des höchstpersönlichen Lebensbereiches mit dem des Privat- und Familienlebens iSd Art 8 EMRK decken.¹⁷¹ Hier steht fest, dass dies nur solche Angelegenheit sind, deren Kenntnisnahme durch Außenstehende die persönliche Integrität in besonderen Maß berührt; dazu zählt der engste Bereich der menschlichen Intimsphäre, zu der man die psychischen und körperlichen Befindlichkeiten, das Sozialverhalten sowie Kontakte mit engsten Vertrauten rechnen kann.¹⁷² Weiters

¹⁶⁵ Koukal in Berka et al, MedienG⁴ § 1 Rz 12.

¹⁶⁶ Frohner/Haller, Mediengesetz⁶ § 1 Rz 12; vgl auch ErläutRV 784 BlgNR 22. GP 6.

¹⁶⁷ Frohner/Haller, Mediengesetz⁶ § 1 Rz 13.

¹⁶⁸ Koukal in Berka et al, MedienG⁴ § 1 Rz 30g.

¹⁶⁹ Koukal in Berka et al, MedienG⁴ § 1 Rz 30g.

¹⁷⁰ OGH 15 Os 14/15w (15 Os 15/15t), *Posting/Schmähkritik*, MR 2015, 184.

¹⁷¹ Berka in Berka et al, MedienG⁴ § 7 Rz 6.

¹⁷² Frohner/Haller, Mediengesetz⁶ § 7 Rz 3; s auch Berka in Berka et al, MedienG⁴ § 7 Rz 8.

bedarf es für die Entschädigungsansprüche nach § 7 MedienG, dass es durch die Veröffentlichung zu einer Bekanntmachung der Identität der betroffenen Person führt. Ob eine solche Bildberichterstattung identifizierend wirkt, muss nach dem Gesamtzusammenhang der Veröffentlichung beurteilt werden, wobei es hier nicht erforderlich ist, dass die Identität der betroffenen Person einer breiten Öffentlichkeit bekannt wird.¹⁷³

Zusätzlich zu betrachten ist das Tatbestandsmerkmal der Bloßstellung, dass auch die Begleitumstände und Auswirkungen der Veröffentlichung mit in Betracht zu ziehen sind.¹⁷⁴ Die Haftungsfolgen nach § 7 MedienG werden nicht durch jede Veröffentlichung von Angelegenheiten des höchstpersönlichen Lebensbereiches ausgelöst, sondern nur, durch Erörterungen oder Darstellungen, welche geeignet sind, die betroffene Person in der Öffentlichkeit bloßzustellen, wobei unter Darstellungen bildhafte Indiskretionen zu verstehen sind.¹⁷⁵

Handelt es sich um solche Veröffentlichungen, die zwar Angelegenheiten des Privatlebens betreffen, nicht aber dem engsten Kreis der Intimsphäre angehören, ist zu prüfen, ob die Art und Weise der Darstellung zu einer Bloßstellung geführt hat, wobei dies auch wiederum von den näheren Umständen abhängt, in welchem Umfang die Details einer privaten Angelegenheit breitgetreten werden, ob die Person durch das Bild in ein falsches Licht gerückt wird, ob demaskierende Abbildungen verwendet werden usw.¹⁷⁶

Wenn eine Einwilligung der betroffenen Person in die Veröffentlichung vorliegt, dann stellt dies einen Rechtfertigungsgrund dar und schließt grds Ersatzansprüche aus.¹⁷⁷ Beim Ausschlussgrund des § 7 Abs 2 Z 3 MedienG sind die Anforderungen an eine wirksame Zustimmung herabgesetzt, was bedeutet, dass die Zustimmung nicht ausdrücklich oder

¹⁷³ *Berka in Berka et al*, MedienG⁴ § 7 Rz 27; OGH 14 Os 42/95 MR 1995, 172; OLG Wien 18 Bs 20/02 MR 2002, 73.

¹⁷⁴ *Berka in Berka et al*, MedienG⁴ § 7 Rz 8.

¹⁷⁵ *Berka in Berka et al*, MedienG⁴ § 7 Rz 16.

¹⁷⁶ *Berka in Berka et al*, MedienG⁴ § 7 Rz 20; vgl zB OGH 15 Os 96/18h MR 2018, 264 (*Zöchbauer*).

¹⁷⁷ *Berka in Berka et al*, MedienG⁴ Vor §§ 6-8a Rz 55; ausf *Zöchbauer*, Der Begriff des „objektiven Tatbestandes“ im MedienG. Zugleich ein Beitrag zu den Rechtfertigungsgründen im MedienG, MR 2000, 283 (287).

zumindest konkludent gegeben werden muss; sondern sie kann auch dann schon angenommen werden, wenn sich dies aus den Umständen ergibt.¹⁷⁸

Da jede Verfügung über Persönlichkeitsrechte und damit auch über die durch § 7 MedienG geschützte Geheimsphäre die Ausübung eines höchstpersönlichen Rechts darstellt, kann die Zustimmung zu einer Veröffentlichung auch nicht durch einen gesetzlichen Vertreter substituiert werden; somit kann, wenn einem Minderjährigen die natürliche Entscheidungsfähigkeit (Einsichts- und Urteilsfähigkeit) fehlt, diese weder durch gesetzliche Vertreter noch durch das Pflegschaftsgericht ersetzt werden.¹⁷⁹

¹⁷⁸ Berka in Berka et al, MedienG⁴ § 7 Rz 29; Frohner/Haller, Mediengesetz⁶ § 7 Rz 14.

¹⁷⁹ Berka in Berka et al, MedienG⁴ § 7 Rz 30; s auch OGH 15 Os 176/15v, *Fenstersturz eines Kindes II*, MR 2016, 10 (Zöchbauer) = Zak 2016/81, 43; Frohner/Haller, Mediengesetz⁶ § 7 Rz 14.

3. Rechts- und Interessenvertretung

3.1. Partei- und Prozessfähigkeit

In Österreich fehlt es im Gegensatz zur deutschen Zivilprozessordnung¹⁸⁰ einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung zur Parteifähigkeit, demnach wird der Begriff Parteifähigkeit als die Fähigkeit umschrieben, im Prozess selbstständiger Träger von Rechten und Pflichten im eigenen Namen zu sein, sprich die (abstrakte) Fähigkeit, im Prozess Kläger und Beklagter sein zu können.¹⁸¹ Nach österreichischem Recht ist jedes Subjekt parteifähig, das überhaupt Träger von Privatrecht sowie den entsprechenden Pflichten sein kann, dh, parteifähig sind alle natürlichen und juristischen Personen.¹⁸² Die Parteifähigkeit ist eine absolute Prozessvoraussetzung, dessen Mangel nach stRsp¹⁸³ so behandelt wird wie die mangelnde Prozessfähigkeit gemäß § 7 ZPO; diese führt bei fehlender Heilung zur Nichtigklärung des Verfahrens und des Urteils als auch zur Zurückweisung der Klage.¹⁸⁴

Zu unterscheiden von der Parteifähigkeit ist jedoch die Prozessfähigkeit.

Die Prozessfähigkeit, welche in § 1 ZPO geregelt ist¹⁸⁵, ist die Fähigkeit, alle Prozesshandlungen wirksam vorzunehmen und entgegenzunehmen, gleichgültig, ob selbst oder durch selbst bestellte Vertreter, für sich selbst oder auch für andere.¹⁸⁶ Daraus ergibt sich, dass jede unmittelbar an die Gegenpartei gerichtete Prozesshandlung für ihre Gültigkeit die Prozessfähigkeit beider Prozessparteien voraussetzt, sowohl für die Partei, welche die Prozesshandlung setzt, als auch die Partei, welche diese entgegennimmt.¹⁸⁷

Die Prozessfähigkeit ist das prozessuale Gegenstück zur materiellrechtlichen Geschäftsfähigkeit; somit sind maßgebend die Normen des bürgerlichen Rechts (aus dem ABGB und

¹⁸⁰ § 50 dZPO.

¹⁸¹ *Nummer-Krautgasser* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze³ II/1 Vor § 1 ZPO Rz 26; *Nummer-Krautgasser* in *Ballon/Nummer-Krautgasser/Schneider*, Einführung ins das Zivilprozessrecht¹³ (2018) Rz 142; *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁹ Rz 361.

¹⁸² *Nummer-Krautgasser* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze³ II/1 Vor § 1 ZPO Rz 26.

¹⁸³ RIS-Justiz RS0035343.

¹⁸⁴ *Nummer-Krautgasser* in *Ballon/Nummer-Krautgasser/Schneider*, Zivilprozessrecht¹³ Rz 144; *Nummer-Krautgasser* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze³ II/1 Vor § 1 ZPO Rz 97; RIS-Justiz RS0110705.

¹⁸⁵ ISd 2. ErwSchG.

¹⁸⁶ *Nummer-Krautgasser* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze³ II/1 § 1 ZPO Rz 1.

¹⁸⁷ *Nummer-Krautgasser* in *Fasching/Konecny*, Zivilprozessgesetze³ II/1 § 1 ZPO Rz 2.

seinen Nebengesetzen), woraus sich ergibt, inwieweit eine Person sich selbstständig im eigenen Namen berechtigen und auch verpflichten kann.¹⁸⁸ Prozessfähig ist jeder Handlungsfähige, welcher geschäftsfähig ist¹⁸⁹, mündige Minderjährige in Rechtssachen, in denen sie nach bürgerlichem Recht geschäftsfähig sind oder in Ehesachen eine Person selbst dann, wenn sie sonst nur beschränkt geschäftsfähig sind.¹⁹⁰

Mündige Minderjährige sind somit auf jene Sachen prozessfähig, die ihnen zur freien Verfügung überlassen wurden, hinsichtlich ihres eigenen Einkommens, soweit die Befriedigung der Bedürfnisse nicht beeinträchtigt wird, als auch auf die altersüblich geringfügig geschlossenen Rechtsgeschäfte.¹⁹¹ Mündige Minderjährige haben aber ua familiengerichtliche Verfahrensfähigkeit gem § 104 AußStrG bei Verfahren über Pflege und Erziehung oder über das Recht auf persönlichen Verkehr, in welchen sie selbstständig vor Gericht handeln dürfen.¹⁹² Die erweiterte Prozessfähigkeit von mündigen Minderjährigen erfasst aber keine (deliktischen) Schadenersatzansprüche.¹⁹³

Kinder unter sieben Jahren und unmündige Minderjährige iSd §§ 21, 170 und 865 ABGB sind gem § 2 ZPO prozessunfähig.¹⁹⁴ Für prozessunfähige Parteien handelt deren gesetzlicher Vertreter, welcher im Prozess dieselbe Stellung wie die Partei hat.¹⁹⁵

In einem Verfahren vor dem EGMR sind natürliche Personen grds ungeachtet ihres Alters, ihrer Geschäftsfähigkeit und ihrer Staatsangehörigkeit Träger der Konventionsrechte und daher parteifähig; die EMRK hat hierbei keine starren Regeln und idR werden minderjährige Beschwerdeführer von einer sorge- oder vertretungsberechtigten Person repräsentiert.¹⁹⁶

¹⁸⁸ *Nummer-Krautgasser* in *Ballon/Nummer-Krautgasser/Schneider*, *Zivilprozessrecht*¹³ Rz 146; *Rechberger/Simotta*, *Zivilprozessrecht*⁹ Rz 367.

¹⁸⁹ Die Wortfolge „selbstständig gültige Verpflichtungen eingehen kann“ wurde durch das 2. ErwSchG auf die Wortfolge „geschäftsfähig ist“ geändert.

¹⁹⁰ *Dolar/Roth*, *Zivilprozessrecht*¹⁵ (2017) 223.

¹⁹¹ *Rechberger/Simotta*, *Zivilprozessrecht*⁹ Rz 367.

¹⁹² *Koziol – Welser/Kletečka*, *Grundriss des bürgerlichen Rechts* Band I¹⁵ (2018) Rz 198.

¹⁹³ *Nummer-Krautgasser* in *Fasching/Konecny*, *Zivilprozessgesetz*³ II/1 § 2 ZPO Rz 13.

¹⁹⁴ *Nummer-Krautgasser* in *Fasching/Konecny*, *Zivilprozessgesetz*³ II/1 § 1 ZPO Rz 2.

¹⁹⁵ *Nummer-Krautgasser* in *Ballon/Nummer-Krautgasser/Schneider*, *Zivilprozessrecht*¹³ Rz 146; *Rechberger/Simotta*, *Zivilprozessrecht*⁹ Rz 369.

¹⁹⁶ *Grabenwarter/Pabel*, *EMRK*⁶ § 13 Rz 7.

In einem Zurückweisungsbescheid¹⁹⁷ der DSB hatte sich diese mit der Minderjährigkeit des Bf und dessen Prozessfähigkeit auseinanderzusetzen. Die DSB kam hierbei zu dem Schluss, dass der Bf zwar aufgrund seines Alters beschränkt prozessfähig iSd § 170 Abs 2 ABGB ist und diese Prozessfähigkeit auf Verfahren, die sich auf die diesem zur freien Verfügung überlassenen Sachen beziehen oder Einkommen aus eigenem Erwerb betreffen, beschränken. Nach dieser Ansicht kommt einem minderjährigen Bf in einem datenschutzrechtlichen Verfahren keine Prozessfähigkeit zu.

3.2. Gesetzlicher Vertreter

Nicht (voll) geschäftsfähigen Personen ist vom Gesetz (teilweise) die Fähigkeit genommen, durch eigenes Verhalten geschäftliche Wirkungen auszulösen; diese schutzwürdigen Personen erhalten deshalb einen gesetzlichen Vertreter, der die Günstigkeit des Geschäftes prüft und in ihrem Namen abschließt.¹⁹⁸ Gem § 167 Abs 1 iVm § 177 Abs 1 ABGB sind die Eltern der gesetzliche Vertreter, wenn sie miteinander verheiratet sind. Falls dies nicht der Fall sein sollte, obliegt (sofern die Eltern keine einvernehmliche gemeinsame Obsorge festlegen) der Mutter die gesetzliche Vertretung gem § 177 Abs 2 und 3 iVm § 158 Abs 1 ABGB.¹⁹⁹ Sofern eine Ehe oder häusliche Gemeinschaft der Eltern aufgelöst wird, so bleibt die Obsorge beider Eltern nach § 179 Abs 1 ABGB grds aufrecht; wobei sie vor Gericht eine Vereinbarung schließen können, wonach ein Elternteil alleine mit der Obsorge betraut wird oder die Obsorge eines Elternteils auf bestimmte Angelegenheiten beschränkt wird.²⁰⁰

Sind beide Elternteile mit der Obsorge betraut, so ist jeder Elternteil gem § 167 Abs 1 ABGB für sich allein berechtigt und verpflichtet, das Kind zu vertreten, wobei nach Abs 2 auch die Zustimmung des anderen Elternteils notwendig ist, wenn sich um besondere Angelegenheiten handelt. Gefährden die Eltern durch ihr Verhalten das Wohl des minderjährigen Kindes, so hat das Gericht gem § 181 Abs 1 ABGB, die zur Sicherung des Kindeswohles nötigen Verfügungen zu treffen, gleich von wem immer es angerufen wird.²⁰¹ § 169 Abs 1 ABGB zufolge ist nur ein obsorgebetrauter Elternteil alleine in einem

¹⁹⁷ Vgl DSB-D123.463/0005-DSB/2018.

¹⁹⁸ *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Rechts I¹⁵ Rz 632.

¹⁹⁹ *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Rechts I¹⁵ Rz 634.

²⁰⁰ *Seiss/Raabe-Stuppinig*, ZIR 2014/2, 104.

²⁰¹ *Seiss/Raabe-Stuppinig*, ZIR 2014/2, 104.

zivilgerichtlichen Verfahren zur Vertretung des Kindes berechtigt. Wenn sich die Eltern hierfür nicht einigen sollten, ist derjenige Vertreter, der die erste Verfahrenshandlung (zB eine Klageeinbringung) setzt.²⁰²

3.3. Privatanklagedelikt

Die österreichische Rechtsordnung kennt neben den Offizialdelikten auch die Privatanklagedelikte, bei denen das Anklagerecht nicht der StA zusteht, sondern Personen, bei welchen das geschützte Rechtsgut ausschließlich oder überwiegend in der privaten Sphäre des Verletzten liegt.²⁰³ Die StPO hat keine eigenständige Regelung der Prozessfähigkeit und knüpft deshalb an die gesetzlichen Vorgaben der zivilrechtlichen Prozessfähigkeit an.²⁰⁴ Demnach sind alle volljährigen natürlichen Personen prozessfähig und können das Privatanklagerecht selbstständig ausüben.²⁰⁵ Unmündige Minderjährige können nur durch ihren gesetzlichen Vertreter Privatanklagen einbringen, mündige Minderjährige können dies nach *Fabrizy*²⁰⁶ idR selbstständig, wobei hier die Rsp²⁰⁷ aufgrund des Kostenrisikos eine pflegschaftsbehördliche Genehmigung verlangt.

*Kirschenhofer*²⁰⁸ vertritt die Ansicht, dass Minderjährige als Privatankläger eine Vertretungshandlung oder Einwilligung des gesetzlichen Vertreters sowie eine pflegschaftsgerichtliche Genehmigung benötigen.

Bei mündigen Minderjährigen sind die Rechtsgüter, die durch die Privatanklagebefugnis geschützt sind, in erster Linie Persönlichkeitsrechte; bei welchen es sich idR um angebotene, schon durch die Vernunft einleuchtende Rechte gem § 16 ABGB, handelt, die höchstpersönlicher Natur und damit mit zur freien Verfügung überlassener Sachen vergleichbar

²⁰² RIS-Justiz RS0036556.

²⁰³ *Fabrizy*, Die österreichische Strafprozessordnung mit dem neuen Vorverfahren und den wichtigsten Nebengesetzen¹³ (2017) § 71 StPO Rz 1.

²⁰⁴ *Fabrizy*, StPO¹³ § 71 StPO Rz 4; *Korn/Zöchbauer* in *Fuchs/Ratz*, Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung (2017) § 71 Rz 3.

²⁰⁵ *Korn/Zöchbauer* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 71 Rz 4.

²⁰⁶ *Fabrizy*, StPO¹³ § 71 StPO Rz 4.

²⁰⁷ OGH 15 Os 57/09k EvBl 2009, 1069 (*Rami*) = JBl 2010, 324 (*Böhm*).

²⁰⁸ *Kirschenhofer* in *Schmölzer/Mühlbacher* (Hrsg), Strafprozessordnung – Kommentar Band 1: Ermittlungsverfahren (2013) § 71 Rz 3.

ist.²⁰⁹ Nach *Korn/Zöchbauer*²¹⁰ werden mündige Minderjährige daher idR bei Verletzungen der Ehre²¹¹ privatanklageberechtigt sein.

Bei Fehlen der Prozessfähigkeit ist die Privatanklage vor Durchführung einer HV zurückzuweisen und das Verfahren einzustellen.²¹² Es besteht daneben die Möglichkeit, dass im Namen des Minderjährigen der gesetzliche Vertreter ohne Vollmacht Privatanklage erheben²¹³ und zurückziehen²¹⁴ kann.²¹⁵

Unter Ankläger bei Privatanklagedelikten iSd StPO versteht man den Privatankläger²¹⁶, welcher gem § 71 Abs 5 erster Satz StPO²¹⁷ dieselbe Stellung und somit auch die gleichen Rechte wie dem Staatsanwalt zukommen.²¹⁸

Das Fernbleiben des Privatanklägers von der Hauptverhandlung führt im Gegensatz zum StA, wo bei Nichterscheinen vertagt wird, zur Einstellung des Strafverfahrens mittel Beschluss gem § 71 Abs 6 StPO. In diesem Fall ist der Privatankläger ggü dem StA benachteiligt, wobei er wiederum in dem Fall privilegiert ist, als dass er im Gegensatz zum StA nicht zur Objektivität verpflichtet ist, es keine Ausschließungsgründe für ihn gibt und er ebenso auch als Zeuge vernommen werden kann.²¹⁹ Das Recht zur Privatanklage erlischt materiell mit der Verjährung der Strafbarkeit gem §§ 57 und 58 StGB und der Verfolgungsantrag iSd § 71 StPO innerhalb der Verjährungsfrist beim sachlich und örtlich zuständigen Strafgericht eingebracht werden muss.²²⁰

²⁰⁹ *Korn/Zöchbauer* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 71 Rz 5.

²¹⁰ *Korn/Zöchbauer* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 71 Rz 5.

²¹¹ Vgl §§ 111 ff StGB.

²¹² *Fabrizy*, StPO¹³ § 71 StPO Rz 4; OGH 15 Os 57/09k EvBl 2009, 1069 (*Rami*) = JBl 2010, 324 (*Böhm*).

²¹³ SSSt 1/45.

²¹⁴ SSSt 48/16 = EvBl 1977/215.

²¹⁵ *Fabrizy*, StPO¹³ § 71 StPO Rz 4a.

²¹⁶ OGH 9 Os 14/77 SSSt 48/33 = EvBl 1977/217, 468 = JBl 1977, 432 (*Liebscher*) zu § 46 aF.

²¹⁷ S auch OLG Innsbruck 6 Bs 296/98 MR 1999, 90 zu § 46 aF.

²¹⁸ *Korn/Zöchbauer* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 71 Rz 18.

²¹⁹ *Korn/Zöchbauer* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 71 Rz 21; s auch *Hilf/Anzenberger*, Opferrechte – Die Stellung des Opfers im Strafverfahren, ÖJZ 2008, 886 (888).

²²⁰ *Korn/Zöchbauer* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 71 Rz 22 f; *Kirschenhofer* in *Schmölzer/Mühlbacher*, StPO § 71 Rz 11; *Fabrizy*, StPO¹³ § 71 StPO Rz 13.

Für die Beurteilung der Zuständigkeitsfrage sind die in der Privatanklage aufgestellten Tatsachenbehauptungen maßgebend, aus denen der Privatankläger mit zumindest vertretbarer Rechtsansicht die Zuständigkeit des von ihm angerufenen Gerichts ableitet, wobei das Gericht an dessen rechtliche Subsumtion nicht gebunden ist.²²¹ Das Anklagevorbringen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht ist in seiner Gesamtheit zu betrachten.²²² Gem § 71 Abs 3 zweiter Satz StPO hat die Privatanklage den Erfordernissen einer Anklageschrift iSd § 211 StPO zu entsprechen.²²³

Die Berechtigung zur Privatanklage ist zu begründen, außer, sie ist offensichtlich.²²⁴ Des Weiteren ist dieser Antrag schriftlich einzubringen, und muss hier das Verlangen des Privatanklägers nach gerichtlicher Bestrafung des Beschuldigten in eindeutiger Weise zum Ausdruck kommen, sprich einen unmissverständlichen Antrag auf Bestrafung des Beschuldigten.²²⁵ Dem Angeklagten und Haftungsbeteiligten hat das Gericht gem § 71 Abs 4 StPO den Antrag zuzustellen, welche das Recht haben, binnen 14 Tagen eine Gegenäußerung abzugeben. Danach hat das Gericht den Antrag amtswegig zu prüfen iSd §§ 451 und 485 StPO und ggf eine Hauptverhandlung anzuberaumen. Falls der Privatankläger nicht zur HV erscheint oder nicht die erforderlichen Anträge stellt, so wird vermutet, dass er auf die Verfolgung verzichtet hat, und das Gericht in solchen Fällen das Verfahren mit Beschluss einzustellen hat.²²⁶

§ 71 Abs 2 StPO besagt, dass zur Anklage nicht mehr berechtigt ist, wer ausdrücklich darauf verzichtet oder die Begehung der strafbaren Handlung verziehen hat.²²⁷ *Korn/Zöchbauer*²²⁸ zufolge muss der Verzicht ausdrücklich (wie im Gesetz gefordert), jedoch bei der

²²¹ *Korn/Zöchbauer* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 71 Rz 24; stRsp OGH 14 Os 107/94 EvBl 1995/41, 193 = JBl 1996, 126 = MR 1995, 13 = Rz 1996/4, 26; OGH 15 Os 10/98 EvBl 1998/142, 623 = JBl 2000, 401 (*Tipold*) = MR 1998, 188 (*Zöchbauer*); OGH 15 Ns 35/16i MR 2016, 318; OGH 13 Os 170/98.

²²² *Korn/Zöchbauer* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 71 Rz 24; OGH 15 Os 10/98 EvBl 1998/142, 623 = JBl 2000, 401 (*Tipold*) = MR 1998, 188 (*Zöchbauer*); OGH 11 Os 53/01 JBl 2002, 605 (*Kert*) = MR 2001, 225 (*Zöchbauer* und *Weis*).

²²³ *Bertel/Venier*, Strafprozessrecht¹² (2019) 54.

²²⁴ *Kirschenhofer* in *Schmölzer/Mühlbacher*, StPO § 71 Rz 14.

²²⁵ *Korn/Zöchbauer* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 71 Rz 25; OGH 13 Os 126, 127/93 EvBl 1994/20, 100 zu § 46 aF.

²²⁶ *Kirschenhofer* in *Schmölzer/Mühlbacher*, StPO § 71 Rz 20; *Korn/Zöchbauer* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 71 Rz 37.

²²⁷ *Korn/Zöchbauer* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 71 Rz 31.

²²⁸ *Korn/Zöchbauer* in *Fuchs/Ratz*, WK StPO § 71 Rz 31; aM *Fabrizy*, StPO¹³ § 71 StPO Rz 10 und *Kirschenhofer* in *Schmölzer/Mühlbacher*, StPO § 71 Rz 13.

Verzeihung kann diese auch schlüssig iSd § 863 ABGB erfolgen. Als Ergebnis eines Verzichts oder Verzeihung geht hervor, dass das bereits entstandene Verfolgungsrecht erlischt. Unwirksam ist zu vereinbaren, dass auf die Verfolgung zukünftiger Privatanklagedelikte verzichtet oder diese verziehen werden.²²⁹

²²⁹ OGH 5 Os 42/57 EvBl 1957/182, 246 = RZ 1957, 85 = SSt 28/10; Korn/Zöchbauer in Fuchs/Ratz, WK StPO § 71 Rz 32; Kirschenhofer in Schmölzer/Mühlbacher, StPO § 71 Rz 13.

4. Rechtsdurchsetzung

4.1. Zuständigkeit

Gem § 24 DSG hat jede betroffene Person das Recht auf Beschwerde bei der Datenschutzbehörde, wenn sie der Ansicht ist, dass die Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten gegen die DSGVO oder gegen § 1 oder Art 2 1. Hauptstück verstößt.

Vor die Bezirksgerichte gehören gem § 49 Abs 1 JN alle vermögensrechtlichen Streitigkeiten nach der Wertzuständigkeit bis zu einem Streitwert von einschließlich 15.000 €, sofern sie nicht in die Eigenzuständigkeit des Landesgerichts fallen.

Vor die Landesgerichte gehören gem § 50 JN alle zivilrechtlichen Sachen, welche nicht den Bezirksgerichten zugewiesen sind; diese sind kraft Wertzuständigkeit alle vermögensrechtlichen Streitigkeiten mit einem Streitwert von über 15.000 €, sofern sie nicht in die Eigenzuständigkeit des Bezirksgerichts fallen.²³⁰

Gem § 51 Abs 2 Z 10 JN sind für Streitigkeiten wegen Urheberrechtsverletzungen unabhängig vom Streitwert das jeweilige Landesgericht als Handelsgericht zuständig.²³¹

Für ein selbstständiges Entschädigungsverfahren nach § 8a MedienG normiert § 41 Abs 2 MedienG für das Hauptverfahren die sachliche Zuständigkeit des mit der Gerichtsbarkeit in Strafsachen betraute Landesgericht.²³² Nach § 41 Abs 3 MedienG ist für selbstständige Verfahren immer der Einzelrichter des Landesgerichts funktionell zuständig.²³³

4.2. Datenschutzrechtliche Ansprüche

Das Grundrecht auf Datenschutz nach § 1 DSG enthält in Abs 3 drei Betroffenenrechte: Auskunft, darüber, wer welche Daten über ihn verarbeitet, woher die Daten stammen und wozu sie verwendet werden, insb auch, an wen sie übermittelt werden; Richtigstellung unrichtiger Daten sowie die Löschung unzulässigerweise verarbeiteter Daten.²³⁴

²³⁰ *Rechberger/Simotta*, Zivilprozessrecht⁹ Rz 274.

²³¹ *Bücheler*, Urheberrecht² (2018) 104.

²³² *Heindl* in *Berka* et al, MedienG⁴ § 41 Rz 5.

²³³ *Heindl* in *Berka* et al, MedienG⁴ § 41 Rz 7.

²³⁴ *Jahnel/Pallwein-Prettner/Marzi*, Datenschutzrecht² 28.

Die Rechte, die sich aus der DSGVO ergeben, beinhalten das Recht auf Auskunft, Berichtigung, Löschung, Einschränkung, Datenübertragbarkeit und Widerspruch. Im Folgenden wird nur das Recht auf Widerruf sowie Löschung näher betrachtet.

4.2.1. Recht auf Widerruf

Art 7 Abs 3 DSGVO sieht das Recht vor, dass die betroffene Person jederzeit ihre Einwilligung in die Verarbeitung personenbezogener Daten widerrufen kann. Dabei wird die Rechtmäßigkeit der aufgrund der Einwilligung bis zum Widerruf erfolgten Verarbeitung nicht berührt.²³⁵

4.2.2. Recht auf Löschung

Das Recht auf Löschung gem Art 17 DSGVO bietet im Vergleich zum DSG keine umfassenden neuen Regelungen.

Art 17 DSGVO gewährt ein klassisches Recht auf Löschung der die betroffene Person betreffenden personenbezogenen Daten sowie eine korrespondierende Pflicht des Verantwortlichen zur Löschung, wenn bestimmte Voraussetzungen vorliegen.²³⁶ Der Löschungsantrag ist an keine Form gebunden; er kann sowohl schriftlich, mündlich, per E-Mail oder sonst auf elektronische Art erhoben werden.²³⁷

Welche Daten zu löschen sind, regelt Art 17 Abs 1 lit a bis f DSGVO, wonach ua Daten für die Zwecke, für die sie erhoben oder auf sonstige Weise verarbeitet wurden, nicht mehr notwendig sind, die Einwilligung widerrufen oder die Daten unrechtmäßig (ohne Einwilligung) verarbeitet wurden. Nach lit d besteht ein solches Löschungsrecht, wenn personenbezogene Daten unrechtmäßig iSd Art 6 Abs 1 DSGVO verarbeitet wurden. Wenn einer der Lösungsgründe einschlägig ist, so hat die betroffene Person das Recht, von dem Verantwortlichen zu verlangen, dass die betreffenden personenbezogenen Daten

²³⁵ *Jahnel/Pallwein-Prettner/Marzi*, Datenschutzrecht² 76.

²³⁶ *Kamann/Braun in Ehmman/Selmayr*, Datenschutzgrundverordnung² Art 17 Rz 1.

²³⁷ *Kamann/Braun in Ehmman/Selmayr*, Datenschutzgrundverordnung² Art 17 Rz 69; s auch *Herbst in Kühling/Buchner*, DS-GVO/BDSG² Art 17 Rz 85.

unverzüglich gelöscht werden.²³⁸ Wie beim Berichtigungsanspruch gilt auch hier die einmonatige Frist des Art 12 Abs 3 DSGVO.²³⁹

Dem Verantwortlichen steht im Hinblick auf die Mittel und Verfahrnung der Löschung ein Auswahlermessen zu, soweit die ausgewählten Maßnahmen zu dem erforderlichen Erfolg führen; darunter fällt zB die physische Beseitigung verkörperter Daten durch Entfernen oder Überschreiben der Information ohne Eingriff in die Integrität.²⁴⁰ Es darf niemandem nach dem Löschen ohne unverhältnismäßigen Aufwand mehr möglich sein, die betreffenden Informationen wahrzunehmen.²⁴¹ Beim Löschen von Daten auf einem wiederbeschreibbaren Datenträger wie einer Festplatte (gleich, ob im Laptop oder Smartphone verbaut) tritt der Löschungserfolg nicht bereits dann ein, wenn die betreffenden Speicherplätze in der Indextabelle zum neuen Beschreiben freigegeben sind, sondern erst beim tatsächlichen Überschreiben mit neuen Daten; daher wird es oftmals vorkommen, dass spezielle Software oder Apps zum Einsatz kommen, welche die Daten dann sicher löschen.²⁴²

Keinesfalls ausreichende Löschungshandlungen sind rein organisatorische Maßnahmen, die bloß die Wahrnehmung der Information verhindern sollen (zB eine entsprechende Kennzeichnung der relevanten Daten) und das bloße Entsorgen der Datenträger (SD-Karte) als Müll ist kein Löschen, solange die Kenntnisnahme der Informationen durch andere Personen, welche den Datenträger zB finden und an sich nehmen, noch möglich ist.²⁴³

Weder die DSGVO noch das DSG beinhalten konkrete Nachweispflichten, dass die personenbezogenen Daten gelöscht wurden; die Löschung ist nur zu bestätigen.²⁴⁴

In bestimmten Fällen kann die Löschung abgelehnt werden. Nach Art 17 Abs 3 DSGVO kann dies abgelehnt werden, wenn die Speicherung ua notwendig ist, zur Ausübung des Rechts auf freie Meinungsäußerung und Information oder zur Erfüllung einer rechtlichen

²³⁸ Kamann/Braun in Ehmman/Selmayr, Datenschutzgrundverordnung² Art 17 Rz 33.

²³⁹ Haidinger, Die Rechts auf Auskunft, Berichtigung, Löschung, Einschränkung, Datenübertragbarkeit, in Knyrim (Hrsg), Datenschutz-Grundverordnung Praxishandbuch (2016) 131.

²⁴⁰ Kamann/Braun in Ehmman/Selmayr, Datenschutzgrundverordnung² Art 17 Rz 38.

²⁴¹ Herbst in Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG² Art 17 Rz 37.

²⁴² Herbst in Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG² Art 17 Rz 38.

²⁴³ Herbst in Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG² Art 17 Rz 40.

²⁴⁴ Spring in Binder/Grösswang (Hrsg), Digital Law (2018) 121.

Verpflichtung. Wenn der Verantwortliche die Löschung ablehnt, so hat er dies nach Art 12 Abs 4 DSGVO zu begründen, und auf die weiteren Durchsetzungsmöglichkeiten in Form einer Beschwerde bei einer Aufsichtsbehörde und auf einen gerichtlichen Rechtsbehelf für die betroffene Person hinzuweisen.²⁴⁵

Die DSB hat in ihrer E²⁴⁶, in welcher der Rechtsfrage nachgegangen wurde, ob Art 79 DSGVO so ausgelegt werden kann, dass er die parallele Verfahrensführung vor einem ordentlichen Gericht und vor der DSB in ein und derselben Sache ermöglicht, die Beschwerde folglich der Gerichtsanhängigkeit zurückgewiesen. Dies wurde damit begründet, dass eine systematische Interpretation der Art 77 und 79 DSGVO, unter besonderer Berücksichtigung des Verfahrens nach Art 60 DSGVO in Fällen grenzüberschreitender Verarbeitung, eine parallele Verfahrensführung nicht ermögliche. Eine parallele Verfahrensführung eröffnet laut DSB die Möglichkeit, in ein und derselben Rechtssache unterschiedliche Entscheidungen zu erwirken. Die DSGVO ordnet keine Bindung zwischen Zivil- und Verwaltungsverfahren an, wonach zwar eine Rechtsschutzlücke entsteht, diese aber planmäßig ist und nicht mittels analoger Anwendung der Kartellschadensrichtlinie geschlossen werden kann.²⁴⁷

4.3. Zivilrechtliche Ansprüche

4.3.1. Allgemeines

§ 16 ABGB regelt keine Ansprüche, die bei Verletzungen des Persönlichkeitsrechts zustehen, vielmehr muss auf die gesamte Systematik der Anspruchsbegründungen zurückgegriffen werden, wie sie vor allem in den § 1293 ff ABGB hervorkommen.²⁴⁸

4.3.2. ABGB

Wer rechtswidrig und schuldhaft in die Privatsphäre eines Menschen eingreift oder Umstände, die die privaten Verhältnisse einer Person betreffen, offenbart oder verwertet, hat nach § 1328a ABGB den dadurch entstandenen Schaden zu ersetzen.²⁴⁹ Gemäß § 1328a

²⁴⁵ *Herbst* in *Kühling/Buchner*, DS-GVO/BDSG² Art 17 Rz 86.

²⁴⁶ DSB-D123.264/0007-DSB/2018.

²⁴⁷ *Ausf Schwamberger*, Die Bindungswirkung zwischen Zivil- und Verwaltungsverfahren nach der DSGVO, VbR 2018, 219 (223).

²⁴⁸ *Frick*, Persönlichkeitsrechte 58; *Schnorr* in FS Strasser 109 f.

²⁴⁹ *Welser/Zöchling-Jud*, Grundriss des Bürgerlichen Rechts Band II¹⁴ (2015) Rz 1495; *Helmich*, Schadenersatz bei Eingriffen in die Privatsphäre, *ecolex* 2003, 888; *Lukas*, Schadenersatz bei Verletzung der

Abs 2 ABGB gehen Sonderbestimmungen, wie ua §§ 77, 78, 87 Abs 2 UrhG und § 7 ff MedienG, als *leges speciales* vor.²⁵⁰

§ 1328a ABGB versteht sich als Ausführungsbestimmung zur Durchsetzung der in § 16 ABGB verankerten Persönlichkeitsrechte in ihrem Kernbereich der Würde des Einzelnen.²⁵¹ Die Privatsphäre ist in § 1328a ABGB nicht näher umschrieben, der Begriff ist aber in Anlehnung an jenen des Privatlebens in Art 8 Abs 1 EMRK zu verstehen.²⁵²

Die betroffene Person kann bei Gefahr einer Verletzung von Persönlichkeitsrechten Unterlassungsansprüche geltend machen.²⁵³

4.3.3. Urheberrechtsgesetz

Allgemein ist zu sagen, dass durch § 78 UrhG jedermann gegen Missbrauch seiner Abbildung in der Öffentlichkeit geschützt werden soll, insb auch dagegen, dass er durch die Verbreitung seines Bildnisses bloßgestellt, dass dadurch sein Privatleben der Öffentlichkeit preisgegeben oder sein Bildnis auf eine Art benützt wird, die zu Missdeutungen Anlass geben kann, entwürdigend oder herabsetzend wirkt.²⁵⁴

Der Bildnisschutz nach § 78 UrhG betrifft das Persönlichkeitsrecht und kann nur vom Abgebildeten oder dessen Erben geltend gemacht werden²⁵⁵; somit ist auch mit dem Wort Bildnisschutz ein Schutz des Abgebildeten und nicht der Schutz des Herstellers des Bildes

Privatsphäre, RZ 2004, 33; *Hinteregger*, Der Schutz der Privatsphäre durch das österreichische Schadenersatzrecht – de lege lata et de lege ferenda, Liber Amicorum Pierre Widmer (2003) 143; *Karner/Koziol*, Der Ersatz ideellen Schadens im österreichischen Recht und seine Reform (2003) 101 ff; *Markowetz/B. Steininger*, Die Bestimmung des § 1328a ABGB kurz gefasst, JAP 2007/2008/8, 58.

²⁵⁰ *Welser/Zöchling-Jud*, Bürgerliches Recht II¹⁴ (2015) Rz 1496; s auch *Walter*, Urheberrecht I Rz 887.

²⁵¹ *Danzl in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁵ § 1328a Rz 1; OGH 4 Ob 51/12x, *Negermami – Fäschingsumzug*, SZ 2012/55; ErläutRV 173 BlgNR 22. GP 4.

²⁵² *Danzl in Koziol/Bydlinski/Bollenberger*, ABGB⁵ § 1328a Rz 3; *Mayer/Muzak*, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht⁵ (2015) Art 8 II.1; ErläutRV 173 BlgNR 22. GP 17; EGMR 28. 01. 2003, 44647/98, *Peck/Vereinigtes Königreich*.

²⁵³ *Koziol – Welser/Kletečka*, Bürgerliches Rechts I¹⁵ Rz 277; *Bruckner*, Patientenrechte 8.

²⁵⁴ *Zemann in Dokalik/Zemann*, Urheberrecht⁷ § 78 E 14; OGH 4 Ob 304, 305/77, *Horizonte*, ÖBl 1977, 76 = EvBl 1977/194 = SZ 50/22; OGH 6 Ob 209/16b, *Drogenod des Sohnes*, ÖBl 2017, 151 (*Plasser*) = ecolx 2017, 440 (*Hofmarcher*) = ZVR 2017, 75 (*Danzl*) = jusIT 2017, 58 (*Thiele*); RIS-Justiz RS0078186.

²⁵⁵ *Zemann in Dokalik/Zemann*, Urheberrecht⁷ § 78 E 2; OGH 17 Ob 2/10h, *Maria Treben*, ecolx 2010, 1173 (*Andocker*) = SZ 2010/70 = MR 2010, 371.

gemeint.²⁵⁶ Wie bereits angesprochen ist der Schutz des § 78 UrhG dann nicht greifbar, wenn derjenige, wenn auch nur konkludent der Bildveröffentlichung zugestimmt hat; dabei ist auch zu berücksichtigen, für welchen Zweck und innerhalb welchen Rahmens die Zustimmung erteilt wurde.²⁵⁷

Einen Bildnisschutz gewährt das UrhG nur insoweit, als es den öffentlichen Missbrauch eines Personenbildnisses untersagt und dem Abgebildeten in diesem Fall zivilrechtliche Ansprüche auf Unterlassung (§ 81 UrhG), Beseitigung (§ 82 UrhG), Urteilsveröffentlichung (§ 85) sowie bei Verschulden Schadenersatz (§ 87 UrhG) einräumt.²⁵⁸

Dem Kläger obliegt die Behauptungs- und Beweislast für die Umstände, aus welchen die Verletzung berechtigter Interessen abgeleitet wird; wenn es sich dabei um einen ehrenbeleidigenden Begleittext handelt, trifft die Beweislast den Beklagten sowie die Beweislast für ein überwiegendes Veröffentlichungsinteresse.²⁵⁹

4.3.3.1. Unterlassungsanspruch

Der Unterlassungsanspruch stellt einen wichtigen Schutz gegen die Verletzung von Urheber- und Leistungsschutzrechten, aber auch Persönlichkeitsrechten dar, und dieser dient zur Abwehr von zukünftigen Rechtseingriffen, unabhängig davon, ob den Eingreifenden ein Verschulden trifft oder nicht; eine Voraussetzung ist entweder, dass ein Eingriff bereits erfolgt und erneut zu befürchten ist, oder dass ein erstmaliger Eingriff ernstlich und unmittelbar bevorsteht.²⁶⁰

²⁵⁶ *Zemann* in *Dokalik/Zemann*, Urheberrecht⁷ § 78 E 4; *Dittrich*, Der Schutz der Persönlichkeit nach österreichischem Urheberrecht, ÖJZ 1970, 533 ff; OGH 4 Ob 406/8, *Fußballwerbung I*, SZ 55/12 = ÖBl 1983, 118 = EvBl 1983/66 = GRUR Int 1984, 367.

²⁵⁷ *Aicher* in *Rummel/Lukas*, ABGB⁴ § 16 Rz 27; RIS-Justiz RS0078128, zuletzt OGH 6 Ob 14/16a, *Manipuliertes Facebook-Foto/Strandfoto*, MR 2016, 131 = GRUR Int 2016, 697 = jusIT 2016, 105 (*Thiele*) = ÖBl 2016, 198 (*Guggenbichler*) = wbl 2016, 413/137 = ZIIR-Slg 2016, 372 = ZTR 2016, 175 = RdW 2016, 605 = ZVR 2017, 75 (*Danzl*).

²⁵⁸ *Zemann* in *Dokalik/Zemann*, Urheberrecht⁷ § 78 E 340; *Kodek* in *Kucsko/Handig*, Urheberrechtsgesetz² § 78 Rz 95; OGH 4 Ob 26/89, *Music Man*, ÖBl 1990, 91 = MR 1989, 132 (*Zanger*) = JBl 1989, 786 (*Nowakowski*).

²⁵⁹ *Walter*, Urheberrecht I Rz 1710; s auch *Zemann* in *Dokalik/Zemann*, Urheberrecht⁷ § 78 E 359.

²⁶⁰ *Koukal* in *Höhne/Jung/Koukal/Streit*, Urheberrecht² 488.

Da der Unterlassungsanspruch verschuldensunabhängig ist, ist es ohne Bedeutung, ob der Anspruchsgegner vorsätzlich, fahrlässig oder ohne Verschulden in die Rechte des Verletzten eingegriffen hat.²⁶¹

4.3.3.2. Beseitigungsanspruch

Im Vergleich zum Unterlassungsanspruch, welcher gegen zukünftige Rechtsverletzungen gerichtet ist, stellt der Beseitigungsanspruch (der ebenso verschuldensunabhängig ist) darauf ab, bisher eingetretene Eingriffe rückgängig zu machen sowie dass der Rechteinhaber nachhaltig vor weiteren Rechtsverletzungen bewahrt wird.²⁶² Die Beseitigung hat auf die gelindeste Art und Weise zu erfolgen, dh, der Verletzte hat sich mit jener Vorgehensweise zu begnügen, mit welcher keine oder die geringste Wertvernichtung verbunden ist.²⁶³

Im Falle von Computer und Internet hat die Beseitigung zumeist in Form von Löschung der bestimmten Daten zu erfolgen, allenfalls die Vernichtung von Datenträgern; besteht hierbei die Verletzung in einer unerlaubten Zurverfügungstellung zum Download, so fallen die Ziele des Unterlassungs- und Beseitigungsanspruches insofern zusammen, als die Unterlassung meist die Löschung der Daten vom Webserver erfordert, wobei hier auch die Beseitigung erfüllt ist.²⁶⁴

4.3.3.3. Urteilsveröffentlichung

Die Urteilsveröffentlichung ist ein vom Unterlassungsbegehren abhängiger Nebenanspruch, welcher das Ziel hat, die Öffentlichkeit ua durch die Veröffentlichung über die wahre Sachlage aufzuklären.²⁶⁵ Die Urteilsveröffentlichung soll auch nicht als Strafe charakterisiert werden, sondern hat vielmehr als Ziel die Aufklärung der Öffentlichkeit über einen bestimmten Gesetzesverstoß, dessen Publizität auch in Zukunft noch nachteilige Folgen befürchten lässt.²⁶⁶ Zusätzlich bedarf es einem berechtigten Interesse zur

²⁶¹ Koukal in *Höhne/Jung/Koukal/Streit*, Urheberrecht² 490.

²⁶² Koukal in *Höhne/Jung/Koukal/Streit*, Urheberrecht² 501.

²⁶³ Koukal in *Höhne/Jung/Koukal/Streit*, Urheberrecht² 503.

²⁶⁴ Koukal in *Höhne/Jung/Koukal/Streit*, Urheberrecht² 503.

²⁶⁵ Zemann in *Dokalik/Zemann*, Urheberrecht⁷ § 85 E 1.

²⁶⁶ Zemann in *Dokalik/Zemann*, Urheberrecht⁷ § 78 E 2; vgl. RIS-Justiz RS0077294.

Urteilsveröffentlichung, wobei hier festzuhalten ist, dass solche Veröffentlichungen zur bloßen Abschreckung anderer Personen vor gleichartigen Gesetzesverstößen nicht bestimmt sind.²⁶⁷

4.3.3.4. Schadenersatz

Zusätzlich gibt es im UrhG die Möglichkeit Schadenersatz geltend zu machen, wobei hier ebenso die allgemeinen Voraussetzungen für einen Schadenersatzanspruch vorliegen müssen.

4.4. Medienrechtliche Ansprüche

Grundsätzlich stehen Menschen unabhängig vom Alter oder Geisteszustand medienrechtliche Ersatzansprüche zu, weil sie in ihrem Kern die jedem Menschen zustehende Personenwürde vor Herabwürdigung schützen wollen.²⁶⁸ Die medienrechtlichen Ansprüche sind an den Medieninhaber iSd § 1 Abs 1 Z 8 MedienG zu richten, dh, die Person, welche die inhaltliche Gestaltung eines Mediums zum Zwecke der Veröffentlichung besorgt.²⁶⁹

Um medienrechtliche Ansprüche geltend machen zu können, setzen diese eine Veröffentlichung in einem Medium voraus, wobei hier jede Form der massenmedialen Verbreitung, welche die Kriterien des Begriffs Medium iSv § 1 Abs 1 Z 1 MedienG erfüllt, in Betracht kommt.²⁷⁰ Für einen Anspruch nach § 7 MedienG ist Voraussetzung, dass die Erörterung oder Darstellung des höchstpersönlichen Lebensbereiches in einer Weise erfolgt, die geeignet ist, den Betroffenen in der Öffentlichkeit bloßzustellen, sodass ein objektiver Maßstab heranzuziehen ist.²⁷¹

Sofern es zu keinem Strafverfahren wegen eines Medieninhaltsdelikts kommt, können Entschädigungsansprüche nach § 7 MedienG in einem selbstständigen Entschädigungsverfahren nach § 8a MedienG durchgesetzt werden.²⁷² In einem solchen Verfahren gelten primär die Bestimmungen des MedienG und subsidiär die Vorschriften der StPO für das

²⁶⁷ *Zemann* in *Dokalik/Zemann*, Urheberrecht⁷ § 78 E 6; vgl RIS-Justiz RS0077305.

²⁶⁸ *Berka* in *Berka et al*, MedienG⁴ Vor §§ 6-8a Rz 32.

²⁶⁹ *Berka* in *Berka et al*, MedienG⁴ Vor §§ 6-8a Rz 34.

²⁷⁰ *Berka* in *Berka et al*, MedienG⁴ Vor §§ 6-8a Rz 38.

²⁷¹ *Frohner/Haller*, Mediengesetz⁶ § 7 Rz 4; *Berka* in *Berka et al*, MedienG⁴ § 7 Rz 3.

²⁷² *Berka* in *Berka et al*, MedienG⁴ § 8a Rz 1.

Privatanklageverfahren gem §§ 65 Z 3 und 71 StPO, welche aber aufgrund des zivilrechtlichen Charakters nur sinngemäß anzuwenden sind.²⁷³

Falls ein Minderjähriger eine Entschädigung nach § 8a MedienG begehrt, braucht es die pflegschaftsrechtliche Genehmigung der Vertretungshandlung des Erziehungsberechtigten innerhalb der 6-Monate-Frist nach § 8a Abs 2 MedienG.²⁷⁴

²⁷³ *Frohner/Haller*, Mediengesetz⁶ § 8a Rz 1; s auch *Berka* in *Berka et al*, MedienG⁴ § 8a Rz 3.

²⁷⁴ *Berka* in *Berka et al*, MedienG⁴ § 8a Rz 6; OGH 15 Os 57/09k EvBl 2009, 1069 (*Rami*) = JBl 2010, 324 (*Böhm*); OGH 2 Ob 10/08x MR 2008, 241.

5. Conclusio

Der Rechtsschutz gegen die Veröffentlichung von Fotos Minderjähriger bietet einige Möglichkeiten. Aus der Lit und Jud geht klar hervor, dass Fotos nur mit Zustimmung der Kinder unter Berücksichtigung der Entscheidungsfähigkeit (Einsichts- und Urteilsfähigkeit) veröffentlicht werden dürfen.

Generell ist hier festzuhalten, dass es keine Probleme bei Bildern geben wird, auf denen die abgebildeten Personen nicht erkennbar und auch nicht identifizierbar sind, wobei es hier auch darauf ankommen wird, ob ein etwaiger Begleittext zu einer Identifizierung beitragen kann.

Das Recht am eigenen Bild gem § 78 UrhG als Ausdruck des Persönlichkeitsrechts nach § 16 ABGB ist ein starkes Recht, das dem Abgebildeten zusteht, um sich vor Missbrauch seiner Abbildung in der Öffentlichkeit zu schützen. Damit soll auch verhindert werden, dass Bildnisse aus dem Privatleben an die Öffentlichkeit gelangen.

Die DSGVO findet vollumfänglich Anwendung, wenn die Verarbeitung von personenbezogenen Daten, worunter auch Fotos zu zählen sind, im Rahmen wirtschaftlicher Tätigkeiten geschieht. Es muss somit differenziert werden, auf welche Art und Weise die Fotos gepostet werden. Ist die Veröffentlichung ausschließlich privater Natur, sind die Bestimmungen der DSGVO aufgrund der Haushaltsausnahme nicht anzuwenden; falls aber die Fotos in Verbindung mit einer beruflichen oder wirtschaftlichen Tätigkeit (wie es zB bei einem Werbekanal auf Instagram der Fall ist), so ist der Anwendungsbereich der DSGVO geöffnet.

In ihrer Haushaltsausnahme liefert die DSGVO keine Ansprüche, die Minderjährige direkt gegen ihre Eltern richten können im Rahmen von ausschließlich privaten Tätigkeiten. Ob dies so noch in die heutige Gesellschaft passt, wird sich zeigen, da das Internet im Vergleich zu seinen Anfangszeiten einen wesentlichen Teil im Alltag der Menschen darstellt und eigentlich nicht mehr wegzudenken ist.

Sofern die DSGVO zur Anwendung kommt und somit auch das nationale DSG normiert § 12 Abs 4 Z 1 die Unzulässigkeit der Bildverarbeitung, wenn es sich um den

höchstpersönlichen Lebensbereich der betroffenen Person handelt. Um ein solches Foto verarbeiten zu dürfen, ist die Einwilligung erforderlich, und ob solch eine Einwilligung wirklich gegeben wird, bleibt fraglich. Das ist mE eine wichtige Regelung, um willkürlichen Bildverarbeitungen einen Schranken zu setzen, und im Falle des Nichteinhaltens dieser Bestimmung einen Anspruch auf Löschung zu gewähren.

Gerade in der heutigen Zeit, wo sich Fotos sehr schnell verbreiten lassen, birgt dies die Gefahr, dass diese Fotos für Menschen sichtbar gemacht werden, die nicht Zielpublikum sein sollen. Dies kann sich insb durch schlechte Sicherheitsvorkehrungen und Einstellungen auf diversen sozialen Medien ergeben und deshalb, oder gerade deswegen, sollte immer eine gesunde Skepsis im Hinterkopf bleiben, und es sich vielleicht zweimal überlegen, bevor ein Foto online gestellt wird. Das Kindeswohl sollte immer an erster Stelle stehen.

Wenn ein Kind der Veröffentlichung eines Fotos zustimmt, dann stellt dies keine Verletzung der genannten Bestimmungen dar, sofern dem Kind altersentsprechend und verständlich erklärt wird, wozu es im konkreten Anwendungsfall seine Einwilligung erteilt hat.

Ob und in wie weit ein Minderjähriger eine Bildveröffentlichung und die Wirkungen danach im Zuge seiner Entscheidungsfähigkeit (Einsichts- und Urteilsfähigkeit) fassen kann, sei fürs Erste dahingestellt. Wesentlich wichtiger ist mE der Ansatz, dass einerseits versucht wird, dem Minderjährigen die Tragweite einer solchen Veröffentlichung zu erklären, welche (technischen) Prozesse hiermit zu laufen beginnen und andererseits er das freie Recht haben muss, selbst zu entscheiden, ob er das möchte oder nicht.

Oftmals wird verkannt, dass Minderjährige ebenso Rechte haben wie Erwachsene, und dass auch deren Privatsphäre Schutz genießt.

Wie oben angesprochen vertritt *Thiele*²⁷⁵ die Meinung, dass bei nicht entscheidungsfähigen (einsichts- und urteilsfähigen) Minderjährigen eine Substitution der Zustimmung durch die Obsorgeberechtigten in Betracht käme. Der OGH hat in seiner E²⁷⁶ festgestellt, dass eine Zustimmung zur Veröffentlichung ein höchstpersönliches Recht darstellt, für

²⁷⁵ *Thiele* in *Jahnel* 71.

²⁷⁶ OGH 15 Os 176/15v, *Fenstersturz eines Kindes II*, MR 2016, 10 (*Zöchbauer*) = Zak 2016/81, 43.

welches die Entscheidungsfähigkeit (Einsichts- und Urteilsfähigkeit) erforderlich ist, und wenn eine solche fehlt, diese weder durch den gesetzlichen Vertreter noch durch ein PflEGschaftsgericht erfolgen kann. *Höhne*²⁷⁷ ist ebenso der Meinung, dass höchstpersönliche Rechte nicht mit einer gesetzlichen Vertretung vereinbar sind, und dies auch Eltern mitumfasst. Meiner Einschätzung nach ist *Höhne* sowie weiteren Vertretern dieser Lehrmeinung zu folgen, auch wenn dies bedeuten sollte, dass die Bildveröffentlichungen in den sozialen Medien sich stark eindämmen würden.

Bereits *Seiss/Raabe-Stuppig*²⁷⁸ haben nahegelegt, dass die gängige Posting-Praxis eine dringende Bewusstseinsbildung auf allen Ebenen fordert, weil das konkrete Gefahrenpotential kaum durch Klags- und gerichtliche Anregungsmöglichkeiten in den Griff zu bekommen ist; noch dazu werden Minderjährige selten gegen Rechtsverletzungen vorgehen, insb wenn diese von ihren Eltern verwirklicht wurden, und auch Dritte fühlen sich idR nicht zuständig, das Kindeswohl in diesem Bereich zu schützen.

Es müssen auch nicht immer gleich rechtliche Schritte gesetzt werden, um gewisse Ansprüche durchsetzen zu können. Oftmals kann ein Gespräch helfen, um das ein oder andere Problem zu lösen. IdR sollten die Eltern bzw gesetzliche Vertreter Verständnis dafür aufbringen, dass sie – aus ihrer Sicht vielleicht gutgemeint und voller Stolz – Fotos auf diversen Medien veröffentlichen und teilen, aber dies dem Kind missfällt und somit auch unterlassen werden sollte, da Eltern ja gerade gegenüber ihren Kindern einen gewissen Verantwortungsbereich und eine Schutzfunktion haben.

Das MedienG bietet ebenfalls Rechtsschutzmöglichkeiten bei Verstößen gegen § 7 MedienG. Um hier allerdings eine wirksame Handlung setzen zu können, bedarf es wie oben bereits erwähnt, einer Vertretungshandlung des Erziehungsberechtigten als auch deren pflegschaftsrechtliche Genehmigung. Hier sind einige Hürden ersichtlich.

Die Zukunft wird zeigen, wie sich das Bewusstsein der Rechte gegenüber Kindern und deren Berücksichtigung entwickeln wird, da es hier mE zu einer Sensibilisierung kommen muss.

²⁷⁷ *Höhne*, ZIIR 2015/3, 335.

²⁷⁸ *Seiss/Raabe-Stuppig*, ZIR 2014/2, 105.

Ein grundlegender Ansatz sollte daher sein, dass Eltern ihre Kinder schützen, aber Kinder auch vor ihren Eltern geschützt werden. Es ist unerheblich, welche Einstellung man gegenüber dem Internet hat, gleich man diesem positiv oder negativ gegenübersteht. Die Einhaltung gewisser Grenzen sollte stets beachtet werden, da das Internet eine Eigenschaft besitzt, welche oft vernachlässigt wird: Das Netz vergisst nie!

Literaturverzeichnis

- Ballon/Nummer-Krautgasser/Schneider*, Einführung ins das Zivilprozessrecht¹³ (2018)
- Barth/Dokalik/Potyka* (Hrsg), Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch²⁵ (2017)
- Bergauer/Jahnel/Mader/Staudegger* (Hrsg), jusIT Spezial: DS-GVO. ExpertInnenwissen
zur Datenschutz-Grundverordnung (2018)
- Berka/Heindl/Höhne/Koukal*, Mediengesetz Praxiskommentar⁴ (2019)
- Bertel/Schweighofer/Venier*, Österreichisches Strafrecht. Besonderer Teil I¹⁴ (2018)
- Bertel/Venier*, Strafprozessrecht¹² (2019)
- Binder/Grösswang* (Hrsg), Digital Law (2018)
- Bruckner*, Patientenrechte und medizinische Behandlung von Strafgefangenen. Dargestellt
anhand der Abgrenzung zu Untergebrachten nach dem Unterbringungsgesetz
(2017)
- Büchele*, Urheberrecht² (2018)
- Dammann/Simitis*, EG-Datenschutzrichtlinie Kommentar (1997)
- Dillenz*, Materialien zum österreichischen Urheberrecht (1986)
- Dittrich*, Der Schutz der Persönlichkeit nach österreichischem Urheberrecht, ÖJZ 1970,
533 ff
- Dokalik*, „Mein Baby ist ein Star!“ Zum Recht des Kindes am eigenen Bild, FamZ 2006/5,
6
- Dokalik/Zemann* (Hrsg), Österreichisches und internationales Urheberrecht⁷ (2018)
- Dolinar/Roth*, Zivilprozessrecht¹⁵ (2017)
- Edlbacher*, Der Stand der Persönlichkeitsrechte in Österreich, ÖJZ 1983, 423
- Ehmann/Selmayr* (Hrsg), Datenschutzgrundverordnung² (2018)

Fabrizy, Die österreichische Strafprozessordnung mit dem neuen Vorverfahren und den wichtigsten Nebengesetzen¹³ (2017)

Fasching/Konecny (Hrsg), Kommentar zu den Zivilprozessgesetzen³ (2015) II/1

Feiler/Forgó, EU-DSGVO Kurzkomentar (2017)

Fenyves/Kerschner/Vonkilch (Hrsg), Klang – ABGB³ (2014)

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

Frick, Persönlichkeitsrechte (1991)

Frohner/Haller, Mediengesetz⁶ (2016)

Fuchs, Kinderrechte in der Verfassung: Das BVG über die Rechte von Kindern, in *Lienbacher/Wielinger* (Hrsg), Öffentliches Recht Jahrbuch 2011 (2011) 91

Fuchs/Ratz, Wiener Kommentar zur Strafprozessordnung (2017)

Gamerith, Die Probleme des Bildnisschutzes aus der Sicht der Rechtsprechung, MR 1996, 130

Gantschacher/Jelinek/Schmidl/Spanberger, Datenschutz-Grundverordnung¹ (2017)

Grabenwarter/Pabel, Europäische Menschenrechtskonvention⁶ (2016)

Heißl (Hrsg), Handbuch Menschenrechte (2009) 542

Helmich, Schadenersatz bei Eingriffen in die Privatsphäre; ecolex 2003, 888

Hilf/Anzenberger, Opferrechte – Die Stellung des Opfers im Strafverfahren, ÖJZ 2008, 886

Hinteregger, Der Schutz der Privatsphäre durch das österreichische Schadenersatzrecht – de lege lata et de lege ferenda, Liber Amicorum Pierre Widmer (2003) 143

Höhne, Wer kann über höchstpersönliche Rechte verfügen, ZIIR 2015/3, 331

Höhne/Jung/Koukal/Streit, Urheberrecht für die Praxis² (2016)

Jahnel/Pallwein-Prettner/Marzi, Datenschutzrecht² (2018)

- Karner/Koziol*, Der Ersatz ideellen Schadens im österreichischen Recht und seine Reform
(2003) 101 ff
- Kletečka/Schauer* (Hrsg), ABGB-ON Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch, laufende Onlineaktualisierung unter rdb.at
- Knyrim* (Hrsg), Datenschutz-Grundverordnung Praxishandbuch (2016)
- Koziol/Bydlinski/Bollenberger* (Hrsg), Kurzkomentar zum ABGB⁵ (2017)
- Koziol – Welser/Kletečka*, Grundriss des bürgerlichen Rechts Band I¹⁵ (2018)
- Kucsko/Handig* (Hrsg), Kommentar zum Urheberrechtsgesetz² (2017)
- Kühling/Buchner* (Hrsg), Datenschutz-Grundverordnung/BDSG² (2018)
- Lukas*, Schadenersatz bei Verletzung der Privatsphäre, RZ 2004, 33
- Markowetz/B. Steininger*, Die Bestimmung des § 1328a ABGB kurz gefasst, JAP
2007/2008/8, 58
- Mayer/Muzak*, Das österreichische Bundes-Verfassungsrecht⁵ (2015)
- Merten/Papier/Kucsko-Stadlmayer* (Hrsg), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und
Europa Band VII/1² (2014)
- Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer* (Hrsg), EMRK. Europäische Menschenrechtskonvention⁴ (2017)
- Pollirer/Weiß/Knyrim/Haidinger* (Hrsg), Datenschutzgesetz (DSG) samt ausführlichen Erläuterungen³ (2017)
- Rechberger/Simotta*, Grundriss des österreichischen Zivilprozessrechts⁹ (2017)
- Roßnagel/Kroschwald*, Was wird aus der Datenschutzgrundverordnung? Die Entschlie-
ßung des Europäischen Parlaments über ein Verhandlungsdokument, ZD 10/2014,
495
- Rummel/Lukas* (Hrsg), Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch Teilband
§§ 1-43 ABGB⁴ (2014)

- Schmahl*, Kinderrechtskonvention mit Zusatzprotokollen² (2017)
- Schmölzer/Mühlbacher* (Hrsg), Strafprozessordnung – Kommentar Band 1: Ermittlungsverfahren (2013)
- Schneider/Härting*, Datenschutz in Europa – Plädoyer für einen Neubeginn, CR 5/2014, 306
- Schnorr*, Erfüllung arbeitsvertraglicher Pflichten und Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers, in FS Strasser (1983) 97
- Schwamberger*, Die Bindungswirkung zwischen Zivil- und Verwaltungsverfahren nach der DSGVO, VbR 2018, 219
- Schwimann/Neumayr* (Hrsg), ABGB Taschenkommentar mit EheG, EPG, KSchG, ASVG und EKHG⁴ (2017)
- Seiss/Raabe-Stuppnig*, Kinder und ihre Persönlichkeitsrechte im Internet, ZIR 2014/2, 100
- Sternthal*, Mein Recht, dein Recht. Österreichisches Recht für Kinder und Jugendliche (2017)
- Thiele*, Der Schutz personenbezogener Daten von Minderjährigen, insbesondere im schulischen Bereich, in *Jahnel* (Hrsg), Jahrbuch Datenschutzrecht und E-Government 2012 (2012) 71
- Thiele*, Verwendung von Mitarbeiterfotos auf Firmenwebsites, wbl 2002, 397
- Verschraegen*, Neu geboren, Mutter weg, kein Bildnisschutz? MR 2003, 297
- Walter*, Österreichisches Urheberrecht Handbuch I. Teil (2008)
- Welser/Zöchling-Jud*, Grundriss des Bürgerlichen Rechts Band II¹⁴ (2015)
- Zöchbauer*, Der Begriff des „objektiven Tatbestandes“ im MedienG. Zugleich ein Beitrag zu den Rechtfertigungsgründen im MedienG, MR 2000, 283

Zöchbauer, Schutz vor Lichtaufnahmen und deren Veröffentlichung – Persönlichkeits-
schutz an der Schnittstelle der § 16 ABGB, § 78 UrhG und auch des DSG, MR
2013/6, 255

Online Ressourcen

Dierstein, Begriffe und Definitionen <http://www.bayer.in.tum.de/lehre/WS2003/ITS-dierstein/DefDV03.pdf> (2), (Stand 2003, abgefragt am 26.03.2019)

Judikaturverzeichnis

- EuGH

EuGH 06 .11. 2013, C-101/01, *Lindqvist* Rz 25

EuGH 13. 05. 2014, C-131/12, *Google Spain* Rz 26

EuGH 01. 10. 2015, C-230/14, *Weltimmo* Rz 37

- EGMR

EGMR 23. 09. 1994, 19823/92, *Hokkanen* Rz 61 ÖJZ 1995, 271

EGMR 28. 01. 2003, 44647/98, *Peck/Vereinigtes Königreich*

EGMR 24. 06. 2004, 59320/00, *Caroline von Hannover/Deutschland*

EGMR 07. 02. 2012, 40660/08, 60641/08 (Große Kammer), v. *Hannover II* MR 2012, 127
(*Windhager*)

EGMR 04. 12. 2012, 6490/07, *Rothe gegen Österreich* MR 2013, 216 (*Windhager/Wu-
koschitz*)

- OGH

OGH 06. 04. 1949, 3 Ob 102/49 SZ 22/47 = JBl 949, 398

OGH 14. 02. 1957, 5 Os 42/57 EvBl 1957/182, 246 = RZ 1957, 85 = SSt 28/10

OGH 08. 02. 1977, 4 Ob 304, 305/77, *Horizonte*, ÖBl 1977, 76 = EvBl 1977/194 = SZ
50/22

OGH 19. 04. 1977, 9 Os 14/77 SSt 48/33 = EvBl 1977/217, 468 = JBl 1977, 432 (*Lieb-
scher*) zu § 46 aF

OGH 24. 10. 1978, 4 Ob 91/78 SZ 51/146 = Arb 9742 = DRdA 1979, 394 (zust
Reischauer), ZAS 1979, 176 (*Marhold*)

OGH 16. 02. 1982, 4 Ob 406/8, *Fußballwerbung I*, SZ 55/12 = ÖBl 1983, 118 = EvBl
1983/66 = GRUR Int 1984, 367

OGH 29. 09. 1987, 4 Ob 363/87, *Wahlrends*

OGH 09. 11. 1988, 1 Ob 32/88 SZ 61/231

OGH 03. 03. 1989, 4 Ob 5/89, *Frau des Skandalrichters*

OGH 14. 03. 1989, 4 Ob 5/89 MR 1989, 54

OGH 30. 03. 1989, 13 Os 24, 25/89 MR 1989, 128

OGH 04. 04. 1989, 4 Ob 26/89, *Music Man*, ÖBl 1990, 91 = MR 1989, 132 (*Zanger*) =
JBl 1989, 786 (*Nowakowski*)

OGH 08. 05. 1990, 4 Ob 30/90 SZ 63/75

OGH 09. 07. 1991, 4 Ob 41/91 SZ 64/89

OGH 15. 12. 1992, 4 Ob 112/92 MR 1993, 61 (*Walter*) = ÖBl 1993, 39

OGH 29. 09. 1993, 13 Os 126, 127/93 EvBl 1994/20, 100 zu § 46 aF

OGH 19. 09. 1994, 4 Ob 100/94, *Handbuch des österreichischen Rechtsextremismus*

OGH 08. 11. 1994, 4 Ob 131/94, *Schwarze Balken*

OGH 08. 11. 1994, 14 Os 107/94 EvBl 1995/41, 193 = JBl 1996, 126 = MR 1995, 13 = Rz
1996/4, 26

OGH 16. 05. 1995, 14 Os 42/95 MR 1995, 172

OGH 27. 02. 1996, 4 Ob 1013/96, *Haftentlassener*, MR 1996, 149

OGH 17. 09. 1996, 4 Ob 2249/96f ÖBl 1997, 140

OGH 28. 01. 1997, 4 Ob 2382/96i, *Sozialabbau und Bildungsklausur*, MR 1997, 145

OGH 23. 09. 1997, 4 Ob 184/97f SZ 70/183

OGH 12. 03. 1998, 15 Os 10/98 EvBl 1998/142, 623 = JBl 2000, 401 (*Tipold*) = MR 1998,
188 (*Zöchbauer*)

OGH 16. 12. 1998, 13 Os 170/98

OGH 13. 09. 1999, 4 Ob 187/99z, *Judenfluchtrumpf*, wbl 2000/65, 92 = ÖBl-LS 2000/29,
59

OGH 13. 09. 2000, 4 Ob 214/00z, *Kampfsporttechniker*, MR 2001, 105 = ZUM-RD 2001,
369

OGH 19. 10. 1999, 4 Ob 219/99f, *Verhältnis des Peter R*

OGH 08. 05. 2011, 11 Os 53/01 JBl 2002, 605 (*Kert*) = MR 2001, 225 (*Zöchbauer und
Weis*)

OGH 11. 09. 2003, 6 Ob 106/03m RdW 2004, 89 = EvBl 2004, 264 = SZ 2003/105

OGH 23. 09. 2003, 4 Ob 165/03y, *Pinkelprinz*, ÖBl 2004/27, 89 (*anonymer Praxistipp*) =
MR 2003, 377 (*Thienen-Adlerflycht*) = ÖBl-LS 2004/20 = ÖBl-LS 2004/21 = ÖBl-
LS 2004, 89

OGH 21. 10. 2003, 4 Ob 206/03b, *Dritter Nationalratspräsident*, MR 2004, 14

OGH 16. 12. 2003, 4 Ob 211/03p EvBl 2004, 502 = ÖJZ-LSK 2004/92 = ÖJZ-LSK
2004/93 = RZ 2004, 115 = ÖBl-LS 2004/97 = ÖBl-LS 2004/98 = Jus-Extra OGH-
Z 3750 = MR 2004, 183 = ÖBl 2004, 182 = ecolex 2004, 800 (*Schumacher*) = SZ
2003/169

OGH 10. 05. 2005, 5 Ob 94/05t RdM 2005, 155 = JBl 2005, 781 = EFSlg 111.871

OGH 31. 08. 2005, 13 Os 63/05x, 13 Os 64/05v

OGH 14. 03. 2006, 4 Ob 266/05d, *Profi-Bodybuilder*, ecolex 2006/12 (*Schumacher*) = MR
2006, 193

OGH 22. 05. 2007, 4 Ob 73/07z MR 2007, 177 = RdW 2007, 513 = EvBl 2007, 778 = wbl
2007, 502/228 = ÖBl-LS 2007/208 = RZ 2007/401

OGH 26. 06. 2008, 2 Ob 10/08x MR 2008, 241

OGH 24. 02. 2009, 4 Ob 233/08f, *Fiona G.*, MR 2009, 135

OGH 09. 09. 2009, 15 Os 57/09k EvBl 2009, 1069 (*Rami*) = JBl 2010, 324 (*Böhm*)

OGH 29. 09. 2009, 4 Ob 155/09m MR 2010, 13 = RdW 2010, 89

OGH 21. 06. 2010, 17 Ob 2/10h, *Maria Treben*, ecolex 2010, 1173 (*Andocker*) = SZ 2010/70 = MR 2010, 371.

OGH 15. 12. 2010, 4 Ob 119/10v, *Alkoholauschenk an Jugendliche*, MR 2011, 18 (*Korn*) = ÖBI-LS 2011/46 = ÖBI-LS 2011/50MR 2011, 18 (*Korn*)

OGH 30. 03. 2011, 7 Ob 36/11m SZ 2011/42

OGH 12. 04. 2011, 4 Ob 3/11m, *Komplettes Tagebuch – Der Deal*, jusIT 2011, 131 (*Thiele*) = MR 2011, 127 = EvBl 2011, 778 = ÖBI 2011, 232 (*Büchele*) = RdW 2011, 478 = JBl 2011, 654 = ecolex 2011, 931 (*Tonninger*) = RZ 2011/171 = SZ 2011/47

OGH 10. 05. 2011, 4 Ob 174/10g, *Meinls Kampf*, MR 2011, 130 = ÖBI 2011, 236 (*Büchele*) = NLMR 2011, 191 (*Schöpfer*)

OGH 10. 05. 2011, 4 Ob 52/11t, *Polizeibeamter II*, MR 2011, 257 (*Büchele*)

OGH 09. 08. 2011, 4 Ob 82/11d, *Verfassungsschützer*, ecolex 2011, 1131 (*Brandstätter*) = MR 2011, 306 (*Korn*) = ÖBI 2012, 45 (*Büchele*)

OGH 20. 12. 2011, 4 Ob 200/11g Zak 2012/69, 38 = DRdA 2012, 624 (*Wolf*) = ZVR 2012/42, 75 (*Danzl*)

OGH 20. 12. 2011, 4 Ob 160/11z, *Pfarrgemeinde – Presbyteriumssitzung*, Zak 2012, 53 = jusIT 2012, 57 (*Thiele*) = Jus-Extra OGH-Z 5123 = ÖBI-LS = MR 2012, 65 (*Thiele*) = ecolex 2012, 412 (*Barnhouse*) = SZ 2011/151

OGH 17. 02. 2015, 4 Ob 261/14g, *Kinderkrebsforschung*, MR 2015, 135 = ÖBI-LS 2015/27 = RdM-LS 2015/62

OGH 29. 04. 2015, 15 Os 14/15w (15 Os 15/15t), *Posting/Schmähkritik*, MR 2015, 184

OGH 13. 01. 2016, 15 Os 176/15v, *Fenstersturz eines Kindes II*, MR 2016, 10 (*Zöchbauer*) = Zak 2016/81, 43

OGH 30. 03. 2016, 6 Ob 14/16a, *Manipuliertes Facebook-Foto/Strandfoto*, MR 2016, 131
= GRUR Int 2016, 697 = jusIT 2016, 105 (*Thiele*) = ÖBl 2016, 198 (*Guggenbichler*) = wbl 2016, 413/137 = ZIIR-Slg 2016, 372 = ZTR 2016, 175 = RdW 2016, 605 = ZVR 2017, 75 (*Danzl*)

OGH 25. 05. 2016, 15 Ns 35/16i MR 2016, 318

OGH 24. 10. 2016, 6 Ob 52/16i, *Politiker-„Satire“ II – Ihr kann diese Aussage zugetraut werden*, ZIIR 2017, 100 (*Höhne*) = MR 2017, 64 = ZIIR-Slg 2017/14

OGH 22. 12. 2016, 6 Ob 209/16b, *Drogentod des Sohnes*, ÖBl 2017, 151 (*Plasser*) = ecolex 2017, 440 (*Hofmarcher*) = ZVR 2017, 75 (*Danzl*) = jusIT 2017, 58 (*Thiele*)

OGH 26. 09. 2018, 15 Os 96/18h MR 2018, 264 (*Zöchbauer*)

- OLG

OLG Innsbruck 05. 08. 1998, 6 Bs 296/98 MR 1999, 90 zu § 46 aF

OLG Wien 04. 02. 2002, 18 Bs 20/02 MR 2002, 73

OLG Wien 28. 05. 2015, 18 Bs 81/15s MR 2015, 188

- DSB

DSB-D123.463/0005-DSB/2018

Bescheid vom 09. 04. 2019, DSB-D123.526/0001-DSB/2019

Abstract

Heutzutage ist es weitestgehend zur Normalität geworden, dass Kinderfotos nicht mehr (nur) in klassischen Fotoalben dokumentiert werden, sondern in Online-Alben. Hier besteht die Möglichkeit, diese Fotos einem großen Personenkreis zugänglich zu machen. Welchen Schaden diese Fotos eventuell verursachen und hiermit auch die Rechte Minderjähriger sowie deren Interessen beeinträchtigt werden können, wird oftmals nicht erkannt, in Kauf genommen oder schlichtweg ignoriert. Die Frage, die sich nun stellt: Dürfen Eltern einfach die Fotos ihrer Kinder in den sozialen Medien veröffentlichen?

Der OGH hat in seiner E²⁷⁹ festgehalten, dass höchstpersönliche Rechte mit einer gesetzlichen Vertretung unvereinbar sind. Die Einwilligung zu einer Veröffentlichung des Bildes kann nur das betroffene Kind selbst geben, wobei hier auf die Entscheidungsfähigkeit (Einsichts- und Urteilsfähigkeit) abzustellen ist.

Es wird dargelegt, welche Rechte Minderjährige besitzen, inwieweit ihnen Befugnisse zur Einwilligung zukommen, und wie diese im Falle einer Verletzung gesetzlich geltend gemacht werden können. Dabei wird erörtert, wie sich die Literatur mit dem Thema der Einwilligung iZm der Entscheidungsfähigkeit (Einsichts- und Urteilsfähigkeit) auseinandersetzt und inwieweit es unterschiedliche Ansätze hierzu gibt. Es werden die rechtlichen Rahmenbedingungen bei Kinderfotos, die schwierige Thematik der Rechts- und Interessenvertretung sowie etwaiger Rechtsansprüche, insb gegenüber ihren Eltern und somit dem gesetzlichen Vertreter abgebildet. Dies wird aus dem Blickwinkel des Datenschutz-, Medien- und Urheberrecht betrachtet.

Festzuhalten ist, dass es keine Probleme bei Bildern gibt, auf denen die abgebildeten Personen nicht erkennbar und auch nicht identifizierbar sind, wobei es hier aber auch darauf ankommt, ob ein etwaiger Begleittext zu einer Identifizierung beitragen kann. Ebenso stellt es kein Problem dar, wenn das Kind nach altersgerechter Erklärung in die Veröffentlichung zustimmt.

²⁷⁹ OGH 15 Os 176/15v, *Fenstersturz eines Kindes II*, MR 2016, 10 (Zöchbauer) = Zak 2016/81, 43.

Das Recht am eigenen Bild gem § 78 UrhG als Ausdruck des Persönlichkeitsrechts ist ein starkes Recht, das dem Abgebildeten zusteht, um sich vor Missbrauch seiner Abbildung in der Öffentlichkeit zu schützen.

Die DSGVO findet Anwendung, wenn die Verarbeitung von personenbezogenen Daten, worunter auch Fotos zu zählen sind, im Rahmen wirtschaftlicher Tätigkeiten geschieht. Es muss differenziert werden, auf welche Art und Weise die Fotos gepostet werden. Ist die Veröffentlichung ausschließlich privater Natur, sind die Bestimmungen der DSGVO aufgrund der Haushaltsausnahme nicht anzuwenden, und somit können auch keine Ansprüche daraus erwachsen.

Das MedienG bietet ebenfalls Rechtsschutzmöglichkeiten bei Verstößen gegen § 7 MedienG. Um hier allerdings eine wirksame Handlung setzen zu können, bedarf es wie oben bereits erwähnt, einer Vertretungshandlung des Erziehungsberechtigten als auch deren pflegschaftsrechtliche Genehmigung. Hier sind einige Hürden ersichtlich.

An sich sollten Eltern bzw gesetzliche Vertreter Verständnis dafür aufbringen, dass sie – aus ihrer Sicht gutgemeint und voller Stolz – Fotos auf diversen Medien veröffentlichen und teilen, aber dies dem Kind missfällt und somit auch unterlassen werden sollte, da Eltern ja gerade gegenüber ihren Kindern einen gewissen Verantwortungsbereich und eine Schutzfunktion haben. Daher sollte dementsprechend folgender Ansatz überdacht werden; dass Eltern ihre Kinder schützen, aber auch Kinder vor ihren Eltern geschützt werden. Es ist unerheblich, ob man eine positive oder negative Einstellung dem Internet gegenüber hat.

Die Einhaltung gewisser Grenzen sollte stets beachtet werden, da das Internet eine Eigenschaft besitzt, welche oft vernachlässigt wird: Das Netz vergisst nie!