

## Fotos von Familienfeier

### 1. Klausur

#### Lösungsskizze

#### Besteht ein Anspruch auf Unterlassen und Beseitigung bez. der auf der Website hochgeladenen Bilder?

#### A. Anspruch A gegen K aus §§ 823 I, 1004 I BGB analog i.V.m. Art. 1 I, 2 I GG auf Unterlassen des Hochladens und Löschung der aktuellen Bilder (ggfs. + §§ 22, 23 KUG)

I. **Rechtsgut:** Der 1004 I BGB wird über seinen Wortlaut hinaus auf alle deliktisch geschützten Rechtsgüter angewendet (*Wagner* in: MüKo BGB, vor §823 Rn. 40) Betroffenes Rechtsgut ist das Recht am eigenen Bild als Ausprägung des Allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 1 I, 2 I GG, §§ 22, 23 KUG.

II. **Rechtswidrigkeit** – abgestuftes Schutzkonzept der §§22, 23 KUG

1. Einwilligung §22 I S. 1 KUG – nach dem objektiven Empfängerhorizont

a. Es liegt eine explizite Einwilligung nur für das Anfertigen, nicht das Verbreiten vor.

b. Kann aus der Kenntnis über den Zweck eine konkludente Einwilligung zur Verbreitung geschlossen werden?

(1) Pro: K hat eindeutig erklärt, sie wolle die Bilder nicht zum Selbstzweck, sondern zur Weiterverarbeitung. Der Zweck eines Kunstwerks ist regelmäßig seine Zurschaustellung.

(2) Contra: es ist bereits erforderlich, dass Zweck Art und Umfang der Nutzung genau bekannt sind (BGH NJW 2016, 744, 749). Eine Weiterverarbeitung durch eine Künstlerin ist nicht gleichzusetzen mit einer Zurschaustellung im Internet für einen potentiell unbegrenzten Personenkreis. Auch wenn Kunstwerke häufig in irgendeiner Weise einem größeren Personenkreis präsentiert werden, lässt das Wissen um die allgemeine Wahrscheinlichkeit eines solchen Verhaltens sich nicht mit einem nach außen gerichteten Willen des A gleichsetzen. Ggfs. analoge Anwendung § 31 Abs. 5 UrhG zur Auslegung der Reichweite der Einwilligung.

2. Ergebnis: es liegt keine Einwilligung vor.

3. Ausnahme nach §23 I Nr. 4 KUG

a. Anwendbarkeit:

(1) Liegt eine „Bestellung“ vor? Der §24 I Nr. 4 KUG ist ausgeschlossen, wenn auf Bildnisse auf Bestellung angefertigt werden– (P) Hier könnte diskutiert werden, was der Begriff der Bestellung eigentlich enthält

• z.B. extensive Auslegung: „es reicht schon die unentgeltliche Aufforderung zu einer Gefälligkeitsaufnahme“

• restriktive Auslegung: es muss sich um ein über die bloße Aufforderung hinausgehendes Vertrauensverhältnis handeln (vgl. *Schertz*, GRUR 2007, 558, 563) – vorliegend kommt es nur zu spontanen Gefälligkeitsaufnahmen. Die Personen kennen sich nicht wirklich und es kann deshalb nicht davon ausgegangen werden, dass sie die Interessen des anderen weitergehend berücksichtigen.

(2) Kunstbegriff: Während es sich bei spontanen Fotografien von einer Familienfeier wohl nicht um Kunst i.S.d. Art. 5 GG handelt, ist das

aber der Fall bei den daraus entstandenen Portraits (a.A. vertretbar).  
Bezugspunkt des künstlerischen Interesses ist hier aber Letzteres.

4. Abwägung: §§23 I Nr. 4 KUG einem „höheren Interesse der Kunst“ dienend oder „berechtigtes Interesse des Abgebildeten“ nach §23 II KUG? – es handelt sich zwar um eine einfachgesetzliche Norm, dahinter steht aber die Abwägung von Kunstfreiheit und APR (*Schertz*, GRUR 2007, 558, 558) – offen, ob Abwägung umfassend in Nr. 4 (bei Nr. 1 ja) oder zusätzlich Abs. 2 prüfen.
  - a. Welche Interessen stehen hier gegenüber?
    - (1) Rechte des Abgebildeten aus Art. 1 I, 2 I GG, Art. 8 I EMRK
    - (2) Höheres Interesse der Kunst aus Art. 5 III GG
  - b. Abwägung – Maßstab: zunächst abstrakte Gleichrangigkeit (s. z.B. *Schertz*, GRUR 2007, 558, 563), denn schrankenlose Kunstfreiheit steht der Menschenwürde innerhalb des APR gegenüber -> welche zusätzlichen Faktoren könnten den Vorrang eines Interesses in konkreten Fall begründen?
    - (1) Intensive Beeinträchtigung APR?
      - (+) Abbildung der Kinder stellt Bezug zu Art. 6 GG her, der verstärkend wirkt (BVerfG ZUM 2008, , 420 – Caroline von Monaco)
      - (+) Besonders intensiver Eingriff in das APR durch das Internet durch Verbreitungsgrad (Specht in: Dreier/Schulze, §33 KUG, Rn. 23)
      - (+) die abgebildeten Personen sind gut erkennbar (vgl. Specht in: Dreier/Schulze, §33 KUG, Rn. 23)
      - (-) Die Intensität wird durch die Situation der Aufnahme in einem öffentlichen Raum im Kontext der Sphärentheorie gesenkt (LG Frankfurt, ZUM 2017, 772, 777)
      - (+) kein berechtigtes Informationsinteresse der Öffentlichkeit (BGH ZUM-RD 2009, 429 – Kannibale von Rotenburg)
      - (-) keine verfälschte oder verfremdete Darstellung (LG Frankfurt, ZUM 2017, 772, 777)
    - (2) Höheres Interesse der Kunst?
      - (+) Die von der K erstellten Portraits sind durch den hineingeflossenen Aufwand vermutlich von einigem künstlerischen Wert (auch wenn dieser nicht im Generellen gleichzusetzen ist)
      - (-) In der Interessenabwägung müsste hier der Bezugspunkt des Interesses auch gerade in der Präsentation im Internet für die Öffentlichkeit liegen. Dass wie in einer gängigen Ausstellung von Kunstwerken die Präsentation gegenüber dem Betrachter teilweise schon Teil des künstlerischen Prozesses ist, kann vorliegend nicht festgestellt werden. Das Interesse an der Veröffentlichung auf der Website gleicht eher dem Interesse am Geldwert des Bildnisses.
  5. Ergebnis: In der Abwägung besteht kein überwiegendes Interesse der K, somit wäre die Einwilligung des A erforderlich gewesen.

**III. Ergebnis: Es handelt sich um eine rechtswidrige Beeinträchtigung.**

**IV. Wiederholungsgefahr (+)**

**B. Der Unterlassungsanspruch besteht.**

**C. Anspruch A gegen K aus §37 I 1 KUG auf Löschung der Fotos** – Nach denselben Voraussetzung wie §1004 I, 823 I BGB analog, Art. 1 I, 2 I GG könnte die Löschung der auf den Server der zur Veröffentlichung auf der Website gespeicherten Dateien verlangt werden. Es handelt sich bei den §§37ff. KUG um besondere Ausprägungen des allgemeineren Beseitigungsanspruchs.

➤ **§37 II KUG - Bezugsobjekt muss sich im Eigentum von Beteiligten befinden:** Selbst wenn die K dazu nicht auf einen eigenen Server zurückgreift, sondern auf einen

*fremden, so wäre dieser Dritte als Störer passivlegitimiert (Specht in: Dreier/Schulze, §33ff., Rn. 5a), das liegt aber außerhalb der Aufgabenstellung.*

**D. Der Anspruch auf Löschung besteht.**

**E. Anspruch A gegen K aus Art.17 I lit. b DSGVO auf Löschung des Uploads**

I. Anwendungsbereich

1. Die DSGVO gilt als Verordnung unmittelbar in jedem Mitgliedsstaat, s. Art. 288 AEUV.

2. (P) KUG oder DSGVO ?

a. Das bloße Innehaben gegen den Willen des Abgebildeten erfassen die §§22ff. KUG nicht (BGH NJW 2016, 1094), sondern sind klassischer Anwendungsbereich der Vorschriften zum Datenschutz. Hier geht es aber gerade um die öffentliche Sphäre, sodass über eine Abgrenzung nachgedacht werden könnte, da beide Gesetze potentiell anwendbar sind.

b. Was gilt hier? Ist die DSGVO eine europarechtliche „Überschreibung“ des älteren KUG? Mögliche Antworten:

(1) es kommt nicht direkt darauf an! -> würde alleine Europarecht Anwendung finden, so würden innerhalb der europäischen Grundrechtsbestimmungen dieselben Abwägungen vorgenommen werden, wofür im deutschen Recht der §23 KUG einfachgesetzliches „Einfallstor“ ist.

(2) Der Art. 85 I DSGVO lässt außerdem gerade nationale Vorschriften zu, die diese praktische Konkordanz herstellen, statt direkte Vorgaben an das materielle nationalstaatliche Recht zu stellen (weitergehende Begründung s. OLG Köln ZD 2018, 43).

Noch unklar, wie dies steht zu den neuen Entscheidungen des BVerfG: *BVerfG* Beschl. v. 6.11.2019 – 1 BvR 16/13, NJW 2020, 300 – *Recht auf Vergessen I* und Beschl. v. 6.11.2019 – 1 BvR 276/17, NJW 2020, 314 – *Recht auf Vergessen II*

3. Die Veröffentlichung eines Bildes, auf dem A identifizierbar ist, stellt eine Verarbeitung i.S.d. Art. 2 I DSGVO dar.

4. Die Ausnahme des Art. 2 II lit. c DSGVO könnte hier greifen. Bezugspunkt ist die gegenständliche Datenverarbeitung, sodass alleine auf den Zweck des Uploads abgestellt werden sollte. Da die K Käufer über ihre Website anwerben will, kann hier nicht von einem privaten Zweck gesprochen werden.

II. Lösungsgrund Art. 17 I lit. a-f DSGVO: Nach Art. 17 I lit. d DSGVO besteht das „Recht auf Vergessen werden“, wenn die Verarbeitung personenbezogener Daten bereits unrechtmäßig war. Es fehlt dazu an der nach Art. 6 I lit. a DSGVO erforderlichen Einwilligung.

III. Abgestuftes Schutzkonzept: Art. 85 I DSGVO i.V.m. §§23 I Nr. 4 KUG – aus den oben genannten Gründen kommt es vorliegend nicht zu einer anderen Bewertung aus einem höheren Interesse der Kunst.

**F. Dem A steht ein Lösungsanspruch zu**

**Kann der A Geld von K verlangen?**

**A. Anspruch aus §§823 I, (253) BGB analog i.V.m. Art. 1, 2 GG auf Geldentschädigung**

I. Im haftungsbegründenden Tatbestand gilt grundsätzlich dasselbe wie oben.

II. Ein immaterieller Schaden kann grundsätzlich auch die Verletzung des APR sein (BGH, 14.02.1958 - I ZR 151/56 –Herrenreiter-Fall). Dabei wird eine Schadensersatzpflicht nur von schwerwiegenden Verletzungen des APR ausgelöst,

wenn das APR sonst schutzlos dastehen würde (BGH NJW 1995, 861 – Caroline von Monaco). Eine solche liegt hier nicht vor.