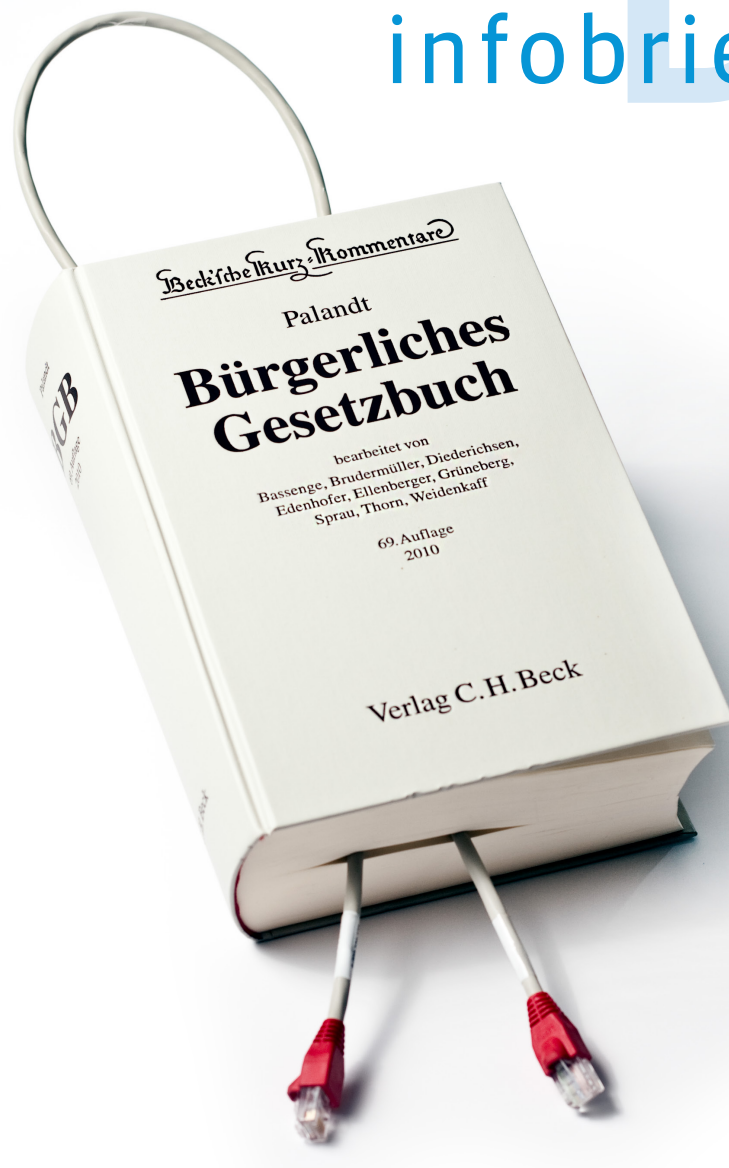


infobrief recht

7 / 2018

Juli 2018



Frei – aber nicht grenzenlos!

Die Frage nach Schadensersatz bei der Verletzung einer Creative Commons-Lizenz – ein Urteil des OLG Köln

Heißer gekocht als gegessen?

Erste gerichtliche Entscheidung zum Verhältnis zwischen KUG und DSGVO

Mit Netz und doppeltem Boden

Bundesarbeitsgericht entscheidet über den Sonderkündigungsschutz von stellvertretenden Datenschutzbeauftragten

Frei – aber nicht grenzenlos!

Die Frage nach Schadensersatz bei der Verletzung einer Creative Commons-Lizenz – ein Urteil des OLG Köln

von *Armin Strobel*

Freie Lizenzen können die Nutzung urheberrechtlich geschützter Werke merklich vereinfachen. Aufgrund der kostenfreien Bereitstellung der Inhalte stellt sich aber immer wieder die Frage, ob dem Urheber ein Schadensersatzanspruch für den Fall der Verletzung seiner Rechte am Werk zusteht. Das Oberlandesgericht Köln (OLG Köln) hat mit seinem Urteil vom 13. April 2018 (Az.: 6 U 131/17) diese Frage im Einklang mit der vorherigen Rechtsprechung beantwortet. Freie Lizenzen schließen Rechtsansprüche im Fall der Rechtsverletzung nicht aus, jedoch kann der Schadensnachweis im Einzelfall problematisch sein.

I. Freie Lizenzen und die Berechnung des Schadensersatzes

Die Nutzung von urheberrechtlich geschützten Werken erfolgt in der Regel auf Grundlage einer Lizenzierung. Dabei ist der Begriff der Lizenz unglücklich gewählt. Das deutsche Recht kennt den Lizenzierungsbegriff in der Form nicht, sondern spricht lediglich von der Einräumung von Nutzungsrechten. Nichtsdestotrotz hat sich in der Umgangssprache aber auch in der Fachliteratur der Lizenzbegriff eingebürgert. Die Formulierung kann daher verwendet werden, wenn die dahinterstehende Bedeutung bekannt ist.

Im Rahmen der Lizenzierungspraxis erfreuen sich Creative Commons-Lizenzen (CC-Lizenzen) und andere freie Lizenztypen immer größerer Beliebtheit.¹ Interessenten können dank ihrer Hilfe ohne langwierige und komplizierte Verhandlungen über die Einräumung von Nutzungsrechten mit dem Rechteinhaber und ohne an die teilweise strikten Vorgaben von gesetzlichen Erlaubnissen gebunden zu sein, urheberrechtlich geschützte Werke nutzen.

Das bedeutet aber nicht, dass an die Nutzung so lizenzierter Werke keinerlei Bedingungen geknüpft sind. Bei freien Lizenzen

handelt es sich vielmehr um vorgefertigte Lizenzvorgaben, die regeln, unter welchen Bedingungen ein urheberrechtlich geschütztes Werk verwendet werden darf. Werden diese Bedingungen erfüllt, ist keine gesonderte Erlaubnis des Rechteinhabers erforderlich und das geschützte Werk kann im Rahmen der erlaubten Grenzen verwendet werden. Mit anderen Worten: Freie Lizenzen vereinfachen lediglich die Rechteeinräumung bei urheberrechtlich geschützten Werken, machen diese aber nicht obsolet.

Ein Verstoß gegen die Lizenzbedingungen führt damit aber automatisch zum Wegfall der Rechteeinräumung und damit zu einer Rechtsverletzung im Sinne des Urheberrechts.

Wird eine solche festgestellt, hat der Rechteinhaber nach § 97 Abs. 2 Urheberrechtsgesetz (UrhG) die Möglichkeit Schadensersatz geltend zu machen. Sind alle Anspruchsvoraussetzungen erfüllt, stellt sich die Frage, wie der genaue Betrag des Schadensersatzes bestimmt werden soll. Hierfür sieht das Urheberrecht die sogenannte „dreifache Schadensberechnung“ vor. Ersatzfähig ist hiernach als erste Möglichkeit der dem verletzten Rechteinhaber „konkret entstandene Schaden“ einschließlich des entgangenen Gewinns. Alternativ kann der Rechteinhaber vom Verletzer dessen „Verletzerertrag“ – also den Gewinn, den der Verletzer aufgrund der unrechtmäßigen Verwendung des geschützten Werks erwirtschaftet hat – herausverlangen. Da die Bestimmung der genauen Summe nach den beiden

¹ Zu der bisherigen rechtlichen Beurteilung von freien Lizenzen siehe: Mörike, Der Preis der Freiheit, DFN-Infobrief Recht 04/2017, Ochsenfeld, Ohne Preis keinen Schaden, DFN-Infobrief Recht 12/2016, Klein, Die Grenzen der Freiheit, DFN-Infobrief Recht 07/2016.

ersten Möglichkeiten gewisse Unsicherheiten aufweist, ist die Berechnung des Schadens nach der sogenannten „Lizenzanalogie“ am verbreitetsten. Hiernach hat der Verletzer dasjenige zu zahlen, was vernünftige Parteien bei Abschluss eines Lizenzvertrages in Kenntnis der wahren Rechtslage und der Umstände des konkreten Einzelfalls als angemessene Lizenzgebühr vereinbart hätten.

Stellt der Rechteinhaber sein Werk mittels einer freien Lizenz quasi kostenlos zur Verfügung, stellt sich jedoch die Frage, ob ihm überhaupt ein Schaden entstanden ist, wenn jemand das Werk nutzt, ohne die Lizenzbedingungen einzuhalten. Falls diese Frage bejaht werden kann, stellt sich die Folgefrage, wie hoch der Betrag dann ist.

II. Sachverhalt

Mit dieser Frage musste sich kürzlich auch das OLG Köln in seinem Urteil auseinandersetzen. Geklagt hatte ein Fotograf, der ein Bild unter einer CC-Lizenz auf der Internetseite wikimedia.org veröffentlichte. Die verwendete CC-Lizenz erlaubt es interessierten Nutzern das Bild kostenlos sowohl für kommerzielle als auch nicht-kommerzielle Zwecke zu nutzen. Lediglich eine Verlinkung auf die Veröffentlichung bei wikimedia.org als auch die Nennung des Fotografen als Urheber wird dabei vorausgesetzt. Der Beklagte nutze das Bild auf seiner eigenen Webseite jedoch ohne eine entsprechende Verlinkung und nur mittels unzureichender Kenntlichmachung der Urheberschaft des Bildes. Aufgrund dieser Umstände verlangt der Kläger nun Schadensersatz von dem Beklagten.

III. Entscheidung des OLG Köln

Das OLG Köln hat dieses Anspruchsverlangen in der Berufungsinstanz im Ergebnis abgelehnt. Dabei bejaht es die grundsätzliche Urheberrechtsverletzung durch die fehlende Verlinkung und die fehlende Urheberbenennung durch den Webseitenbetreiber, der das Bild nutzte. Die Pflicht zur Verlinkung des genutzten Werks auf wikimedia.org ergebe sich dabei aus den Lizenzbedingungen der CC-Lizenz. Gleiches gelte für die Pflicht den Urheber zu nennen, wobei sich diese Pflicht zusätzlich aus § 13 S. 1 UrhG ergebe. Aus der Sicht des Gerichts ist damit letztlich nur fraglich, ob daraus auch ein Schadenersatzanspruch folge. Das ist nur zu bejahen, wenn

dem Rechteinhaber durch die rechtswidrige Nutzung des Bildes auch ein Schaden entstanden ist.

Da der Rechteinhaber die Zahlung einer angemessenen Lizenzgebühr verlangt (Lizenzanalogie, siehe oben), kann er nur das verlangen, was vernünftige Parteien bei Abschluss eines Lizenzvertrags in Kenntnis der wahren Rechtslage und den Umständen des konkreten Einzelfalls als angemessene Lizenzgebühr vereinbart hätten. Das Gericht setzt den objektiven Wert eines Werks, das unter einer solchen CC-Lizenz zur Verfügung gestellt wird, jedoch auf Null Euro an. Es sei nicht ersichtlich, warum die Parteien eine weitergehende, entgeltliche Lizenzierung vereinbaren sollten, um das Werk zu nutzen, wenn die Nutzung für die kommerzielle und nicht-kommerzielle Nutzung freigegeben ist. Eine entsprechende Vereinbarung liefe lediglich darauf hinaus, dass die Verlinkung – die von der CC-Lizenz noch vorausgesetzt wird – nicht mehr zu erfolgen habe. Für eine wirtschaftliche Bezifferung dieser Erleichterung gegenüber der CC-Lizenz, die für die Berechnung des Schadens zugrunde gelegt hätte werden können, wurde jedoch nichts vorgetragen.

Darüber hinaus bestehe zwar die Möglichkeit, eine fiktive Lizenz durch das Gericht zu schätzen, jedoch setzt das Gericht auch im Rahmen dieser Schätzung den wirtschaftlichen Wert mit Null an. Der Fotograf hat das Lichtbild kostenfrei zur Verfügung gestellt und lediglich die Verlinkung auf die Wikimedia-Seite verlangt. Eine Werbewirkung für Folgeaufträge, die als wirtschaftliche Grundlage der fiktiven Lizenz herangezogen werden könnte, könne nach Ansicht des Gerichts daraus nicht abgeleitet werden. Eine solche Wirkung ließe sich vielmehr nur annehmen, wenn man auf die eigene Homepage verlinken lässt, auf der auch entgeltliche Leistungen angeboten werden. Die verlangte Verlinkung auf eine fremde Webseite, die nur kostenfreie Fotos bereithält, weise daher keinen wirtschaftlichen Wert auf, der aufgrund einer Rechtsverletzung als Schaden geltend gemacht werden könnte.

Mit einer ähnlichen Argumentation lehnt das Gericht auch einen Schaden durch die fehlerhafte Urheberbenennung ab. Auch insoweit verneint es einen wirtschaftlichen Wert. Zwar kann der Nennung des Urhebers grundsätzlich ein wirtschaftlicher Wert beigemessen werden, jedoch muss im Einzelfall geprüft werden, ob ein solcher tatsächlich angenommen werden könne. Bejaht werden könne dies beispielsweise, wenn dem Urheber durch die fehlende

Nennung Folgeaufträge entgingen. Das Gericht nimmt jedoch an, dass dem Urheber im konkreten Fall keine Folgeaufträge mit wirtschaftlichem Wert entgangen sind. Der Fotograf habe zu wenig vorgetragen, was darauf schließen ließe. Eine entgeltliche Lizenzierungspraxis von anderen Werken sei nach Auffassung des Gerichts nicht erkennbar. Lediglich die kostenfreie Bereitstellung weiterer Bilder bei [wikimedia.org](https://www.wikimedia.org) lasse sich erkennen. Ein Schaden ergebe sich auf diese Weise jedoch nicht.

Da im konkreten Fall somit weder die fehlende Verlinkung noch die fehlerhafte Urheberbenennung einen wirtschaftlichen Wert aufwiesen, erleide der Urheber auch keinen Schaden durch die Rechtsverletzung. Mangels Schaden sei jedoch auch ein Anspruch auf Schadensersatz ausgeschlossen.

IV. Fazit und Konsequenzen für Hochschulen und Forschungseinrichtungen

Die Entscheidung des OLG Köln fügt sich in eine Reihe weiterer Entscheidungen hinsichtlich des Umgangs mit freien Lizenzen ein. Es bestätigt zunächst die grundsätzliche Möglichkeit auch bei der Lizenzierung von urheberrechtlich geschützten Werken mit freien Lizenztypen einen Schadensersatzanspruch geltend zu machen. Die Tatsache der kostenfreien Bereitstellung führt nicht automatisch zu einem Ausschluss. Wie bei jedem Schadensersatzanspruch muss aber auch der Nachweis eines Schadens erbracht werden. Dieser Nachweis ist bei freien Lizenzen praktisch schwieriger zu erbringen. Das OLG Köln hat insoweit ein Beispiel ausgeurteilt, das deutlich macht, wann der Nachweis nicht ausreichend erbracht wurde. Der allgemeine Verweis auf entgangene Folgeaufträge reicht insoweit nicht aus. Dieser Umstand muss vielmehr belegt werden, was beispielsweise durch den Nachweis einer entgeltlichen Lizenzierungspraxis neben der unentgeltlichen Verbreitung mittel freier Lizenzen erfolgen könnte.

Da das Gericht die Revision nicht zugelassen hat, stellt das Urteil die abschließende Entscheidung im konkreten Fall dar.

Für Forschungseinrichtungen lassen sich hieraus zweierlei Konsequenzen ziehen.

Zum einen können sie als Rechteinhaber urheberrechtlich geschützte Werke unter einer freien Lizenz bereitstellen, ohne den Verlust von Rechtsansprüchen befürchten zu müssen.

Der Nachweis eines Schadens kann im Einzelfall allerdings Schwierigkeiten bereiten.

Zum anderen sollten Forschungseinrichtungen als Nutzer eines Werks, das unter einer freien Lizenz veröffentlicht wurde, die konkreten Bedingungen exakt einhalten. Bei einem Verstoß droht die Geltendmachung von Ersatzansprüchen durch den Rechteinhaber. Sollte es zu einer Geltendmachung kommen, sollten die Forschungseinrichtungen dem Begehren aber nicht vorschnell nachkommen, sondern genau prüfen, ob dem Rechteinhaber tatsächlich ein solcher Anspruch zusteht. Kann beispielsweise der Nachweis eines Schadens nicht erbracht werden, droht den Einrichtungen keine Haftung. Bei der Beurteilung entsprechender Sachverhalte sollte aber stets juristischer Rat hinzugezogen werden.

Heißer gekocht als gegessen?

Erste gerichtliche Entscheidung zum Verhältnis zwischen KUG und DSGVO

von *Marten Tiessen*

Die Einführung der DSGVO sorgte für viel Aufruhr und Unsicherheit unter Fotografen und Filmemachern. Umstritten war unter anderem, in welchem Verhältnis DSGVO und KUG stehen. Eine Entscheidung des OLG Köln deutet nun an, dass sich weniger ändert als teilweise angenommen. Auch in Zukunft soll das KUG weiter anwendbar bleiben. Um die DSGVO wird man trotzdem nicht herumkommen.

I. Alte und neue Rechtslage

Bis zum 25. Mai 2018 richtete sich die Verbreitung und Veröffentlichung von Personenbildern ausschließlich nach dem KUG. Mit anderen Datenschutzbestimmungen mussten Fotografen und Filmemacher sich kaum auseinandersetzen, da das KUG gegenüber anderen Datenschutzvorschriften als spezielleres Gesetz Anwendungsvorrang genoss. Das KUG sieht vor, dass vor jeder Verbreitung oder Veröffentlichung eines Bildnisses die Einwilligung des Abgelichteten gem. § 22 KUG einholt werden muss. Die Einwilligung ist formlos möglich und kann nur aus wichtigem Grund widerrufen werden. Wann ein solcher Grund vorliegt, wird dabei uneinheitlich beurteilt und hängt vom Einzelfall ab. Keine Einwilligung ist erforderlich, wenn einer der Ausnahmetatbestände des § 23 KUG vorliegt. Danach besteht keine Einwilligungspflicht für Bildnisse aus dem Bereich der Zeitgeschichte (Nr. 1), für Bilder, auf denen Personen nur als Beiwerk neben einer Landschaft oder sonstigen Örtlichkeiten erscheinen (Nr. 2), für Bilder von Versammlungen und ähnlichen Vorgängen, an denen die dargestellten Personen teilgenommen haben (Nr. 3) sowie Bildnissen, deren Verbreitung oder Schaustellung einem höheren Interesse der Kunst dient (Nr. 4).¹

Inzwischen wurde das Datenschutzrecht durch die Einführung der DSGVO auf europäischer Ebene angepasst. Im Gegensatz zum KUG bezieht sich die DSGVO nicht direkt auf Bildnisse,

sondern personenbezogene Daten im Allgemeinen. Da Personenbilder aber personenbezogene Daten darstellen, ist die DSGVO grundsätzlich auch auf den Bereich des Films und der Fotografie anwendbar. Will man nach der DSGVO personenbezogene Daten verarbeiten, bedarf es einer der Rechtsgründe, die in Art. 6 Abs. 1 DSGVO aufgelistet sind. Das System der Erlaubnistatbestände ist in der DSGVO aber - zumindest auf den ersten Blick - ganz anders geregelt als im KUG. Auch die DSGVO kennt die Einwilligung, bietet daneben jedoch noch drei weitere Erlaubnistatbestände für die Verarbeitung von Daten. Bereits für die Einwilligung nach Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO gelten andere Voraussetzungen als für die Einwilligung nach dem KUG. Die Ausnahmetatbestände des § 23 KUG lassen sich hingegen gar nicht in der DSGVO wiederfinden. Da jeder, der Personenbilder veröffentlicht, nun in den Anwendungsbereich beider Gesetze gerät, ist für ihn entscheidend, in welchem Verhältnis die beiden Gesetze stehen und nach welchem der beiden er sich künftig richten muss.

II. Verhältnis zwischen KUG und DSGVO

Trotz des Anwendungsvorrangs, den die DSGVO als höherrangiges Recht prinzipiell gegenüber dem KUG genießt, war bislang unklar, ob das KUG von der DSGVO vollständig verdrängt wird. Der Anwendungsvorrang besteht nämlich nicht, wenn das KUG eine Ausnahmegvorschrift im Sinne des Art. 85 Abs. 2 DSGVO darstellt. Denn Art. 85 Abs. 2 DSGVO enthält eine sogenannte Öffnungsklausel für die Ausübung der Meinungs- und Informationsfreiheit. Danach kann der

¹ Siehe zu Einwilligung und Ausnahmetatbeständen des KUG: Klein, Das haben wir auf Band, DFN-Infobrief Recht 3/2015

nationale Gesetzgeber Rechtsvorschriften erlassen, die für die Verarbeitung von personenbezogenen Daten zu journalistischen, wissenschaftlichen, künstlerischen oder literarischen Zwecken von der Verordnung abweichen oder Ausnahmen zur Verordnung schaffen. Voraussetzung ist, dass eine solche Ausnahmegesetzgebung erforderlich ist, um das Recht auf Schutz der personenbezogenen Daten mit der Freiheit der Meinungsäußerung und der Informationsfreiheit in Einklang zu bringen. Bisher war umstritten, ob das KUG den Anforderungen der Öffnungsklausel gerecht wird oder ob bestehende Gesetze nicht in den Anwendungsbereich des Art. 85 Abs. 2 DSGVO fallen und es daher eines weiteren Umsetzungsgesetzes bedarf.

Es wird teilweise davon ausgegangen, dass in Art. 85 Abs. 1 DSGVO eine weitere Öffnungsklausel enthalten ist, die eine Ausnahme für Datenverarbeitung zu anderen Zwecken als Absatz 2 zulässt. Dagegen sprechen allerdings die zu weite und undeutliche Formulierung des Absatzes sowie der Erwägungsgrund 153 zur DSGVO, der nur von Abweichungen und Ausnahmen zu den in Absatz 2 genannten Zwecken spricht. Auch die Systematik der Vorschrift widerspricht der Annahme, denn eine so weite Öffnungsklausel in Absatz 1 würde eine weitere Öffnungsklausel in Absatz 2 überflüssig machen. Die Vorschrift ließe sich dagegen auch lediglich als Aufforderung an die Länder verstehen, ihre nationalen Gesetze zum Schutz der Meinungs- und Informationsfreiheit an die Datenschutzbestimmungen der DSGVO anzupassen.

III. Entscheidung des OLG Köln

In seinem Beschluss vom 18.06.2018 (Az.: 15 W 27/18) machte das OLG Köln nun deutlich, dass seiner Meinung nach das KUG eine Ausnahmegesetzgebung im Sinne des Art. 85 Abs. 2 DSGVO darstelle. Die Öffnungsklausel lasse nicht nur neue Gesetze, sondern auch bestehende Regelungen als Ausnahmegesetzgebung zu. Art. 85 Abs. 2 DSGVO stelle keine besonderen materiell-rechtlichen Anforderungen an ein solches Ausnahmegesetz. Lediglich die Erforderlichkeit des Gesetzes für den Ausgleich von Datenschutz und der Äußerungs- und Kommunikationsfreiheit müsse vorliegen. Hieran sind aber keine hohen Ansprüche zu stellen, da Datenschutzregelungen grundsätzlich journalistisches Arbeiten beeinträchtigen. Art. 85 DSGVO solle gerade vermeiden, dass es zu einem Verstoß der DSGVO gegen die Meinungs- und Medienfreiheit kommt.

Dies ergäbe sich auch aus den Erwägungsgründen der DSGVO. Das KUG erfülle den Zweck des Art. 85, da es eine umfassende Abwägung aller unionsrechtlichen Grundrechtspositionen ermöglicht und diese ausreichend miteinander in Einklang bringen kann.

Während das OLG Köln sich nur zur Verarbeitung zu journalistischen Zwecken äußerte, stellte sich das Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat (BMI) schon vorher auf den Standpunkt, dass sich die Fortgeltung des KUG auf Art. 85 Abs. 1 DSGVO stützen ließe und dieses daher auch in anderen Bereichen weiter anwendbar sei. Nach Ansicht des Ministeriums eröffne bereits Absatz 1 den Mitgliedstaaten gesetzgeberische Gestaltungsspielräume, die Abweichungen von der DSGVO zugunsten der Meinungs- und Informationsfreiheit unabhängig vom Zweck der Verarbeitung zulassen. Hierbei handelt es sich aber nur um eine Einschätzung des BMI, die die Gerichte rechtlich nicht bindet. Ob das KUG über die in Art. 85 Abs. 2 DSGVO genannten Zwecke hinaus weiter Anwendung findet, bedarf noch einer gerichtlichen Klärung und erscheint zurzeit zumindest zweifelhaft.

IV. Unterschiedliche Anwendungsbereiche

Auch wenn das KUG weiter anwendbar ist, bedeutet das nicht, dass Fotografen und Filmemacher in Zukunft die DSGVO außer Acht lassen dürfen. Denn das KUG bietet nur eine Rechtsgrundlage für die Verbreitung und öffentliche Zurschaustellung von Bildnissen. Die DSGVO fordert aber eine Rechtsgrundlage für jede Verarbeitung von personenbezogenen Daten und setzt damit bereits bei der Erhebung von Daten an. Es muss also schon für das Anfertigen von Bildnissen und nicht erst für die Verbreitung und Veröffentlichung eine Rechtsgrundlage bestehen. Das Anfertigen wird sich in der Regel auf eine Einwilligung nach Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO, eine vertragliche Abrede nach Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO oder ein berechtigtes Interesse nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO stützen lassen.

Art. 7 DSGVO enthält die Voraussetzungen, denen die Einwilligung gerecht werden muss. So kann die Einwilligung zum Beispiel formlos erteilt werden, Art. 7 Abs. 1 DSGVO fordert jedoch, dass der Verantwortliche nachweisen können muss, dass die betroffene Person eingewilligt hat. Das führt dazu, dass die Einwilligung allein aus Beweisgründen schriftlich

erteilt werden sollte. Wird die Einwilligung schriftlich eingeholt, müssen die Formvorschriften des Art. 7 Abs. 2 DSGVO eingehalten werden. Ein bedeutender Unterschied zum KUG ist die Widerrufbarkeit der Erklärung. Während nach dem KUG noch ein wichtiger Grund vorliegen musste, kann nach Art. 7 Abs. 3 DSGVO die Einwilligung jederzeit grundlos widerrufen werden. Über das Widerrufsrecht muss der Betroffene vor Abgabe der Einwilligung belehrt worden sein. Der Widerruf gilt aber nur für die Zukunft und lässt die vorherige Datenverarbeitung nicht nachträglich unzulässig werden.

Wenn das Einholen einer Einwilligung nicht möglich ist, muss ein anderer Rechtsgrund aus Art. 6 Abs. 1 DSGVO vorliegen. Die Ausnahmetatbestände des § 23 KUG kennt die DSGVO nicht. Eine Rechtfertigung ist aber über das berechnete Interesse nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO möglich. Wann ein berechtigtes Interesse der verarbeitenden Stelle vorliegt, erfordert eine Abwägung mit den Rechten und Interesse des Betroffenen. Als Indikatoren für das berechnete Interesse können die Ausnahmetatbestände des § 23 KUG weiterhin dienen. § 23 KUG ist zwar nicht anwendbar, stellt aber einen normierten Interessenausgleich dar, dessen Grundsätze sich zur Auslegung des Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO heranziehen lassen. Werden Personenbilder zu privaten Zwecken im persönlichen oder familiären Umfeld aufgenommen, fallen diese nach Art. 2 Abs. 2 lit. c DSGVO überhaupt nicht in den Anwendungsbereich der DSGVO. Dies gilt zum Beispiel für Bilder von privaten Feiern, die nur für einen begrenzten Personenkreis einsehbar sind. Der persönliche und familiäre Kreis wird aber immer dann verlassen, wenn die Aufnahmen im Internet einem unbegrenzten Empfängerkreis zugänglich gemacht werden.

V. Informationspflichten

Neu hinzu kommen die Informationspflichten der Art. 13, 14 DSGVO, nach denen die betroffene Person umfassend über die Datenverarbeitung aufgeklärt werden muss. Eine wichtige Einschränkung davon findet sich in Art. 11 DSGVO. Danach ist niemand verpflichtet, zur bloßen Einhaltung der DSGVO weitere Informationen aufzubewahren, einzuholen oder zu verarbeiten, um die betroffene Person zu identifizieren. Damit soll vermieden werden, dass es zu einer unnötigen Ausweitung der Datenverarbeitung kommt. Werden Bilder von unüberschaubaren Gruppen gemacht, besteht somit keine Pflicht, die Identität jedes einzelnen zu erforschen,

nur um den Informationspflichten aus Art. 13, 14 DSGVO nachzukommen. Eine Ausnahme für die Datenverarbeitung zu wissenschaftlichen Zwecken beinhaltet Art. 14 Abs. 5 DSGVO. Erfordert danach die Erteilung der Information einen unverhältnismäßig hohen Aufwand oder ist sie schlicht unmöglich, entfällt die Informationspflicht. Dies berührt allerdings nur Daten, die nicht bei der betroffenen Person selbst erhoben wurden.

VI. Fazit

Dem Beschluss des OLG Köln zufolge ist das KUG im journalistischen Bereich weiter anwendbar. Es erfüllt die Anforderungen der Öffnungsklausel in Art. 85 Abs. 2 DSGVO. Jedoch gilt dies nur für die Verbreitung und Veröffentlichung von Bildern und nicht für deren Aufnahme. Letztere kann nur durch die Erlaubnistatbestände der DSGVO gerechtfertigt sein. Die Anforderungen der beiden Gesetze an eine gerechtfertigte Datenverarbeitung werden aber häufig nicht so unterschiedlich sein, wie vielfach propagiert. In vielen Fällen wird eine Verarbeitung, die nach dem KUG erlaubt ist, auch nach der DSGVO erlaubt sein. Besondere Aufmerksamkeit sollte den Unterschieden bei der Einwilligung und den neu hinzutretenden Informationspflichten geschenkt werden.

Im Wissenschaftsbetrieb werden Personenbilder zu Forschungszwecken, aber ebenso zur Öffentlichkeitsarbeit der Hochschulen und Forschungseinrichtungen verwendet. Es stellt sich also ebenfalls die Frage, welches Gesetz künftig für sie anwendbar ist. Im Beschluss des OLG Köln ist zwar nur die Rede von der Datenverarbeitung zu journalistischen Zwecken, die Öffnungsklausel nennt aber ausdrücklich auch wissenschaftliche Zwecke, die eine Ausnahmegesetz gerechtfertigen. Die Feststellungen des Beschlusses lassen sich daher auf diesen Bereich übertragen. Der Begriff Wissenschaft meint dabei sowohl die Forschung als auch die akademische Lehre. Daten, die zu wissenschaftlichen Zwecken erhoben wurden, dürfen aber nur zu diesen Zwecken verarbeitet werden. Sollen beispielsweise Daten von Mitarbeitern der Hochschule oder Forschungseinrichtung zu administrativen Zwecken verarbeitet werden, so fällt dies nicht mehr unter die Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 2 KUG, da die Forschungsfreiheit nicht betroffen ist. Ob das KUG zusätzlich für die Öffentlichkeitsarbeit der Hochschulen und Forschungseinrichtungen anwendbar bleibt, richtet

sich danach, ob in Art. 85 Abs. 1 DSGVO eine weitere Öffnungsklausel enthalten ist. Dies ist bislang aber noch nicht geklärt. Hochschulen und Forschungseinrichtungen sollten sich demzufolge in diesem Bereich an die Vorschriften der DSGVO halten.

Letztlich ist zu beachten, dass der Beschluss des OLG noch keine höchstrichterliche Rechtsprechung darstellt und somit keine endgültige Rechtssicherheit besteht. Diese kann nur eine Stellungnahme des EuGH zur Auslegung des Art. 85 DSGVO schaffen. Viele Fragen bleiben bis dahin noch offen. Dennoch ist der Beschluss ein klares Zeichen, dass sich durch die Einführung der DSGVO nicht in allen Bereichen so viel ändert, wie von mancher Seite befürchtet, und sollte etwas Ruhe in die überhitzte Diskussion bringen.

Mit Netz und doppeltem Boden

Bundesarbeitsgericht entscheidet über den Sonderkündigungsschutz von stellvertretenden Datenschutzbeauftragten

von *Charlotte Röttgen*

Das BAG hat in seinem Urteil vom 22.07.2017 (Az.:2 AZR 812/16) entschieden, dass auch stellvertretenden Datenschutzbeauftragten ein Sonderkündigungsschutzrecht nach dem BDSG a.F. zusteht.¹ Das Urteil ist auch für Hochschulen und Forschungseinrichtungen interessant, da es zum einen klarstellt, dass grundsätzlich mehrere interne Datenschutzbeauftragte innerhalb einer öffentlichen Stelle berufen werden können und zum anderen, dass stellvertretende Datenschutzbeauftragte mit den originären rechtlich gleichgestellt sind.

I. Hintergrund

Mit der Bestellung in das Amt des behördlichen Datenschutzbeauftragten gehen nicht nur Pflichten einher, die von dem Beauftragten zu erfüllen sind, sondern er kann auch einige Rechte für sich reklamieren. Der Datenschutzbeauftragte ist bei der Ausübung seiner Tätigkeit nicht an Weisungen gebunden und arbeitet eigenverantwortlich; er ist ausschließlich der höchsten Leitungsebene unterstellt. Damit der Datenschutzbeauftragte bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben keinerlei Einschränkungen unterliegt, etwa weil er Repressionen seines Vorgesetzten befürchtet, gilt für ihn außerdem ein besonderer Kündigungsschutz. Der Kündigungsschutz bewirkt, dass das Arbeitsverhältnis eines Datenschutzbeauftragten während der Dauer seiner Amtsausübung sowie noch ein Jahr nach seiner Abberufung nicht im Wege der ordentlichen Kündigung beendet werden kann (§ 4f Abs. 3 S. 5,6 BDSG a.F. bzw. Art. 38 DSGVO i.V.m. § 6 Abs. 4 S. 2,3 BDSG). Das Nachwirken des Sonderkündigungsschutzes soll dazu dienen, das Verhältnis zwischen dem Datenschutzbeauftragten und der verantwortlichen Stelle „abkühlen“ zu lassen. Ordentliche Kündigungen, die trotz bestehenden Kündigungsschutzes erfolgen, sind gem. §134 BGB nichtig. NureineaußerordentlicheKündigungkommt ausnahmsweise dann in Betracht, wenn besondere Gründe

vorliegen, die eine Fortführung des Arbeitsverhältnisses unter Abwägung der beiderseitigen Interessen für den Arbeitgeber unzumutbar erscheinen lassen.

II. Sachverhalt

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer ordentlichen Kündigung. Der Kläger ist ein ehemaliger Angestellter bei der Beklagten, einer Betriebskrankenkasse, bei der er seit April 2014 im Rahmen eines Pilotprojekts als Referent Risikomanagement tätig war. Die Betriebskrankenkasse ist als Körperschaft des öffentlichen Rechts organisiert und hat ca. 400 Mitglieder. Aufgrund einer längerfristigen, krankheitsbedingten Abwesenheit der originären Datenschutzbeauftragten der Krankenkasse wurde der Kläger für den Zeitraum vom 1. August 2014 bis 1. Februar 2015 schriftlich zum stellvertretenden Datenschutzbeauftragten bestellt. Damit einhergehend vereinbarten die Parteien einen Nachtrag zum Arbeitsvertrag des Klägers, wonach dieser für einen Zeitraum von sechs Monaten zum stellvertretenden Datenschutzbeauftragten ernannt wurde. In der Folge nahm der Kläger datenschutzrechtliche Aufgaben eigenverantwortlich wahr. Nachdem zwischen der bisherigen Datenschutzbeauftragten und der Beklagten ein Aufhebungsvertrag geschlossen worden war, beauftragte die Beklagte nach Ablauf der sechs Monate, im März 2015, nunmehr einen externen Datenschutzbeauftragten. Mit

¹ Zur Entscheidung des LAG Hamburg vom 21.07.2016 (Az.: 8 Sa 32/16) siehe Leinemann, Der Teufel steckt im Detail, DFN-Infobrief Recht 6/2017.

Schreiben vom 1. Oktober 2015 kündigte die Beklagte das zwischen ihr und dem Kläger bestehende Arbeitsverhältnis ordentlich zum 31. Oktober 2015. Hiergegen hat der Kläger fristgemäß Kündigungsschutzklage erhoben.

Der Kläger ist der Ansicht, dass die Kündigung nichtig sei, da er aufgrund seiner vorherigen Bestellung zum stellvertretenden Datenschutzbeauftragten zumindest nachwirkenden Kündigungsschutz nach § 4f Abs. 3 S. 6 BDSG a.F. genieße. Die Kündigung habe daher nur aus wichtigem Grund erfolgen dürfen. Die Beklagte sieht dies anders. Sie ist der Auffassung, dass kein besonderer Kündigungsschutz bestehe, da der Kläger als weiterer Datenschutzbeauftragter in dem Unternehmen freiwillig bestellt worden sei. Außerdem könne kein nachwirkender Kündigungsschutz eingreifen, weil die Berufung des Klägers zum Datenschutzbeauftragten durch Fristablauf automatisch geendet sei und nicht durch Abberufung.

Das Verfahren hat die Instanzen durchlaufen. Nachdem das Arbeitsgericht und das Landesarbeitsgericht Hamburg der Kündigungsschutzklage stattgegeben haben, hatte nun das Bundesarbeitsgericht im Rahmen der Revision der Beklagten in der Sache zu entscheiden.

III. Entscheidung des Gerichts

Das BAG hat sich in seiner Entscheidung den vorherigen Instanzen angeschlossen und die Revision der Beklagten zurückgewiesen. Die Kündigung der Beklagten führte demnach nicht zur Aufhebung des Arbeitsverhältnisses, da diese gem. § 134 BGB nichtig ist. Die Nichtigkeit ergibt sich gem. § 4f Abs. 3 S. 5 BDSG a.F. aus dem besonderen Kündigungsschutzrecht für Datenschutzbeauftragte. Dieses greift ein, wenn eine Pflicht zur Bestellung eines Datenschutzbeauftragten i.S.v. § 4f Abs. 1 BDSG a.F. besteht und der Beauftragte für den Datenschutz ordnungsgemäß bestellt wurde.

Das BAG hat entschieden, dass sich der Kündigungsschutz – entgegen der Ansicht der Beklagten – nicht nur auf den ersten, in Erfüllung der Bestellpflicht nach § 4f Abs. 1 BDSG a.F. ernannten internen Datenschutzbeauftragten erstreckt, sondern auch auf jeden weiteren, der von der verantwortlichen Stelle eingesetzt wird. Dies traf im Fall des Klägers zu. Der Kläger wurde ordnungsgemäß zum

stellvertretenden Datenschutzbeauftragten bestellt, denn die Bestellung erfolgte schriftlich gem. § 4f Abs. 1 S. 1 BDSG a.F. Auch wurde er nicht lediglich als Hilfsperson der Datenschutzbeauftragten gem. § 4f Abs. 5 BDSG a.F. bestellt, denn er nahm seine Aufgaben eigenverantwortlich und frei von Weisungen wahr. Für das Eingreifen des besonderen Kündigungsschutzes ist es unerheblich, ob es erforderlich war, einen weiteren Datenschutzbeauftragten zu bestellen, um die datenschutzrechtlichen Aufgaben zu erledigen. Allein die Berufung in die Position eines Datenschutzbeauftragten sowie die unabhängige und weisungsfreie Wahrnehmung datenschutzspezifischer Aufgaben lösen den Kündigungsschutz aus.

Ein Kompetenzkonflikt zwischen der originären Datenschutzbeauftragten und dem Kläger war im konkreten Fall nicht zu befürchten, da die Datenschutzbeauftragte nicht nur kurzfristig, sondern für einen Zeitraum von mehreren Monaten krankheitsbedingt abwesend war. Daher hat das Gericht auch offengelassen, ob ein solcher etwaiger Konflikt dazu führt, dass die Bestellung zum stellvertretenden Datenschutzbeauftragten unwirksam ist.

Der Sonderkündigungsschutz bestand im Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung am 1. Oktober 2015, zumindest nach § 4f Abs. 3 S. 6 BDSG a.F. fort, unabhängig davon, ob die befristete Bestellung des Datenschutzbeauftragten wirksam war oder nicht. Geht man davon aus, dass die Befristung wirksam war, ist § 4f Abs. 3 S. 6 BDSG a.F. für die Beurteilung maßgeblich, der ein Fortwirken des Kündigungsschutzes für die Dauer eines Jahres ab dem Zeitpunkt der Abberufung des Datenschutzbeauftragten vorsieht. Als dem Kläger die Kündigung am 1. Oktober 2015 zugeht, wirkte der Kündigungsschutz noch nach. Die Beendigung der Tätigkeit als Datenschutzbeauftragter infolge Zeitablaufs unterfällt einer „Abberufung“ i.S.d. der Norm, da man hierunter jede Beendigung des Amtes, die durch ein Verhalten der verantwortlichen Stelle veranlasst wurde, versteht. Wäre die Befristung hingegen unwirksam, hätte dies zur Folge, dass der Kläger unbefristet zum Datenschutzbeauftragten bestellt worden wäre. In diesem Fall wäre die Kündigung nach § 4f Abs. 3 S. 5 BDSG a.F. i.V.m. § 134 BGB nichtig.

IV. Rechtslage nach der DSGVO²

An der rechtlichen Bewertung des BAG dürfte sich auch nach der neuen Rechtslage der DSGVO nichts ändern. Die für den konkreten Fall relevanten Regelungen für öffentliche Einrichtungen sind inhaltlich gleichwertig nunmehr in Art. 37 DSGVO i.V.m. § 6 Abs. 4 S. 2,3 BDSG zu finden. Für öffentliche Hochschulen und Forschungseinrichtungen sind i.d.R. die jeweiligen Landesdatenschutzgesetze zu beachten. Sofern die entsprechenden Normen, welche das Recht der Datenschutzbeauftragten regeln, einen mit § 6 Abs. 4 S. 2,3 BDSG vergleichbaren Passus aufweisen, ist davon auszugehen, dass die rechtliche Bewertung des BAG auch auf die Landesgesetze übertragen werden kann (z. B. § 31 Abs. 4 S. 2,3 DSG NRW). Für privatrechtliche Forschungseinrichtungen gibt es einen Unterschied: Anders als öffentliche Einrichtungen (Art. 37 Abs. 1 lit. a DSGVO) müssen etwa privatrechtlich organisierte Forschungseinrichtungen nicht in jedem Fall einen Datenschutzbeauftragten berufen. Eine Pflicht zur Bestellung besteht nur unter den Voraussetzungen des Art. 37 Abs. 1 lit. b oder c DSGVO sowie § 38 Abs. 1 BDSG, nämlich dann, wenn beispielsweise mindestens zehn Personen ständig mit der Verarbeitung personenbezogener Daten befasst sind oder die Datenverarbeitung für Zwecke der Markt- und Meinungsforschung erfolgt. Liegt ein solcher Fall vor, so greift auch hier gem. § 38 Abs. 2 BDSG i.V.m. § 6 Abs. 4 S. 2,3 BDSG der Sonderkündigungsschutz ein.

V. Zusammenfassung und Konsequenzen für wissenschaftliche Einrichtungen

Das Urteil des BAG klärt einige Fragen im Zusammenhang mit stellvertretenden Datenschutzbeauftragten. Anders als der Wortlaut des BDSG (sowohl des aktuellen, als auch der a.F.) vermuten lassen könnte, darf nicht nur ein interner Datenschutzbeauftragter, sondern können grundsätzlich auch mehrere bestellt werden. Der Maßstab für die Beurteilung, ob ein stellvertretender Datenschutzbeauftragter bestellt wurde, ist dessen Tätigkeit. Übt er sein Amt unabhängig und weisungsfrei aus, handelt es sich um die Tätigkeit eines Datenschutzbeauftragten. Dieser ist dem originären Datenschutzbeauftragten rechtlich gleichgestellt, d. h. insbesondere

das Sonderkündigungsschutzrecht findet Anwendung. Ob die Bestellung mehrerer interner Datenschutzbeauftragter aufgrund von Kompetenzkonflikten unzulässig ist, hat das BAG offengelassen.

Für Hochschulen und Forschungseinrichtungen ergibt sich das Folgende: Hinsichtlich der Berufung mehrerer Datenschutzbeauftragter ist die rechtliche Bewertung des BAG auf sie übertragbar – dies gilt für öffentliche und privatrechtlich organisierte Hochschulen und Forschungseinrichtungen. Bei der Bewertung des Sonderkündigungsschutzrechts kommt es darauf an, ob die Forschungseinrichtung privatrechtlich oder öffentlich-rechtlich ist. Für öffentliche Hochschulen und Forschungseinrichtungen gelten die jeweiligen Landesdatenschutzgesetze. Sofern diese einen Sonderkündigungsschutz des internen Datenschutzbeauftragten statuieren, gilt dieser auch für etwaige weitere Datenschutzbeauftragte. § 31 Abs. 4 DSG NRW etwa entspricht inhaltlich § 6 Abs. 4 BDSG. Existiert ein solches Sonderkündigungsschutzrecht in den Landesgesetzen nicht, kann die rechtliche Bewertung des BAG nicht ohne weiteres übertragen werden. Hier könnte sich ein Sonderkündigungsschutzrecht mittelbar aus dem allgemeinen Benachteiligungsverbot des Datenschutzbeauftragten aus Art. 38 Abs. 3 S. 2 DSGVO ergeben. Sind Hochschulen oder Forschungseinrichtungen privatrechtlich organisiert und sind sie nach Art. 37 Abs. 1 lit. b,c DSGVO oder § 38 Abs. 1 BDSG zur Bestellung eines Datenschutzbeauftragten verpflichtet, erstreckt sich das Sonderkündigungsschutzrecht auch auf die weiteren Datenschutzbeauftragten.

Unabhängig hiervon ist Hochschulen und Forschungseinrichtungen abschließend angeraten, bei der Berufung mehrerer Datenschutzbeauftragter Vorsicht walten zu lassen, da eine größere Anzahl von Datenschutzbeauftragten nicht zwingend ein höheres Datenschutzniveau bedeutet. Insbesondere etwaige Kompetenzkonflikte könnten die Arbeit der Datenschutzbeauftragten in der Praxis beeinträchtigen. Hier sollten Hochschulen und Forschungseinrichtungen, bevor sie einen weiteren Datenschutzbeauftragten berufen, genau abwägen, ob dies im konkreten Fall notwendig ist. Es kann hierbei hilfreich sein, die unterschiedlichen Zuständigkeiten klar aufzuteilen, um Konflikte zu vermeiden, welche die Ernennung eines zweiten Datenschutzbeauftragten möglicherweise unzulässig machen könnten.

² Zu den Auswirkungen der DSGVO auf die Rolle des Datenschutzbeauftragten siehe Röttgen, Alles unter Kontrolle?, DFN-Infobrief Recht 11/2017.

Impressum

Der DFN-Infobrief Recht informiert über aktuelle Entwicklungen in Gesetzgebung und Rechtsprechung und daraus resultierende mögliche Auswirkungen auf die Betriebspraxis im Deutschen Forschungsnetz.

Herausgeber

Verein zur Förderung eines Deutschen Forschungsnetzes e. V.

DFN-Verein

Alexanderplatz 1, D-10178 Berlin

E-Mail: DFN-Verein@dfn.de

Redaktion

Forschungsstelle Recht im DFN

Ein Projekt des DFN-Vereins an der WESTFÄLISCHEN WILHELMS-UNIVERSITÄT, Institut für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht (ITM), Zivilrechtliche Abteilung

Unter Leitung von Prof. Dr. Thomas Hoeren

Leonardo-Campus 9

D-48149 Münster

E-Mail: recht@dfn.de

Nachdruck sowie Wiedergabe in elektronischer Form, auch auszugsweise, nur mit schriftlicher Genehmigung des DFN-Vereins und mit vollständiger Quellenangabe.