

PERSÖNLICHKEITS- UND MEDIENRECHT

geleitet von Thomas Höhne

Gezieltes Fotografieren einer Person – Verletzung des Rechts am eigenen Bildnis

1. Bereits die Herstellung eines Bildnisses ohne Einwilligung des Abgebildeten kann einen unzulässigen Eingriff in dessen allgemeines Persönlichkeitsrecht darstellen. Dabei kann nicht nur die Herstellung von Bildnissen im privaten Bereich, sondern auch in der Öffentlichkeit zugänglichen Bereichen und ohne Verbreitungsabsicht einen unzulässigen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht darstellen.
2. Schon das fotografische Festhalten einer bestimmten Tätigkeit oder Situation kann vom Abgebildeten als unangenehm empfunden werden und ihn an der freien Persönlichkeitsentfaltung hindern; dies insbesondere in Anbetracht der Verbreitungs- und Manipulationsmöglichkeiten durch die moderne Digitaltechnik.
3. Insoweit entspricht die Rechtslage beim Recht dem eigenen Bild im Wesentlichen derjenigen beim Recht am eigenen Wort, nachdem bereits die Aufnahme des gesprochenen Worts (unabhängig von allfälliger späterer Verbreitung) eine Persönlichkeitsrechtsverletzung darstellen kann.
4. Dabei hat eine umfassende Güter- und Interessenabwägung im Einzelfall stattzufinden. Es kommt darauf an, ob der Abgebildete auf der Aufnahme zu identifizieren ist, ob die Aufnahme gezielt oder zufällig erfolgte, und ob der Aufnehmende ein schutzwürdiges Interesse an der Notwendigkeit der Anfertigung der Fotografie hatte.
5. § 22 MedienG ist auf die Befundaufnahme durch Sachverständige nicht anwendbar.

OGH, Urteil 27.02.2013, 6 Ob 256/12h – „Fotografierverbot“

Deskriptoren: Persönlichkeitsrechte, Recht am eigenen Bild, Fotografierverbot, Fotografieren in Gerichtsverhandlungen

Normen: § 16 ABGB, § 78 UrhG, Art 8 EMRK, § 22 MedienG

Sachverhalt:

Der Beklagte ist Eigentümer eines Wohnhauses in Wien. Im Zusammenhang mit diesem Wohnhaus hat der Beklagte mehrere Bauunternehmen mit Bauwerkleistungen beauftragt. Mit mehreren dieser Werkunternehmer befindet sich der Beklagte in gerichtlichen Auseinandersetzungen. Der Kläger ist geschäftsführender Gesellschafter einer Rechtsanwalts GmbH, welche ihrerseits zwei Bauunternehmen bei der klagsweisen Durchsetzung von Werklohnforderungen gegenüber dem Beklagten vertritt. Im Rahmen eines dieser Verfahren kam es am 08.03.2011 zu einer Befundaufnahme mit einem sachverständigen Malermeister im Haus des Beklagten.

Die Stimmung zwischen den Beteiligten ist grundsätzlich eher schlecht und angespannt. Zu Beginn der Befundaufnahme und vor Durchführung der Befundungen fertigte der Beklagte – ohne dies zuvor anzukündigen oder zu erklären – mit seiner Digitalkamera ein Lichtbild an, auf welchem der Kläger, die Geschäftsführer der Mandantin der Klagevertreterin, ein Vorarbeiter der Mandantin der Klagevertreterin sowie der Sachverständige abgebildet wurden. Diese Personen standen gerade in einem Bereich des Hauses, von dem die Stiegenhäuser und der Zugang in den Innenhof abzweigen. Der Kläger, der Vorarbeiter und die Geschäftsführer der Mandantin des Klägers sind mit ernster Miene dargestellt; vom Sachverständigen sieht man den Hinterkopf und einen Teil des Oberkörpers von hinten. Der Sachverständige wollte zum Zeitpunkt der Anfertigung des Lichtbildes gerade beginnen, den Anwesenden den Ablauf der Befundaufnahme zu erklären.

Der Beklagte ist seinerseits auch als Gerichtssachverständiger tätig und erstattet Gutachten mit Lokalaugenscheinen und Bauverhandlungen. In deren Rahmen fer-

tigt er üblicherweise Lichtbilder der teilnehmenden Personen an, um bei Bedarf die Namen der Anwesenden eruieren zu können. Den Grund für die Anfertigung des Lichtbildes im konkreten Fall erklärte der Beklagte den Anwesenden nicht.

Sogleich nach Anfertigung des Lichtbildes forderte der Kläger den Beklagten auf, dieses zu löschen. Er war aufgeregt, weil der Beklagte eine Personengruppe und nicht etwa das Bauwerk fotografiert hatte. Der Kläger fragte den Beklagten, wozu dieser das Lichtbild aufgenommen habe. Der Beklagte empfand das Verhalten des Klägers als aggressiv. Er entgegnete: „Zur Belustigung“. Dies ärgerte den Kläger. Er forderte den Beklagten unter Hinweis auf eine vom Kläger behauptete Rechtswidrigkeit dieser Handlung daraufhin auf, das Lichtbild zu löschen. Nach Rücksprache des Beklagten mit dem Beklagtenvertreter verweigerte der Beklagte dies.

Der Kläger begehrte, den Beklagten schuldig zu erkennen, die Anfertigung von Lichtbildern des Klägers zu unterlassen.

Das Erstgericht wies die Klage ab. Ausgehend von dem im Vorigen wiedergegebenen Sachverhalt erwog es in rechtlicher Sicht, dass § 78 UrhG nur eine – Persönlichkeitsinteressen verletzende – Veröffentlichung eines Personenbildnisses, nicht jedoch schon die unbefugte Bildaufnahme an sich verbiete. Eine unbefugte Bildaufnahme könne daher allenfalls aufgrund einer Verletzung des höchststrichterlich anerkannten Rechts auf Geheim- und Privatsphäre als Fallgruppe des allgemeinen Persönlichkeitsrechts des § 16 ABGB rechtswidrig sein. Im vorliegenden Fall handle es sich jedoch nicht um den Kernbereich der Geheimnisssphäre; vielmehr handle es sich um eine Bildaufnahme im Rahmen einer Befundaufnahme zu einem öffentlichen Verfahren. § 228 Abs 4 StPO sowie § 22 MedienG würden Aufnahmen nur bei Gerichtsverhandlungen verbieten; Film- und Fotoaufnahmen im Gerichtsgebäude außerhalb der Verhandlungen seien jedoch zulässig. Insofern vermittelten die angeführten Vorschriften den berufsmäßigen Parteienvertretern keinen erhöhten Identitätsschutz, sondern sollten sicherstellen, dass es zu keiner einseitigen Berichterstattung komme, zu keiner Befangenheit und zu keiner Belastung der Verfahrensbeteiligten. Außerdem stehe der Kläger als berufsmäßiger Parteienvertreter schon aufgrund der prinzipiellen Öffentlichkeit von Gerichtsverhandlungen verstärkt in der Öffentlichkeit.

Das Berufungsgericht bestätigte diese Entscheidung. Es gebe im österreichischen Recht keine positiv-rechtliche Bestimmung, wonach eine Anfertigung eines Lichtbildes von einem Dritten ohne dessen Zustimmung unzulässig wäre, sofern dadurch nicht schützenswerte Interessen

des Abgebildeten verletzt würden. Die Ablichtung eines Parteienvertreters aus Anlass einer Befundaufnahme könne weder als Eingriff in die Privat- geschweige denn in die Geheimsphäre des Klägers angesehen werden. Es bestehe auch kein Anlass, Parteienvertreter besonders vor nicht autorisierten Bildaufnahmen zu schützen, weil sie als berufsmäßige Parteienvertreter zur Wahrung der Interessen der von ihr vertretenen Prozesspartei gezwungen seien und daher im Interesse der vertretenen Partei auch an einer gerichtlichen Befundaufnahme teilnehmen müssten. Es sei nicht nachvollziehbar, warum dem Beklagten nicht erlaubt sein solle, in seinem eigenen Haus bei einer gerichtlichen Befundaufnahme ein Lichtbild der anwesenden Personen anzufertigen. Ob er ein berechtigtes Interesse an der Anfertigung des Lichtbildes hatte, sei daher letztlich irrelevant. Das Lichtbild sei in keiner Weise geeignet, sich über den Kläger lustig zu machen oder diesen gar zu verspotten. Der deutschen Rechtsprechung, wonach bereits die unbefugte Herstellung von Personenaufnahmen das allgemeine Persönlichkeitsrecht berühre, könne nicht gefolgt werden.

Nachträglich ließ das Berufungsgericht die Revision mit der Begründung zu, es fehle an einer Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs zur Frage, ob es im Hinblick auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu Art 8 EMRK und die überwiegende deutsche Lehre und Rechtsprechung des BGH im Sinne der Rechtsentwicklung erforderlich erscheine, eine Ausweitung des Anwendungsbereichs des § 78 UrhG über § 16 ABGB dahingehend vorzunehmen, dass bereits ein Schutz gegen die Bildaufnahme selbst zu bejahen sei.

Hierzu hat der Oberste Gerichtshof erwogen:

1. Die Revision ist aus dem vom Berufungsgericht angeführten Grund zulässig; sie ist auch berechtigt.

2.1. Das Recht auf Bildnisschutz gehört zu den Persönlichkeitsrechten iSd § 16 ABGB (RIS-Justiz RS0123001). Die Persönlichkeitsrechte geben dem Geschädigten Abwehransprüche und gegebenenfalls Ansprüche auf Schadenersatz (RIS-Justiz RS0008994).

2.2. Die Rechtsprechung betont allerdings, dass eine Überspannung des Schutzes der Persönlichkeitsrechte zu einer unerträglichen Einschränkung der Interessen anderer und jener der Allgemeinheit führen würde (RIS-Justiz RS0008990).

3.1. Schon nach bisheriger Rechtsprechung waren geheime Bildaufnahmen im Privatbereich, fortdauernde unerwünschte Überwachungen und Verfolgungen (RIS-Justiz RS0107155) sowie eine systematische, verdeckte, identifizierende Videoüberwachung (RIS-Justiz

RS0120422) als Eingriff in die Geheimsphäre zu qualifizieren.

3.2. Außerhalb derartiger Sonderfälle wurde jedoch bisher die bloße Aufnahme einer Person – im Gegensatz zur Verbreitung – als zulässig angesehen. Nach herrschender Ansicht bietet § 78 UrhG keinen Schutz gegen die ungewollte Aufnahme von Bildern. Soweit in der Literatur ein solcher Schutz unter gewissen Umständen anerkannt wird, wird dieser aus § 16 ABGB abgeleitet (vgl dazu zusammenfassend *Thiele*, Unbefugte Bildaufnahme und ihre Verbreitung im Internet – braucht Österreich einen eigenen Paparazzi-§? RZ 2007, 2 ff). In der Literatur wird teilweise vorgeschlagen, ähnlich der deutschen Lösung die Bestimmung des § 78 UrhG über § 16 ABGB so auszuweiten, dass sowohl die Bildveröffentlichung als auch die Bildaufnahme nur dann gestattet sind, wenn dadurch keine berechtigten Interessen des Abgebildeten verletzt werden (*Frick*, Persönlichkeitsrechte-Rechtsvergleichende Studie über den Stand des Persönlichkeitsschutzes in Österreich, Deutschland, der Schweiz und Liechtenstein 107 f).

3.3. *Koziol* (Haftpflichtrecht II² 12) bezeichnet die Ausdehnung des im Gesetz anerkannten Schutzes des Rechts am eigenen Bild auf einen Schutz gegen die Aufnahme des Bildes als höchst fraglich. Ein Schutz könne hier über das Recht an der Geheimsphäre in gewissem Umfang erreicht werden. *Korn/Neumayer* (Persönlichkeitschutz im Zivil- und Wettbewerbsrecht [1991] 95 f) sprechen sich gegen eine Ausweitung des Rechts am eigenen Bild auf einen Schutz gegen die Aufnahme des Bildes aus. Bei begründeter Besorgnis, dass in das Recht am eigenen Bild eingegriffen werde, biete ohnedies § 78 UrhG über eine vorbeugende Unterlassungsklage Schutz vor unzulässiger Verbreitung. Wenn überhaupt könne man nur aus dem Recht auf Wahrung der Geheimsphäre ein Verbot der Geheimaufnahmen im privaten Bereich ableiten.

4.1. Nach herrschender Auffassung in Deutschland kann schon das ungenehmigte Herstellen eines Personenfotos eine Verletzung des aus dem Grundgesetz abgeleiteten allgemeinen Persönlichkeitsrechts darstellen. Bei der Prüfung ist anhand aller Umstände des Einzelfalls eine Güter- und Interessenabwägung zwischen dem Persönlichkeitsrecht des Abzubildenden und den Interessen des Fotografen vorzunehmen (*Wanckel*, Foto- und Bildrecht⁴ [2012] 35 ff mwN).

4.2. Der deutsche Bundesgerichtshof hat bereits 1995 ausgesprochen, dass die ungenehmigte Herstellung von Bildnissen einer Person grundsätzlich auch ohne Verbreitungsabsicht unzulässig ist (BGH NJW 1995, 1955). Dies gilt umso mehr, wenn die Aufnahme mit Verbreitungsabsicht erfolgt (OLG Karlsruhe NJW-RR 1999,

1699: Anfertigung von Bild- und Tonaufnahmen eines Wachkomapatienten für eine Fernsehsendung). Anderes gilt nach deutschem Recht etwa, wenn ein Haus mit dessen Bewohnern im Garten aus der Luft ausschließlich deshalb fotografiert wird, um die Aufnahme den Bewohnern zum Kauf anzubieten (OLG Oldenburg NJW-RR 1988, 951), weiters bei Fotografien von Sachen ohne Verletzung der Intim- oder Privatsphäre oder des Hausrechts (OLG Brandenburg NJW 1999, 3339). Gleiches gilt bei Personen der Zeitgeschichte, wenn eine spätere Veröffentlichung in Betracht kommt (KG Berlin NJW-RR 2007, 1196). Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte umfasst der Begriff des Privatlebens auch Elemente, die die Identität einer Person betreffen wie den Namen und ihr Bild sowie ihre physische und psychische Integrität (RIS-Justiz RS0126881; *Grabenwarter*, EMRK⁵ [2012] 232).

5. Im Kontext der fotografischen Überwachung von Personen hat der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte bereits festgehalten, dass das Aufzeichnen von Daten und ihre systematische bzw dauerhafte Verwendung das Privatleben berühren können. In einem solchen Fall wurde darauf abgestellt, ob die fragliche Überwachungsmaßnahme auf eine bestimmte Person gerichtet war oder nicht und ob persönliche Daten verarbeitet bzw in einer Art und Weise verwendet wurden, dass sie einen Eingriff in das Privatleben darstellten (Bsw 420/07 = RIS-Justiz RS0128094).

6. Der erkennende Senat schließt sich der Auffassung des deutschen Bundesgerichtshofs an.

6.1. Aus Art 8 EMRK ergeben sich nicht nur Abwehrrechte gegen den Staat, sondern auch korrespondierend Schutzpflichten des Staats. Allerdings hängen Art und Ausmaß dieser Schutzpflichten von Art und Schwere der Beeinträchtigung der Rechte des Verletzten ab. Hinsichtlich der missbräuchlichen Veröffentlichung bzw Ausstellung eines Bildes gewährt § 78 UrhG ohnedies ausreichend Schutz, weil hiernach eine Veröffentlichung bzw Ausstellung des Lichtbildes dann verboten ist, wenn eine Beeinträchtigung schützenswerter Interessen des Abgebildeten vorliegt.

6.2. Das Recht am eigenen Bild stellt eine besondere Erscheinungsform des allgemeinen Persönlichkeitsrechts dar. Daher kann bereits die Herstellung eines Bildnisses ohne Einwilligung des Abgebildeten einen unzulässigen Eingriff in dessen allgemeines Persönlichkeitsrecht darstellen. Dabei wird das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Betroffenen nicht nur dann verletzt, wenn Abbildungen einer Person in deren privatem Bereich angefertigt werden, um diese der Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Vielmehr kann auch die Herstellung von Bild-

nissen einer Person in der Öffentlichkeit zugänglichen Bereichen und ohne Verbreitungsabsicht einen unzulässigen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen darstellen. Schon das damit verbundene fotografische Festhalten einer bestimmten Tätigkeit oder Situation kann vom Abgebildeten als unangenehm empfunden werden und ihn an der freien Entfaltung seiner Persönlichkeit hindern. Dies gilt insbesondere in Anbetracht der Verbreitungs-, aber auch Manipulationsmöglichkeiten durch die moderne (Digital-)Technik, kann der Aufgenommene doch im Vorhinein nie wissen, wie der Fotografierende die Aufnahme in der Folge verwenden wird. Insoweit entspricht die Rechtslage beim Recht am eigenen Bild im Wesentlichen derjenigen beim Recht am eigenen Wort. Demnach kann auch bereits die Aufnahme des gesprochenen Worts – unabhängig von einer allfälligen späteren Verbreitung – eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts des Aufgenommenen darstellen (SZ 65/134; SZ 74/168).

6.3. Dabei bedarf es allerdings – wie stets bei der Ermittlung von Umfang und Grenzen von Persönlichkeitsrechten – einer umfassenden Güter- und Interessenabwägung im Einzelfall. Hierbei kommt es zunächst darauf an, ob der Abgebildete auf der Aufnahme zu identifizieren ist. Je weniger deutlich dies der Fall ist, umso geringer ist die Beeinträchtigung. Außerdem ist zu berücksichtigen, ob die Aufnahme gezielt erfolgt oder eine Person nur zufällig auf ein Bild gerät. Im ersteren Fall wird ein Gefühl der Überwachung vermittelt, das den Abgebildeten an der freien Entfaltung seiner Persönlichkeit hindert. In diesem Sinne hat auch der Bundesgerichtshof darauf abgestellt, dass dann, wenn vorübergehende Passanten zufällig in eine Aufnahme miteinbezogen werden, diese ohne weiteres hinnehmen müssen, wenn sie öffentlichen Wegeraum benützen. Ist der Abgebildete überhaupt nicht mehr zu identifizieren – wie etwa bei Urlaubsfotos Außenstehende Personen im Hintergrund der Aufnahme – scheidet eine Persönlichkeitsrechtsverletzung in der Regel jedenfalls dann aus, wenn der Abgebildete nicht den Eindruck erhält, er werde gezielt fotografiert.

6.4. Im vorliegenden Fall handelt es sich um eine gezielte Aufnahme des Klägers, auf der dieser einwandfrei zu identifizieren ist. Der vorliegende Fall unterscheidet sich daher etwa von Urlaubsfotos, auf denen zufällig im Hintergrund vielleicht auch andere Menschen zu sehen sind.

6.5. Außerdem hat der Beklagte kein schutzwürdiges Interesse an der Notwendigkeit der Anfertigung einer Fotografie dargetan. Es wäre ihm freigestanden, das Einverständnis des Klägers zu verlangen und seine Handlung entsprechend zu erklären, etwa dahin, dass er die Aufnahme als Gedächtnisstütze benötige. Die Einho-

lung einer Einverständniserklärung wäre umso eher möglich gewesen, als die Anfertigung der Aufnahme keineswegs dringlich war. Zudem wäre der angebliche Zweck der Aufnahme als Gedächtnisstütze ohne weiteres auch durch Anfertigung entsprechender Notizen zu erfüllen gewesen.

6.6. Stattdessen hat der Beklagte auf Frage des Klägers nach dem Zweck der Aufnahme geantwortet, er habe diese „zur Belustigung“ angefertigt. Damit musste die Aufnahme aber für den Kläger schon nach dem objektiven Wortlaut dieser Erklärung – ungeachtet des vom Beklagten nach den Feststellungen des Erstgerichts damit tatsächlich verfolgten Zwecks – als besonders bedrohlich erscheinen, musste der Kläger doch in Anbetracht der Möglichkeiten der modernen Digitaltechnik mit entsprechenden Manipulationen bzw einem Missbrauch des Beklagten ernsthaft rechnen.

7.1. Nicht entscheidend ist demgegenüber, dass es sich im vorliegenden Fall um eine im Zusammenhang mit einer Befundaufnahme eines Sachverständigen durchgeführte Fotografie handelt. Nach den Feststellungen der Vorinstanzen erfolgte die Aufnahme nämlich vor Beginn der Befundaufnahme. § 171 ZPO iVm § 22 MedienG ist daher auf den vorliegenden Fall nicht anwendbar (vgl dazu *Zeder*, Medienrecht im Spannungsfeld zwischen Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsschutz, ÖJZ 2011, 14 [17]). Diese Bestimmungen sind auf die Befundaufnahme durch den Sachverständigen nicht zugeschnitten. Vielmehr bezwecken diese in erster Linie den Persönlichkeitsschutz der Beteiligten, Angeklagte, Zeugen und weitere Verfahrensbeteiligte sollen mit der Berichterstattung verbundenen psychischen Belastungen geschützt werden. Weiters sollen durch diese Bestimmungen Störungen der äußeren Ordnung im Gerichtssaal und mögliche Beeinträchtigungen der Wahrheitsfindung verhindert werden (*Zeder* aaO).

7.2. Demgegenüber ist die Befundaufnahme durch den Sachverständigen nicht öffentlich, sodass schon aus diesem Grund in der Regel keine entsprechende Berichterstattung möglich ist. Auch der Zweck der Bewahrung der Ordnung im Gerichtssaal sowie der Verhinderung von Beeinträchtigungen der Wahrheitsfindung lässt sich nicht ohne weiteres auf die Befundaufnahme des Sachverständigen übertragen. Vor allem aber ist das Verbot des § 22 MedienG zeitlich auf die Verhandlung selbst beschränkt; Aufnahmen vor oder nach der Verhandlung oder in Verhandlungspausen im Gerichtsgebäude sowie im Verhandlungssaal sind grundsätzlich zulässig (*Zeder* aaO). Umso weniger steht § 22 MedienG Aufnahmen außerhalb des Gerichtssaals entgegen.

7.3. Daher muss im vorliegenden Fall weder auf die Frage, ob sich das Verbot des § 22 MedienG nur an den

Verhandlungsleiter oder auch an den Aufnehmenden richtet (*Berka* in *Berka/Höhne/Noll/Polley*, MedienG § 22 Rz 5) ebenso wenig eingegangen werden wie auf die prozessuale Einordnung der Befundaufnahme durch den Sachverständigen (dazu *Fasching*, Die Ermittlung von Tatsachen durch den Sachverständigen im Zivilprozess, FS Matscher 97 ff).

8. Nicht gefolgt werden kann der Rechtsansicht des Klägers, soweit dieser in der Vorlage des Lichtbildes im Verfahren einen weiteren Eingriff in sein Persönlichkeitsrecht erblickt. Die Vorlage des Fotos in einem auf Unterlassung der Anfertigung derartiger Fotografien gerichteten Verfahrens ist schon deshalb zweckmäßig, weil Art

und Gegenstand der Aufnahme ein entscheidendes Element im Rahmen der hier vorzunehmenden Interessenabwägung darstellen. Damit war die Vorlage des Fotos aber von § 78 UrhG gedeckt.

9. Die Wiederholungsgefahr ist zweifelsfrei zu bejahen. Abgesehen davon, dass der Beklagte sogar nach Aufforderung durch den Kläger sich geweigert hat, die Aufnahme zu löschen, hat er seine Handlung im vorliegenden Verfahren verteidigt. Nach ständiger Rechtsprechung indiziert aber die Verteidigung der eigenen Handlung durch den Beklagten das Vorliegen von Wiederholungsgefahr (RIS-Justiz RS0012075; *G. Kodek/Leupold* in *Wiebe/Kodek*, UWG² § 14 Rz 21).

Anmerkung

Von Thomas Höhne

Die banalsten Anlässe werfen nicht selten die interessantesten Rechtsfragen auf. Ein offenbar streitlustiger Hauseigentümer, eine vielleicht angespannte Stimmung bei der Befundaufnahme, ein Rechtsanwalt, der sich (berufstypisch?) nichts gefallen lässt, das ergibt einen brisanten Cocktail – und eine rechtsfortbildende Entscheidung, die das Recht fotografisch abgebildeter Personen weiter ausdehnt. Klar ist, dass § 22 MedienG hier nicht zieht, ist dessen Anwendung doch auf „Verhandlungen der Gerichte und unabhängigen Verwaltungssenaten“ beschränkt; darunter fällt eine Befundaufnahme zweifellos nicht. (Warum der OGH auch erörtert, ob die Befundaufnahme öffentlich war oder nicht, bleibt unerfindlich.) Auch § 78 UrhG ist nicht anwendbar, da es ja zu einer Veröffentlichung der strittigen Aufnahme gar nicht kam bzw. es offenbar keinen Anhaltspunkt dafür gab, dass eine derartige Veröffentlichung bevorstand.

Was bleibt, ist das Allgemeine Persönlichkeitsrecht (§ 16 ABGB) bzw Art 8 EMRK. Zweifellos ist es richtig, unter Berufung auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht, von dem nur einige Spielarten, wie eben das Recht am eigenen Bild, positiv-rechtlich normiert sind, sowie auf den Schutz des Privatlebens dann, wenn es um Abbildungen von Personen geht, einen Weg neben dem § 78 UrhG zu finden. Und richtig ist es auch, dabei auf die seit den

letzten Jahren des vorigen Jahrhunderts fundamental geänderten technischen Bedingungen hinzuweisen, unter denen Abbildungen produziert und verbreitet werden. „User generated content“ nimmt nicht selten die übelsten Formen an – von den als „happy slapping“ ins Netz gestellten erniedrigenden Handy-Filmchen bis zu den „interessanten“ Einblicken, die private Paparazzi mittels ihrer mit Videokameras bestückten Drohnen aus Nachbars Garten ins Netz transportieren (allerdings: dabei handelt es sich um tatsächlich stattgefundene Veröffentlichungen!) Es ist nur konsequent, die Schritte, die zum Thema Videüberwachung beim Verdacht auf Eheverfehlung (4 Ob 52/06k) oder dem Verbot der Beeinträchtigung der Privatsphäre selbst durch eine Attrappe (!) einer Videokamera (6 Ob 6/06k) gesetzt wurden, weiter zu gehen. Dies darf allerdings nicht in einem allgemeinen Fotografierverbot münden, für das es keine Rechtsgrundlage gibt; es werden auch – sofern überhaupt einmal ein Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Abgebildeten festzustellen ist – in Zukunft jeweils die Interessen des Abgebildeten und des Abbildenden gegeneinander abzuwägen sein. Die vorliegende Entscheidung listet bereits einige Kriterien dieser Abwägung auf:

- Ist der Abgebildete auf der Aufnahme zu identifizieren?

- Je eindeutiger die Identifizierung, desto höher die Wahrscheinlichkeit der Beeinträchtigung.
- Ist die Aufnahme gezielt gemacht worden oder ist der Abgebildete nur zufällig ins Bild gelaufen?
- Vermittelt die stattgefundene Aufnahme dem Abgebildeten ein Gefühl der Überwachung, fühlt er sich beobachtet oder unfrei?
- Ob die Aufnahme in privatem Rahmen oder in der Öffentlichkeit erfolgt, ist grundsätzlich gleichgültig (trägt doch jeder Mensch, auch in der Öffentlichkeit, gewissermaßen eine Hülle der Privatheit mit sich, die Anspruch auf Schutz hat), aber natürlich ist zu ergänzen, dass das Privatleben desto mehr beeinträchtigt ist, je privater der Rahmen ist, in dem die Aufnahme entstanden ist (wobei wiederum nicht zu vergessen ist, dass es auch ein Privatleben im öffentlichen Raum gibt, vgl. nur die Caroline-Rechtsprechung des EGMR, dazu auch Berka in diesem Heft).
- Hatte der Abbildende die Möglichkeit, das Einverständnis des Abgebildeten einzuholen (oder war er mehr wie ein Heckenschütze tätig)?
- Welchem Zweck diente die Aufnahme – und hätte dieser Zweck vielleicht auch mit anderen Mitteln genauso gut erreicht werden können?

Bei der Rechtsdurchsetzung wird die Formulierung des Urteilsbegehrens genau zu überlegen sein: Wenn es konkrete Anhaltspunkte für eine drohende Veröffentlichung gibt, kann sich die vorbeugende Unterlassungsklage schon auf § 78 UrhG stützen. Allzu engherzig wird diese Gefahr aber nicht zu beurteilen sein, lässt der OGH doch schon in der vorliegenden Entscheidung (allerdings wiederum nicht in Bezug auf § 78 UrhG!) anklingen, dass „der Aufgenommene im Vorhinein nie wissen (kann), wie der Fotografierende die Aufnahme in der Folge verwenden wird“ sowie dass „der Kläger in Anbetracht der Möglichkeiten der modernen Digitaltechnik mit entsprechenden Manipulationen bzw. einem Missbrauch des Beklagten ernsthaft rechnen (musste)“. Im vorliegenden Fall hatte das bockige Verhalten des Beklagten die Beurteilung der Wiederholungsgefahr allerdings erleichtert.

Einen Aspekt lässt diese Entscheidung unberücksichtigt, den man zumindest diskutieren könnte: Zweifellos ist das, was sich da am Chip des Fotografen befindet, ein persönliches Datum.

§ 4 DSG reiht Daten natürlicher Personen über ihre rassische und ethnische Herkunft unter die sensiblen Daten ein. Bei strenger Betrachtungsweise wäre daher jedes Foto ein sensibles Datum, das nur im Fall einer ausdrücklichen Zustimmung des Betroffenen oder bei Vorliegen einer gesetzlichen Grundlage (die anderen Ausnahmetatbestände des § 9 kommen ohnedies nicht in Betracht) verarbeitet werden darf. (Ausgenommen wären gem. § 45 auch im Familienkreis aufgenommene Fotos, was hier auch nicht einschlägig ist.) Ein Umkehrschluss aus § 78 UrhG reicht als gesetzliche Grundlage jedenfalls nicht aus. Also – Lösungsanspruch nach § 27? Nach § 28 jedenfalls nicht, es liegen weder Geheimhaltungsinteressen, noch eine öffentlich zugängliche Datenbank vor. Jedes Foto als sensibles Datum? Vielleicht kommt es doch auf die Umstände an. Schade, dass der Datenschutz nicht Thema war. Wir hätten gern mehr dazu vom OGH erfahren.

Zusammenfassend: Wer eine rechtsverletzende Veröffentlichung konkret zu befürchten hat, dem steht die vorbeugende Unterlassungsklage nach § 78 UrhG offen. Wo dies nicht der Fall ist, kann dennoch unter bestimmten Voraussetzungen das bloße Fotografieren einen rechtswidrigen Eingriff in die Persönlichkeitsrechte des Abgebildeten darstellen. Ob dies im vorliegenden Fall wirklich gegeben war (es ist nicht ganz leicht nachvollziehbar, warum das Fotografieren des bloßen Herumstehens in einer Personengruppe anlässlich einer Befundaufnahme den Betroffenen „an der freien Entfaltung seiner Persönlichkeit hindern“ soll) mag dahingestellt bleiben (auch wenn wir uns eine Begründung, worin nun die konkrete Beeinträchtigung wirklich bestand und wie man diese erkennt, schon gewünscht hätten), wesentliches Ergebnis ist, dass eine Unterlassungsklage auch schon gegen das bloße Fotografieren grundsätzlich möglich ist (wobei als Grundlage für die Wiederholungsgefahr die Verweigerung der Löschung des Bildes ausreicht). Ein allgemeines Fotografierverbot ist aus dieser Entscheidung nicht abzuleiten.