Clemens Thiele*)

Unbefugte Bildaufnahme und ihre Verbreitung im Internet – Braucht Österreich einen eigenen Paparazzi-Paragrafen?

There was something felonious about stealing a face with a hidden camera.
John Grisham[1)]

Gliederung

1. **Einleitung**
2. **Problemstellung**
3. **Camera obscura oder die Suche nach der juristischen Lücke**
   - 3.1 Zivilrechtlicher Meinungsstand in Deutschland
   - 3.2 Strafrechtlicher Rahmen in Deutschland
   - 3.3 Ziviler Rechtsschutz in Österreich
     - 3.3.1 Bildnisschutz (§ 78 UrhG)
     - 3.3.2 Allgemeiner Persönlichkeitsschutz (§ 16 ABGB)
     - 3.3.3 Recht auf Wahrung der Privatsphäre (§ 1328a ABGB)
   - 3.4 Strafrechtlicher Schutz in Österreich
     - 3.4.1 Bildnisschutz (§ 91 UrhG)?
     - 3.4.2 Verletzungen der Privatsphäre (§§ 118 ff StGB)?
4. **Eigene Stellungnahme**
   - 4.1 Schutz der Privatsphäre
   - 4.2 Begriff der Privatsphäre
   - 4.3 Bestimmung der Privatsphäre für Zwecke der unbefugten Bildaufnahme
5. **Datenschutzrechtliche Einordnung der unbefugten Bildaufnahme**
   - 5.1 Personenbild als Daten des Betroffenen
     - 5.1.1 Bestimmbarkeit des Personenbezugs
     - 5.1.2 Abgrenzung sensibler von sonstigen Daten mit Personenbezug
   - 5.2 Unbefugte Bildaufnahme als Datenverarbeitung
     - 5.2.1 Herstellen eines Personenbildnisses
     - 5.2.2 Unbefugtheit der Datenverarbeitung
   - 5.3 Uzulässigkeit der Datenverwendung
   - 5.4 Zweck und Inhalt der Datenanwendung
   - 5.5 Verletzung schutzwürdiger Geheimhaltungsinteressen des Betroffenen
   - 5.6 Besonderheiten für publizistische Tätigkeiten
   - 5.7 Verhältnismäßigkeitsprüfung
   - 5.8 Datenschutzrechtliches Zwischenergebnis
6. **Rechtsschutzmöglichkeiten des Betroffenen**
   - 6.1 Ziviler Rechtsschutz
   - 6.2 Strafrechtlicher Schutz nach dem DSG
7. **Zusammenfassung**

1. Einleitung

Die Erfindung der Fotografie machte das Erscheinungsbild jeder Person für jede andere Person verfügbar. Die Gefahr einer unerwünschten Fremddarstellung stieg ungleich höher an als bei einem gemalten Portrait. Mit dem Foto eines anderen Menschen hat der Besitzer etwas über den Abgebildeten „in der Hand", er kann angesichts der leichten Reproduzierbarkeit über dieses Bild verfügen und es in den Neuen Medien rasch verbreiten. Damit hat er eine gewisse Macht über den Abgebildeten, er kann ihn auch gegen seinen Willen praktisch an den medialen „Pranger" stellen. Gerade weil durch die Art und Weise einer wortlosen Abbildung ein Mensch in besonderer Weise öffentlich herabgesetzt werden kann, haben Bilder häufig eine größere Eingriffsintensität als bloß verbale Schilderungen.

Auf Grund der durch die **Digitalisierung der Fotografie** (Stichwort: **Fotohandy**) drastisch erweiterten Möglichkeiten der Bildaufnahme und Bildbearbeitung hat der Besitzer eines Fotos auch die Macht, das Erscheinungsbild des Abgebildeten zu dessen Gunsten oder zu dessen Ungunsten zu manipulieren. Mit den modernen Möglichkeiten der Mobiltelefonie und des Internets, die auch zur verstärkten Verbreitung von Bilddateien benutzt werden, verschärft sich die Problematik zusätzlich. Digitale virtuelle Unwahrheiten können unverzüglich weltweit verbreitet werden.[2)]

2. Problemstellung

Die **Problematik der unbefugten Bildaufnahme** ist keineswegs neu. Bereits im Jahr 1906 wurden die Regelungen über den Bildnisschutz im deutschen Kunsturhebergesetz geschaffen, die im § 33 KUG mit einer strafrechtlichen Vorschrift abgesichert sind.[3)] Anlass für die Schaffung dieser Regelungen waren damals aufgetretene Fälle der unbefugten Fotografie, die nach den damals vorhandenen Rechtsnormen sowohl zivilrechtlich als auch strafrechtlich nur schwer erfasst werden konnten. So musste das Reichsgericht in der Entscheidung „Dame im Badekostüm" aus dem Jahr 1898 auf den Tatbestand der Beleidigung zurückgreifen, um das unbefugte Anfertigen einer Fotografie strafrechtlich zu sanktionieren.[4)]

Noch eindrucksvoller offenbarte dann kurz darauf die so genannte *„Bismarck-Entscheidung"* des Reichsgerichtes in Zivilsachen die bestehenden Lücken.[5)] Das deutsche Reichsgericht stützte seine Entscheidung auf Grundsätze des römischen Rechts, wobei letztlich für das widerrechtliche Handeln entscheidend sein sollte, dass die Beklagten bei Anfertigung der Fotografien einen Hausfriedensbruch begangen hätten.[6)]

*) RA Dr. Clemens Thiele, LL.M. Tax (GGU), Anwalt.Thiele@eurolawyer.at; gerichtlich beeideter Sachverständiger für Urheberfragen aller Art, insbesondere Neue Medien und Webdesign; Näheres unter http://www.eurolawyer.at.

3. Camera obscura oder die Suche nach der juristischen Lücke

Bevor die eingangs aufgeworfenen Frage[7] beantwortet werden kann, ist zunächst der Frage nachzugehen, ob es überhaupt eines Schutzes vor unbefugten Bildaufnahmen mit Mitteln des Rechts bedarf. Die Antwort auf diese Frage hängt zunächst vor allem davon ab, ob eine Lücke im bestehenden System der Zivil- und Strafvorschriften besteht?

3.1 Zivilrechtlicher Meinungsstand in Deutschland

Den zivilrechtlichen Schutz gegen die unbefugte Bildaufnahme leitet die hM[8] in Deutschland aus den verfassungsmäßig gewährleisteten Rechten des einzelnen ab: Die (unbefugte) Herstellung von Personenfotos stellt zwar keinen Eingriff in das Recht am eigenen Bild des Abgebildeten dar, da erst die Verbreitung und öffentliche Zurschaustellung von § 22 KUG erfasst wird, berührt allerdings das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art 2 Abs 1 dGG iVm Art 1 Abs 1 dGG. Nach dieser Rechtsauffassung kann die „Frage der Zulässigkeit der Herstellung von Personenfotos nicht ohne Prüfung der Frage, ob eine Veröffentlichung der Aufnahme zulässig wäre, beantwortet werden".[9]

Nach überwiegender deutscher Meinung[10] ist schon die unbefugte Bildaufnahme eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, selbst wenn hinter der Herstellung der Aufnahme keine – nachweisbare – Veröffentlichungsabsicht steht. Die innere Begründung dafür besteht darin, dass der Betroffene schon mit der Bildaufnahme die Kontrolle über sein Bildnis und dessen spätere Verwendung verliert, mag die Veröffentlichung möglicherweise auch lange Zeit nach der Herstellung und in einem verfälschenden Zusammenhang erfolgen. Zudem empfinden die Betroffenen in vielen Fällen bereits die Anfertigung einer Fotografie als belästigend, was sich durchaus kulturhistorisch-vergleichend nachweisen lässt.[11]

Das deutsche Bundesverfassungsgericht[12] bezieht den Bildnisschutz ausdrücklich auch auf die Anfertigung von Fotografien. Im Unterschied zum Recht am eigenen Bild beschränkt sich der Schutz der Privatsphäre, der ebenfalls im allgemeinen Persönlichkeitsrecht wurzelt, nicht speziell auf Abbildungen, sondern ist thematisch und räumlich bestimmt. Er umfasst zum einen Angelegenheiten, die wegen ihres Informationsinhalts typischerweise als „privat" eingestuft werden, weil ihre öffentliche Erörterung oder Zurschaustellung als unschicklich gilt, das Bekanntwerden als peinlich empfunden wird oder nachteilige Reaktionen der Umwelt auslöst, wie es etwa bei Auseinandersetzungen mit sich selbst in Tagebüchern,[13] bei vertraulicher Kommunikation unter Eheleuten,[14] im Bereich der Sexualität,[15] bei sozial abweichendem Verhalten[16] oder bei Krankheiten[17] der Fall ist. Fehlte es hier an einem Schutz vor der Kenntniserlangung anderer, wären die Auseinandersetzung mit sich selbst, die unbefangene Kommunikation unter Nahestehenden, die sexuelle Entfaltung oder die Inanspruchnahme ärztlicher Hilfe beeinträchtigt oder unmöglich, obwohl es sich um grundrechtlich geschützte Verhaltensweisen handelt.

Nach den verfassungsgerichtlichen Ausführungen sind dem einzelnen Einfluss- und Entscheidungsmöglichkeiten zu gewährleisten, die ihn wirksam vor einer „datenmäßigen Fixierung" seines Erscheinungsbildes und ihrer beliebigen Überführung in eine unüberschaubare Medienöffentlichkeit schützen. Insbesondere die Gefahr der Kontextänderung durch eine vom Entstehungsanlass losgelöste Verwendung der Aufnahmen begründet nach Auffassung des deutschen Verfassungsgerichtes das Schutzbedürfnis des Menschen.[18] Dabei hat der Fortschritt der (digitalen) Aufnahmetechnik die Gefahr des Kontrollverlustes noch gesteigert. In Anbetracht der heutzutage weit verbreiteten Mobiltelefone, mit denen von Personen Fotos hergestellt und sofort über das Netz an jeden beliebigen Punkt der Erde verschickt werden können, gewinnt dieses Argument zunehmend an Gewicht.

Typische Fälle der unbefugten Bildaufnahme sind Aufnahmen, die in die engere Privat- oder Intimsphäre des Betroffenen eingreifen, so zB bei Aufnahmen im räumlichen Privatbereich oder von privaten Situationen, z.B. eines ganz oder teilweise Unbekleideten beim Umziehen oder beim Sonnenbaden[19] oder beim vertraulichen Umgang mit Mitmenschen. Zuzustimmen ist auch einer Entscheidung des OLG Karlsruhe,[20] in der die Herstellung von Aufnahmen einst-

1) The Pelican Brief (deutsch: „Die Akte"), zitiert nach der US-amerikanischen Taschenbuchausgabe von Islands Books (1992), 151.
2) So treffend *Wanckel*, Persönlichkeitsschutz in der Informationsgesellschaft (1999), 184.
3) Zur Bedeutung dieser Bestimmungen für die Entstehung des § 78 UrhG in Österreich vgl. die EB zu § 78, zitiert nach *Dillenz*, Materialien zum österr Urheberrecht (1986), 161; zur historischen Entwicklung s auch *Mahr*, Der Verwendungsanspruch beim „Recht am eigenen Bild", MR 1995, 127, 129 ff.
4) Urteil vom 29.11.1898, D 4098/98 VIII 8145, abgedruckt bei *Kohler*, Das Eigenbild im Recht (1903), 32. Bereits in den 1920er Jahren wurde die Frage wiederum kontovers diskutiert, welchen Erkenntniswert ein gegen den Willen der Betroffenen durchgesetztes Recht auf Information über Alltagshandlungen – allerdings von Prominenten – haben könnte. Damals entschied das AG Ahrensbök, dJZ 1920, 596, dass es sich um ein öffentliches Ereignis unter den Augen von Millionen von Lesern handelte, wenn der Reichspräsident Ebert und der Reichswehrminister Noske sich in ihrer Freizeit in Badehosen maritimen Freuden hingaben. Laut Gericht hatte die Öffentlichkeit *„ein Anrecht zu erfahren, wann und wie sie sich öffentlich zeigen, auch am Badestrand."*
5) RG 28.12.1899, Rep VI 259/99 – *Bismarck*, RGZ 45, 170 ff; die Entscheidung war äußerer Anlass für die Schaffung des KUG, vgl. *Dreier/Schulze*, UrhG (2004), vor §§ 22 ff KUG Rz 2.
6) Zur Haltlosigkeit dieser Argumentation bereits *Kohler*, Eigenbild, 12 mwN.
7) „Braucht Österreich einen eigenen Paparazzi-Paragrafen?"
8) Nachweise bei *Wanckel/Nitschke*, Foto- und Bildrecht (2004) I. Rz 53 ff (Seite 26 ff).
9) *Wanckel/Nitschke*, Foto- und Bildrecht (2004) Rz 53.
10) Statt vieler *Wanckel/Nitschke*, Foto- und Bildrecht Rz 55.
11) Vgl. dazu die Pressemeldung „Fotograf will kein Prügelknabe sein" in den SN vom 25.10.2005, wonach in Saudi Arabien das Fotografieren von Menschen als Götzendienst verteufelt wird.
12) BVerfG 15.12.1999, 1 BvR 653/96 – *Caroline von Monaco*, BVerfGE 101, 361 = NJW 2000, 1021, 1022.
13) BVerfGE 80, 367.
14) BVerfGE 27, 344.
15) BVerfGE 47, 46; BVerfGE 49, 286.
16) BVerfGE 44, 353.
17) BVerfGE 32, 373.
18) Statt vieler BVerfGE 101, 361, 380.
19) Vgl. OLG Hamburg 21.5.1981, 3 U 22/81 – *Veröffentlichung heimlich gemachter Nacktfotos*, AfP 1982, 41.
20) OLG Karlsruhe 14.10.98 6 U 120/97 – *ungenehmigt angefertigte Ton- und Bildaufnahmen eines Wachkomapatienten*, NJW-RR 1999, 1699, 1670 f.

weilig bedürftiger Wachkomapatienten als unzulässiger Eingriff in deren Persönlichkeitsrecht angesehen wurde. Entsprechendes muss auch im Grundsatz für andere Kranke, Verletzte und Personen in hilfloser Lage gelten.[21)]

Unzulässig ist nach deutschem Rechtsverständnis in der Regel auch die Praxis der so genannten **Paparazzi-Fotografie**, bei der unter Einsatz leistungsstarker Kameras aus weiter Entfernung oder aus getarnter Position unbemerkt in den Privatbereich hinein fotografiert wird, um so unter Ausnutzung der Arglosigkeit der Betroffenen, die sich unbeobachtet fühlen, Einblick in das Privatleben auszuspähen und zu fixieren. Der BGH[22)] spricht insoweit von einer „**Bildniserschleichung**", die nur unter bestimmten Voraussetzungen auch bei hochrangigen Prominenten unzulässig ist. Die Tatsache, dass der Betroffene die in der Öffentlichkeit erfolgte Aufnahme der Bilder nicht bemerkt hat, gibt ihm für sich genommen noch keinen Grund, die Unterlassung der Veröffentlichung zu verlangen. Erst das Hineinfotografieren in Geschäftsräume oder die Fortsetzung solcher Aufnahmen nach eindeutiger Aufforderung, dies zu unterlassen, ist als unzulässig angesehen worden.[23)]

3.2 Strafrechtlicher Rahmen in Deutschland

Als Reaktion auf die neuen technischen Möglichkeiten und bekannt gewordenen Fälle heimlicher Aufnahmen in Damentoiletten, Umkleidekabinen und ärztlichen Behandlungszimmern oder mittels Webcam übertragener Livebilder eines Solariums hat der deutsche Gesetzgeber eine eigene Strafbestimmung geschaffen.

§ 201a dStGB stellt die „Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen" unter Strafe und ist seit 6.8.2004 in Kraft.[24)] Die Bestimmung bedroht schon die Herstellung unbefugter Personenaufnahmen in Wohnungen oder einem anderen „gegen Einblick besonders geschützten Raum" mit Geldstrafe oder Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr, auch im Versuchsfall.[25)] Ebenso soll nach **§ 201a Abs 2 dStGB** bestraft werden, wer eine durch eine solche Tat hergestellte Bildaufnahme gebraucht[26)] oder einem Dritten zugänglich macht. Nach § 201a Abs 3 dStGB soll auch bestraft werden, wer eine befugt hergestellte Bildaufnahme wissentlich unbefugt einem Dritten zugänglich macht und dadurch den höchstpersönlichen Lebensbereich verletzt. Im letzten Absatz der Strafbestimmung findet sich schließlich eine Regelung über die erweiterte Einziehung. In § 205 dStGB ist ein korresponierendes Strafantragserfordrnis statuiert.

Nach **§ 201a Abs 1 dStGB** macht sich strafbar, wer

- unbefugt Bildaufnahmen von einer Person,
- die sich in einer Wohnung oder einem gegen Einblick besonders geschützten Raum befindet, herstellt oder überträgt *und*
- dadurch deren höchstpersönlicher Lebensbereich verletzt wird.

Eine unbefugte Bildaufnahme liegt vor, wenn sie ohne Einverständnis des Abgebildeten erfolgt. Ein „Presseprivileg", wie in anderen strafrechtlichen Vorschriften, ist in § 201a dStGB allerdings nicht vorgesehen, d.h. heimliche Bildaufnahmen sind grundsätzlich selbst dann nicht gestattet, wenn sie der Aufdeckung erheblicher Missstände durch gründliche journalistische Recherche dienen.[27)]

Erfasst werden soll nur eine Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereiches.[28)] Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass heimliche Bildaufnahmen von Personen in Alltagssituationen[29)] von § 201a Abs 1 dStGB nicht erfasst werden, wie beispielsweise beim heimlichen Fotografieren von Lehrkräften im Klassenzimmer durch ihre Schüler. Es reicht nach dem Wortlaut nicht, dass „nur" die Privatsphäre verletzt wird. Warum der deutsche Gesetzgeber zumindest für die „eigenen vier Wände" keinen umfassenden Schutz der Privatsphäre vorgesehen hat, ist aber aus „Opferschutzgesichtspunkten" nicht verständlich und wird vermutlich zu sehr schwierigen Abgrenzungsfragen führen.

Wird z.B. eine Person bei der Benutzung des Internets in der Wohnung fotografiert, ist fraglich, ob dies durchgängig dem höchstpersönlichen Lebensbereich zuzurechnen ist oder ob hier zum Beispiel danach differenziert werden muss, ob gerade private Kommunikation (E-Mail, Chat und so weiter) oder nur allgemeines Surfen im Internet stattfindet. Möglicherweise muss sogar noch weiter danach differenziert werden, ob der Abgebildete auf „unproblematischen, harmlosen" Sites oder z.B. auf Seiten mit sexuellen oder rechtsradikalen Inhalten surft. Es bleibt derzeit nur abzuwarten, ob sich die zukünftige deutsche Rsp über den Willen des Gesetzgebers gegebenenfalls hinwegsetzt und das Tatbestandsmerkmal des „höchstpersönlichen Lebensbereiches" – rechtsstaatlich bedenklich – weit auslegt.

3.3 Ziviler Rechtsschutz in Österreich

In Österreich ist – soweit überblickbar – die Frage nach der Zulässigkeit bzw. Unzulässigkeit der bloßen Bildaufnahme bisher nicht aktuell gewesen. In der Literatur finden sich kaum Hinweise, in der Rechtsprechung gar keine. Im Vordergrund der folgenden Erörterungen steht vor allem der zivile Rechtsschutz auf Unterlassung, Beseitigung und Schadenersatz.

3.3.1 Bildnisschutz (§ 78 UrhG)

§ 78 UrhG und sein immaterialgüterrechtliches Rechtsinstrumentarium schützen zwar gegen die Persönlichkeitsinteressen verletzende Veröffentlichung von Bildnissen, aber nach hM[30)] nicht gegen die unbefugte Bildaufnahme an sich. Elegant erscheint die Möglichkeit, eine auf § 78 UrhG gestützte vorbeugende Unterlassungsklage zu gewähren, wenn aufgrund einer heimlichen Bildaufnahme begründete Besorgnis eines Eingriffes besteht.[31)]

Frick[32)] hält das hier erörterte Problem zumindest für „überlegenswert" und führt folgendes „Schulbeispiel"[33)] an:

X versucht eine junge Dame D, die in der Kleinstadt, in der sie lebt, recht bekannt ist, zur Freundin zu gewinnen; sie weist ihn ab. X fotografiert D, vergrößert das Bild und stellt es in seinem Zimmer auf den Schreibtisch. Wenn ihn Besucher fragen, wieso er zu dem Bild komme und welche Beziehung er zu D habe, lächelt X viel sagend.

Nach § 78 UrhG steht D kein Unterlassungsanspruch zu, weil X das Bild weder veröffentlicht noch verbreitet hat. Trotzdem ist D in ihrem Persönlichkeitsrecht verletzt, ihr werden persönliche Beziehungen zu X unterstellt, die nicht bestehen.[34)]

Rehm[35)] vertritt die Rechtsauffassung, dass nach geltendem Urheberrechtsgesetz kein Schutz gegen unerwünschte Bildaufnahmen besteht. Er fordert allerdings ein Verbot des „Bildraubes", d.h. der heimlichen oder gegen den Willen des Betroffenen erfolgten Bildnahme.[36)]

3.3.2 Allgemeiner Persönlichkeitsschutz (§ 16 ABGB)

Koziol[37] verneint zwar ebenfalls den Schutz nach § 78 UrhG, betont aber, dass in gewissem Umfang das Recht an der Geheimsphäre Ersatz biete. Das Recht der Geheimsphäre leitet er aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des § 16 ABGB ab. Die rechtswidrige Aufnahme eines Bildes kann für ihn uU auch als Ehrverletzung aufgegriffen werden.[38]

Frick[39] schließt sich diesem Vorschlag an, da das Recht an der Geheimsphäre grundsätzlich vom OGH[40] als allgemeines Persönlichkeitsrecht im Sinne des § 16 ABGB anerkannt ist.[41] *Berka*[42] hält die Entscheidungen zum Schutz vor Videoüberwachung[43] für einen „Ansatzpunkt für einen Schutz vor 'Paparazzi' [...], d.h. für ein Persönlichkeitsrecht, das auch vor Bildaufnahmen und nicht nur wie § 78 UrhG vor Bildveröffentlichungen schützt".[44]

Daraus auch einen Schutz gegen heimliche Bildaufnahmen im Privatbereich abzuleiten, hält *Frick*[45] allerdings für „unnötig kompliziert". Sie hält es für „einfacher", sich insoweit direkt auf § 16 ABGB zu stützen. Sie plädiert im Übrigen dafür – ähnlich der deutschen Lösung –, die Bestimmung des § 78 UrhG über § 16 ABGB soweit auszuweiten, dass sowohl die Bildveröffentlichung als auch die Bildaufnahme nur dann gestattet sind, wenn dadurch keine berechtigten Interessen des Abgebildeten verletzt werden. Die Bild*aufnahme* wird gewissermaßen in den Tatbestand des „*Verbreitens* des Bildnisses" mit aufgenommen. Dadurch würde die **grundsätzliche Abbildungsfreiheit** nicht übermäßig eingeschränkt.

Zu Unterlassungsansprüchen des Einzelnen soll es nach der hL[46] dann kommen, wenn ein dazu nicht Befugter widerrechtlich in die Privatsphäre des Einzelnen **eingreift**. Beispiele dafür liefern die von der Rsp[47] auf der Grundlage des § 16 ABGB bereits entschiedenen Fälle, wie z.B. eine geheime Bild- oder Videoaufnahme im Privatbereich[48] oder die fortwährende Belästigung der privaten Sphäre durch unerwünschte Telefonanrufe[49] bzw. Nachstellen nach dem Auseinanderbrechen einer Beziehung.[50]

Auch wenn ein Verhalten nicht durch eine gesetzliche (oder vertragliche) Regelung ausdrücklich verboten ist, kann sich die

21) Vgl. auch OGH 6.4.1949, 3 Ob 102/49 – *Syphilis*, JBl 1949, 398 = SZ 22/47 zu § 78 UrhG und einer ansteckenden Krankheit.
22) Urteil vom 19.12.1995, VI ZR 15/95 – *Caroline von Monaco*, BGHZ 131, 332-346 = NJW 1996, 1128, 1130.
23) Vgl. BGH 10.5.1957, I ZR 234/55 – *Spätheimkehrer*, BGHZ 24, 200 = NJW 1957, 1315; OLG München, 30.10.1991, 21 U 4699/91 – *Anwaltsbüro*, AfP 1992, 78, 79.
24) Art 1 Nr 2 des 36. Strafrechtsänderungsgesetzes, dBGBl I, S 2012.
25) Eingehend dazu bereits *Rahmlow*, Einzelne Probleme des Straftatbestands der „Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen" (§ 201a StGB), HRRS 2005, 84; *Eisele*, Strafrechtlicher Schutz vor unbefugten Bildaufnahmen, JR 2005, 6; *Lackner/Kühl*, Strafgesetzbuch, Kommentar 25. Auflage München (2004), § 201a Rz 1 ff; *Schertz*, Der Schutz der Persönlichkeit vor heimlichen Bild- und Tonaufnahmen, AfP 2005, 421 ff.
26) Ein „Gebrauchen" liegt nach der Gesetzesbegründung (EB BT Drucksache 15/1891, 7 rSp) dann vor, wenn eine Bildaufnahme z.B. archiviert, kopiert oder für eine Fotomontage genutzt wird. Der Wortlaut würde sogar die bloße Ansicht, d.h. das Betrachten, erfassen.
27) Ob die zukünftige dt Rsp der Pressefreiheit gleichwohl in bestimmten Fällen den Vorrang gewähren wird, bleibt abzuwarten.
28) Vgl. *Eisele*, JR 2005, 8 f mwN.
29) Die EB, BT Drucksache 15/1891, 7, sprechen von *„neutralem Verhalten"*.
30) *Rehm*, Das Recht am eigenen Bild, JBl 1962, 2, 77; *Korn/Neumayr*, Persönlichkeitsschutz im Zivil- und Wettbewerbsrecht (1991), 95 f mit der zutreffenden Begründung eines lex specialis Arguments und der Grenze des Wortlauts von § 78 UrhG.
31) So *Korn/Neumayr*, Persönlichkeitsschutz, 96.
32) Persönlichkeitsrechte – Rechtsvergleichende Studie über den Stand des Persönlichkeitsschutzes in Österreich, Deutschland, der Schweiz und Lichtenstein (1991), 107.
33) Zitiert nach *Westermann*, Schwerpunkte BGB AT § 4 I, II.
34) Vgl. auch die Ausgangssituation des Films „One Hour Photo", in dem der Hauptdarsteller in der Fotoabteilung eines amerikanischen Supermarktes arbeitet. Selbst einsam nimmt er durch die Herstellung eines zusätzlichen Abzuges bei Entwicklung der Fotos am Leben seiner Kunden teil.
35) JBl 1962, 2, 77.
36) Vgl. auch *Frick*, Persönlichkeitsrechte, 106.
37) Österreichisches Haftpflichtrecht II (1984), 12.
38) *Koziol/Warzilek*, Der Schutz der Persönlichkeitsrechte gegenüber Massenmedien in Österreich in *Koziol/Warzilek* (Hrsg), Persönlichkeitsschutz gegenüber Massenmedien (2005), 19 Rz 51.
39) Persönlichkeitsrechte, 108.
40) OGH 24.10.1978, 4 Ob 91/78 – *Gebietskrankenkasse*, SZ 51/146; 23.5.1984, 1 Ob 550/84 – *Einsicht in Krankengeschichte*, EvBl 1985/32 = JBl 1985, 159 = SZ 57/98.
41) Vgl. auch *Berka*, Medienfreiheit und Persönlichkeitsschutz (1982), 340 f mwN.
42) In *Berka/Höhne/Noll/Polley*, Mediengesetz Praxiskommentar (2002), Vor §§ 6-8a Rz 19.
43) OGH 14.5.1997, 7 Ob 89/97g – *Nachbarliche Überwachungskamera*, EWr III/16 A/1 ff = immolex 1997/174 = JBl 1997, 641 = MietSlg 49.003; 30.1.1997, 6 Ob 2401/96y – *Videoüberwachung im Mietshaus*, immolex 1997/71 = ImmZ 1997, 214 = MietSlg 49.002 = MR 1997, 150 = NZ 1998, 173 = SZ 70/18.
44) Wiederholend *Berka* in *Berka/Höhne/Noll/Polley*, Mediengesetz Praxiskommentar[2] (2006), Vor §§ 6-8a Rz 19.
45) Persönlichkeitsrechte, 107.
46) Vgl. *Aicher* in Rummel, ABGB I[3] Rz 24 zu § 16 ABGB.
47) OGH 20.6.2000, 3 Ob 131/00m – *Vernichtung einer Tonbandaufzeichnung*, EFSlg 91.774; EGMR 25.9.2001, 44.787/98 – *P.G. und J.H. ./. Großbritannien*, ECHR 2001-IX = ÖJZ 2002, 911 zur Aufzeichnung von Stimmen anlässlich der Verantwortung vor der Polizei und in den Zellen während der Anhaltung.
48) OGH 30.1.1997, 6 Ob 2401/96y – *Videoüberwachung*, ecolex 1997, 505 (*Zehetner*) = immolex 1997/71 = ImmZ 1997, 214 = MietSlg 49.002 = MR 1997, 150 = NZ 1998, 173 = SZ 70/18; 14.5.1997, 7 Ob 89/97g – *Überwachungskamera am Nachbargrund*, JBl 1997, 641 = immolex 1997/174 = MietSlg 49.003.
49) OGH 24.11.1992, 4 Ob 98/92 – *Casanova*, ecolex 1993, 159; 18.10.1994, 4 Ob 99/94 – *Telefonterror*, EFSlg 73.779 = JBl 1995, 166 = JUS Z/1726 = MR 1995, 15 = ÖBl 1995, 180 = RdW 1995, 61 = SZ 67/173 (*Pfersmann*, ÖJZ 1997, 364); ebenso OLG Wien 27.3.1995, 12 R 243/94 – *Anonyme Telefonanrufe*, EFSlg 76.662.
50) Zu diesem als „Stalking" bezeichneten Verhalten vgl. nunmehr § 107a StGB („Beharrliche Verfolgung"), eingefügt durch das StRÄG 2006, BGBl I 56/2006, mit zivilrechtlichen Begleitmaßnahmen (vgl. § 382g EO), in Kraft seit 1.7.2006; vgl. dazu *Wolfrum/Dimmel*, Das „Anti-Stalking-Gesetz" Neuerungen im Straf- und Zivilrecht zum Schutz vor „Stalking", ÖJZ 2006, 475.

Rechtswidrigkeit eines Eingriffs in die Privatsphäre des Einzelnen doch aus einer **umfassenden Interessenabwägung** ergeben. Dabei ist das Interesse des Einzelnen auf Wahrung seiner Geheim-, Privat- und Intimsphäre den Interessen anderer Personen oder der Allgemeinheit gegenüber zu stellen. Eingriffe in die Privatsphäre, die zur Durchsetzung hoch- oder höherwertiger Interessen vorgenommen werden, können keinen Unterlassungsanspruch des Einzelnen nach sich ziehen.

Je weitergehend und tiefer aber in seine privaten Lebensumstände eingegriffen wird, desto strengere Anforderungen werden an die Begründung dieses Eingriffs anzulegen sein. Es gelten also das seit jeher anerkannte Mindesteingriffsprinzip und das Übermaßverbot.[51] Wenn z.B. eine am Eingang eines Miethauses angebrachte Überwachungskamera dem Schutz des Hauseigentümers und seiner Mieter vor unbefugten Eindringlingen und vor Sachbeschädigungen dient, wird die damit verbundene Beeinträchtigung der Privatsphäre des einzelnen Mieters nicht rechtswidrig sein.[52] In ähnlicher Weise wird auf Grund der Interessen der Allgemeinheit die Überwachung bestimmter öffentlicher Stellen und Plätze (etwa in Bahnhöfen oder U-Bahn-Stationen) durch Video-Systeme zulässig sein, soweit diese Maßnahmen der öffentlichen Sicherheit und (um im Beispiel zu bleiben) dem Schutz der Fahrgäste dienen.[53] Wenn dagegen die Wohnungseingangstüre eines Mieters laufend überwacht wird, werden dessen Interessen überwiegen, sodass der Eingriff in die Privatsphäre deshalb rechtswidrig ist.[54] Ähnlich wird es sich in dem Fall verhalten, in dem ein Gastwirt meint, dass er seine Toilettenanlagen zum Schutz vor Vandalen durch Videokameras überwachen muss, sofern er darauf nicht jeweils deutlich hinweist.

Bei der verdeckten Videoüberwachung in geschlossenen Räumen nach § 149d Abs 2 Z 2 StPO, die sicherheitsbehördlich durchgeführt wird, gelten im Übrigen – mit Ausnahme der Offenlegung – die gleichen Prinzipien der Verhältnismäßigkeit. So bewilligte beispielsweise das Gericht[55] Aufnahmen in der Garderobe eines Linzer Schwimmbades, um eine Einbruchsserie zu stoppen, allerdings nicht, wie beantragt, einen Monat lang und rund um die Uhr, sondern lediglich nur für ca. drei Wochen, und dies nur jeweils in den Nachmittagsstunden, in denen die meisten Einbrüche geschehen waren. Dazu kam, dass man mit anderen Mitteln dem oder den Tätern nicht auf die Schliche kommen konnte: Die Überwachung der Schwimmhalle führte nicht zum Erfolg, eine persönliche Observation der Garderoben schien angesichts der örtlichen Gegebenheiten und nackten Menschen nicht möglich. Angesichts der Schwere der zahlreichen Angriffe gegen fremdes Vermögen, deren Häufung und permanenter Begehung, dem bereits eingetretenen beträchtlichen Schaden und dem damit verbundenen erheblichen Störwert sowie dem Umstand, dass auch die überwachten Personen zum potentiellen Opferkreis gehören, steht der Einsatz der Videofalle in einem vertretbaren Verhältnis zu den damit verbundenen Eingriffen in die Rechte unbeteiligter Dritter.[56]

3.3.3 Recht auf Wahrung der Privatsphäre (§ 1328a ABGB)

Wer rechtswidrig und schuldhaft in die Privatsphäre eines Menschen eingreift oder Umstände aus der Privatsphäre eines Menschen offenbart oder verwertet, hat ihm den dadurch entstandenen Schaden zu ersetzen. Die EB[57] nennen als Beispiel für einen widerrechtlichen Eingriff in die Privatsphäre eine geheime Bild- oder Videoaufnahme im Privatbereich. Damit ist z.B. das Herstellen eines Personenbildes mittels Fotohandy ohne Zustimmung des Abgebildeten von § 1328a Abs 1 Satz 1 ABGB erfasst. Die Rechtsfolge besteht allerdings (nur) im Ersatz des dadurch entstandenen Schadens. Eine Unterlassung oder eine Löschung sind damit nicht ohne weiteres verbunden. Ein Rückgriff auf § 16 ABGB ist denkbar.

Auch soll dem Betroffenen nach den EB[58] **nur bei erheblichen Verletzungen der Privatsphäre immaterieller Schadenersatz** zustehen. Als Beispiel für eine solche erhebliche Beeinträchtigung nennt § 1328a Abs 1 zweiter Satz ABGB die Verwertung von privaten Umständen in einer Weise, die geeignet ist, den Betroffenen in der Öffentlichkeit bloß zu stellen.[59] Die „Erheblichkeitsschwelle" ist eine allgemeine Schranke für Ansprüche auf Ersatz immaterieller Schäden bei Eingriffen in die Persönlichkeitsrechte.[60] Bei Beurteilung der Erheblichkeit eines Eingriffs wird es auf die Umstände des Einzelfalls ankommen: Je „privater" ein Umstand ist, in den eingegriffen oder der verwertet wird, je schwerwiegender das Verschulden des Störers ist und je gravierender die Folgen für den betroffenen Menschen sind, desto eher ist an immaterielle Schadenersatzansprüche zu denken.

3.4 Strafrechtlicher Schutz in Österreich

3.4.1 Bildnisschutz (§ 91 UrhG)?

Ein Urheberstrafschutz scheidet selbst bei Einbeziehung der unbefugten Bildaufnahme in den Tatbestand des § 78 UrhG jedenfalls aus, da diese Bestimmung nicht strafrechtlich bewehrt ist. Strafrechtlicher Schutz besteht weder bei der Verletzung der Geheimsphäre[61] noch bei einem Verstoß gegen § 78 UrhG.[62]

3.4.2 Verletzungen der Privatsphäre (§§ 118 ff StGB)?

Im (gerichtlichen) Strafrecht wird die Privatsphäre durch unterschiedliche Bestimmungen geschützt, sei es, dass sie auf das Privatleben unmittelbar Bezug nehmen, sei es, dass sie auch Auswirkungen auf den persönlichen Lebensbereich des einzelnen haben. Einen besonderen Stellenwert haben die im Fünften Abschnitt des Strafgesetzbuchs geregelten Bestimmungen über – so der Titel dieses Abschnitts – *„Verletzungen der Privatsphäre und bestimmter Berufsgeheimnisse"*. Darin offenbart sich besonders deutlich die dem Strafrecht innewohnende Funktion als Mittel zum Schutz von Rechtsgütern.

Ergänzt werden die Bestimmungen der §§ 119, 119a StGB durch die spezifisch auf den Telekommunikationsverkehr abstellenden Delikte der §§ 102 und 103 TKG 2003 (Geheimnismissbrauch und Verletzung von Rechten der Benützer). Ferner sind hier auch die Delikte des Missbrauchs der Amtsgewalt (§ 302 StGB) und der Verletzung des Amtsgeheimnisses (§ 310 StGB) bedeutsam, sofern es dabei um die Offenbarung und Verwertung von die Privatsphäre betreffenden Umständen geht. Den strafrechtlichen Regelungen ist ebenfalls vielfach eine Interessenabwägung eigen: Der Täter ist in diesem Sinn nur strafbar, wenn er ein *„berechtigtes Interesse"* des Einzelnen verletzt;[63] ihm kann aber auch der Rechtfertigungsgrund eines besonderen öffentlichen oder privaten Interesses zugute kommen.[64]

Als **gesetzliche Verpflichtungen zum Schutz der Privatsphäre** des Einzelnen können auch **berufsrechtliche** oder **amtliche Verschwiegenheitspflichten** in Betracht kommen. Als Beispiel seien die gesetzlichen Verschwiegenheitspflichten für Ärzte, Rechtsanwälte oder Notare sowie die Verschwiegenheitspflichten für Beamte und für Richter genannt.[65)]

Strafrechtlich sanktioniert werden kann die bloße, unbefugte Herstellung der Bildaufnahme allerdings mE nach den §§ 118 ff StGB nicht. Diese Lücke wird vom Strafgesetzbuch nicht geschlossen. Nur insoweit der Täter zur Anfertigung von Aufnahmen z.B. Hausfriedensbruch begeht, könnte die Vorschrift des § 109 StGB eingreifen. Gleichfalls bietet der Straftatbestand der Beleidigung keinen hinreichenden Schutz. Die §§ 111 ff StGB haben gerade keine lückenfüllende Aufgabe. Der Tatbestand der Beleidigung setzt voraus, dass über den Angriff auf die Personenwürde hinaus die Herabsetzung der Ehre treten muss. Dies ist jedenfalls regelmäßig in Fällen zu verneinen, in denen das Opfer lediglich fotografiert wird, ohne dass das Bild Dritten zugänglich gemacht wird.

Freilich ist damit noch nicht die Frage beantwortet, ob ein solcher Schutz auch mit den Mitteln des Strafrechts geboten ist. Hier ist also die „ultima ratio-Funktion" des Strafrechts[66)] zu beachten. Das Zivilrecht hält demgegenüber ein umfangreiches Instrumentarium – wie z.B. Unterlassungs- und Beseitigungsansprüche, delikts- oder bereicherungsrechtliche Ansprüche – bereit. Unabhängig von etwaigen Vorteilen für das Opfer aufgrund der Offizialmaxime im Strafverfahren und Kostenvorteilen ist jedoch nicht zu verkennen, dass es sich bei der unbefugten Bildaufnahme im Einzelfall um strafwürdiges Unrecht handeln kann. Die Aufnahme etwa von Bildern einer Mieterin durch eine Minikamera, die der Vermieter in der Dusche installiert hat, wiegt in ihrem Unrechtsgehalt mindestens ebenso schwer wie die heimliche Aufnahme des nicht öffentlich gesprochenen Wortes iSd § 120 StGB, das unbefugte Lesen eines Briefes nach § 118 StGB oder das missbräuchliche Abfangen von Daten nach § 119a StGB. Damit besteht grundsätzlich eine Strafbarkeitslücke, deren Auffüllung durch einen Tatbestand mE durchaus sinnvoll erscheint.

Allerdings gilt es bei der Formulierung eines solchen Straftatbestandes zu bedenken, dass neben den bislang geschilderten Sachverhalten zahlreiche unbefugte Bildaufnahmen – wie z.B. auf einer Geburtstagsfeier – dem Bereich des sozialüblichen Handelns zuzuordnen sein können. Bei der Ausgestaltung einer solchen Strafvorschrift bedürfte es daher einer sachgerechten Formulierung, die die Abgrenzung von strafwürdigem und nicht strafwürdigem Verhalten ermöglicht.[67)] Darüber hinaus ist mE zu bedenken, dass Strafvorschriften stets sehr streng am verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot sowie der Presse- und Rundfunkfreiheit zu messen sind, die Persönlichkeitsrechtsverletzungen aber schon wesensmäßig schwer in strafrechtliche Tatbestände zu kleiden erscheinen.

Der folgende Abschnitt erörtert daher, ob sich nicht bereits aus den vorhandenen Normen – also de lege lata – ein angemessener zivil- und strafrechtlicher Schutz begründen lässt.

4. Eigene Stellungnahme

Der Tradition von Privatheit (*Privacy*) als Rechtsbegriff in den USA folgend, wäre darunter ein *„right to privacy"* zu verstehen, wonach jedes Individuum ein Recht darauf habe zu entscheiden, *„to what extent his thoughts, sentiments and emotions shall be communicated to others"*.[68)] Diese Autoren erkannten den für die damalige Zeit universalen Befund, dass es bislang nur die Möglichkeit gab, gegen Veröffentlichungen rechtlich vorzugehen, wenn es sich um Verleumdung oder üble Nachrede handelte, nicht aber gegen die Tatsache der Veröffentlichung als solche. Ihnen aber ging es nicht um den Wahrheitsgehalt, sondern um das Recht auf Privatheit, das sie als *„right to be let alone"* definierten. Besonders hervorzuheben ist hier, dass *Warren/Brandeis* ihren Ausgangspunkt[69)] und ihre Argumentation aus der Entwicklung neuer – die Privatheit gefährdender – Techniken

51) Näher *Aicher* in *Rummel*, ABGB I³ § 16 Rz 32.

52) Vgl. jüngst OGH 19.12.2005, 8 Ob 108/05y – *Videoüberwachung durch Privatpersonen*, EvBl 2006/67 (*Noll*) = MR 2006, 132 = ZAK 2006/125, 74; 30.1.1997, 6 Ob 2401/96y – *Videoüberwachung I*, ecolex 1997, 505 (*Zehetner*) = immolex 1997/71 = ImmZ 1997, 214 = MietSlg 49.002 = MR 1997, 150 = NZ 1998, 173 = SZ 70/18; zu letzterer *Prader/Kuprian*, Videoüberwachung im wohnrechtlichen Bereich (WEG, MRG, WGG), immolex 2005, 230.

53) Vgl. auch *Helle*, Die heimliche Videoüberwachung – zivilrechtlich betrachtet, JZ 2004, 340; eine Auflistung einschlägiger Judikaturfälle aus Deutschland bietet der Überblick unter *http://de.wikipedia.org/wiki/Liste_der_deutschen_Urteile_zu_Video%C3%Bcberwachungen* (besucht am 9.10.2006).

54) Vgl. LGZ Wien 24.11.1995, 39 R 80/95 – *Videoüberwachung II*, MietSlg 47.002; mangels zweckentsprechender Rechtsverfolgung steht auch kein Kostenersatz für die Installation der Videokamera zu (OLG Wien 12.11.2002, 41 R 225/02w, MietSlg 54.601).

55) OLG Linz, 10.3.2006, 9 Bs 60/06x – *Videofalle in Schwimmbadumkleide*, nv.

56) OLG Linz, 10.3.2006, 9 Bs 60/06x – *Videofalle in Schwimmbadumkleide*, nv.

57) GP XXII RV 173 AB 212 S. 32; BR AB 6865 S. 701.

58) GP XXII RV 173 AB 212 S. 32; BR AB 6865 S. 701.

59) Vgl. § 7 Abs 1 MedienG, § 33 Abs 2 DSG 2000.

60) Vgl. *Karner/Koziol*, Der Ersatz ideellen Schadens im österreichischen Recht und seine Reform, GA für den 15. ÖJT Bd. II/1, 36 ff.

61) *Schönherr*, Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (1982) Rz 574.

62) OGH 18.9.1975, 13 Os 84/75 – *Adelheid A.*, ÖBl 1976, 86.

63) Vgl. z.B. § 121 Abs 1 und 3 StGB sowie § 310 Abs 1 StGB.

64) Siehe § 121 Abs 5 StGB; vgl. auch *Fabrizy*, StGB⁹ zu § 120 StGB.

65) Vgl. *Lewisch* in WK-StGB² § 121 Rz 1, 34.

66) D.h. das Gebot, dass auf die leidenzufügende Strafe verzichtet werden muss, wenn die Strafzwecke (insbesondere die Bedürfnisse der General- und Spezialprävention) auch durch gelindere Mittel erreicht werden können; vgl. *Triffterer*, Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil (1985), 10 ff.

67) Zu den generellen Schwierigkeiten der Abgrenzung vgl. *Geiger*, Zur strafrechtlichen Relevanz der Überwachung privater Kommunikation mittels „Internet Monitoring Software", Master Thesis (2003) am Info-Lehrgang der Uni Wien, abrufbar unter *http://www.rechtsprobleme.at/doks/indiskretionsdelikte_und_neue_medien-geiger.pdf* (besucht am 9.10.2006).

68) *Warren/Brandeis*, The Right to Privacy, 1890 Harv.L.Rev. IV, 193, 195.

69) Mit ihrer rechtlichen Abhandlung reagierten sie auf die unautorisierte Veröffentlichung eines Fotos und kritisierten sehr stark die zunehmende Veröffentlichung von Klatsch und privaten Details in der Bostoner Presse.

ableiteten: *„Recent inventions and business methods call attention to the next step which must be taken for the protection of the person, and for securing to the individual what Judge Cooley calls the right 'to be let alone'. Instantaneous photographs and newspaper enterprise have invaded the sacred precincts of private and domestic life; and numerous mechanical devices threaten to make good the prediction that 'what is whispered in the closet shall be proclaimed from the housetops'."*[70] Modell war also – damals wie heute – der Schutz des Privatbereichs vor Paparazzi, die mit Teleobjektiven über den Gartenzaun fotografieren. Ein effektiver Bildnisschutz ist mE erst dann gegeben, wenn der Schutz bereits bei der Aufnahme einsetzt. Insoweit ergänzen das allgemeine Persönlichkeitsrecht und vor allem der Datenschutz die Bestimmungen der § 78 UrhG und §§ 118 ff StGB.

4.1 Schutz der Privatsphäre

Es geht beim Datenschutz und Schutz der Privatsphäre um die Abwägung zwischen den „Interessen der Privatpersonen, einen intimen Bereich in Anspruch nehmen zu können, in dem sie keine Eingriffe dulden", und den „Interessen der staatlichen und privaten Institutionen, zum Zwecke der Erfüllung ihrer Aufgaben Informationen zu sammeln und zu verarbeiten."[71]

Die Verpflichtung zur **Abwägung und Gewichtung unterschiedlicher Interessen** findet sich in zahlreichen Bestimmungen, die dem Schutz der Privatsphäre dienen, insbesondere in § 1 DSG 2000.[72] Auch wird die Rechtswidrigkeit eines Eingriffs in die Privatsphäre des Einzelnen von der Judikatur schon nach geltendem Recht auf solche Art und Weise bestimmt.[73] In Fällen, in denen schon nach geltendem Recht kein rechtswidriger Eingriff in das Privatleben vorliegt, wird dem Betroffenen auch nach § 1328a ABGB kein Schadenersatzanspruch zustehen:[74]

„Im Allgemeinen wird etwa noch kein rechtswidriger Eingriff in die rechtlich geschützte Privatsphäre gegeben sein, wenn Mitbewohner eines Hauses, Berufskollegen oder andere Bekannte über bestimmte Details aus dem Privatleben einer Person tratschen. Anders wird die Sachlage aber zu beurteilen sein, wenn ein Gesprächsteilnehmer Informationen aus dem Privatleben des Betroffenen preisgibt, die ihm unter einer Verschwiegenheitsverpflichtung bekannt geworden sind. Auch wird – um ein weiteres Beispiel zu nennen – die Veröffentlichung und Bekanntgabe der Geburtsdaten einer Person in der Regel nicht rechtswidrig sein; die Beurteilung mag wiederum anders ausfallen, wenn es um das Geburtsdatum einer Person geht, die auf die Geheimhaltung ihres Alters aus legitimen Gründen größten Wert legt."

Diese Überlegungen greifen mE zu kurz, da die Weitergabe eines Geburtsdatums schon dann einen Verstoß gegen § 1 DSG 2000 bedeutet, wenn die anerkannten Interessen des Verbreiters das Geheimhaltungsinteresse des Betroffenen nicht überwiegen.[75]

Von einer rechtswidrigen und damit zivilrechtlich relevanten Verletzung der Privatsphäre soll nach den EB[76] nicht gesprochen werden, wenn der Störer in **Ausübung einer rechtlichen Befugnis** handelt. Ein Berufsdetektiv, der auftragsgemäß zur Beweissicherung oder zur Vorbereitung eines Scheidungsverfahrens dem Privatleben einer Person nachforscht, soll beispielsweise auf Grund seiner gewerberechtlichen Befugnisse für diese Tätigkeit nicht zur Verantwortung gezogen werden können. Dem ist entgegen zuhalten, dass dem Berufsdetektiv bei der Beweismittelbeschaffung jedenfalls keine weitergehenden Eingriffe in die Privatsphäre des Observierten zustehen als seinem Auftraggeber. Vielmehr kann das auftragsgemäße Verhalten eines Detektivs nur dadurch gerechtfertigt sein, dass die Interessen seines Auftraggebers die Art der Beweismittelbeschaffung rechtfertigen und die Maßnahme das schonendste Mittel darstellt.[77]

In ähnlicher Weise möge ein Adressenvermittler, der persönliche Daten unter Einhaltung der gewerberechtlichen Anforderungen weitergibt, nicht rechtswidrig handeln. Auch kann ein Eingriff in die Privatsphäre aus anderen Gründen nicht als Verletzung der Persönlichkeitsrechte des Betroffenen gewertet werden. Wenn etwa ein Arzt, der sein Honorar einklagt, zur Begründung seiner Forderung Details (Fotos) aus der Krankengeschichte bekannt geben muss, handelt er nicht rechtswidrig. In einem solchen Fall wird es nicht nur an der Strafbarkeit des Verhaltens fehlen,[78] sondern auch kein rechtswidriger Eingriff in die durch §§ 16, 1328a ABGB geschützten Persönlichkeitsrechte vorliegen.[79]

4.2 Begriff der Privatsphäre

Ein eigener „Paparazzi-Paragraf" müsste das geschützte Rechtsgut „Privatsphäre" zumindest soweit festlegen, dass dem Grundsatz nulla poena sine lege entsprochen würde. Damit ist ein grundsätzliches Problem der strafrechtlichen Inkriminierung von Persönlichkeitsrechtsverletzungen lokalisiert.[80]

Der **Begriff der Privatsphäre** wäre näher zu umschreiben, wobei eine gesetzliche Definition für einen neu zu schaffenden Straftatbestand von vornherein Gefahr laufen würde, wichtige Umstände zu übersehen oder auszuschließen.

Einen ersten Anhaltspunkt für die Auslegung kann die Auslegung des verwandten Begriffs des „Privatlebens" in **Art 8 Abs 1 MRK** liefern. Zur Privatsphäre werden jedenfalls[81] die **intime Sphäre** eines Menschen zu zählen sein, seine spezifischen Interessen, Neigungen und Gewohnheiten, die Ausdruck seiner Persönlichkeit sind. Kennzeichnend für das Privatleben ist die „Nichtöffentlichkeit", also der Umstand, dass die fraglichen Umstände nicht für die Öffentlichkeit bestimmt sind. Es kann dabei um Bereiche gehen, die geheim sind und zur so genannten „**Geheimsphäre**" zählen, etwa das Intimleben oder die geschlechtliche Orientierung. Es kann sich aber auch um private Lebensumstände handeln, die nur einem eingeschränkten Kreis von Personen bekannt sind und nicht für eine weitere Öffentlichkeit bestimmt sind. Das wird vor allem bei Umständen, die das **Familienleben** betreffen, der Fall sein. Hat der Betroffene aber seine privaten Lebensumstände „öffentlich gemacht", z.B. indem er ein Interview gibt, in dem auch private Fotos gezeigt werden oder in dem er sich „outet", so kann er sich idR nicht auf eine Verletzung der Privatsphäre berufen, wenn diese Umstände in der Öffentlichkeit weiter erörtert werden.[82]

Einen **Kernbereich der Privatsphäre** bilden die **Wohnung**, das **eigene Haus** und andere Räumlichkeiten, in denen sich eine Person – allenfalls auch nur vorübergehend – aufhält, wie beispielsweise ein Hotelzimmer. Es wäre freilich verfehlt, den Begriff der Privatsphäre nur mit dem Privatleben in den eigenen vier Wänden gleichzusetzen. Auch außerhalb der eigenen Wohnung oder des eigenen Hauses hat der Einzelne Anspruch auf Respektierung seines privaten Lebens, seiner privaten Interessen und Neigungen

und seiner privaten Aktivitäten. Das anerkannte auch der deutsche Strafgesetzgeber des § 201a Abs 3 dStGB.[83] In diesem Sinn gehören zur Privatsphäre auch Umstände, die den **Werdegang oder die Entwicklung der Person** ebenso wie **bestimmte Ereignisse** in ihrem Leben betreffen. Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob diese Umstände nur einem bestimmten Personenkreis oder auch der öffentlichen Hand bekannt sind. Zur Privatsphäre können daher auch Informationen zählen, die über den Einzelnen automationsunterstützt oder manuell gespeichert werden, von den Schulzeugnissen angefangen über Eintragungen im Strafregister und nicht-öffentlich zugänglichen Fahndungshilfen bis hin zu Gesundheitsdaten, die in der Krankengeschichte eines Arztes oder einer Krankenanstalt dokumentiert werden, sofern sie nicht für die Öffentlichkeit oder die Weitergabe an dritte Personen bestimmt sind.[84]

Eine weitere Hilfe für die Auslegung des Begriffs der Privatsphäre bieten die **strafrechtlichen Bestimmungen** zum Schutz derselben und insbesondere die in den §§ 118 ff StGB aufgezählten Rechtsgüter des „Brief- und Telekommunikationsgeheimnisses", das in § 120 StGB geschützte „Recht auf eigene Äußerungen"; aber auch die Verpflichtung zur Geheimhaltung von Umständen, die den Gesundheitszustand einer Person betreffen gemäß § 121 Abs 1 StGB, schützt die Privatsphäre im eigentlichen Sinn. Daraus, dass ein bestimmtes Verhalten strafrechtlich nicht geahndet werden kann, darf aber nicht der Schluss gezogen werden, dass kein zivilrechtlich relevanter Eingriff in die Privatsphäre vorliegt. Das Ausforschen privater Lebensumstände, das Weitererzählen streng vertraulicher Dinge, das Belauschen eines Gesprächs, das Beobachten intimer Szenen, das Herumschnüffeln in fremden Tagebüchern oder die Störung der Beziehungen zwischen Eltern und Kindern[85] mögen zwar außerhalb der Verbote des Strafgesetzbuchs und des Nebenstrafrechts liegen. Solche und andere Verhaltensweisen können aber doch zivilrechtliche Folgen haben.[86]

4.3 Bestimmung der Privatsphäre für Zwecke der unbefugten Bildaufnahme

Besonderes Augenmerk verdient mE in diesem Zusammenhang die **jüngste Judikatur des EGMR zu Art 8 MRK** im Fall *„Caroline"*.[87] Das darin vom Gerichtshof aufgestellte Kriterium, ob zu einer Debatte von allgemeinem Interesse beigetragen wird, lässt einen ausreichenden einzelfallbezogenen Spielraum für Entscheidungen sowohl zu Gunsten der Medienfreiheit als auch zu Gunsten der Privatsphäre zu. Anders als der deutsche Strafgesetzgeber, der die Grenze der unzulässigen Bildaufnahme mehr oder weniger erst dort zieht, wo die örtliche Abgeschiedenheit beginnt,[88] unterscheidet der EGMR nicht primär anhand lokaler Kriterien. Für ihn ist in erster Linie der Inhalt der Bildaufnahme und der damit verbundenen Berichterstattung entscheidend. Er stellt darauf ab, ob die Veröffentlichung der Fotos Teil eines Diskurses ist, der in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein muss.

Zutreffend hält der Gerichtshof fest, dass die Neugier, Einzelheiten aus dem Privatleben Prominenter (und erst Recht von „no names") zu erfahren, ungeachtet des damit verbundenen wirtschaftlichen Interesses der Verlage, noch kein legitimes Interesse für einen Eingriff in deren Privatleben darstellt. Betrifft eine Abbildung ausschließlich den alltäglichen und damit trivialen Lebensbereich, ist der Abwehranspruch des Betroffenen mE als berechtigt anzusehen. Das vom deutschen Recht gewählte Kriterium der „besonders geschützten Räumlichkeiten" ist mE zu vage, um einen ausreichenden Schutz zu gewähren. Der Betroffene kann nämlich idR nicht erkennen,

70) *Warren/Brandeis*, The Right to Privacy, 1890 Harv.L.Rev. IV, 193.

71) *Fleissner/Choc* (Hrsg), Datensicherheit und Datenschutz – Technische und rechtliche Perspektiven[2] (1997), 47, 49.

72) Vgl. auch § 6 Abs 2 Z 2 lit b und § 7a Abs 1 Z 2 MedienG, § 121 Abs 5 StGB ua.

73) Vgl. st Rsp seit 24.10.1978, 4 Ob 91/78 – *Betriebsratsmitglied*, ArbSlg 9.742 = SZ 51/146 = ZAS 1979, 176 (*Marhold*); 18.10.1994, 4 Ob 99/94 – *Telefonterror*, JBl 1995, 166 = JUS Z/1726 = MR 1995, 15 = ÖBl 1995, 180 = RdW 1995, 61 = SZ 67/173; 30.1.1997, 6 Ob 2401/96y – *Videoüberwachung I*, ecolex 1997, 505 (*Zehetner*) = immolex 1997/71 = ImmZ 1997, 214 = MietSlg 49.002 = MR 1997, 150 = NZ 1998, 173 = SZ 70/18; 23.7.1997, 7 Ob 150/97b – *Liebeswahn*, ecolex 1998, 124 (*Rubin*) = EFSlg 83.028 = EFSlg 83.029 = JBl 1998, 541 (*Hirsch*); 18.1.2000, 4 Ob 295/99g – *Presserat*, MR 2000, 364 (*Swoboda*), ÖBl 2001, 117; 19.12.2005, 8 Ob 108/05y – *Videoüberwachung durch Privatpersonen*, EvBl 2006/67 (*Noll*) = MR 2006, 132 = ZAK 2006/125, 74.

74) EB zu § 1328a ABGB, GP XXII RV 173.

75) Ähnlich kritisch bereits *Lukas*, Schadenersatz bei Verletzung der Privatsphäre, RZ 2004, 33, 38.

76) RV 173 BlgNR 22. GP 18.

77) OGH 19.12.2005, 8 Ob 108/05y – *Videoüberwachung durch Privatpersonen*, EvBl 2006/67 (*Noll*) = MR 2006, 132 = ZAK 2006/125, 74; ebenso *Lukas*, RZ 2004, 33, 38.

78) Siehe dazu *Leukauf/Steininger*, StGB[3] Rz 32 zu § 121 StGB.

79) So die EB zu § 1328a ABGB, GP XXII RV 173.

80) Grundlegend dazu immer noch *Arzt*, Der strafrechtliche Schutz der Intimsphäre, Habilitation Tübingen (1970).

81) Vgl. *Berka*, Die Grundrechte, Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich (1999) Rz 454, 457 ff; *Grabenwarter*, Europäische Menschenrechtskonvention[2] (2005), § 22 Rz 5 ff.

82) Vgl. EB zu § 1328a ABGB, GP XXII RV 173.

83) S oben Pkt. 3.2.

84) EB zu § 1328a ABGB, GP XXII RV 173.

85) Vgl. die Beispiele bei *Kienapfel/Höpfel*, Grundriss des österreichischen Strafrechts Besonderer Teil I[4], 370; VfGH 14.3.1991, JBl 1991, 781.

86) Dazu gleich unten Pkt. 4.3.

87) EGMR 24.6.2004, *von Hannover/Deutschland*, MR 2004, 246 (*Ennöckl/Windhager*); vgl. dazu *Ennöckl*, Public figures im Rundfunkrecht in *Berka/Grabenwarter/Holoubek* (Hrsg), Medienfreiheit versus Inhaltsregulierung (2006), 95 ff; *Holoubek*, „Caroline" und die Rechtsprechung des EGMR zu Art 10 EMRK in Österreichische Juristenkommission (Hrsg), *Caroline* und die Folgen: Medienfreiheit am Wendepunkt? (2004), 9; *Ennöckl/Windager*, Entscheidungsanmerkung, MR 2004, 252; *Beuthien*, Das Recht auf nichtmediale Alltäglichkeit, K&R 2004, 457, 458; *Hernmann*, Anmerkung zum Urteil des EGMR vom 24.6.2004, ZUM 2004, 665; ablehnend *Grabenwarter*, Schutz der Privatsphäre versus Pressefreiheit: Europäische Korrektur eines deutschen Sonderweges? AfP 2004, 309; *Scheyli*, Konstitutioneller Anspruch des EGMR und Umgang mit nationalen Argumenten – Kommentar zum Urteil des EGMR vom 24. Juli 2004 im Fall Caroline von Hannover vs Deutschland, EuGRZ 2004, 628.

88) Vgl. § 201a Abs 1 dStGB: *„... in einer Wohnung oder einem gegen Einblick besonders geschützten Raum ..."*.

ob er sich gerade in einer solchen „Schutzzone" befindet oder nicht.[89]

Aus den obigen Ausführungen sowie ausgehend von der Konkretisierung der Privatsphäre lässt sich mE folgende Definition der Verletzung der vor unbefugter Bildaufnahme zu schützenden Privatsphäre ableiten, nämlich dass diese dann vorliegt, wenn auf dem Bildnis Geschehnisse erkennbar sind, über die im sozialen Miteinander nicht ohne Überwindung einer erheblichen Hemmschwelle gesprochen zu werden pflegt.

Nicht zur so verstandenen Privatsphäre gehören dagegen Umstände und Informationen, die einem **Geschäfts- oder Betriebsgeheimnis** unterliegen. Vermögensverhältnisse, Unternehmensbeteiligungen oder Angelegenheiten des Geschäfts- oder Berufslebens, wie z.B. das Einkommen, der Vermögensstand oder die berufliche Tätigkeit, sind demgemäß nicht unter den Begriff der Privatsphäre zu subsumieren.

5. Datenschutzrechtliche Einordnung der unbefugten Bildaufnahme

Insgesamt zeigt sich aber ein **wesentlicher Unterschied** zwischen dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht des § 16 ABGB, das zugleich Schutzgut im Sinne des Deliktsrechts nach § 1328a ABGB ist, und dem **Grundrecht auf Datenschutz**, das seine öffentlichrechtliche Konkretisierung im Datenschutzgesetz 2000 wie auch im Telekommunikationsgesetz 2003 gefunden hat. Während das Recht am eigenen Bild eine wahre Rechtsprechungsflut[90] ausgelöst hat, haben die Unterlassungs-, Beseitigungs-, Schadensersatz- und Strafvorschriften der geltenden Datenschutzgesetze bislang kaum jene praktische Bedeutung erlangt.[91]

Die **Europäische Datenschutzrichtlinie**[92] zwingt mE aber den österreichischen Rechtsanwender dazu, personenbezogene Bilddaten in den Geltungsbereich des Datenschutzgesetzes einzubeziehen. Gleichwohl ist die Zweckbindung von der Judikatur zum Recht am eigenen Bild frühzeitig sehr präzise formuliert worden. Die Verbreitung und Zurschaustellung von Bildnissen einer Person ist insbesondere dann zulässig, soweit diese Person für einen bestimmten Zweck und für einen bestimmten Zeitraum ihre Einwilligung hierzu erteilt hat. Vor allem die Zweckentfremdung von Abbildungen auch bekannter Schauspieler bzw. Sportler für Werbezwecke haben die Gerichte schon sehr früh[93] mit Hilfe von § 78 UrhG unterbunden.

Nach der **Verfassungsbestimmung des § 1 Abs 1 DSG 2000** hat jedermann Anspruch auf Geheimhaltung der ihn betreffenden personenbezogenen Daten. Dies bedeutet einen Schutz des Betroffenen vor Ermittlung seiner Daten sowie vor der Weitergabe der über ihn ermittelten Daten, soweit „ein schutzwürdiges Interesse daran besteht". Zu beachten ist, dass das Grundrecht auf Datenschutz auch gegenüber privaten Rechtsträgern gilt, d.h. ihm unmittelbare Drittwirkung zukommt.[94]

Damit ist zunächst zu klären, ob ein Personenbildnis als „personenbezogene Daten" aufzufassen ist, ob die unbefugte Bildaufnahme eine „Ermittlung" darstellt und schließlich, ob durch die unbefugte Bildaufnahme schutzwürdige Interessen des Betroffenen verletzt werden?

5.1 Personenbild als Daten des Betroffenen

„**Betroffener**" im Sinne des § 4 Z 3 DSG 2000 ist jede vom Auftraggeber verschiedene natürliche oder juristische Person bzw. Personengemeinschaft, deren Daten verwendet werden;[95] für die gegenständlichen Erörterungen daher jedenfalls der Abgebildete, der dadurch zur datenschutzrechtlichen Verfolgung des unbefugten Bildaufnehmers aktiv legitimiert ist.[96] Es ist jedenfalls die Behauptung des Rechtsschutzsuchenden, Betroffener einer Datenanwendung oder einer Verletzung seines Grundrechts auf Datenschutz zu sein, erforderlich, aber auch ausreichend.[97]

5.1.1 Bestimmbarkeit des Personenbezugs

Das Datenschutzrecht schränkt nur die Verwendung von **„personenbezogenen Daten"** ein. Der Bezug zur betroffenen Person muss mit verhältnismäßigem Aufwand an Zeit und Kosten herstellbar sein.[98] Nach der Definition des § 4 Z 1 DSG 2000 bezieht sich das Datenschutzgesetz ausschließlich auf die Verarbeitung personenbezogener Daten. Darunter versteht die einhellige Lehre die Angaben über Betroffene, deren Identität bestimmt oder bestimmbar ist. Unter den Begriff fallen auch Personenlichtbilder.[99] Bestimmbarkeit und damit Identifizierbarkeit bedeutet nach der Spruchpraxis der Datenschutzkommission,[100] dass die Bildaufnahme auf Grund eines oder mehrerer Merkmale darauf letztlich einer bestimmten Person zugeordnet werden kann. Der Umstand, dass z.B. beim Herstellen der Aufnahme mit Aufzeichnung der Daten nicht generell, sondern nur in ganz bestimmten Fällen die Identifizierung tatsächlich (in einem) versucht wird, kann die Eigenschaft als „Verarbeitung mit personenbezogenen Daten" nicht ausschließen: Die Daten sind – vor allem auch durch die zusätzlich gespeicherten Informationen wie „Zeitpunkt" und „Ort" – identifizierbar und fallen daher unter den Begriff „personenbezogen".[101]

Gemäß § 29 DSG 2000 können die Auskunfts-, Richtigstellungs- Löschungs- und Widerspruchsrechte allerdings vom Betroffen nicht geltend gemacht werden, soweit nur indirekt personenbezogene Daten verwendet werden.

5.1.2 Abgrenzung sensibler von sonstigen Daten mit Personenbezug

Daneben kennt das Datenschutzrecht so genannte **„sensible oder besonders schutzwürdige Daten"**. Darunter versteht das Gesetz Daten von natürlichen Personen über ihre rassische oder ethnische Herkunft, politische Meinung, Gewerkschaftszugehörigkeit, religiöse oder philosophische Überzeugungen, Gesundheit oder Sexualleben gemäß § 4 Z 2 DSG 2000.

Bildaufnahmen enthüllen mE nicht nur Daten über die ethnische Herkunft des Abgebildeten[102] und unter Umständen auch Gesundheitsdaten[103] der von der Aufzeichnung betroffenen Personen, sondern u.U. auch strafrechtlich relevante Daten im Sinne des § 8 Abs 4 DSG 2000.[104]

Insoweit ist also mE beim Personenbildnis aus datenschutzrechtlicher Sicht durchaus im Einzelfall abzuklären, ob der darauf Abgebildete zugleich besonders schutzwürdige Daten preisgibt – also je nach Art der Darstellung.[105] Die Verwendung der besonders schutzwürdigen Daten ist grundsätzlich verboten, sofern nichts anderes in einfachen Gesetzen vorgesehen ist und gleichzeitig angemessene Garantien für den Schutz der Geheimhaltungsinteressen der Betroffenen festgelegt wurden. Zudem bedarf es einer ausdrücklichen Zustimmung des Betroffenen gemäß § 9 Z 6 DSG 2000.

5.2 Unbefugte Bildaufnahme als Datenverarbeitung

5.2.1 Herstellen eines Personenbildnisses

Die Bildaufnahme lässt sich zwanglos unter den datenschutzrechtlichen Begriff des „Verarbeitens von Daten" subsumieren. Darunter ist nämlich nach einhelliger Auffassung[106] jede Art der Handhabung von Daten mit Ausnahme des Übermittelns zu verstehen. Dies bedeutet das **Ermitteln**, Erfassen, Speichern, Aufbewahren, Ordnen, Vergleichen, Verändern, Verknüpfen, Vervielfältigen, Abfragen, Ausgeben, Benützen, Überlassen, Sperren, Löschen oder Vernichten der Daten.

Dass Bildaufzeichnungen „Daten" iSd DSG 2000 sein können, ergibt sich aus der Definition des § 4 Z 1 DSG 2000 und ausdrücklich aus Erwägungsgrund 16 der Datenschutz-RL.[107] Dass im Fall einer heimlichen (digitalen) Bildaufnahme eine Datenanwendung im Sinne des § 4 Z 7 DSG 2000 stattfindet,[108] ergibt sich daraus, dass nicht nur eine bloß flüchtige Bildübertragung, sondern eine **Bildaufzeichnung** zum Einsatz kommt, bei der die Daten – theoretisch – für eine unbegrenzte Zeitspanne, m.a.W dauerhaft, gespeichert bleiben.[109]

Eine Verwendung von „personenbezogenen Daten" im Sinne des § 4 Z 1 DSG 2000 bei Bildaufzeichnungen liegt nach der bisherigen Spruchpraxis[110] nur dann vor, wenn sie in der Absicht geschieht, die darauf vorhandenen Personen zu identifizieren, wobei es genügt, wenn diese Absicht nur für bestimmte Fälle und nicht durchgängig besteht. Dieses Kriterium schließt neben den vom § 45 DSG 2000 ohnehin insgesamt weitestgehend ausgenommenen Bildaufnahmen für private, z.B. touristische Zwecke,[111] damit auch z.B. Bildaufnahmen für Zwecke von Verkehrsstromanalysen, also für statistische Zwecke, oder auch künstlerische oder kommerzielle Film- und Fotoherstellung ohne Absicht der Identifikation allenfalls abgelichteter Personen vom Begriff der Ermittlung personenbezogener Daten aus. Fehlt das Kriterium der **Identifizierungsabsicht** nach dem Zweck der Herstellung von Film- oder Fotoaufnahmen, ist dieser Vorgang – abgesehen von Datensicherheitsaspekten – nicht datenschutzrelevant. Bei der hier behandelten „Paparazzi-Fotografie" ist die Identifizierungsabsicht wohl evident, jedenfalls aber zu vermuten. Es ist nämlich zu fragen, ob die Identität des Abgebildeten für den Bildnishersteller glaubhafterweise irrelevant war, was im Falle einer Paparazzi-Aufnahme (widerleglich) zu verneinen sein dürfte.

Demzufolge lässt sich aus datenschutzrechtlicher Sicht das **Herstellen einer personenbezogenen Bildaufnahme** iSd § 4 Z 7 DSG 2000 zusammenfassend definieren als das Bewirken der Speicherung des optischen Eindrucks der Person **in Identifizierungsabsicht**, sodass aus der Speicherung – und sei es auch mit technischen Hilfsmitteln – dieser reproduziert werden kann, wobei gleichgültig ist, auf welche Weise die Speicherung geschieht und ob der ursprüngliche optische Eindruck im sichtbaren oder unsichtbaren Bereich des Lichts vorlag.

89) In diesem Sinn auch EGMR, 24.6.2004, *von Hannover/Deutschland* Rz 75 unter Ablehnung des vom BVerfG vertretenen Konstrukt der „örtlichen Abgeschiedenheit".

90) *Dittrich* (Hrsg), Österreichisches und internationales Urheberrecht[4] (2004), 283 ff, führt – zum Teil mit Wiederholungen – 247 Entscheidungen zu § 78 UrhG an.

91) Ebenso *Steiner/Andréewitch*, Videoüberwachung aus datenschutzrechtlicher Sicht, MR 2006, 80.

92) Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl L 281 vom 23.11.1995 S. 31; so ausdrücklich die Erwägungsgründe 14 bis 17 der DS-RL: *„(14) In Anbetracht der Bedeutung der gegenwärtigen Entwicklung im Zusammenhang mit der Informationsgesellschaft bezüglich Techniken der Erfassung, Übermittlung, Veränderung, Speicherung, Aufbewahrung oder Weitergabe von* ***personenbezogenen*** *Ton- und* ***Bilddaten*** *muss diese Richtlinie auch auf die Verarbeitung dieser Daten Anwendung finden.*
(15) Die Verarbeitung solcher Daten wird von dieser Richtlinie nur erfasst, wenn sie automatisiert erfolgt oder wenn die Daten, auf die sich die Verarbeitung bezieht, in Dateien enthalten oder für solche bestimmt sind, die nach bestimmten personenbezogenen Kriterien strukturiert sind, um einen leichten Zugriff auf die Daten zu ermöglichen.
(16) Die ***Verarbeitung von*** *Ton- und* ***Bilddaten****, wie bei der* ***Videoüberwachung****, fällt nicht unter diese Richtlinie, wenn sie für Zwecke der öffentlichen Sicherheit, der Landesverteidigung, der Sicherheit des Staates oder der Tätigkeiten des Staates im Bereich des Strafrechts oder anderen Tätigkeiten erfolgt, die nicht unter das Gemeinschaftsrecht fallen.*
(17) Bezüglich der ***Verarbeitung von*** *Ton- und* ***Bilddaten*** *für journalistische, literarische oder künstlerische Zwecke, insbesondere* ***im audiovisuellen Bereich****, finden die Grundsätze dieser Richtlinie gemäß Artikel 9 eingeschränkt Anwendung."*

93) OGH 8.7.1953, 3 Ob 438/53 – *Caspar*, ÖBl 1953, 56 = Schulze/7 (*Süss*); 27.11.1973, 4 Ob 338/73 – *Toni Sailer*, ÖBl 1974, 97.

94) Statt vieler *Dohr/Pollirer/Weiss*, DSG[2], § 1 Anm 2.

95) Jüngst instruktiv *Jahnel*, OGH: Kein Schutz von Unternehmensdaten nach dem DSG? RdW 2005/244, 200.

96) Vgl. OLG Wien 29.11.2004, 10 Ra 164/04t – *Betriebsrats-EV*, ARD 5579/2/2005, wonach der Betriebsrat mangels Rechtsfähigkeit nicht legitimiert ist für einen Antrag auf Erlassung einer einstweiligen Verfügung nach § 32 Abs 3 DSG 2000.

97) Vgl. DSK 31.8.2000, 120.701/3-DSK/00 – *Sicherheitswachebeamter*, RIDA0150998.

98) Vgl. Erwägungsgrund 26 der Datenschutz-RL, der vom „vernünftigen Aufwand" spricht.

99) Vgl *Knyrim*, Datenschutzrecht (2003), 14; zum Begriff der „bestimmbaren Daten" siehe *Jahnel*, Datenschutz im Internet, ecolex 2001, 84.

100) DSK 21.6.2005, K507.515-21/0004-DVR/2005 – *Wiener Linien*, RIDA0154095.

101) Vgl. auch *Steiner/Andréewitch*, Videoüberwachung aus datenschutzrechtlicher Sicht, MR 2006, 80.

102) Dabei ist anzumerken, dass in Österreich trotz der weitestgehenden rassischen Homogenität der Bevölkerung das Merkmal „weiße Hautfarbe" fraglos sensibel im Sinne des § 9 DSG ist.

103) Z.B. das berühmte „blaue Auge" (Veilchen) im Gesicht oder die gebrochene Nase.

104) Z.B. Fotos von der Verübung von Vandalenakten, Körperverletzungen, Beschimpfungen udgl.

105) Dabei eröffnet bereits eine sichtbare Gesichtsverletzung oder schon das Erkennen der Hautfarbe mE durchaus den Anwendungsbereich des § 4 Z 2 DSG 2000.

106) *Jahnel*, ecolex 2001, 84.

107) Siehe oben FN 92.

108) Vgl. auch DSK 21.6.2005, K507.515-21/0004-DVR/2005 – *Wiener Linien*, RIDA0154095; 21.6.2005, K503.425-090/003-DVR/2005 – *Stadt Villach*, RIDA0153288.

109) Ein Überspielen vom Fotohandy oder der Digitalkamera auf einen PC zur Archivierung ist zudem technisch leicht möglich.

110) Vgl. DSK 11.10.2005, K121.036/0014-DSK/2005 – *Plattform Hubschrauberlärm*, nv.

111) Siehe dazu gleich unten Pkt. 4.2.5.

5.2.2 Unbefugtheit der Datenverarbeitung
„**Unbefugt**" ist im datenschutzrechtlichen Sinne dahingehend zu verstehen, dass eine **Zustimmung** des Betroffenen zur Datenverarbeitung **fehlt**. Diese Zustimmung muss eine gültige, insbesondere ohne Zwang abgegebene Willenserklärung des Betroffenen sein, dass er in Kenntnis der Sachlage für den konkreten Fall in die Verwendung seiner Daten einwilligt. Insbesondere bei der ohne Wissen des Betroffenen, also heimlich, hergestellten Bildaufnahme fehlt die datenschutzrechtliche Zustimmung regelmäßig.[112)] Gleichwohl kann eine datenschutzrechtliche Zustimmung bei nicht sensiblen Daten auch schlüssig erteilt werden, doch ist dafür zumindest die Kenntnis der Bildnahme erforderlich. Im Unterschied zu § 78 UrhG ist die datenschutzrechtliche Einwilligung grundsätzlich widerruflich; Probleme treten allerdings auf bei der Frage, ob dieser Widerruf z.B. bei Forschungsvorhaben auch rückwirkend erklärt werden kann, was idR verneint wird. Zu beachten ist schließlich, dass eine **ausdrückliche datenschutzrechtliche Zustimmung** nach **§ 9 Z 6 DSG 2000** nur bei Verwendung sensibler Daten erforderlich ist, was im Zusammenhang mit einer Bildaufnahme, aus der z.B. die ethnische, rassische, politische oder gesundheitliche Verfassung des Abgebildeten erkennbar ist, durchaus schlagend werden kann.

5.3 Unzulässigkeit der Datenverwendung
Anders als § 78 UrhG geht das **DSG 2000** grundsätzlich vom **Verbotsprinzip** aus: Die Verwendung personenbezogener Daten ist grundsätzlich verboten, falls nicht die Zulässigkeitsprüfung zu einem positiven Ergebnis führt.[113)]
Aus dem Zusammenspiel der §§ 6 und 7 DSG 2000 ergibt sich mE eine **dreistufige Zulässigkeitsprüfung** für die unbefugte Bildaufnahme (**Prüfungsschema**):
Zunächst ist der **Zweck** der unbefugten Bildaufnahme zu überprüfen. In einem zweiten Schritt ist zu ermitteln, **ob** schutzwürdige **Geheimhaltungsinteressen verletzt** werden, wobei je nach Bildinhalt zwischen sensiblen und nicht sensiblen Daten zu unterscheiden ist. In einem dritten Prüfungsschritt muss der Eingriff in das Grundrecht auf Datenschutz nur im erforderlichen Ausmaß und mit den gelindesten Mitteln erfolgen (**Verhältnismäßigkeitsprinzip**).
Von vornherein kein schutzwürdiges Interesse und eine Zulässigkeit der Datenverwendung liegt z.B. dann vor, wenn die Daten allgemein verfügbar sind, was beim Konterfei eines Menschen grundsätzlich der Fall ist. Dennoch erscheint es mE unzulässig, damit zu argumentieren, dass das Gesicht eines Menschen „offenbar" und damit allgemein verfügbar sei. Dies deshalb, da nach der Rsp[114)] das schutzwürdige Interesse an dem Grundrecht auf Geheimhaltung personenbezogener Daten auch dann nicht ausgeschlossen wird, wenn der Betroffene selbst geschützte Daten einem begrenzten Personenkreis offenbart. Bei der unbefugten Bildaufnahme ist daher eine „allgemeine Verfügbarkeit" tatsächlich nicht gegeben.

5.4 Zweck und Inhalt der Datenanwendung
Von einer rechtmäßigen und damit zulässigen Datenverwendung wird dann gesprochen, wenn der Datenverarbeiter in Ausübung einer gesetzlichen (Materiengesetz von Bund oder Land) oder rechtlichen Befugnis (z.B. Gewerbeberechtigung, Vereinsstatuten) handelt. Ein Berufsdetektiv, der z.B. auftragsgemäß zur Beweissicherung oder zur Vorbereitung eines Scheidungsverfahrens dem Privatleben einer Person nachforscht, ist dazu auf Grund seiner gewerblichen Befugnisse nach § 129 Abs 1 Z 3 GewO für diese Tätigkeit grundsätzlich berechtigt nach **§ 6 Z 1 DSG 2000**. Damit ist die Zweckgebundenheit nach § 6 Z 2 bis 5 DSG 2000 allerdings noch nicht gewährleistet. Das – wohl gemerkt – auftragsgemäße Verhalten eines Detektivs kann nur dadurch gerechtfertigt sein, dass die besonderen Interessen seines Auftraggebers an der Ermittlung, Weitergabe oder Aufbewahrung der Informationen gegenüber dem durch § 1 DSG 2000 verbrieften Geheimhaltungsinteresse des Betroffenen überwiegen.[115)]
Ein Eingriff in die Privatsphäre kann aus anderen Gründen nicht als Verletzung der Persönlichkeitsrechte des Betroffenen gewertet werden, datenschutzrechtlich allerdings uU unzulässig sein. Wenn z.B. ein Arzt, in Erfüllung seiner medizinischen Berufsausübung, fotografische Details aus der Krankengeschichte bekannt geben muss, handelt er nicht rechtswidrig. In einem solchen Fall wird es nicht nur an der Strafbarkeit des Verhaltens[116)] fehlen, sondern auch an einem rechtswidrigen Eingriff nach §§ 16, 1328a ABGB.[117)] Sind allerdings Zweck und Inhalt der Datenanwendung von den angeführten Befugnissen nicht gedeckt, liegt jedenfalls eine unzulässige Datenverwendung vor.[118)]

5.5 Verletzung schutzwürdiger Geheimhaltungsinteressen des Betroffenen
Nach der **zweiten Prüfungsvoraussetzung** darf die unbefugte Bildaufnahme die „schutzwürdigen Geheimhaltungsinteressen des Betroffenen" nicht verletzen.
§ 8 Abs 1 DSG 2000 regelt schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen **nicht sensibler Daten** in Form einer Generalklausel und einer demonstrativen Aufzählung wichtiger Beispiele bzw. Abgrenzungen in § 8 Abs 2 und 3 DSG 2000.
Dem gegenüber enthält **§ 9 DSG 2000** ein **grundsätzliches Verarbeitungsverbot sensibler Daten** bei gleichzeitiger taxativer Aufzählung von insgesamt 13 Ausnahmetatbeständen.[119)] Demgemäß ist z.B. eine Ermittlung, Weitergabe oder Aufbewahrung sensibler Daten nur damit zu rechtfertigen, dass diese Vorgangsweise im lebenswichtigen Interesse des Betroffenen erfolgt ist.[120)] Dieser **Ausnahmekatalog** enthält beispielsweise Zwecke der Gesundheitsvorsorge, für wissenschaftliche Forschung und Statistik, die Ausübung gesetzlich-hoheitlicher Funktion, Zwecke der Gesundheitsvorsorge, aber auch „**private Zwecke**".
Letztere sind in **§ 45 DSG 2000** näher umschrieben. Demzufolge dürfen personenbezogene Daten für *„ausschließlich persönliche oder familiäre Tätigkeiten"* dann verarbeitet werden, wenn die Daten dem Verarbeiter vom Betroffenen selbst mitgeteilt wurden oder ihm sonst rechtmäßig zugekommen sind. Fehlt also eine gesetzliche oder rechtliche Befugnis iSd § 7 Abs 2 DSG 2000 desjenigen, der die Bildaufnahme durchführt bzw. veranlasst, kann er sich nicht auf die Zulässigkeit der Datenverwendung nach § 45 DSG 2000 berufen, da der Erlaubnisbereich der Bestimmung sehr eng gezogen ist.[121)] Er verletzt damit schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen der Betroffenen, was zu einer datenschutzrechtlichen Unzulässigkeit der unbefugten Bildaufnahme führt.[122)]

5.6 Besonderheiten für publizistische Tätigkeiten
Zum Schutz der Medienfreiheit[123)] nimmt

§ 48 Abs 1 DSG 2000 eine wesentliche Einschränkung der Geltung datenschutzrechtlicher Bestimmungen vor. Zwar gelten die verfassungsrechtlichen Bestimmungen[124] uneingeschränkt auch für Datenverwendungen durch Medienunternehmen, Mediendienste und ihre Mitarbeiter, doch sind von den einfachgesetzlichen Bestimmungen nur die §§ 4 bis 6, 10, 11, 14 und 15 DSG 2000 anwendbar. Selbst Medienunternehmen und Mediendienste haben daher immer das Grundrecht auf Datenschutz zu beachten.[125] § 1 Abs 5 DSG 2000 gilt nach dem ausdrücklichen Wortlaut des § 48 DSG 2000 auch für die publizistische Tätigkeit, d.h. **Auskunftsansprüche** gegen Medienunternehmen oder Mediendienste müssen bei der DSK geltend gemacht werden.[126] Für aus der Datenschutzrechtsverletzung resultierende Rechtsfolgen und Rechtsansprüche wie die Strafbarkeit bzw. Schadenersatzpflicht bleiben die Mediengerichte zuständig nach **§ 48 Abs 3 DSG 2000**.

Dementsprechend sieht **§ 48 Abs 2 DSG 2000** vor, dass anstelle der §§ 7 bis 9 DSG 2000 die Zulässigkeitsprüfung für den Schutz der Rechtssphäre des Betroffenen anhand des Grundrechts auf freie Meinungsäußerung nach Art 10 Abs 1 MRK in dem zur Erfüllung der Informationsaufgabe erforderlichen Umfang vorzunehmen ist.

Zunächst ist festzuhalten, dass die „Paparazzi-Fotografie" durchaus unter den Begriff der **„publizistischen Tätigkeit"** fällt, da nach dem Verständnis der Richtlinie[127] dazu nicht nur die tagesgenaue Berichterstattung der schreibenden Zunft gehört, sondern eben auch die Bildberichterstattung.[128] Nach der Spruchpraxis verhindert allerdings eine Berufung auf eine journalistische Tätigkeit nicht eine Verletzung des Geheimhaltungsrechts – selbst wenn das Amt der Kärntner Landesregierung als „Mediendienst" des Landeshauptmannes von Kärnten anzusehen wäre –, wenn es personenbezogene Daten aus dem vorläufigen Ergebnis der Überprüfung eines Vereines durch den Landesrechnungshof (Rohbericht) auf einer Website veröffentlicht.[129]

5.7 Verhältnismäßigkeitsprüfung

Selbst für den Fall, dass schutzwürdige Geheimhaltungsinteressen des Betroffenen durch die unbefugte Bildaufnahme nicht verletzt werden, kann die **Datenverwendung dennoch unzulässig** sein, wenn sie dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz widerspricht. Die damit konkretisierte Verpflichtung zur Abwägung und Gewichtung unterschiedlicher Interessen findet sich in zahlreichen Bestimmungen, die dem Schutz der Privatsphäre dienen, und geht letztlich auf § 1 DSG 2000 im Sinne einer verfassungsrechtlich gewährleisteten Selbstbestimmung zurück, sodass diese Interessenabwägung auch bei publizistischer Tätigkeit zu beachten ist. Entscheidend ist die einzelfallbezogene Beurteilung.

5.8 Datenschutzrechtliches Zwischenergebnis

Als **Zwischenergebnis** ist festzuhalten, dass die datenschutzrechtliche Zulässigkeitsprüfung bei der unbefugten Bildaufnahme mE äußerst sachgerechte Lösungen liefert, die eine angemessene Beurteilung des einzelnen Sachverhaltes ebenso zulassen, wie eine generelle Zulässigkeit bestimmter sozialadäquater Bildnahmen, die insbesondere durch Zweck und Inhalt der Datenanwendung oder mangels einer Verletzung schutzwürdiger Geheimhaltungsinteressen des Betroffenen zulässig bleiben.

6. Rechtsschutzmöglichkeiten für den Betroffenen

Das Auskunftsrecht nach § 26 DSG 2000 ist, gleichgültig, ob es sich um einen privaten oder öffentlichen Auftraggeber handelt, stets bei der DSK im Verwaltungswege geltend zu machen. Damit Film- oder Fotoaufnahmen Gegenstand des Auskunftsrechts sein können, muss allerdings noch ein weiteres Kriterium neben jenem der Aufzeichnung personenbezogener Daten erfüllt sein, nämlich das der Bildaufzeichnung in Form einer „Datei" iSd § 4 Z 6 DSG 2000.[130] Dafür reicht die digitale Bildverarbeitung aber grundsätzlich aus.[131]

6.1 Ziviler Rechtsschutz

Ansprüche des Betroffenen **gegenüber unbefugten Bildnehmern des privaten Bereichs** wegen Verletzung der Rechte auf

- **Geheimhaltung**,
- **Richtigstellung** oder
- **Löschung**

sind gemäß § 32 Abs 1 DSG 2000 auf dem Zivilrechtsweg **vor den ordentlichen Gerichten** geltend zu machen, wenn der Auftraggeber dem privaten Bereich zuzuordnen ist. Der Betroffene hat gemäß § 1 Abs 3 iVm §§ 27, 28 DSG 2000 Anspruch auf Unterlassung und Beseitigung eines dem Da-

112) Vgl. auch *Steiner/Andréewitch*, Videoüberwachung aus datenschutzrechtlicher Sicht, MR 2006, 80.

113) Vgl *Knyrim*, Datenschutzrecht, 81 ff mit instruktivem Prüfungsschema, 113; *Dohr/Pollirer/Weiss*, DSG², § 6 Anm 2.

114) OGH 3.9.2000, 11 Os 109/01 – *Missbräuchliche Datenabfrage*, EvBl 2003/14, 69 = JUS St/3245 = SSt 64/48.

115) So zutreffend *Lukas*, RZ 2004, 33, 38; vgl. auch OGH 19.12.2005, 8 Ob 108/05y – *Videoüberwachung zu Beweiszwecken*, nv.

116) Vgl *Leukauf/Steininger*, StGB³ Rz 32 zu § 121 StGB.

117) Vgl. RV 173 GP XXII; vgl. aber *Lukas*, Schadenersatz bei Verletzung der Privatsphäre, RZ 2004, 33, 38, mit beachtlichen Argumenten.

118) Vgl. jüngst OGH 19.12.2005, 8 Ob 108/05y – *Videoüberwachung III*, nv.

119) Zurückgehend auf Art 8 der Datenschutz-RL 95/46/EG.

120) Vgl. § 9 Z 7 und 8 DSG 2000.

121) Arg. „ausschließlich".

122) Vgl. *Drobesch/Grosinger*, Das neue österreichische Datenschutzgesetz (2000), 262.

123) Vgl. die EB, abgedruckt bei *Drobesch/Grosinger*, DSG, 274 f.

124) § 1 iVm §§ 26, 27 DSG 2000.

125) Ebenso *Dohr/Pollierer/Weiss*, DSG², § 48 FN 12.

126) Vgl. DSK 27.2.2004, K120.867/0001-DSK/2004 – *Landesrechnungshof-Rohbericht*, RIDA0154209.

127) Art 9 Datenschutz-RL verwendet den (deckungsgleichen) Begriff „journalistische Tätigkeit", ohne ihn zu definieren.

128) So auch die EB, abgedruckt bei *Drobesch/Grosinger*, DSG, 275.

129) DSK 27.2.2004, K120.867/0001-DSK/2004 – *Landesrechnungshof-Rohbericht*, RIDA0154209; vgl. auch LG Ulm, 1.12.2004, 1 S 89/04, MMR 2005, 265, wonach aus dem Schutzbereich des inhaltsgleichen § 34 deutsches Bundesdatenschutzgesetzes (dBDSG) nur solche Daten ausgenommen sind, die ausschließlich zu publizistischen Zwecken verarbeitet werden.

130) Vgl. hiezu Erwägungsgrund 27 zur Datenschutz-RL sowie die umfassenden Erwägungen des VwGH zum Begriff der Datei im Erkenntnis vom 21.10.2004, 2004/06/0086 – *Papierakt*, JUS A/4281.

131) DSK 11.10.2005, K121.036/0014-DSK/2005 – *Plattform Hubschrauberlärm*, nv.

tenschutzgesetz widersprechenden Zustandes. Verschulden ist nicht Voraussetzung für eine Verletzung im Grundrecht auf Datenschutz.[132)]

Für **Anträge auf Erlassung einer Einstweiligen Verfügung** nach § 32 Abs 3 DSG 2000 ist in I. Instanz das Landesgericht zuständig, in dessen Sprengel der Betroffene seinen gewöhnlichen Aufenthalt oder Sitz hat. Fallweise können Klagen des Betroffenen auch vor dem Landesgericht erhoben werden, in dessen Sprengel der Auftraggeber seinen gewöhnlichen Aufenthalt oder Sitz hat, maW es besteht ein Wahlgerichtsstand für den klagenden Betroffenen nach § 32 Abs 4 DSG 2000.

Werden die mit der unbefugten Bildaufnahme erlangten Daten schuldhaft entgegen den Bestimmungen des Datenschutzgesetzes verwendet, hat der Betroffene darüber hinaus nach § 33 DSG 2000 das Recht, Schadenersatz nach den allgemeinen Bestimmungen des bürgerlichen Rechts zu fordern. Für Fälle schwerwiegender rechtswidriger Datenverwendung, die ihrem Wesen nach mit Tatbeständen vergleichbar sind, die nach dem Mediengesetz zum **Schadenersatz** verpflichten, sieht **§ 33 Abs 1 Satz 2 DSG 2000** eine entsprechende Ersatzpflicht sogar für immaterielle Schäden vor.

Nach **§ 28 DSG 2000** hat jeder Betroffene das Recht, gegen die Verwendung seiner Daten wegen Verletzung überwiegender schutzwürdiger Geheimhaltungsinteressen, beim Auftraggeber **Widerspruch** zu erheben. Die Ausübung der Widerspruchsrechtes hat zwar keinen Einfluss auf die rechtliche Zulässigkeit der Datenanwendung, sie bewirkt allerdings eine individuelle auf den (erfolgreich) widersprechenden Betroffenen beschränkte Löschungspflicht der Bildaufnahme. Sie kann allerdings grundsätzlich keinen Schadenersatzanspruch des Abgebildeten begründen. Insoweit müsste der Betroffene auf § 1328a ABGB zurückgreifen.

6.2 Strafrechtlicher Schutz nach dem DSG

Gemäß **§ 51 DSG 2000** ist die Verwendung von Daten, an denen der Betroffene ein schutzwürdiges Geheimhaltungsinteresse hat, **in Gewinn- oder Schädigungsabsicht** mit **gerichtlicher Freiheitsstrafe** bis zu einem Jahr bedroht. Die Daten müssen dem Täter entweder auf Grund seiner beruflichen Beschäftigung anvertraut oder zugänglich gewesen sein oder widerrechtlich benützt oder erlangt worden sein. Die Deliktsverfolgung nach § 51 DSG im Falle einer unbefugten Bildaufnahme bedarf der Ermächtigung durch den Verletzten.[133)]

Darüber hinaus enthält **§ 52 DSG 2000** einen Katalog von **Verwaltungsstraftatbeständen**, die Geldstrafen bis zu EUR 15.890,– vorsehen. Stehen Datenträger (z.B. Fotohandys) oder Programme im Zusammenhang mit einer derartigen Verwaltungsübertretung, kann die Strafe des Verfalls von den Behörden ebenfalls ausgesprochen werden.

Zuständig sind die Bezirksverwaltungsbehörden, in deren Sprengel der unbefugte Bildnehmer seinen gewöhnlichen Aufenthalt oder Sitz hat. Zweite Instanz bildet nunmehr der Unabhängige Verwaltungssenat in den Ländern (UVS).

7. Zusammenfassung

Gegen die **unbefugte Bildaufnahme**, d.h. die **Herstellung von Bildaufnahmen einer Person ohne** deren **Zustimmung**, kann der Abgebildete de lege lata nur in den seltensten Fällen einer Persönlichkeitsverletzung mit zivilrechtlichen Unterlassungsansprüchen nach **§ 16 ABGB, § 78 UrhG** vorgehen. **§ 1328a ABGB** verbessert lediglich die schadenersatzrechtliche Ausgangsposition des Betroffenen. Handelt es sich bei der unbefugten Bildaufnahme um eine **unzulässige Datenverwendung**, wovon im Regelfall auszugehen ist, stehen dem Betroffenen allerdings die gesamten zivil- und strafrechtlichen **Rechtsdurchsetzungsmöglichkeiten des DSG 2000** zur Verfügung. Diese ermöglichen eine angemessene Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles ebenso, wie sie die Zulässigkeit sozial adäquater Bildaufnahmen sicherstellen.

Die im Titel aufgeworfene Frage ist daher bei sachgerechter Anwendung des zivil-, straf- und datenschutzrechtlichen Instrumentariums der österreichischen Rechtsordnung letztlich nach der hier vertetenen Ansicht zu verneinen. Aber wie schon *Brandeis/Warren*[134)] im ersten Satz ihres Aufsatzes formulierten: *„That the individual shall have full protection in person and in property is a principle as old as the common law; but it has been found necessary from time to time to define anew the exact nature and extent of such protection."* Ein solcher Zeitpunkt ist heute gegeben.

132) DSK 27.2.2004, K120.867/0001-DSK/2004 – *Landesrechnungshof-Rohbericht*, RIDA0154209.

133) Es handelt sich demnach um ein Ermächtigungsdelikt gemäß § 42 StPO.

134) The Right to Privacy, 1890 Harv.L.Rev. IV, 193.

Peter Barth, Andrea Haidvogl)*

Der Kinderbeistand

Ein Modellprojekt stellt sich vor

Anlässlich der Vorfälle in einem Pflegschaftsverfahren (Christian W.) entwickelte eine Expertengruppe, der namhafte Fachleute aus den Bereichen Kinder- und Jugendpsychiatrie, Psychologie, Mediation, Pädagogik und Erziehungsberatung sowie Vertreter der Richter- und Anwaltschaft, der Jugendwohlfahrt und der Kinder- und Jugendanwaltschaften angehörten, Strategien, wie die Situation für Kinder, die unter dem eskalierten Scheidungskonflikt ihrer Eltern leiden, verbessert werden könnte. Eine dieser Empfehlungen an das BMJ war auf die modellhafte Erprobung eines Kinderbeistands gerichtet, der dem Kind in Obsorge- oder Besuchsrechtsstreitigkeiten der Eltern zur Seite gestellt werden soll. Seit 1.1.2006 kann der Kinderbeistand nun in ausgewählten Verfahren an (vorerst) vier Bezirksgerichten bestellt werden. Da die Anzahl der bislang bestellten Kinderbeistände hinter den Schätzungen zurückbleibt, ist unter anderem eine Ausweitung des Modellprojekts auf benachbarte Be-

*) Dr. Peter Barth,
Richter im Bundesministerium für Justiz
Mag. Andrea Haidvogl,
Richterin im Bundesministerium für Justiz