

# Umgang mit Bildern von Gemeindemitarbeitern

In der letzten Zeit sorgte die Frage des Umgangs mit Bildern von Gemeindemitarbeitern für Verunsicherung, weil seit 25. 5. 2018 bei der Verarbeitung personenbezogener Bilddaten grundsätzlich die Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) sowie die Normen des 1. und 2. Hauptstücks des Datenschutzgesetzes (DSG) anzuwenden sind. Dabei stellt sich insb die Frage nach der Vereinbarkeit der neuen datenschutzrechtlichen Regelungen mit dem zivilrechtlichen Bildnisschutz und mit dienstrechtlichen Vorschriften. Dieser Beitrag soll Gemeinden anhand konkreter Beispiele aufzeigen, wann und wie von abgebildeten Gemeindemitarbeitern eine Einwilligung zur Veröffentlichung von Bildnissen einzuholen ist.

Von Klara Haimberger

## Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Zivilrechtlicher und/oder datenschutzrechtlicher Schutz?
- C. Dienstrecht
- D. Bildnisschutz seit Gültigkeit der DSGVO
  1. Gemeinde als Verantwortliche
  2. Verarbeitung sensibler Daten?
  3. Rechtsgrundlagen
    - a) Dienstvertrag
    - b) Gesetzliche und kollektivvertragliche Ermächtigungen zur Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext
    - c) Einwilligung
    - d) Berechtigte Interessen
  4. Beispiele aus der Praxis
    - a) „Einfache“ Gemeindemitarbeiter (Mitarbeiter am Bauhof, Sachbearbeiter)
    - b) Veröffentlichung in unterschiedlichen Medien
    - c) Zwischenfazit
    - d) Politische Organe
    - e) Zwischenfazit
    - f) Besonderheiten für Bilder von Gemeinderatssitzungen

## A. Einleitung

Die Rechtslage betreffend den Umgang mit Personenbildnissen von Gemeindemitarbeitern ist aktuell auf den ersten Blick etwas unübersichtlich, weil neben den Bildnisschutz des Urheberrechtsgesetzes (UrhG)<sup>1)</sup> und den dienstrechtlichen Vorschriften vor rund einem Jahr die Regelungen der DSGVO getreten sind. Während es zu § 78 UrhG eine Vielzahl an Entscheidungen gibt, trat der datenschutzrechtliche Schutz von Bilddaten bisher eher in den Hintergrund.<sup>2)</sup> Der Grundsatz des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts gegenüber dem nationalen Recht spricht allerdings dafür,<sup>3)</sup> dass der bisher oft zur Anwendung gekommene § 78 UrhG seit der Gültigkeit der DSGVO in vielen Fällen nicht mehr anwendbar ist.<sup>4)</sup>

Gemeinden, die in verschiedenen Situationen etwa zu Repräsentations- oder Informationszwecken Bilder verwenden wollen, sehen sich mit Vorschriften aus unterschiedlichen Rechtsgebieten und mit der Herausforderung konfrontiert, die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen gegen ihre eigenen Interessen abzuwägen.

## Praxistipp

Aus juristischer Sicht gibt es hier keine Pauschallösung, sondern ist es geboten, nach den unterschiedlichen Lebenssachverhalten und nach den Funktionen bzw Aufgabenbereichen der betroffenen Mitarbeiter zu differenzieren.

## B. Zivilrechtlicher und/oder datenschutzrechtlicher Schutz?

Aus zivilrechtlicher Sicht ist das **Recht am eigenen Bild** nach § 78 UrhG einschlägig, wobei es sich dabei eigentlich nicht um eine klassische urheberrechtliche, sondern um eine persönlichkeitsrechtliche Vorschrift handelt.<sup>5)</sup> Nach § 78 Abs 1 UrhG ist die Veröffentlichung von Bildern von Personen unzulässig, wenn dadurch berechtigte Interessen der abgebildeten Person verletzt werden und kein überwiegendes Interesse an der Veröffentlichung besteht.

Aus datenschutzrechtlicher Perspektive sind die **Bestimmungen der DSGVO** sowie die im ersten und zweiten Hauptstück des **DSG** geregelten Vorschriften

1) Urheberrechtsgesetz BGBl 1936/111.

2) *Seling/Schelling*, Bildnutzung in der Praxis: Alles neu nach der DSGVO? *ecolex* 2018, 739 (740) mwN.

3) Ua EuGH 15. 7. 1964, C-6/64, *Costa/ENEL* und EuGH 9. 3. 1978, C-106/77, *Simmenthal II*; genauer dazu *Vcelouch* in *Jaeger/Stöger* (Hrsg), EUV/AEUV Art 288 AEUV Rz 23 (Stand 1. 11. 2017, rdb.at).

4) Auch in Deutschland wird das Thema Anwendungsvorrang der DSGVO gegenüber dem dortigen Kunsturhebergesetz derzeit diskutiert; s dazu *Abmus/Winzer*, Mitarbeiterfotos im Intranet, auf Webseiten und in sozialen Netzwerken, ZD 2018, 508 (509f) mwN.

5) *Kodek* in *Kucsko/Handig*, urheber.recht<sup>2</sup> § 78 UrhG Rz 1 (Stand 1. 4. 2017, rdb.at).

RFG 2019/13

§ 78 UrhG

DSGVO

DSG;

Bildnisschutz;

Interessenabwägung;

sensible Daten;

berechtigte Interessen

zu beachten.<sup>6)</sup> Der Anwendungsbereich des DSGVO und der DSGVO ist aus Sicht der Gemeinde grundsätzlich dann eröffnet, wenn sie personenbezogene Daten, also „Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person [...] beziehen“<sup>7)</sup> verarbeitet (bzw. verarbeiten lässt).

Aufgrund des **Anwendungsvorrangs des Unionsrechts** gegenüber dem nationalen Recht ist § 78 UrhG in den meisten Fällen unanwendbar. Sein Anwendungsbereich ist nunmehr auf ausschließlich analoge Fotos, Gemälde, Grafiken und Plastiken beschränkt.<sup>8)</sup>

Aus diesem Grund wird in diesem Beitrag ausschließlich auf die datenschutzrechtliche Perspektive eingegangen, die mit dienstrechtlichen Aspekten ergänzt wird, zumal digitale Bilder besonders praxisrelevant sind. Versteht man unter analogen Bildern nicht nur durch Analogfotografie erzeugte, sondern alle abgedruckten bzw. ausgedruckten Bilder, würde die Veröffentlichung von Fotos von Gemeindemitarbeitern in Printmedien wie den Gemeindenachrichten oder auf Infoblättern nicht der DSGVO und dem DSG, sondern § 78 UrhG unterliegen.

#### Praxistipp

In der Praxis werden diese Printmedien allerdings oft zusätzlich auf der Homepage der Gemeinde veröffentlicht, sodass letztlich doch das Datenschutzrecht einschlägig ist.

### C. Dienstrecht

Neben dem Datenschutz- bzw. Zivilrecht sind bei Mitarbeitern, die in einem privatrechtlichen Dienstverhältnis zur Gemeinde stehen, außerdem die **Gemeinde-Vertragsbedienstetengesetze** und für Personen, die in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis zur Gemeinde stehen, die **Gemeindebeamtendienstordnungen** der jeweiligen Bundesländer zu beachten, wobei die Bezeichnungen und Anwendungsbereiche der einzelnen Gesetze je nach Bundesland voneinander abweichen.<sup>9)</sup> Außerdem gibt es zB für Städte mit eigenem Statut oft eigene Gesetze.<sup>10)</sup>

Bürgermeister und Gemeinderäte sind kommunalpolitische Mandatäre, also keine klassischen Beamten,<sup>11)</sup> aber auch keine Vertragsbediensteten. Das ergibt sich ua daraus, dass es für sie eigene (**Gemeinde-)Bezügegesetz** gibt.<sup>12)</sup> Sowohl der Bürgermeister als auch der Gemeinderat sind nach Art 117 Abs 1 lit a und lit c B-VG<sup>13)</sup> Organe der Gemeinde.<sup>14)</sup> Ihre Aufgaben ergeben sich neben dem B-VG ua aus den Gemeindeordnungen bzw. aus der Stadtverfassung.<sup>15)</sup>

### D. Bildnisschutz seit Gültigkeit der DSGVO

Erstellt und/oder veröffentlicht die Gemeinde digitale Bilder ihrer Gemeindemitarbeiter oder lässt sie solche erstellen, handelt es sich dabei jeweils um eine Datenverarbeitung iSd Art 4 Z 2 DSGVO, weil sowohl die Erhebung als auch das Verbreiten und Offenlegen durch Übermitteln Datenverarbeitungsvorgänge darstellen.<sup>16)</sup>

### 1. Gemeinde als Verantwortliche

Dabei stellt sich die Frage, wer bei dieser Verarbeitung datenschutzrechtlicher Verantwortlicher iSd Art 4 Z 7 DSGVO ist und als solcher „über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet“, dh Entscheidungskompetenz hat.<sup>17)</sup> Auch „Behörde[n], Einrichtung[en] oder andere Stelle[n]“ können nach Art 4 Z 7 DSGVO Verantwortliche sein. § 26 Abs 1 DSG definiert Verantwortliche des öffentlichen Bereichs ua als jene Verantwortlichen, „die in Formen des öffentlichen Rechts eingerichtet sind, insb auch als Organ einer Gebietskörperschaft“ (Z 1 leg cit).

Daraus ergibt sich, dass nicht notwendigerweise die Gemeinde selbst Verantwortliche sein muss, sondern dass auch eines oder mehrere ihrer Organe als Verantwortliche fungieren können. Gibt es **keine gesetzliche Zuordnung**, etwa durch eine explizite Nennung des Verantwortlichen oder in Form einer organisationsrechtlichen Zuordnung der datenschutzrechtlichen Entscheidungsbefugnisse, sei laut *Lachmayer* „[j]e nach Größe und organisatorischer Ausgestaltung [...] auf Gemeindeebene zumeist von bloß einem Verantwortlichen auszugehen“, während man in größeren Städten differenzieren müsse.<sup>18)</sup>

In den einzelnen Landesgesetzen betreffend das **Dienstrecht von Gemeindebediensteten** gibt es **datenschutzrechtliche Normen**, in denen die Verantwortlichkeit betreffend die Verarbeitung bestimmter mit dem Dienstverhältnis in Zusammenhang stehender Daten geregelt wird. In Niederösterreich ist der Bürgermeister bzw. Obmann Verantwortlicher,<sup>19)</sup> in Wien ist es der Magistrat,<sup>20)</sup> im Bundesland Salzburg die Gemeinde selbst,<sup>21)</sup> in der Landeshauptstadt Salz-

6) Die §§ 12f DSG zur Bildverarbeitung werden hier nicht behandelt, weil es sich dabei um Bestimmungen betreffend Bildaufnahmen zu privaten Zwecken handelt.

7) Art 4 Z 1 DSGVO.

8) *Seling/Schelling*, *ecollex* 2018, 739 (740) mwN.

9) Niederösterreich: NÖ Gemeinde-Vertragsbedienstetengesetz 1976 (GVBG), LGBl 2420-0; NÖ Gemeindebeamtendienstordnung 1976 (GBDO) LGBl 2400-0; Wien: Vertragsbedienstetenordnung 1995 (VBO 1995) LGBl 1995/50; Dienstordnung 1994 (DO 1994) LGBl 1994/56; Salzburg: Gemeinde-Vertragsbedienstetengesetz 2001 (Gem-VBG) LGBl 2002/17; Salzburger Gemeindebeamtengesetz 1968, LGBl 1968/27.

10) ZB G vom 23. 5. 2012 über das Dienstrecht der Bediensteten der Landeshauptstadt Salzburg (Magistrats-Bedienstetengesetz – MagBeG) LGBl 2012/51.

11) *Neger*, *Tatort Gemeindeamt* (Teil I), RFG 2015/2 (5).

12) NÖ Gemeinde-Bezügegesetz (NÖ GBezG) LGBl 1005-0; Wiener Bezügegesetz 1997 LGBl 1997/42; Salzburger Bezügegesetz 1998 (S.BG 1998) LGBl 1998/3.

13) B-VG BGBl 1930/1 idF BGBl I 1999/194.

14) VfGH 11. 12. 2002 V 104/01 VfSlg 16.767: „Bürgermeister [sind] keine Gemeindebeamten, sondern für die Vollziehung zuständige, gewählte Organe der jeweiligen Gemeinde (vgl Art 117 Abs 1 lit c und Art 119 Abs 2 B-VG).“

15) NÖ Gemeindeordnung 1973 (NÖ GO 1973) LGBl 1000-0; Wiener Stadtverfassung (WStV) LGBl 1968/; Salzburger Gemeindeordnung 1994 (GdO 1994) LGBl 1994/107.

16) *Hödl* in *Knyrim*, *DatKomm* Art 4 DSGVO Rz 35 (Stand 1. 12. 2018, rdb.at).

17) *Geuer/Reinisch*, *Abgrenzungsfragen zur Zusammenarbeit der verschiedenen Akteure der Datenschutz-Grundverordnung*, *justIT* 2018/41 (98) mwN.

18) *Lachmayer*, *Die DSGVO im öffentlichen Bereich*, *ÖJZ* 2018/17 (115f).

19) § 1b Abs 1 bis 3 NÖ GBDO; § 1 Abs 7 GVBG.

20) § 66a Abs 1 VBO 1995; § 110b DO 1994.

21) § 124 Gem-VBG; § 77 Salzburger Gemeindebeamtengesetz 1968.

burg wiederum der Bürgermeister.<sup>22)</sup> Die Verantwortlichkeit wird hier aber nur betreffend bestimmte in den jeweiligen Gesetzen aufgezählte, nicht betreffend alle Datenverarbeitungsvorgänge, geregelt. Der dort bestimmte Verantwortliche ist für die Verarbeitung von Bilddaten nur zuständig, wenn diese von den aufgezählten Datenverarbeitungen umfasst ist. Außerdem ist auf die jeweiligen in den Gesetzen aufgezählten Verarbeitungszwecke zu achten, weil die Verarbeitungsermächtigungen nur für diese Zwecke gelten.

Aus **praktischer Sicht** ist die Frage nach der datenschutzrechtlichen Verantwortlichkeit zwar für die Zuordnung einiger Pflichten wie etwa der Dokumentationspflicht oder der Pflicht zur Bestellung eines Datenschutzbeauftragten einschlägig,<sup>23)</sup> sie darf aber nicht überbewertet werden. Denn

- erstens dürfen in Österreich nach Art 83 Abs 7 DSGVO iVm § 30 Abs 5 DSG gegen Behörden und öffentliche Stellen bei einem Verstoß gegen die DSGVO keine Geldbußen verhängt werden;
- zweitens ist die Frage nach der schadenersatzrechtlichen „Verantwortlichkeit“ iSd Art 82 DSGVO, also der Haftung gegenüber Dritten bei einem Verstoß gegen DSGVO-Bestimmungen,<sup>24)</sup> losgelöst von der datenschutzrechtlichen Verantwortlichkeit zu beantworten.

Im Schadensfall wird nämlich der **Rechtsträger als letzter „Verantwortlicher“** belangt, nicht die Behörde oder öffentliche Stelle, die konkret Daten verarbeitet hat.<sup>25)</sup> Verstößt also etwa der Bürgermeister als Verantwortlicher gegen die DSGVO, wird die Gemeinde gegenüber dem verletzten Dritten schadenersatzpflichtig, obwohl sie betreffend die konkrete Verarbeitung nicht datenschutzrechtliche Verantwortliche ist.

## 2. Verarbeitung sensibler Daten?

Um die richtige Rechtsgrundlage für die Verarbeitung von Bilddaten ermitteln zu können, ist die Frage zu beantworten, ob es sich bei personenbezogenen Bilddaten um sensible oder nicht-sensible Daten handelt.<sup>26)</sup> Dies wurde in der österr Lit bereits heiß diskutiert,<sup>27)</sup> aber letztlich von der DSB und vom EuGH dahingehend entschieden,<sup>28)</sup> dass **Bilddaten nicht per se sensible Daten** sind. Das bedeutet, dass nicht bei jeder Verarbeitung personenbezogener Bilddaten „automatisch“ die strengen Voraussetzungen des Art 9 Abs 2 DSGVO einzuhalten sind, sondern dass es auf den Verarbeitungszweck ankommt.

Die Veröffentlichung der Personenbildnisse dient aus Sicht der Gemeinde idR den Zwecken der Information der Bürger, der Erleichterung der Kontaktaufnahme, dem Bürgerservice und der Repräsentation. Die Verarbeitung der Bilddaten zielt also nicht darauf ab, die Adressaten über Daten iSd Art 9 Abs 1 DSGVO, also etwa über die ethnische Zugehörigkeit, Gesundheitsdaten, genetische oder biometrische Daten des jeweiligen Gemeindefunktionsmitarbeiters zu informieren, auch wenn der Adressat aufgrund des Bildes faktisch auf solche Eigenschaften schließen kann.

Es ist daher davon auszugehen, dass die Datenverarbeitung den Voraussetzungen des Art 6 Abs 1

DSGVO unterliegt, also einer der dort aufgezählten Erlaubnistatbestände erfüllt sein muss, damit die Datenverarbeitung als rechtmäßig anzusehen ist.

## 3. Rechtsgrundlagen

Von den in Art 6 Abs 1 DSGVO aufgezählten **Erlaubnistatbestände** kommen

- Art 6 Abs 1 lit a DSGVO (Einwilligung der betroffenen Person),
- Art 6 Abs 1 lit b DSGVO (Datenverarbeitung zur Vertragserfüllung erforderlich) sowie
- Art 6 Abs 1 lit f DSGVO (Wahrung berechtigter Interessen)

in Frage. Daneben sind die auf Grundlage der Öffnungsklausel in Art 88 DSGVO erlassenen nationalen Vorschriften zu berücksichtigen.

Da die Datenverarbeitung auf Grundlage einer Einwilligung oder berechtigter Interessen nur dann Sinn macht, wenn sie nicht bereits aufgrund eines Vertrags oder gesetzlicher Regelungen erlaubt ist, ist an erster Stelle einer „Fallprüfung“ zum Umgang mit Bilddaten zu fragen, ob nicht die Voraussetzungen des Art 6 Abs 1 lit b DSGVO oder eine gesetzliche oder kollektivvertragliche Ermächtigung gegeben sind.

### a) Dienstvertrag

Der Erlaubnistatbestand nach Art 6 Abs 1 lit b DSGVO kommt nur bei der Verarbeitung personenbezogener Bilddaten eines Vertragsbediensteten in Frage, weil das Dienstverhältnis zwischen Beamten und Gemeinde hoheitlicher Natur ist. Abgesehen davon muss die Datenverarbeitung nach diesem Erlaubnistatbestand für die Vertragserfüllung absolut erforderlich sein.<sup>29)</sup> Das ist bei einem Dienstvertrag eines Gemeindefunktionsmitarbeiters idR nicht gegeben, weil es keinen unmittelbaren Zusammenhang zwischen der Bilddatenverarbeitung und dem konkreten Zweck des Schuldverhältnisses gibt.

### Praxistipp

Das gilt zumindest für die Veröffentlichung von Fotos auf der Gemeindehomepage oder in Infoblättern, weil diese Art der Datenverarbeitung idR nicht vom Dienstvertrag gedeckt ist. Die Erstellung eines Bildes für den Dienstaussweis des Mitarbeiters wird

22) § 213 Abs 2 MagBeG.

23) Art 30, 37 DSGVO.

24) *Schweiger* in *Knyrim*, DatKomm Art 82 DSGVO Rz 38 (Stand 1. 12. 2018, rdb.at).

25) *Bergauer*, Die Rollenverteilung nach der DS-GVO – zugleich Überlegungen zu einem Übermittlungsprivileg im Konzern innerhalb enger Grenzen, *jusIT* 2018/24 (62).

26) In diesem Beitrag wird der Begriff „sensible Daten“, wie zu einem großen Teil in der Lit üblich, als Synonym für den Begriff „Daten, die unter besondere Kategorien von Daten fallen“ verwendet.

27) *Knyrim*, Bilddaten: immer sensibel? *jusIT* 2016/102; *Bergauer*, Die Einordnung von Bilddaten erkennbarer Personen im Datenschutzrecht. Eine Replik auf *Knyrim*, Bilddaten: immer sensibel? *jusIT* 2016/102, 235, *jusIT* 2016/103.

28) DSB DSB-D202.207/0001-DSB/2018 Dako 2019/12; EuGH 11. 12. 2014, C-212/13, *Ryneš gegen Úřad pro ochranu osobních údajů* (Tschechische Datenschutzbehörde) Rz 34; s dazu *Knyrim/Horn*, Die Zulässigkeit der Verwendung von Mitarbeiteraufnahmen, Dako 2015/1 (7) sowie *Knyrim*, Bilddaten, *jusIT* 2016/102 (240).

29) *Kastelitz/Hötzendorfer/Tschohl* in *Knyrim*, DatKomm Art 6 DSGVO Rz 36 (Stand 1. 10. 2018, rdb.at) mwN.

die Gemeinde hingegen auf Art 6 Abs 1 lit b DSGVO stützen können, wenn dies für die Erfüllung des Dienstvertrags (zB Zugang zum Arbeitsplatz) erforderlich ist.

#### b) Gesetzliche und kollektivvertragliche Ermächtigungen zur Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext

**Art 88 Abs 1 DSGVO** erlaubt den Mitgliedstaaten unter bestimmten formellen und materiellen Voraussetzungen durch Rechtsvorschriften oder „Kollektivvereinbarung“, also Kollektivvertrag und Betriebsvereinbarung,<sup>30)</sup> spezifischere Vorschriften betreffend die Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext vorzusehen. Dadurch sollen ua die Bedingungen betreffend die Datenverarbeitung „für Zwecke der Einstellung, der Erfüllung des Arbeitsvertrags einschließlich der Erfüllung von durch Rechtsvorschriften oder durch Kollektivvereinbarungen festgelegten Pflichten“ konkretisiert werden,<sup>31)</sup> wobei von Art 88 DSGVO auch Vorschriften betreffend das Dienstrecht von Beamten umfasst sind.<sup>32)</sup>

Es ist also zu klären, ob es für den konkreten Fall nicht **gesetzliche oder kollektivvertragliche Vorschriften** oder eine **Betriebsvereinbarung** gibt, wonach die Bilddatenverarbeitung erlaubt ist. Nach den oben besprochenen Landesgesetzen betreffend das Dienstrecht der Gemeinden, die wohl auf Grundlage des Art 88 DSGVO erlassen wurden, ist die Verarbeitung von Bilddaten nicht schlechthin erlaubt.

#### Praxistipp

Bspw die Veröffentlichung eines Bildes eines „einfachen“ Mitarbeiters auf der Gemeindehomepage steht mE nicht unmittelbar mit dem Dienstverhältnis in Zusammenhang,<sup>33)</sup> weil sie für dessen Erfüllung nicht erforderlich ist.<sup>34)</sup> Die Erstellung von Bildern zB für die Personalakten oder die Dienstausweise der Beschäftigten wird hingegen sehr wohl von den Ermächtigungen erfasst sein.

#### c) Einwilligung

Nach Art 6 Abs 1 lit a DSGVO ist eine Datenverarbeitung zulässig, wenn die betroffene Person in die Datenverarbeitung einwilligt, wobei die strengen Anforderungen des Art 7 DSGVO erfüllt werden müssen. Aufgrund des Über-Unterschiedsverhältnisses zwischen Dienstgeber und Dienstnehmer könnte hier das Element der Freiwilligkeit zweifelhaft sein. Denn der Mitarbeiter könnte Nachteile befürchten, wenn er nicht in die Datenverarbeitung einwilligt.

#### Anforderungen

Aus diesem Grund ist bei der Einholung einer Einwilligungserklärung größtmögliche Sorgfalt an den Tag zu legen. Sie muss freiwillig, informiert und bestimmt iSd DSGVO sein und sollte aus Beweisgründen schriftlich eingeholt werden,<sup>35)</sup> zumal die Gemeinde als Verantwortliche gem Art 7 Abs 1 und Art 5 Abs 2 DSGVO die Beweislast für das Zustandekommen einer wirksamen Einwilligungserklärung trägt.<sup>36)</sup> Wichtig sind va die Freiwilligkeit sowie die Nennung eines konkreten

Verarbeitungszwecks und der Widerrufshinweis vor der Erteilung der Einwilligung.<sup>37)</sup>

#### Praxistipp

Dem Mitarbeiter muss ausdrücklich klargemacht werden, dass eine Verweigerung der Einwilligung keine negativen Konsequenzen für ihn hat.

#### Widerruf

Nach Art 7 Abs 3 DSGVO kann eine erteilte Einwilligung grundsätzlich jederzeit und ohne Angabe von Gründen widerrufen werden, was dazu führt, dass die Datenverarbeitung ab dem Zeitpunkt des Widerrufs unzulässig ist. Der betroffenen Person steht nach Art 17 Abs 1 lit b DSGVO mit der Ausübung des Widerrufsrechts auch ein Lösungsanspruch zu.

Nach *Aßmus* und *Winzer* sollen Mitarbeiter **im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses** abgegebene Einwilligungserklärungen nicht grundlos widerrufen können, zumal iRd Widerrufsrechts eine Interessenabwägung vorzunehmen sei und ein grundloser und willkürlicher Widerruf hinter die Veröffentlichungsinteressen des Arbeitgebers zurückzutreten habe.<sup>38)</sup> Dabei seien der Grundsatz von Treu und Glauben sowie arbeitsrechtliche Rücksichtnahmepflichten zu berücksichtigen.<sup>39)</sup>

Dienstrechtliche **Rücksichtnahmepflichten** wie etwa die Treuepflicht können aus datenschutzrechtlicher Sicht nicht dazu führen, dass ein Widerruf begründet werden muss, um wirksam zu sein. ME ist ein unbegründeter Widerspruch wirksam, auch wenn damit eine Verletzung der dienstrechtlichen Treuepflicht einhergeht. Eine Interessenabwägung ist beim Widerruf im Gegensatz zum Widerspruch nicht vorzunehmen. Die Verletzung der Treuepflicht kann allenfalls dienstrechtliche Folgen nach sich ziehen.

#### d) Berechtigte Interessen

Nach Art 6 Abs 1 lit f DSGVO ist die Verarbeitung personenbezogener Daten zulässig, wenn sie zur Wahrung berechtigter Interessen des Verantwortlichen (oder eines Dritten) erforderlich ist, sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person überwiegen. Es sind also folgende **drei kumulative Voraussetzungen** zu erfüllen:

30) ErwGr 155 S 1 DSGVO.

31) ErwGr 155 S 2 DSGVO.

32) *Goricnik* in *Knyrim*, DatKomm Art 88 DSGVO Rz 12 (Stand 1. 10. 2018, rdb.at) mwN.

33) Mit „einfachen“ Gemeindemitarbeitern sind Personen gemeint, die keine repräsentativen Aufgaben wahrnehmen.

34) Nach § 1 b Abs 1 GBDO und § 66 a Abs 1 VBO darf der Bürgermeister (Obmann) bzw der Magistrat nur Mitarbeiterdaten verarbeiten, die „mit dem Rechtsverhältnis in unmittelbarem Zusammenhang“ stehen, nach der VBO außerdem nur für bestimmte dort aufgezählte Zwecke.

35) So auch *Aßmus/Winzer*, ZD 2018, 508 (513).

36) *Kastelitz* in *Knyrim*, DatKomm Art 7 DSGVO Rz 12 (Stand 1. 10. 2018, rdb.at).

37) *Kastelitz* in *Knyrim*, DatKomm Art 7 DSGVO Rz 27.

38) *Aßmus/Winzer*, ZD 2018, 508 (513).

39) *Aßmus/Winzer*, ZD 2018, 508 (513) mwN.

- Vorliegen eines berechtigten Interesses der Gemeinde,
- Erforderlichkeit der Datenverarbeitung zur Verwirklichung des berechtigten Interesses und
- kein Überwiegen der Grundrechte und Grundfreiheiten betroffener Person.<sup>40)</sup>

Die Beziehung zwischen der Gemeinde und ihren Mitarbeitern stellt kein klassisches „*Gleichordnungsverhältnis unter Privaten*“ dar.<sup>41)</sup> Daher ist fraglich, ob der Erlaubnistatbestand im Verhältnis zwischen einer Gemeinde und ihren Mitarbeitern überhaupt anwendbar ist. Für das **Vertragsbedienstetenverhältnis** kann dies mE bejaht werden, weil es ohnehin privatrechtlicher Natur ist. Das **Beamtenverhältnis** ist hingegen ein Dienstverhältnis öffentlich-rechtlicher Natur. Die Ausdehnung des Anwendungsbereichs der DSGVO auf die gesamte öffentliche Verwaltung mit Ausnahme des Sicherheitspolizei- und Strafrechts nach § 4 Abs 1 DSG könnte aber dennoch für die Anwendbarkeit des Erlaubnistatbestands im Beamtenverhältnis sprechen.<sup>42)</sup> Vom österr Gesetzgeber war damit ja gerade eine Ausdehnung der Regeln der DSGVO auf den hoheitlichen Bereich gewünscht.

#### Anforderungen

Im Vergleich zur Einwilligung sind die Anforderungen an Art 6 Abs 1 lit f DSGVO viel weniger detailliert. Nach ErwGr 47 DSGVO seien „*die vernünftigen Erwartungen der betroffenen Personen, die auf ihrer Beziehung zu dem Verantwortlichen beruhen, zu berücksichtigen*“, wobei ein berechtigtes Interesse etwa dann gegeben sein könne, „*wenn eine maßgebliche und angemessene Beziehung zwischen der betroffenen Person und dem Verantwortlichen besteht*“, zB ein Dienstverhältnis.<sup>43)</sup> Bei der Abwägung sei weiters zu berücksichtigen, ob die betroffene Person im Zeitpunkt und aufgrund der Umstände der Datenerhebung „*vernünftigerweise absehen kann, dass möglicherweise eine Verarbeitung für diesen Zweck erfolgen wird*.“

Was die Interessenabwägung betrifft, ist außerdem das sog **Interessenprinzip** anzuwenden, das auch beim Bildnisschutz nach § 78 UrhG herangezogen wird.<sup>44)</sup> Die dazu ergangene Rsp des OGH kann also auf die Interessenabwägung nach Art 6 Abs 1 lit f DSGVO übertragen werden, sodass insb folgende **Fallgruppen** für ein überwiegendes Interesse der betroffenen Person, also des Mitarbeiters sprechen:<sup>45)</sup>

- bloßstellende oder entstellende Bilder,
- die Intimsphäre verletzende Bildnisse,
- Verwendung von Fotos für Werbezwecke
- Veröffentlichung eines Bildnisses mit einem abträglichen Begleittext.

Diese Aufzählung ist nicht abschließend. Bei der Interessenabwägung sind außerdem noch andere Aspekte wie die Veröffentlichung in Print- oder in digitalen Medien, der Aufgabenbereich bzw die Funktion des Mitarbeiters sowie die Lage des Einzelfalls zu berücksichtigen.<sup>46)</sup>

#### Widerspruch

Bei Datenverarbeitungen nach Art 6 Abs 1 lit f DSGVO steht der betroffenen Person ein Wider-

spruchsrecht nach Art 21 DSGVO zu. Dh, dass ein Mitarbeiter gegenüber der Gemeinde als Verantwortliche Widerspruch gegen das Erstellen bzw die Veröffentlichung eines Bildes erheben kann. So kann die Interessenabwägung iRd Art 6 Abs 1 lit f DSGVO überprüft werden. Der Widerspruch macht die Verarbeitung aber nicht automatisch unzulässig.

#### 4. Beispiele aus der Praxis

Aus praktischer Sicht ist hervorzuheben, dass der Erlaubnistatbestand der Wahrung berechtigter Interessen eine **Differenzierung** nach den jeweiligen **Funktionen bzw Aufgabenbereichen** der Mitarbeiter sowie nach der Lage des Einzelfalls zulässt bzw sogar fordert. Denn die Frage, ob die Gemeinde ein berechtigtes Interesse an der Datenverarbeitung hat und wie dieses gegenüber jenem der betroffenen Person zu gewichten ist, hängt wesentlich von diesen Faktoren ab.

##### a) „Einfache“ Gemeindemitarbeiter (Mitarbeiter am Bauhof, Sachbearbeiter)

In den Aufgabenbereich eines **Bauhofmitarbeiters** können zB Straßenwartungsarbeiten, Winterdienst, die Pflege öffentlicher Flächen sowie die Instandhaltung und Betreuung gemeindeeigener Liegenschaften wie des Schulgebäudes oder des Freibads fallen. Die Veröffentlichung eines Bildes von ihm wird für die Gemeinde idR von geringerem Interesse sein als die Veröffentlichung von Fotos gemeindepolitischer Mandatäre.

Bei der Veröffentlichung eines Bildes von einem Mitarbeiter am Bauhof wird die Gemeinde idR nicht mit einem berechtigten Interesse an der Repräsentation der Gemeinde durch den Bauhofmitarbeiter argumentieren können. Wenn überhaupt, besteht ein Informationsinteresse, etwa, wenn der Bauhofmitarbeiter als Bademeister tätig ist und auf der Homepage der Gemeinde mit Foto vorgestellt werden soll, um den Gemeindebürgern die Kontaktaufnahme zu erleichtern.

Dasselbe gilt grundsätzlich für einen **Sachbearbeiter**, in dessen Aufgabenbereich etwa die Planung, Organisation und Koordination der Instandhaltung und Instandsetzung gemeindeeigener Betriebe, Gebäude und Einrichtungen, die Personalplanung und -führung, die Budgetplanung und der Schriftverkehr mit Parteien und anderen Behörden fällt. Auch hier wird die Gemeinde kein Repräsentations-, sondern allenfalls ein Informationsinteresse sowie ein Interesse an der

40) *Kastelitz/Hötzendorfer/Tschohl* in *Knyrim*, DatKomm Art 6 DSGVO Rz 51.

41) *Frenzel* in *Paal/Pauly*, DS-GVO BDSG<sup>2</sup> (2018) Art 6 DSGVO Rz 26.

42) ErläutRV 1664 BlgNR 25. GP 4, 16; so auch *Lachmayer*, ÖJZ 2018/17 (113).

43) ErwGr 47 DSGVO darf nicht so verstanden werden, dass er zusätzliche Anforderungen an den Erlaubnistatbestand der Wahrung berechtigter Interessen festschreibt, weil ein ErwGr keine Rechtsnorm darstellt. Er ist lediglich zur Interpretation des Art 6 Abs 1 lit f DSGVO heranzuziehen.

44) *Seling/Schelling*, *ecolex* 2018, 739 (741).

45) *Seling/Schelling*, *ecolex* 2018, 739 (742).

46) S dazu unten Beispiele aus der Praxis.

Gewährung eines guten Bürgerservices argumentieren können.

Sowohl bei einem Bauhofmitarbeiter als auch bei einem Sachbearbeiter reichen dafür aber idR die Angabe der Kontaktdaten wie Telefonnummer und E-Mail-Adresse sowie des Namens und der Funktion in der Gemeinde aus. Das gilt mE auch dann, wenn diese (auch) als Ansprechpartner für die Bürger fungieren. Außerdem ist das Interesse der Gemeinde wie erwähnt mit entgegenstehenden Interessen des einzelnen Mitarbeiters abzuwägen. Diese müssen bei einem „einfachen“ Mitarbeiter naturgemäß nicht so schwer wiegen wie bei Mitarbeitern, die die Gemeinde repräsentieren. Hier sind die oben aufgezählten Fallgruppen, die der OGH zu § 78 UrhG entwickelt hat, zu berücksichtigen.

#### b) Veröffentlichung in unterschiedlichen Medien

Für die Interessenabwägung macht es mE grundsätzlich sehr wohl einen Unterschied, ob ein Personenbildnis im Internet oder in einem Printmedium wie den Gemeindenachrichten veröffentlicht wird. Denn allein die Tatsache, dass mit der Veröffentlichung von **Bildern auf der Gemeindehomepage** aufgrund der umfassenden Speichermöglichkeiten im Internet ein verhältnismäßig hohes Risiko für die Rechte des Mitarbeiters einhergeht, spricht für ein überwiegendes Interesse des Mitarbeiters.<sup>47)</sup> Das gilt erst recht für **Veröffentlichungen in sozialen Medien** wie Facebook oder Instagram, die sich in ihren AGB umfangreiche Lizenzen an den dort geposteten Inhalten sowie deren Übertragung an Dritte vorbehalten.<sup>48)</sup>

Etwas geringer ist das Interesse des Mitarbeiters wohl zu gewichten, wenn die **Veröffentlichung lediglich in Printmedien** erfolgen soll, weil nicht damit gerechnet werden muss, dass die dort veröffentlichten Bilder so umfassend gespeichert und verbreitet werden wie bei der Veröffentlichung in digitalen Medien. Dennoch kann etwa ein Artikel in einer Gemeindezeitung oder ein Bild auf einem Infoblatt von einer dritten Person ganz einfach fotografiert oder eingescannt und ins Internet hochgeladen werden. Dies liegt nicht einmal außerhalb der Lebenserfahrung. Praktisch werden Gemeindenachrichten und Infoblätter außerdem oft auch in digitaler Form auf der Gemeindehomepage zur Verfügung gestellt.

Die Unterscheidung ist also eher theoretischer Natur. Ihr wird aufgrund der aktuellen Möglichkeiten der Bevölkerung und der Praxis der Gemeinden kaum praktische Bedeutung zukommen.

#### c) Zwischenfazit

Zusammenfassend wird für die Veröffentlichung von Fotos von einem „einfachen“ Mitarbeiter aus datenschutzrechtlicher Sicht idR eine Einwilligungserklärung eingeholt werden müssen, egal, ob es sich um eine Veröffentlichung in digitalen Medien oder in Papierform handelt.<sup>49)</sup>

#### d) Politische Organe

Die Veröffentlichung von Bildern von Mitarbeitern mit einer politischen Funktion, wie zB eines **Bürger-**

**meisters oder Gemeinderatsmitglieds**, wird im Gegensatz dazu von starkem Interesse der Gemeinde sein, und zwar sowohl aus informativen als auch aus repräsentativen Gründen. Da wie erwähnt auch bei der Berufung auf Art 6 Abs 1 lit f DSGVO das aus dem zivilrechtlichen Bildnisschutz stammende Interessenprinzip gilt,<sup>50)</sup> kann man sich an der dazu ergangenen Rechtsprechung des OGH orientieren, wobei diese vor die Veröffentlichung von Personenbildnissen durch Medienunternehmen betrifft.

Demnach kann ein **überwiegendes Nachrichteninteresse** an der Veröffentlichung eines Bildnisses einer im öffentlichen Leben stehenden Person gegeben sein, wenn das Lichtbild iZm deren öffentlicher Tätigkeit steht.<sup>51)</sup> Generell gehe die Interessenabwägung bei einem Politiker regelmäßig zugunsten der Meinungsäußerungsfreiheit aus, wobei es nicht auf die tatsächliche Bekanntheit der Person ankomme, sondern darauf, ob sie einer politischen Tätigkeit nachkommt.<sup>52)</sup> Ist die abgebildete Person allgemein bekannt, verletzt eine Bildnisveröffentlichung nach der Rechtsprechung an sich idR keine berechtigten Interessen.<sup>53)</sup>

Wenngleich bei einem Bürgermeister oder einem Gemeinderatsmitglied idR nicht davon ausgegangen werden kann, dass dieser „allgemein bekannt“ ist, sind hier andere Maßstäbe anzulegen als bei einem einfachen Gemeindemitarbeiter. Sowohl der Bürgermeister als auch der Gemeinderat haben **repräsentative Aufgaben**. Bei der Veröffentlichung der Bildnisse von diesen Personen spricht dies stark für ein berechtigtes Interesse der Gemeinde. Die gegenläufigen Interessen der betroffenen Person müssen also stärkeres Gewicht haben als jene eines einfachen Gemeindemitarbeiters, um eine Veröffentlichung nach Art 6 Abs 1 lit f DSGVO zu verhindern. Auch hier ist wieder auf die Fallgruppen des OGH zu § 78 UrhG zu verweisen.

Dies gilt insb für Bilder iZm repräsentativen Tätigkeiten, zB Eröffnung von Gebäuden, Maibaumaufstellen oder Gemeinderatssitzungen, weil der jeweilige Mitarbeiter dabei in seiner repräsentativen Funktion auftritt und die Gemeinde ein besonderes Interesse an der Veröffentlichung dieser Bilder hat. Auch die Veröffentlichung eines **Portraits des Bürgermeisters** bzw zumindest eines **Gruppenfotos der Gemeinderäte** auf der Gemeindehomepage liegt mE aufgrund ihrer (auch) repräsentativen Aufgaben im berechtigten Interesse der Gemeinde. Schließlich sollen die Bürger wissen, wer politische Entscheidungen in ihrer Ge-

47) Ebenso *Abmus/Winzer*, ZD 2018, 508 (511); hier aber bzgl der Veröffentlichung von Fotos von einem Mitarbeiter im Unternehmen.

48) Nutzungsbedingungen von Facebook, Punkt 3.3.; [www.facebook.com/legal/terms/](http://www.facebook.com/legal/terms/) (Stand 11. 4. 2019).

49) So auch *Führer*, Neues Datenschutzrecht für Gemeinden, RFG 2017/27 (127).

50) *Seling/Schelling*, *ecolex* 2018, 739 (741).

51) OGH 4 Ob 41/91, SZ 64/89 = JBI 1992, 527 = MR 1991,202 = ÖBI 1992, 85; Im konkreten Fall handelte es sich um ein Foto des Zentralbetriebsratsobmanns der Kärntner Landeskrankenanstalten, der auch Landtagsabgeordneter war.

52) EGMR 26. 2. 2002, 34315/96, *Krone Verlag GmbH & Co KG gegen Österreich*.

53) OGH 4 Ob 75/94, *Marmor, Stein und Eisen*, MR 1994, 162 = ÖBI 1995, 136 = Schulze/124 (Dittrich); OGH 4 Ob 177/06t, *Udo Jürgens*, MR 2007, 129 = ÖBI-LS 2007/42, 15; ua; s dazu *Zemann in Dokalik/Zemann*, Urheberrecht<sup>7</sup> § 78 UrhG E 150 (Stand 1. 10. 2018, rdb.at).

meinde trifft und an wen sie sich bei diesbzgl Anliegen wenden können.

### Praxistipp

An der Veröffentlichung von Bildern aus dem Privatleben der Mitarbeiter wird man trotz ihrer repräsentativen Funktionen kein berechtigtes Interesse annehmen können.

### e) Zwischenfazit

In der Praxis wird ein Bürgermeister oder ein Gemeinderatsmitglied sehr schwerwiegende Gründe nennen müssen, um die Veröffentlichung eines Fotos im Zusammenhang mit einer repräsentativen Tätigkeit auf der Gemeindehomepage zu verhindern. Das kann etwa bei der Veröffentlichung bloßstellender Fotos, nicht aber bei gewöhnlichen Bildnissen der Fall sein, die ihn bei einer repräsentativen Tätigkeit zeigen.

### f) Besonderheiten für Bilder von Gemeinderatssitzungen

Gemeinderatssitzungen sind nach Art 117 Abs 4 B-VG sowie zB nach § 47 NÖ GO öffentlich, dh, dass die Öffentlichkeit nur ausnahmsweise ausgeschlossen werden darf. Gemeindemitarbeiter, die dort auftreten, dürfen mE nach Art 6 Abs 1 lit f DSGVO fotografiert und ihre Bilder dürfen veröffentlicht werden. Das gilt nicht nur für Gemeindepolitiker, sondern zB auch für einen Mitarbeiter des Bauamts, der in einer Sitzung Bericht erstattet, weil er dadurch eine öffentlichkeitswirksame Aufgabe wahrnimmt und die Gemeinde ein berechtigtes Interesse daran hat, dies der Öffentlichkeit zu zeigen, die bei der Gemeinderatssitzung ja ohnehin anwesend sein dürfte.

An allfällige berechnete Interessen eines Bauamtsmitarbeiters ist zwar ein etwas weniger strenger Maßstab anzulegen als an jene eines politischen Mitarbeiters, aber auch er wird gewichtige Gründe gegen eine Veröffentlichung nennen müssen, um sie zu verhindern.

### → In Kürze

Bei der Erstellung und Veröffentlichung digitaler Bildnisse handelt es sich um Datenverarbeitungsvorgänge, die je nach Situation und Aufgabenbereich eines Mitarbeiters idR auf die Erlaubnistatbestände der Wahrung berechtigter Interessen oder der Einwilligung gestützt werden können, wobei davor zu prüfen ist, ob die Verarbeitung im Einzelfall nicht aufgrund einer Regelung auf Grundlage des Art 88 DSGVO oder bei Vertragsbediensteten aufgrund ihres Dienstvertrags erlaubt ist.

Bei der Interessenabwägung iRd Art 6 Abs 1 lit f DSGVO sind an das berechnete Interesse der Gemeinde an der Verarbeitung personenbezogener Bilddaten „einfacher“ Mitarbeiter höhere Anforderungen zu stellen als bei Mitarbeitern mit repräsentativen Aufgaben; für die der Datenverarbeitung entgegenstehenden Interessen eines „einfachen“ Gemeindemitarbeiters gelten im Vergleich zu den Interessen politischer Organe weniger strenge Voraussetzungen. Für die Veröffentlichung eines Bildnisses eines Sachbearbeiters oder Bauhofmitarbeiters ist idR eine Einwilligung erforderlich, bei der die Voraussetzungen des Art 7 DSGVO einzuhalten sind.

### → Zum Thema

#### Über die Autorin:

Mag. Klara Haimberger ist Projektassistentin in der Arbeitsgruppe Rechtsinformatik der Universität Wien und Dissertantin im Bereich Datenschutz und Gesundheitsrecht. Kontaktadresse: Arbeitsgruppe Rechtsinformatik Abteilung für Völkerrecht und Internationale Beziehungen, Schottenbastei 10–16/2/5, 1010 Wien. Tel: +43 (0)1 4277-353 05 E-Mail: klara.haimberger@univie.ac.at Internet: <http://rechtsinformatik.univie.ac.at>

#### Von derselben Autorin erschienen:

*Haimberger/Geuer*, Anonymisierende Wirkung der Pseudonymisierung, *Dako* 2018/33.

### → Literatur-Tipp



Datenschutz konkret, Probehefte im Angebot (2 Hefte € 15,-): [www.manz.at/angebote](http://www.manz.at/angebote)

#### MANZ Bestellservice:

Tel: (01) 531 61-100  
Fax: (01) 531 61-455  
E-Mail: [bestellen@manz.at](mailto:bestellen@manz.at)  
Besuchen Sie unseren Webshop unter [www.manz.at](http://www.manz.at)



Die RDB. Einfach wie noch nie.  
Zuverlässig wie schon immer.

[rdb.at](http://rdb.at)  
wo MANZ findet