

# DATENSCHUTZ- BERATER

» Ihr zuverlässiger Partner für Datenschutz und Datensicherheit

**Chefredakteur: Dr. Carlo Piltz**

**Schriftleitung: Dr. Alexander Golland, Adrian Schneider, Philipp Quiel, Tilman Herbrich**

## Datenschutz im Fokus

### WhatsApp in der Arztpraxis: Genickbruch auf Rezept

Risiken und Nebenwirkungen auf Kosten des Patienten: Warum vom Einsatz des Messengers zur Kommunikation mit Patienten abzuraten ist.

Seite 71

### Rechtsgrundlagen und Zweckbindung beim „Betrieblichen Eingliederungsmanagement“

Ist eine Einwilligung erforderlich oder sind andere Rechtsgrundlagen anwendbar? Dürfen die erhobenen Daten auch für andere Zwecke verwendet werden?

Seite 73

### Mitarbeiterfotografie im Spagat zwischen KUG, DSGVO und BAG-Rechtsprechung

Neue Anforderungen an die Einwilligungserklärung für Bildnisse im Beschäftigungsverhältnis.

Seite 75

### Schlussanträge des Generalanwalts: „We use cookies“ zukünftig nur noch mit ausdrücklicher Einwilligung?

Anmerkung zu den Schlussanträgen des Generalanwalts Szpunar im EuGH-Verfahren „Planet49“ und Empfehlungen für die Praxis.

Seite 77

## Fragen aus der Praxis

### Anpassung bereits abgeschlossener Standardvertragsklauseln unter der DSGVO?

Mit Art. 28 DSGVO existieren erstmals unmittelbar verbindliche Vorgaben zur Auftragsverarbeitung auf europäischer Ebene. Hat dies auch Auswirkungen auf bereits abgeschlossene EU-Standardvertragsklauseln?

Seite 80

## Aktuelles aus den Aufsichtsbehörden

### Cookie Walls sind nach Ansicht der „Dutch Data Protection Authority“ nicht DSGVO-konform

Seite 82

### Was ist eine „Verarbeitungstätigkeit“ im Sinne der DSGVO?

Seite 83

## Rechtsprechung

### Apple-Datenschutzrichtlinie teilweise rechtswidrig

Seite 85

## Stichwort

### Artikel 13

Seite 87

■ Nachrichten Seite 66 ■ Service Seite 87

Dr. Jonas Kahl, LL.M., Franziskus Horn

# Mitarbeiterfotografie im Spagat zwischen KUG, DSGVO und BAG-Rechtsprechung

Die eigenen Mitarbeiter als Testimonials für das Unternehmen werben zu lassen, ist ein beliebtes Marketingmittel, um neben den angebotenen Leistungen auch die Persönlichkeiten des Unternehmens in den Vordergrund zu rücken. Aus datenschutz- und persönlichkeitsrechtlichen Gründen müssen dabei allerdings einige Anforderungen erfüllt werden, um Foto-, Ton- und Videoaufnahmen von Mitarbeitern in rechtmäßiger Form zu werblichen Zwecken nutzen zu können. Im Spagat zwischen KUG und DSGVO kann der Arbeitgeber dabei nur innerhalb eines gesetzlichen Erlaubnistatbestands rechtskonform agieren. Ob stets ein Model-Release-Vertrag nötig ist und was die Anforderungen an einen solchen sind, wird im folgenden Beitrag aufgezeigt.

## Einleitung

Vor Inkrafttreten der DSGVO waren die Fronten hinsichtlich der Mitarbeiterfotografie weitestgehend geklärt: Die §§ 22, 23 KUG galten für die Einwilligung in die Verwertung genauso, wie für den Widerruf als das speziellere Gesetz, hinter dem das BDSG a. F. zurücktrat. Für Arbeitgeber stand fest, dass allein eine persönlichkeitsrechtliche Einwilligung in die Anfertigung von Aufnahmen ausreichte, um Aufnahmen rechtskonform nutzen zu können. Ganz im Sinne der Rechtssicherheit legte das BAG zudem entgegen so mancher Handhabung in der Praxis ein Schriftformerfordernis fest. Umgesetzt wurde dies bisher schon in der Regel in einem Model-Release-Vertrag. Zugunsten des Arbeitgeberinteresses war der Widerruf der Einwilligung an eine für den Arbeitnehmer positiv ausfallende Interessensabwägung gebunden. Die bewährte Regelungsstruktur wurde zusätzlich von einer über Jahrzehnte entwickelten Rechtsprechung zum KUG ergänzt. Diese Klarheit ist durch die DSGVO in ihren Grundfesten erschüttert worden.

## Der neue Model Release-Vertrag

Die DSGVO hat den Datenschutz wieder in den Mittelpunkt gerückt und den Vorrang des KUG vor dem BDSG ausgeräumt. Arbeitgeber müssen sich insoweit dafür sensibilisieren, wann bei der Verwendung von Bildaufnahmen die strikteren datenschutzrechtlichen Anforderungen greifen.

Die Vorschriften der DSGVO sind grundsätzlich dann zu beachten, wenn personenbezogene Daten verarbeitet werden. Dies ist bereits bei dem Anfertigen eines Mitarbeiterfotos selbst zu bejahen. Denn die Kamera speichert die Abbildung des Einzelnen genauso wie Meta-Daten, d. h. den Ort und den Zeitpunkt der Aufnahme. Die Veröffentlichung und Verbreitung sind ebenso erfasst.

In die Pflicht genommen wird dabei, wer über die Zwecke und Mittel der Datenverarbeitung entscheidet. Bei der werblichen Nutzung der Mitarbeiterfotografie wird daher nicht (allein) der Fotograf, sondern (auch) der Arbeitgeber als Verantwortlicher verpflichtet.

Die Verarbeitung der Aufnahmen ist allerdings nur zulässig, wenn sie rechtmäßig ist. Für die Nutzung der Mitarbeiterfotografie zu werblichen Zwecken sieht die DSGVO in Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a) das Erfordernis einer Einwilligungserklärung des Betroffenen vor. Die Grundzüge einer DSGVO-konformen Model-Release-Vereinbarung gestalten sich jedoch nun anders als bisher: Neben die bereits bekannte persönlichkeitsrechtliche Einwilligung tritt nunmehr auch eine datenschutzrechtliche Einwilligung, welche wiederum durch separate Datenschutzhinweise entsprechend der gesetzlichen Informationspflichten zu ergänzen ist.

## Die persönlichkeitsrechtliche Einwilligung

Der persönlichkeitsrechtlichen Einwilligungserklärung liegt die grundrechtliche Wertung zugrunde, dass jeder zunächst selbst über die Erstellung und Veröffentlichung von Bildnissen seiner Person unabhängig von der gewählten Abbildungsform entscheiden können soll. Die Einwilligung hat daher die Aufnahmen und Daten zu erfassen, die sich auf die Person des Einwilligenden beziehen. Sie erfordert eine genaue Bezeichnung der Nutzungsrechte sowie ihres Umfangs, der Nutzungszwecke und der zugelassenen Medien. Weiterhin ist auf die Einbindung von Dritten einzugehen und inwiefern der Berechtigte Übertragungsrechte an diese besitzt. Es bietet sich an, zu vereinbaren, dass die Einwilligung ausschließlich den Inhalt der Vereinbarung wiedergibt und etwaige mündliche Absprachen dementsprechend nicht gelten. Es kann außerdem die Unwiderruflichkeit und das Bestehen bzw. Nicht-Bestehen eines Honoraranspruchs vereinbart werden. Eine salvatorische Klausel kann zudem das Fortbestehen der Einwilligungserklärung sichern. Unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BAG von 2014 hat die persönlichkeitsrechtliche Einwilligung im Beschäftigungsverhältnis in Schriftform zu erfolgen.

## Die datenschutzrechtliche Einwilligung

Die datenschutzrechtliche Einwilligungserklärung knüpft an das Recht auf informationelle Selbstbestimmung an, welches bestimmt, dass jede Person selbst über die eigenen Daten entscheiden können soll, unabhängig davon,

wie relevant diese auf den ersten Blick auch erscheinen mögen. Grundlegend sind in der Einwilligungserklärung die Vertragspartner, der Einwilligungsgegenstand, die Art der Daten, die Verarbeitungszwecke und eingebundene Dritte zu nennen. Es ist zudem auf die Datenschutzhinweise und insbesondere das Widerrufsrecht zu verweisen.

Im Beschäftigungsverhältnis geht der Gesetzgeber von einem Abhängigkeitsverhältnis des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber aus. Daher hat besondere Beachtung zu finden, dass die Einwilligung freiwillig abgegeben werden muss. Relevant in der Beurteilung sind vor allem die Art und Sensibilität des personenbezogenen Datums, die Menge der zu verarbeitenden Daten, genauso wie die Eingriffsintensität. Dem Arbeitnehmer muss eine echte Wahlmöglichkeit zur Verweigerung der Erklärung gegeben werden. Indizien für die Freiwilligkeit sind nach § 26 Abs. 2 S. 2 BDSG wiederum, dass dem Einwilligenden ein rechtlicher oder wirtschaftlicher Vorteil zukommt oder mit dem Arbeitgeber gleichgelagerte Interessen verfolgt werden.

### Die datenschutzrechtlichen Hinweispflichten

Die Datenschutzhinweise gewährleisten, dass der Einwilligende die Erklärung informiert abgeben kann. Sie sind der Einwilligung gemäß § 26 Abs. 2 S. 4 BDSG in Textform beizufügen. Inhaltlich sind die allgemeinen Informationen über die Datenverarbeitung entsprechend Art. 13 f. DSGVO, die Möglichkeit der Kontaktaufnahme mit dem Verantwortlichen und die Informationen über die konkrete Anfertigungsart einzubinden.

Ebenfalls hinzuweisen ist auf die Rechte des Einwilligenden und insbesondere auf sein Widerrufsrecht. Die Einwilligung entfällt zwar nicht automatisch mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses, der Einwilligende kann sie jedoch jederzeit formlos widerrufen. Ihm ist somit ein Instrument an die Hand gegeben, um der Datenverarbeitung die Rechtmäßigkeit zu entziehen und sie konsekutiv zu beenden. Für die Arbeitnehmer bedeutet dies eine Stärkung ihrer Rechte, da sie nach früherer Gesetzeslage nur begründet und nach positiver Interessensabwägung widerrufen konnten. Für Unternehmen bedeutet dies hingegen ein gesteigertes Risiko im Umgang mit Mitarbeiteraufnahmen, die aus dem Unternehmen ausscheiden und mit der Verbreitung der Aufnahmen nicht mehr einverstanden sind.

### BAG-Urteil: Sondersituation Arbeitsverhältnis

Dass bei Mitarbeiteraufnahmen der Weg einer Einwilligung (Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. a) DSGVO) gegangen werden sollte und sich nicht auf andere Erlaubnistatbestände der DSGVO verlassen werden sollte, hat seinen Grund in der Rechtsprechung des BAG aus Zeiten vor Geltung der DSGVO. Sieht man diese auch heute noch als maßgeblich an, wäre es ein Risiko, die Mitarbeiteraufnahmen allein auf eine gesetzliche Erlaubnis nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f) DSGVO

(„überwiegende berechnete Interessen“) zu stützen oder gar mündliche Erklärungen ausreichen zu lassen. Im Einklang mit der BAG-Entscheidung vom 11.12.2014 (Az.: 8 AZR 1010/13) ist für eine wirksame Einwilligungserklärung des Arbeitnehmers eine Schriftform notwendig. Allein sie verdeutlicht, dass die betroffenen Arbeitnehmer der Veröffentlichung ihrer Bildnisse unabhängig von ihren Verpflichtungen aus dem Arbeitsverhältnis zustimmen. Es zeigt ebenso, dass eine mögliche Verweigerung der Einwilligung für das Arbeitsverhältnis keine Folgen hat. Dementsprechend legt auch § 26 Abs. 2 S. 3 BDSG nunmehr für Einwilligungen im Beschäftigtenverhältnis grundsätzlich ein Schriftformerfordernis fest.

### Erlauben „überwiegende berechnete Interessen“ die Verbreitung?

Art. 6 Abs. 1 S. 1 f) DSGVO ließe eine Datenverarbeitung zwar zu, wenn die Interessen des Arbeitgebers die des Arbeitnehmers überwiegen würden. Und auch der Wortlaut von § 26 Abs. 2 S. 1 BDSG lässt den Umkehrschluss zu, dass Beschäftigtendaten auch auf anderer Grundlage als einer Einwilligung verarbeitet werden könnten. Allerdings ist anzunehmen, dass dies vor allem in anderen Konstellationen maßgeblich ist. Im Kontext von Mitarbeiteraufnahmen zu Werbezwecken lässt die Ausgangsposition einer Abhängigkeit des Arbeitnehmers vom Arbeitgeber den Schluss auf „gewichtigere Interessen“ oder „besondere Umstände“ zugunsten des Arbeitgebers jedoch nicht zu. Auch von einer Eilbedürftigkeit im Beschäftigtenverhältnis bei der werblichen Nutzung von Mitarbeiterfotos kann kaum ausgegangen werden. Interessen, die der Arbeitgeber geltend machen könnte, wie beispielsweise an der wirtschaftlichen Verwertung der Aufnahmen, treten zurück.

### Fazit

Für Arbeitgeber ist es daher bis auf Weiteres der risikoärmste Weg, eine schriftliche Einwilligungserklärung vom Mitarbeiter einzuholen. Wenngleich hiermit seit Geltung der DSGVO ein erhöhtes Risiko einer Widerruflichkeit verbunden ist. Den dargestellten hohen formalen Anforderungen, an denen sich die dafür in der Praxis zu empfehlenden Model-Release-Vereinbarungen zu messen haben, wird man dabei als Unternehmen dann gerecht, wenn man hierbei in dem Vertrag die individuellen Umstände des Einzelfalls hinreichend konkret abbildet.

#### Autor:

Dr. Jonas Kahl, LL.M. (links) ist Rechtsanwalt und Fachanwalt im Urheber- und Medienrecht bei SPIRIT LEGAL LLP Rechtsanwälte in Leipzig. Franziskus Horn (rechts) ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter bei SPIRIT LEGAL LLP Rechtsanwälte.

