

DSGVO für Fotografen

Zwischenzeitlich ist mehr als ein Jahr vergangen, seit die DGSVO am 25. Mai 2018 in Kraft getreten ist. Nachdem es im Vorfeld zu großen Irritationen geführt hat, wie sich die DGSVO für Fotografen auswirken wird, ist zwischenzeitlich zum Glück ein wenig Beruhigung und Sachlichkeit in die Auseinandersetzung mit dieser Materie zurückgekehrt. Zuvor hatten – wie stets bei irgendwelchen Änderungen der Rechtslage – in großer Zahl Nichtjuristen zu Wort gemeldet und gemeint, sich bar jeder Sach- und vor allem Rechtskenntnis zu den Inhalten der DGSVO und deren Auswirkungen auf die Fotografie äußern zu müssen, Vermutungen angestellt, falsche Schlüsse gezogen und so völlig unangebrachte Panik verbreitet. Unter anderem war in Internetbeiträgen zu lesen, dass mit Einführung der DGSVO Personenaufnahmen nur noch mit vorheriger Einwilligung gemacht werden können (falsch!), und dass bei einem Verstoß gegen die Vorschriften der DGSVO mit der Verhängung von Bußgeldern in Millionenhöhe zu rechnen sei (falsch!). Erstaunlich ist in diesem Zusammenhang, dass zum Teil vermeintliche „Medienrechtler“ sowie im Foto- und Bildrecht angeblich versierte Rechtsanwälte zitiert wurden, welche sich teilweise auch selbst geäußert haben und deren Einschätzungen nicht unbedingt auf eine fundierte Sachkunde schließen lassen konnten.

Mein Anliegen in diesem Beitrag ist es, den aktuellen Stand der Rechtslage (Spätsommer 2019) bezüglich des Einflusses der DGSVO auf Fotografen für rechtliche Laien verständlich darzustellen und zu versuchen, die Frage zu beantworten, was sich seit Mai 2018 für den Bereich der Fotografie geändert hat, und wo bis heute noch keine abschließende Klärung herbeigeführt werden konnte.

Änderungen werden jedoch meist nur dann für jedermann verständlich, wenn man einen Vorher-Nachher-Vergleich anstellt, weshalb ich zunächst auf die Rechtslage vor dem 25. Mai 2018, dem Inkrafttreten der DGSVO eingehen werde. Dabei ist es wichtig zu unterscheiden zwischen dem Anfertigen von Personenfotos einerseits und der Veröffentlichung solcher Fotos, auch Bildnisse genannt, andererseits.

I. Rechtslage vor Inkrafttreten der DSGVO

Vorab sei darauf hingewiesen, und dies gilt sowohl für die rechtliche Situation vor als auch nach Inkrafttreten der DSGVO, dass im Folgenden ausschließlich von Personenfotos die Rede ist, auf denen die fotografierten Personen erkennbar sind. Die Erkennbarkeit einer Person ist entscheidend dafür, ob überhaupt eine Persönlichkeitsrechtsverletzung vorliegt oder nicht. Dabei kommt es jedoch nicht darauf an, dass der Fotograf die Person erkennen kann, vielmehr reicht es aus, dass irgendeine Person die abgebildete Person anhand bestimmter Merkmale erkennen kann. Dies müssen nicht zwangsläufig die Gesichtszüge sein, eine Erkennbarkeit kann auch durch auffälligen und für eine bestimmte Person bekannten Schmuck, Narben, Tätowierungen, auffällige Kleidung, Frisur etc. gegeben sein, womit im Übrigen auch klar ist, dass in vielen Fällen das Versehen eines Personenfotos mit einem sogenannten Augenbalken, wie man es oft in Zeitschriften findet, nicht ausreichend ist, um eine Person unerkennbar zu machen. Ist eine Person jedoch unter keinen Umständen eindeutig zu erkennen, kann eine Persönlichkeitsrechtsverletzung und eine Verletzung datenschutzrechtlicher Vorschriften grundsätzlich nicht vorliegen.

Ebenso findet die DSGVO natürlich keine Anwendung auf Fotos, auf denen gar keine Personen abgebildet sind, wie beispielsweise Landschafts- Tier- und Objektfotos.

1. Die Herstellung von Fotos vor dem Inkrafttreten der DSGVO

Bis zum Inkrafttreten der DSGVO war das Anfertigen von Personen Fotos gesetzlich nicht bzw. nur punktuell geregelt. Lediglich im Strafgesetzbuch (StGB) befand und befindet sich eine Vorschrift, die bereits die Herstellung einer Bildaufnahme unter Strafe stellt, und zwar § 201a StGB. Diese Vorschrift bezieht sich auf die Herstellung von Aufnahmen von Personen, die sich in einer privaten Wohnung, einem gegen Einblick besonders geschützten Raum oder in einem

hilflosen Zustand befinden. Gleichermaßen sind nach dieser Vorschrift Bildaufnahmen verboten, die die Nacktheit einer Person unter 18 Jahren zum Gegenstand haben.

Weitere gesetzliche Verbotstatbestände haben bis zum 25. Mai 2018 keine Rolle gespielt. Allerdings ist die Rechtsprechung in verschiedenen Urteilen zu dem Ergebnis gelangt, dass auch bereits die Herstellung einer Personenaufnahme eine Verletzung des Persönlichkeitsrechts darstellen kann. Dies ist jedoch im Einzelfall unter Abwägung der Interessen der fotografierten Person und der des Fotografen zu beurteilen. Es hat also eine Interessenabwägung in jedem Einzelfall stattzufinden. Führt eine Interessenabwägung dazu, dass für einen objektiven Betrachter jede denkbare Veröffentlichung oder Verbreitung ohne Einwilligung der fotografierten Person unter allen denkbaren Umständen unzulässig wäre, muss daraus abgeleitet werden, dass in diesen Fällen auch die Anfertigung des Fotos bereits eine Persönlichkeitsverletzung darstellt. Folgerichtig ist eine Einwilligung der fotografierten Personen bei der Herstellung eines Fotos nach der Rechtsprechung immer dann erforderlich gewesen, wenn es sich um Nackt- oder Intimaufnahmen gehandelt hat.

Der oberste Gerichtshof Österreichs (OGH) hat sich mit seinem Urteil vom 27.2.2013 der Auffassung der deutschen Rechtsprechung angeschlossen und ebenfalls festgestellt, dass bereits die Herstellung einer Aufnahme eine Persönlichkeitsverletzung darstellen könne und damit ohne Einwilligung der fotografierten Person rechtswidrig sei. In dem vom OGH entschiedenen Fall hatte der Fotograf Aufnahmen von einem Rechtsanwalt anlässlich eines Ortstermins gemacht und als Begründung vor Gericht vorgetragen, er habe die Aufnahmen zu seiner Belustigung angefertigt. Berechtigterweise haben die Gerichte hierin kein berücksichtigungswertes Interesse des Fotografen erkennen können. Die Tendenz der Rechtsprechung, wonach schon die Herstellung eines Personenfotos eine Persönlichkeitsverletzung darstellen kann, ist auf die Überlegung zurückzuführen, dass die fotografierte Person im digitalen Zeitalter keinerlei Einfluss mehr darauf hat, wie und wo das von ihr hergestellte Foto verwendet wird und welchem möglicherweise unbegrenzten Personenkreis es zugänglich gemacht wird.

Zusammenfassend ist somit festzustellen, dass es bezüglich der Anfertigung von Personenfotos keine grundsätzlichen Verbote (mit Ausnahme der zitierten Vorschrift im Strafgesetzbuch) gegeben hat, dass aber sehr wohl bereits die Anfertigung eines Personenfotos eine Persönlichkeitsrechtsverletzung darstellen konnte, was jedoch immer im Einzelfall zu prüfen war.

2. Die Veröffentlichung von Fotos

Dass ein Bildnis, also ein Foto einer Person oder Personengruppe, nicht ohne Einwilligung der betroffenen Person(en) veröffentlicht werden durfte, ist seit 1907, dem Jahr des Inkrafttretens des Kunsturhebergesetzes (KUG), gesetzlich normiert. Man spricht in diesem Zusammenhang auch vom „Recht am eigenen Bild“, welches in §22 KUG geregelt ist.

Einwilligung bedeutet, dass die Zustimmung der fotografierten Person vor der Veröffentlichung der Aufnahme erteilt werden muss. Zwar kann diese Zustimmung theoretisch auch nach der Veröffentlichung erteilt werden, in diesem Fall würde man aus rechtlicher Sicht von einer „Genehmigung“ sprechen, allerdings ist in diesem Falle die Persönlichkeitsverletzung bereits durch die unterlassene Einholung der Einwilligung eingetreten.

Die Einwilligung kann formlos erteilt werden, sie kann auch stillschweigend erfolgen, beispielsweise dann, wenn die fotografierte Person sich hat fotografieren lassen, ihr bekannt war, dass die beispielsweise auf einer Veranstaltung gemachten Fotos später veröffentlicht werden. Allerdings ist stets der Fotograf beweispflichtig dafür, dass die Einwilligung erteilt wurde.

Keiner ausdrücklichen Einwilligung bedarf es nach § 22 KUG in den Fällen, in denen die fotografierte Person eine Entlohnung dafür erhalten hat, dass sie sich hat abbilden lassen. Im Rahmen einer sogenannten gesetzlichen Fiktion ist grundsätzlich davon auszugehen, dass mit der Zahlung der Entlohnung auch die Einwilligung in die Veröffentlichung der hergestellten Fotos erfolgt ist.

Von besonderer Bedeutung ist im Zusammenhang mit der Einwilligung nach KUG, dass nach einhelliger Rechtsprechung eine einmal erteilte Einwilligung nicht oder allenfalls nur unter ganz strengen Voraussetzungen im Ausnahmefall widerrufen werden kann.

Von dem Grundsatz, dass – von dem Tatbestand der Entlohnung abgesehen – grundsätzlich eine Einwilligung der fotografierten Person zur Veröffentlichung erforderlich ist, gibt es in Paragraph 23 KUG jedoch eine Reihe von Ausnahmen, bei denen eine Veröffentlichung von Fotos auch ohne Einwilligung der fotografierten Person zulässig ist:

2.1 Bildnisse aus dem Bereich der Zeitgeschichte

Fotografien, in denen die fotografierte Person im Rahmen zeitgeschichtliche Ereignisse zu sehen ist, können ohne Einwilligung frei veröffentlicht werden. Dabei ist der Begriff des zeitgeschichtlichen Ereignisses nach der Rechtsprechung weit zu fassen. Es muss sich dabei nicht um weltbewegende Großereignisse handeln, sondern vielmehr können auch lokale Veranstaltungen ein lokales zeitgeschichtliches Ereignis darstellen. Dies kann eine Sportveranstaltung, ein Straßenfest oder auch – wie der BGH entschieden hat – ein Sommerfest, das eine Wohnungsgesellschaft für ihre Mieter ausrichtet.

2.2 Bilder, auf denen die Personen nur als Beiwerk neben einer Landschaft oder sonstigen Örtlichkeit erscheinen

Sind Personen nicht der Hauptbestandteil der Bildaussage, sondern nur mehr oder weniger zufällig auf der Aufnahme zu sehen, so sind sie Beiwerk. Eine Einwilligung ist in diesem Fall nicht erforderlich und auch in der Regel kaum praktikabel. Mehrfach hat die Rechtsprechung entschieden, dass Personen, die sich im öffentlichen Straßenraum aufhalten, dulden müssen, dass sie als Beiwerk auf einer Aufnahme zu sehen sind. Nicht davon erfasst sind natürlich Aufnahmen, bei denen einzelne Personen porträthaft herausgestellt werden, so dass sie nicht mehr nur Beiwerk, sondern Hauptbestandteil der Bildaussage sind.

2.3 Bilder von Versammlungen, Aufzügen und ähnlichen Vorgängen, an denen die dargestellten Personen teilgenommen haben

Unter diese Ausnahmegesetzvorschrift fallen Bilder, die von Schützenfesten, Karnevalsparaden, Demonstrationen, Sportveranstaltungen etc. gemacht werden und teilnehmende Personen zeigen. Auch hier gilt, dass beispielsweise die Zuschauer eines Fußballspiels im Stadion zwar als Ganzes gezeigt werden können, die porträthafte Herausstellung einzelner Zuschauer jedoch von dieser Ausnahmegesetzvorschrift nicht mehr gedeckt ist.

2.4 Bildnisse, die nicht auf Bestellung angefertigt sind, sofern die Verbreitung oder Schau- stellung einem höheren Interesse der Kunst dient

Diese Ausnahmegesetzvorschrift hat – was man an der Häufigkeit der Urteile zu § 23 KUG erkennen kann – in der Praxis nicht die Bedeutung, wie die drei zuvor genannten Ausnahmen. Gleichwohl hat aus meiner Sicht gerade dieser Ausnahmetatbestand eine Bedeutung im Hinblick auf die sogenannte „Streetfotografie“, insbesondere auch nachdem das Bundesverfassungsgericht die Streetfotografie als Kunstform anerkannt hat. Voraussetzung ist allerdings, dass es sich nicht um Auftragsfotografie handelt, denn erfasst sind von dieser Ausnahme nur Personenfotos, die nicht auf Bestellung angefertigt sind und einem höheren Interesse der Kunst dienen.

Allerdings ist auch bei diesen Ausnahmetatbeständen in § 23 KUG eine grenzenlose Veröffentlichung nicht zulässig. So dürfen Bilder, die ohne Einwilligung veröffentlicht werden dürfen, keinesfalls kommerziell, d. h. beispielsweise in der Werbung verwendet werden. Auch dies hat die Rechtsprechung in mehreren Urteilen immer wieder bestätigt.

Zusammenfassend kann somit auch hier festgestellt werden, dass – abgesehen von den geschilderten Ausnahmen – Veröffentlichungen von Bildnissen bzw. Personen Fotos nur mit Einwilligung der abgebildeten Personen veröffentlicht werden dürfen, wobei ein Zuwiderhandeln vom Gesetzgeber in § 33 KUG sogar mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe belegt wird, wobei eine Strafverfolgung jedoch nur auf Antrag der betroffenen Person erfolgt.

Wichtig ist für das Verständnis des Folgenden, dass sich das KUG ausschließlich auf die Veröffentlichung, nicht jedoch auf die Anfertigung von Personenfotos bezieht.

3. Gesetzeskonkurrenz

Es gab natürlich in Deutschland bereits vor Inkrafttreten der DSGVO und des ebenfalls 2018 in Kraft getretenen neuen Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG neu) Vorschriften des Datenschutzes im alten Bundesdatenschutzgesetz (BDSG alt).

In diesem Zusammenhang stellte sich die Frage, die durchaus nicht unumstritten war, welches von beiden Gesetzen, KUG oder BDSG alt, den Vorrang hatte, denn es bestand bereits vor Inkrafttreten der DSGVO Einigkeit darüber, dass mit der Herstellung von Fotografien und deren Veröffentlichung datenschutzrechtlich relevante Aspekte berührt werden, nur wurden diese ernsthaft kaum beachtet. Auch bestand schon nach dem BDSG alt ein Widerrufsrecht bezüglich der weiteren Speicherung von Personenfotos. Allerdings ist die Rechtsprechung davon ausgegangen, dass das KUG Vorrang vor dem BDSG alt hat, weshalb die datenschutzrechtliche Problematik in der Praxis bei Personenfotos keine praktische Rolle gespielt hat. Beide Gesetze standen sich als Bundesgesetze gleichrangig gegenüber, so dass die Rechtsprechung die Möglichkeit hatte, einem der beiden Gesetze Vorrang vor dem anderen Gesetz einzuräumen.

II. Rechtslage seit Inkrafttreten der DSGVO

Durch das Inkrafttreten der DSGVO hat sich jedoch einiges geändert und eine Reihe von Unklarheiten sind bis heute auch nicht aufgelöst worden. Daran ist letztlich der deutsche Gesetzgeber schuld, der es verabsäumt hat, klare gesetzliche Regelungen zu schaffen, worauf an späterer Stelle noch näher einzugehen sein wird.

Zunächst einmal handelt es sich bei der DSGVO um eine Europarechtsnorm, welche Vorrang vor bundesgesetzlichen Regelungen hat. Dies ergibt sich aus Art. 23 GG, dem sogenannten „Europa-Artikel“. Diese Verfassungsvorschrift regelt, dass europarechtliche Normen grundsätzlich Vorrang vor nationalen Gesetzen haben, zumindest dann, wenn der Bundesgesetzgeber nicht zulässigerweise etwas anderes gesetzlich regelt. Die Zulässigkeit nationaler gesetzlicher Regelungen ergibt sich hier aus Art. 85 der DSGVO, wo es heißt:

„Die Mitgliedstaaten bringen durch Rechtsvorschriften das Recht auf den Schutz personenbezogener Daten gemäß dieser Verordnung mit dem Recht auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit, einschließlich der Verarbeitung zu journalistischen Zwecken und zu wissenschaftlichen, künstlerischen oder literarischen Zwecken, in Einklang....“

Aufgrund dieser Bestimmung ergibt sich die Möglichkeit, durch Bundesgesetze abweichende Regeln zu treffen. Einige Länder haben hiervon auch Gebrauch gemacht, so beispielsweise Schweden, die den Bereich der Kunst aus dem Geltungsbereich der DSGVO durch nationales Gesetz herausgenommen haben.

So lange die einzelnen Mitgliedstaaten der EU gemäß Art. 85 DSGVO keine Regelung durch nationale Gesetze treffen, geht also die DSGVO den nationalen Gesetzen und damit auch den bundesdeutschen Gesetzen vor. Soweit zur gesetzessystematischen Einordnung der DSGVO.

1. Datenerhebung nach DSGVO /Begriffsdefinitionen

In Art. 4 Ziffer 1 der DSGVO werden „personenbezogene Daten“ wie folgt definiert:

„Im Sinne dieser Verordnung bezeichnet der Ausdruck

‚personenbezogene Daten‘ alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen. Als identifizierbar wird eine natürliche Person angesehen, die direkt oder indirekt, insbesondere mittels Zuordnung zu einer Kennung wie einem Namen, zu einer Kennnummer, zu Standortdaten, zu einer online-Kennung oder zu einem oder mehreren besonderen Merkmalen, die Ausdruck der physischen, physiologischen, genetischen, psychischen, wirtschaftlichen, kulturellen oder sozialen Identität dieser natürlichen Personen sind, identifiziert werden kann“

In Art. 4 Ziffer 2 DSG heißt es dann zum Begriff der „Verarbeitung“ weiter:

‚Verarbeitung‘ jeden mit oder ohne Hilfe automatisierter Verfahren ausgeführten Vorgang oder jede solche Vorgangsreihe im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten wie das Erheben, das Erfassen, die Organisation, das Ordnen, die Speicherung, die Anpassung oder Veränderung, das Auslesen, das Abfragen, die Verwendung, die Offenlegung durch Übermittlung, Verbreitung oder eine andere Form der Bereitstellung, den Abgleich oder die Verknüpfung, die Einschränkung, das Löschen oder die Vernichtung“.

Im Lichte dieser Begriffsbestimmungen ist unstrittig, dass vom Fotografen bei Digitalaufnahmen personenbezogene Daten erhoben und damit im Sinne von Art. 4 DSGVO verarbeitet werden, da Personen, denen durch den Betrachter des Fotos nicht nur der Name zugeordnet werden kann, sondern bei denen sich auch aus den Metadaten des Fotos der Aufenthaltsort der Person zum Zeitpunkt der Aufnahme eindeutig ableiten lässt. Damit werden, darüber bestehen keine Zweifel, personenbezogene Daten gespeichert. Somit unterfallen alle Fotografen, gleichgültig ob Berufs- oder Amateurfotografen, den Regelungen der DSGVO, wenn sie Personenaufnahmen anfertigen.

Die Erhebung von personenbezogenen Daten ist grundsätzlich – so die Konzeption der DSGVO – unzulässig, es sei denn, dass sie im konkreten Einzelfall erlaubt ist und der Fotograf eine Erlaubnistatbestand nach DSGVO nachweisen kann. Der Jurist spricht bei einer solchen Konzeption von einem „Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“. Wenn oben von Digitalfotos die Rede war, so wird daraus deutlich, dass die DSGVO nicht gilt, wenn es sich um analoge Fotos handelt, allerdings nur so lange, wie die analogen Fotos nicht eingescannt oder beispielsweise in Karteien oder Alben nach bestimmten Systemen sortiert werden. Ein Schuhkarton voller analoger Fotografien unterfällt somit nicht der DSGVO, sind die Fotos allerdings nach Jahrgängen archiviert, dann trifft auf analoge Fotos die DSGVO in gleichem Maße zu wie auf digitale Fotos.

2. Ausschluss der Geltung der DSGVO

Allerdings gilt die DSGVO nicht in jedem Fall. Vielmehr sind bestimmte Bereiche, in denen Personenfotos eine Rolle spielen, aus dem Geltungsbereich der DSGVO herausgenommen.

2.1 Die „Haushaltsausnahme“ in Art 2 Abs. 2 Ziffer c DSGVO

Keine Gedanken müssen sich diejenigen Fotografen machen, die ausschließlich im persönlichen oder familiären Bereich Fotografien von Personen machen, denn Fotos im persönlichen oder familiären Umfeld sind von Geltungsbereich der DSGVO ausgenommen. Ob auf einer Familienfeier (Geburtstage, Hochzeiten und sonstige Anlässe) oder auch ohne besonderen Anlass im Familien- und engen Freundeskreis (normale Erinnerungsfotos), all diese Fotografien fallen nicht unter die DSGVO. Hier handelt es sich um die sogenannte „Haushaltsausnahme“, geregelt in Art.2 Abs. 2 Ziffer c DSGVO. Insoweit sind für diesen Bereich der Fotografie keine Änderungen gegenüber der Rechtslage vor Inkrafttreten der DSGVO zu verzeichnen.

Dies gilt aber wiederum dann nicht, wenn eine Vermischung von privaten mit beruflichen oder gar gewerblichen Zwecken vorliegt. Nur wenn die Datenerhebung (sprich das Fotografieren) ausschließlich privat motiviert ist, findet die Haushaltsausnahme Anwendung.

Die Haushaltsausnahme kommt auch dann nicht mehr zum Tragen, wenn die Fotos in soziale Netzwerke eingestellt werden, die einem unbestimmten Nutzerkreis zugänglich sind. Dies hat der EuGH gerade erst in seinem Urteil vom 14.2.2019 festgestellt (AZ: C-345/17). In der Kommentarmeinung wird jedoch die Ansicht vertreten, dass dann, wenn nur ein begrenzter Nutzerkreis Zugang zu den Bildern hat, beispielsweise in passwortgeschützten, geschlossenen Netzwerken, die Haushaltsausnahme wiederum gilt.

Der EuGH hat in zwei Urteilen, dem Lindquist-Urteil vom 6.11.2003, AZ: C-101/01 und dem Satamedia-Urteil vom 16.12.2008, AZ: C-73/07 die Auffassung vertreten, dass die Datenschutzgesetze dann gelten, wenn es sich zwar um einen beschränkten Nutzerkreis eines Netzwerkes handelt, durch Teilen und Liken der Personenkreis, der Zugang hat, erweitert werden kann.

Dem Leser wird jedoch aufgefallen sein, dass beide Urteile weit vor dem Inkrafttreten der DSGVO gefällt wurden. Betrachtet man nun den Erwägungsgrund Nr. 18 zur DSGVO, so wird ein Widerspruch offenkundig, da der Erwägungsgrund Nr. 18 die Nutzung sozialer Netzwerke unter die Haushaltsausnahme fasst. Hier ist deshalb momentan unklar, wie die Rechtsprechung derartige Fälle auf Basis der DSGVO entscheiden wird.

2.2 Fotos von Verstorbenen

Ebenfalls von dem Geltungsbereich der DSGVO ausgenommen sind Fotos von verstorbenen Personen, wie sich aus Ziffer 27 der Erwägungsgründe zur DSGVO ergibt. Allerdings können die Mitgliedstaaten Vorschriften für die Verarbeitung von personenbezogenen Daten Verstorbener einführen, wovon die Bundesrepublik jedoch bislang keinen Gebrauch gemacht hat, so dass es auch hier bei den Regelungen bleibt, die vor Inkrafttreten der DSGVO galten. Danach haben Verstorbene kein unmittelbares Persönlichkeitsrecht mehr, sondern lediglich ein nachwirkendes Persönlichkeitsrecht, welches es verbietet, Verstorbene beispielsweise zu

verunglimpfen. Dieses nachwirkende Recht schwächt sich jedoch ab, je länger der Tod zeitlich zurückliegt.

2.3 Das „Medienprivileg“

Ebenfalls keine Veränderungen seit Inkrafttreten der DSGVO gibt es für Personenfotos, die zu journalistischen Zwecken hergestellt wurden. Diesbezüglich spricht man auch vom sogenannten „Medienprivileg“. Wie oben bereits zitiert sieht Art. 85 DSGVO vor, dass es den Mitgliedstaaten der EU überlassen ist, durch nationale Gesetze unter anderem den journalistischen Anforderungen Rechnung zu tragen. Dies hat die Bundesregierung auch getan, und zwar zum einen in §§ 9c, 57 des Rundfunkstaatsvertrages (RStV) und zum anderen durch die Landesregierungen in den entsprechenden Landespressegesetzen. Demnach bleibt es auch hier bei den Regelungen, die bereits vor Inkrafttreten der DSGVO gegolten haben. Dies gilt jedoch nur für die journalistische Tätigkeit, also für Pressefotografen, denn hier geht es um die Pressefreiheit und das Informationsrecht der Allgemeinheit.

Auch im Hinblick auf die Rechtslage seit dem 25.5.2018 ist zu unterscheiden zwischen der Anfertigung eines Fotos und der Veröffentlichung eines Fotos.

3. Anfertigung eines Fotos nach Inkrafttreten der DSGVO

Da – wie oben ausgeführt – das KUG keine Regelung über das Anfertigen von Personenaufnahmen beinhaltet und es deshalb auch nicht zu einer Prüfung kommen kann, ob möglicherweise die Vorschriften des KUG denen der DSGVO vorgehen, gelten für die Anfertigung von Personenaufnahmen ausnahmslos die Regelungen der DSGVO, soweit nicht ein Tatbestand vorliegt, der nicht unter die DSGVO fällt (s.o.).

Dies bedeutet, dass für die Anfertigung eines Fotos ein Erlaubnistatbestand gemäß Art. 6 DSGVO vorliegen muss. Die dort geregelten Erlaubnistatbestände – soweit sie für Fotografen relevant sind – sollen im Folgenden näher betrachtet werden. Dabei ist vorab festzuhalten, dass die im Internet vielfach verbreitete Behauptung, es müsse stets eine ausdrückliche

Einwilligung der fotografierten Personen eingeholt werden, definitiv falsch ist und mit den Regelungen der DSGVO überhaupt nicht in Einklang zu bringen ist. Vielmehr ist die Einwilligung nur eine von mehreren in Art. 6 DSGVO geregelten sogenannten „Erlaubnistatbeständen“. Da sich in vielen Fällen eine Einwilligung nicht praktikabel einholen lässt, hat Art. 6 DSGVO noch weitere Fälle geregelt, in denen eine Verarbeitung personenbezogener Daten rechtmäßig ist, auch wenn keine ausdrückliche Einwilligung vorliegt.

Da eine Einwilligung grundsätzlich nach Art. 7 DSGVO widerrufen werden kann und der Fotograf bei Zweifelsfällen nachweisen muss, dass die fotografierte Person eingewilligt hat, und weil eine wirksame Einwilligung an verschiedene Voraussetzungen geknüpft ist, erscheint es aus Praktikabilitätsgründen geboten, zunächst zu prüfen, ob nicht im konkreten Einzelfall ein anderer Erlaubnistatbestand vorliegt, der eine ausdrückliche Einwilligung nicht erforderlich macht.

3.1. In Erfüllung eines Vertrages (Art. 6 Abs. 1 b DSGVO)

In Betracht kommt hier Art. 6 Abs. 1 b DSGVO, wonach die Verarbeitung personenbezogener Daten rechtmäßig ist, wenn sie für die Erfüllung eines Vertrages, dessen Vertragspartei die betroffene Person ist, oder zur Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen, die auf Anfrage der betroffenen Person erfolgen, erforderlich ist.

Es muss also zwischen dem Fotografen und der fotografierten Person ein Vertrag abgeschlossen worden sein, der zum Inhalt hat, dass Fotos von Personen angefertigt werden, wobei es nicht darauf ankommt, ob die fotografierte Person eine finanzielle Gegenleistung erhält. Der klassische Fall, bei dem die fotografierte Person einen Fotografen aufsucht und diesen damit beauftragt, von ihr Fotos herzustellen, zum Beispiel Passfotos oder Bewerbungsfotos fällt unter diese Bestimmung. In der Beauftragung des Fotografen liegt gleichzeitig die konkludente (stillschweigende) Einwilligung, dass durch die Fotos personenbezogene Daten erhoben

werden, da anderenfalls die Vertragsdurchführung, was jedem einleuchten dürfte, gar nicht möglich wäre.

Ebenso fällt hierunter der Auftrag eines Hochzeitspaares an einen Fotografen, die Hochzeit und die anschließende Feier zu fotografieren. Ist der Fotograf ein Mitglied oder enger Freund der Familie, dürfte wohl die Haushaltsausnahme (s.o.) greifen. Ein fremder, durch Vertrag engagierter Fotograf dagegen kann sich mit der Erfüllung eines Vertrages mit dem Brautpaar rechtfertigen und auf den Erlaubnistatbestand des Art 6 Abs. 1 b DSGVO berufen. Allerdings ist dabei zu berücksichtigen, dass üblicherweise nicht nur das Brautpaar, sondern auch die Hochzeitsgäste und andere Personen, wie z.B. Standesbeamte, Geistliche, etc., fotografiert werden. Diese stehen jedoch in keinem Vertragsverhältnis zu dem Fotografen, so dass sich der Fotograf insoweit nicht auf die Erfüllung eines Vertrages als Erlaubnistatbestand berufen kann. Die Fotografien und damit verbundenen Datenerhebungen der Hochzeitsgäste unterliegen jedoch einem anderen Erlaubnistatbestand, auf den ich nachfolgend eingehen werde.

3.2. Wahrung der berechtigten Interessen (Art 6 Abs. 1 f DSGVO)

Dass man nicht mit allen bei einer Hochzeit anwesenden Personen eine Vereinbarung treffen oder deren Einwilligung einholen kann, von ihnen personenbezogene Daten durch Fotoaufnahmen zu erheben, ist nachvollziehbar. Für die Fälle, in denen die Einholung von Einwilligungen einer größeren Personenmenge nicht praktikabel oder gar nicht möglich ist, hat die DSGVO in Art. 6 Abs. 1 f die Möglichkeit vorgesehen, die Erhebung personenbezogener Daten durch Fotoaufnahmen mit einem berechtigten Interesse zu begründen, und zwar entweder mit den berechtigten Interessen des Fotografen oder denen eines Dritten, wie z.B. des Auftraggebers.

In Art. 6 Abs. 1 Ziffer f der DSGVO heißt es, dass die Verarbeitung der personenbezogenen Daten rechtmäßig ist, wenn sie zur Wahrung berechtigter Interessen des Verantwortlichen

(hier: des Fotografen) oder eines Dritten erforderlich ist, sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen, insbesondere dann, wenn es sich bei der betroffenen Person um ein Kind handelt.

Dem Brautpaar wird man ein berechtigtes Interesse dahingehend zusprechen können, dass nicht nur das Brautpaar selbst, sondern auch alle anwesenden Gäste fotografisch erfasst werden. In einem solchen Fall muss jedoch eine Interessenabwägung vorgenommen und geprüft werden, ob im konkreten Einzelfall höherwertig anzusehende Interessen der fotografierten Personen entgegenstehen. Davon wird man im Falle der Hochzeitsgäste kaum ausgehen können, die im Übrigen üblicherweise damit rechnen müssen, dass zu solchen Anlässen Fotografien gemacht werden, die sich nicht nur auf eine Ablichtung des Brautpaares beschränken. Insoweit könnte man möglicherweise auch von einer konkludenten Einwilligung ausgehen, was in einem möglichen Streitfall jedoch der schwierigere Argumentationsweg gegenüber einem Berufen auf berechnete Interessen sein dürfte.

Die obigen Ausführungen zu der Fotografie von Hochzeitsgästen lässt sich natürlich auch auf andere Veranstaltungen übertragen, bei denen ein Fotograf im Auftrag oder auch aus eigenem Antrieb Veranstaltungen fotografiert und es ihm nicht möglich ist, von allen anwesenden Personen Einwilligungen einzuholen. Der Aspekt eines berechtigten Interesses wird man in der Regel auch bei künstlerischen Fotos heranziehen können.

Zu prüfen ist jedoch immer, ob ein berechtigtes Interesse der fotografierten Person Vorrang genießt und die Datenerhebung deshalb möglicherweise unzulässig ist. Stets ist also in solchen Fällen eine Interessenabwägung erforderlich, im Rahmen derer auch der Verwendungszweck der Fotografien zu berücksichtigen ist. Wenn, wie bei den Hochzeitsgästen, die fotografierten Personen erkennen können, das und zu welchem Zweck die Aufnahmen gemacht werden, dürfte dies in der Regel für eine Rechtmäßigkeit der Aufnahmen sprechen. Aufnahmen, die

ohne Kenntnis der abgebildeten Personen gemacht werden, dürften dagegen in aller Regel nicht rechtmäßig sein.

Zwischenzeitlich gibt es auch ein erstes Urteil, das sich mit einer Interessenabwägung nach DSGVO befasst. Das Landgericht Frankfurt hat in seinem Urteil vom 13. September 2018 den Fall zu entscheiden gehabt, in dem ein Betreiber eines Friseursalons ein Video auf Facebook veröffentlicht hat, auf dem eine seiner Kundinnen während des Besuchs in dem Salon zu sehen war. Die Kundin hatte vor Gericht bestritten, dass sie zu der Videoaufnahme eine Einwilligung erteilt habe und der Friseur konnte den gegenteiligen Beweis nicht führen, so dass es für das Landgericht auf eine Interessenabwägung ankam, da auch der zwischen Kundinnen und Friseur abgeschlossene Vertrag bezüglich der Friseurleistungen zweifellos nicht das Recht zur Erhebung personenbezogener Daten in Form von Foto- bzw. Videoaufnahmen beinhaltet. Das Gericht hat dann folgende Feststellung in seinem Urteil getroffen:

„die Kammer erachtet insoweit die Grundsätze der §§ 22,23 KUG und die dazu ergangene Rechtsprechung – unter Berücksichtigung einer entsprechenden europarechtsautonomen Auslegung – als Gesichtspunkte, die im Rahmen von Art. 6 Abs. 1 lit) DSGVO und der Abwägung der Interessen und Grundrechte einzubeziehen sind. In Anwendung dieser Grundsätze überwiegt vorliegend das Interesse der Klägerin an der Unterlassung der streitgegenständlichen Verarbeitung in Form der Veröffentlichung.“

Dieses Urteil macht deutlich, dass in den Fällen, in denen weder aus dem Vertrag noch im Rahmen einer Interessenabwägung sich die Rechtmäßigkeit der Datenerhebung ergibt, in jedem Fall eine Einwilligung der betroffenen Person in nachvollziehbarer Art und Weise eingeholt werden muss. Damit komme ich zum letzten Erlaubnistatbestand, der für Fotografen relevant ist, nämlich der Einwilligung.

3.3 Die Einwilligung (Art. 6 Abs. 1 Ziffer a, Art. 7 DSGVO)

In Art. 6 Abs. 1 Ziffer a DSGVO ist geregelt, dass eine Verarbeitung der Daten immer dann rechtmäßig ist, wenn die betroffene Person ihre Einwilligung zu der Verarbeitung der sie

betreffenden personenbezogenen Daten für einen oder mehrere bestimmte Zwecke gegeben hat. Dabei ist die Einwilligung gemäß Art. 7 DS GVO allerdings an bestimmte Voraussetzungen geknüpft.

Zunächst einmal liegt es dem Fotografen nachzuweisen, dass die betroffene Person in die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten eingewilligt hat (Art. 7 Abs. 1 DSGVO). Zwar unterliegt die Einwilligung keinen Formvorschriften, sie kann also auch mündlich oder auch konkludent erteilt werden. Eine konkludente Einwilligung kommt jedoch nur dann in Betracht, wenn die fotografierte Person durch ihr Handeln eindeutig zu erkennen gibt, dass sie damit einverstanden ist, fotografiert zu werden. Gefordert ist also eine Handlung, die unter objektiven Gesichtspunkten eindeutig und nicht missverständlich ist. Eine solche Handlung kann darin bestehen, dass die fotografierte Person sich bewusst in Pose setzt, in die Kamera lächelt oder winkt, und ein objektiver Betrachter zu dem Schluss kommen muss, dass die fotografierte Person fotografiert werden wollte. Ein reines Stillschweigen, ohne dass erkennbar ist, dass die Person mit der Aufnahme einverstanden war, reicht dagegen für eine Einwilligung nicht aus, da nach unserem Rechtssystem Schweigen in diesem Zusammenhang keine Zustimmung bedeutet. Aus Beweisgründen empfiehlt es sich allerdings, Einwilligungen – soweit dies möglich und praktikabel ist – schriftlich einzuholen.

Erfolgt die Einwilligung der betroffenen Person durch eine schriftliche Erklärung, welche auch noch andere Sachverhalte betrifft, so muss das Ersuchen um Einwilligung in verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache so erfolgen, dass es von den anderen Sachverhalten klar zu unterscheiden ist (Art. 7 Abs. 2 DSGVO).

Besondere Bedeutung kommt dem Art. 7 Abs. 3 DSGVO zu, da dort geregelt ist, dass die betroffene Person das Recht hat, ihre Einwilligung jederzeit zu widerrufen. Durch den Widerruf der Einwilligung wird allerdings die Rechtmäßigkeit der bis dahin erfolgten Datenverarbeitung nicht berührt. Natürlich darf ab dem Widerruf keine weitere Verarbeitung mehr stattfinden.

Ein ganz entscheidender Punkt in Art. 6 Abs. 1 Ziffer a DSGVO ist der Bezug der Einwilligung auf „einen oder mehrere bestimmte Zwecke“. Damit wird deutlich, dass eine wirksame Einwilligung nur dann erteilt werden kann, wenn der betroffenen Person in eindeutiger Weise mitgeteilt wurde, zu welchem Zweck die Aufnahmen angefertigt werden. Eine fotografierte Person, die nicht weiß, zu welchem Zweck die Aufnahmen angefertigt und später verwendet werden, kann grundsätzlich keine wirksame Einwilligung erteilen. Sollte später eine Änderung oder Erweiterung des Zwecks beabsichtigt sein, ist folglich auch eine ergänzende Einwilligung einzuholen.

Zu beachten ist schließlich auch das sogenannte „Kopplungsverbot“ in Art. 7 Abs. 4 DSGVO, wonach es unzulässig ist, die Erfüllung eines Vertrages von einer Einwilligung in die Datenerhebung (= Einwilligung fotografiert zu werden) abhängig zu machen. Stets muss die Einwilligung freiwillig und ohne Zwang oder Druck erteilt werden. Wenn Besucher einer Veranstaltung zu dieser nur zugelassen werden, wenn sie darin einwilligen, dort fotografiert zu werden, so ist dies ein Verstoß gegen das Kopplungsverbot und kann nicht Grundlage einer rechtmäßigen Datenerhebung sein.

Eine verschärfte Regelung enthält die DSGVO in Art. 8 bezüglich der Einwilligung von Kindern. Wenn ein Kind das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, so ist die Verarbeitung nur rechtmäßig, sofern und soweit diese Einwilligung durch den Träger der elterlichen Verantwortung für das Kind oder mit dessen Zustimmung erteilt wird (Art. 8 Abs. 1 DSGVO). In Art. 8 Abs. 2 DSGVO ist ferner geregelt, dass die Mitgliedstaaten eine niedrigere Altersgrenze vorsehen und damit an ihre jeweiligen Jugendschutzvorschriften anpassen können, die jedoch nicht unter dem vollendeten 13. Lebensjahr liegen darf. Die Bundesrepublik Deutschland hat hiervon keinen Gebrauch gemacht, anders jedoch die Bundesrepublik Österreich, die die Altersgrenze auf die Vollendung des 14. Lebensjahres festgesetzt hat (§ 4 Abs. 4 DSG).

Allerdings ist es falsch und stimmt mit der DSGVO nicht überein, dass grundsätzlich und ausnahmslos bei Fotos von Kindern, die das 16. Lebensjahr nicht vollendet haben, eine Einwilligung der Eltern erforderlich ist, wie es immer wieder in Beiträgen zur DSGVO geschrieben wird. Dass dies so nicht richtig ist, ergibt sich aus Art. 6 Abs. 1 Ziffer f DSGVO, wonach – wie oben im Rahmen der Interessenabwägung bereits dargestellt – zu prüfen ist ob Interessen oder Grundrechte der betroffenen Personen, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen, insbesondere dann wenn es sich bei der betroffenen Person um ein Kind handelt. Daraus ist zu schließen, dass auch im Rahmen der Interessenabwägung gemäß Art. 6 Abs. 1 Ziffer f DSGVO geprüft werden kann, ob die Herstellung von Fotografien von Kindern, die das 16. Lebensjahr noch nicht erreicht haben, zulässig ist oder nicht.

Allerdings wird man hier strengere Anforderungen bezüglich der Interessenbeurteilung der Kinder stellen müssen. Aus meiner Sicht bezieht sich Art. 8 auf Fotografien, die gezielt und ausschließlich Kinder unter 16 Jahren zum Inhalt haben, z.B. Porträtfotos. Wenn es dagegen beispielsweise, um bei dem obigen Beispiel zu bleiben, um Kinder geht, die bei einer Hochzeitsfeier anwesend sind, dürfte aus meiner Sicht er Art. 6 Abs. 1 Ziffer f DSGVO anzuwenden sein. Hätte die DSGVO das Fotografieren von Kindern grundsätzlich von der Einwilligung der Erziehungsberechtigten abhängig machen wollen, würde der Hinweis in Art. 6 Absatz 1 Ziffer f DSGVO keinen Sinn machen.

Eine weitere Frage im Zusammenhang mit der Einwilligung betroffener Personen stellt sich dahingehend, ob eine vor Inkrafttreten der DSGVO erteilte Einwilligung weiterhin Bestand hat. Dies ist nach allgemeiner Auffassung der Fall. Die vor dem 25.5.2018 erteilten Einwilligungen gelten fort und müssen nicht neu eingeholt werden, es sei denn, der Fotograf möchte die Bilder nun zu einem anderen Zweck verwenden als dem, welcher der seinerzeitigen Einwilligung zugrunde lag.

4. Zusammenfassung:

Zusammenfassend ist damit folgendes festzustellen:

Betrachtet man die Erlaubnistatbestände in Art. 6 DSGVO so wird deutlich, dass nicht grundsätzlich eine Einwilligung erforderlich ist, sondern vielmehr eine solche nur dann Bedeutung bekommt, wenn nicht über einen anderen Erlaubnistatbestand die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung nachgewiesen werden kann. Es ist auch festzustellen, dass sich eine Vielzahl von Aufnahmen mit einem der in der DSGVO geregelten Erlaubnistatbestände rechtfertigen lässt, so dass deutlich wird, dass jegliche Panik, die im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten der DSGVO verbreitet wurde, völlig überzogen und unangebracht gewesen ist.

Auch wenn man beispielsweise den Bereich der Streetfotografie betrachtet, bei der Einwilligungen der fotografierten Personen grundsätzlich nicht eingeholt werden können und auch nicht eingeholt werden sollen, um die Spontaneität der Aufnahmen nicht zu gefährden, so dürfte sich auch hier im Rahmen der Interessenabwägung nach Art. 6 Abs. 1 Ziffer f DSGVO eine Rechtmäßigkeit der Aufnahme in vielen Fällen ergeben, nachdem das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung vom 8.2.2018 ausdrücklich festgestellt hat, dass die Streetfotografie als Kunstform anerkannt ist. Gleiches dürfte umso mehr für normale Straßenszenen gelten, auf denen Menschen im Bild zu sehen sind. Auch hier wird eine Interessenabwägung dazu führen müssen, dass in aller Regel keine höherwertigen Interessen der Personen vorliegen, die auf den Fotos abgebildet sind.

Bei der Anfertigung von Fotos wird sich die fehlende Rechtmäßigkeit im Wesentlichen auf solche Aufnahmen beschränken, die weder im Rahmen eines Vertrages gemacht wurden, noch ein berechtigtes Interesse des Fotografen oder dritter Personen beinhalten und für die eine Einwilligung nicht vorliegt. Hierbei dürfte es sich jedoch um einen nur kleinen Bereich der Anwendungsfälle der Personenfotografie handeln, bei dem im Übrigen schon vor Inkrafttreten der DSGVO ein großer Teil der Aufnahmen unzulässig war, beispielsweise bei Aufnahmen, die unbemerkt aus dem Hinterhalt oder in fremden Privaträumen ohne Einwilligung gemacht wurden (Paparazzi- Fotos).

So wird man vor allem in folgenden Situationen von einem überwiegenden Interesse der abgebildeten Person ausgehen, womit die Datenerhebung der betroffenen Person ohne entsprechende Einwilligung automatisch rechtswidrig ist:

- heimliche Aufnahmen
- Aufnahmen von Personen, die sich in einer intimen Situation oder an einem gegen Einblicke geschützten Ort befinden und sich unbeobachtet fühlen
- mangelnde Kenntnis der fotografierten Person vom Verwendungszweck der Aufnahme

Fotografen, die mit einer gewissen Sensibilität für Personenaufnahmen ihre fotografischen Werke erstellen, dürften aus meiner Sicht bei der Herstellung der Aufnahmen mit der DSGVO nicht so leicht in Konflikt kommen.

5. Veröffentlichung von Fotos nach Inkrafttreten der DSGVO

Im Rahmen der Veröffentlichung von Personen Fotos wurde von vielen die Frage gestellt, in welchem Verhältnis die DSGVO zu den Regeln im KUG steht. Ich hatte oben bereits darauf hingewiesen, dass grundsätzlich die Europeanormen den nationalen Normen vorgehen, gleichwohl könnten über Art. 85 DSGVO die Regelungen des KUG als *lex specialis* gegenüber den Vorschriften der DSGVO verstanden werden und damit Vorrang vor der DSGVO haben.

Auf eine entsprechende Anfrage hat das Bundesministerium des Inneren dies auch so bestätigt und am 14.5.2018 folgende Erklärung veröffentlicht:

"Sehr geehrter Herr X...,

vielen Dank für Ihre Anfragen vom 30. April und 03. Mai 2018.

Eine Verbreitung dieser Antwort ist wünschenswert, sofern die Antwort vollständig wiedergeben und nicht einzelne Passagen aus dem Zusammenhang gerissen werden.

Gerne nehme ich vertiefend zu Ihren Fragen Stellung. Um Wiederholungen zu vermeiden, möchte ich jedoch eingangs erneut betonen, dass sich aus der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) und den diese ergänzenden nationalen Gesetzen keine wesentlichen Änderungen der Rechtslage bei der Anfertigung und Verbreitung von Fotografien ergeben.

Das Anfertigen von Fotografien wird sich auch zukünftig auf eine - wie bislang schon - jederzeit widerrufbare Einwilligung oder alternative Erlaubnistatbestände wie die Ausübung berechtigter Interessen (Art. 6 Abs. 1 lit. f) DS-GVO) stützen können. Diese Erlaubnistatbestände (nach geltender Rechtslage Art. 7 der geltenden EU-Datenschutz-Richtlinie 95/46/EG i.V.m. den nationalen Umsetzungsgesetzen) decken seit vielen Jahren datenschutzrechtlich die Tätigkeit von Fotografen ab und werden in Art. 6 DS-GVO fortgeführt. Die Annahme, dass die DS-GVO dem Anfertigen von Fotografien entgegenstehe, ist daher unzutreffend.

Für die Veröffentlichung von Fotografien bleibt das Kunsturhebergesetz auch unter der ab dem 25. Mai 2018 anwendbaren Datenschutz-Grundverordnung erhalten. Es sind, wie ich bereits in meiner Antwort ausgeführt habe, keine Änderungen oder gar eine Aufhebung mit Blick auf die Datenschutz-Grundverordnung vorgesehen.

Die Ansicht, das Kunsturhebergesetz werde durch die DS-GVO ab dem 25. Mai 2018 verdrängt, ist falsch. Das Kunsturhebergesetz stützt sich auf Artikel 85 Abs. 1 DS-GVO, der den Mitgliedstaaten nationale Gestaltungsspielräume bei dem Ausgleich zwischen Datenschutz und der Meinungs- und Informationsfreiheit eröffnet. Das Kunsturhebergesetz steht daher nicht im Widerspruch zur DS-GVO, sondern fügt sich als Teil der deutschen Anpassungsgesetzgebung in das System der DS-GVO ein. Eine gesetzliche Regelung zur Fortgeltung des Kunsturhebergesetzes ist nicht erforderlich. Ebenso führen die Ansätze anderer Mitgliedstaaten, die sich in allgemeiner Form zum Verhältnis von Datenschutz und Meinungs- und Informationsfreiheit verhalten, in der praktischen Umsetzung nicht weiter und führen nicht zu mehr Rechtssicherheit.

Die grundrechtlich geschützte Meinungs- und Informationsfreiheit fließt zudem unmittelbar in die Auslegung und Anwendung der DS-GVO ein, insbesondere stellen sie

berechtigte Interessen der verantwortlichen Stellen nach Art. 6 Abs. 1 lit. f) DS-GVO dar. Die DS-GVO betont, dass der Schutz personenbezogener Daten kein uneingeschränktes Recht ist, sondern im Hinblick auf seine gesellschaftliche Funktion und unter Wahrung des Verhältnismäßigkeitsprinzips gegen andere Grundrechte abgewogen werden (Erwägungsgrund 4). Zu den von der DS-GVO in diesem Zusammenhang genannten Grundrechten zählt ausdrücklich auch die Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit.

Ich würde mich freuen, wenn die vorstehenden Ausführungen dazu beitragen, Ihnen Ihre Befürchtungen zu nehmen.

.....

Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat

- Bürgerservice –

Aus dieser Erklärung war zu schließen, dass es zumindest für die Veröffentlichung bei den Bestimmungen des KUG und der umfangreichen, hierzu ergangenen Rechtsprechung bleiben soll.

Allerdings ist zu berücksichtigen, dass es sich bei der Stellungnahme des Bundesministeriums des Inneren um eine Äußerung handelt, die mittlerweile in dieser Form von einigen Datenschutzbeauftragten durchaus kritisch und ablehnend gesehen wird. Zweifellos entfaltet die Aussage des Bundesministeriums auch keine Bindungswirkung für die Gerichte, sondern kann allenfalls im Rahmen einer Auslegung der gesetzlichen Vorschriften und im Rahmen einer Interessenabwägung Berücksichtigung finden. Bislang gibt es hierzu noch keine allgemeinverbindlichen Urteile.

Das OLG Köln hat zwar in zwei Beschlüssen (18.6.2018 – 15 W 27/18 und 8.10.2018 – 15 U 110/18) den Vorrang der Vorschriften des KUG vor denen der DSGVO bestätigt. Dabei ist jedoch zu beachten, dass sich diese Entscheidung ausschließlich auf Pressefotografen bezieht und diese Urteile keinesfalls verallgemeinert werden dürfen. Eine allgemeine Aussage, dass

die Vorschriften des KUG denen der DSGVO vorgehen, hat das Gericht nicht getroffen. Ob die Gerichte auch für alle anderen Bereiche der Fotografie den Regelungen des KUG vor denen der DSGVO den Vorrang einräumen, bleibt abzuwarten. Zwar wäre es wünschenswert, wenn die im KUG enthaltenen Bewertungsmaßstäbe auf eine Interessenabwägung nach DSGVO übertragen würden, ob dies jedoch der Fall sein wird, ist derzeit noch völlig unklar.

Es wird bei einem Vorrang der Vorschriften des KUG vor denen der DSGVO von der Rechtsprechung auch eine zwischen beiden Regelwerken bestehende Differenz zu lösen sein, die das Recht des Widerspruchs betrifft. Wie bereits erwähnt kann eine Einwilligung nach DSGVO gemäß Art. 7 Abs. 3 DSGVO jederzeit widerrufen werden, während eine Einwilligung nach KUG nicht oder nur in ganz engen Ausnahmefällen später widerrufen werden kann. Auch hier bedarf es einer Klärung durch die Rechtsprechung, im Zweifel durch den EuGH, ob dann für die Herstellung der Fotos die Einwilligung widerruflich ist (denn auf die Herstellung findet das KUG keine Anwendung) und für die Veröffentlichung nach KUG unwiderruflich. Der Gesetzgeber hätte zwar die Möglichkeit, über Art. 85 der DSGVO eine gesetzliche Regelung zu treffen, dass im Bereich der Fotografie weiterhin die Vorschriften des KUG und die hierzu ergangene Rechtsprechung Gültigkeit haben. Theoretisch könnte der Gesetzgeber auch das KUG ändern und die Einwilligung bereits auf die Herstellung der Fotos erstrecken. Von einer Möglichkeit, auf diese Weise Klarheit und Rechtssicherheit zu schaffen, hat der Gesetzgeber jedoch bislang keinen Gebrauch gemacht und die Erklärung des Bundesministeriums lässt darauf schließen, dass eine gesetzliche Regelung auch für nicht erforderlich gehalten wird. Würde man allerdings dem KUG vom Gesetzgeber Vorrang vor dem DSGVO einräumen, so hätte das die kuriose Folge, dass der Widerruf einer Einwilligung zur Veröffentlichung nicht möglich wäre, jedoch der Widerruf bezüglich der Herstellung der Aufnahme, so dass theoretisch ein nicht rechtmäßig hergestelltes Foto rechtmäßig veröffentlicht werden könnte.

Damit bleiben auch bei der Veröffentlichung von Personenaufnahmen Fragen offen und man muss davon ausgehen, dass bis zur Klärung der offenen Fragen im Zweifelsfall auch insoweit die DSGVO Anwendung findet.

Allerdings gilt auch im Zusammenhang mit der Veröffentlichung das, was oben bereits ausgeführt wurde, dass nämlich die Veröffentlichung in sehr vielen Fällen über die vorhandenen Erlaubnistatbestände geregelt werden kann. Je größer allerdings der Kreis derjenigen ist, die Zugang zu den veröffentlichten Fotos haben, desto höher werden die Anforderungen sowohl sein, die für die Annahme eines Erlaubnistatbestandes zu stellen sind.

Sowohl bei der Herstellung als auch bei der Veröffentlichung von Personenfotos sehe ich in der Praxis gegenüber der Rechtslage vor Inkrafttreten der DSGVO keine derart gravierenden Veränderungen, die es rechtfertigen würden, die Zulässigkeit der Personenfotografie unter neuem Blickwinkel zu sehen. Damit bleibe ich bei meiner bereits früher geäußerten Auffassung, dass sich im Prinzip für Fotografen gar nicht soviel verändert hat, wie von vielen behauptet wurde. Die Panikmache im Zusammenhang mit dem Inkrafttreten der DSGVO ist – wie bereits angemerkt – völlig unangebracht gewesen und beruhte in vielen Fällen auf der erschreckenden Unkenntnis derjenigen, die sich dazu berufen gefühlt haben, hierzu ihre Meinung kund zu tun, wobei es mir in Einzelfällen sogar fraglich erscheint, ob die entscheidenden Vorschriften der DSGVO von ihnen überhaupt jemals gelesen wurden.

Auch wenn vieles noch unklar ist und eine Klärung durch die Rechtsprechung abgewartet werden muss, besteht überhaupt kein Anlass, den Spaß an der Fotografie zu verlieren, solange man mit einer durchaus angebrachten Sensibilität vorgeht, wenn man Aufnahmen von Personen anfertigt.

6. Die Panikmache mit den Millionen-Bußgelder

Noch ein Wort zu den Bußgeldern, die nach Aussage einiger bis zu Millionenbeträgen drohen. Mir ist bislang kein Bußgeld gegen einen Fotografen wegen Verstoßes gegen die DSGVO bekannt geworden, und sollte tatsächlich einmal ein Bußgeld gegen einen Fotografen verhängt werden, so wird sich dies keinesfalls in Millionenhöhe bewegen. Auch hier wurde nur Panik verbreitet, statt sachliche Aufklärung zu betreiben.

Die DSGVO sieht zwar derart hohe Bußgelder in Art. 83 vor, und das aus gutem Grund. Man möchte nämlich Großkonzerne und soziale Netzwerkbetreiber drakonisch bestrafen können, wenn sie die Datenschutzvorschriften der DSGVO nicht einhalten und mit der gesetzlichen Drohung eines Bußgeldes in Millionenhöhe bereits im Vorfeld diese Unternehmen zum sensiblen Umgang mit personenbezogenen Daten anhalten. Denn in erster Linie richtet sich die DSGVO gegen die großen Player, die personenbezogene Daten nicht ordnungsgemäß verarbeiten und sichern, unzulässigerweise speichern oder sogar an Dritte verkaufen. Auf den „kleinen“ Fotografen hat es die DSGVO in erster Linie überhaupt nicht abgesehen, aber wie so häufig sind es dann doch die „Kleinen“, die von dem mit der DSGVO verbundenen Bürokratismus am meisten getroffen werden.

III. Weitere Pflichten des Fotografen nach DSGVO

Abschließend möchte ich nur kurz auf diejenigen Verpflichtungen eingehen, die für Fotografen seit Inkrafttreten der DSGVO neu und zu beachten sind:

1. Informationspflichten des Fotografen (Art. 13 DSGVO)

Neben den Aspekten, die vom Fotografen bei der Herstellung und Veröffentlichung von Aufnahmen mit Personen zu beachten sind, obliegen dem Fotografen nach Art. 13 DSGVO auch eine Reihe von Informationspflichten.

Nach Art. 13 DSGVO ist der Fotograf verpflichtet, der betroffenen Person insbesondere folgende Informationen zum Zeitpunkt der Erhebung der Daten, also spätestens zum Zeitpunkt des Anfertigens der Fotos, zur Verfügung zu stellen:

- Name und Kontaktdaten des Fotografen
- Zweck und Rechtsgrundlage der Datenverarbeitung, einschließlich der Mitteilung berechtigter Interessen
- gegebenenfalls die Empfänger der personenbezogenen Daten
- Dauer der Datenspeicherung
- Belehrung über die Rechte des Betroffenen, wie Auskunftsrecht (Art. 15 DSGVO), Recht auf Berichtigung der Daten (Art. 16 DSGVO), auf Löschung der Daten (Art. 17 DSGVO), auf Einschränkung der Verarbeitung (Art. 18 DSGVO), auf Datenübertragbarkeit (Art. 20 DSGVO), Widerspruchsrecht (Art. 21 DSGVO) und Beschwerderecht bei der Aufsichtsbehörde (Art. 77 DSGVO)

Gegebenenfalls weitere Informationen, die in Art. 13 DSGVO genannt sind, müssen dann, wenn sie im Einzelfall relevant sind, zusätzlich erteilt werden. Insoweit empfiehlt sich eine Überprüfung nach Art. 13 der DSGVO im Einzelfall.

Es sind jedoch durchaus Fälle denkbar, in denen eine Information an die betroffenen Personen, so wie sie in Art. 13 der DSGVO vorgeschrieben sind, nicht erfolgen kann. Man denke in diesem Zusammenhang an die Teilnehmer an einer Veranstaltung, die auf irgendwelchen Zuschauertribünen oder am Rande des Geschehens in Gruppen stehen. Eine Information im Sinne des Art. 13 DSGVO dürfte hier schlechterdings nicht durchführbar sein.

In solchen Fällen können und sollten die Informationen durch entsprechende Hinweistafeln, die für alle Besucher gut sichtbar angebracht werden, mitgeteilt werden. Dies regelt Art. 14

Abs. 5 Ziffer b DSGVO. Hier sollte der Fotograf auch die Möglichkeit, mit derartigen Hinweistafeln auf sich aufmerksam und Werbung zu machen, nicht unterschätzen.

Eine Informationspflicht entfällt grundsätzlich, soweit die betroffene Person bereits über diese Informationen verfügt, wie sich aus Art 13 Abs. 4 und Art. 14 Abs. 5 Ziffer a DSGVO ergibt.

2. Pflicht zur Datenlöschung (Art 17 DSGVO)

Mit dem Recht der betroffenen Person, die Löschung ihrer Daten zu verlangen, korrespondiert die Verpflichtung des Fotografen, personenbezogene Daten, die nicht mehr notwendig sind, zu löschen. Daten dürfen nicht ohne Notwendigkeit gespeichert werden. So müssen beispielsweise nach Erfüllung eines Fotoauftrags die Fotos mit personenbezogenen Daten gelöscht werden, was die unangenehme Konsequenz hat, dass dann – beispielsweise bei Hochzeitsaufnahmen – keine Nachbestellungen mehr getätigt werden können. Es ist deshalb möglich, mit der betroffenen Person eine Vereinbarung zu treffen, dass die Daten erst nach bestimmten Fristen gelöscht werden. Eine solche Regelung sollte in jedem Fall in den Vertrag, der der Anfertigung der Fotos zugrunde liegt, aufgenommen werden.

Andererseits gilt das Recht auf Löschung bzw. die Verpflichtung zur Löschung der Daten nicht, wenn einer der Ausnahmetatbestände des Art. 17 Abs. 3 vorliegt, insbesondere wenn die Verarbeitung erforderlich ist zur Ausübung des Rechts auf freie Meinungsäußerung und Information oder zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung und zur Geltendmachung, Ausübung und Verteidigung von Rechtsansprüchen.

III. Verzeichnis von Verarbeitungstätigkeiten und Sicherheit der Verarbeitung (Art. 30, 32 DSGVO)

Der Fotograf als Verarbeiter personenbezogener Daten hat nach Art. 30 DSGVO ein Verzeichnis aller Verarbeitungstätigkeiten zu führen und gemäß Art. 32 DSGVO die Sicherheit der Verarbeitung zu gewährleisten. Verletzungen des Schutzes personenbezogener Daten hat er unverzüglich und möglichst binnen 72 Stunden der zuständigen Aufsichtsbehörde zu melden.

Ich empfehle für die Erstellung des Verzeichnisses von Verarbeitungstätigkeiten die Beiziehung eines Datenschutzbeauftragten oder eines mit den Datenschutzvorschriften vertrauten Spezialisten. Es können an dieser Stelle aufgrund der Verschiedenheit der Anwendungsfälle und der Individualität jedes einzelnen Unternehmens keine allgemeingültigen Muster zur Verfügung gestellt werden.

Pflicht zur DSGVO-konformen Datenschutzerklärung auf der Website:

Jeder Fotograf, der eine Website betreibt, gleichgültig ob als Amateur oder gewerblich, muss die Website mit einer Datenschutzerklärung versehen. Wie genau diese auszusehen hat, hängt sehr stark u.a. von der Ausprägung der Tätigkeit und dem gesamten Auftreten im Netz sowie der Präsenz in sozialen Netzwerken ab, weshalb auch insoweit hier keine konkreten Empfehlungen abgegeben werden können. Es gibt im Internet jedoch unzählige Anbieter, die nach einer Art Baukastensystem meist kostenlos über einen Generator eine Datenschutzerklärung, zugeschnitten auf die individuellen Bedürfnisse zur Verfügung stellen.

Ich möchte an dieser Stelle nur darauf hinweisen und auch dringend empfehlen, die eigene Website mit einer DSGVO-konformen Datenschutzerklärung auszustatten, da fehlende Datenschutzerklärungen abmahnwürdig und deshalb ein gefundenes Fressen für Abmahnhaie sind.