

Was gilt in der Fotografie nach dem 25.05.2018?

1) Fotografien als digitale Daten

Wer digital fotografiert weiß, dass seine Aufnahmen aus Bits und Bytes bestehen und auf einer Speicherkarte landen, die die mit dem Auslösen der Kamera generierten Pixel mehr oder weniger dauerhaft festhält. Das gilt für alle digitalen Fotografien, nicht nur für Bilder oder Bildnisse, auf denen Personen identifizierbar sind. Das gilt auch nicht erst ab dem 25. Mai 2018, sondern bereits solange, wie digitale Fotos hergestellt werden, mithin seit 1991. Datenerhebung und -verarbeitung war digitale Fotografie immer - genauso übrigens wie die analoge Fotografie. Und personenbezogene Daten wurden auf Personenfotos auch immer schon festgehalten.

2) Datenschutz forever

Seit der ersten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum Datenschutz (BVerfGE 65,1 ff) und daraus folgend dem ersten Datenschutzgesetz in Deutschland (seit 1977) unterliegt die automatische Verarbeitung (heute: die digitale Datenverarbeitung) von personenbezogenen Daten besonderen Anforderungen zu ihrem Schutz, damit mit der Erhebung, Speicherung und sonstigen Verarbeitung kein Schindluder getrieben wird (was nicht immer funktioniert, siehe z.B. Facebook). Seit 1995 gibt es den Datenschutz auf der EU-Ebene, festgehalten in einer Richtlinie, die bis zum 24.05.2018 gilt und durch das Bundesdatenschutzgesetz von 2001 in deutsches Recht umgesetzt wurde.

3) Was seit 1995 bis heute (11.05.2018) gilt

Zimperlich in Datenschutzfragen war die EG bzw. die EU von Anfang an nicht. Wer z.B. Art 6 der DSGVO mit Art 7 der seit 1995 geltenden DS-Richtlinie vergleicht, stellt fest:

Art 7 DS-Richtlinie	Art 6 DSGVO
Die Mitgliedstaaten sehen vor, daß die Verarbeitung personenbezogener Daten lediglich erfolgen darf, wenn eine der folgenden Voraussetzungen erfüllt ist: a) Die betroffene Person hat ohne jeden Zweifel ihre Einwilligung gegeben; b) die Verarbeitung ist erforderlich für die Erfüllung eines Vertrags, dessen Vertragspartei die betroffene Person ist, oder für die Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen, die auf Antrag der betroffenen Person erfolgen; c) die Verarbeitung ist für die Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung erforderlich, der der für die Verarbeitung Verantwortliche unterliegt; d) die Verarbeitung ist erforderlich für die Wahrung lebenswichtiger Interessen der betroffenen Person;	☒ ¹ Die Verarbeitung ist nur rechtmäßig, wenn mindestens eine der nachstehenden Bedingungen erfüllt ist: a) Die betroffene Person hat ihre Einwilligung zu der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten für einen oder mehrere bestimmte Zwecke gegeben; b) die Verarbeitung ist für die Erfüllung eines Vertrags, dessen Vertragspartei die betroffene Person ist, oder zur Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen erforderlich, die auf Anfrage der betroffenen Person erfolgen; c) die Verarbeitung ist zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung erforderlich, der der Verantwortliche unterliegt; d) die Verarbeitung ist erforderlich, um lebenswichtige Interessen der betroffenen Person oder einer anderen natürlichen Person zu schützen;

<p>e) die Verarbeitung ist erforderlich für die Wahrnehmung einer Aufgabe, die im öffentlichen Interesse liegt oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt und dem für die Verarbeitung Verantwortlichen oder dem Dritten, dem die Daten übermittelt werden, übertragen wurde;</p> <p>f) die Verarbeitung ist erforderlich zur Verwirklichung des berechtigten Interesses, das von dem für die Verarbeitung Verantwortlichen oder von dem bzw. den Dritten wahrgenommen wird, denen die Daten übermittelt werden, sofern nicht das Interesse oder die Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die gemäß Artikel 1 Absatz 1 geschützt sind, überwiesen.</p>	<p>e) die Verarbeitung ist für die Wahrnehmung einer Aufgabe erforderlich, die im öffentlichen Interesse liegt oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt, die dem Verantwortlichen übertragen wurde;</p> <p>f) die Verarbeitung ist zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich, 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.</p> <p>²Unterabsatz 1 Buchstabe f gilt nicht für die von Behörden in Erfüllung ihrer Aufgaben vorgenommene Verarbeitung.</p>

Die Richtlinie musste zwar anders als die Verordnung, die unmittelbar gilt, in nationales Recht umgesetzt werden. Das bedeutet jedoch nicht, dass sich die Mitgliedstaaten nicht daran zu halten hatten. Wer die Richtlinie nicht oder nicht richtig umsetzte, wurde mit einem Vertragsverletzungsverfahren konfrontiert. Deutschland durfte das zweimal erfahren. Die rechtlich zulässige Verarbeitung personenbezogener Daten nach der Richtlinie einerseits, der Verordnung andererseits unterscheidet sich also nicht signifikant, die Verarbeitung auch von digitalen Personenfotodaten war schon bisher nur in engen Grenzen zulässig.

4) Sind Personenfotos nach dem 25.05.2018 nicht mehr zulässig?

Personenfotos, zumal digitale, sind dann personenbezogene Daten, wenn eine Person eindeutig anhand von physischen, physiologischen, genetischen oder psychischen, wirtschaftlichen, kulturellen oder sozialen Merkmalen identifiziert werden kann. Nicht nur digitale, auch analoge Fotos enthalten Metadaten, z.B. solche, die Auskunft über einen Standort einer Person geben. Digitale (Meta-)Daten haben aber zusätzlich die Eigenschaft, dass sie leichter mit anderen Daten verknüpft und daher noch schneller zur Identifizierung von Personen verhelfen können.

Personenfotos sind unter Datenschutzgesichtspunkten daher mindestens in der EG/EU seit 1995 verboten, wenn ihre Anfertigung und weitere Verarbeitung nicht auf eine Einwilligung oder auf eine andere Rechtsgrundlage (siehe oben Art 7 bzw. Art 6) gestützt werden kann:

a) Digitale Personenfotos, die von natürlichen Personen, also z.B. Annegret Meier oder Herbert Müller, gemacht werden zur Ausübung **ausschließlich persönlicher oder familiärer Tätigkeiten**, sind zwar Datenverarbeitung im Sinne der Richtlinie (Art. 3 Abs. 2) wie der DSGVO (Art. 2 Abs. 2). Die Regeln des Datenschutzes finden aber auf sie keine Anwendung (ebd.).

b) Digitale Personenfotos, die zu **journalistischen Zwecken** hergestellt und weiter verarbeitet werden, unterliegen nur wenigen Regeln des Datenschutzes, konkret den Regeln des Datengeheimnisses und der Datensicherheit. Zwar sind noch nicht alle diesbezüglichen Ländergesetze verabschiedet oder in Kraft. Die schon beschlossenen Regeln in M-V, NRW und S-H zur Umsetzung der DSGVO sehen aber genau das vor. Wer seine zu journalistischen Zwecken gefertigten Fotos so schützt wie seine Quellen, hat mit diesen Regeln keine Probleme. Einzelheiten des Umfangs der Verpflichtungen können den Veröffentlichungen des Deutschen Presserates entnommen werden, der für den redaktionellen Datenschutz der periodischen Presse zuständig ist. Diese Verpflichtungen gelten für alle Personenfotos, die für journalistische Zwecke verarbeitet werden, seien es Sportfotos, Demonstrationsfotos, Portraitfotos oder Straßenfotos. Die für journalistische Zwecke geltenden Ausnahmeregelungen der Ländergesetze sind auf jede journalistische Tätigkeit anzuwenden. Es kommt nicht darauf an, ob jemand für Zeitungen oder Zeitschriften, für den Rundfunk oder für journalistische Onlinepublikationen wie z.B. journalistische Blogs oder social media arbeitet. Genauso wenig kommt es darauf an, ob jemand angestellt oder freiberuflich oder sonst unternehmerisch eine Verarbeitung von personenbezogenen Daten zu journalistischen Zwecken vornimmt. Auch kommt es nicht darauf an, ob jemand gelegentlich oder ständig, nur zeitweilig oder dauerhaft diese journalistische Tätigkeit ausübt. Diese weite Fassung des Begriffs Journalismus ist auf die DSGVO zurückzuführen, deren Erwägungsgrund 153 die weite Auslegung solcher Begriffe wie Journalismus zum Schutz des Rechts auf freie Meinungsäußerung in einer demokratischen Gesellschaft anordnet. Die weitgehende Ausnahme von Datenschutzregelungen nach der DSGVO bedeutet jedoch nicht, dass Persönlichkeitsrechte nicht zu beachten wären. Daran ändert sich durch die DSGVO nichts, das KUG und die Rechtsprechung zum Recht am eigenen Bild ist weiterhin maßgebend.

c) Digitale Personenfotos, die zu **künstlerischen Zwecken** gefertigt und verarbeitet werden, können nicht durch die soeben skizzierte Ländergesetzgebung legitimiert werden. Regelmäßig kommt aber vor allem bei Fotografien mit Menschenmengen auch deren Einwilligung nicht in Betracht. Trotzdem heißt das nicht, dass solche Fotos ab dem 25.05.2018 ohne Einwilligung unzulässig wären. Ihre Anfertigung konnte schon bisher nicht auf das KUG gestützt werden, weil sich das KUG nur zur Veröffentlichung von Fotos, nicht aber zur Herstellung derselben verhält. Die Veröffentlichung von Fotografien zu künstlerischen Zwecken kann, jedenfalls solange der Bundesgesetzgeber keine andere Regelung trifft, nach wie vor auf das KUG gestützt werden. Nach dem bisherigen BDSG und der EU-Richtlinie von 1995 wird das KUG als *lex specialis* i.S.v. § 1 Abs.3 Satz 1 BDSG eingeordnet und daher sind Fotografien, die auf der Basis des KUG veröffentlicht werden, datenschutzrechtlich nicht zu beanstanden.

Aber auch auf der Grundlage der DSGVO und des neuen BDSG kann das KUG Weitergeltung beanspruchen, soweit die Veröffentlichung Fotografien betrifft, deren Veröffentlichung der Meinungsäußerung und/oder der Informationsfreiheit dient. Denn die DSGVO trifft insoweit keine Regelung, vielmehr ordnet sie an, dass die Mitgliedsstaaten durch nationale Rechtsvorschriften das Recht „auf den Schutz personenbezogener Daten gemäß dieser Verordnung mit dem Recht auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit, einschließlich der Verarbeitung (...) zu (...) künstlerischen (...) in Einklang“ zu bringen haben. Das hat der deutsche Gesetzgeber mit dem KUG getan. Es gibt daher keinen Grund anzunehmen, dass das KUG nicht als eine solche Regelung neben der DSGVO weitergelten kann. Die Zulässigkeit der Herstellung des künstlerischen Fotos wurde bisher am allgemeinen Persönlichkeitsrecht gemessen, also an Art 2 Abs. 1 i.V.m. Art 1 Abs. 1 GG und i.d.R. entsprechend § 23 KUG für mit Datenschutzregelungen kompatibel gehalten. Insoweit wurde schon bisher eine Interessenabwägung vorgenommen zwischen eventuellen schutzwürdigen Interessen der abgebildeten Person und den künstlerischen Interessen der fotografierenden Person (BGH VI ZR 358/13 zum Verhältnis von Persönlichkeitsrecht und Datenschutzgesetzgebung). Eine solche Interessenabwägung kann zwanglos auch über Art 6 Abs. 1 f DSGVO vorgenommen werden, wenn man

der Meinung ist, dass der deutsche Gesetzgeber es versäumt hat, eine die Meinungsfreiheit generell schützende Norm ins BDSG zu implementieren bzw. das KUG der DSGVO entsprechend anzupassen.

d) Für digitale Personenfotos, die für **kommerzielle Zwecke** gefertigt und verarbeitet werden, gilt grundsätzlich nichts anderes als unter c) dargelegt, soweit es sich um Fotografien handelt, die hergestellt und/oder veröffentlicht werden (sollen), um das Recht der Meinungsäußerung oder der Informationsfreiheit ausüben zu können. Jedoch gibt es vor allem unter Datenschützern die verbreitete Meinung, das KUG käme als Rechtsgrundlage dafür nicht mehr in Betracht. Andererseits wird von Datenschützer die Auffassung vertreten, dass, wer sich an das KUG hält, mit der DSGVO keine Problem bekommen wird. So z.B. der bayerische Landesdatenschutzbeauftragte in seiner Broschüre **„Erste Hilfe zur DSGVO für Unternehmen und Vereine, Das Sofortmaßnahmenpaket“** (Beck-Verlag, 2018, S. 51): „Wer sie beachtet (Anm.: die Maßstäbe des KUG)), kann deshalb davon ausgehen, dass er damit die Vorgaben der DS-GVO erfüllt. Ob die DS-GVO die bisherigen Regelungen des KUG ablöst oder nicht, bleibt dann im praktischen Ergebnis ohne Bedeutung.“ Selbst wenn man die Ansicht vertritt, dass das KUG trotz Art 85 Abs. 1 DSGVO und § 1 Abs. 2 BDSG-neu nicht mehr als *lex specialis* für die Fotografie zu den genannten Zwecken in Betracht kommt, kommt wie bisher neben der Einwilligung auch die mit der Datenverarbeitung (also der Fotografie) verbundene und bezweckte Verfolgung berechtigter Interessen in einer erheblichen Anzahl der Fälle in Betracht. So argumentiert z. B. der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit in einem Vermerk mit dem Titel **„Rechtliche Bewertung von Fotografien einer unüberschaubaren Anzahl von Menschen nach der DSGVO außerhalb des Journalismus“**, S.9: „Bis dahin ist es möglich, die Datenerhebung in den meisten Fällen über Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO zu rechtfertigen.“ Darüberhinausgehende Pflichten, wie z.B. Informationspflichten nach Art. 13 und 14 DSGVO werden von ihm verneint. Gegenüber den Abgelichteten bestehe eine Informationspflicht nicht. Dies ergebe sich aus Art. 11 Abs. 1 DSGVO, hilfsweise aus Art. 14 Abs. 5 lit. b DSGVO.

5) Nordische Regelungen oder Schweden, das gelobte Land?

In einigen Publikationen der jüngsten Zeit ist zu lesen, dass der deutsche Gesetzgeber sich doch an die Gesetzgebung in anderen EU-Mitgliedsstaaten orientieren sollte.

a) Z. B. habe der Gesetzgeber in Schweden das Problem der Fotografie gesehen und durch einen Federstrich erledigt. Zumindest finde sich in einem Gesetzentwurf der schwedischen Regierung vom 15. Februar 2018 der schlichte aber wirkungsvolle Satz *„Die DSGVO sowie weitere Datenschutzgesetze finden in dem Umfang, wie sie gegen Presse- oder Meinungsfreiheit streiten, keine Anwendung.“*

In dem mittlerweile verabschiedeten Gesetz (und dem Gesetzentwurf der schwedischen Regierung vom 15.02.2018) findet sich der zitierte Satz neben weiteren. Die vollständige Regelung lautet:

„Förhållandet till tryck- och yttrandefriheten

7 § EU:s dataskyddsförordning och denna lag ska inte tillämpas i den utsträckning det skulle strida mot tryckfrihetsförordningen eller yttrandefrihetsgrundlagen.

Artiklarna 5–30 och 35–50 i EU:s dataskyddsförordning samt 2–5 kap. denna lag ska inte tillämpas vid behandling av personuppgifter som sker för journalistiska ändamål eller för akademiskt, konstnärligt eller litterärt skapande.”

Sinngemäß:

„Die EU-Datenschutzverordnung und dieses Gesetz finden keine Anwendung, soweit sie mit der Pressefreiheit oder der Meinungs-/Äußerungsfreiheit kollidieren würden. Die Artikel 5-30 und 35-50 der EU-Datenschutzverordnung und die Kapitel 2 bis 5 dieses Gesetzes

gelten nicht für die Verarbeitung personenbezogener Daten für journalistische Zwecke oder für akademische, künstlerische oder literarische Zwecke.“

Die schwedische Gesetzgebung ist daher nicht unbedingt klarer oder Medien freundlicher gesonnen als die im BDSG oder den Ländergesetzen enthaltene deutsche Gesetzgebung zur DSGVO.

b) Vergleichbar hat Finnland reagiert. Danach gilt demnächst folgende Regelung zum Datenschutz mit Bezug auf u.a. die journalistische Arbeit:

“Article 27 of the (Finnish) Data Protection Regulation does not apply to the processing of personal data relating to the exercise of the freedom of expression in the Law on mass media (460/2003). Articles 44 to 50 of the Data Protection Regulation do not apply if the application infringes the right to freedom of expression or the freedom of communication.

Article 5 (1) (a) and (b) and Article 2 (2), Articles 24 to 26, Article 31, Articles 39 and 40, Article 42, 57, 58, 64 and 70 of the Data Protection Regulation shall apply to the processing of personal data for journalistic purposes only or for purposes of academic, artistic or literary expression, only where appropriate.”

Sinngemäß:

“Artikel 27 der (finnischen) Datenschutzverordnung gilt nicht für die Verarbeitung personenbezogener Daten im Zusammenhang mit der Ausübung der Meinungsfreiheit im Gesetz über Massenmedien (460/2003). Die Artikel 44 bis 50 der Datenschutzverordnung finden keine Anwendung, wenn die Anwendung das Recht auf freie Meinungsäußerung oder die Freiheit der Kommunikation verletzt.

Artikel 5 Absatz 1 Buchstaben a und b und Artikel 2 Absatz 2, Artikel 24 bis 26, Artikel 31, Artikel 39 und 40, Artikel 42, 57, 58, 64 und 70 der Datenschutzverordnung gelten für die Verarbeitung personenbezogener Daten nur für journalistische Zwecke oder für Zwecke des wissenschaftlichen, künstlerischen oder literarischen Ausdrucks, nur soweit zutreffend.

Auch in Finnland ist die Umsetzung des Art 85 der DSGVO demnach nur partiell gelungen. In beiden nordischen Staaten kann jedenfalls nicht von einem durchgehenden Schutz der Medienfreiheiten ausgegangen werden.

Benno H. Pöppelmann