

Ein Thema lässt uns hier in der Kanzlei nicht mehr los – zahlreiche Journalisten, Fotografen, Kameraleute und Fernsehunternehmen haben uns gefragt, welche Auswirkungen die DSGVO ab dem 25. Mai auf Bilder von Personen haben wird. Denn das bisher geltende KUG könnte von der DSGVO verdrängt werden. Fakt ist: es herrscht Rechtsunsicherheit, jeder hat eine andere Meinung. Wir versuchen dennoch, all Ihre Fragen zu dem Thema zu beantworten. Update 14. Mai: Das Bundesministerium des Innern hat zu der Frage nun öffentlich Stellung bezogen.



© alphaspirit - Fotolia.com

#119292972

## Update 14. Mai: Stellungnahme des Bundesministeriums des Innern (BMI)

Auf Anfrage eines unserer Leser wurde uns diese Antwort des Bürgerservices aus dem BMI weitergeleitet – inzwischen findet sich diese Antwort auch [ganz offiziell auf der Seite des BMI, unten in den FAQ zur DSGVO unter „Was ändert sich mit der Datenschutzgrundverordnung für Fotografen?“](#):

*“ (...) 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 entgegen stehe, 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 berechnigte 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 –,*

**Anmerkung WBS:** Es sei an dieser Stelle gesagt, dass eine solche Äußerung, sollte sie tatsächlich dem Willen des Bundesgesetzgebers entsprechen, nicht bindend für die Gerichte sein wird, sondern lediglich bei der Entscheidungsfindung im Rahmen der Auslegung der entsprechenden gesetzlichen Regelungen heranzuziehen ist.

Auch teilen wir die Auffassung nicht, die reine Anfertigung einer Fotografie sei schon immer unter das BDSG a.F. gefallen mit der Folge, dass die Einwilligung hierzu widerruflich gewesen sei. Wie wir in unserem folgenden Beitrag ausführen, war dies stets juristisch umstritten und wurde so in der Praxis nicht gehandhabt. Wie auch der Hamburgische Datenschutzbeauftragte Prof. Dr. Caspar in einem Vermerk schreibt, „wurde die Zulässigkeit der Ablichtung als Vorstadium der Veröffentlichung (...) nach der bisherigen Rechtslage an Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG gemessen bzw. in diesem Rahmen eine Interessenabwägung vorgenommen.“

Allerdings ist es nach dieser Äußerung des BMI sehr wahrscheinlich, dass die Anfertigung und auch die Speicherung und Vermarktung einer Fotografie zukünftig der DSGVO unterfallen wird, wenn man nicht aufgrund des Medienprivilegs davon ausgenommen ist – mit allen daraus folgenden, im Beitrag beschriebenen Konsequenzen. Auch Prof. Caspar vertritt diese Auffassung in seinem Vermerk: „Da nunmehr eine spezielle Regelung für diese Abwägung in Form des Art. 6 DSGVO besteht, die zudem als europarechtliche Verordnung grundsätzlich auch gegenüber dem deutschen Verfassungsrecht Anwendungsvorrang genießt, ist die Rechtmäßigkeit der Ablichtung ausschließlich hiernach zu beurteilen.“

Erfreulich ist hingegen die Äußerung des Ministeriums, zumindest die Veröffentlichung einer Fotografie unterfalle für alle weiterhin dem KUG und nicht der DSGVO, unabhängig von einem gesetzlichen Medienprivileg. Diese bislang unter Juristen eher als „Mindermeinung“ angesehene Auffassung zur „Öffnungsklausel“ des Art. 85 Abs. 1 DSGVO halten wir für juristisch korrekt und absolut wünschenswert. Somit können sich Verarbeiter, die Fotografien veröffentlichen, zumindest in diesem Rahmen weiterhin auf das KUG stützen.

Wie sich nun zukünftig aber – sollte diese Auffassung zutreffend sein – die Diskrepanz zwischen der Aufnahme einer Fotografie (DSGVO, etwaige Einwilligung frei widerruflich) und deren Veröffentlichung (KUG, Einwilligung nicht frei widerruflich) in der Praxis auswirken wird, bleibt abzuwarten. Es wird Aufgabe der Rechtsprechung werden, die daraus erwachsenden Wertungswidersprüche auszutarieren. **Update Ende**

---

## Wonach wurden Fotografien bisher beurteilt?

Fotos und auch Videoaufnahmen von Personen sind derzeit vor allem „Bildnisse“ im Sinne des Kunsturhebergesetzes (KUG) von 1907. Dieses Gesetz stellt in §§ 22, 23 besondere Regeln für das sog. „Recht am eigenen Bild“ als Teil des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts auf. § 22 KUG erlaubt die Verbreitung bzw. öffentliche Zurschaustellung von Personenfotos grundsätzlich nur mit Einwilligung – es sei denn, es ist eine der gesetzlichen Ausnahmen des § 23 KUG einschlägig. Hiernach sind Veröffentlichungen von Fotos, die im Zusammenhang mit einem zeitgeschichtlichen Ereignis stehen, Fotos von Versammlungen oder Landschaften, auf denen Personen als „Beiwerk“ zu sehen sind, in der Regel auch ohne Einwilligung der abgebildeten Personen erlaubt. Im Laufe der Jahre sind hierzu viele Urteile ergangen, welche dieses Recht konkretisierten. Dabei wurde stets eine einzelfallgerechte Abwägung der widerstreitenden Grundrechte der Meinungs-, Informations- und Pressefreiheit und den Interessen des Fotografen an der Verwertung und Veröffentlichung seiner Werke auf der einen Seite und dem Persönlichkeitsrecht der Abgebildeten auf der anderen Seite vorgenommen.

Die bloße Aufnahme von Personenbildern fällt hingegen bislang nicht unter dieses Gesetz – sie wird aber von der Rechtsprechung auch als mögliche Rechtsverletzung angesehen, wenn eine Güter- und Interessenabwägung mit dem Persönlichkeitsrecht des Fotografierten im jeweiligen Einzelfall dagegen spricht. Das ist insbesondere der Fall, wenn jede denkbare Veröffentlichung oder Verbreitung von vorneherein ohne Einwilligung der fotografierten Person unzulässig wäre.

## Wann fallen Fotos überhaupt unter das Datenschutzrecht?

Jede Anfertigung eines Fotos oder Videos, auf dem Personen erkennbar abgebildet sind, ist erst einmal eine Verarbeitung personenbezogener Daten im Sinne der der ab 25. Mai gültigen Datenschutzgrundverordnung (DSGVO). Das sagt inzwischen auch die EU-Kommission auf die Anfrage eines Fotografen hin: *„Fotos, die Personen abbilden, enthalten personenbezogene Daten. Selbst, wenn das Foto der Person ohne den Namen der abgebildeten Person veröffentlicht wird, ist diese Person bei einer Zuordnung des Namens identifizierbar. Dafür genügt es, wenn einzelne Betrachter den Namen zuordnen können, wenn sie das Bild sehen. Damit unterliegt auch die Weiterleitung an einen Dienstleister und dessen Verarbeitung den Vorschriften der (DSGVO). Auch dann, wenn mit den Fotos nicht die Namen der abgebildeten Person weitergeleitet werden. Die datenschutzrechtlichen Anforderungen gelten ebenso für Foto-Aufnahmen, die bei Veranstaltungen gemacht werden. (...)“*

Fotos von erkennbaren Personen sind also generell personenbezogene Daten – sie unterliegen aber zunächst nur als Digitalfotos bzw. als eingescannte analoge Fotos i.S. d. DSGVO, denn diese gilt nach Art. 2 Abs. 1 zunächst nur für *„für die ganz oder teilweise automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten sowie für die nichtautomatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten, die in einem Dateisystem gespeichert sind oder gespeichert werden sollen.“* Darüber hinaus ist die DSGVO aber auch dann auf Fotos anwendbar, wenn sie gem. Art. 4 Abs. 6 in einem analogen Dateisystem verwaltet werden, also z.B. in Karteikarten oder auf eine andere Art sortiert sind.

Entgegen z.T. verbreiteter Ansicht sind Fotos also nicht nur dann personenbezogen in den Fällen, in denen zusätzliche Metadaten wie etwa Ort, Zeitpunkt der Aufnahme in den EXIF- und/oder den IPTC-Dateien gespeichert werden. Diese Datenerhebungen sind tatsächlich zusätzliche personenbezogene Daten – zum einen in Bezug auf die abgebildete Person, zum anderen im Hinblick auf den Fotografen selbst. Sie unterfallen grundsätzlich immer dem Datenschutzrecht – wenn nicht die Bundesländer hier im Hinblick auf Fotojournalismus eine medienspezifische Ausnahme finden. Das war aber auch bislang schon so, jedoch bekommt dieser Aspekt kurz vor Geltung der DSGVO nun neue Aufmerksamkeit.

Auch jede nach der Anfertigung eines Fotos vorgenommene Speicherung, Vermarktung und Veröffentlichung, z.B. durch den Auftraggeber, ist dann eine weitere Verarbeitung personenbezogener Daten.

Tatsächlich können auf Fotos theoretisch sogar besonders „sensible Daten“ i.S.d. Art. 9 DSGVO zu sehen sein, weil auf dem Foto Merkmale wie die Hautfarbe oder Religionszugehörigkeit erkennbar sein können. Diese Daten unterliegen gem. Art. 9 Abs. 2 DSGVO eigentlich einem noch strengeren Schutz als „normale“ personenbezogene Daten, wodurch eine Veröffentlichung von Fotos praktisch nur noch mit Einwilligung möglich wäre. Allerdings heißt es in Erwägungsgrund 51 der DSGVO: *„Die Verarbeitung von Lichtbildern sollte nicht grundsätzlich als Verarbeitung besonderer Kategorien von personenbezogenen Daten angesehen werden, da Lichtbilder nur dann von der Definition des Begriffs „biometrische Daten“ erfasst werden, wenn sie mit speziellen technischen Mitteln verarbeitet werden, die die eindeutige Identifizierung oder Authentifizierung einer natürlichen Person ermöglichen.“* Somit gilt für Fotos i.d.R. – soweit die DSGVO Anwendung findet – lediglich Art. 6 DSGVO und nicht der strengere Art. 9 DSGVO.

### **Was haben die Gerichte bislang zum Verhältnis BDSG und KUG gesagt?**

Die Gerichte haben bisher gesagt: Für die Veröffentlichung und Zurschaustellung von Personenbildnissen haben die §§ 22, 23 KUG Vorrang vor dem bisherigen deutschen Bundesdatenschutzgesetz (BDSG a.F.).

Ob das auch für das Anfertigen von Fotos gilt, ist nicht abschließend geklärt, es wird jedoch von den meisten Juristen angenommen. **Update 9. Mai:** Das BMI vertritt offensichtlich eine andere Rechtsauffassung, wonach die Aufnahme eines Fotos bzw. Videos schon immer unter das BDSG a.F. gefallen sei. Das Problem der Auffassung, das Anfertigen von Fotos falle unter die DSGVO, während die Veröffentlichung des Fotos unter das KUG als spezielleres Gesetz falle, ist offensichtlich: Denn der Widerruf der Einwilligung zur Aufnahme müsste denklogisch auch die Veröffentlichung zu Fall bringen – auch, wenn die Einwilligung nach dem KUG eigentlich als fast unwiderruflich angesehen wird. Die Anwendbarkeit des BDSG für alle Handlungen im Vorfeld der Veröffentlichung würde damit das KUG selbst unterlaufen. Weil hier also unlösbare Wertungswidersprüche entstünden, wurde bisher angenommen, dass auch die Herstellung eines Bildes nicht unter das BDSG a.F. fallen kann. **Update Ende**

### **Wie verhält sich die DSGVO zum KUG? (siehe hierzu oben das Update vom 9. Mai)**

Das ist die Kernfrage, um die sich derzeit alles dreht. Fakt ist: der Gesetzgeber hat die Antwort letztlich größtenteils den Gerichten überlassen, sodass hier gerade Rechtsunsicherheit herrscht – voraussichtlich über den 25. Mai hinaus. Daher können wir hier nur einen Überblick über die derzeit vertretenen Auffassungen geben.

Generell ist es so, dass die DSGVO erst einmal aufgrund der Normenhierarchie zwischen europäischem und nationalen Recht Anwendungsvorrang vor den deutschen Gesetzen hat – sie regelt den Bereich des Datenschutzrechts abschließend, abgesehen von den Bereichen, in denen der nationale Gesetzgeber durch sog. Öffnungsklauseln ausdrücklich Handlungsspielraum erhalten hat. Somit kann nicht generell angenommen werden, dass das KUG weiterhin als spezielleres Gesetz der DSGVO vorgeht. Daher muss man schauen, wie offen die DSGVO selbst für spezielle Regelungen zum Recht am eigenen Bild ist.

Die DSGVO räumt den Mitgliedstaaten einen solchen Gestaltungsspielraum ein und zwar in Art. 85 DSGVO. Unklar ist allerdings, wie weit diese Öffnungsklausel geht – entweder, der Gesetzgeber soll nur Ausnahmen zu journalistischen, wissenschaftlichen, künstlerischen oder literarischen Zwecken finden (nach Abs. 2). Oder aber er darf darüber hinaus auch weitere Aspekte regeln, um das Recht auf freie Meinungsäußerung und mit dem Datenschutzrecht in Einklang zu bringen (nach Abs. 1). Wir sind der Ansicht, dass Abs. 1 durchaus eine solchen Regelungsmöglichkeit für die EU-Länder enthält, weil es viel mehr

viele Fälle von Grundrechtskollisionen gibt es nur in den beispielhaft genannten Fällen. Nicht umsonst gibt es eine so umfangreiche Rechtsprechung zum KUG, auch für die gewerbliche Fotografie.

Leider hat der Bundesgesetzgeber sich hier nicht klar positioniert – weder enthält das neue BDSG eine entsprechende Regelung zur Fotografie, noch wurde sonst klargestellt, dass das KUG weiterhin anwendbar ist und in welchem Umfang. Auch in einem Entwurf zu einem neuen KUG hat der Bundesgesetzgeber nichts dazu geplant, sondern nur Ausnahmen für Presse bzw. Rundfunk und damit für die klassischen Medien vorgesehen. Doch was die weitere Geltung des KUG anbelangt, so haben Vertreter der Regierung geäußert, man überlasse das letztlich den Gerichten. Darüber hinaus überlassen sie die Regelung des sog. Medienprivilegs den Ländern. Diese müssen derzeit Regelungen finden, damit die Presse ihre Arbeit weiterhin machen kann und nicht durch den Datenschutz behindert wird. Entsprechend gibt es auch in den Bundesländern derzeit nur Gesetzentwürfe, welche die Geltung der DSGVO lediglich für die klassischen Medien beschränken. Und in der Begründung zum neuen Rundfunkstaatsvertrag (RStV) heißt es sogar ausdrücklich: *„Bei der Verarbeitung personenbezogener Daten zu anderen, als zu journalistischen Zwecken findet die Datenschutz-Grundverordnung grundsätzlich uneingeschränkt Anwendung“*. Zwar müssen sich die Gerichte nicht an diese Äußerung halten, doch es spricht dafür, dass es bald außerhalb der journalistischen Zwecke nur noch wenig Anwendungsspielraum für das KUG geben wird.

Zwar wird derzeit auch die Meinung vertreten, das KUG könne auch ohne gesetzgeberische Regelung für alle Arten von Fotografen weiterhin uneingeschränkt Geltung finden, weil man das Gesetz auch im Rahmen der gewerblichen Fotografie einfach als eine Norm ansehen könnte, welche im Sinne des Art. 85 Abs. 1 DSGVO die Meinungs- bzw. Informationsfreiheit besonders gut mit dem Datenschutz austariert. Doch auf Seiten der Gesetzgeber deutet nichts darauf hin, dass das so gewollt ist. (**Update 9. Mai: Das BMI vertritt offensichtlich doch diese Auffassung.**) Daneben wird auch die Ansicht vertreten, dass – für den Fall, dass die Länder es nicht rechtzeitig schaffen, das Medienprivileg gesetzlich zu etablieren und es tatsächlich zu einer Lücke kommt – zumindest hier überhaupt keine neue Regelung notwendig ist. Denn im Hinblick auf journalistische Zwecke könne das KUG in jedem Fall bereits als abweichende nationale Regelung im Sinne des Art. 85 Abs. 2 DSGVO gesehen werden, die somit unverändert aufrechterhalten wird. Wenn man dieser Auffassung folgt, könnte Gleiches sogar für künstlerische, wissenschaftliche und literarische Zwecke gelten, für die leider auch keine neue, spezielle Regelung im deutschen Recht getroffen wurde.

Letztlich müssen das aber dann die Gerichte entscheiden. Es ist derzeit aber wahrscheinlicher, anzunehmen, dass die Gerichte nur die bewusst getroffenen Regelungen zum Medienprivileg als Ausnahmen der DSGVO gelten lassen. Fotografien zu gewerblichen Zwecken privater Fotografen hingegen können wohl tatsächlich nicht mehr auf das KUG gestützt werden. Wie es mit künstlerischer Fotografie weitergeht, bleibt abzuwarten. Wahrscheinlich wird es aber auch hier am Ende auf eine Abwägung der widerstreitenden Grundrechte im Rahmen der DSGVO hinauslaufen (s.u.), wobei die Rechtsprechung zum KUG weiterhin berücksichtigt werden kann.

### **Update 18.5.: Wer kann sich auf das Medienprivileg berufen?**

Nun sind die ersten Landespressegesetze in Nordrhein-Westfalen, Schleswig-Holstein und Mecklenburg-Vorpommern verabschiedet worden. Diese Länder haben auch dem Entwurf zum Rundfunkstaatsvertrag zugestimmt. Zwar heißt es z.B. in § 10 Landespressegesetz NRW immer noch: *„Soweit Unternehmen, Hilfs- und Beteiligungsunternehmen der Presse personenbezogene Daten zu journalistischen oder literarischen Zwecken verarbeiten...“*. Das klingt, als würde weiterhin ein enger Pressebegriff kodifiziert werden. Doch auf der anderen Seite stellen diese Gesetze den Journalismus-Begriff klar und sprechen nur noch von **„journalistischen Zwecken“**. In den bisherigen Regelungen des Medienprivilegs war eine Verarbeitung „ausschließlich zu eigenen journalistisch-redaktionellen“ Zwecken vorausgesetzt – die Einschränkungen „ausschließlich zu eigenen“

und „redaktionellen“ werden nun wohl meist nicht übernommen werden. Anlässlich der DSGVO, wonach der Journalismus-Begriff weit zu verstehen ist, wurde wohl einheitlich eine Datenverarbeitung zu journalistischen Zwecken insgesamt privilegiert.

Zu der Frage, wer eigentlich unter „**Presse**“ fällt, heißt es z.B. in der Begründung zum neuen RStV, dass der alte Pressebegriff des BDSG a.F. weiter gelten soll. Diesen hat u.a. das Bundesverwaltungsgericht bereits 2015 definiert (Urt. v. 29.10.2015 AZ. [1 B 32/15](#)) und folgendes klargestellt:

- Das Medienprivileg gilt für die Presse im verfassungsrechtlichen Sinne und damit auch für die Online-Medien, wenn sie unter den Pressebegriff des Art. [5](#) Abs. 1 Satz 2 GG fallen.
- Der Begriff der Presse ist weit auszulegen. Auch, wenn der RStV und das BDSG a.F. nur von „Unternehmen“ bzw. „Hilfsunternehmen“ bzw. z.T. von „Beteiligungsunternehmen“ der Presse sprechen, so muss das Medienprivileg auch für selbstständige Journalisten gelten, die nicht in redaktionelle Strukturen eingebunden sind.
- Auch für Kunden-, Werks-, Partei- und Vereinspublikationen wird grundsätzlich anerkannt, dass das Medienprivileg Anwendung findet.
- Vereine, Parteien oder sonstige Unternehmen, die Mitglieder-, Kunden- oder sonstige Publikationen erstellen, können das Medienprivileg nur in Anspruch nehmen, wenn die für die Publikationen zuständige Abteilung organisatorisch selbständig, in sich geschlossen gegenüber den sonstigen (betrieblichen) Stellen, abgeschottet und in der redaktionellen Tätigkeit autonome Organisationseinheiten sind. (umstritten)

Ein weites Begriffsverständnis der „Presse“ und der ihr zuarbeitenden Personen bzw. Unternehmen verlangt auch zukünftig die DSGVO. So steht es in Erwägungsgrund 153 der DSGVO, in dem es heißt: *„Um der Bedeutung des Rechts auf freie Meinungsäußerung in einer demokratischen Gesellschaft Rechnung zu tragen, müssen Begriffe wie Journalismus, die sich auf diese Freiheit beziehen, weit ausgelegt werden.“* So sah es auch schon zuvor der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH), der zukünftig die Auslegung der entsprechenden Normen bestimmen wird. Nach dem EuGH liegen journalistische Zwecke in jeder Tätigkeit, die es zum Ziel hat, Informationen, Meinungen oder Ideen, mit welchem Übertragungsmittel auch immer, in der Öffentlichkeit zu verbreiten (EuGH 16.12.2008 – [C-73/07](#), [EuZW 2009, 108](#) (110) Tz. 58 – Satamedia). Ähnlich sagte das BGH 2011: *„Daten werden dann zu journalistisch-redaktionellen Zwecken verarbeitet, wenn die Zielrichtung in einer Veröffentlichung für einen unbestimmten Personenkreis besteht (...). Es muss die Absicht einer Berichterstattung im Sinne des Art. [5](#) Abs. 1 Satz 2 GG – worunter auch die Meinungsäußerung fällt.“* (Urteil vom 01.02.2011, Az. [VI ZR 345/09](#)).

Danach müssten die Befreiungen und Ausnahmen zugunsten der Medien nicht nur für Medienunternehmen, sondern für jeden gelten, der bei der konkreten Tätigkeit journalistisch aktiv ist, auch wenn er nicht (haupt-)beruflich als Journalist arbeitet. Denn der Pressebegriff im Rahmen des Medienprivilegs rein funktional zu betrachten ist, es kommt letztlich auf die Zwecke der Publikation an, nicht allein auf die Zugehörigkeit zu Presse oder Rundfunk. Damit **können letztlich auch Blogger als Journalisten angesehen werden**, wenn sie sich mit Meinungen und Berichten an die Öffentlichkeit wenden und dabei – ähnlich wie die klassischen Medien – einen Beitrag zur Meinungsfreiheit leisten. Hier wird es im Einzelfall darauf ankommen, welche Zielrichtung der Blog verfolgt. Wahrscheinlich werden Tagebuchblogs nicht darunter fallen, weil sie rein privat motiviert sind und nicht relevant für die öffentliche Meinungsbildung.

Doch auch diejenigen, die prinzipiell vom Medienprivileg umfasst sind, können sich nur darauf berufen, wenn sie **bei der konkreten Tätigkeit tatsächlich zu journalistischen Zwecken tätig werden**. Denn Sinn und Zweck der Privilegierung ist es, die Presse u.a. vor Freigabe ihrer Quellen zu schützen und eine unabhängige Pressearbeit zu gewährleisten. Weiterhin soll damit dem Schutz des investigativen Journalismus Rechnung getragen

werden. Daher sind etwa die Recherche, Redaktion, Fotografie, die Veröffentlichung von Berichten und Fotos, Dokumentation und Archivierung personenbezogener Daten zu publizistischen Zwecken umfassend geschützt. Auch Online-Archive von Medien hingegen erfüllen journalistische Zwecke, wie Erwägungsgrund 153 zur DSGVO klarstellt.

Die datenschutzrechtliche Privilegierung gilt klar nicht etwa für die Personaldatenverarbeitung, die Akquisition von Abonnenten bzw. Kunden oder in der Anzeigenverwaltung. Hier gilt ganz normal das Datenschutzrecht. Nach dem BGH soll auch für die kommerziellen Weitergabe von Daten an Dritte keine Privilegierung gelten (Urt. vom 1. 2. 2011, Az. [VI ZR 345/09](#), Rn. 26).

Weiterhin fällt danach aber die Presse- und Öffentlichkeitsarbeit eines Unternehmens bzw. einer Behörde wohl nicht unter journalistisches Arbeiten, weil sie meist primär werblich ist. Anders könnte dies nach aussehen, wenn es sich um eine nicht werbliche Publikation einer abgegrenzten Abteilung innerhalb eines Unternehmens handelt, die klar journalistischen Zwecken dient.

Schließlich sind in den bisher bekannt gewordenen Entwürfen auch Datenverarbeitungen zu **literarischen Zwecken** von der Anwendbarkeit der DSGVO weitestgehend ausgenommen. Und nach dem letzten Entwurf zum Brandenburgerischen Landesdatenschutzgesetz nimmt darüber hinaus sogar Tätigkeiten zu **künstlerischen Zwecken** fast gänzlich von der DSGVO aus.

### **Für wen gilt dann wahrscheinlich die DSGVO und für wen nicht?**

Wenn also die DSGVO nur für Pressefotografen ausgenommen wird, dann ist sie (fast) in allen anderen Bereichen anwendbar, konkret also für

- gewerbliche Fotografen, z.B. von Hochzeiten, Sportveranstaltungen, Konzerten, für Bewerbungen und für Werbefotografen
- Fotokünstler (umstritten)
- für nicht journalistisch tätige Blogger und Influencer
- für Behörden
- für PR-Abteilungen in Unternehmen, wenn sie nicht journalistisch tätig werden

Unklar ist jedoch, was gilt, wenn ein freier Fotograf oder ein Unternehmen Fotos zu werblichen als auch zu journalistischen Zwecken anfertigen, wenn sie die Fotos also nicht im Auftrag der Presse schießen, sondern erst später an diese verkaufen. Hier wird man wohl sagen müssen, dass dies keine klassische Pressetätigkeit ist und sich nur das Unternehmen, das die Fotos selbst zu journalistischen Zwecken kauft, sich auf das Medienprivileg berufen kann.

Das KUG kann hingegen weiterhin Anwendung finden für folgende Veröffentlichungen:

- Medien, Rundfunk und Presse (s.o.) sowie Personen oder Unternehmen, die journalistisch tätig werden
- Analog-Fotografie, die nicht eingescannt wird und nicht in einem Dateisystem (dieses kann auch analog sein) verwaltet wird.
- Aufnahmen von Toten (Erwägungsgrund 27 zur DSGVO).
- Private Aufnahmen im persönlichen und familiären Kreis (Haushaltsausnahme, Art. 2 Abs. 2 lit. c DSGVO bzw. § 1 Abs. 1 S. 2 BDSG n.F.). Teilweise wird im Internet geschrieben, dass die sog. Haushaltsausnahme bereits dann überschritten sei, wenn man **persönliche Fotos im Internet, etwa bei Facebook hochlädt**. Dann würde die DSGVO gelten. Dies ist aber nicht richtig, wie der Erwägungsgrund 18 zur DSGVO ausdrücklich klarstellt. Danach muss zwar Facebook die DSGVO beachten, nicht aber seine Nutzer. Die müssen sich weiterhin nur nach dem KUG richten.

**Update Ende**

## Was würde die Anwendbarkeit der DSGVO für Fotografen bedeuten?

### Erlaubnisnorm schon für die Aufnahme eines Fotos bzw. Videos notwendig

Anders als früher, als man in der Regel für die reine Aufnahme einer Fotografie keine Erlaubnisnorm brauchte (**Update 9. Mai:** *Das BMI vertritt hier eine andere Auffassung, wonach diese Erlaubnisnorm schon immer notwendig gewesen sei*), müssen gewerbliche Fotografen mit hoher Wahrscheinlichkeit bald eine **Erlaubnisnorm der DSGVO** hierfür haben. Sprich, die Aufnahme ist grundsätzlich verboten, wenn sie nicht ausnahmsweise erlaubt ist.

**(Klarstellung 9. Mai:** *Sollte das KUG im oben beschriebenen Rahmen keine Anwendung mehr finden, dann bedarf es entsprechend auch für die **Veröffentlichung bzw. öffentliche Zurschaustellung** einer Fotografie bald einer **Erlaubnisnorm nach der DSGVO** und nicht nur einer des KUG. Dementsprechend müssten sich die folgenden Ausführungen natürlich auch auf die Veröffentlichung von Fotos beziehen.*

*Das BMI hingegen sagt, dass die Veröffentlichung weiterhin unter das KUG fällt, wohingegen die Aufnahme tatsächlich der DSGVO genügen müsse. Insofern wären die folgenden Ausführungen lediglich zur Aufnahme einer Fotografie weiterhin aktuell:).*

Doch diese Erlaubnisnorm muss nicht stets in einer Einwilligung liegen, wie vielfach geschrieben wird. Gerade bei der Veranstaltungsfotografie wäre dies absolut nicht praktikabel. Stattdessen werden die anderen Erlaubnistatbestände des Art. 6 DSGVO zukünftig von besonderer Bedeutung sein. Die praktisch relevantesten sind:

**1) Die Aufnahme erfolgt zur Erfüllung eines Vertrags** (Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. b). Für die Erfüllung eines Vertrags wird der Fotograf immer dann tätig, wenn er ein Model fotografiert, das für die Fotos eine Entlohnung erhalten hat. Diese Erlaubnisnorm ist auch dann einschlägig, wenn der Fotograf mit der abgebildeten Person selbst einen Vertrag geschlossen hat, etwa bei Bewerbungs- oder Portraitfotos. Nicht einschlägig ist diese Ausnahme hingegen, wenn der Fotograf nur mit dem Veranstalter einen Vertrag geschlossen hat, etwa mit dem Hochzeitspaar oder dem Konzertveranstalter. Denn hier besteht kein Vertrag zwischen Fotograf und den Gästen. Wer sich auf diese Rechtsgrundlage stützen kann, ist auf der sicheren Seite, denn gegen ein auf einer vertraglichen Grundlage angefertigtes Foto gibt es kein Widerrufsrecht wie bei der Einwilligung und kein Widerspruchsrecht wie beim „berechtigten Interesse“.

**2) Die Aufnahme ist zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Drittenerforderlich** (Art. 6 Abs. 1 Satz 1 lit. f), wenn keine schutzwürdigen Interessen des Betroffenen überwiegen. Sie ermöglicht die Datenverarbeitung ohne Einwilligung der Betroffenen, wenn eine ausführliche Interessenabwägung im Einzelfall zu Gunsten des Fotografen ausfällt. Es muss es nicht nur um das Interesse des Fotografen handeln, sondern auch das Interesse des Auftraggebers ist zu berücksichtigen. Und danach soll es nach dem Erwägungsgrund zur Norm ausreichen, wenn eine Vertragsbeziehung zwischen dem Auftraggeber und den Fotografierten besteht. Dies könnte z.B. bei der Konzertfotografie relevant sein, insbesondere wenn die Gäste über das Fotografieren durch ein Schild am Eingang aufgeklärt wurden. Darüber hinaus muss man prüfen, ob die fotografierte Person erwarten konnte, dass sie fotografiert wird. Hier eröffnet sich also ein Spielraum für die Hochzeitsfotografie: Dort ist jedem klar, dass Fotos gemacht werden, insbesondere wenn das Hochzeitspaar am Anfang auf diesen Umstand hinweist. Schließlich dürften im Interesse der Kunst die Interessen des Fotografen bei künstlerischer Fotografie überwiegen. Letztlich ist diese Fallgruppe so offen, dass man berechtigten Grund zur Hoffnung hat, dass die Gerichte auch zukünftig die alte Rechtsprechung zur Aufnahme von Fotografien sowie die Fallgruppen des KUG hier weitestgehend beibehalten werden.

**Update 14.5.:** Allerdings ist es so, dass gegen ein auf dieser Grundlage gestütztes Foto möglicherweise ein **Widerspruchsrecht** der abgebildeten Person nach Art. 21 DSGVO existiert: *„Die betroffene Person hat das Recht, aus Gründen, die sich aus ihrer besonderen Situation ergeben, jederzeit gegen die Verarbeitung sie betreffender personenbezogener*



Daten, die aufgrund von Artikel 6 Absatz 1 Buchstaben e oder f erfolgt, Widerspruch einzulegen; (...) Der Verantwortliche verarbeitet die personenbezogenen Daten nicht mehr, es sei denn, er kann zwingende schutzwürdige Gründe für die Verarbeitung nachweisen, die die Interessen, Rechte und Freiheiten der betroffenen Person überwiegen, oder die Verarbeitung dient der Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen.“. Ergebnis des Widerspruchs ist eine dreistufige Interessenabwägung:

1. Es liegen Gründe vor, die sich aus der besonderen Situation des Betroffenen ergeben. Der Betroffene muss seinen Widerspruch also persönlich begründen. Es könnte jedoch sein, dass es dabei ausreicht, wenn der Betroffene die Verarbeitung schlicht nicht wünscht und sich dabei auf seine Grundrechte beruft.
2. Möchte der Fotograf die Fotos dennoch weiter verarbeiten, so muss es nun prüfen, ob er dem zwingende schutzwürdige Gründe für seine Verarbeitung gegenüberstellen kann, welche die Rechte und Freiheiten der betroffenen Person überwiegen. Sollte er nur gleich gute Gründe haben, muss er die Fotos dennoch löschen, weil das Interesse des Aufgenommenen dann vorgeht. Er muss also noch stärkere Interessen geltend machen können, als er nur brauchte, um sich ursprünglich auf die berechtigten Interessen zu stützen. muss seine Ziele also nur durch die Verarbeitung erreichen können. Nicht zwingend wären die schutzwürdigen Interessen etwa, wenn es für ihn nur eine Unannehmlichkeit, geringere Mehrkosten bzw. Umsatzverluste mit sich bringen würde.
3. Schließlich muss – selbst bei Vorliegen von zwingend schutzwürdigen Gründen eine weitere Abwägung vorgenommen werden, ob die Interessen, Rechte und Freiheiten der betroffenen Person überwiegen. Die Erwägungen dieses Abwägungsprozesses müssen dokumentiert werden.

Möglicherweise kann man sich im Rahmen dieser Interessenabwägung weiterhin auf die Gedanken der Rechtsprechung zum KUG stützen. Allerdings ist dabei zu beachten, dass es systematisch anders aufgebaut ist und Betroffene nur ausnahmsweise „berechtigte Interessen“ geltend machen können, wenn einer der Ausnahmetatbestände des § 23 KUG erfüllt ist – im Rahmen des Widerspruchsrechts der DSGVO hingegen der Fotograf überwiegende Interessen geltend machen muss, wenn eine Aufnahme bzw. Speicherung eines Fotos wünscht, obwohl die Person damit nicht einverstanden ist. Die Rechtsprechung ging im Rahmen des KUG davon aus, dass insbesondere Abbildungen nicht zulässig sind, die zu Werbezwecken (z.B. in den sozialen Medien) verwendet werden.

Sollte ein Foto hingegen der (außer-)gerichtlichen Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen dienen, so muss der Fotograf keine Interessenabwägung vornehmen, er muss nur begründen, warum dem so ist. **Update Ende**

**3) Die Einwilligung** muss zukünftig den Anforderungen der DSGVO standhalten. Daher **müssen auch die sog. Model Releases angepasst werden**. Zwar braucht es nach der DSGVO grundsätzlich keine schriftliche Einwilligung, d.h. freundlich in die Kamera zu lächeln kann theoretisch weiterhin als Einwilligung gelten. Eigentlich reicht hier eine „unmissverständliche“ Handlung, nicht aber Stillschweigen. Allerdings haben Fotografen zukünftig die Pflicht, nachzuweisen, dass die Einwilligung tatsächlich vorliegt. Daher empfiehlt sich dennoch eine Unterschrift. Die Einwilligung hat aber nach Art. 7 DSGVO weitere Voraussetzungen, um wirksam zu sein, u.a. folgende:

- Die Einwilligung muss sich auf einen bestimmten Fall und Verarbeitungszweck beziehen
- Man muss die Fotografierten deutlich auf die jederzeitige Widerrufsmöglichkeit hinweisen
- Die Informationen zur Einwilligung müssen klar und in leichter Sprache formuliert sein
- Die Informationen müssen gut zugänglich sein

- Möglicherweise darf man die Vertragserfüllung, z.B. den Zutritt zu einem Konzert, nicht mehr von einer Einwilligung in die werbliche Datenverarbeitung abhängig machen (Kopplungsverbot).

Problematisch ist bei der Einwilligung aber vor allem die **jederzeitige Widerrufsmöglichkeit**. Nach dem KUG war der Widerruf von Einwilligungen in Fotoveröffentlichungen abgesehen von strengen Ausnahmen fast nicht möglich. Das gab Rechtssicherheit. Das mit einer freien Widerrufsmöglichkeit einhergehende Risiko dürfte die wirtschaftliche Verwertbarkeit von Fotos und Videos bedrohen. Es bleibt zu hoffen, dass die Rechtsprechung hier zugunsten der Meinungs- und Informationsfreiheit Ausnahmen vorsehen kann und wird.

### Weitere Anforderungen der DSGVO

Betroffene haben darüber hinaus umfangreiche Rechte, die sie dem Fotografen und dem Auftraggeber gegenüber wahrnehmen können. Zwar ist rechtlich nicht ganz klar, ob der Fotograf gegenüber den Abgebildeten überhaupt Informationspflichten nach Art. 13, 14 DSGVO hat. Da hier aber noch keine Rechtssicherheit besteht, ist es daher sinnvoll, zumindest dann bei der Aufnahme die **Informationspflichten** zu erfüllen, wenn die aufgenommenen Personen irgendwie erreichbar sind. Dann muss man die Abgebildeten vor der Aufnahme etwa auf ihr Auskunftsrecht und ihr ggf. bestehendes Recht auf Löschung hinzuweisen – z.B. durch ein Informationsblatt. Anders könnte es aussehen, wenn man größere Menschenmassen fotografiert – hier kann man durchaus die Auffassung vertreten, dass eine Information der Aufgenommenen letztlich nicht möglich ist und daher eine gesetzliche Ausnahme von dieser Pflicht vorliegt (Art. 14 Abs. 5 lit.b)). Hierzu ausführlich der Hamburgische Datenschutzbeauftragte Prof. Dr. Caspar.

Zudem muss man beachten, dass zwischen dem Auftraggeber und dem Fotograf eine sog. **Auftragsverarbeitung** stattfindet. Ein solches Rechtsverhältnis besteht auch zu jeglichen Cloud-Anbietern, in denen Fotos gespeichert werden. Damit gehen einige Pflichten einher, die man bei der Vertragsgestaltung beachten sollte. Und sollten diese Anbieter wie etwa Dropbox oder Google Drive in den USA oder sonst außerhalb der EU ihren Sitz haben, müssen zudem die Regeln zur Datenübermittlung ins außereuropäische Ausland beachtet werden.

Des Weiteren stellt die DSGVO weitere Anforderungen an sog. Verantwortliche einer Datenverarbeitung, so etwa geeignete technische und organisatorische Maßnahmen zur Datensicherheit oder etwa die Anpassung der Datenschutzerklärung auf der eigenen Webseite.

### Welche Gefahren drohen beim DSGVO-Verstoß?

Leider bestehen derzeit für alle Fotografen diverse Rechtsunsicherheiten und Risiken, die wir derzeit nicht ausräumen können. Hierfür ist auf Klarstellungen des Gesetzgebers und der Rechtsprechung zu warten.

Es ist durchaus möglich, dass demnächst einige Wettbewerber mithilfe von Abmahnkanzleien versuchen werden, verunsicherte Fotografen wettbewerbsrechtlich abzumahnern. Hier gilt jedoch: Ruhe bewahren und einen Anwalt kontaktieren. Denn gerade weil hier die Klärung durch die Gerichte abzuwarten ist, besteht eine gute Chance, hier Recht zu bekommen.

Gleiches gilt, sollten die Aufsichtsbehörden Bußgelder nach Art. 83 DSGVO verhängen. Diese können zwar theoretisch sehr hoch sein – doch auch hier lohnt aufgrund der Rechtsunsicherheit im Einzelfall ein Gang vor die Verwaltungsgerichte.

Letztlich bleibt zu hoffen, dass am Ende nichts so heiß gegessen wie gekocht wird und die Behörden und Gerichte in die erhitzte Diskussion um KUG und DSGVO schnell Ruhe bringen werden.

