



Sachstand

Veröffentlichung von Fotografien von Versammlungen und öffentlichen Veranstaltungen

Datenschutzrechtliche Vorgaben

Veröffentlichung von Fotografien von Versammlungen und öffentlichen Veranstaltungen

Datenschutzrechtliche Vorgaben

Aktenzeichen: WD 10 - 3000 - 039/18
Abschluss der Arbeit: 27.09.2018
Fachbereich: WD 10: Kultur, Medien und Sport

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages unterstützen die Mitglieder des Deutschen Bundestages bei ihrer mandatsbezogenen Tätigkeit. Ihre Arbeiten geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegende, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab dem jeweiligen Fachbereich anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

Inhaltsverzeichnis

1.	Problemstellung	4
2.	Einschlägige Normen	4
2.1.	Regelung des Kunsturhebergesetzes	4
2.2.	Regelungen der Datenschutzgrundverordnung	6
2.2.1.	Personenbilder als personenbezogene Daten im Sinne der DSGVO	6
2.2.2.	Veröffentlichung als Verarbeitung im Sinne der DSGVO	7
2.2.3.	Möglichkeiten der Veröffentlichung nach der DSGVO	8
2.2.4.	Informationspflichten	9
2.3.	Verhältnis Kunsturhebergesetz zum neuen Bundesdatenschutzgesetz und Datenschutzgrundverordnung	9
2.4.	Die Öffnungsklausel(n) des Art. 85 DSGVO	10
2.4.1.	Art. 85 Abs. 2 DSGVO	10
2.4.2.	Art. 85 Abs. 1 DSGVO	11
2.5.	Sonderfall: Veranstaltungen des Bundestages und seiner Mitglieder und Institutionen	13
3.	Fazit	14

1. Problemstellung

Thema des vorliegenden Sachstands ist die Frage, welche Vorgaben und Begrenzungen nach Inkrafttreten der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO)¹ sowie des neuen Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG neu)² bei Veröffentlichungen von Fotografien zu beachten sind, mit denen die Teilnahme an oder die Durchführung von Veranstaltungen (Vortrag im Wahlkreis, Informationsveranstaltung der Fraktion etc.) und Versammlungen (Kundgebungen, Demonstrationen, etc.) dokumentiert werden soll. Angesichts des noch unklaren Verhältnisses zwischen der DSGVO und dem nationalen Recht und fehlender Rechtsprechung kann dieser Sachstand nur den Stand der rechtswissenschaftlichen Diskussion wiedergeben.

2. Einschlägige Normen

Die hier aufgeworfene Thematik wird im Wesentlichen von den Normen des Kunsturhebergesetzes (KUG)³ sowie denen der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) bestimmt. Das neue Bundesdatenschutzgesetz ist zwar üblicherweise mit der Materie befasst, hat aber keinen entscheidenden Einfluss auf die Beantwortung der Frage nach Vorgaben und Begrenzungen bei der Verwendung von Personenbildern im Zusammenhang mit der Dokumentation von politischen und ähnlichen Veranstaltungen.

2.1. Regelung des Kunsturhebergesetzes

Bis zum Inkrafttreten der DSGVO am 25. Mai 2018 war für Fotografien von den in Rede stehenden Veranstaltungen unstreitig das KUG die einschlägige Regelungsgrundlage. Nach dem Regime des § 23 Abs. 1 Nr. 3 KUG dürfen Bilder von öffentlichen Veranstaltungen, Aufzügen oder ähnlichen Vorgängen, bei denen die jeweils Betroffenen als deren Teilnehmer zu sehen sind, in Ausnahme zum grundsätzlichen Einwilligungserfordernis aus § 22 KUG in der Regel einwilligungsfrei gezeigt werden.⁴ Voraussetzung in Bezug auf die Öffentlichkeit ist dabei der freie Zugang zur

1 Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), im Folgenden „DSGVO“.

2 Bundesdatenschutzgesetz vom 30. Juni 2017 (BGBl. I S. 2097).

3 Gesetz betreffend das Urheberrecht an Werken der bildenden Künste und der Photographie in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 440-3, veröffentlichten bereinigten Fassung, das zuletzt durch Artikel 3 § 31 des Gesetzes vom 16. Februar 2001 (BGBl. I S. 266) geändert worden ist.

4 Schon aus praktischen Gründen dürfte sich die Einholung von individuellen Einwilligungen auf größeren öffentlichen Veranstaltungen und auf Versammlungen oder Demonstrationen als schwierig oder sogar unmöglich gestalten.

Veranstaltung für die jeweiligen Teilnehmer.⁵ In diesem Fall entfällt das Einwilligungserfordernis zugunsten der Berichterstattung über das jeweilige Ereignis als Ausprägung des Informationsinteresses der Allgemeinheit, sofern dieses bei der Darstellung des Geschehens im Vordergrund steht, wobei die Abbildung eines repräsentativen Ausschnitts dieser Anforderung hier bereits genügt.⁶ Hintergrund dieser Ausnahmeregelung ist, dass derjenige, der an einer entsprechenden Veranstaltung teilnimmt, damit rechnen muss, in diesem Zusammenhang abfotografiert zu werden.⁷ Sobald allerdings einzelne Personen aus dem Gesamtkontext hervorgehoben werden, ist § 23 Abs. 1 Nr. 3 KUG nicht mehr einschlägig und eine Abbildung der entsprechenden Personen bedarf wiederum deren Einwilligung.⁸

Ähnliche Vorgänge im Sinne der Regelung sind unter anderem Demonstrationen und politische Versammlungen. Der Begriff ist hierbei zwar weit auszulegen, es bleibt aber neben dem öffentlichen Zugang stets erforderlich, dass die Teilnehmer einen kollektiven Partizipationswillen besitzen und sich einzelne Personen nicht aus der Masse der Teilnehmer hervorheben.⁹ Sind diese Vorgaben erfüllt, ist die Veröffentlichung entsprechender Fotografien von der Ausnahmeregelung des § 23 Abs. 1 KUG gedeckt und bedarf nicht der Einwilligung der abgebildeten Personen.

Allerdings kann im Einzelfall eine Abbildung bzw. Veröffentlichung von einzelnen hervorgehobenen Personen ohne Einwilligung aufgrund von § 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG im Rahmen eines zeitgeschichtlichen Ereignisses zulässig sein, wenn es sich etwa um eine Person handelt, deren Teilnahme einer öffentlichen Veranstaltung oder Versammlung ein besonderes öffentliches Interesse hervorruft. Das kann zum einen in der Person selbst (Anmelder der Demonstration, Teilnahme als Politiker oder anderweitig in der Öffentlichkeit stehende Person) oder durch besonderes Verhalten begründet sein (Halten einer Rede, hissen von bestimmten Bannern, Begehung von Straftaten aus einer Demonstration heraus, etc.).¹⁰

Gem. § 23 Abs. 2 KUG darf der Veröffentlichung kein berechtigtes Interesse des Betroffenen entgegenstehen. Das heißt, dass im Einzelfall eine Abwägung der widerstreitenden Interessen mit Hinblick auf die betroffenen Grundrechte vorzunehmen ist. Dabei ist zu beachten, dass bei Personenfotografien auf öffentlichen Veranstaltungen oder Versammlungen in der Regel lediglich die

5 *Dreier/Schulze/Specht*, 5. Aufl. 2015, KUG § 23 Rn. 40.

6 Umkehrschluss aus dem Urteil des Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg vom 13. Juli 1989 – Az.: 3 U 30/89; *Herrmann* in BeckOK InfoMedienR, 19. Ed. 1.11.2016, KunstUrhG § 23 Rn. 22; *Dreier/Schulze/Specht*, 5. Aufl. 2015, KUG § 23 Rn. 38.

7 *Dreier/Schulze/Specht*, 5. Aufl. 2015, KUG § 23 Rn. 38.

8 OLG Frankfurt, Urteil vom 15. Juni 2004 – 11 U 5/04 –, Juris Rn. 20, *Herrmann* in BeckOK InfoMedienR, 19. Ed. 1.11.2016, KunstUrhG § 23 Rn. 22; *Dreier/Schulze/Specht*, 5. Aufl. 2015, KUG § 23 Rn. 40.

9 OLG München, Urteil vom 13. November 1987 – 21 U 2979/87, Juris Rn. 32 f., nicht gegeben beispielsweise bei Parkbesuchern oder den Fahrgästen öffentlicher Verkehrsmittel. Ob Trauerfeiern oder Beerdigungen unter diese Regelung zu ziehen sind, ist umstritten, vgl. etwa LG Köln, Leitsätze zum Urteil vom 05. Juni 1991 – 28 O 451/90. Die Praxis behilft sich in diesem Fall mit der Vorschrift des § 23 Abs. 2 KUG, da durch einwilligungslose Abbildung in Momenten der Trauer regelmäßig eine Verletzung berechtigter Interessen angenommen werden kann, *Herrmann* in BeckOK InfoMedienR, 19. Ed. 1.11.2016, KunstUrhG § 23 Rn. 22-23. Vgl. zu weiteren Einzelfällen *Dreier/Schulze/Specht*, 5. Aufl. 2015, KUG § 23 Rn. 38-42.

10 *Specht* in *Dreier/Schulze* „Urheberrecht“, § 23 KUG Rn. 42.

Sozialsphäre der Abgebildeten betroffen ist und diese zudem mit der Aufnahme von Fotografien rechnen dürften, so dass der Eingriff in den meisten Fällen von keinem großem Gewicht ist und eine Veröffentlichung in der Regel zulässig ist.

2.2. Regelungen der Datenschutzgrundverordnung

2.2.1. Personenbilder als personenbezogene Daten im Sinne der DSGVO

Um in Bezug auf die Veröffentlichung von Fotos von Versammlungen zur Anwendbarkeit der DSGVO zu gelangen, müsste es sich bei solchen Personenbildern um personenbezogene Daten im Sinne der Grundverordnung handeln. Gemäß Art. 4 Nr. 1 DSGVO sind personenbezogene Daten

alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person (im Folgenden „betroffene 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 Person sind, identifiziert werden kann.

Hierunter fallen dem Wortlaut nach auch physische Merkmale, welche die in Rede stehende Person identifizierbar macht. Solche Daten werden typischerweise über das Anfertigen von Personenbildern erhoben. Diese fallen demnach in den Schutzbereich der DSGVO.¹¹ Hierfür spricht auch der Rückschluss aus der Regelung des Art. 4 Nr. 14 DSGVO, der den Begriff der biometrischen Daten definiert.

[...]„biometrische Daten“ mit speziellen technischen Verfahren gewonnene personenbezogene Daten zu den physischen, physiologischen oder verhaltenstypischen Merkmalen einer natürlichen Person, die die eindeutige Identifizierung dieser natürlichen Person ermöglichen oder bestätigen, wie Gesichtsbilder oder daktyloskopische Daten.

Wenn demnach als biometrische Daten bereits solche Gesichtsbilder erfasst sind, die in spezielle Verfahren gewonnenen personenbezogene Daten zu den physischen und physiologischen Merkmalen einer Person erfassen, dann müssen *maiore ad minus* personenbezogene Daten zu den physischen und physiologischen Merkmalen, die nicht in einem solchen speziellen Verfahren

11 Schild in BeckOK DatenschutzR, 24. Ed. 1.2.2018, DS-GVO Art. 4 Rn. 16.

erhoben worden sind aber jedenfalls personenbezogene Daten im Sinne der Regelung des Art 4 Nr. 1 DSGVO sein.¹²

Da das Gesicht eines Menschen sein primäres Identifikationsmerkmal darstellt, ist dies auch bei Aufnahmen von Menschenansammlungen der Fall, wenn durch schlichte Fokussierung einzelne Personen gesondert dargestellt werden können.¹³ Zwar wird es hierbei auf die Qualität der jeweiligen Aufnahme ankommen, bei dem heutigen Stand der Technik wird die Möglichkeit eines hinreichenden Fokussierens aber wohl im Regelfall gegeben sein.

2.2.2. Veröffentlichung als Verarbeitung im Sinne der DSGVO

Nach dem Wortlaut des Art. 4 Nr. 2 DSGVO umfasst der Begriff der 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.

Aus dieser weit gefassten Definition des Verarbeitungsbegriffs und der nicht abschließenden, beispielhaften Aufzählung wird ein ebenso weites Verständnis im Hinblick auf in der Vorschrift nicht erwähnte Vorgänge geschlossen, sodass im Endeffekt jeder Umgang mit personenbezogenen Daten unter den Verarbeitungsbegriff zu fassen ist.¹⁴ Der Begriff der Verwendung erfasst dabei alle Arten des zweckgerichteten Gebrauchs,¹⁵ unter den wohl nach der hier vorzunehmenden extensiven Auslegung auch die Veröffentlichung zu fassen ist. Damit ist für die Veröffentlichung von Fotos von Versammlungen der Anwendungsbereich der DSGVO eröffnet.

Darüber hinaus ist anders als im KUG aber bereits das Anfertigen der Fotografien vom Anwendungsbereich der DSGVO erfasst, da schon die kamerainterne Bildverarbeitung und das Speichern auf dem Datenträger eine Verarbeitung darstellen (Ausnahme dürfte insoweit nur noch die analoge Fotografie bilden).

12 So auch der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit, Vermerk: Rechtliche Bewertung von Fotografien einer unüberschaubaren Anzahl von Menschen nach der DSGVO außerhalb des Journalismus, S. 2 f.; siehe auch ausführlich bei *Klein* „Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz“, Frankfurt a.M. 2017, S. 19-27.

13 In Bezug auf die Anfertigung von polizeilichen Übersichtsaufnahmen bei Großveranstaltungen siehe BVerfG, Beschl. v. 17.2.2009 – 1 BvR 2492/08, Juris Rn. 130.

14 *Schreiber*, in *Plath*, BDSG/DSGVO, Art. 4 DSGVO Rn. 12; *Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz, Frankfurt a.M. 2017, S. 48.

15 *Paal/Pauly/Ernst*, 2. Aufl. 2018, DS-GVO Art. 4 Rn. 29.

2.2.3. Möglichkeiten der Veröffentlichung nach der DSGVO

Ähnlich zum KUG sieht die DSGVO in Art. 6 Abs. 1 für jede Datenerhebung und -verarbeitung einen Regel-Ausnahme-Katalog mit einem grundsätzlichen Einwilligungsvorbehalt mittels einer mindestens „eindeutig bestätigenden Handlung“ vor, von dem aber diverse Abweichungen möglich sind. Am relevantesten für Personenfotos auf öffentlichen Veranstaltungen oder Versammlungen dürfte die Ausnahme aus Art. 6 Abs. 1 f) DSGVO sein, die eine Einwilligung entbehrlich macht, wenn die Verarbeitung zur Wahrung berechtigter Interessen erforderlich ist, sofern nicht die Interessen, Grundrechte oder Grundfreiheiten des Betroffenen am Schutz der personenbezogenen Daten überwiegen. Es muss also ähnlich wie bei §§ 22 ff. KUG eine praktische Konkordanz zwischen den widerstreitenden Interessen hergestellt werden, die sich aus ideellen oder wirtschaftlichen Interessen, aber vor allem auch aus den Grundrechten und -freiheiten der EU-GRCh¹⁶ ergeben, so dass dem Recht auf Datenschutz aus Art. 8 GRCh des Betroffenen die Grundrechte auf Meinungs- und Informationsfreiheit, Kunst- und Wissenschaftsfreiheit oder die unternehmerische Freiheit gegenüberstehen und im Einzelfall in Einklang gebracht werden müssen. Grundrechte, die sich aus „den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben“ sind nach Art. 52 Abs. 4 GRCh unter Würdigung dieser Überlieferung auszulegen. Dies umfasst auch die jeweilige Rechtsprechung zum eigenen Bild.¹⁷ Bei der bildlichen Dokumentation dürfte die Kunstfreiheit gem. Art. 13 GRCh für den Fotografen sprechen, bei der Veröffentlichung die Meinungs- oder Pressefreiheit für den Veröffentlichenden, die in der Regel eine höherrangige Position im Verhältnis zu den Interessen der Veranstaltungsteilnehmer, die regelmäßig lediglich in ihrer Sozialsphäre betroffen sein dürften¹⁸, eingeräumt wird. Insbesondere bei der Ablichtung von Kindern und Jugendlichen ist jedoch Art. 6 Abs. 1 f) DSGVO zu beachten. Der erhöhten Schutzwürdigkeit von Kindern bei der Datenverarbeitung ist bei der Abwägung ein besonderes Gewicht zuzumessen.

Das Interesse des Verarbeitenden ist grundsätzlich weit zu verstehen, wofür Erwägungsgrund 47 der DSGVO spricht, der z.B. schon das Interesse der Direktwerbung ausreichen lässt.¹⁹

Dagegen wiederum spricht sich aber Horvarth aus. Ein rechtssicheres Berufen auf berechnete Interessen erscheine bei Veröffentlichung zum Zwecke der reinen Öffentlichkeitsarbeit und einer in

16 Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. C 326 vom 26.10.2012, S. 391, im Folgenden „GRCh“.

17 So zumindest für den Fotografen, der das in Rede stehende Bild anfertigt, der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit, Vermerk: Rechtliche Bewertung von Fotografien einer unüberschaubaren Anzahl von Menschen nach der DSGVO außerhalb des Journalismus, S. 5.

18 Zur vergleichbaren Wertung des BGH in Bezug auf Art. 5 Abs. 1 GG und § 29 Abs. 1 Nr. 1 BDSG (alt) vgl. BGH Urteil vom 23.9.2014 – VI ZR 358 /13, Juris Rn. 35.

19 Vgl. auch *Paal/Pauly/Frenzel*, 2. Aufl. 2018, DS-GVO Art. 6 Rn. 28; *Albers/Veit*, BeckOK DatenschutzR/, 24. Ed. 1.5.2018, DS-GVO Art. 6 Rn. 49.

solchen Fällen notwendigen Abwägung der widerstreitenden Interessen nicht möglich, überwiege doch im Regelfall das generelle Verbot der Datenverarbeitung das Interesse des Verbreiters an der Veröffentlichung zu Werbe- oder PR-Zwecken.²⁰

2.2.4. Informationspflichten

Einen weiteren Unterschied zur bisherigen Regelung im KUG stellen in der DSGVO vorgesehene und von der (Nicht-)Erfordernis der Einwilligung unabhängige Informationspflichten des Verwenders dar. Ähnlich wie bei der Einwilligung gestaltet sich die Einhaltung dieser Informationspflichten bei größeren Menschenmengen äußerst schwierig, da alle abgebildeten Personen gem. Art. 13 DSGVO zu informieren wären, sobald eine Datenerhebung „bei der betroffenen Person“ erfolgt. Zur Abgrenzung wird darauf abgestellt, ob der Betroffene die Datenerhebung zur Kenntnis nimmt bzw. nehmen und daher auf den Datenerhebungsvorgang Einfluss nehmen kann.²¹ Davon wird, wenn ein Fotograf eine größere Menge Personen abbildet, nicht auszugehen sein, so dass für die Informationspflichten in diesen Fällen nicht Art. 13 sondern Art. 14 DSGVO Anwendung finden dürfte. Art. 14 DSGVO enthält in Abs. 5 b) Var. 1 und 2 eine Ausnahme von Informationspflichten, wenn die Erteilung der Information unmöglich ist oder einen unverhältnismäßigen Aufwand darstellen würde. Davon wird wohl bei größeren öffentlichen Veranstaltungen oder Versammlungen auszugehen sein, so dass Informationspflichten für den Fotografen und auch den Veröffentlichenden nicht bestehen dürften.

Bei kleineren öffentlichen Veranstaltungen wie Informationsabenden, Diskussionsveranstaltungen oder Vorträgen dürfte die Schwelle zur Unmöglichkeit oder Unverhältnismäßigkeit der Information Betroffener indes regelmäßig nicht erreicht sein. Hier wäre es angezeigt, die Teilnehmer vor der Veranstaltung über die geplante Datenerhebung bzw. die Anfertigung von Fotografien und einer möglichen späteren Veröffentlichung hinzuweisen (etwa durch ein Schild am Eingang zur Veranstaltung).

2.3. Verhältnis des Kunsturhebergesetzes zur Datenschutzgrundverordnung

Im Hinblick auf die Veröffentlichung von Fotografien von entsprechenden Veranstaltungen stellt sich nun die Frage, ob das Kunsturhebergesetz und damit die Regelung des § 23 KUG neben der Datenschutzgrundverordnung überhaupt noch angewendet werden darf.

20 *Horvarth*, Das Ende der freien Veröffentlichung von Personenbildnissen – für die meisten von uns, <https://www.cr-online.de/blog/2018/03/09/das-ende-der-freien-veroeffentlichung-von-personenbildnissen-fuer-die-meisten-von-uns/>, aufgerufen am 27.09.2018.

21 *Bäcker in Kühling/Buchner*, DSGVO, Art. 13 Rn. 13; Der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit, Vermerk: „Rechtliche Bewertung von Fotografien einer unüberschaubaren Anzahl von Menschen nach der DSGVO außerhalb des Journalismus“, S. 7.

Grundsätzlich genießt die DSGVO als Verordnung gem. Art. 288 AEUV²² Anwendungsvorrang vor nationalem Recht. Dies hat zwar keine unmittelbare Nichtigkeit der nationalen Regelungen zur Folge, ihr Anwendungsbereich wird aber in den sich mit der jeweiligen Verordnung überschneidenden Bereichen auf null reduziert, so dass das KUG nur noch für Randbereiche wie die analoge Fotografie anwendbar wäre. Zudem setzt die DSGVO bereits bei der Aufnahme von Fotografien an, während das KUG nur die Veröffentlichung regelt, so dass für den Aufnahmevorgang immer die Verordnung gelten würde.

Jedoch enthält Art. 85 DSGVO je nach Lesart eine oder zwei Öffnungsklauseln, die den nationalen Gesetzgebern Abweichungen zur Sicherung der Meinungsfreiheit im weiteren Sinn ermöglichen bzw. sogar vorschreiben.²³ Der EU-Gesetzgeber hat erkannt, dass die Verordnung Regelungen trifft, die die Freiheit der Meinung, der Presse oder der Kunst und Wissenschaft, für die gesamteuropäische Standards und auch die Regelungskompetenz fehlen, bei ausnahmsloser Anwendung einschränken können. Deshalb sind die Mitgliedsstaaten gefordert, den sachgerechten Ausgleich zwischen den Grundrechten im nationalen Recht sicherzustellen.²⁴

2.4. Die Öffnungsklausel(n) des Art. 85 DSGVO

2.4.1. Art. 85 Abs. 2 DSGVO

Diese Vorschrift gibt den Mitgliedsstaaten auf, für journalistische, wissenschaftliche, künstlerische oder literarische Zwecke Ausnahmen von einigen Kapiteln der DSGVO zu bilden, wenn dies erforderlich ist, wobei der Begriff des Journalismus europarechtlich weit ausgelegt werden muss.²⁵ Diese Vorschrift entspricht im Wesentlichen der Vorgängerrichtlinie zur DSGVO.²⁶ Das sogenannte Medienprivileg, dessen nationale Umsetzung im BDSG (alt)²⁷ geregelt war, fällt seit der Föderalismusreform 2006 aber in die Kompetenz der Länder. Diese haben aber bereits reagiert und durch die Anpassung diverser Landesgesetze und Staatsverträge das Medienprivileg für Presse, Rundfunk und (teilweise) Telemedien umgesetzt, so dass die Vorschriften der DSGVO zu-

22 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Fassung aufgrund des am 1.12.2009 in Kraft getretenen Vertrages von Lissabon, (Konsolidierte Fassung bekanntgemacht im ABl. EG Nr. C 115 vom 9.5.2008, S. 47).

23 *Lauber-Rönsberg/Hartlaub* „Personenbildnisse im Spannungsfeld zwischen Äußerungs- und Datenschutzrecht“, NJW 2017, 1057.

24 *Albrecht/Jotzo*, „Das neue Datenschutzrecht der EU“, 1. Auflage 2017, Teil 9, Rn. 5.

25 *Heckmann*, JurisPK-Internetrecht, 5. Aufl. 2017, Kapitel 9, 1. Überarbeitung, Rn. 706.

26 *Weberling/Bergann* „Die Gewährleistung des Medienprivilegs nach Inkrafttreten der DSGVO“, AfP 2018, 205 (206).

27 Bundesdatenschutzgesetz a.F. In der Fassung der Bekanntmachung vom 14.01.2003 (BGBl. I S. 66), zuletzt geändert durch Gesetz vom 30.10.2017 (BGBl. I S. 3618) m.W.v. 09.11.2017, außer Kraft getreten am 25.05.2018 aufgrund Gesetzes vom 30.06.2017 (BGBl. I S. 2097).

mindest für die Presse, den Rundfunk und journalistisch-redaktionelle Telemedien keine Einschränkungen für die Personenfotografie bedeuten und die bisherige Regelung des KUG weiterhin gelten dürfte.²⁸

2.4.2. Art. 85 Abs. 1 DSGVO

Schwieriger gestaltet sich die Frage, ob die Ausnahmeregelungen des § 23 KUG über Art. 85 Abs. 1 DSGVO auch über den journalistischen Bereich hinaus weiter Anwendung finden oder neben ihr angewendet werden können, also ob Unternehmen (PR-Abteilungen) und Selbstständige wie z.B. Influencer, Vereine, Künstler und Privatpersonen oder öffentliche Stellen wie bisher verfahren können.

Dies hängt maßgeblich davon ab, ob Art. 85 Abs. 1 DSGVO als so genannte Öffnungsklausel zu verstehen ist, die es erlaubt, dass trotz des generellen Anwendungsvorrangs der DSGVO abweichende nationale Regelungen gültig sein sollen. Der grundsätzliche Charakter sowie die Reichweite des Art. 85 Abs. 1 DSGVO als Öffnungsklausel wird indes nicht einheitlich beurteilt.

Einige Stimmen in der Literatur sprechen sich gegen eine weitere Anwendbarkeit des § 23 KUG nach dem Inkrafttreten der DSGVO aus, sofern dessen Geltung nicht erneut gesetzlich angeordnet ist.²⁹ Die Forderung nach einer gesetzlichen Anordnung wird insoweit durch den Wortlaut des Art. 85 Abs. 1 DSGVO gestützt, als dass dessen Formulierung ein zukünftiges Tätigwerden des Gesetzgebers suggeriere, welches bisher nicht stattgefunden habe.³⁰ Dabei wird Art. 85 Abs. 1 DSGVO nicht als gänzlich eigenständige Öffnungsklausel, sondern als Anpassungsauftrag gesehen, weil ansonsten über spezialgesetzliche Regelungen das System des Art. 6 Abs. 1-3 DSGVO ausgehebelt werden könne.³¹ Weiter wird ausgeführt, es bestünde die hypothetische Gefahr, dass bei einer gegenteiligen Lesart die Regelungen der DSGVO trotz grundsätzlichem Anwendungsvorrang durch nationale Regelungen unterlaufen werde, die der Gesetzgeber unbeabsichtigt übersehen habe. Nationale Regelungen dürften das Datenschutzniveau der DSGVO nicht unterschreiten.³²

28 So erstmals gerichtlich entschieden: OLG Köln, Beschluss vom 18.06.2018 – 15 W 27/18.

29 Horvarth „Das Ende der freien Veröffentlichung von Personenbildnissen – für die meisten von uns“, <https://www.cr-online.de/blog/2018/03/09/das-ende-der-freien-veroeffentlichung-von-personenbildnissen-fuer-die-meisten-von-uns/>, aufgerufen am 27.09.2018.

30 Art. 85 Abs. 1 DSGVO: „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*.“

31 Benecke/Wagner „Öffnungsklauseln in der Datenschutz-Grundverordnung und das deutsche BDSG - Grenzen und Gestaltungsspielräume für ein nationales Datenschutzrecht“, DVBl 2016, 600 (602).

32 Klein, „Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz“, Frankfurt a.M. 2017, S. 182.

Die Konsequenz wäre, dass die Regelungen des KUG lediglich in den Fällen, in denen sich ihre Regelungen mit denen der DSGVO nicht überschneiden, anwendbar blieben. Dies bezieht sich aber regelmäßig nur auf den Gebrauch von Personenbildern im rein privaten Bereich (Haushaltsausnahmen) und der analogen Fotografie und hilft in Bezug auf die fotografische Dokumentation von öffentlichen Veranstaltungen oder Versammlungen mittels Digitalkameras nicht weiter.³³

Andere Stimmen plädieren für eine Lesart des Art. 85 Abs. 1 DSGVO als eigenständige Öffnungsklausel und damit der weiteren Anwendbarkeit des KUG nebst der hierzu entwickelten Rechtsprechung, allerdings mit der Maßgabe, dass diese sich nun an der GRCh der Europäischen Union zu messen haben.³⁴ Dem hat sich auch die Bundesregierung angeschlossen. Die Regelungen des Kunsturhebergesetzes in Bezug auf die Veröffentlichung von Personenbildern seien Teil der nationalen Anpassungsgesetzgebung und fügten sich problemlos in den durch Art 85 Abs. 1 DSGVO eröffneten Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers ein.³⁵

Dafür spricht vor allem, dass der EU-Gesetzgeber das Spannungsverhältnis zwischen Datenschutz und anderen Grundrechten erkannt hat und die zur Sicherung der Meinungs- und Informationsfreiheit zwingend gebotene Auflösung dieses Konflikts den Mitgliedsstaaten überlässt. Eine Öffnungsklausel bzw. Anpassungsauftrag zur Sicherung der Meinungs- und Informationsfreiheit wie in Art. 85 I DSGVO wäre, wenn die nationalen Regelungen in relevanten Teilbereichen wie der Fotografie nicht hinter dem Datenschutzniveau der Union zurückbleiben dürften, schon denklogisch überflüssig.³⁶ Dabei geht es aber auch nicht nur um die Lösung des grundrechtlichen Spannungsverhältnisses, sondern auch um die Beibehaltung der nationalen Persönlichkeitsrechtsschutzkonzepte, deren Durchsetzbarkeit und Sanktionierungsmöglichkeiten besser geeignet sind als das europäische Datenschutzrecht.³⁷

Eine abschließende Klärung der Frage nach dem Charakter des Art. 85 Abs. 1 DSGVO und dem grundsätzlichen Verhältnis zwischen Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz wird aber wohl nur durch den EuGH herbeigeführt werden können.³⁸

Selbst wenn man der restriktiven Meinung zu Art. 85 Abs. 1 DSGVO folgend zu einer Unanwendbarkeit des KUG außerhalb des im weiten Sinne zu verstehenden journalistischen Bereichs käme, würden sich wohl keine großen Änderungen ergeben: Bei einer Anwendung von Art. 6 Abs. 1 f)

33 Ebenda S. 154 f.

34 *Lauber-Rönsberg/Hartlaub* „Personenbildnisse zwischen Äußerungs- und Datenschutzrecht“ NJW 2017 1057, 1062; ebenso *Kahl/Pitz* „Wer hat Vorfahrt: Datenschutz oder Meinungs- und Pressefreiheit?“ K&K, 2018, 289 (290).

35 Bundestagsdrucksache 19/2217 vom 18. Mai 2018, S. 36, sowie 19/2653 vom 11. Juni 2018, S. 14.

36 *Ziebarth/Elsaß* „Neue Maßstäbe für die Rechtmäßigkeit der Nutzung von Personenbildnissen in der Unternehmenskommunikation?“ ZUM 2018, 578 (581).

37 *Cornile* „Der Streit um das Medienprivileg“, ZUM 2018, 561 (565).

38 *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, Personenbildnisse zwischen Äußerungs- und Datenschutzrecht, NJW 2017, 1057 (1062).

DSGVO durch die nationalen Gerichte wären im Rahmen der Güterabwägung im Einzelfall wohl weiter dieselben Kriterien anzulegen, die die deutschen Gerichte im Rahmen der §§ 23, 24 KUG entwickelt haben und anwenden. Diese basieren zum einen auf den Grundrechten des Grundgesetzes, berücksichtigen aber schon seit Jahren bereits die Maßgaben der EMRK³⁹, die den relevanten Grundrechten und -freiheiten der GRCh, die die nationalen Gerichte bei der Anwendung von Unionsrecht zu berücksichtigen haben, weitgehend entsprechen.⁴⁰

Bezüglich des Anfertigens von Fotografien dürfte indes Art. 6 Abs. 1 DSGVO einschlägig sein, da dieser Tatbestand vom KUG nicht erfasst wird. Hier ist aber zu bedenken, dass das Anfertigen von Fotos von öffentlichen Veranstaltungen oder Versammlungen in der Regel nur die Sozialsphäre der Abgebildeten betreffen dürfte, was in der Regel einen nicht so schwerwiegenden Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung bzw. den Datenschutz bedeutet wie eine Veröffentlichung, was bei der vorzunehmenden Abwägung zu Gunsten des Fotografen zu berücksichtigen wäre.⁴¹

2.5. Sonderfall: Veranstaltungen des Bundestages und seiner Mitglieder und Institutionen

Weitgehend ungeklärt und auch in der Rechtswissenschaft zumindest nur vereinzelt diskutiert ist die Frage, ob oder inwiefern die DSGVO Geltung für den Deutschen Bundestag hat oder ob es zumindest eine Bereichsausnahme für den Kernbereich der parlamentarischen Tätigkeit und die Mandatsarbeit geben muss. Dies wäre relevant, wenn Mitglieder des Bundestags oder Bundestagsfraktionen im Rahmen der Öffentlichkeitsarbeit Fotoaufnahmen von Informationsveranstaltungen oder Vorträgen im Wahlkreis machen bzw. veröffentlichen möchten.

Da aber, wie oben gezeigt, Aufnahmen von derartigen Veranstaltungen unabhängig von der Fortgeltung des KUG auch innerhalb der DSGVO weiterhin möglich sein dürften, wird auf an dieser Stelle auf eine ausführliche Darstellung dieses Problemkomplexes verzichtet.⁴²

39 Europäische Menschenrechtskonvention (Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten) vom 04.11.1950, Zuletzt geändert durch Protokoll Nr. 14 vom 13.5.2004 m.W.v. 1.6.2010.

40 *Lauber-Rönsberg/Hartlaub* „Personenbildnisse im Spannungsfeld zwischen Äußerungs- und Datenschutzrecht“, NJW 2017, 1057 (1060); ähnlich *Hansen/Brechtel* „KUG vs. DS-GVO: Kann das KUG anwendbar bleiben?“, GRUR-Prax 2018, 369 (370).

41 *Ziebarth/Elsaß* „Neue Maßstäbe für die Rechtmäßigkeit der Nutzung von Personenbildnissen in der Unternehmenskommunikation?“ ZUM 2018, 578 (585).

42 Weiterführend und aufschlussreich zu diesem Thema: *Schröder* „Anwendbarkeit der DS-GVO und des BDSG auf den Deutschen Bundestag“, ZRP 2018, 129.

3. Fazit

Die seit Inkrafttreten der DSGVO bestehende Rechtsunsicherheit in Bezug auf die Personenfotografie vermag auch ein Blick auf die rechtswissenschaftliche Diskussion nicht gänzlich auszuräumen. Eine Aktualisierung des KUG oder eine andere entsprechende Anpassung des nationalen Regelungsrahmens durch den bundesdeutschen Gesetzgeber könnten hier Klarheit schaffen. Das letzte Wort zum Verhältnis zwischen nationalem Recht und der DSGVO sowie der Anwendung der DSGVO auf die Fotografie allgemein kann indes nur der Europäische Gerichtshof sprechen.

Es spricht allerdings einiges dafür, dass für die Personenfotografie die bislang gültigen Kriterien des KUG als nationale Umsetzung der Öffnungsklausel entweder unmittelbar weiter gelten oder zumindest auf die Anwendung der DSGVO weitgehend übertragen werden können, so dass Fotografien von öffentlichen Veranstaltungen in der Regel ohne Einwilligung der Abgebildeten aufgenommen und veröffentlicht werden dürften. Insbesondere bei Veranstaltungen mit überschaubarer Teilnehmerzahl dürften aber neue datenschutzrechtliche Informationspflichten auf Fotografen und Veröffentlichende zukommen.
