

Schleswig-Holsteinischer Landtag
Umdruck 19/1309

Dagmar Hartge

Stellungnahme der LDA Brandenburg

zur schriftlichen Anhörung des Innen- und Rechtsausschusses des Schleswig-Holsteinischen Landtags zum Antrag der Fraktion SPD „Rechtssicherheit beim Fotografieren in der Öffentlichkeit erhalten“ (Lt-Drs. 19/723)

Die Landesbeauftragte für den Datenschutz und für das Recht auf Akteneinsicht Brandenburg (LDA) ist gemäß § 18 Abs. 1 Brandenburgisches Datenschutzgesetz (BbgDSG) Aufsichtsbehörde im Sinne des Art. 51 Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO), welche für die Einhaltung datenschutzrechtlicher Bestimmungen im Land Brandenburg zuständig ist. In dieser Funktion erreichte die LDA seit Jahresbeginn eine große Anzahl an Nachfragen von Fotografen, Veranstaltern, Bloggern, Privatleuten sowie Vertretern aus der Presse- und Öffentlichkeitsarbeit zu Personenfotos unter Geltung der Datenschutz-Grundverordnung. Das Spektrum der Verunsicherung spiegelt sich auch in den Wortbeiträgen in der 32. Sitzung des Schleswig-Holsteinischen Landtages am 14. Juni 2018 zum Antrag der Fraktion SPD wider.

Die LDA begrüßt daher grundsätzlich jede Bemühung, vorherrschenden Unklarheiten zu begegnen. Gleichwohl sollten die Möglichkeiten, mit denen mehr Rechtssicherheit geschaffen werden kann, realistisch betrachtet werden. Die Materie des Bildnisschutzes bzw. der Fotografie ist durch Momentaufnahmen geprägt. Durch eine unendliche Anzahl variabler Elemente, wie die individuellen Eigenschaften eines Abgebildeten, die Position der Abgebildeten, die künstlerische Umsetzung des Fotografen, der Bildausschnitt – kurzum: das individuelle Motiv – unterscheiden sich bildimmanente personenbezogene Daten von anderen Datenkategorien, die – wie z. B. ein Name – aus einer klar begrenzten Anzahl an Buchstaben besteht. Hinzu kommt, dass Personenfotos rechtsgebietsübergreifend in einem besonderen Spannungsfeld von Interessen stehen – den Persönlichkeitsrechten des Abgebildeten stehen die Kunst-, Berufs-, Informations-, Presse- und Meinungsfreiheit Dritter gegenüber. Es ist mithin nur schwer vorstellbar, diese Materie grenzscharf und abschließend durch ergänzende oder neue gesetzliche Bestimmungen rechtssicher regeln zu können. Vielmehr ist davon auszugehen, dass das Bildnisrecht mit all seinen Facetten ein grundsätzlich von Rechtsprechung geprägter Bereich bleiben wird. Es besteht jedoch Raum, durch gesetzliche Regelungen Klarheit über das Verhältnis verschiedener Gesetze und den Anwendungsumfang zu schaffen.

Im Einzelnen:

Fotografien enthalten stets personenbezogene Daten im Sinne von Art. 4 Nr. 1 DS-GVO, wenn hierauf Personen erkennbar sind. Aus dem äußeren Erscheinungsbild der Person sind physische und physiologische Merkmale zu entnehmen. Darüber hinaus werden ggf. Zusatzinformationen durch das jeweilige Aufnahmeggerät generiert (Ort und Zeit der Bildaufnahme). Die Anfertigung und Verwendung von Personenfotos kann damit in den Anwendungsbereich der Datenschutz-Grundverordnung fallen. Als wichtigste Ausnahme für Fotografien von Privatpersonen – und dies betrifft auch das Fotografieren Privater in der Öffentlichkeit – erweist sich das Haushaltsprivileg nach Art. 2 Abs. 2 lit. c) DS-GVO. Hiernach findet die Verordnung keine Anwendung, soweit die Verarbeitung personenbezogener Daten (in Form von Fotos) durch eine natürliche Person zur Ausübung ausschließlich persönlicher oder familiärer Tätigkeiten vorgenommen wird. Die Anfertigung von Fotos durch Private in der Öffentlichkeit für persönliche Zwecke dürfte datenschutzrechtlich damit grundsätzlich unproblematisch sein. (Ob andere Rechtsbereiche, wie beispielsweise § 201a StGB, durch die Aufnahme tangiert werden, ist wieder eine andere Frage.) Jedoch – und diese Befürchtung hat in den letzten Wochen wohl auch zu verschiedensten Fotografierverboten bei Einschulungen auf Basis des Hausrechts geführt – greift diese Ausnahme nicht mehr, wenn es zu einer Nutzung der Fotos außerhalb des persönlichen und familiären Bereichs kommt. Sobald die Fotos online in Bereichen veröffentlicht werden, die einem unbeschränkten Personenkreis zugänglich sind (ggf. nach Anmeldung, wie bei den gängigen sozialen Medien), ist der Anwendungsbereich der Datenschutz-Grundverordnung nämlich eröffnet. Bei privaten Fotografen liegt die Rechtsunsicherheit mithin weniger beim Vorgang des Fotografierens selbst, als vielmehr bei der Frage: Wie darf man die Fotos sodann nutzen?

Die nachfolgenden Erwägungen beziehen sich auf solche Sachverhalte, in denen die datenschutzrechtlichen Regelungen Anwendung finden und damit die Verarbeitung der Fotografien gemäß Art. 6 Abs. 1 DS-GVO nur zulässig ist, wenn eine Rechtsgrundlage dies erlaubt. Die Verarbeitung von Fotografien ist zulässig, wenn dies Teil oder originärer Inhalt eines Vertrages ist (Art. 6 Abs. 1 lit. b) DS-GVO). Grundsätzlich kommt auch in Betracht, die Datenverarbeitung mit einer Einwilligung der Betroffenen zu rechtfertigen (Art. 6 Abs. 1 lit. a) i. V. m. Art. 7 DS-GVO). Da der Antrag der Fraktion SPD sich speziell auf das Fotografieren in der Öffentlichkeit bezieht, d. h. Fälle, in denen Fotograf und Abgebildeter sich manchmal nicht einmal bewusst wahrnehmen, geschweige denn Einwilligungen kommunizieren oder Verträge schließen, steht als Rechtsgrundlage primär Art. 6 Abs. 1 lit. f) DS-GVO im Fokus. Hiernach ist eine Datenverarbeitung (sowohl in Form der Anfertigung als auch der Nutzung von Fotos) zulässig, wenn dies zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen oder eines Dritten erforderlich ist, sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten des Abgebildeten, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen.

Der Antrag der Fraktion SPD stützt sich in seiner Begründung auf Art. 9 DS-GVO. Artikel 9 DS-GVO trifft Regelungen für die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten, wie Gesundheitsdaten oder Daten zu politischen Meinungen. Das Foto eines Brillenträgers auf einer Demonstration für oder gegen eine politische Bewegung enthält sicherlich solche besonderen Datenkategorien. Aber bezweckt die Veröffentlichung eines solchen Fotos auch die Verarbeitung dieser Daten? Mit Blick auf S. 3 des Erwägungsgrundes 51 der Verordnung erscheint es zweifelhaft, dass der Ordnungsgeber davon ausgegangen ist, dass bei Personenfotos grundsätzlich besondere Datenkategorien verarbeitet werden. So heißt es im Erwägungsgrund: „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.“ Je nach Motiv und technischer Verarbeitung ist es fraglich, ob nicht Art. 6 Abs. 1 DS-GVO, sondern vielmehr der strengere Art. 9 Abs. 1 DS-GVO zu beachten ist, der keine Interessenabwägung wie in Art. 6 Abs. 1 lit. f) DS-GVO vorsieht.

Ob sich Fotografen, die Aufnahmen in der Öffentlichkeit machen und die Fotos sodann verwenden möchten, überhaupt mit den vorgenannten Rechtsgrundlagen befassen müssen, erweist sich aus verschiedenen Gesichtspunkten ebenfalls als unklar. Nach Art. 85 Abs. 2 DS-GVO sehen die Mitgliedstaaten für die Verarbeitung, die zu journalistischen Zwecken oder zu wissenschaftlichen, künstlerischen oder literarischen Zwecken dann Abweichungen oder Ausnahmen von den Kapiteln II, III, IV, V, VI, VII und IX vor, wenn dies erforderlich ist. Dies betrifft auch Abweichungen von Art. 6 DS-GVO.

Der fachliche Diskurs, ob sich das Kunsturhebergesetz, welches seit 1907 speziell die Verbreitung und öffentliche Zurschaustellung von Bildnissen regelt, unter diese Öffnungsklausel fassen lässt, ist bisher zu keinem eindeutigen Ergebnis gekommen. Unklar ist zudem, in welchem Umfang die Öffnungsklausel ausgefüllt werden kann. Da in der Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO das Recht auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit nicht aufgezählt ist, steht auch die Frage im Raum, ob nicht Absatz 1 der Vorschrift als eigenständige Öffnungsklausel zu verstehen ist, die sich auch auf Bereiche außerhalb der klassischen journalistischen, wissenschaftlichen, künstlerischen oder literarischen Tätigkeiten bezieht. Die Qualifikation des Absatz 1 der Vorschrift erweist sich u. a. auch deshalb nicht als eindeutig, weil Art. 85 Abs. 3 DS-GVO den Mitgliedstaaten aufgibt, der Kommission Rechtsvorschriften mitzuteilen, die „aufgrund von Absatz 2“ erlassen wurden. Absatz 1 wiederum wird hier nicht erwähnt.

Bei diesen Unklarheiten handelt es sich nicht lediglich um wissenschaftliche Diskurse, ohne praktische Auswirkung, sondern um klärungsbedürftige Grundsatzfragen. Relevant ist dies zunächst vor dem Hintergrund, dass die Bundes- als auch Landesgesetzgeber spezielle Vorschriften für die Datenverarbeitung zu u. a. journalistisch-redaktionellen Zwecken erlassen haben. § 29 des Brandenburgischen Datenschutzgesetz (BbgDSG vom 8. Mai 2018) regelt hierzu beispielsweise:

(1) Soweit personenbezogene Daten in Ausübung des Rechts auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit zu journalistischen, künstlerischen oder literarischen Zwecken verarbeitet werden, gelten von den Kapiteln II bis VII sowie IX der Verordnung (EU) 2016/679 nur Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe f sowie die Artikel 24, 32 und 33. Artikel 82 der Verordnung (EU) 2016/679 gilt mit der Maßgabe, dass nur für Schäden haftet wird, die durch unzureichende technische oder organisatorische Maßnahmen im Sinne des Artikels 5 Absatz 1 Buchstabe f der Verordnung (EU) 2016/679 eintreten.

(2) Führt die Verarbeitung personenbezogener Daten gemäß Absatz 1 Satz 1 zur Verbreitung von Gegendarstellungen der betroffenen Person oder zu Verpflichtungserklärungen, Beschlüssen oder Urteilen über die Unterlassung der Verbreitung oder über den Widerruf des Inhalts der Daten, so sind diese Gegendarstellungen, Verpflichtungserklärungen, Beschlüsse, Urteile und Widerrufe zu den gespeicherten Daten zu nehmen und dort für dieselbe Zeitdauer aufzubewahren wie die Daten selbst sowie bei einer Übermittlung der Daten gemeinsam zu übermitteln.

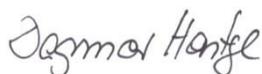
(3) Die Absätze 1 und 2 gelten auch für nicht-öffentliche Stellen.

Es ist zwar eindeutig, dass für eine journalistische Berichterstattung das sog. Medienprivileg gilt. Andererseits sind die Grenzen des Adressatenkreises über professionelle Medien und Journalisten hinaus unscharf. Ob sich auch andere Personengruppen wie Blogger, selbstständige bzw. freie Fotografen, Politiker oder die Öffentlichkeitsarbeit von verantwortlichen Stellen auf die Modifikationen der Datenschutz-Grundverordnung berufen können, kann anhand der speziellen Landesregelungen nicht eindeutig beantwortet werden. Hinzu tritt, dass die Landesdatenschutzgesetze ihrem Anwendungsbereich nach zur Regelung der Datenverarbeitungsprozesse bei öffentlichen Stellen bestimmt sind. Dass die vorangehend zitierte Landesregelung in Absatz 3 vorsieht, dass die Absätze 1 und 2 auch für nicht-öffentliche Stellen gelten, erscheint wesensfremd und die Regelungskompetenz zumindest nicht eindeutig.

Außerhalb des journalistischen Bereichs kommt sodann – wie oben bereits angedeutet – das Problem hinzu, ob hinsichtlich der weiteren Verarbeitung von Fotografien, z. B. durch Veröffentlichung auf einer Webseite, anstatt Art. 6 Abs. 1 DS-GVO speziell die §§ 22, 23 KUG zur Anwendung kommen können. Vor Geltung der Datenschutz-Grundverordnung ergab sich das Verhältnis des Kunsturhebergesetzes zum Bundesdatenschutzgesetz aus § 1 Abs. 3 S. 1 BDSG-alt. § 1 Abs. 2 S. 1 BDSG-neu kommt aufgrund des Anwendungsvorrangs europäischer Verordnungen kein vergleichbarer Regelungsgehalt zu. Unabhängig von der Frage, ob ein bereits vor der Datenschutz-Grundverordnung geltendes Gesetz überhaupt die Öffnungsklausel(n) des Art. 85 DS-GVO ausfüllen kann – und damit, ob das Kunsturhebergesetz dem Grunde nach überhaupt noch anwendbar ist –, ist auch im fachlichen Diskurs strittig, in welchem Umfang das KUG noch anwendbar wäre. Es hängt somit von der Qualifizierung des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO als eigene Öffnungsklausel ab, ob Fotografen sich auch auf die Regelungen des Kunsturhebergesetzes stützen können, wenn die Verarbeitung zu anderen als zu journalistischen, wissenschaftlichen, künstlerischen oder literarischen Zwecken erfolgt.

Vor dem Hintergrund der ausgeführten Unsicherheiten, bei denen eine eindeutige Auslegung und Anwendung datenschutzrechtlicher Bestimmungen bisher mangels Rechtsprechung nicht erreicht werden kann, empfiehlt die LDA daher, sich für gesetzliche Ergänzungsmöglichkeiten einzusetzen. Unter Berücksichtigung der Anforderungen der Datenschutz-Grundverordnung sollten etwaige Regelungen klarstellen, in welchem Umfang von den Öffnungsklauseln der Verordnung Gebrauch gemacht wird und in welchem Verhältnis die Ausnahmen zueinander stehen.

Kleinmachnow, den 10. September 2018



Dagmar Hartge

Die Landesbeauftragte für den Datenschutz
und für das Recht auf Akteneinsicht Brandenburg