

Über den Autor



Amin Negm-Awad

ist Rechtsanwalt für [Medienrecht und Internetrecht](#), insbesondere zu Rechtsfragen der Fotografie.

Er ist **Datenschutzbeauftragter der fotocommunity**

People- & Street-Photography – Und sie lebt doch noch!

Sie lebt, die People- und insbesondere die Street-Photography. Und sie wird es auch nach Inkrafttreten der DSGVO tun. Dass nämlich die Datenschutzgrundverordnung das Fotografieren an sich, von Menschen und insbesondere die Street-Photography verbietet, dürfte zumindest für Deutschland im journalistischen und künstlerischen Bereich nicht stimmen.

Das Kunsturhebergesetz (KUG), welches die Befugnis zur Veröffentlichung von Personenbildnissen bereits seit über 100 Jahren regelt, wird weiterhin Anwendung finden und damit ändern sich – Stand heute – die Rahmenbedingungen für People-Fotografie in Deutschland im Wesentlichen nicht.

Das bedeutet im Klartext:

- **Darf ich weiterhin Street-Photography betreiben? – Ja**
- **Darf ich weiterhin Stadtansichten und/oder Fotos machen, wenn Menschen als Gruppe oder Beiwerk auf dem Foto sind (Stichwort Volksfeste oder Architektur in belebten Städten): – Ja**
- **Muss ich meine alten Fotos löschen? – Nein**

Und jetzt zur Langfassung:

Ich bin schon Anfang Mai von der fotocommunity gebeten worden, zu dem Gerücht Stellung zu beziehen, dass das Fotografieren von Fotos, auf denen Menschen abgebildet sind und insbesondere die Street-Photography durch die Datenschutzgrundverordnung verboten werde.

Ehrlich gesagt war mir diese kühne Behauptung bis zu diesem Zeitpunkt unbekannt. (Dafür aber viele, viele andere, denen ich im Rahmen meiner Referententätigkeit zur Datenschutzgrundverordnung begegnet bin.) Aber ich verstand schon nach kurzer Internetrecherche die Sorgenfalten der Fotografen: Es gibt wirklich viele Veröffentlichungen im Internet dazu und die wenigsten hören sich gut an. Wenn man diese allerdings genauer abklopft, so stellt sich ein ganz anderes Bild dar.

Während ich an diesem Text saß, hat übrigens ein Mitglied der fc beim Bundesinnenminister angefragt. Und der antwortete. Und zwar genau so, wie ich die Sache sehe: Kein Problem. Die Antwort des BMI ist hinten angefügt, da um Verbreitung gebeten wurde.

1. Das Problem

Je näher die Wirkung der europäischen Datenschutzverordnung kommt, desto größer wird die Sorge vor der Veränderung. In der fotocommunity ist dabei das Thema aufgekommen, ob das Fotografieren von Stadtansichten, People- und Street-Photography künftig noch möglich sein werden. Das Problem liegt dabei darin, dass Fotos von Personen häufig genug personenbezogene Daten darstellen. Das ergibt sich schon daraus, dass die Personen erkennbar sind und ganz sicher, wenn man bedenkt, dass typischerweise der Person auch noch Datum und Uhrzeit zugeordnet werden können, vielleicht ein Aufenthaltsort, usw. Das ruft natürlich sofort Fragen des Datenschutzes auf den Plan.

Nun fällt sofort auf, dass dies ja auch bisher schon der Fall war, es offenbar aber kein Problem darstellte. Das hatte den Grund darin, dass § 1 Absatz 3 BDSG-alt eine Ausnahme enthielt: Soweit andere Rechtsvorschriften des Bundes auf personenbezogene Daten einschließlich deren Veröffentlichung anzuwenden sind, gehen sie den Vorschriften dieses Gesetzes vor.

Wie der versierte Fotograf weiß, gab es da schon immer das Kunsturhebergesetz (KUG), welches die Befugnis zur Veröffentlichung von Personenbildnissen regelte. Dieses trat dann also in den Vordergrund. Wir wendeten fröhlich das Kunsturhebergesetz an und kümmerten uns nicht mehr um das allgemeine Datenschutzrecht nach Bundesdatenschutzgesetz. Das war auch gut so, da das

Kunsturhebergesetz ein seit 1907 gut abgehängtes Stück Gesetz darstellt und es tonnenweise Rechtsprechung im Spannungsfeld zwischen Persönlichkeitsrecht des Abgebildeten und Interesse des Bildnisnutzers gibt. Man weiß was man hat und das was man hat, funktioniert seit Ewigkeiten gut.

In der Datenschutzgrundverordnung findet sich auf den ersten Blick keine entsprechende Generalklausel. Das findet unter anderem seinen Grund darin, dass sich das Datenschutzrecht antizipiert: Es will sich nicht mehr vor jeder anderen Regelung wegducken. Aber natürlich kann eine europäische Verordnung auch nicht Rücksicht auf jedes nationale Gesetz nehmen.

Daraus wird dann häufig gefolgert:

1. Das Kunsturhebergesetz findet keine Anwendung mehr.
2. Die Datenschutzgrundverordnung selbst verbietet Street-Photography.

Ergo: Street-Photography ist verboten.

Beide Glieder dieser Argumentationskette sind aber zumindest stark angreifbar.

2. Zulässigkeit nach dem Kunsturhebergesetz

So einfach ist es nämlich dann doch nicht. Durchaus kennt auch die Datenschutzgrundverordnung Öffnungen für nationales Recht. Teilweise erfolgt dies, indem von Rechten oder Pflichten nach nationalem Recht gesprochen wird, die dann also auch datenschutzrechtlich relevant sind. Teilweise erfolgt dies auch dadurch, dass die Datenschutzgrundverordnung explizit zulässt, dass in nationalem Recht von ihr abgewichen wird.

Und dann gibt es da noch einen sonderbaren Fall: Artikel 85 DSGVO. Man hat nämlich in Brüssel durchaus erkannt, dass Datenschutz in Konflikt mit anderen wichtigen Freiheiten steht, namentlich unter anderem der Meinungsfreiheit einschließlich des Journalismus und der Kunstfreiheit. Nun sah man sich aber offenbar außerstande, das für Europa einheitlich zu regeln. Das mag mit vielerlei Interessen und nationalen Traditionen zu tun haben.

Jedenfalls sagt die Datenschutzgrundverordnung nichts darüber, wie diese Freiheiten mit dem Datenschutzrecht in Ausgleich zu bringen sind. Vielmehr enthält Art. 85 DSGVO den Auftrag an die Mitgliedsstaaten, also etwa die Bundesrepublik Deutschland, einen Ausgleich zu schaffen. Man liest nun immer wieder, dass dies zumindest nicht vollständig geschehen sei. Insbesondere sei das Kunsturhebergesetz kein solches Gesetz. Es wird dann ein Gesetz gefordert, welches die Fortgeltung des Kunsturhebergesetzes festlege – sozusagen ein

Kunsturhebergesetzweitergeltungsgesetz. Das ist aber schon eigenartig: Es soll also ein Gesetz geben, dass ein Gesetz gilt. Wieso? Das sagt keiner. Immerhin gelten Gesetze ja einfach so, also auch ohne dass ein Gesetz sagt, dass ein Gesetz gilt.

Vielleicht mache ich es mir hier etwas einfach. Denn immerhin kann man argumentieren, dass ein jüngeres Gesetz ein älteres verdrängt. „Lex posterior derogat legi priori“ (Das spätere Gesetz hebt das vorhergehende auf), wie der Jurist sagt. In diesem Falle würde also die Datenschutzgrundverordnung das Kunsturhebergesetz verdrängen, es außer Kraft treten lassen: Nur stimmt das hier nicht, da Art. 85 DSGVO ja ausdrücklich seine Nachgiebigkeit statuiert. Die Datenschutzgrundverordnung will ja, dass in diesem Bereich anderweitiges, nationales Recht gilt.

Übrigens: Das Kunsturhebergesetz ist auch deutlich älter als das alte Bundesdatenschutzgesetz. Wieso wurde es also nicht schon vor Jahren von diesem verdrängt? Genau: Weil das Bundesdatenschutzgesetz eben gerade sagt, dass es selbst nachrangig gilt. Lange Rede kurzer Sinn: Das Kunsturhebergesetz ist eine Regelung im Sinne des Art. 85 DSGVO. Damit kann es nicht verdrängt sein. Die Datenschutzgrundverordnung selbst bestimmt die vorrangige Geltung des Kunsturhebergesetzes und dazu bedarf es keines Fortgeltungsgesetzes.

Zwischenfazit:

Das Kunsturhebergesetz geht jedenfalls im journalistisch-künstlerischen Bereich der Datenschutzgrundverordnung vor und findet daher weiterhin Anwendung.

3. Zulässigkeit nach der DSGVO selbst

Ich will hier aber noch nicht aufhören. Denn könnte es ja sein, dass ein Gericht das einmal anders sieht und Kunsturhebergesetz nicht anwenden will. Dann ist es gut, eine zweite Patrone im Revolver zu haben.

Zunächst einmal möchte ich etwas in Erinnerung rufen – und aus meiner Referententätigkeit weiß ich, dass man das immer und immer wieder tun muss:

Dass eine Handlung unter die Datenschutzgrundverordnung fällt, heißt noch lange nicht, dass sie verboten ist. Sogar Handlungen, die unter die

Datenschutzgrundverordnung fallen und ohne Einwilligung vorgenommen werden, können erlaubt sein.

Sogar Handlungen, die unter die Datenschutzgrundverordnung fallen und gegen den ausdrücklichen Wunsch des Betroffenen vorgenommen werden, können erlaubt sein. Es ist ja nun nicht so, dass jemand nur laut „Stopp, Datenschutz!“ rufen muss und dann bleibt die Welt stehen.

Die Datenschutzgrundverordnung folgt einem im Prinzip gar nicht neuen Gedanken: Datenverarbeitung ist verboten, es sei denn, sie ist erlaubt. Das steht in Art. 6 Abs. 1 DSGVO. Dann zählt sie verschiedene Gründe für die Rechtmäßigkeit auf. Darunter befindet sich in Art. 6 Absatz 1 Buchstabe f) DSGVO auch das berechnigte Interesse. Datenverarbeitung ist also vereinfacht ausgedrückt unter anderem dann erlaubt, wenn es einem berechtigtem Interesse des Verantwortlichen (hier des Bildnisnutzers) folgt und dieses dem Datenschutzrecht des Betroffenen überwiegt.

Jetzt liest man in Veröffentlichungen, die kühn die Unzulässigkeit der Street-Photography behaupten, dass ein solches Interesse nicht rechtssicher sei. Nicht rechtssicher ist schon einmal etwas anderes als verboten. Und dann wird auch noch argumentiert, dass „anders als Journalismus oder Kunst [...] etwa PR im Zweifel als Werbung einzuordnen“ sei und damit ein nachrangiges Interesse bestehe [Horvarth – Das Ende der freien Veröffentlichung von Personenbildnissen – für die meisten von uns].

Aus „Street-Photography ist verboten“ wird also in nur wenigen Sätzen eines Absatzes „Street-Photography für PR-Zwecke ist nicht rechtssicher.“ Klingt doch schon viel besser. Aber machen wir uns eigene Gedanken.

Erwägungsgrund 47 – das ist so etwas wie eine Gesetzeserläuterung – nennt Anhaltspunkte, die bei der Abwägung der beiderseitigen Interessen zu berücksichtigen sind. Da wird zum einen von der Nähe des Verantwortlichen zum Betroffenen gesprochen. Das haben wir leider in der Street-Photography nicht, was gegen deren Zulässigkeit spricht. Dann ist aber auch die Vorhersehbarkeit relevant. Schließlich wird festgestellt, dass sogar Direktwerbung von einem berechtigtem Interesse getragen sein kann. Hier gibt es allerdings die Möglichkeit eines Widerspruches.

Wie ist es also in der Street-Photography? Immerhin macht der Fotograf etwas, was seit 100 Jahren zulässig ist und ständig geschieht. Das ist schon einmal ziemlich vorhersehbar. In diesen 100 Jahren war jedenfalls der bundesdeutsche Gesetzgeber immer der Meinung, dass im Rahmen des Kunsturhebergesetzes eben in bestimmten Situationen das Recht des Fotografen (oder Fotoverwerters) überwiegt.

Auch wenn das Kunsturhebergesetz nicht Anwendung finden sollte, ändert das ja nichts am Bestehen dieser Interessen. Sie sind ja genau so da, wie vorher. Es spricht also sehr viel dafür, diese seit Jahren bestehende und in Gesetz gegossene Interessenabwägung genau so weiter anzuwenden. Man könnte also dieses Interesse nur dann auf einmal zurücktreten lassen, wenn die Datenschutzgrundverordnung diesen Sachverhalt anders regeln wollte, also entgegen der bestehenden Rechtslage eine neue einführen möchte. Das kann freilich theoretisch auch sein. Nur sagt Art. 85 DSGVO aber genau etwas anderes: „Ich will mich da nicht einmischen.“ Das

klings gar nicht so, als ob die Datenschutzgrundverordnung den bestehenden Interessenausgleich abändern wollte.

Zwischenfazit:

Die im Kunsturhebergesetz vorgenommene Interessenabwägung ist auch im Rahmen des Art. 6 Absatz 1 Buchstabe f) DSGVO zu berücksichtigen und dürfte daher zu analogen Ergebnissen führen.

4. Das Anfertigen von Fotografien

Wer genau aufgepasst hat, bemerkt, dass ich eigentlich nur von der Veröffentlichung der Fotografie gesprochen habe. Davor steht aber die Anfertigung, also das Fotografieren selbst. Dieses ist im Kunsturhebergesetz gar nicht geregelt. (Und war es bisher auch nicht.)

Wenn aber die Veröffentlichung der Fotografie zulässig sein sollte – sei es, weil das Kunsturhebergesetz weiter gilt (siehe oben 2), sei es weil es ohne formelle Geltung Eingang in die Interessenabwägung der Datenschutzgrundverordnung findet (siehe oben 3.) – so gilt das erst recht für das reine Fotografieren. Denn dieses stellt einen geringeren Eingriff in die Rechte des Abgebildeten dar, muss dann also erst recht zulässig sein, weil es einem berechtigten Interesse entspricht: Wenn das Stärkere erlaubt ist, ist es das Schwächere ganz sicher. „Argumentum a maiore ad minus.“ (Vom Größeren lässt sich auf das Kleinere schließen.)

5. Fazit

Natürlich muss jetzt hier der Haftungsausschluss des beratenden Juristen herein: Wie die Gerichte einmal entscheiden werden, steht in den Sternen. Es gibt da einen schönen Witz, der das verdeutlicht:

Ein Mann fragt einen Mathematiker, einen Physiker und einen Juristen, was denn 1 plus 1 ergäbe. Der Mathematiker kommt nach Ewigkeiten der Überlegungen aus seinem Elfenbeinturm und ruft in freudiger Erregung: „Heureka, es gibt eine und genau eine Lösung!“ Der Physiker wirft seinen Teilchenbeschleuniger an, misst und misst und misst, um dann eine Theorie aufzustellen: „1,9999999873 bei zu vernachlässigender Ungenauigkeit.“ Der Jurist gibt eigentlich recht schnell eine brauchbare Antwort: „Natürlich 2.“ Dann fährt er jedoch fort: „Ich habe aber keine Ahnung, ob wir damit bei Gericht durchkommen.“

Aber was wir bis hierher wissen, spricht deutlich mehr dafür, dass Street-Photography zulässig ist, jedenfalls im künstlerisch-journalistischen Bereich.

Was mir aber wichtiger erscheint:

Den befürchteten Massenabmahnungen steht die Auskunft des BMI entgegen. Ein Massenabmahner möchte sich nämlich nicht mit feingeistigen juristischen Auseinandersetzungen beschäftigen. Er möchte schnell bei einer großen Anzahl von Personen absahnen. Ich muss ihn also ins Nachdenken, ins Argumentieren bringen. Dann verliert er die Lust an mir. Das dürfte mir aber mit Hinweis auf die Auskunft des BMI gelingen. Also bitte Zugriff auf dieses Schreiben sicherstellen.

Aber wieso gibt es so viele negative Artikel im Internet? Dass Gesetzesänderungen Auguren auf den Plan rufen, die den Untergang des Abendlandes prophezeien, ist mir als Jurist bekannt. Das liegt zum einen daran, dass es natürlich für einen Berater einträglich sein kann, ein Problem zu benennen, das man nur selbst beseitigen kann.

Außerdem neigen Juristen zu einem gewissen Konservatismus:

Wenn sich etwas ändert, muss das schlimm sein.

Bisher haben wir es ganz gut überlebt ...

Auskunft des BMI:

Sehr geehrter Herr ...,

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

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

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

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

die DS-GVO dem Anfertigen von Fotografien 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 DSGVO 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.

Mit freundlichen Grüßen

Im Auftrag

Regina Krahorst

Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat

– Bürgerservice –