

## Kapitel 4

**Datenschutz***Die Personenfotografie im Licht der DSGVO*

Es hat sich schnell herumgesprochen, dass die am 25. Mai 2018 in Kraft getretene EU-Verordnung 2016/679, besser bekannt auch als *Datenschutz-Grundverordnung* (DSGVO, [www.dsgvo-gesetze.de](http://www.dsgvo-gesetze.de)), sich auch auf Fotografen auswirkt und diese zur Beachtung einiger wichtiger Punkte zwingt, die in eigenem Interesse zur Vermeidung von möglichen Sanktionen finanzieller Art beachtet werden sollten. Zwar handelt es sich, wie der Name bereits verrät, um eine Vorschrift, die einen datenschutzrechtlichen Bezug hat. Da Datenschutz jedoch untrennbar mit dem Persönlichkeitsrecht und dem Recht auf freie Selbstbestimmung verbunden ist, ist es nur logisch und auch nicht gänzlich neu, dass sich datenschutzrechtliche Vorschriften auch auf die Arbeit von Fotografen auswirkt, seien sie Amateure oder Profis.

Gleichwohl besteht auch drei Jahre nach dem Inkrafttreten der DSGVO bei vielen Fotografen Unsicherheit, was nun im Einzelnen bezüglich der neuen datenschutzrechtlichen Vorschriften zu beachten ist, was man darf und was man nicht darf. In diesem Kapitel möchte ich die wichtigsten Aspekte der DSGVO für Fotografen behandeln, ohne mich allerdings mit allen Aspekten des Datenschutzes auseinanderzusetzen, da dies den Rahmen dieses Buches sprengen würde.

Aspekte der DSGVO  
für Fotografen

#### **4.1 Falschinformation, Unkenntnis statt sachbezogener Aufklärung und Absurditäten**

Bereits lange vor dem Inkrafttreten der DSGVO und des hieran angepassten und zum gleichen Datum in Kraft getretenen neuen Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) hat es im Vorfeld zu großen Irritationen geführt, wie sich die DSGVO für Fotografen wohl auswirken wird. Erfreulicherweise ist zwischenzeitlich ein wenig Beruhigung und Sachlichkeit in die Auseinandersetzung mit dieser Materie zurückgekehrt. Zuvor hatten – wie so häufig bei Änderungen der Rechtslage – Unberufene gemeint, sich erkennbar bei jeder Sach- und vor allem Rechtskenntnis zu den Inhalten der DSGVO und deren Auswirkungen auf die Fotografie äußern zu müssen, Vermutungen angestellt, falsche Schlüsse gezogen und so völlig unangebrachte Panik unter weiten Teilen der Fotografen verbreitet. Unter ande-

Mehr Rauch als Feuer

rem war in Internetbeiträgen zu lesen, dass mit Einführung der DGSVO Personenaufnahmen nur noch mit vorheriger Einwilligung gemacht werden können und dass man Kinder ohnehin nur noch mit Einwilligung ihrer Erziehungsberechtigten fotografieren dürfe, was beides definitiv falsch ist, wie an späterer Stelle noch auszuführen sein wird. Weiter hieß es, dass mittelständische Fotografen oder sogar Amateure bei einem Verstoß gegen die Vorschriften der DGSVO mit der Verhängung von Bußgeldern in Millionenhöhe zu rechnen hätten, was völlig abwegig ist. Erstaunlich ist in diesem Zusammenhang, dass zum Teil vermeintliche »Medienrechtler« und im Foto- und Bildrecht angeblich versierte Rechtsanwälte zitiert wurden und sich teilweise auch selbst geäußert haben, deren Einschätzungen mit einer fundierten Sachkunde jedoch rein gar nichts mehr zu tun hatten.

Auch einige Absurditäten mussten im Hinblick auf die DSGVO festgestellt werden, von denen ich gerne eine zur Erheiterung meiner Leser herausgreife:

[zB]

In einer nordrhein-westfälischen Stadt hatten die Erzieherinnen in einer kirchlich geführten Kindertagesstätte mit großem Engagement und in vielen Stunden eine Abschlussmappe für jedes Kind in der Kita gebastelt. Die Mappen enthielten u. a. Fotos von den Kindern der Kitagruppe wie auch von den Erziehern. Jedes Kind bekam eine solche Abschlussmappe, in der aber auf Weisung des Trägers »aus Datenschutzgründen« auf allen Fotos die Gesichter der Kinder, außer jeweils dem Gesicht desjenigen Kindes, das die Mappe erhielt, ausnahmslos mit einem Filzstift geschwärzt waren. Außerdem waren die Erzieher auf den Fotos in gleicher Weise unkenntlich gemacht. Selbst das Gesicht des Darstellers des heiligen St. Nikolaus, der auf einem der Fotos zu sehen war – von einer Person also, die ohnehin aufgrund ihrer Verkleidung im Zweifel nicht zu erkennen war – blieb von den Schwärzungen nicht verschont. Jedes Kind dieser Kita wird sich wohl tierisch über eine solch tolle Erinnerung an seine Kita-Zeit und seine damaligen Spielkameraden und Erzieherinnen gefreut haben und sich diese Bilder später gerne immer wieder anschauen ... So weit nur ein Beispiel, zu welchen Absurditäten die völlig unberechtigte Panik und Unwissenheit in Bezug auf die Bestimmungen der DSGVO bei einigen geführt hat. Dabei ist es mitnichten so, wie die Leiterin dieser Kita meinte, dass es sich schließlich um ein juristisch hochsensibles Thema handeln würde.

Rechtslage Mai 2021

Ich werde in diesem Kapitel den aktuellen Stand der Rechtslage (Mai 2021) bezüglich des Einflusses der DGSVO auf Fotografen für rechtliche Laien darstellen und versuchen, die primäre Frage, was sich für Fotografen seit 2018 geändert hat, möglichst vollständig zu beantworten, aber dabei auch dasjenige aufzuzeigen, was auch heute noch nicht mit rechtlicher Sicherheit beantwortet werden kann, weil es hierzu an entsprechenden Urteilen der Gerichte, insbesondere solchen des EuGH oder des BGH, noch fehlt. Dies ist auch insoweit gar nicht weiter verwunderlich, als Rechtsstreitigkeiten, die durch alle Instanzen geführt und letztlich vom EuGH

oder BGH in letzter Instanz entschieden werden, sich meist über etliche Jahre erstrecken.

Natürlich geht es im Zusammenhang mit datenschutzrechtlichen Aspekten ausschließlich um Fotos, die eine oder mehrere auf dem Foto erkennbare Personen zeigen. Fotos, auf denen keine Personen zu sehen bzw. erkennbar sind und die auch keinerlei unmittelbare Hinweise auf bestimmte Personen enthalten (wie Autokennzeichen oder Haustürschilder) sind datenschutzrechtlich ohne jede Relevanz.

Fest steht, dass sich die Fotografie von Personen mit der DSGVO verändert hat, daran kann ganz sicher keinerlei Zweifel bestehen. Ebenfalls völlig eindeutig gilt die DSGVO – anders als manch andere EU-Verordnungen, die erst vom Gesetzgeber in den einzelnen Mitgliedstaaten in nationales Recht umgesetzt werden müssen – unmittelbar und zwingend in den einzelnen Mitgliedstaaten. Die Rechtslage in Deutschland bis zum Inkrafttreten der DSGVO habe ich bereits ausführlich in Kapitel 3, »Menschen«, dargestellt. Hier war in Bezug auf die Veröffentlichung von Bildnissen auf die Regelungen in §§ 22, 23 KUG und die umfangreiche Rechtsprechung hierzu abzustellen. Ob die Bestimmungen der DSGVO nun die bisherigen Regelungen vollständig verdrängt haben oder ob möglicherweise an einigen Stellen die DSGVO gegenüber den bundesdeutschen Regelungen, insbesondere denen des KUG, die nach wie in Kraft sind, in den Hintergrund tritt, werde ich nachfolgend näher beleuchten. Zum besseren Verständnis dessen, was folgt, ist es deshalb durchaus empfehlenswert, meine Ausführungen im Abschnitt 3.1 und Abschnitt 3.2 gegebenenfalls nochmals durchzulesen, weil im Folgenden hierauf aufgebaut wird und ich Sie nicht mit Wiederholungen in diesem Kapitel langweilen will.

Durch das Inkrafttreten der DSGVO hat sich einiges geändert, und eine Reihe von Unklarheiten konnte bis heute auch nicht aufgelöst werden. Daran ist letztlich der deutsche Gesetzgeber nicht unschuldig, weil er es versäumt hat, klare gesetzliche Regelungen im Hinblick auf die geltenden Vorschriften des KUG zu schaffen, was er durchaus hätte tun können, worauf ich an späterer Stelle noch näher eingehen werde.

## 4.2 Rechtssystematische Einordnung der DSGVO

Zum besseren Verständnis gehe ich zunächst kurz darauf ein, in welchem Verhältnis die DSGVO zu den nationalen Gesetzen der Bundesrepublik Deutschland zu sehen ist.

Bei der DSGVO handelt es sich um eine europäische Rechtsnorm, die Vorrang vor bundesgesetzlichen Regelungen hat. Dies ergibt sich aus der deutschen Verfassung, Art. 23 GG, dem sogenannten »Europa-Artikel«. Diese Verfassungsvorschrift regelt, dass europarechtliche Normen grundsätzlich Vorrang vor nationalen Gesetzen haben, wenn nicht im Einzelfall der Bundesgesetzgeber zulässigerweise etwas anderes gesetzlich regelt

Datenschutz =  
ErkennbarkeitDie Fotografie von  
Personen hat sich  
geändert

Vorrang der DSGVO

und wenn die europäische Regelung nicht wesentlichen Grundsätzen und Wertvorstellungen des Rechts in Deutschland (dem sogenannten »ordre public«) widerspricht.

#### Öffnungsklausel in der DSGVO

Allerdings enthalten manche EU-Regelungen Klauseln, die dem jeweils nationalen Gesetzgeber in den Mitgliedstaaten die Möglichkeit einräumen, bestimmte Dinge auch anders als in der EU-Richtlinie vorgesehen, zu regeln. Eine solche sogenannte »Öffnungsklausel« findet sich auch in der DSGVO, und zwar in Art. 85, wo es heißt:



»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...«

#### Abweichende nationale Regeln sind möglich

Aus dieser Bestimmung ergibt sich die Befugnis und Möglichkeit der nationalen Gesetzgeber in den Mitgliedstaaten, durch nationale Gesetze abweichende Regeln zu treffen. Einige Länder haben hiervon auch Gebrauch gemacht, so beispielsweise Schweden, wo der Bereich der Kunst aus dem Geltungsbereich der DSGVO durch nationales Gesetz ausgenommen ist. Auch unsere Nachbarn in Österreich haben Regelungen abweichend von der DSGVO getroffen und u. a. dem nur zu bekannten Abmahnwahnsinn darauf »spezialisierter« Anwälte bei Verletzung einer Vorschrift von vornherein einen Riegel vorgeschoben. Der deutsche Gesetzgeber hat keine Notwendigkeit gesehen, die Fotografie als Kunstform aus dem Geltungsbereich der DSGVO auszunehmen, und von der Öffnungsklausel in Art. 85 DSGVO insoweit keinen Gebrauch gemacht.

Solange jedoch die einzelnen Mitgliedstaaten der EU gemäß Art. 85 DSGVO keine Regelung durch nationale Gesetze treffen, so wie Deutschland, geht also die DSGVO den nationalen Gesetzen und damit auch den bundesdeutschen Gesetzen vor. So weit zur rechtssystematischen Einordnung der DSGVO.

### 4.3 Einige Begriffsdefinitionen der DSGVO

Vorab möchte ich die beiden im hiesigen Zusammenhang wichtigsten Definitionen in der DSGVO zitieren.

#### 4.3.1 Begriff der »personenbezogenen Daten«

In Art. 4 Ziffer 1 der DSGVO ist der Begriff *personenbezogene Daten* wie folgt definiert:



»Im Sinne dieser Verordnung bezeichnet der Ausdruck:

1. »personenbezogene Daten« alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche 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; (...)

#### 4.3.2 Begriff der »Verarbeitung von Daten«

In Art. 4 Ziffer 2 DSG heißt es dann weiter:

»(...) 2. »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; (...)

Im Lichte dieser Begriffsbestimmungen ist es als völlig unstrittig anzusehen, dass vom Fotografen bei Digitalaufnahmen personenbezogene Daten erhoben und damit im Sinne von Art. 4 DSGVO verarbeitet werden, da zum einen die fotografierte Personen identifizierbar und deren Aufenthaltsort zum Zeitpunkt der Aufnahme teilweise bestimmbar sein wird und zum anderen aus den Metadaten des Fotos sich weitere Angaben, wie beispielsweise Tag und Uhrzeit, entnehmen lassen. Auch ist es möglich, derartige Fotos mit Datenbanken abzugleichen und so nähere Auskünfte über die fotografierte Person zu erhalten. Damit werden, darüber bestehen keine Zweifel, mit einer digitalen Aufnahme personenbezogene Daten gespeichert. Deshalb unterliegen alle Fotografen – gleichgültig, ob Berufs- oder Amateurfotografen –, die digitale Personenfotos erstellen, auf denen Personen erkennbar sind, den Regelungen der DSGVO.

Die Erhebung von personenbezogenen Daten ist jedoch grundsätzlich – so die Konzeption der DSGVO – unzulässig, es sei denn, dass im konkreten Einzelfall der Fotograf einen Erlaubnistatbestand nachweisen kann. Der Jurist spricht bei einer solchen Konzeption von einem »Verbot mit Erlaubnisvorbehalt«.

Wenn oben von Digitalfotos die Rede war, so wird daraus deutlich, dass die DSGVO nicht gilt, wenn es sich um analoge Fotos handelt, allerdings nur so lange, wie die analogen Fotos nicht digitalisiert oder beispielsweise in Karteien oder Alben nach bestimmten Systemen sortiert



Digitalaufnahmen erheben personenbezogene Daten

»Verbot mit Erlaubnisvorbehalt«

Unkatalogisierte analoge Fotos sind nicht betroffen

und archiviert werden. Ein Schuhkarton voller analoger Fotografien unterfällt somit nicht der DSGVO; sind die Fotos allerdings nach Jahrgängen archiviert, dann trifft auf analoge Fotos die DSGVO in gleichem Maße zu wie auf digitale Fotos.

#### 4.4 Wann gilt die DSGVO nicht?

**Drei Ausnahmen** Allerdings gilt die DSGVO nicht in jedem Fall zwingend. Vielmehr sind – wie so häufig – auch hier bestimmte Bereiche, in denen Personenfotos eine Rolle spielen, aus dem Geltungsbereich der DSGVO herausgenommen. Es gibt insgesamt drei Ausnahmen, bei denen man sich keine Gedanken über die Einhaltung datenschutzrechtlicher Vorschriften machen muss.

##### 4.4.1 Die »Haushaltsausnahme« in Art. 2 Abs. 2 Ziffer c DSGVO

**Haushaltsausnahme** Keine Gedanken müssen sich diejenigen Fotografen machen, die ausschließlich im persönlichen oder familiären Bereich Fotografien von Personen machen, denn Fotos im persönlichen oder familiären Umfeld sind vom Geltungsbereich der DSGVO ausgenommen. Ob auf einer Familienfeier (Geburtstage, Hochzeiten und sonstige Anlässe) oder auch ohne besonderen Anlass im Familien- und engen Freundeskreis (normale Erinnerungsfotos), all diese Fotografien fallen nicht unter die DSGVO. Hier handelt es sich um die sogenannte »Haushaltsausnahme«, geregelt in Art. 2 Abs. 2 Ziffer c DSGVO. Insoweit sind für diesen Bereich der Fotografie keine Änderungen gegenüber der Rechtslage vor Inkrafttreten der DSGVO zu verzeichnen.

**Achtung: Vermischung von privaten und beruflichen Zwecken**

Dies gilt aber wiederum dann nicht, wenn eine Vermischung von privaten und beruflichen Zwecken vorliegt. Nur wenn die Datenerhebung (sprich das Fotografieren) ausschließlich privat motiviert ist, findet die Haushaltsausnahme Anwendung. Wenn also bei einer Betriebsfeier Fotos aufgenommen werden, fällt dies nicht mehr in den privaten Bereich und unter die »Haushaltsausnahme«, auch wenn man mit Kolleginnen oder Kollegen möglicherweise eng befreundet ist. Auch die Fotofreunde aus dem Fotoclub gehören nicht zum Familien- oder engen Freundeskreis im Sinne des Art. 2 Abs. 2 Ziffer c DSGVO, sodass hier beim Fotografieren von anderen Clubmitgliedern die Bestimmungen der DSGVO grundsätzlich zu beachten sind, unabhängig davon, dass in den meisten Fällen ein Verstoß gegen diese Bestimmungen keine rechtlichen Konsequenzen haben dürfte, da auch hier natürlich gilt: »Wo kein Kläger, da kein Richter.«

**Keine Haushaltsausnahme in sozialen Netzwerken**

Die Haushaltsausnahme kommt auch dann nicht mehr zum Tragen, wenn die Fotos in soziale Netzwerke eingestellt werden, die einem unbestimmten Nutzerkreis zugänglich sind. Dies hat der EuGH in seinem Urteil vom 14.02.2019 festgestellt (AZ: C-345/17). In der Kommentarmeinung

wird jedoch die Ansicht vertreten, dass dann, wenn nur ein begrenzter Nutzerkreis Zugang zu den Bildern hat, beispielsweise in passwortgeschützten, geschlossenen Netzwerken, die Haushaltsausnahme wiederum gilt. Demgegenüber hat der EuGH in zwei Urteilen, dem Lindquist-Urteil vom 06.11.2003, AZ C-101/01, und dem Satamedia-Urteil vom 16.12.2008, AZ C-73/07 die Auffassung vertreten, dass die Datenschutzgesetze dann gelten, wenn es sich zwar um einen beschränkten Nutzerkreis eines Netzwerkes handelt, durch Teilen und Liken der Personenkreis, der Zugang hat, jedoch erweitert werden kann.

Dem Leser wird jedoch aufgefallen sein, dass beide Urteile weit vor dem Inkrafttreten der DSGVO gefällt wurden. Betrachtet man nun den Erwägungsgrund Nr. 18 zur DSGVO, in der die Haushaltsausnahme geregelt ist, so wird ein Widerspruch zwischen den genannten Urteilen und der DSGVO offenkundig, da der Erwägungsgrund Nr. 18 die Nutzung sozialer Netzwerke unter die Haushaltsausnahme fasst. So heißt es dort:

*»Diese Verordnung gilt nicht für die Verarbeitung von personenbezogenen Daten, die von einer natürlichen Person zur Ausübung ausschließlich persönlicher oder familiärer Tätigkeiten und somit ohne Bezug zu einer beruflichen und wirtschaftlichen Tätigkeit vorgenommen wird. Als persönliche oder familiäre Tätigkeiten könnte auch (...) die Nutzung sozialer Netze und Online-Tätigkeiten (...) gelten. (...).«*

[§]

Hier ist deshalb momentan völlig unklar, wie die Rechtsprechung derartige Fälle auf Basis der DSGVO entscheiden wird.

In einem anderen Fall hat das AG Hamburg in einem Beschluss festgestellt, dass das gezielte Fotografieren von fremden Personen in der Öffentlichkeit nicht unter die Haushaltsausnahme der DSGVO fällt, und zwar auch dann nicht, wenn die Anfertigung von Fotos nur privaten Zwecken dient und keinerlei Veröffentlichungsabsicht besteht (Beschluss vom 03.07.2020 – 163 Gs 656/20)

##### 4.4.2 Fotos von Verstorbenen

Ebenfalls von dem Geltungsbereich der DSGVO grundsätzlich ausgenommen sind Fotos von verstorbenen Personen, wie sich aus Ziffer 27 der Erwägungsgründe zur DSGVO ergibt. Allerdings können die Mitgliedstaaten Vorschriften für die Verarbeitung von personenbezogenen Daten Verstorbener einführen, wovon die Bundesrepublik jedoch bislang keinen Gebrauch gemacht hat, sodass es auch hier bei den Regelungen bleibt, die vor Inkrafttreten der DSGVO galten. Danach haben Verstorbene kein unmittelbares Persönlichkeitsrecht mehr, sondern lediglich ein nachwirkendes Persönlichkeitsrecht, das es verbietet, Verstorbene beispielsweise zu verunglimpfen. Dieses nachwirkende Recht schwächt sich jedoch immer mehr ab, je länger der Tod zurückliegt.

**Erwägungsgrund Nr. 18**

**Verstorbene haben »nur« ein nachwirkendes Persönlichkeitsrecht**

#### 4.4.3 Das »Medienprivileg«

Personenfotos zu journalistischen Zwecken

Ebenfalls keine Veränderungen seit Inkrafttreten der DSGVO gibt es für Personenfotos, die zu journalistischen Zwecken hergestellt wurden. Diesbezüglich spricht man auch vom sogenannten »Medienprivileg«. Wie oben bereits zitiert, sieht Art. 85 DSGVO vor, dass es den Mitgliedstaaten der EU überlassen ist, durch nationale Gesetze unter anderem den journalistischen Anforderungen Rechnung zu tragen. Dies haben die Gesetzgeber diesbezüglich auch getan, und zwar zum einen die Bundesregierung in §§ 9c, 57 des Rundfunkstaatsvertrages (RStV) und zum anderen die Landesregierungen durch Änderungen in den jeweiligen Landespressegesetzen. Demnach bleibt es auch hier bei den Regelungen, die bereits vor Inkrafttreten der DSGVO gegolten haben. Dies gilt jedoch nur für die journalistische Tätigkeit, denn hier geht es um die Sicherung des Informationsrechts der Allgemeinheit.

### 4.5 Das Anfertigen von Fotos unter Beachtung der DSGVO

Keine Unterscheidung zwischen Herstellung und Veröffentlichung

Die DSGVO geht allgemein von einer Verarbeitung der Daten aus, eine Unterscheidung zwischen dem Herstellen von Fotos einerseits und deren Veröffentlichung andererseits ist der DSGVO fremd. Gleichwohl soll anhand der vergleichenden Darstellung zur bisherigen Rechtslage beides getrennt betrachtet werden. Deshalb geht es hier zunächst um die Anfertigung von Fotos.

Da – wie Sie aus Kapitel 3, »Menschen«, wissen – das KUG keine Regelung für das Anfertigen von Personenaufnahmen beinhaltet und es deshalb im Zusammenhang mit der Anfertigung von Personenaufnahmen auch nicht zu einer Prüfung kommen kann, ob möglicherweise die Vorschriften des KUG in diesem Zusammenhang eine Rolle spielen, gelten für die Anfertigung von Personenaufnahmen ausnahmslos die Regelungen der DSGVO, soweit nicht ein Tatbestand vorliegt, der nicht unter die DSGVO fällt (siehe Abschnitt 4.4).

Erlaubnistatbestände

Dies bedeutet, dass für die Anfertigung eines Fotos ein Erlaubnistatbestand gemäß Art. 6 DSGVO vorliegen muss. Die dort geregelten Erlaubnistatbestände – soweit sie für Fotografen relevant sind – werden wir im Folgenden näher betrachten. Dabei ist vorab festzuhalten, dass die im Internet vielfach verbreitete Behauptung, es müsse stets eine ausdrückliche Einwilligung der fotografierten Personen eingeholt werden, definitiv falsch ist und mit den Regelungen der DSGVO überhaupt nicht in Einklang zu bringen ist. Vielmehr ist die Einwilligung nur eine von mehreren in Art. 6 DSGVO geregelten sogenannten »Erlaubnistatbeständen«. Da sich in vielen Fällen eine Einwilligung überhaupt nicht praktikabel einholen lässt, hat Art. 6 DSGVO noch weitere Fälle geregelt, in denen eine Verarbeitung

personenbezogener Daten rechtmäßig ist, auch wenn keine ausdrückliche Einwilligung vorliegt.

Da eine Einwilligung grundsätzlich nach Art. 7 DSGVO widerrufen werden kann und der Fotograf bei Zweifelsfällen nachweisen muss, dass die fotografierte Person in die Herstellung der Fotos eingewilligt hat, und weil eine wirksame Einwilligung an verschiedene, teils strenge Voraussetzungen geknüpft ist, erscheint es aus Praktikabilitätsgründen für den Fotografen geboten, zunächst zu prüfen, ob nicht im konkreten Einzelfall ein anderer Erlaubnistatbestand vorliegt, der eine ausdrückliche Einwilligung gar nicht erforderlich macht.

#### 4.5.1 Erlaubnistatbestand »in Erfüllung eines Vertrages« (Art. 6 Abs. 1 b DSGVO)

In Betracht kommt hier Art. 6 Abs. 1 b DSGVO, nach dem die Verarbeitung personenbezogener Daten rechtmäßig ist, wenn sie für die Erfüllung eines Vertrages, dessen Vertragspartei die betroffene Person ist, oder zur Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen, die auf Anfrage der betroffenen Person erfolgen, erforderlich ist. Es muss also zwischen dem Fotografen und der fotografierten Person ein Vertrag abgeschlossen worden sein, der zum Inhalt hat, dass Fotos von Personen angefertigt werden, wobei es nicht darauf ankommt, ob die fotografierte Person eine finanzielle Gegenleistung erhält. Eine bestimmte Form für den Vertrag ist nicht erforderlich, es sollte jedoch zur Erleichterung einer gegebenenfalls später erforderlichen Beweisführung zumindest die Textform gewählt werden.

Einer der klassischen Fälle ist der des Hochzeits- oder Eventfotografen, der damit beauftragt wird, von dem Ereignis und den anwesenden Personen Fotos herzustellen. Das Gleiche gilt für den Auftrag zur Anfertigung von Pass- oder Bewerbungsfotos. In diesen Fällen liegt in der Beauftragung des Fotografen gleichzeitig die konkludente (stillschweigende) Einwilligung, dass durch die Fotos personenbezogene Daten erhoben werden, da anderenfalls die Vertragsdurchführung, was jedem einleuchten dürfte, überhaupt nicht möglich wäre.

Ebenso fällt hierunter der Auftrag eines Hochzeitspaares an einen Fotografen, die Trauung und die anschließende Feier zu fotografieren sowie Einzelporträts des Brautpaares anzufertigen. Ist der Fotograf ein Mitglied oder enger Freund der Familie, dürfte ohnehin die Haushaltsausnahme (siehe Abschnitt 4.4) greifen. Ein fremder, durch Vertrag engagierter Fotograf dagegen kann sich mit der Erfüllung eines Vertrages mit dem Brautpaar rechtfertigen.

Allerdings ist dabei zu berücksichtigen, dass üblicherweise nicht nur das Brautpaar, sondern auch die Hochzeitsgäste und andere Personen, wie Standesbeamte oder Geistliche) fotografiert werden. Diese stehen jedoch in keinem Vertragsverhältnis zu dem Fotografen, sodass sich der Fotograf insoweit nicht unmittelbar gegenüber diesen Personen auf die Erfüllung eines Vertrages als Erlaubnistatbestand berufen kann. Die Fotografien und

Vertrag zwischen Fotograf und fotografierte Person

[zB]

damit verbundenen Datenerhebungen der Hochzeitsgäste unterliegen jedoch einem anderen Erlaubnistatbestand, auf den ich nachfolgend eingehen werde.

#### 4.5.2 Erlaubnistatbestand »Wahrung der berechtigten Interessen« (Art. 6 Abs. 1 f DSGVO)

##### Berechtigte Interessen

Dass man nicht mit allen bei einer Hochzeit anwesenden Personen eine Vereinbarung treffen oder deren Einwilligung einholen kann, von ihnen personenbezogene Daten durch digitale Fotoaufnahmen zu erheben, ist nachvollziehbar. Für die Fälle, in denen die Einholung von Einwilligungen einer größeren Personenmenge nicht praktikabel oder gar nicht möglich ist, hat die DSGVO in Art. 6 Abs. 1 f die Möglichkeit vorgesehen, die Erhebung personenbezogener Daten durch Fotoaufnahmen mit einem berechtigten Interesse zu begründen, und zwar entweder mit den berechtigten Interessen des Fotografen oder denen eines Dritten. Für das Vorliegen eines berechtigten Interesses ist der Fotograf in vollem Umfang darlegungs- und beweispflichtig.

In Art. 6 Abs. 1 Ziffer f der DSGVO heißt es, dass dieser Erlaubnistatbestand vorliegt, wenn die Verarbeitung der personenbezogenen Daten zur Wahrung berechtigter Interessen des Verantwortlichen (hier: des Fotografen) oder eines Dritten erforderlich ist, sofern nicht die Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten der betroffenen Person, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen, insbesondere dann, wenn es sich bei der betroffenen Person um ein Kind handelt.

Dem Brautpaar wird man ein berechtigtes Interesse zusprechen können, dass nicht nur das Brautpaar selbst, sondern auch alle anwesenden Gäste anlässlich der gesamten Hochzeitszeremonie fotografisch erfasst werden. In einem solchen Fall muss zwar grundsätzlich eine Interessenabwägung vorgenommen und geprüft werden, ob im konkreten Einzelfall höherwertig anzusehende Interessen der fotografierten Personen entgegenstehen. Davon wird man aber im Falle der Hochzeitsgäste kaum ausgehen können, die im Übrigen üblicherweise damit rechnen müssen, dass zu solchen Anlässen Fotografien gemacht werden, die sich nicht nur auf eine Ablichtung des Brautpaares beschränken, und die in den meisten Fällen auch im Zusammenhang mit der Hochzeit fotografiert werden wollen.

Insoweit könnte man in vielen Fällen sogar schon von einer konkludenten Einwilligung ausgehen, was in einem möglichen Streitfall jedoch der schwierigere Argumentationsweg gegenüber einem Berufen auf das Vorliegen berechtigter Interessen sein dürfte.

Die obigen Ausführungen zu der Fotografie von Hochzeitsgästen lassen sich natürlich auch auf andere Veranstaltungen übertragen, bei denen ein Fotograf im Auftrag oder auch aus eigenem Antrieb fotografiert und es ihm nicht möglich ist, von allen anwesenden Personen Einwilligungen einzuholen. Auch hier wird der Auftraggeber des Fotografen ein hohes Interesse daran haben, dass das gesamte Event und die daran teilnehmenden Perso-

nen fotografiert werden, während in der Regel höherrangige Rechte der fotografierten Personen nicht erkennbar sein dürften. Dies gilt umso mehr, wenn die Besucher des Events bei ihrer Ankunft oder bereits auf der Eintrittskarte darauf hingewiesen werden, dass anlässlich des Events Fotos hergestellt werden, die auch Bildnisse von anwesenden Personen umfassen, und dass die Besucher dann dem anwesenden Fotograf mitteilen können, dass sie nicht fotografiert werden wollen. In der Praxis dürfte dies jedoch eher theoretischer Natur sein. Mir sind jedenfalls keine Rechtsstreitigkeiten bekannt, bei denen der Klageweg von jemand nur deshalb beschritten wurde, weil er auf einem Event fotografiert wurde.

Der Aspekt eines berechtigten Interesses wird man in der Regel auch bei künstlerischen Fotos heranziehen. Zu prüfen ist jedoch immer, ob ein berechtigtes Interesse der fotografierten Person Vorrang genießt und die Datenerhebung deshalb unzulässig ist. Stets ist somit in solchen Fällen eine Interessenabwägung erforderlich, im Rahmen derer auch der Verwendungszweck der Fotografien zu berücksichtigen ist. Insoweit erlaube ich mir beispielhaft den Verweis auf den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts, der Gegenstand meiner Ausführungen zur Straßenfotografie ist (vergleiche Abschnitt 3.3).

Wenn, wie bei den Hochzeitsgästen, die fotografierten Personen erkennen können, dass und zu welchem Zweck die Aufnahmen gemacht werden, dürfte dies in der Regel für eine Rechtmäßigkeit der Aufnahmen sprechen. Aufnahmen, die ohne Kenntnis der abgebildeten Personen gemacht werden, dürften dagegen in aller Regel nicht rechtmäßig sein.

Wie sich die Straßenfotografie, bei der ein künstlerisches Interesse des Fotografen im Vordergrund steht, zur DSGVO verhält, ist noch nicht abschließend geklärt, hier fehlen noch entsprechende Gerichtsurteile. Auch der zitierte Beschluss der BVerfG vom 08.02.2018 zur Straßenfotografie ist vor Inkrafttreten der DSGVO ergangen. Allerdings gehe ich davon aus, dass sich die deutschen Gerichte bei einer auch im Rahmen der DSGVO vorzunehmenden Interessenwahrnehmung an der Entscheidung des BVerfG orientieren werden und nur in besonderen Fällen das Persönlichkeitsrecht der fotografierten Personen höher werten werden als die Kunstfreiheit des Fotografen.

Zwischenzeitlich gibt es auch ein Urteil, das sich mit einer Interessenabwägung nach DSGVO befasst. Das Landgericht Frankfurt hat in seinem Urteil vom 13. September 2018 den Fall zu entscheiden gehabt, dass ein Betreiber eines Friseursalons ein Video auf Facebook veröffentlichte, auf dem eine seiner Kundinnen während des Besuchs in dem Salon zu sehen war. Die Kundin hatte vor Gericht bestritten, dass sie zu der Videoaufnahme eine Einwilligung erteilt habe, sodass es für das Gericht auf eine Interessenabwägung ankam, da auch der zwischen Kundin und Friseur abgeschlossene Vertrag bezüglich der Friseurleistungen ganz sicherlich nicht das Recht zur Erhebung personenbezogener Daten in Form von Foto- oder Videoaufnahmen beinhaltete. Das Gericht hat dann folgende Feststellung in seinem Urteil getroffen:

##### Verwendungszweck der Fotografien



»(...) die Kammer erachtet insoweit die Grundsätze der Paragraphen 22, 23 KG und die dazu ergangene Rechtsprechung – unter Berücksichtigung einer entsprechenden Europa rechtsautonomen Auslegung – als Gesichtspunkte, die im Rahmen von Art. 6 Abs. 1 lit) DSGVO und der Abwägung der Interessen und Grundrechte einzubeziehen sind. In Anwendung dieser Grundsätze überwiegt vorliegend das Interesse der Klägerin an der Unterlassung der streitgegenständlichen Verarbeitung in Form der Veröffentlichung.«

Dieses Urteil macht deutlich, dass in den Fällen, in denen weder aus dem Vertrag noch im Rahmen einer Interessenabwägung sich die Rechtmäßigkeit der Datenerhebung ergibt, in jedem Fall eine Einwilligung der betroffenen Person in nachvollziehbarer Art und Weise eingeholt werden muss. Bemerkenswert ist an diesem Urteil im Übrigen auch, dass sich das Landgericht Frankfurt bei der Interessenabwägung explizit auf die §§ 22, 23 des KUG bezieht.

Damit komme ich zum letzten Erlaubnistatbestand, der für Fotografen relevant ist, nämlich dem der Einwilligung.

#### 4.5.3 Erlaubnistatbestand »Einwilligung« (Art. 6 Abs. 1 Ziffer a, Art. 7 DSGVO)

In Art. 6 Abs. 1 Ziffer a DSGVO ist geregelt, dass eine Verarbeitung der Daten rechtmäßig ist, wenn die betroffene Person ihre Einwilligung zu der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten für einen oder mehrere bestimmte Zwecke gegeben hat. Auch wenn dieser Erlaubnistatbestand im Art. 6 Abs. 1 DSGVO als erster genannt wird, heißt dies nicht, wie bereits erwähnt, dass man sein Vorliegen zuerst prüfen müsste, im Gegenteil.

Die Einwilligung, die in ihren Einzelheiten dann in Art. 7 DSGVO geregelt ist, wurde an bestimmte Voraussetzungen geknüpft, die im Wesentlichen denen entsprechen, die bereits vor Inkrafttreten der DSGVO in Deutschland zu erfüllen waren, um zu einer wirksamen Einwilligung zu gelangen.

Zunächst einmal obliegt es dem Fotografen, nachzuweisen, dass die betroffene Person in die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten eingewilligt hat (Art. 7 Abs. 1 DSGVO). Zwar unterliegt die Einwilligung keinen Formvorschriften, sie kann also auch mündlich oder auch konkludent erteilt werden. Eine konkludente Einwilligung kommt jedoch nur dann in Betracht, wenn die fotografierte Person durch ihr Handeln eindeutig zu erkennen gibt, dass sie damit einverstanden ist, fotografiert zu werden. Gefordert ist also eine Handlung, die unter objektiven Gesichtspunkten eindeutig und nicht missverständlich ist. Eine solche Handlung kann darin bestehen, dass die fotografierte Person bewusst posiert, in die Kamera lächelt oder winkt und ein objektiver Betrachter zu dem Schluss kommen muss, dass die fotografierte Person fotografiert werden wollte bzw. zu-

Voraussetzungen für  
die Einwilligung

mindest nichts dagegen einzuwenden hatte, fotografiert zu werden. Ein typischer Fall einer solchen konkludenten Einwilligung liegt – wie in Kapitel 3, »Menschen«, bereits skizziert – beispielsweise vor, wenn bei einem Event der Fotograf von Tisch zu Tisch geht und die dort sitzenden Gäste der Veranstaltung ihm beispielsweise zugestimmt, den Arm demonstrativ über die Schulter der sie begleitenden Person legen und beide in die Kamera lächeln. Ein reines Stillschweigen, ohne dass erkennbar ist, dass die Person mit der Aufnahme einverstanden war, reicht dagegen für eine Einwilligung nicht aus, da nach unserem Rechtssystem Schweigen in diesem Zusammenhang keine Zustimmung bedeutet.

Aus Beweisgründen empfiehlt es sich dort, wo eine Einwilligung eingeholt werden kann, wie z. B. bei einem Shooting mit einem Model, eine solche auch mittels einer vorbereiteten Erklärung schriftlich einzuholen. Bei einer größeren Zahl von Personen, bei Personen, die man unterwegs trifft und spontan fotografieren möchte, oder bei Massenveranstaltungen ist dies natürlich völlig praxisfremd und nicht durchführbar.

Erfolgt die Einwilligung der betroffenen Person durch eine schriftliche Erklärung, die auch noch andere Sachverhalte betrifft, so muss das Ersuchen um Einwilligung in verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache so erfolgen, dass es von den anderen Sachverhalten klar zu unterscheiden ist, dies schreibt die DSGVO ausdrücklich vor (Art. 7 Abs. 2 DSGVO). Hier empfiehlt es sich, den Text der Einwilligung klar erkennbar von allen übrigen Texten abzuheben und gegebenenfalls auch separat unterschreiben zu lassen, etwa so, wie der Leser dies von Widerrufsbelehrungen in bestimmten Verträgen kennen dürfte.

Besondere Bedeutung kommt dem Art. 7 Abs. 3 DSGVO zu, da dort geregelt ist, dass die betroffene Person das Recht hat, ihre Einwilligung jederzeit zu widerrufen. Durch den Widerruf der Einwilligung wird allerdings die Rechtmäßigkeit der bis dahin erfolgten Datenverarbeitung nicht berührt. Ab Kenntnis von dem Widerruf darf aber keinerlei weitere Verarbeitung mehr stattfinden. Der Fotograf muss also leider damit rechnen, dass eine erteilte Einwilligung später widerrufen wird, wozu es keiner besonderen Begründung bedarf. Ob und in welchem Umfang von diesem Widerrufsrecht Gebrauch gemacht wird, muss abgewartet werden. Nach der Rechtsprechung vor der DSGVO war – wie in Kapitel 3, »Menschen«, gesehen – ein Widerruf in aller Regel nicht möglich, vereinzelt Klagen von fotografierten Personen, die später ihren Widerruf gerichtlich durchsetzen wollten, sind erfolglos geblieben. Dies könnte sich unter der Geltung der DSGVO durchaus ändern.

Ein ganz entscheidender Punkt in Art. 6 Abs. 1 Ziffer a DSGVO ist der Bezug der Einwilligung auf »einen oder mehrere bestimmte Zwecke«. Damit wird deutlich, dass eine wirksame Einwilligung nur dann erteilt werden kann, wenn der betroffenen Person in eindeutiger Weise mitgeteilt wurde, zu welchem Zweck die Aufnahmen angefertigt werden. Eine fotografierte Person, die nicht weiß, zu welchem Zweck die Aufnahmen ange-

Widerruf der  
Einwilligung

Einwilligung auf  
»einen oder mehrere  
bestimmte Zwecke«

fertigt und später verwendet werden, kann grundsätzlich keine wirksame Einwilligung erteilen. Dies war auch nach der Rechtsprechung des BGH bereits vor der Geltung der DSGVO so. Sollte später eine Änderung oder Erweiterung des Zwecks beabsichtigt sein, ist folglich auch eine ergänzende oder neue Einwilligung einzuholen.

»Kopplungsverbot« Zu beachten ist schließlich auch das sogenannte strenge »Kopplungsverbot«, das in Art. 7 Abs. 4 DSGVO geregelt ist und nach dem die Erfüllung eines Vertrages vom Fotografen davon abhängig gemacht wird, dass in die Datenerhebung (d. h. fotografiert zu werden) eingewilligt wird. Ausnahmslos muss die Einwilligung freiwillig und ohne Zwang oder Druck erteilt werden. Wenn beispielsweise Besucher einer Veranstaltung zu dieser nur zugelassen werden, wenn sie darin einwilligen, dort fotografiert zu werden, so ist dies ein Verstoß gegen das Kopplungsverbot, und dann liegt keine wirksame Einwilligung vor, sodass unter Zugrundelegung des Erlaubnistatbestands »Einwilligung« keine rechtmäßige Datenerhebung erfolgen kann.

**Einwilligung von Kindern** Eine verschärfte Regulierung enthält die DSGVO in Art. 8 bezüglich der Einwilligung von Kindern. Wenn ein Kind das 16. Lebensjahr noch nicht vollendet hat, so ist die Verarbeitung in der Tat nur rechtmäßig, sofern und soweit der Träger der elterlichen Verantwortung für das Kind eingewilligt hat oder nach einer Einwilligung des Kindes dieser zustimmt (Art. 8 Abs. 1 DSGVO). So kann der Fotograf durchaus ein zwölfjähriges Kind unmittelbar um Einwilligung bitten, fotografiert zu werden, allerdings muss jedoch danach die Zustimmung des Trägers der elterlichen Gewalt eingeholt werden. Wird diese nicht erteilt, darf das Foto nicht gemacht werden, auch wenn das zwölfjährige Kind den Fotografen darum bitten sollte. Wird die Zustimmung verweigert, muss das Bild gelöscht werden, sofern es im Einzelfall kein höherwertiges Interesse des Fotografen geben sollte, was allerdings nur in Ausnahmefällen angenommen werden kann.

Dies ist neu gegenüber der bisherigen Rechtsprechung, die davon ausgegangen ist, dass es sich bei der Einwilligung um eine Erklärung ohne rechtlichen Bindungswillen handelt, weshalb auch ein Kind vor Vollendung des 16. Lebensjahres, entsprechende geistige Reife vorausgesetzt, aus eigenem Entschluss einwilligen konnte und eine Genehmigung der Eltern nicht erforderlich war. Dass man fremde, nackte und am Strand spielende Kleinkinder und Kinder gar nicht fotografieren und sich auch erst gar nicht um eine Einwilligung der Eltern bemühen sollte, bedarf aus nachvollziehbaren Gründen sicherlich keiner vertiefenden Betrachtung.

Mit Vollendung des 16. Lebensjahres kann die minderjährige Person in der Regel selbst entscheiden, ob sie die Einwilligung erteilt, fotografiert zu werden, wie sich aus Art. 8 Abs. 1 DSGVO ergibt.

In Art. 8 Abs. 2 DSGVO ist ferner geregelt, dass die Mitgliedstaaten eine niedrigere Altersgrenze vorsehen und damit an ihre jeweiligen Jugendschutzvorschriften anpassen können, die jedoch nicht unter dem vollendeten 13. Lebensjahr liegen darf. Die Bundesrepublik Deutschland

hat hiervon keinen Gebrauch gemacht, anders jedoch die Bundesrepublik Österreich, die die Altersgrenze auf die Vollendung des 14. Lebensjahres festgesetzt hat (§ 4 Abs. 4 DSG).

Allerdings ist es – wie eingangs dieses Kapitels bereits erwähnt – falsch und stimmt mit der DSGVO nicht überein, dass grundsätzlich und ausnahmslos bei Fotos von Kindern, die das 16. Lebensjahr nicht vollendet haben, eine Einwilligung der Eltern erforderlich ist.

Dass dies so nicht richtig ist, ergibt sich aus Art. 6 Abs. 1 Ziffer f DSGVO, wonach – wie oben im Rahmen der Interessenabwägung bereits dargestellt – zu prüfen ist, ob Interessen oder Grundrechte der betroffenen Personen, die den Schutz personenbezogener Daten erfordern, überwiegen, insbesondere dann, wenn es sich bei der betroffenen Person um ein Kind handelt. Daraus ist zu schließen, dass auch im Rahmen der Interessenabwägung gemäß Art. 6 Abs. 1 Ziffer f DSGVO geprüft werden kann, ob die Herstellung von Fotografien von Kindern, die das 16. Lebensjahr noch nicht erreicht haben, zulässig ist oder nicht. Allerdings wird man hier deutlich strengere Anforderungen bezüglich der Interessenbeurteilung der Kinder stellen müssen. Aus meiner Sicht bezieht sich Art. 8 auf Fotografien, die gezielt und ausschließlich Kinder unter 16 Jahren zum Inhalt haben. Wenn es dagegen beispielsweise, um bei dem Beispiel der Hochzeit zu bleiben, um Kinder geht, die bei einer Hochzeitsfeier anwesend sind, dürfte aus meiner Sicht Art. 6 Abs. 1 Ziffer f DSGVO anzuwenden sein. Hätte die DSGVO – wie viele in Internetbeiträgen ausführen – das Fotografieren von Kindern grundsätzlich von der Einwilligung der Erziehungsberechtigten abhängig machen wollen, würde der Hinweis in Art. 6 Absatz 1 Ziffer f DSGVO keinerlei Sinn ergeben.

Vor diesem Hintergrund sehe ich auch die Anfertigung einer Erinnerungsmappe für die Kinder der Kita überhaupt nicht problematisch im Sinne der DSGVO an, bestenfalls hätte man auch die Einwilligung der Eltern einholen können, die ganz sicherlich in einem solchen Fall erteilt worden wäre, zumal die Fotos nur einem begrenzten Personenkreis zugänglich gemacht wurden.

Eine weitere Frage im Zusammenhang mit der Einwilligung betroffener Personen stellt sich dahingehend, ob eine vor Inkrafttreten der DSGVO erteilte Einwilligung weiterhin Bestand hat. Dies ist nach allgemeiner Auffassung der Fall. Die vor dem 25.05.2018 erteilten Einwilligungen gelten fort und müssen nicht neu eingeholt werden, es sei denn, der Fotograf möchte die Bilder nun zu einem anderen Zweck verwenden als der seinerzeitigen Einwilligung zugrunde lag.

»Alte« Einwilligungen gelten weiter