



Der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit

Vermerk:

Rechtliche Bewertung von Fotografien einer unüberschaubaren Anzahl von Menschen nach der DSGVO außerhalb des Journalismus

I. Frage und Problemstellung

Wie sind Bildaufnahmen, die nicht im journalistischen Umfeld oder zur Ausübung ausschließlich persönlicher oder familiärer Tätigkeiten von einer großen Anzahl von Personen, insbesondere im öffentlichen Raum angefertigt werden ab Inkrafttreten der DSGVO zu bewerten?

Die Problematik stellt sich dabei wie folgt dar: Auf der einen Seite liegen bei Bildaufnahmen nahezu immer personenbeziehbare Daten vor, die dem Verbot mit Erlaubnisvorbehalt der DSGVO unterfallen. Auf der anderen Seite ist es nicht möglich, bei Aufnahmen, auf denen viele Personen zu sehen sind, diese tatsächlich zu identifizieren oder diese zu kontaktieren. Daher ist die Einholung einer Einwilligung oder die Information der Abgelichteten über Ihre Rechte für die Fotografen nahezu unmöglich.

Besteht also entweder ein Einwilligungserfordernis oder eine Informationspflicht aller Abgebildeten, so wären etwa Bildaufnahmen von Wahrzeichen, Sehenswürdigkeiten, oder Sportereignissen, bei denen meist viele Menschen zu sehen sind, nach der DSGVO nicht mehr rechtskonform möglich. Zu untersuchen ist daher, ob Aufnahmen nach der DSGVO gerechtfertigt werden können (II.) und ob eine Informationspflicht gegenüber den Abgebildeten (III.) besteht.



Der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit

II. Rechtmäßigkeit der Aufnahmen

Einleitend ist festzuhalten, dass Aufnahmen, die zu rein privaten Zwecken gemacht werden, nicht dem Anwendungsbereich der DSGVO unterfallen, wie sich aus Art. 2 Abs. 1 lit. c DSGVO ergibt. Problematisch sind vielmehr solche Aufnahmen, die zu kommerziellen oder künstlerischen Zwecken gefertigt werden und nicht Art. 2 Abs. 1 lit. c DSGVO unterfallen.

In der heutigen Zeit wird man angesichts der weit überwiegend digitalen Fotografie von einer automatisierten Datenverarbeitung und damit von der Anwendbarkeit der DSGVO auszugehen haben.

Nach Art. 6 Abs. 1 DSGVO ist eine Verarbeitung personenbezogener Daten rechtfertigungsbedürftig. Personenbezogene Daten liegen dabei gemäß Art. 4 Ziff. 1 DSGVO vor, wenn sie sich auf „eine identifizierbare natürliche Person beziehen“. Identifizierbar ist eine Person, wenn diese „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 identifiziert werden kann, die Ausdruck der physischen, physiologischen, genetischen, psychischen, wirtschaftlichen, kulturellen oder sozialen Identität dieser natürlichen Person sind“.

Fotografien von Betroffenen, die heute fast ausschließlich mit Digitalkameras aufgenommen werden, stellen grundsätzlich personenbezogene Daten dar. Es handelt sich um physische und physiologische Merkmale, die auch sofort, mit den entsprechenden Metadaten, digital gespeichert werden. Die Metadaten umfassen dabei zumindest Ort und Zeit des Bildes. Auch wird häufig der Standort gespeichert. In jedem Fall lässt sich der Standort anhand der Aufnahme ermitteln. Weiterhin lassen sich Gesichter mit entsprechenden Datenbanken abgleichen und sich so weitere Daten ermitteln, wie z.B. die Namen der Betroffenen. An der prinzipiellen Identifizierbarkeit ändert auch der Umstand nichts, dass der einzelne Fotograf



Der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit

in den meisten Fällen keine Zuordnung einzelner Gesichter zu anderen Daten dieser Personen herstellt oder überhaupt selbst herstellen kann. Auf die individuellen Möglichkeiten des einzelnen Fotografen ist bei abstrakter Betrachtung, ob es sich um personenbezogene Daten handelt, nicht abzustellen.¹ Es reicht aus, dass eine Personenbeziehbarkeit der Daten prinzipiell möglich ist, was angesichts der hohen Auflösung von Digitalbildern in Bezug auf Bildaufnahmen und der Verfügbarkeit von Gesichtserkennungssoftware angenommen werden muss.² Auch wenn man auf die individuellen Fähigkeiten des einzelnen Fotografen abstellen würde, also einen relativen Begriff der personenbezogenen Daten vertritt, wird man wohl zugestehen müssen, dass die körperlichen Merkmale einer Person, insbesondere deren individuelle Gesichtszüge, wenn sie ausreichend erkennbar sind, immer geeignet sind eine Person eindeutig zu identifizieren. Es handelt sich daher bei ausreichend aufgelösten Bildaufnahmen, die eine Person gut erkennbar zeigen, immer um personenbezogene Daten.

Bildaufnahmen sind daher zunächst nach Art. 6 Abs. 1 DSGVO verboten, wenn sie nicht auf eine Einwilligung oder auf eine andere Rechtfertigung gestützt werden können.

Bei Bildaufnahmen von Menschenmengen können in der Regel keine Einwilligungen eingeholt werden und diese daher auch nicht auf den Rechtfertigungsgrund des Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO gestützt werden. Dies wäre bei Bildaufnahmen von Wahrzeichen, Sehenswürdigkeiten sowie Sportereignissen für einen einzelnen Fotografen auch gar nicht durchführbar. Demnach bedarf es für die Datenerhebung einer anderen Rechtfertigung.

Eine solche Rechtfertigung kann hier nicht dem KUG entnommen werden. Unabhängig von der Frage der Anwendbarkeit des KUG neben der DSGVO³ enthält das KUG schon keine

¹ a.A. Gola in: Gola, DS-GVO, § 2 Rn. 10.

² EuGH, Urt. vom 19.10.2016 – Rs. C-582/14 stellt insoweit auf die abstrakte Möglichkeit ab, dass der Verantwortliche sich der verfügbaren Identifizierungsmöglichkeiten bedienen kann. Vgl. auch Ziebarth in: Sydow, DS-GVO, Art. 4 Rn. 37.

³ Vor dem Inkrafttreten der DSGVO war das KUG als *lex specialis* zum BDSG anzusehen, § 1 Abs. 3 Satz 1 BDSG. § 1 Abs. 2 Satz 1 BDSG-neu kommt aufgrund des Anwendungsvorranges der DSGVO keine vergleichbarer Regelungsgehalt zu.



Der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit

Rechtsgrundlage für die Datenerhebung, sondern lediglich für die Veröffentlichung der Bilder.⁴ Die Zulässigkeit der Ablichtung als Vorstadium der Veröffentlichung wurde nach der bisherigen Rechtslage an Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG gemessen bzw. in diesem Rahmen eine Interessenabwägung vorgenommen.⁵ Da nunmehr eine spezielle Regelung für diese Abwägung in Form des Art. 6 DSGVO besteht, die zudem als europarechtliche Verordnung grundsätzlich auch gegenüber dem deutschen Verfassungsrecht Anwendungsvorrang genießt, ist die Rechtmäßigkeit der Ablichtung ausschließlich hiernach zu beurteilen.

Eine Rechtfertigung aufgrund eines einfachen Gesetzes wäre nach Art. 85 Abs. 2 DSGVO grundsätzlich möglich. Nach Art. 85 Abs. 2 DSGVO können die Mitgliedsstaaten für Verarbeitungen zu künstlerischen Zwecken Abweichungen oder Ausnahmen von Kapitel II, also auch von Art. 6 DSGVO, vorsehen. Ein solches Gesetz wäre auch wünschenswert. Eine einfachgesetzliche Regelung, die den künstlerischen Bereich regelt und dabei Anwendungsfälle wie den hier in Frage stehenden, grundsätzlich erlaubt, ohne dass die Rechtmäßigkeit erst durch eine Abwägung ermittelt werden muss, wäre dem Stellenwert der künstlerischen Betätigung in Deutschland angemessener. Dass der europäische Ordnungsgeber eine solche Ausgestaltung durch die Mitgliedsstaaten bei der Schaffung des Art. 85 DSGVO im Blick hatte, zeigt Erwägungsgrund 153 der diesbezüglich folgenden Auftrag für die Mitgliedstaaten formuliert: „für die Verarbeitung personenbezogener Daten ausschließlich zu [...] künstlerischen [...] Zwecken sollten Abweichungen und Ausnahmen von bestimmten Vorschriften dieser Verordnung gelten. [...] Dies insbesondere für die Verarbeitung personenbezogener Daten im audiovisuellen Bereich.“ Eine solche Regelung auf Grundlage des Art. 85 Abs. 2 DSGVO hat der deutsche Gesetzgeber allerdings bislang nicht erlassen.

⁴ Vgl §§ 22, 23 KUG.

⁵ Götting in: Schricker/Löwenheim, Urheberrecht, § 22 KUG Rn. 35.



Der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit

Die Aufnahmen der oben genannten Motive können, solange eine Regelung auf Grundlage der Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 2 DSGVO nicht vorliegt, im Regelfall wohl nach Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO gerechtfertigt werden. Es besteht ein berechtigtes Interesse der Fotografen daran, ihre Betätigung, die im Regelfall dem Kunstbegriff unterfällt, auszuüben. Die Kunstfreiheit wird durch Art. 13 GRCh geschützt. Nach Art. 52 Abs. 4 GRCh werden Grundrechte, die „sich aus den gemeinsamen Verfassungsüberlieferungen der Mitgliedstaaten ergeben, im Einklang mit diesen Überlieferungen ausgelegt“. Daher kann auch an dieser Stelle die ausdifferenzierte Rechtsprechung zum Recht am eigenen Bild, die als mitgliedstaatliche Verfassungstradition angesehen werden kann, mit einbezogen werden. In dieser wird die künstlerische Betätigung zumeist dem Recht am eigenen Bild in den hier geschilderten Fällen übergeordnet.⁶

Dem so festgestellten Interesse an der Freiheit der künstlerischen Betätigung werden im Regelfall keine schutzwürdigen Interessen der Betroffenen entgegenstehen, insbesondere da diese nur in ihrer Sozialsphäre betroffen sind. In Einzelfällen können sich schutzwürdige Interessen ergeben, die eine Einzelfallabwägung notwendig machen. Der BGH nimmt eine solche Abwägung anhand des Art. 5 Abs. 1 GG vor - bezogen auf die Rechtslage vor der DSGVO im Rahmen des § 29 Abs. 1 Nr. 1 BDSG. Demnach ist die Datenerhebung zulässig, wenn „[...]kein Grund zu der Annahme besteht, dass der Betroffene ein schutzwürdiges Interesse an dem Ausschluss der Erhebung, Speicherung oder Veränderung hat[...]“. ⁷ Die Interessenabwägung zwischen dem berechtigten Interesse des Verantwortlichen und den schutzwürdigen Interessen des Betroffenen ist insoweit vergleichbar mit der Abwägung bei Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO.⁸ Insbesondere bei der Ablichtung von Kindern ist Art. 6 Abs. Absatz 1 lit. f a.E. zu beachten.⁹

III. Informationspflichten gegenüber den Betroffenen

⁶ Entsprechend der gesetzgeberischen Wertung des § 23 Abs. 1 (insb. Ziff. 2) KUG.

⁷ BGH Urteil vom 23. September 2014 - VI ZR 358/13.

⁸ BeckOK Datenschutzrecht/Alber Art. 6 DSGVO Rn. 48 sieht die Rechtsprechung zu § 28 ff. BDSG als Auslegungshilfe zu Art. 6 lit. f DSGVO an.

⁹ BeckOK Datenschutzrecht/Alber Art. 6 DSGVO Rn. 51



Der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit

Unabhängig von der Frage der Rechtmäßigkeit der Erhebung der Daten stellt sich weiterhin die Frage, ob und in welchem Maße die abgebildeten Personen entweder nach Art. 13 oder nach 14 DSGVO zu informieren sind. Die Informationspflichten nach der DSGVO sind dabei umfassend und grundsätzlich jedem Betroffenen zu erteilen. Eine Ausnahme von den Informationspflichten insgesamt enthält Art. 11 DSGVO. Dessen Voraussetzungen sind daher vorrangig zu prüfen.

Nach Art. 11 Abs. 1 DSGVO ist ein Verantwortlicher nicht verpflichtet, zur bloßen Einhaltung der DSGVO zusätzliche Informationen aufzubewahren, einzuholen oder zu verarbeiten, um die betroffene Person zu identifizieren, falls für die Zwecke, für die dieser die personenbezogene Daten verarbeitet, die Identifizierung der betroffenen Person durch den Verantwortlichen nicht oder nicht mehr erforderlich ist. Dies ist nach dem oben bereits Gesagten zumeist der Fall. Der einzelne Fotograf hat im Regelfall weder ein Interesse daran, noch die Möglichkeit, die auf dem Bild abgebildeten Personen ohne erheblichen Aufwand zu identifizieren. Eine solche Identifizierung würde dann alleine aus dem Grund erfolgen, um die Vorgaben der Art. 13, 14 DSGVO zu erfüllen. Dies soll durch die Regelung des Art. 11 DSGVO gerade verhindert werden, da in einem solchen Fall die Information der Betroffenen keine Stärkung Ihrer Rechte, sondern eine Vertiefung des Eingriffs in ihr Persönlichkeitsrecht durch die Identifizierung bedeuten würde.¹⁰

Teilt man die Auffassung nicht, dass Art. 11 Abs. 1 DSGVO in diesen Fällen einschlägig ist, so muss die Frage beantwortet werden, ob eine Pflicht zur Information nach Art. 13 oder 14 DSGVO besteht. Bei einer Anwendung des Art. 13 DSGVO wären für die vorliegende Konstellation keine Ausnahmen von der Informationspflicht vorgesehen. Dies würde bedeuten, dass ein Fotograf alle auf einem entsprechenden Bild erkennbaren Personen gemäß Art. 13 DSGVO zu informieren hätte. Lediglich bei Anwendung des Art. 14 DSGVO

¹⁰ So auch Klein, Personenbilder im Spannungsfeld zwischen DSGVO und KUG, S. 243.



Der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit

besteht mit Art. 14 Abs. 5 DSGVO ein Ausnahmetatbestand, der eine Einzelfallbetrachtung ermöglicht.

Zunächst ist daher abzugrenzen, ob die Datenerhebung **bei** der betroffenen Person erfolgt. In diesem Fall richtet sich die Informationspflicht nach Art. 13 DSGVO. Anderenfalls nach Art. 14 DSGVO.

Entscheidend ist daher, wie der Passus „**bei** der betroffenen Person“ auszulegen ist. Es wird vertreten, dass eine Erhebung beim Betroffenen dann anzunehmen ist, wenn die Person direkt als Quelle der Datenerhebung dient.¹¹ Eine Erhebung nicht bei der betroffenen Person liegt nach dieser Auffassung dann vor, wenn die Daten aus einer dritten Quelle stammen. Hierbei wird für eine Datenerhebung bei der betroffenen Person teilweise als ausreichend angesehen, dass es dem Verantwortlichen zum Zeitpunkt der Datenerhebung prinzipiell möglich ist, den Betroffenen zu kontaktieren und ihm die Informationen zur Verfügung zu stellen.¹² Bei den hier in Frage stehenden Konstellationen würde man zumeist zu dem Ergebnis kommen müssen, dass die Personen für den Fotografen grundsätzlich kontaktierbar sind, da sie in Reichweite seiner Kamera sind. Zu berücksichtigen ist dabei jedoch auch, dass die Reichweite der Kamera in etlichen Fällen die Reichweite des Fotografen selbst zwecks Kontaktaufnahme übersteigt.

Andererseits wird zur Abgrenzung darauf abgestellt, ob der Betroffene die Datenerhebung zur Kenntnis nimmt oder nehmen kann und daher auf den Vorgang der Datenerhebung Einfluss nehmen kann.¹³ Dafür spricht, dass das Fotografieren, das eine größere Anzahl an Subjekten erfasst, mit der heimlichen Erhebung von Daten vergleichbar ist. Insbesondere mit Fällen der heimlichen Videoüberwachung. Art. 14 Abs. 5 lit. d DSGVO zeigt, dass die DSGVO davon ausgeht, dass Art. 14 DSGVO in Fällen der heimlichen Datenerhebung Anwendung findet.¹⁴ Ansonsten wäre diese nie zulässig. Dass dies nicht gewollt ist, zeigt schon die Existenz des Art. 14 Abs. 5 lit. d DSGVO. Auch bezüglich der heimlichen Videoüberwachung

¹¹ Bäcker, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, Art. 14 Rn. 9.

¹² So Bäcker, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, Art. 13 Rn. 13.

¹³ Franck in: Gola, DS-GVO, Art. 13 Rn. 4; i.E. Schmidt-Wudy in: BeckOK DatenschutzR/ DS-GVO, Art. 14 Rn. 31 sowie Albert Ingold in: Sydow, DS-GVO, Art. 13 Rn. 8.

¹⁴ Kühling/Martini et al., Die DSGVO und das nationale Recht, 2016, S. 406.



Der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit

wird überwiegend eine Erhebung nicht bei dem Betroffenen angenommen.¹⁵ In den hier diskutierten Anwendungsfällen haben die Fotografierten ebenfalls in der Regel keinen Einfluss darauf, ob sie abgelichtet werden und nehmen davon regelmäßig auch keine Kenntnis. Hierin besteht auch gerade die Vergleichbarkeit mit der verdeckten Videoüberwachung.

Die Auffassung der Anwendbarkeit des Art. 14 DSGVO erscheint daher vorzugswürdig. Denn wird allein auf die Erreichbarkeit des Betroffenen für den Verantwortlichen abgestellt, so ergeben sich im Einzelfall auch erhebliche Abgrenzungsschwierigkeiten.¹⁶

Es ist daher überzeugender, das Fotografieren von großen Menschenmengen oder Menschen als Beiwerk von Sehenswürdigkeiten nach Art. 14 DSGVO zu beurteilen.

Gemäß Art. 14 Abs. 5 lit. b Var. 1 und 2 DSGVO besteht eine Informationspflicht nicht, wenn die Erteilung der Informationen unmöglich ist oder einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde. Die Unterscheidung der beiden Ausnahmetatbestände fällt in diesem Fall nicht leicht, da die Personen für den Fotografen zwar zum Zeitpunkt der Aufnahme potenziell erreichbar sein können, allerdings nur für einen kurzen Zeitpunkt und bei einer großen Anzahl von Menschen realistischer Weise auch nicht bezüglich aller Betroffenen. Weiterhin ist es dem einzelnen Fotografen im Regelfall auch nicht möglich, die Personen später zu identifizieren, da er nicht über die entsprechenden Mittel und insbesondere die Datenbanken hierzu verfügt. Die Personenbeziehbarkeit besteht also nur abstrakt – was i.R.d. Art. 4 Ziff. 1 DSGVO ausreicht¹⁷ – konkret wird die Nutzung dieser abstrakten Möglichkeit allerdings im Regelfall ausscheiden. Es ist insoweit ein anderer Maßstab anzulegen, als bei der Frage, ob es sich bei den Bildern generell um personenbezogene Daten handelt. Dies ergibt sich daraus, dass es sich bei Art. 14 Abs. 5 lit. b um eine Einzelfallabwägung handelt, bei der auf die individuellen Gegebenheiten Bezug genommen werden kann. Da die

¹⁵ BeckOK Datenschutzrecht/ Schmidt-Wudy, Art. 14 DSGVO Rn. 31.2.

¹⁶ Ist eine Person auf der gegenüberliegenden Tribüne in einem Fußballstadion für den Fotografen erreichbar? Wäre dies anders zu beurteilen, wenn die Person auf der Nachbartribüne oder im gleichen Block sitzt?

¹⁷ Siehe Seiten 2 und 3.



Der Hamburgische Beauftragte für Datenschutz und Informationsfreiheit

Personenbeziehbarkeit für den einzelnen Fotografen im Regelfall nicht möglich ist, ist auch die Information der Betroffenen im Regelfall als unmöglich anzusehen.

Ist es dem Fotografen im Einzelfall dennoch möglich, einzelne Personen zu identifizieren, so ist der Maßstab, ob eine Information dieser Person einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordern würde. Hierbei ist dann der Aufwand mit dem Informationsinteresse des Betroffenen abzuwägen.¹⁸

IV. Ergebnis

Die derzeitige Rechtslage in Bezug auf Fotografien einer unüberschaubaren Anzahl von Menschen oder von Menschen als Beiwerk anderer Motive ist überwiegend unsicher. Dies beruht insbesondere darauf, dass der deutsche Gesetzgeber bisher keinen ausdrücklichen Gebrauch von der Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 2 DSGVO gemacht hat. Dies wäre aber im Sinne der Rechtssicherheit nötig.

Bis dahin ist es möglich, die Datenerhebung in den meisten Fällen über Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO zu rechtfertigen. Eine Informationspflicht gegenüber den Abgelichteten besteht nicht. Dies ergibt sich aus Art. 11 Abs. 1 DSGVO, hilfsweise aus Art. 14 Abs. 5 lit. b DSGVO.

¹⁸ Bäcker, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, Art. 14 Rn. 55.