

DS law, RA David Seiler, Chausseestr. 19 D-03051 Cottbus

Landeshaus, Düsternbrooker Weg 70, 24105 Kiel
Innen- und Rechtsausschusses des Schleswig-Holsteinischen Landtags



DAVID SEILER
Rechtsanwalt

Chausseestr. 19
03051 Cottbus
T 0355-29023254
F 0355-29023255

Datenschutzrecht
IT-/Internetrecht
Urheberrecht

www.ds-law.eu
www.datenschutz-recht-bank.de
www.datenschutz-recht-medizin.de
www.fotorecht-seiler.eu

per E-Mail: Innenausschuss@landtag.ltsh.de

Seiten: 12

12.09.2018anhörung-dsgvo-kug- ds-law david
seiler-v1.3 mr

Ihr Zeichen: L211

Rechtssicherheit beim Fotografieren in der Öffentlichkeit

Drucksache 19/723

Sehr geehrte Damen und Herren,

ich danke zunächst dafür, dass Sie sich als Innen- und Rechtsausschuss des Landtages mit dem Thema DSGVO, KUG und Fotografie befassen und dass Sie mir die Gelegenheit zu einer Stellungnahme geben. Meine Stellungnahme gebe ich auch im Namen folgender Verbände, unter Federführung des Photoindustrie-Verband e.V. (PIV) ab: bund professioneller portraitfotografen (bpp), Berufsverband Freie Fotografen und Filmgestalter (BFF) e.V., Bundesverband professioneller Bildanbieter e.V. (BVPA), Centralverband Deutscher Berufsfotografen (CV), Freelens e.V. und PIC Verband e.V. (PIC) Nähere Informationen zu den Verbänden können Sie der anliegenden Verbandsvorstellung entnehmen.

Die DSGVO hat gefühlt seit Februar diesen Jahres, etwa seit dem Spiegel-Interview mit dem Berichterstatter der DSGVO im EP, Jan-Phillip Albrecht, mit den Worten „es wird kein Pardon geben“, eine erhebliche mediale Aufmerksamkeit auch unter Fotografen und in der gesamten Fotobranche gefunden, die m.E. hauptsächlich darauf beruhen, dass mit Blick auf die Rechtsgrundlage und hier auf das angebliche Erfordernis der Einwilligung irrig verengt wurde. Dies führt bis zum heutigen Tage zu Auswüchsen wie dem Fotografierverbot bei Einschulungen und dem Schwärzen von Gesichtern bei Gruppenaufnahmen von Kindergartengruppen. Einige Fotografen haben ihre Webseiten geschlossen, andere gar den Beruf aufgeben.

Das Ausmaß der Rechtsunsicherheit spiegelt sich auch in der massiven Flut von

Anfragen bei den Aufsichtsbehörden wieder¹, z.B. in Bayern in 2017 3.520 Beratungsanfragen und in 2018 bis jetzt 11.052 Beratungsanfragen. Nach meiner Beobachtung gibt es drei Bereiche, in denen bundesweit die Aufsichtsbehörden sich durch die Veröffentlichung von FAQs, Praxisratgebern, Leitfäden etc. etwas Erleichterung und den Betroffenen etwas mehr Rechtssicherheit schaffen wollen: Vereine, Ärzte und Fotografen – am besten sogar in der Kombination: Fotografie im Verein, wie zuletzt die LDA Baden-Württemberg². Eine Rechtsunsicherheit zu bestreiten, negiert die Fakten. Die Klärung der Rechtsunsicherheit den Gerichten zu überlassen, wie es der Bundesgesetzgeber anlässlich der Fachkonferenz des Bundesverbandes der Pressesprecher im Frühjahr geäußert hat, klingt in Anbetracht der teils existenzvernichtenden Prozessrisiken für Fotografen geradezu zynisch.

Es besteht also in der Tat Handlungsbedarf auf Seiten des Bundesgesetzgebers bei der Umsetzung des Art. 85 DSGVO.

M.E. wird auch der Blick auf die Rechtsgrundlage, Einwilligungserfordernis ja oder nein, der Breite des praktischen Umsetzungsproblems nicht gerecht. Dies bezieht sich auf die nachfolgenden Punkte.

Rechtsgrundlage, Art. 6 DSGVO

Die DSGVO gilt für analoge und digitale Fotos – für analoge, wenn sie in einem geordneten Archivsystem wieder auffindbar sind, wovon bei Berufsfotografen und Bildagenturen auszugehen ist.

Die DSGVO sieht weniger drakonische Schadensersatzforderungen als vielmehr drakonische Bußgeldandrohungen vor. Jedoch dürfte es für die allermeisten Fotografen in praktischer Hinsicht irrelevant sein, ob ein Bußgeld nach altem Recht bis zu 300.000 Euro drohte oder jetzt bis zu 20 Millionen Euro. Das praktische Problem liegt vielmehr in der Verunsicherung der Fotografen aber auch der Auftraggeber der Fotografen.

Auch bislang galt das BDSG für die Datenverarbeitung im Zusammenhang mit Fotografien und Fotosachverhalte tauchten auch bislang in Tätigkeitsberichten der Datenschutzaufsichtsbehörden auf. Jedoch gab es in § 1 Abs. 3 S. 1 BDSG (alt) einen Anwendungsvorrang für Spezialgesetze, darunter eben auch das KUG von 1907. Dieser Anwendungsvorrang des KUG ist durch den Anwendungsvorrang des höherrangigen EU-Rechts, der DSGVO, entfallen. Daher ist das KUG, welches zwar formal nicht aufgehoben ist, gleichwohl nur noch in den Fällen unmittelbar anwendbar, in denen die DSGVO nicht eingreift, z.B. bei Fotos von Toten, oder bei Fotos im Bereich der Haushaltsaufnahme des Art. 2 Abs. 2c) DSGVO.³

Bildnisse fremder Personen ohne deren Einwilligung in sozialen Netzwerke zu stellen, war auch nach § 22 KUG nicht zulässig, es sei denn, es lag eine der Ausnahmen des § 23 KUG vor. Klar ist, dass die Veröffentlichung in sozialen Netzwerken ohne eine Einschränkung auf

¹ <https://www.augsburger-allgemeine.de/bayern/Datenschutz-Experte-Der-Schutz-der-Datenfaellt-leider-hinten-runter-id52044086.html>

² <https://www.baden-wuerttemberg.datenschutz.de/faq-veroeffentlichung-von-fotos-speziell-fuer-vereine/> - siehe weitere Links: <https://www.fotorecht-seiler.eu/hochzeitsfotografie-unter-der-dsgvo/>

³ Ausführlich Klein, Florian, (Diss) Personenbilder im Spannungsfeld von DSGVO und KUG, 2017

ausschließlich privat-/familiären Bereich nicht unter die Haushaltsausnahme fällt und somit in den Anwendungsbereich der DSGVO, also einer Rechtsgrundlage, Art 6 DSGVO, bedarf. Mangels Einwilligung und Vertrag kommt allenfalls Art. 6 Abs. 1f) DSGVO in Betracht – ein wie auch immer begründetes berechtigtes Interesse unter Abwägung der Erwartungen und Interessen der abgebildeten Personen.

Wenn wir also im Anwendungsbereich der DSGVO sind, dann stellen die Datenschutzaufsichtsbehörden in ihren diesbezüglichen Veröffentlichungen bei Fotografien nicht auf das KUG ab, da dieses einerseits keinen Anwendungsvorrang mehr genießt und andererseits es sich nur zur Veröffentlichung und nicht zur Aufnahme äußert.

Die Rechtsgrundlagen in der DSGVO finden sich in Art. 6 DSGVO. Insbesondere kommt wie im KUG die Einwilligung in Betracht, die aufgrund ihrer freien Widerrufbarkeit (s.u.) – gänzlich anders als im KUG – eher etwas für Datenschutzmantiker denn für Praktiker ist. Niemand, der eine Investition in einen professionellen Fotografen und eine teure Druckpublikation tätigt, wird mit dieser nicht verlässlichen Rechtsgrundlage arbeiten können. Die Rechtsgrundlage Vertrag lässt sich in der Praxis gut handhaben, hilft aber z.B. weder bei der Unternehmensfotografie noch bei der Veranstaltungs- und Hochzeitsfotografie weiter, weil die fotografierten Personen im Regelfall nicht die Vertragspartner sind. Also bleibt die naturgemäß immer mit Rechtsunsicherheiten behaftete Abwägungs-General-Klausel: die berechtigten Interessen. Der ehrenhafte Versuch der Datenschutzaufsichtsbehörden hier dadurch zu helfen, dass bei der Auslegung der berechtigten Interessen die Fallgruppen und die hierzu ergangene Rechtsprechung des § 23 KUG herangezogen wird, führt zwar kurzfristig zu praktikablen Ergebnissen, weist jedoch das dogmatische Problem auf, dass eine EU-weit einheitliche und im Lichte der EU-Grundrechtscharta auszulegende Regelung mit einer primär nationalen und teils über einhundert Jahre alten Rechtsprechung interpretiert wird. Dies wird dem Ziel der EU-einheitlichen Anwendung der DSGVO nicht gerecht. Die Rechtsunsicherheit für Fotografen besteht darin, dass sie sich nie sicher sein können, ob ihr regelmäßig nicht in juristischen Abwägungsfragen geschultes Verständnis zum richtigen Abwägungsergebnis kommt und selbst wenn, ob das von den Aufsichtsbehörden geteilt oder nicht doch von den Betroffenen mit teuren Abmahnungen, gegen die sich der Fotograf erst mal mit einem Anwalt, der auch einen Anspruch auf Honorarvorschuss hat, wehren muss. Zudem klappt dieser Weg über die berechtigten Interessen nur dann, wenn es sich bei Personenfotos nicht um sensible Daten handelt.

Die Argumentationshilfen der Aufsichtsbehörden über berechnete Interessen der Fotografen und deren Auftraggeber helfen den Bildagenturen nicht weiter. Diese stellen u.a. auch Personenfotos samt Metadaten wie Ort und Zeitpunkt sowie Anlass der Aufnahme, ggf. auch der Name und die Funktion der abgebildeten Person, in ihren Bilddatenbank online zur Lizenzierung für potentielle Kunden bereit, womit bereits eine Datenverarbeitung begonnen hat. Hier muss es möglich sein, dass diese sich auf die berechtigten Interessen, die ihre Kunden anführen mögen, zu berufen.

Eine mögliche Interpretation wäre, dass es ein berechtigtes Interesse eines Dritten, der Presse, gibt, mit Bildmaterial zur Berichterstattung über Tagesereignisse oder Veranstaltungen etc. versorgt zu werden, also die Meinungs- und Pressefreiheit ein berechtigtes Interesse zur Datenverarbeitung durch die Bildagentur darstellt. Art. 6 Abs. 1 f) DSGVO könnte im Sinne der Rechtsprechung zu § 23 KUG bzgl. des berechtigten Interesses eines Dritten interpretiert werden. In welche Richtung die Waage bei der Interessenabwägung ausschlägt, lässt sich aber anhand abstrakter, nur potentiell möglicher berechtigter Interessen der Presse nur schwer beurteilen, da

der Bildagentur die konkreten Interessen zum Zeitpunkt der Vermarktung noch nicht bekannt sind⁴. Und es scheint fraglich, ob ein „es könnte sein, dass irgendeiner meiner potentiellen Kunden irgendwann ein berechtigtes Interesse hat“ ausreicht, um bereits ohne konkrete Umsetzung des Art. 85 DSGVO alle Fotos für alle Zwecke und Kundengruppen öffentlich im Internet recherchierbar zu vermarkten. Auch hieraus entsteht eine wirtschaftshindernde Rechtsunsicherheit.

Es ist aber ein berechtigtes Interesse, den Gewerbe einer Bildagentur nachzugehen, die Lizenzkunden mit eigenen berechtigten Interessen, z.B. Berichterstattungsinteresse, behilflich zu sein, diesem berechtigten Interesse zur Geltung zu verhelfen. Wünschenswert wäre auch diese Hilfstätigkeit im Rahmen der Umsetzung des Art. 85 DSGVO z.B. von vorbeugenden Lösungsansprüchen gegen etwaige künftige berechnete Berichterstattung zu schützen. Der datenschutzrechtliche Lösungsanspruch könnte unzulässig in die Pressefreiheit eingreifen, in dem er wie ein unzulässiger vorbeugender Unterlassungsanspruch wirkt.⁵ Ist die Datenverarbeitung aber erforderlich zur Ausübung des Rechts auf freie Meinungsäußerung und Information, ist die weitere Verarbeitung bzw. Speicherung nach Art. 17 Abs. 3a) DSGVO zulässig. Fraglich ist, ob sich privatwirtschaftlich orientierte Unternehmen mit Gewinnerzielungsabsicht auch auf Art. 17 Abs. 3 d) DSGVO berufen können, wonach dem Lösungsanspruch ein im öffentlichen Interesse liegender Archivzweck, wissenschaftliche oder historische Forschungszwecke oder statistische Zwecke entgegen stehen. Der Schutz vor derartigen datenschutzrechtlichen Ansprüchen muss sich auch auf die Bildagenturen beziehen, da andernfalls zumindest mittelbar in die Presse-, Meinungs- und Informationsfreiheit etc., der Lizenzkunden von Bildagenturen gefährdet wäre. Dies zu verhindern fordert Art. 85 DSGVO vom nationalen Gesetzgeber.

Sensible Daten, Art. 9 DSGVO, Fotos von Kindern, Art. 8 DSGVO und Daten über Straftaten, Art. 10 DSGVO

Fotografien von Personen können **besondere Kategorien von personenbezogenen Daten**, Art. 9 DSGVO, enthalten, die datenschutzrechtlich besonderen Schutz genießen. Ein Personenfoto lässt offensichtlich regelmäßig die rassische und ethnische Herkunft erkennen. Aber auch die anderen Merkmale besonderer Kategorien personenbezogener Daten können problemlos auf Fotos erkennbar sein. So etwa die politischen Meinungen von Personen am Rednerpult einer Partei, die religiöse Überzeugung an der Berufskleidung von Priester, Imam oder Rabbiner, die Gewerkschaftszugehörigkeit bei Fotos von Streiks und Demonstrationen, die Gesundheit z.B. bei Fotos vom Behindertensport oder Informationen über die sexuelle Orientierung bei Fotos vom Christopher Street Day oder Pornoaufnahmen. Erwägungsgrund 51 der DSGVO relativiert

“Die Verarbeitung von Lichtbildern sollte nicht grundsätzlich als Verarbeitung besonderer Kategorien von personenbezogenen Daten angesehen werden – soweit halbwegs verständlich –, da Lichtbilder nur dann von der Definition “biometrischer Daten” erfasst werden – (Personen-)Fotos sind nicht automatisch biometrische Daten – aber können

⁴ Das war zu den Zeiten anders, als die Kunden noch nicht selbst in den Datenbanken der Bildagenturen recherchieren konnten, sondern erst der Agentur unter konkreter Zweckangabe einen Rechercheauftrag erteilt haben. Es bleibt abzuwarten, ob die DSGVO in diese Richtung zurück zwingt.

⁵ In den Urteilen des BGH vom 13.11.2007, Az.: VI ZR 265/06 und VI ZR 269/06, hat der BGH entschieden, dass Prominenten kein Anspruch auf einen vorbeugenden Unterlassungsanspruch gegen zukünftige Bildveröffentlichungen zusteht (Franziska van Almsick).

ansonsten schon besondere Kategorien personenbezogener Daten darstellen? – **wenn sie mit speziellen technischen Mitteln verarbeitet werden, die die eindeutige Identifizierung oder Authentifizierung einer natürliche Person ermöglichen.“**

Da auf jedem Personenfoto aber die rassische / ethnische Herkunft zu erkennen ist, läge dann doch immer eine besondere Kategorie personenbezogener Daten vor mit der Folge, dass nach Art. 9 Abs. 1 DSGVO die Verarbeitung erst mal untersagt ist, außer es greift eine der Regelungen des Art. 9 Abs. 2 DSGVO. Damit wären dann die Rechtsgrundlagen des Art. 6 DSGVO gesperrt und damit auch die Abwägung im Rahmen der berechtigten Interessen. Ein gerade zu absurdes Ergebnis. In Art. 9 Abs. 4 DSGVO ist geregelt, dass die Mitgliedsstaaten gesonderte Regelungen für genetische, biometrische oder Gesundheitsdaten treffen können, was auch in § 22 BDSG n.F. erfolgt ist. Dies betrifft aber nicht die anderen besonderen Kategorien personenbezogener Daten, die für Fotografen wichtig wären. Da dem nationalen Gesetzgeber hier die Hände gebunden sind (außer über Art. 85 DSGVO) bleibt es an dem europäischen Datenschutzausschuss oder der Rechtsprechung hier Klarheit zu schaffen.

Es fehlt also an einer klaren Regelung, wenn Personenfotos als sensible Daten eingeordnet werden und wann nicht. Die Aufsichtsbehörden haben dieses Thema bislang soweit ersichtlich übergangen. Sinnvoll erscheint eine am historischen Schutzzweck orientierte einschränkende Auslegung besonders sensibler Daten: nur wenn die Fotos mit sensiblen Daten mit dem Zweck der Diskriminierung aufgenommen oder eingesetzt werden sollen, greift Art. 9 DSGVO und die Möglichkeit, sich auf berechnete Interessen zu berufen, entfällt.⁶ Der Meinungsstreit zeigt aber die Rechtsunsicherheit in dem Bereich und damit den Regelungsbedarf. Hier könnte z.B. im Rahmen der Umsetzung des Art. 85 DSGVO klargestellt werden, dass Art. 9 DSGVO dann auf Personenfotografien nicht anwendbar ist, wenn diese nicht diskriminierend, sondern im Rahmen der Meinungs-, Informations- und Kunstfreiheit oder zu journalistischen, wissenschaftlichen, oder literarischen Zwecken verarbeitet werden.

Zudem genießen **Fotos von Kindern** besonderen Schutz, Art. 8 DSGVO (siehe zu Einwilligung in [Fotoveröffentlichung auf KITA-Webseiten](#)). Schließlich unterliegt die Verarbeitung von **Daten über Straftaten und strafrechtliche Verurteilungen**, die z.B. im Zusammenhang mit Fotos aus dem Gerichtssaal verarbeitet werden können, besonderen datenschutzrechtlichen Einschränkungen, Art. 10 DSGVO.

Widerruflichkeit der Einwilligung, Art. 7 Abs. 3 DSGVO – z.B. Mitarbeiterfotos (BAG, Urteil)

In einem Urteil des [Bundesarbeitsgerichts](#) (BAG) vom 11. Dezember 2014 zum Aktenzeichen [8 AZR 1010/13](#) wurde das Thema konkrete Einwilligung in Videoaufnahmen im Arbeitsverhältnis und Widerrufbarkeit behandelt. Die Einwilligungen können grundsätzlich unwiderruflich ausgestaltet werden, was nicht nur im Arbeitsverhältnis, sondern generell für § 22 KUG anerkannt ist. Der Anwendungsvorrang des Art. 7 Abs. 3 S. 1 DSGVO bewirkt jedoch die jederzeitige freie Widerrufbarkeit, was zu erheblichen finanziellen Folgen für jeden führen kann, der sich auf die Einwilligung der fotografierten Person verlässt und kostenintensive, nicht leicht reversible

⁶ Vgl. Härting, Von Brillenträgern, Pegida-Demonstranten und CSD-Teilnehmern, Wann sind Daten „besonders geschützt“?, CR-Online.de Blog vom 06.09.2018, <https://www.cr-online.de/blog/2018/09/06/von-brillentraegern-pegida-demonstranten-und-csd-teilnehmern-wann-sind-daten-besonders-geschuetzt/>

Fotonutzungen vornimmt. Auf die Vertragslösung umzuschwenken fällt in der Praxis auch nicht immer leicht und wirft auch Fragen auf: wie hoch muss die Gegenleistung sein, genügen Fotos oder ein Tankgutschein, wie ist die Gegenleistung, gerade im Arbeitsverhältnis, zu versteuern etc.

Informationspflichten, Art. 13 DSGVO

Eines der größten praktischen Probleme ist die Frage, wann, in welchen Fällen, muss wie informiert werden. Muss die Information in die Einladung zu Veranstaltungen? Aber was ist mit Begleitpersonen, die die Einladung und den Infotext nicht selbst erhalten haben? Genügt ein Verweis auf den Infotext auf einer Webseite? Im Präsenzgeschäft eher nicht, wohl aber im Internet bzw. beim E-Mail-Verkehr? Wie sind Informationspflichten bei Veranstaltungen zu erfüllen? Einerseits nach den bisherigen Verlautbarungen der Aufsichtsbehörden müssen – wo immer möglich – die Informationspflichten erfüllt werden, sei es durch Aushang oder Aufsteller im Eingangsbereich einer Veranstaltung, aber wenn das praktisch nicht geht, z.B. bei Straßenfesten oder öffentlichen Firmenläufen, Konzerten etc. dann muss auch nicht informiert werden. Da helfen die Aufsichtsbehörden mit Argumentationen über Art. 11 DSGVO oder wahlweise über Art. 14 DSGVO. Eine Rechtssicherheit bietet auch das nicht, da die Aufsichtsbehörden nun mal nicht die Richter sind. Das Thema der Erfüllung der Informationspflichten am Telefon – nach dem Wortlaut von Art. 12 und Art. 13 DSGVO nicht ausgenommen, ist nach wie vor ungelöst – es gibt nur Andeutungen für Arztpraxen, dass diese die Info dann im zeitlichen Zusammenhang mit der Datenerhebung bei der telefonischen Terminvereinbarung beim Besuch in der Praxis nachholen können. Das ist zwar praktikabel, lässt sich aber dem Wortlaut der DSGVO nicht entnehmen. Beim Thema der Informationspflichten böte eine Abwägung, von welchen Pflichten der DSGVO eine Ausnahme zur Gewährleistung der in Art. 85 DSGVO genannten anderen Grundrechte vorzusehen ist, eine Chance für mehr Rechtssicherheit

Löschpflicht, Art. 17 DSGVO

Nach Art. 17 DSGVO sind Daten, die zur Erfüllung des festgelegten Zwecks nicht mehr erforderlich sind, sofort zu löschen. Fotos als personenbezogene Daten sind aber mehr als nur Daten im Sinne von Nullen und Einsen, sondern sie stellen einen historischen und kulturgeschichtlichen Wert dar, der sich mit der Löschpflicht nicht verträgt. Es droht ein nicht unerheblicher Teil des visuellen, kulturellen Gedächtnisses verloren zu gehen. Hat z.B. ein Zeitungs Fotograf im Auftrag eines Verlages Fotos von einem Ereignis aufgenommen, die zur Veröffentlichung in der nächsten Ausgabe bestimmt sind, wäre mit der Publikation der Aufnahmen der Zweck der Datenverarbeitung erfüllt und die Fotos zu löschen.

Auftragsverarbeitung, Art. 28 DSGVO

Fotografen werden vielfach im Auftrag ihrer Kunden tätig. Deren Datenschutzbeauftragten bestehen dann mitunter auf dem Abschluss eines Vertrages zur Auftragsverarbeitung, dessen strenge Weisungsgebundenheit dem Wesen einer künstlerischen, kreativen Tätigkeit eines freiberuflich tätigen Fotografen entgegen steht. Auch hier wäre eine Klarstellung im Rahmen der Umsetzung des Art. 85 DSGVO, wonach Art. 28 DSGVO auf Fotoaufträge nicht anwendbar ist, wünschenswert.

Als Abgrenzungskriterien, ob grundsätzlich eine AV-Tätigkeit vorliegt kann man folgende Prüfungskriterien heranziehen:

I. Ein Auftragsverarbeiter (AV) i.S.v. Art. 4 Nr. 8 DSGVO, verarbeitet Daten im Auftrag des Verantwortlichen.

Der AV leistet eine arbeitsteilige Datenverarbeitung nach Weisung und im Auftrag des

Verantwortlichen, kennzeichnend für einen AV sind

- bei Übertragung einer Aufgabe auf eine andere rechtliche Einheit (innerhalb oder außerhalb der Unternehmensgruppe) sind personenbezogene Daten betroffen
- Wesentliches Element der Dienstleistung ist die Datenverarbeitung für Zwecke des Auftraggebers
- keine Entscheidungsbefugnis des Auftragnehmers über die Daten
- kein eigenes Interesse des Auftragnehmers an Daten
- mit der Datenverarbeitung werden keine eigenen Geschäftszwecke verfolgt
- der Auftragnehmer hat ausdrückliches Nutzungsverbot bzgl. der zu verarbeitenden Daten
- beauftragendes Unternehmen legt Zwecke und Mittel der Verarbeitung selbst fest
- datenverarbeitende Stelle hat ausschließlich (technische) Hilfs-/Unterstützungsfunktion
- Datenverarbeitung ist vom Auftraggeber nach außen hin zu verantworten
- der Auftragnehmer im Zusammenhang mit der Auftragsverarbeitung in keinerlei vertraglichen Beziehungen zu den von der Datenverarbeitung Betroffenen steht

II. Ein Auftragnehmer leistet hingegen keine Auftragsverarbeitung, wenn:

- Auftragnehmer verfügt über eigene Fachkunde, wegen der er beauftragt wird
- Auftragnehmer erbringt einen selbständigen Geschäftsprozess, d.h. eine Aufgabe wird ganz / teilweise an Auftragnehmer abgegeben
- Auftragnehmer erfüllt und verfolgt eigene Geschäftszwecke
- Keine Kontroll- und Steuermöglichkeiten des Auftraggebers gegenüber Auftragnehmer
- Weitergabe personenbezogener Daten nur Mittel zur Erbringung anderer Leistungen
- Datenverarbeitung spielt nur eine untergeordnete Rolle, andere Dienstleistungsschwerpunkte stehen im Vordergrund
- Dienstleistung ist in speziellen Gesetzen geregelt

M.E. treffen alle unter II. genannten Punkte auf einen freiberuflich tätigen Fotografen zu, dementsprechend treffen alle unter I. genannten Punkte auf einen freiberuflichen Fotografen nicht zu.

Denn ein Fotograf ist gegenüber dem Kunden gerade nicht weisungsgebunden hinsichtlich der Datenverarbeitung „Fotografieren, Auswahl der seinem handwerklich, fotografisch, bzw. künstlerischen Anspruch entsprechenden Fotos, Bearbeitung der Fotos nach seinen Vorstellungen, seinem Stil, der Grundlage der Beauftragung war - allenfalls hat er die Vorgaben des Auftraggebers, was wann zu fotografieren ist, zu beachten, welche Art von Fotos sich der Auftraggeber die zu erstellenden Fotos vorstellt, was aber nichts mit der Datenverarbeitung, dem Fotografieren an sich zu tun hat. Die Wahl des konkreten Aufnahmezeitpunktes, den richtigen Moment festzuhalten, die Entscheidung über die Mittel der Datenverarbeitung (Wahl von Kamera, Objektiv, Computer und Bildbearbeitungsprogrammen) obliegt dem Fotografen, der somit selbst „Verantwortlicher“ ist, Art. 4 Nr. 7 DSGVO.

Der Fotograf hat eigene Entscheidungsbefugnisse hinsichtlich der von ihm erstellten Fotos. So kann er etwas missratene Fotos direkt löschen. Ebenso kann er eine Auswahl von Fotos treffen, die er dem Kunden vorstellt. Über Parallel- und Side-Shots kann der Fotograf eigenständig entscheiden. Selbstverständlich verfolgt der Fotograf mit der Datenverarbeitung eigene Geschäftszwecke und hat auch einen eigenen Anspruch bzw. ein Urheberrecht an den von ihm erstellten Daten bzw. Fotos.

Denn kraft der Regelungen des UrhG liegt zunächst einmal das Urheberrecht kraft Schöpfungsakt

beim Fotografen. Im Wege der urheberrechtlichen Verfügungsbefugnis räumt der Fotograf sodann seinen Kunden urheberrechtliche Nutzungsrechte ein, § 31 UrhG. Grundsätzlich verbleiben die Nutzungsrechte soweit als möglich beim Urheber und Nutzungsrechte werden nur soweit nötig dem Lizenznehmer eingeräumt. Das Urheberrecht als Ganzes ist aber nicht im Wege von Lizenzverträgen zu übertragen, sondern nur von Todes wegen. Sofern der Urheber nicht an allen Fotos alle Nutzungsrechte für alle Verwendungszwecke einräumt (total buy out) kann er – natürlich unter Beachtung des Datenschutzes - eigenen Geschäftsinteressen (z.B. dem Interesse an Eigenwerbung anhand dieser Fotos) verfolgen. Der Fotograf hat als Urheber auch ein berechtigtes Interesse daran, im Streitfall seine Urheberschaft an seinem Werk nachweisen zu können, wozu es der Vorlage von Original-RAW-Daten der gesamten Serie bedarf. Dies steht einer absoluten Weisungsbefugnis nach Art. 28 DSGVO entgegen, die auch einen Löschungsanspruch beinhalten könnte, ja regeln muss.

Ein Fotograf wird deshalb beauftragt, weil man seine besondere Fachkunde als Fotograf, seinen Stil, seine Bildsprache, seinen Umgang mit Menschen schätzt und weil er etwas schafft (nämlich Fotos), zu dem sein Kunde gerade nicht in der Lage ist.

Auch beim Anfertigen von Personenaufnahmen steht die Verarbeitung personenbezogener Daten nicht im Vordergrund, sondern das eigenverantwortliche fotografische Schaffen. Diese Datenverarbeitung steht nicht im Vordergrund des Auftrages. Insoweit hat der Kunde auch keine (eigene) Tätigkeit an den Fotografen ausgelagert und der Fotograf arbeitet daher auch nicht als verlängerter Arm des Kunden - was aber wiederum typisch für eine Auftragsverarbeitung wäre.

Die Annahme, der Fotograf werde durch das Anfertigen von Personenaufnahmen zum Auftragsverarbeiter, widerspricht dem Grundgedanken und System des Urheberrechts und droht die urheberrechtliche Position des Fotografen auszuhöhlen:

Denn ein Auftragsverarbeiter darf die Daten ausschließlich auf Weisung des Auftraggebers verarbeiten. AV-Verträge sehen zudem regelmäßig vor, dass der AV zur Herausgabe aller (Foto-)Daten und zur anschließenden Vernichtung / Löschung dieser verpflichtet sein soll. Dementsprechend würde unter der Annahme einer Auftragsverarbeitung der Kunde darüber bestimmen, ob, wann und wie der Fotograf seine Bilddaten verarbeitet.

Ein Fotograf kann in Fall der Herausgabe aller Daten an den Kunden sowie der anschließenden Löschung der Daten auf den eigenen Datenträgern, seine Urheberschaft an den von ihm erstellten Fotos nicht mehr nachweisen somit auch keine Urheberrechtsverletzungen oder Urheberpersönlichkeitsrechtsverletzungen mehr verfolgen.

Die irrige Annahme, der Fotograf sei Auftragsverarbeiter, führte in der Konsequenz dazu, dass die Regelungen der DSGVO das Urheberrecht des Fotografen an seinen an Fotos, die personenbezogene Daten enthalten, versucht auszuhebeln. Das kann nicht Intention des europäischen Gesetzgebers gewesen sein.

Medienprivileg, Art. 85 DSGVO

Das Medienprivileg und die anderen nach Art. 85 DSGVO zu schützenden konkurrierenden Grundrechte erfordern eine konkrete Abwägung der Datenschutzpflichten mit den Interessen, die zur Wahrung der konkurrierenden Grundrechte erforderlich sind, denn die DSGVO darf nur soweit eingeschränkt werden, wie dies zur Wahrung der entsprechenden Rechte erforderlich ist. Diese

Abwägung findet nicht statt, wenn einfach auf das KUG verwiesen wird, ein Gesetz, welches von 1907 stammt, einer Zeit, als es noch kein Datenschutzrecht gab und folglich auch keine nähere Abwägungen und Einschränkungen einzelner DSGVO-Vorschriften vorgenommen werden konnten.

Art. 85 DSGVO fordert in Absatz 1 die Mitgliedsstaaten dazu auf, durch Rechtsvorschriften das Datenschutzrecht mit dem Recht auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit inklusive Datenverarbeitung für journalistische, wissenschaftliche, künstlerische oder literarische Zwecke in Einklang zu bringen.

In Abs. 2 werden die Mitgliedsstaaten aufgefordert, Abweichungen und Ausnahmen von ganz konkreten datenschutzrechtlichen Regelungen in der DSGVO zugunsten der genannten Zwecke vorzusehen, wenn - und damit auch nur insoweit - dies erforderlich ist, um das Datenschutzrecht mit der Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit in Einklang zu bringen. Dieser Aufgabe, abzuwägen ob und inwieweit das Datenschutzrecht einzuschränken ist, um den genannten Freiheitszwecken zur Geltung zu verhelfen, trägt das KUG naturgemäß nicht Rechnung – zu seiner Entstehungszeit 1907 gab es noch kein Datenschutzrecht. Auch die Datenschutzaufsichtsbehörden (DSK) haben in einer EntschlieÙung vom 09.11.2017 auf die Notwendigkeit einer genauen Prüfung der einzelnen Bestimmungen und Ausnahmen darauf hingewiesen:

„Die Konferenz der unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder fordert daher für die Anpassung ...:

- Die gesetzlichen Anpassungen i. S. d. Art. 85 DSGVO müssen konkret und spezifisch – bezogen auf die jeweiligen Normen und Vorgaben der DSGVO – Ausnahmen und Abweichungen regeln und diese begründen.
- Eine faktische Beibehaltung der bisherigen nationalen Rechtslage würde dem nicht gerecht.“

Inzwischen liegt ein [Referentenentwurf für ein zweites Gesetz zur Anpassung des Datenschutzrechts an die DSGVO](#)⁷ vor. Hierzu gibt es eine [Stellungnahme des dt. Anwaltsvereins](#)⁸ vor, der eine konkrete Umsetzung des Art. 85 DSGVO zugunsten der Meinungsfreiheit fordert (ab S. 8).⁹ Die Diskussion dieses Gesetzentwurfes wäre eine gute Gelegenheit, auch eine Umsetzung des Art. 85 DSGVO im Sinne der Fotografie einzufordern.

In Art. 85 Abs. 3 DSGVO werden die Mitgliedsstaaten aufgefordert, der Kommission die Rechtsvorschriften die sie aufgrund von Abs. 2 erlassen haben, mitzuteilen. Das KUG wurde jedoch nicht aufgrund von Art. 85 DSGVO erlassen. Es stammt von 1907. Soweit bekannt, wurde der EU-Kommission auch nicht mitgeteilt, dass das KUG eine Umsetzung des Art. 85 DSGVO darstellen soll. Meines Erachtens wird damit nur versucht, die durch die unterlassene Umsetzung des Art. 85 DSGVO entstandenen Probleme und mit der angeblich fehlenden Gesetzgebungskompetenz

⁷ Referentenentwurf für ein Zweites Gesetz zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 vom 21.06.2018.

⁸ Stellungnahme des DAV vom 18.07.2018, SN 34/18: 2.

<https://anwaltverein.de/de/newsroom/sn-34-18-2-datenschutz-anpassungs-und-umsetzungsgesetz>

⁹ So auch Assion, Simon, <https://www.telemedicus.info/article/3307-Braucht-die-DSGVO-ein-Medienprivileg-auch-fuer-Blogger,-Fotografen-und-Pressesprecher.html>

begründeten Untätigkeit zu kaschieren. M.E. hätte der Bundesgesetzgeber durchaus aufgrund von Art. 85 DSGVO die Kompetenz, im Rahmen des Datenschutzrechtes und damit eben nicht im Rahmen des Presserechtes die datenschutzrechtlichen Normen einzuschränken, die den in Art. 85 DSGVO genannten Zwecken entgegenstehen. Zum Beispiel kollidieren ein Auskunftsrecht gegenüber Journalisten mit dem Quellenschutz und ein Löschungsanspruch mit der Meinungs- und Pressefreiheit.

Auch sollte die Anwendbarkeit der DSGVO bzw. deren Einschränkung auf Straßenfotografie¹⁰, immerhin inzwischen als eigenständige Kunstform anerkannt, berücksichtigt werden.

Rechtszersplitterung durch Regelungen im Landespressegesetz oder in Landesdatenschutzgesetzen

Wenn sich die Umsetzung des Art. 85 DSGVO im Bereich Fotografie in 16 verschiedenen Landespresse- oder Landesdatenschutzgesetzen wiederfindet, trägt das nicht dem Ziel eines einheitlichen europäischen Datenschutzrechtes und auch nur einer halbwegs praktikablen Regelung in Deutschland für bundesweit tätige Fotografen, Bildagenturen oder Verlage auch nur ansatzweise Rechnung.

Insgesamt ist also eine Umsetzung des Art. 85 DSGVO, wie in der Stellungnahme des Anwaltsvereins gefördert, dringend geboten.

David Seiler
Rechtsanwalt

Anlage: Liste der unterstützenden Fotoverbände

¹⁰

<https://www.fotorecht-seiler.eu/strassenfotografie-street-photography-vor-dem-bundesverfassungsgericht/>

Liste der unterstützenden Verbände



Photoindustrie-Verband (PIV)

Der Photoindustrie-Verband (PIV) ist die zentrale Interessenvertretung für Unternehmen, die mit ihren Produkten und Services im Markt für Foto, Video, Imaging und Bildkommunikation tätig sind. Der Verband steht ganzheitlich für das Thema „Bild“ und sieht sich als Impulsgeber für die Weiterentwicklung der gesamten Branche auf nationaler und internationaler Ebene. Mit rund 50 Mitgliedsunternehmen aus unterschiedlichen Branchensegmenten ist der Verband interdisziplinär verankert. Diese Vielfalt spiegelt er mit seiner themengetriebenen Struktur wider und bietet hierfür der Branche Ansprechpartner, Unterstützung und Experten-Netzwerke an. Der Verband hat das Ziel, das gesamte Spektrum und den Nutzen bildorientierter Technologien und Services transparent zu machen und so den Einsatz beim Profi- und Endanwender sowie in Wirtschaft und Gesellschaft zu fördern. Der Verband ist seit 1950 ideeller Träger der Branchenleitmesse photokina in Köln.



bund professioneller portraitfotografen (bpp)

Der bpp ist die mitgliedsstärkste Berufsinitiative professioneller, kommerzieller Portrait- und Peoplefotografen in Deutschland und mit über 500 Mitgliedern eine der größten in Europa. Dabei verfolgt der bpp das Ziel, das Image der professionellen Portraitfotografie zu stärken und die fotografische Qualität seiner Mitglieder zu fördern. Der bpp blickt auf 30 Jahre Netzwerkarbeit, Weiterbildung und berufliche Qualifikation zurück.



BFF Berufsverband Freie Fotografen und Filmgestalter e.V.

Der BFF Berufsverband Freie Fotografen und Filmgestalter e.V. steht seit mehr als 45 Jahren für höchste Qualität in den Bereichen Fotografie und Bildgestaltung in Europa. Dafür bürgen die namhaften Gründungs- und Ehrenmitglieder, darunter international renommierte Fotografen-Legenden wie Prof. F. C. Gundlach, Peter Lindbergh, Sarah Moon oder Oliviero Toscani. Derzeit bestimmen gut 500 aktive BFF-Mitglieder, stilbildende Fotografen aus den Bereichen Werbung und Editorial ebenso wie innovative Filmgestalter und Hochschullehrer für Fotografie und Design die Bildsprache entscheidend mit



Bundesverband professioneller Bildanbieter e.V. (BVPA)

Seit 1970 ist der BVPA die Interessenvertretung für deutsche Pressebildagenturen und Bildarchive. Der Verband, vertritt die Interessen aller Bildanbieter speziell in Deutschland, aber auch in ganz Europa. Er repräsentiert das gesamte Spektrum des Bild- und Filmangebots aus Nachricht, Prominenz, Geschichte, Kunst, Stock und den Spezialgebieten. Zum Verband gehören außerdem auch Unternehmen, die agenturnahe Services anbieten, z.B. technische und juristische Dienstleistungen, wie Rechteverfolgung, Keywording und Vertrieb. Seit Jahrzehnten betreiben der Verband Lobbyarbeit, nicht nur durch die Zusammenarbeit mit Ministerien und öffentlichen Behörden, sondern auch zum Beispiel mit den Fotografenverbänden und den wichtigsten Branchenverbänden. Als Mitglied des europäischen Dachverbandes CEPIC (Center of the Picture Industry) und der IPTC (International Press Telecommunications Council) vertritt der BVPA die Branche auf internationalem Parkett.



Centralverband Deutscher Berufsfotografen (CV)

Der Centralverband Deutscher Berufsfotografen-Bundesinnungsverband wurde 1904 gegründet. Er vertritt die berechtigten Interessen aller selbstständigen Berufsfotografen in fachlicher und politischer Sicht. Außerdem ordnet er regelmäßig die Inhalte der fotografischen Ausbildung, entwirft die Prüfungsanforderungen der Gesellen- und Meisterprüfung.

FREELENS

Freelens e.V.

FREELENS wurde 1995 von 128 Fotojournalisten gegründet, um den fortschreitenden Verschlechterungen der Arbeitsbedingungen von Fotografen entgegenzuwirken. Heute hat der Berufsverband über 2400 Mitglieder und ist damit die größte Organisation für Fotografinnen und Fotografen in Deutschland. FREELENS setzt sich auf menschlicher, politischer und kultureller Ebene für Fotografen ein. Zusätzlich vertritt FREELENS die Interessen seiner Mitglieder in Gremien wie dem Verwaltungsrat der Verwertungsgesellschaft Bild-Kunst, der Stiftung Kulturwerk und der Stiftung Sozialwerk, der Mittelstandsgemeinschaft Fotomarketing (MFM).



PIC Verband e.V. (PIC)

Der PIC-Verband ist mit aktuell fast 100 Mitgliedern aus den Bereichen professioneller Fotografie, fotografischer Industrie und Bildungseinrichtungen eine Kommunikationsplattform für Fotografen, die aktiv ihre Erfahrungen austauschen, Probleme erörtern und gemeinsam Lösungswege für die Herausforderungen des fotografischen Alltags finden.