

Felix M. Michl (Heidelberg)

Wenn es immer und überall "klick" machen kann. Die Allgegenwärtigkeit von Smartphonefotografie als Herausforderung für das Recht¹

The rapid development of tiny cameras in smartphones, which already surpass many conventional cameras in terms of quality, creates challenges for the law. Smartphone cameras can be intentionally used to violate laws (for example, by voyeurs) and also play a continuously more important role in the live broadcast of accidents or similar events. Despite the growing number of potential and actual conflicts resulting from the use of smartphone cameras, only few laws exist in Germany that govern this aspect of modern everyday life. For the most part, conflicts between photographers and the photographed have to be resolved by means of the "KUG" – a legal act dating back to the beginning of the 20th century, which has not substantially been amended since that time. As a result, courts mostly decide on a case-to-case basis, a situation which in part is lacking in consistency and foreseeability. The creation of a modern photography law should therefore be considered.

1 Problemaufriss

Als ich im Sommer 2004 als Grundwehrdienstleister zum Dienst in der Julius-Leber-Kaserne in Berlin einberufen wurde, enthielt das Schreiben den Hinweis, dass Fotoapparate auf dem Kasernengelände zu den "verbotenen Gegenständen" zählten und man sie daher zu Hause lassen müsse. Also wurde der Fotoapparat zunächst wieder ausgepackt. Mein Handy – ein Sony CMD-CM 5 – hatte damals selbstverständlich noch keine Kamera und durfte daher mitkommen. Selbst wenn es eine Kamera gehabt hätte, so wäre es dennoch schwer gewesen, mit ihm heimliche Aufnahmen zu machen – es passte nur mit Mühe und Not in die Hosentasche und beim schnellen Rausziehen verkantete sich in der Regel die abstehende Antenne. Von der allgemeinen 'James-Bondisierung' der fotografischen Mittel durch immer bessere Kameras in immer kleineren Mobiltelefonen war die Welt zwar nur wenige Jahre, aber aus damaliger Sicht dennoch ziemlich weit entfernt.

Zwölf Jahre später berichtet die ARD im Rahmen der Sendung *Weltspiegel* über eine deutsche Fregatte, welche französische Operationen gegen den sogenannten 'Islamischen Staat' vor der Küste Syriens unterstützt. Als die Fregatte sich dem französischen Flugzeugträger "Charles de Gaulle" nähert, zückt praktisch jedes Besatzungsmitglied ein Smartphone, um den Moment im Bild oder Video festzuhalten.

1 Der Beitrag basiert auf einem Vortrag, den der Verfasser am 4. November 2016 in den Reiss-Engelhorn-Museen Mannheim aus Anlass der Tagung "Smart as photography – die Wucht des Wandels" gehalten hat. Der Vortragstext wurde um Literaturhinweise ergänzt. Im Übrigen wurde die Vortragsfassung beibehalten.

Von den alten Sorgen, Kameras im militärischen Bereich könnten ein Sicherheits- bzw. Spionagerisiko darstellen, hat man sich anscheinend ein Stück weit verabschiedet. Offenbar sieht man auch die Vorteile. Zum Beispiel eine höhere Truppenmoral, wenn im Einsatz über Whatsapp oder andere Nachrichtendienste unmittelbarer (ggf. auch fotografischer) Kontakt mit daheim gehalten werden kann. Letztlich ist dies aber auch ein Beispiel für die "normative Kraft des Faktischen".²

Aber nicht nur die sich noch vollziehende Miniaturisierung von Kameras war 2004 für die meisten Zeitgenossen nicht vorhersehbar. Auch die der Allgemeinheit zur Verfügung gestellten Möglichkeiten drahtloser Datenübertragung mit Handys sollten sich in den folgenden Jahren mit damals noch unvorstellbarer Rasanz entwickeln. Zur Illustration sei ein Beispiel aus der jüngeren Zeitgeschichte angeführt: Bevor am 22. Juli 2016 der Bevölkerung und den Behörden klar wird, dass sich in München ein Amoklauf ereignet, sehen bereits Millionen von Menschen wie der Täter eine McDonald's-Filiale in München verlässt und wahllos Passanten niederschießt. Das Video war mit einem Smartphone (zunächst wohl eher zufällig) gefilmt worden und über Twitter in die ganze Welt verbreitet worden – ohne redaktionelle Erklärungen oder anderen Kontext. Später erscheint ein weiteres Video auf Twitter, welches den Täter in einer Art Streitgespräch mit einem Anwohner zeigt. Die vielen, teilweise auch aus anderen Zusammenhängen entrissenen Bildveröffentlichungen in den diversen sozialen Netzwerken (Facebook, Twitter, Periscope) wird der Pressesprecher der Münchener Polizei im Laufe des Abends zum Anlass nehmen, die Bevölkerung dazu aufzurufen, während des noch andauernden Polizeieinsatzes keine Videos oder Bilder von diesen Einsätzen über die sozialen Netzwerke zu teilen. Die Polizei befürchtete angesichts der Dichte und Unmittelbarkeit der Veröffentlichungen sicher nicht zu Unrecht, dass der oder die Täter hierdurch für sie wertvolle Informationen über das polizeiliche Vorgehen erlangen könnten und damit einzelne Beamte, aber auch die gesamte Polizeiaktion gefährdet werden könnte. Die Polizei München und insbesondere ihr Pressesprecher Marcus da Gloria werden in den auf den Amoklauf folgenden Tagen großes mediales Lob für ihre Öffentlichkeitsarbeit bekommen. Eine Arbeit, die allerdings größtenteils deswegen notwendig geworden ist, weil eine ungebremste Foto- und Videoberichter-

2 Die inzwischen weitverbreitete Wendung geht zurück auf den Heidelberger Rechtsgelehrten Georg Jellinek und findet sich in seiner *Allgemeinen Staatslehre* (1905: 330).

stattung, aufgenommen mit Smartphones und in Windeseile über die sozialen Medien verbreitet, zu einer Informationslage der Bevölkerung führte, wie sie so vor einigen Jahren noch völlig undenkbar gewesen wäre. Dies hat gravierende Folgen wie zum Beispiel die Massenpaniken am Stachus und im Hofbräuhaus, welche durch das scheinbar aktuelle, letztlich aber unklare und in Teilen falsche Lagebild aus den sozialen Medien mitausgelöst wurden.³ Zudem finden sich bei einer Google-Bildersuche zu dem Thema noch heute zahlreiche Amateuraufnahmen im Internet, die unter anderem die Toten des Amoklaufs auf der Straße liegend ohne Abdeckungen oder zumindest Verpixelungen zeigen, obwohl dies aus Pietätsgründen geboten wäre.

Vergleichbares trägt sich in letzter Zeit vermehrt bei Unfällen auf deutschen Autobahnen zu. Im schlimmsten Fall filmen und fotografieren auch hier die Umstehenden die Opfer, anstatt ihnen zu helfen. Lästig genug für alle anderen Reisenden sind aber auch schon die in der Gegenrichtung entstehenden Staus und Auffahrunfälle. Diese bilden sich nicht zuletzt auch aufgrund der zahlreichen, extra langsam an der Unfallstelle vorbeifahrenden Fahrzeuge mit Insassen, welche ebenfalls versuchen, das Unfallereignis mit ihren Smartphones zu filmen oder zu fotografieren.⁴

Zu den geradezu klassischen juristischen Problemen gehört der erotisch-voyeuristische Einsatz von Fotoapparaten. Doch auch hier hat die Benutzung von Smartphones Einzug gehalten, wie das folgende und letzte Beispiel illustrieren soll: Warum machen eigentlich die meisten Handys ein Auslösegeräusch, obwohl doch gar keine mechanische Auslösung stattfindet? Es gibt sogar Smartphones (insbesondere solche, die in Japan oder Korea gefertigt werden), bei denen man das Auslösegeräusch gar nicht oder nur mit komplizierten Kunstgriffen unterdrücken kann. Grund hierfür ist eine vor allem aus Japan bekannte Praxis im Wege des "とうさつ" (*tousatsu*) – also dem heimlichen Fotografieren – ein sogenanntes "パンチラ" (*panchira*) herzustellen. Dabei handelt es sich um ein Foto, auf welchem die Unterwäsche der fotografierten Person (in aller Regel einer jungen Frau) zu erkennen ist. Offen muss an dieser Stelle die Frage bleiben, ob es sich beim *panchira* um ein rein japanisches Phänomen handelt. Hiergegen spricht zumindest anekdotisch Jean-

3 Eine lesenswerte Rekonstruktion der Twitter-Nachrichten, welche die Panikreaktion ausgelöst haben könnten, hat die *Süddeutsche Zeitung* im Netz unter: [<http://gfx.sueddeutsche.de/apps/57eba578910a46f716ca829d/www/>, 21.01.2017] zusammengestellt.

4 Für eine tagesaktuelle Veranschaulichung dieser These genügt es, bei Google nach der Phrase "Stau wegen Gaffern" zu suchen.

Honoré Fragonards (1732–1806) Meisterwerk des Rokoko *Die Schaukel*⁵, welches eine schaukelnde, junge Frau in einem Garten in Gegenwart eines Mannes zeigt, der offenbar die Situation nutzt, um einen genauen Blick auf ihren Unterrock zu erlangen. Unabhängig von dieser Frage bleibt die Tatsache, dass *tousatsu* in Japan jedenfalls ein nicht gerade seltenes Phänomen darstellt, welches auch in der Populärkultur (insbesondere in dem Film *Love Exposure* des Regisseurs Sion Sono oder im Manga-Comic) regelmäßig Eingang findet. Auch die *panchira*-Fotografen sind natürlich mittlerweile im Smartphone-Zeitalter angekommen. So meldete die Japan Times am 25. Mai 2014 in einem Artikel,⁶ dass die Polizei der Präfektur Kyoto Zahlen veröffentlicht habe, wonach 57% der gefassten 'Foto-Spanner' ihre Aufnahmen mithilfe von Smartphones aufgenommen hätten. Weitere 20% verwendeten *dumb phones* und nur 13% wurden mit traditionellen Digitalkameras geschnappt. Führt man sich vor Augen, dass von diesen Tätern über 65% zwischen 20 und 39 Jahre alt waren, so offenbart sich ein *generation gap* beziehungsweise ein *digital divide* auch bei den *Upskirt*-Fotografen Japans.

Ein Mittel zur Verhinderung dieser Form der Smartphone-Fotografie soll der laute, elektronische Auslöseton bei in Japan verkauften Handys sein. Dieser ist dort wohl keineswegs gesetzlich vorgeschrieben. Aufgrund einer Selbstverpflichtung der Telefondienstleister hat jedoch in Japan ein Telefon ohne dieses Feature keine Chance auf dem Markt. Sogar Apple entschied sich (und dies war ein Novum) (vgl. Smith 2016), seine in Japan verkauften iPhones entsprechend auszurüsten und damit auf eine regionale Besonderheit einzugehen, allein um sich den Marktzugang zu sichern (vgl. CHIP 2008).

In den USA diskutierte man im Jahre 2009 einen solchen Auslöseton bei Kameras verpflichtend einzuführen, das Gesetz kam jedoch nie zustande (vgl. Gesetzesvorlage H.R.414). In Südkorea handelt es sich tatsächlich um eine gesetzliche Voraussetzung (vgl. Min-ho 2015). In Deutschland wurde eine solche Regelung bislang nicht in größerem Rahmen diskutiert. Bei praktisch allen in Europa verkäuflichen Smartphones kann man den Auslöseton abschalten.

5 Jean-Honoré Fragonard – *Die Schaukel*, Öl auf Leinwand, 1767–1768, 81×64 cm, Wallace Collection, London.

6 [<http://www.japantimes.co.jp/news/2014/05/25/national/mobile-fixated-girls-easy-prey-for-photo-snapping-pervs/#.WIeS7VPhBhF>, 21.01.2017].

2 Das Fotografieren von Personen als zentrale Herausforderung des Rechts

Allein dieser kleine Rundblick hat gezeigt, wie die mit den Smartphones einhergehende, jederzeitige und unauffällige Verfügbarkeit von Kameras, eine besondere Problemlage schafft bzw. bestehende Problemlagen zusätzlich massiv verschärft hat. Als besonders problematisch erweist sich in allen Fällen das Fotografieren von Personen gegen deren Einwilligung oder schlicht heimlich.

Die durch die Smartphonefotografie bedingte, vor allem quantitative Erhöhung des Konfliktpotenzials wird allerdings noch um eine qualitative Dimension erweitert. Während nämlich zum einen immer mehr und immer leichter fotografiert werden kann, führt die mit der Smartphone-Fotografie verbundene '*Share-Kultur*' auch dazu, dass die Ablichtung einer Person gerade kein auf das Verhältnis zwischen dem Abgebildeten und dem Fotografierenden beschränktes Verhältnis bleibt, sondern sich der (oder die) Abgebildete gegebenenfalls einer weltweiten – und möglicherweise unfreiwilligen – Aufmerksamkeit ausgesetzt sieht. Das Recht ist hier durch die neuen Entwicklungen herausgefordert, will es die Rechtspositionen der Abgebildeten schützen.

Im Folgenden soll zunächst dargestellt werden, inwieweit das Recht (aus Sicht des deutschen Rechts) bereits jetzt die Smartphone-Fotografie betrifft und welche gesetzlichen Änderungen geplant sind. Anschließend soll kritisch betrachtet werden, ob das Recht den durch die Smartphone-Fotografie entstandenen juristischen Herausforderungen tatsächlich wirkungsvoll und adäquat begegnet.

3 Das Fotografieren von Personen – die geltende Rechtslage

Werfen wir zunächst einen Blick auf die geltende Rechtslage: Ein mit dem Smartphone aufgenommenes Foto kann verschiedene rechtliche Bereiche berühren. Wie bereits angedeutet, steht im Zentrum der vorliegenden Betrachtungen, dass ein anderer Mensch abgebildet wird. Das Recht spricht insoweit von der Herstellung eines "Bildnisses"; vgl. §§ 22–24 Kunsturhebergesetz (KUG). Welche Rechtsquellen regeln diese Situation und wie hängen sie zusammen?

Ganz grundsätzlich beschäftigen wir uns hier mit einer Frage, welche in der Bundesrepublik Deutschland Verfassungsrang hat. Aus dem Grundrecht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit (Art. 2 Abs. 1 GG) und der Menschenwürdegarantie des Art. 1 Abs. 1 GG schließt das BVerfG schon seit langem, dass jedem Menschen ein allgemeines Persönlichkeitsrecht zuteilwird. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht,

welches nicht ausdrücklich von den Müttern und Vätern des Grundgesetzes erwähnt wurde, ist aus Sicht des Bundesverfassungsgerichts eine notwendige Folgerung aus dem Gesamtgefüge der Grundrechte und dem durch sie hervorgebildeten Menschenbild. Es schützt demnach "den Geltungsanspruch des Menschen in der sozialen Welt, die ihn prägt und die er wiederum auch dadurch prägt, dass er durch sein Handeln von ihr anerkannt werden will" (Di Fabio 2016: Art. 2, Rn. 127). Insoweit knüpft es damit – so kann man es auch sehen – in zeitgemäßer Weise an den althergebrachten Begriff der persönlichen "Ehre" an (vgl. ebd.). Das allgemeine Persönlichkeitsrecht umfasst als Unterfall auch das Recht an der Darstellung der eigenen Person – also insbesondere die Hoheit der Einzelperson, darüber zu entscheiden, wie und wo private Sachverhalte öffentlich gemacht werden.⁷ Zu diesem Recht zählt man als sogenannte "Einzelverbürgungen" wiederum das "Recht auf informationelle Selbstbestimmung" – durch welches insbesondere die Hoheit des einzelnen über seine Daten in einer zunehmend technisch vernetzten Welt geschützt werden sollen – und natürlich das "Recht am eigenen Bild". Das "Recht auf informationelle Selbstbestimmung" sowie das "Recht am eigenen Bild" sind also die verfassungsrechtlichen Determinanten, wenn wir uns fragen, inwieweit Smartphone-Fotografie von Personen zulässig sein kann. Verfassungsrechtlich wird hier nicht nur das Recht als solches, sondern auch ganz konkret der Gesetzgeber herausgefordert, da es seine Aufgabe ist, durch den Erlass geeigneter Gesetze den verfassungsrechtlich gebotenen Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts auch bei sich verändernden Gefährdungslagen sicherzustellen (vgl. Di Fabio 2016: Art. 2, Rn. 61).

Derzeit existieren insbesondere drei Formen, in denen dieser verfassungsrechtliche Auftrag konkretisiert wird: Dies ist zum einen der sogenannte "Bildnisschutz", welcher in den §§ 22–24 KUG geregelt ist. Zum Zweiten ist die Anerkennung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und damit des Rechts am eigenen Bild durch das Zivilrecht als "sonstiges Recht" im Sinne des § 823 Abs. 1 BGB entscheidend, wodurch bei einer Verletzung des Rechts am eigenen Bild Unterlassungs- und Schadensersatzansprüche gewährt werden können. Zuletzt wird Recht am eigenen Bild auch mit der 'Keule' des Strafrechts geschützt. § 201a StGB stellt die (wie es in dessen Überschrift heißt) "Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs

7 Wegweisend hierfür war insbesondere das sogenannte "Lebach"-Urteil des Bundesverfassungsgerichts: BVerfG v. 05.06.1973, 1 BvR 536/72. Abgedruckt zum Beispiel in *NJW* 1973, 1226ff.

durch Bildaufnahmen" unter Strafe. Solche Taten können demnach mit bis zu zwei Jahren Gefängnis bestraft werden.

3.1 Der Bildnisschutz nach dem KUG

Wenden wir uns zunächst dem Kunsturhebergesetz zu. Es ist nicht zu verwechseln mit dem Urheberrechtsgesetz (UrhG), sondern vielmehr dessen Vorläufer, der schon 1907 in Kraft trat. Inzwischen ist es weitgehend durch das Urheberrechtsgesetz abgelöst. Immer noch in Kraft und damit in Deutschland geltendes Recht ist jedoch der Teil des Kunsturhebergesetzes, welcher den Bildnisschutz und damit die Frage, unter welchen Umständen Menschen fotografisch abgebildet werden dürfen, regelt. Die Entstehungsgeschichte dieses Bildnisschutzes ist insoweit interessant, als der oft berichtete Anlassfall letztlich auch belegt, dass die Probleme, die wir heute diskutieren, länger zurückreichen als man annehmen könnte.

Anekdotisch wird die gesetzliche Regelung des Bildnisschutzes im KUG immer wieder auf den *Paparazzi-Scoop* von Willy Wilcke und Max Christian Priester zurückgeführt, welche heimlich und gegen den Willen der Familie von Bismarck unter Bestechung des Hauspersonals eine Fotografie des verstorbenen Reichskanzlers auf dem Totenbett anfertigten, um diese der Presse zum Kauf anzubieten. Der *Scoop* wäre fast gelungen, jedoch setzte die Familie von Bismarck sehr schnell auf dem Gerichtsweg die Beschlagnahme der Fotografien durch, und Wilcke und Priester landeten letztlich wegen Hausfriedensbruchs für eine geraume Zeit im Gefängnis. Auch die Beschlagnahme der Fotos wurde vom Reichsgericht – in Ermangelung anderer Vorschriften – damals auf das verletzte Hausrecht gestützt.⁸

Betrachtet man die zentrale Norm des § 22 KUG, so fällt jedoch auf, dass diese Norm keine Entscheidung über die Zulässigkeit der Anfertigung von Fotografien trifft, sondern lediglich regelt, ob eine bereits angefertigte Fotografie verbreitet, also "veröffentlicht" werden darf. Das KUG hilft also nur insoweit weiter, als dass man davon ausgehen darf, dass Bildnisse, die nach dem KUG rechtmäßig verbreitet werden können, (im Umkehrschluss) wohl auch rechtmäßig aufgenommen werden dürfen. Voraussetzung ist also entweder eine Einwilligung der abgebildeten Person oder das Vorliegen einer der abschließend in § 23 KUG normierten Ausnahmen.

⁸ Für Details zum Fall, Abbildungen und weiterführende Nachweise eignet sich als Ausgangspunkt der entsprechende Wikipedia-Artikel. [https://de.wikipedia.org/wiki/Bismarck_auf_dem_Sterbebett, 21.01.2017].

Zu diesen Ausnahmen zählen insbesondere Fotografien aus dem Bereich der "Zeitgeschichte" (§ 23 Abs. 1 Nr. 1 KUG), also beispielsweise von einem bedeutenden Politiker in Ausübung seines Amtes. Weiterhin ist eine Einwilligung grundsätzlich entbehrlich, wenn Personen nur als "Beiwerk" auf der Fotografie zu erkennen sind (§ 23 Abs. 1 Nr. 2 KUG) oder als Teil einer öffentlichen Versammlung aufgenommen wurden (§ 23 Abs. 1 Nr. 4 KUG), solange es sich um eine Aufnahme dieser Veranstaltung handelt und nicht etwa eine einzelne Person zum Beispiel mit einer Telelinse "herausgepickt" wird. Die letzte Ausnahme in § 23 Abs. 1 Nr. 4 KUG, welche ursprünglich eigentlich nur für Bildnisse gedacht war, welche der Kunstausbildung dienen (zum Beispiel um Zeichenstudien zu ermöglichen), wird heute als genereller Ausnahmetatbestand für künstlerische Fotografie in Stellung gebracht (Fricke 2014: § 23; Engels 2017: § 23). Die Grenzziehung im Einzelfall ist durch diese Ausweitung schwieriger geworden.

Ob ich es aber als Passant dulden muss, zum Beispiel von einer im Bus gegenüberstehenden Person – ohne besondere künstlerische Ambitionen – mit dem Smartphone fotografiert zu werden, darüber schweigt sich das KUG aus.

3.2 Der strafrechtliche Schutz

Der § 201a Strafgesetzbuch (StGB), der im Rahmen einer Gesetzesreform in naher Zukunft erweitert werden soll, konzentriert sich ebenfalls nicht auf alltägliche Situationen. Vielmehr bilden seinen Gegenstand, was den Einsatz der bereits oben erwähnten 'Keule' des Strafrechts überhaupt erst rechtfertigt, besonders schwerwiegende Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht durch Bildaufnahmen. Der in der Paragraphenüberschrift erwähnte "höchstpersönliche Lebensbereich" lässt sich schlagwortartig mit der Trias: "Krankheit, Tod, Sexualität" umschreiben (Kühl 2014: § 201a Rn. 3). Im Gegensatz zum KUG stellt § 201a StGB bereits die Anfertigung der dort beschriebenen, entwürdigenden Bildaufnahmen unter Strafe. Mit Strafe bewehrt ist aber auch die "Übertragung" und "Zugänglichmachung" solcher Aufnahmen durch den Aufnehmenden selbst oder Dritte. Verboten sind nach § 201a StGB Fotografien, welche heimlich an einem "besonders geschützten Ort" aufgenommen werden. Dies betrifft Orte, an dem das Subjekt dieser Aufnahme normalerweise nicht damit rechnen muss, von anderen Personen fotografiert oder gefilmt zu werden (beispielsweise in der eigenen Wohnung), sondern sich auf eine gewisse "Intimität" verlassen können soll. Erfasst werden auch Aufnahmen, welche "die

Hilfslosigkeit" des Opfers "zur Schau stell[en]". Ebenfalls strafbewehrt sind seit 2015 gemäß § 201a Abs. 2 StGB Aufnahmen, die "geeignet sind, dem Ansehen der abgebildeten Person erheblich zu schaden". Auch § 201a StGB enthält in seinem Abs. 4 Ausnahmen für Aufnahmen, welche in Wahrnehmung "überwiegend berechtigter Interessen erfolgen, namentlich der Kunst [...]". Auch hier stellen sich dieselben Fragen wie im Rahmen des KUG: Welche künstlerischen Interessen sind hier "überwiegend" und von welcher Qualität muss das künstlerische Interesse sein, damit die Strafbarkeit entfällt?

Die Geschichte dieses Paragraphen (eingefügt 2004, verschärft und ausgeweitet 2015, jetzt bereits die nächste Verschärfung vorgeschlagen) unterstreicht die besondere Aktualität und strafpolitische Bedeutung seines Regelungsgehalts. § 201a StGB soll zukünftig bereits in seiner Überschrift einen weiten Anwendungsbereich beschreiben: "Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts durch Bildaufnahmen". Der Gesetzesentwurf wird insbesondere damit begründet, dass es immer häufiger zu beobachten sei, "dass bei schweren Unfällen Schaulustige die verunglückten Personen mit ihren mobilen Telefonen fotografieren, statt ihnen zu helfen" (BR-Drucksache 2016: 1).⁹ Materiell besteht neben der Änderung der Überschrift daher auch die einzige Neuerung darin, dass zukünftig auch Aufnahmen, welche eine verstorbene Person "zur Schau stellen", strafwürdig sein werden. Bislang kann die Norm auf das Fotografieren von zum Beispiel bereits verstorbenen Unfallopfern nicht angewendet werden, da das Gesetz von "Personen" spricht und dies nach allgemeiner Auffassung einen noch lebenden Menschen voraussetzt. Man wird sehen, ob dieser Vorschlag des Bundesrats Gesetz werden wird.

Jedoch ist auch damit noch nicht der eben geschilderte Fall der 'normalen' *Smartphone*-Aufnahme erfasst. Auch öffentlich hergestellte *panchira*-Fotografien würde man in aller Regel nur schwerlich unter diese Norm fassen können. Gefährlich kann es allerdings für Straßenfotografen werden, die beispielsweise soziale Randsituationen dokumentieren und zu diesem Zweck betrunkene oder drogenabhängige Personen ablichten. Auch wenn Absatz 4 des § 201a StGB ausdrücklich eine Ausnahme für Aufnahmen macht, die der Kunst "dienen", kann genauso wenig außer Frage stehen, dass das Argument, im Namen der 'Kunst' gehandelt zu haben, nicht jede Aufnahme rechtfertigen kann. Am Ende werden die Gerichte im Einzelfall eine Grenzziehung vornehmen müssen. Inwieweit es dann zum Beispiel eine Rolle

9 BR-Drucksache: 226/16 (Beschluss) vom 17.06.16.

spielt, ob es sich bei dem Fotografen um einen "anerkannten" oder lediglich "selbsterklärten" Künstler handelt, lässt Raum für Unsicherheiten. Hier kann man als Fotografierender tatsächlich unversehens in den Bereich der Strafbarkeit geraten.

3.3 Die zivilrechtlichen Schadens- und Unterlassungsansprüche

Nach den Normen des Kunsturhebergesetzes und dem § 201a StGB sind wir – untypisch für unsere auf Kodifikationen beruhende Rechtsgemeinschaft – mit einschlägigen förmlichen Gesetzen schon am Ende. Was bleibt, ist das durch die Rechtsprechung (insbesondere der Zivilgerichte) entwickelte und ausgestaltete allgemeine Persönlichkeitsrecht, welches zivilrechtliche Abwehr- und Schadensersatzansprüche begründen kann. Als Richterrecht beruht es jedoch naturgemäß auf Einzelfallentscheidungen, ist für den Laien schwierig zu rezipieren und überdies in vielen Bereichen schwammig oder lückenhaft. So gibt es durchaus Urteile, bei denen entschieden wurde, dass bereits die Aufnahme selbst einen abwehrfähigen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht darstellen kann – zum Beispiel weil bereits die Unsicherheit, ob es zu einer Veröffentlichung kommen werde, den Abgebildeten nachhaltig und nicht hinnehmbar belaste (BGH-Urteil 1966).¹⁰ Der Bundesgerichtshof sprach diesbezüglich einmal von einem "lähmende[n] und [die] Menschenwürde beeinträchtigende[n] Gefühl eines Preisgegebenseins", welches durch den in seinem allgemeinen Persönlichkeitsrecht Verletzten schwerlich überwunden werden könne (BGH-Urteil 1958).¹¹ Er musste daher nicht abwarten, ob und wie die Aufnahmen gegebenenfalls veröffentlicht werden, sondern durfte sich schon vor der Veröffentlichung gegen die Aufnahmen wehren.

Es ist aber genauso klar, dass aufgrund der bestehenden gesetzlichen Normierungen, welche eben nicht pauschal die Aufnahme einer Fotografie grundsätzlich verbieten, gerade kein allgemeines Verbot der Aufnahme von Personen existiert. Zum Schwur im Hinblick auf diese Frage kommt es spätestens dann, wenn es aufgrund der Aufnahme einer Fotografie zum Beispiel im öffentlichen Raum zu Tätlichkeiten zwischen dem Fotografierenden und dem Abgebildeten (oder einem Elternteil – wie in der Praxis zunehmend berichtet wird) kommt, und sich die Frage stellt, wer von beiden in Verteidigung einer geschützten Rechtsposition handelte und damit ein Notwehrrecht (zum Beispiel § 32 StGB) für sich in Anspruch nehmen

10 BGH: Urteil vom 16. 9. 1966, VI ZR 268/64, in: *NJW* 1966, 2353.

11 BGH: Urteil vom 20.05.1958, VI ZR 104/57, in: *GRUR* 1958, 615 (616).

durfte. Genauso virulent wird die Frage nach der Rechtmäßigkeit einer konkreten Aufnahme, wenn die Polizei entscheiden muss, ob sie gegen eine konkrete fotografische Tätigkeit (zum Selbstschutz oder zum Schutz Dritter) einschreiten darf oder nicht.

Zu diesen Fragen können derzeit nur wenig verlässliche und kaum allgemeingültige Aussagen getroffen werden. Rechtssicherheit sieht anders aus.

4 Ausblick

Die durch die Smartphonefotografie hervorgerufene Allgegenwärtigkeit der Möglichkeit fotografische Aufnahmen hoher Qualität zu erstellen, schafft eine "normative Kraft des Faktischen". Einige Verbote werden obsolet, weil sie fast nicht mehr durchsetzbar sind (man denke an die Soldaten auf der Fregatte). Auch ist ein Gesinnungswandel in der Gesellschaft zu beobachten: früher nicht Fotowürdiges wird munter fotografiert; Fotografien, die man früher gerade einmal den engsten Freunden gezeigt hätte (man denke an Kinderfotos), werden spontan auf Facebook vor den Augen der Weltöffentlichkeit publiziert. Diese Öffentlichkeit hat wiederum die Möglichkeit – und das wird häufig vergessen oder verdrängt –, sich diese Bildnisse anzueignen und weiterzubreiten. Die Schlagworte dazu lauten: "einmal im Internet – immer im Internet".

Gleichzeitig steigen die potenziellen Konfliktfälle aufgrund der Vielzahl an Konfrontationen von Personen mit Kameras im öffentlichen Raum exponentiell an. Das darin liegende Konfliktpotenzial, welches vom Recht bereits seit vielen Jahrzehnten als solches grundsätzlich anerkannt wird, ist unter diesen Umständen nur noch bedingt einer adäquaten rechtlichen Lösung zugeführt. Das weitgehende Fehlen einer eindeutigen, in einem diskursiven Gesetzgebungsprozess geschaffenen und niedergeschriebenen Basis, lässt viele Konflikte in der Praxis ungelöst und macht das Antizipieren von richterlichen Entscheidungen für die Rechtsunterworfenen schwierig. Angesichts des verfassungsrechtlichen Auftrages an den Staat, einerseits das allgemeine Persönlichkeitsrecht in seinen verschiedenen Ausprägungen zu schützen, andererseits aber auch Rechtssicherheit zu garantieren und Lösungen für gesellschaftliche Konflikte anzubieten, wäre es an der Zeit, die nun durch den Katalysator der Smartphone-Fotografie und der 'Share-Kultur' aufflammenden Konflikte einer gesetzgeberischen Lösung zuzuführen und damit auch die – aus

verfassungsrechtlicher Sicht nicht unproblematische – weitgehende "Ersatzgesetzgebung" der Gerichte in diesem inzwischen für alle Bevölkerungsschichten¹² wesentlichen Lebensbereich zu beenden.

Recht kann eben auch nur dann langfristig Recht bleiben, wenn es neben der verfassungsrechtlichen Legitimation von einem gesellschaftlichen Konsens getragen wird. Hier sind viele Fragen offen: Wie schaffen wir einen Ausgleich zwischen tausenden selbsterklärten Instagram-Künstlern beziehungsweise Leserreportern, die sich auf die verfassungsrechtlich verbürgte Kunstfreiheit oder auch Pressefreiheit berufen wollen, auf der einen Seite und dem – letztlich aus der Menschenwürde und damit dem höchsten, unserer Verfassung bekannten Rechtsgut abgeleiteten – allgemeinen Persönlichkeitsrecht der abgebildeten Personen auf der anderen Seite? Wie stehen wir zu den oben genannten Kinderbildern, welche Eltern munter in Facebook einpflegen, während die betroffenen Kinder erst in vielen Jahren ein selbst gebildetes Einverständnis oder eben auch ein 'Nicht'-Einverständnis hierzu artikulieren können? Welche datenschutzrechtlichen Aspekte werden zukünftig auch in der privaten Fotografie eine Rolle spielen, wenn ins Internet hochgeladene Fotografien durch "Gesichts-Suchmaschinen" auffindbar werden und jede Fotografie durch *Geotagging* und andere Metadaten potenziell zu einem Träger von persönlichen Daten wird?

Es wäre naiv zu glauben, dass als Antwort ein Gesetz aus dem Jahre 1907 hinreichend ist. Die Debatte hat vielmehr erst begonnen.

Literaturverzeichnis

CHIP: Meldung vom 22.07.2008. [http://www.chip.de/news/iPhone-3G-In-Japan-muss-es-klicken_32294807.html, 21.01.2017]

Di Fabio, Udo (2016): "Grundgesetz, Loseblatt, Kommentar", in: Maunz, Theodor / Dürig, Günter (Hg.): *Grundgesetz-Kommentar*. München: Beck.

Engels, Stefan (2017¹⁵): § 22–24, in: Ahlberg, Hartwig / Götting, Horst-Peter (Hg.): *Beck'scher Online-Kommentar Urheberrecht*, 15. Edition. München: Beck.

12 Klassischerweise betrafen die bisherigen Urteile zum Recht am eigenen Bild vor allem Prominente. Insbesondere Caroline von Monaco hat hier mit den in ihrem Namen geführten Prozessen Rechtsgeschichte geschrieben (vgl. für einen Überblick den Wikipedia-Artikel: [<https://de.wikipedia.org/wiki/Caroline-Urteile>, 21.01.2017]. Aus dem Luxusproblem der unerlaubten Erstellung und Verbreitung von Bildnissen ist jedoch mittlerweile ein Massenproblem geworden.

Fricke, Michael (2014⁴): § 22–24, in: Wandtke, Axel / Bullinger, Winfried (Hg.): *Praxiskommentar zum Urheberrecht*. München: Beck.

Gesetzesvorlage: H.R.414, "Camera Phone Predator Alert Act".
[<https://www.congress.gov/bill/111th-congress/house-bill/00414>, 21.01.2017]

Jellinek, Georg (1905²): *Allgemeine Staatslehre*. Berlin: Häring. [1900]

Jung, Min-ho (2015): "Justice unprepared", in: *The Korea Times*, 12.08.2015.
[http://koreatimes.co.kr/www/news/nation/2015/08/113_184735.html,
21.01.2017]

Kühn, Karl (2014): in: ders. / Kühl, Christian (Hg.): *StGB*, 28. Aufl. 2014. München: Beck.

Smith, Mat (2016): "Japan's noisy iPhone problem", in: *Engadget*, 30.09.2016.