

# Zur Rechtswidrigkeit der Herstellung von Lichtbildern

Rechtsanwalt Dr. Roger Mann, Hamburg<sup>1</sup>

I. Die Rechtslage zur Herstellung von Lichtbildern ist im Gegensatz zur Rechtslage hinsichtlich der Veröffentlichung von Lichtbildern „nur bruchstückhaft und wenig konsequent geregelt“, wie Soehring zutreffend feststellt<sup>2</sup>. Da verwundert es nicht, dass in AfP 4/2012 zwei Entscheidungen veröffentlicht wurden, die zu diesem Thema auf den ersten Blick geradezu gegensätzliche Positionen offen legen:

Der 3. Strafsenat des OLG Hamburg hatte in einer Entscheidung vom 05.04.2012<sup>3</sup> die Frage eines Notwehrrechts gegenüber einem Pressefotografen zu beurteilen. Der Senat führte dazu aus:

*„Das Anfertigen von Bildern ohne Einverständnis des Betroffenen stellt keinen Eingriff in § 22 KUG dar, denn diese Norm regelt ausdrücklich nur das Verbreiten oder öffentliche Zurschaustellen von Bildnissen. Das Herstellen eines Bildes stellt aber nach allgemeiner Ansicht der Rechtsprechung einen Eingriff in das durch Art. 1 Abs. 1 und 2 Abs. 1 GG gegebene allgemeine Persönlichkeitsrecht (Recht am eigenen Bild) dar, weil bereits mit der Anfertigung des Bildes in das Selbstdarstellungsrecht des Betroffenen eingegriffen, das Bildnis in der konkreten Form der Kontrolle und Verfügungsgewalt des Abgebildeten entzogen wird. ... Im Ergebnis ist das Anfertigen eines Bildnisses in*

*dem Umfang zulässig, in dem es nach §§ 22, 23 KUG verbreitet werden darf.“*

Auf dieser Grundlage kam der 3. Strafsenat des OLG Hamburg im konkreten Fall zu dem Ergebnis, dass dem Betroffenen ein Notwehrrecht gegen einen Pressefotografen zugestanden habe und dass dieser trotz objektiv tatbestandlich erfüllter Körperverletzung bei einem Angriff gegen den Fotografen zur Verhinderung der Anfertigung von Aufnahmen freizusprechen sei.

In derselben Ausgabe findet sich wenige Seiten später die Entscheidung des BVerwG vom 28.03.2012<sup>4</sup>, bei der es um die Rechtmäßigkeit eines Verbots zur Herstellung von Fotoaufnahmen im Einsatz befindlicher Beamter eines polizeilichen Sondereinsatzkommandos ging. Das Bundesverwaltungsgericht führt dazu an entscheidender Stelle aus:

*„Die streitgegenständliche Polizeiverfügung berücksichtigt unter den im vorliegenden Fall gegebenen Umständen nicht in ausreichendem Maße das Grundrecht der Klägerin auf Pressefreiheit. Die mit einer Bildaufnahme verbundene Möglichkeit eines rechtsverletzenden Gebrauchs, insbesondere einer gegen Rechte von Dritten verstößenden Veröffentlichung, muss nicht notwendig immer auf der ersten Stufe abgewehrt werden; dies kann in vielen Fällen vielmehr auch auf der zweiten Stufe des Gebrauchs des entstandenen Bildes geschehen. Wird ein Journalist*

1. Der Verfasser, Fachanwalt für Urheber- und Medienrecht, ist Partner der Sozietät *Damm & Mann*, Hamburg, und Lehrbeauftragter für Presserecht an der Georg-August-Universität Göttingen.

2. Soehring, Presserecht, 4. Aufl. 2010, § 9 Rdn. 3.

3. OLG Hamburg, AfP 2012 S. 392 f.

4. BVerwG, AfP 2012 S. 411 f.

daran gehindert, eine Fotoaufnahme zu tätigen, wird insoweit irreversibel in sein Recht auf Pressefreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG) eingegriffen. Dies kann in der Regel nicht hingegenommen werden.<sup>5</sup>

Auf dieser Grundlage hat das BVerwG die vorinstanzliche Entscheidung des VGH Mannheim bestätigt, der festgestellt hatte, dass die Untersagung der Bildaufnahmen durch die Polizeiverfügung rechtswidrig war.

II. Die beiden Entscheidungen machen die Relevanz der Frage, ob bereits die Herstellung von Lichtbildaufnahmen von Personen rechtswidrig ist, deutlich: Ist bereits die Anfertigung von Fotos rechtswidrig, besteht dagegen die Möglichkeit der Notwehr und der Nothilfe im Sinne des § 32 StGB<sup>6</sup> als auch von Maßnahmen zur Störungsbeseitigung und Gefahrenabwehr auf polizeigesetzlicher Grundlage, wie Fotografierverbote oder Platzverweise. In einer Entscheidung aus dem Jahr 1972 hat das OLG Hamburg sogar die vorläufige Festnahme eines Pressefotografen mit dem Ziel, einen Film sicherzustellen, als durch Notwehr gerechtfertigt angesehen<sup>7</sup>.

III. Wie aber ist die Gesetzeslage, die *Soehring* als „bruchstückhaft und wenig konsequent“ bezeichnet hat?

Gesetzlich ist „das Recht am eigenen Bild“ ausschließlich in den §§ 22 ff. KUG geregelt. Wie bereits das OLG Hamburg in seiner Entscheidung vom 05.04.2012 zutreffend festgestellt hat, regeln diese Normen jedoch ausschließlich das „Verbreiten oder öffentliche Zurschaustellen von Bildnissen“. In der Terminologie der Entscheidung des BVerwG regeln diese Vorschriften damit die „zweite Stufe“. Da die Vorschriften mit § 33 KUG auch eine Strafvorschrift enthalten, verbietet sich mit Blick auf das insoweit geltende Analogieverbot eine entsprechende Anwendung auf die „erste Stufe“, der Herstellung von Bildnissen<sup>8</sup>. Mit Ausnahme einer vereinzelt gebliebenen Literaturstimme<sup>9</sup> wird daher, soweit ersichtlich, von niemand vertreten, dass das Verbot des § 22 KUG auf die Herstellung von Bildnissen direkt oder analog anzuwenden ist.

Eine weitere gesetzliche Norm, die die Herstellung von Bildaufnahmen regelt, ist der durch das 36. Strafrechtsänderungsgesetz vom 30.07.2004 eingefügte § 201a StGB. Durch diese Regelung wollte der Gesetzgeber u.a. darauf reagieren, dass die Möglichkeit zu fotografieren, durch eingebaute digitale Kameras in Mobiltelefonen quasi jederzeit und flächendeckend gegeben ist, einschließlich der Möglichkeit derartige Aufnahme jederzeit online zu stellen und damit einer breiten Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Der Gefahr eines „Kameravoyeurismus“ sollte durch diese Vorschrift Einhalt geboten werden<sup>10</sup>. § 201a StGB verbietet bereits auf der „ersten Stufe“ das unbefugte Herstellen von Bildaufnahmen von Personen in einer Wohnung oder einem gegen Einblick besonders geschützten Raum<sup>11</sup>.

Weitere gesetzliche Regelungen, die ausdrücklich die Herstellung von Bildaufnahmen betreffen, existieren nicht. Außerhalb der Regelungsbereiche des § 22 KUG und des § 201a StGB ist die Herstellung von Bildaufnahmen daher gesetzlich nicht geregelt<sup>12</sup>.

IV. Ebenso wie das OLG Hamburg in seiner Entscheidung vom 05.04.2012 haben sowohl einige bedeutende Stimmen in der Literatur, als auch mehrere Instanzgerichte in den vergangenen Jahrzehnten

darin eine Regelungslücke gesehen. Sie sehen in der Herstellung eines Bildnisses einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Abgebildeten, der nur in entsprechender Anwendung der Grundsätze des § 23 KUG gerechtfertigt sein soll. Damit wird die Anwendung des § 23 KUG jedenfalls de facto auf die „erste Stufe“ der Herstellung von Fotografien vorverlagert. Das Analogieverbot für strafrechtliche Vorschriften steht dem nicht entgegen, da dies nicht für Rechtfertigungs- und Strafausschließungsgründe gilt<sup>13</sup>.

Insoweit wäre zunächst zu klären, ob die Anfertigung einer Fotografie tatsächlich bereits einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht darstellen kann, denn insbesondere bei heimlichen Aufnahmen bemerkt der Abgebildete ja noch nicht einmal etwas von seiner Ablichtung. Man könnte also argumentieren, dass mangels anderer Beeinträchtigungen durch den Vorgang des Fotografierens selbst, jedenfalls die Anfertigung von Aufnahmen noch nicht das Persönlichkeitsrecht des Betroffenen berührt, sondern erst die Veröffentlichung solcher Aufnahmen und die damit verbundene Zurschaustellung seiner Person. So sah dies noch das OLG Schleswig in einer Entscheidung aus dem Jahre 1979. Danach sei

„vom Grundgesetz nicht schon das Interesse geschützt, nicht heimlich beobachtet zu werden, sondern nur die Privat- und Intimsphäre. Das Interesse nicht heimlich fixiert zu werden, schafft aber für sich gesehen noch keinen privaten und deshalb geschützten Lebensbereich.“<sup>14</sup>

Die Frage, ob bereits die Herstellung von Fotografien einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht darstellt, ist aufgrund der Bindungswirkung des § 31 BVerfGG indes abschließend durch die Entscheidung des BVerfG vom 15.12.1999<sup>15</sup> entschieden. Dort hat das BVerfG ausgeführt:

„Das Recht am eigenen Bild gewährleistet dem Einzelnen Einfluss- und Entscheidungsmöglichkeiten, soweit es um die Anfertigung und Verwendung von Fotografien oder Aufzeichnungen seiner Person durch andere geht. Ob diese den Einzelnen in privaten oder öffentlichen Zusammenhängen zeigen, spielt dabei grundsätzlich keine Rolle. Das Schutzbedürfnis ergibt sich vielmehr – ähnlich wie beim Recht am eigenen Wort, in dessen Gefolge das Recht am eigenen Bild Eingang in die Verfassungsrechtsprechung gefunden hat – vor allem aus der Möglichkeit, das Erscheinungsbild eines Menschen in einer bestimmten Situation von diesem abzulösen, datenmäßig zu fixieren und jederzeit vor einem unüberschaubaren Personenkreis zu reproduzieren. Diese Möglichkeit ist durch den Fortschritt der Aufnahmetechnik, der Abbildungen auch aus weiter Entfernung, jüngst sogar aus Satellitendistanz, und unter schlechten Lichtverhältnissen erlaubt, noch weiter gewachsen.“<sup>16</sup>

Da es sich jedoch bei dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht um einen offenen Tatbestand handelt, indiziert die „Tatbestandsmäßigkeit“ nicht die Rechtswidrigkeit. Der BGH führt dazu in ständiger Rechtsprechung aus:

„Wegen der Eigenart des Persönlichkeitsrechts als eines Rahmenrechts liegt seine Reichweite nicht absolut fest, sondern muss erst durch eine Abwägung der widerstreitenden, grundrechtlich bestimmten Belange bestimmt werden, bei der die besonderen Umstände des Einzelfalles sowie die betroffenen Grundrechte und Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention interpretationsleitend zu berücksichtigen sind. Eine Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts ist nur dann rechtswidrig, wenn das Schutzinteresse des Betroffenen die schutzwürdigen Belange der anderen Seite überwiegt.“<sup>17</sup>

5. BVerwG, AP 2012 S. 411 (414, Anm. 35).

6. Vgl. dazu auch OLG Hamburg, NJW 1972 S. 1290.

7. OLG Hamburg, NJW 1972 S. 1290.

8. OLG Hamburg, NJW 1972 S. 1290; BVerwG, 1969 S. 1059; Dreier, in: Dreier/Schulze, Urheberrechtsgesetz, 3. Aufl. 2008, § 22 KUG Rdn. 12.

9. Vgl. P. Reiter, Deutsche Polizei, 1970 S. 191; erwähnt in OLG Hamburg, NJW 1972 S. 1290.

10. Vgl. dazu Fischer, StGB, 59. Aufl. 2012, § 201a Rdn. 2; Schertz, in: Götting/Schertz/Seitz, Handbuch des Persönlichkeitsrechts, § 12 Rdn. 14.

11. Vgl. Fischer, StGB, 59. Aufl. 2012, § 201a Rdn. 2.

12. Vgl. dazu *Soehring*, Presserecht, 4. Aufl. 2010, § 9, Rn. 4.

13. Fischer, StGB, 59. Aufl. 2012, § 1 Rdn. 10a.

14. OLG Schleswig, NJW 1980 S. 352 (353).

15. BVerfG, NJW 2000 S. 1021 f.

16. BVerfG, NJW 2000 S. 1022.

17. BGH, AP 2012 S. 551 (552 f., Anm. 15) m.w.N. – „Krankheit einer Schauspielerin“.

Kann dazu für die Herstellung von Fotos ohne weiteres die „gesetzliche Interessenabwägung“ in § 23 KUG übernommen werden, wie sie der Gesetzgeber dort für die Veröffentlichung von Fotos geregelt hat?

Zu der Anwendung der Grundsätze des § 23 KUG auch auf die Herstellung von Fotos führt Dreier in seiner Kommentierung<sup>18</sup> aus, Rechtsprechung und Literatur seien sich „weitgehend darin einig“, dass durch das Anfertigen von Bildnissen das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Abgebildeten betroffen sei. Jedoch seien die Ausnahmebestimmungen der §§ 23 Abs. 1, 24 KUG analog anzuwenden. Auch Götting pflichtet ausdrücklich der Ansicht bei, wonach bereits „die Bildnisherstellung grundsätzlich als ein rechtswidriger Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht anzusehen (sei), der nur ausnahmsweise bei Vorliegen besonderer Rechtfertigungsgründe zulässig ist“<sup>19</sup>. Und auch Soehring ist der Auffassung, „de facto (müssen) neben §201a StGB in jedem konkreten Einzelfall die Bestimmungen der §§ 22 f. KUG über den Schutz des Rechts am eigenen Bild und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts bereits bei der Beurteilung der Frage berücksichtigt werden, ob schon die Herstellung einer Aufnahme als Persönlichkeitsrechtsverletzung anzusehen ist.“<sup>20</sup>

Sieht man sich allerdings die zu diesen Auffassungen zitierten gerichtlichen Entscheidungen an, so ist festzustellen: Diese Entscheidungen sind „betagt“, tragen die zitierten Auffassungen nur teilweise und wenn, dann sehr apodiktisch.

Grundlegend stützen sich die genannten Auffassungen auf die „Spätheimkehrer“-Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1957<sup>21</sup>. Gegenstand dieser Entscheidung war ein Sachverhalt, der heute ohne weiteres von § 201a Abs. 1 StGB erfasst wäre: Zwei Journalisten hatten im Rahmen eines Interviews in den Privaträumen der interviewten Person ohne deren Wissen und gegen deren Willen Bildaufnahmen von ihr angefertigt. Dazu stellte der BGH 1957 fest:

*„Auch Personen der Zeitgeschichte brauchen es grundsätzlich nicht zu dulden, dass von ihnen innerhalb ihrer privaten Sphäre ... ohne ihr Wissen und gegen ihren Willen Bildaufnahmen zum Zweck der Veröffentlichung angefertigt werden. Es folgt dies zwar nicht aus dem im Kunstschutzgesetz festgelegten Bildnisschutz (§§ 22 f. KUG), der nicht die Anfertigung, sondern lediglich die Veröffentlichung eines Bildnisses zum Gegenstand hat, wohl aber aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht als eines einheitlichen, ursprünglichen Rechtes, das in der Persönlichkeit als solcher begründet ist und gegen alle Verletzungen der Eigensphäre der Persönlichkeit schützt, die nicht durch höherwertige Interessen geboten sind. Im Streitfall kann dahinstehen, ob bereits jede heimliche Bildaufnahme innerhalb des privaten Bereichs einen Eingriff in das Persönlichkeitsrecht darstellt, der nur durch ranghöhere Interessen gerechtfertigt sein kann. Denn jedenfalls wird dann in unzulässiger Weise in die rechtlich geschützte Eigensphäre der Person eingegriffen, wenn eine – nicht durch überwiegende Interessen der Allgemeinheit gebotene – heimliche Festlegung der äußeren Erscheinung einer Person innerhalb ihres privaten Bereichs in der Absicht vorgenommen wird, das Bildnis der Öffentlichkeit zugänglich zu machen, ohne hierzu die Erlaubnis des Abgebildeten einzuholen.“*

Wie daraus ersichtlich, hat der BGH sich in dieser Entscheidung ausschließlich zur heimlichen Anfertigung von Fotos von Personen in deren privater Sphäre geäußert. Er hat darin einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht gesehen und für diesen Fall nicht die Grundsätze der §§ 22 f. KUG angewandt, sondern generell auf eine Abwägung mit „ranghöheren Interessen“ verwiesen.

Eine weitere Grundsatzentscheidung, auf die sich die zitierten Ansichten berufen, stellt die Entscheidung „Vor unserer eigenen Tür“ des BGH aus dem Jahr 1966 dar<sup>22</sup>. Hier ging es tatsächlich um Bilder des Betroffenen, die diesen im öffentlichen Straßenraum zeigten, wie er in sein Haus ging und es verließ. Dazu stellt der BGH fest:

*„Über eine eigenmächtige Herstellung von Bildnissen trifft das KUG keine Bestimmungen. Diese ist aber grundsätzlich als eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts anzusehen. Nur in Ausnahmefällen kann die Erschleichung einer Bildnisherstellung aus überwiegenden Interessen der Allgemeinheit oder eines Einzelnen gestattet sein.“<sup>23</sup>*

In dieser Entscheidung ist der BGH also über den Sachverhalt „heimliche Aufnahmen“ hinausgegangen und hat auch für Aufnahmen in der Öffentlichkeit festgestellt, dass diese als eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts anzusehen seien. Auch hier kommt der BGH jedoch nicht zu einer Anwendung der Grundsätze des § 23 KUG auf die Herstellung von Bildnissen, sondern verweist allgemein auf eine Interessenabwägung mit Interessen der Allgemeinheit oder eines Einzelnen.

So eindeutig, wie dies teilweise in der Literatur dargestellt wird, spricht sich ausschließlich das OLG Hamburg für die Anwendung der Grundsätze des § 23 KUG bereits auf die Anfertigung von Bildaufnahmen aus. In einer Entscheidung aus dem Jahr 1989<sup>24</sup> führt der damals noch für diese Fragen zuständige 3. Zivilsenat zur damaligen „Begleitersrechtsprechung“ aus:

*„Die Anfertigung fotografischer Aufnahmen, auf denen der Betroffene erkennbar ist, ohne dessen Einverständnis, stellt grundsätzlich einen rechtswidrigen Eingriff in sein allgemeines Persönlichkeitsrecht dar. Bei der gebotenen Abwägung ist zwar auch das Erfordernis der Informationsbeschaffung zu beachten. Dieses wird aber dadurch genügend gewahrt, dass die Anfertigung von Fotos in der Regel dann als erlaubt anzusehen ist, wenn die Verbreitung insbesondere gemäß § 23 KUG rechtmäßig ist.“*

Sodann heißt es:

*„Allerdings mag es in vielen Fällen gar nicht möglich sein, in der Eile, mit der häufig fotografische Aufnahmen gemacht werden müssen, zuvor zuverlässig zu entscheiden, ob die Grenzen des § 23 KUG gewahrt sind. Daraus folgt jedoch nicht, dass diese Grenzen erst bei der Frage der Verbreitung zu beachten sind und demgemäß eine weitergehende Befugnis zum Fotografieren besteht. Wird der Abgebildete wie hier von einem Berufsfotografen fotografiert, so muss er mit einer Veröffentlichung des Fotos und dessen Archivierung rechnen. Daher ist es geboten, den Schutz des Betroffenen schon vorher, nämlich bei der Anfertigung der fotografischen Aufnahmen, eingreifen zu lassen.“*

V. Die Feststellung des BVerfG, wonach bereits das Herstellen von Fotoaufnahmen einen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht in Form des Rechts am eigenen Bild darstellt, hat jedoch – wie dargestellt – nicht zwangsläufig zur Folge, dass ein derartiger Eingriff wie im Anwendungsbereich der §§ 22 f. KUG grundsätzlich rechtswidrig ist und nur anhand der Grundsätze der späteren Verbreitung, wie sie in § 23 KUG festgelegt sind, gerechtfertigt sein könnte. Diese Betrachtungsweise lässt sowohl außer Acht, dass die Grundrechtsbeeinträchtigung auf Seiten des Abgebildeten durch das Herstellen von Fotos im Unterschied zu der Veröffentlichung anders ist, als auch die Grundrechtsbeeinträchtigung auf Seiten des Fotografen durch ein Verbot, dass nicht erst bereits bei der Veröffentlichung ansetzt, sondern bereits bei der Anfertigung von Fotografien.

18. Dreier, a.a.O. (Fn. 8), § 22 KUG Rdn. 13.

19. Götting, in: Schricker/Loewenheim, Urheberrecht, 4. Aufl. 2010, § 60/§ 22 KUG, Rn. 5, 35.

20. Soehring, Presserecht, 4. Aufl. 2010, § 9 Rdn. 6.

21. BGH, GRUR 1957 S. 494 f. – „Spätheimkehrer“.

22. BGH, GRUR 1967 S. 205 f. – „Vor unserer eigenen Tür“.

23. BGH, GRUR 1967 S. 205 (208).

24. OLG Hamburg, GRUR 1990 S. 35.

So begründet die Herstellung einer Aufnahme und die Fixierung der Abbildung einer Person zwar die vom BVerfG angesprochene Gefährdungslage. Die tatsächliche Veröffentlichung stellt jedoch einen ungleich schwereren Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht dar. Auf der anderen Seite ist auch das Anfertigen von Fotografien durch Private durch die allgemeine Handlungsfreiheit gemäß Art. 2 Abs. 1 GG und bei Presse- und Medienfotos zusätzlich durch die Pressefreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG geschützt. Die in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG verbürgte Pressefreiheit gewährleistet nicht nur die Freiheit der Verbreitung von Nachrichten und Meinungen; sie schützt vielmehr auch den gesamten Bereich publizistischer Vorbereitungstätigkeit, zu der insbesondere die Beschaffung von Informationen gehört<sup>25</sup>. Dazu gehört die Herstellung von Bildaufnahmen durch Fotojournalisten<sup>26</sup>. Die Auffassung, wonach bereits die Herstellung von Fotografien grundsätzlich rechtswidrig in das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Abgebildeten eingreift, führt daher zu dem bereits vom BVerwG in seiner Entscheidung vom 28.03.2012 angesprochenen unverhältnismäßigen Eingriff in die Pressefreiheit.

Dies haben auch andere Gerichte zutreffend erkannt. So hat das OLG Frankfurt in einer Entscheidung aus 1994 ausgeführt:

*„Bei der Entscheidung der Frage, ob derartige Aufnahmen ein rechtswidriger Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht sind und fotografische Aufnahmen einer Person vorbeugend untersagt werden können, ist aber das Informationsbedürfnis im Rahmen zulässiger Berichterstattung durch Interessenabwägung zu berücksichtigen. Im Einzelfall muss sich aus der Interessenabwägung zwischen dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht einerseits und der Presse- und Rundfunkfreiheit andererseits ein Vorrang zugunsten des Persönlichkeitsrechts des Abgebildeten ergeben. Dabei ist zu berücksichtigen, dass sich durch ein weitgehendes Verbot der Anfertigung von Filmaufnahmen, die an sich durch ein allgemeines Informationsinteresse an Gegenständen der Zeitgeschichte veranlasst sind, eine unverhältnismäßige Einschränkung der Presse- und Rundfunkfreiheit ergeben kann, die ein journalistisches Arbeiten weitgehend unmöglich machen könnte.“<sup>27</sup>*

Diese Gefahr hat auch das KG in zwei Entscheidungen aus dem Jahr 2007 ausdrücklich angesprochen und ausgeführt:

*„Ob und in welchem Umfang schon das bloße Herstellen von Bildnissen zu einer Verletzung des Persönlichkeitsrechts führt, kann allerdings – wegen der Eigenart des Persönlichkeitsrechts als eines Rahmenrechts – wiederum nur unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalls und durch Vornahme einer Güter- und Interessenabwägung ermittelt werden.“*

*Im Hinblick auf die Pressefreiheit ist hierbei in besonderem Maße das Erfordernis der Informationsbeschaffung zur Befriedigung des Berichterstattungsinteresses der Öffentlichkeit zu beachten. Ein Verbot bereits der Anfertigung von Bildnissen, an denen ggf. ein öffentliches Informationsinteresse bestehen kann, würde zu Einschränkungen der Pressefreiheit führen und könnte ein journalistisches Arbeiten sogar weitgehend unmöglich machen. Die Anfertigung von Bildnissen in der Regel dann als erlaubt anzusehen, wenn die Verbreitung insbesondere gemäß § 23 KUG rechtmäßig ist, trägt diesem Erfordernis nicht hinreichend Rechnung, weil im Zeitpunkt der Aufnahme des Bildnisses die Frage nach der Zulässigkeit der Verbreitung unter Umständen noch gar nicht abschließend beantwortet werden kann. Zudem muss bei der Aufnahme des Bildnisses noch gar nicht feststehen, ob die konkrete Aufnahme im Rahmen der journalistischen Ausarbeitung und Fertigstellung einer Berichterstattung überhaupt zur Veröffentlichung ausgewählt wird. Schließlich wird es in der Eile, mit der häufig fotografische Aufnahmen gemacht werden, nicht möglich sein, zuvor zuverlässig zu entscheiden, ob die Grenzen des § 23 KUG gewahrt sind.“*

*Aus diesen Gründen begegnet es Bedenken, diese Grenzen nicht erst bei der Frage der Verbreitung zu beachten, sondern den Schutz des Betroffenen schon vorher, nämlich bei der Anfertigung der fotografischen Aufnahme eingreifen zu lassen.“<sup>28</sup>*

VI. Welche Konsequenzen ergeben sich daraus?

Anders als gesetzlich in § 22 KUG für die Verbreitung und die öffentliche Zurschaustellung von Bildnissen geregelt, ist die Herstellung von Fotografien von Personen außerhalb des Anwendungsbereichs des § 201a StGB nicht rechtswidrig. Wie das BVerwG in seiner Entscheidung vom 28.03.2012 zutreffend dargestellt hat, würde die Möglichkeit, mit polizeirechtlichen Maßnahmen gegen das Anfertigen von Fotos vorzugehen, irreversibel in das Recht von Pressefotografen auf Pressefreiheit eingreifen. Gleiches gilt, wenn man gegenüber Aufnahmen außerhalb des Anwendungsbereichs des § 201a StGB ein Notwehrrecht zusprechen würde. Die Arbeit von Pressefotografen würde dies de facto unmöglich machen, da – wie das OLG Frankfurt und das Kammergericht zutreffend festgestellt haben – bei Anfertigung von Fotos häufig noch gar nicht abzuschätzen ist, ob eine Ausnahmetatbestand nach den Grundsätzen des § 23 KUG gegeben ist. Im Zweifel müsste also auf die Aufnahme verzichtet werden, um sich nicht Notwehrmaßnahmen auszusetzen, die – wie der Hamburger Fall zeigt – auch Körperverletzungen rechtfertigen können. Exzessen durch nachstellende Paparazzi kann dagegen entweder bereits auf der Grundlage der Stalking-Gesetzgebung (§ 238 StGB, Gewaltschutzgesetz), des Nötigungs-Tatbestandes (§ 240 StGB) oder durch die mangelnde Verwertbarkeit derartig rechtswidrig hergestellter Bilder auf der Grundlage der Rechtsprechung des EGMR<sup>29</sup> und ihr folgend der deutschen Rechtsprechung<sup>30</sup> entgegengetreten werden, bis hin zur Verurteilung zu Geldentschädigungen bei hartnäckigen Wiederholungstätern<sup>31</sup>.

Außerhalb des Anwendungsbereichs des § 201a StGB ist die Rechtmäßigkeit der Herstellung eines Fotos anhand einer eigenständigen Interessenabwägung zu prüfen, die die geringere Eingriffsintensität auf Seiten des Abgebildeten sowie das Interesse an der Möglichkeit der Bildberichterstattung im Rahmen der Presse- und Informationsfreiheit berücksichtigen muss. Ist überhaupt keine rechtmäßige Verwendung eines Fotos denkbar, so kann dies im Einzelfall bereits auf der „ersten Stufe“ zur Rechtswidrigkeit führen<sup>32</sup>. Im Übrigen überwiegt grundsätzlich das Interesse an der Möglichkeit der Bildberichterstattung.

25. BVerfG, AfP 2000 S. 559.

26. BVerwG, AfP 2012 S. 411 (413, Anm. 33).

27. OLG Frankfurt, NJW 1995 S. 878 (880).

28. KG, AfP 2008 S. 199 (201 f.); KG, NJW-RR 2007 S. 1196 (1198).

29. Vgl. zuletzt EGMR, K & R 2012 S. 187 (191, Anm. 93) – „von Hannover II“.

30. Vgl. etwa KG, AfP 2008 S. 199 (201).

31. Vgl. BGH, NJW 1995 S. 861 – „Caroline“.

32. Vgl. dazu KG, AfP 2007 S. 1196 (1199).