

3. Recht

Normative Bilderregeln

Ist von Recht die Rede, so ist damit zunächst der Bestand an Normen bezeichnet, die in einem rechtsförmigen, vorab definierten Verfahren von einem nach verfassungsrechtlichen Grundsätzen dazu befugten Gesetzgeber erlassen worden sind. Ihr Charakteristikum ist, dass ein in ihnen enthaltener Normbefehl bei Nichtbefolgung unter Inanspruchnahme staatlicher Vollstreckungshilfe auch gegen den Willen des Normadressaten, der den Normbefehl missachtet hat, durchgesetzt werden kann. Vor allem in den westlichen, von der Aufklärung und der Säkularisierung geprägten Staaten hat sich das Recht in langer historischer Entwicklung nicht nur von seinen sakralen und religiösen Wurzeln gelöst, sondern zugleich die Durchsetzung grundlegender Ordnungsvorstellungen mittels des Strafrechts von der Regulierung alltäglicher Problemlagen mittels des Zivilrechts geschieden.⁸⁴ Zielen strafrechtliche Normen auf den Schutz überindividueller Rechtsgüter, sind zivilrechtlichen Normen um die Lösung von Konfliktlagen zwischen privaten Rechtsunterworfenen bemüht. Entsprechend liegt die hoheitliche Aufgreifinitiative zur Verfolgung von Rechtsverstößen im einen Fall bei der Staatsanwaltschaft, im anderen Fall dagegen bei den zivilen Parteien. Das schließt nicht aus, dass sich Mischformen erhalten haben, wie etwa in Deutschland diejenigen strafrechtlichen Normen, deren Durchsetzung einen Antrag der verletzten Privatperson voraussetzt, oder die Möglichkeit der Staatsanwaltschaft, den Verletzten gegebenenfalls auf die Privatklage verweisen zu können.

Für die Zwecke von „Bild und Recht“ bedeutsam ist, dass es sich sowohl beim Straf- als auch beim Zivilrecht durchweg nur um Sollensnormen handelt, die ihre Befolgung nicht schon in sich selbst tragen.⁸⁵ Das ändert sich erst dann, wenn staatlicher Zwang das Sollen erzwingt, wenn also etwa ein Bildverbot vollstreckt oder das inkriminierte Bild vernichtet wird. Nicht um das Sollen, sondern um das faktische Können der Vornah-

84 Zu verbliebenen Verschränkungen s. im deutschen Zivilrecht vor allem § 823 Abs. 2 BGB (nach dem die zivilrechtliche Schadensersatzpflicht auch dann angeordnet ist, wenn gegen ein den Schutz eines anderen bezweckendes Gesetz verstoßen wurde), sowie § 106 UrhG (nach dem grundsätzlich jede zivilrechtliche Urheberrechtsverletzung im Prinzip zugleich auch strafrechtlich relevant ist).

85 S. statt vieler nur Hoerster (2006), S. 36 ff.

me einer Handlung geht es neuerdings aber dort, wo mit technischen Mitteln dafür gesorgt wird, dass der Normadressat sich gar nicht anders verhalten kann, als von der Norm vorgeschrieben. Momentan werden solche technischen Dispositive weniger von staatlicher als vielmehr von privater Seite eingesetzt, wenn der Anbieter von Bildern – sei es ein Bildproduzent, eine Bildagentur, sei es ein Plattformbetreiber – die Art und Weise der Betrachtungsmöglichkeit durch technische Mittel festlegt. Darauf wird im Rahmen der Auswirkungen der Digitalisierung auf das Recht noch zurückzukommen sein.

Eine weitere Differenzierung, der vor allem in Deutschland große Bedeutung zukommt, ist diejenige zwischen Verfassungsrecht und einfachgesetzlichem Recht. Nach der strikten Normenhierarchie des deutschen Grundgesetzes gehen die Normen des Verfassungsrechts und mit ihm die Grundrechte allen einfachen Gesetzen vor. Freilich gibt es auch hier Verschränkungen in Form des sogenannten Gesetzesvorbehalts, nachdem ein Grundrecht – wie etwa das Eigentum – unter bestimmten Umständen durch ein einfaches Gesetz ausgestaltet werden kann. Entscheidend ist aus rechtlicher Sicht jedoch, dass der Vorrang der Verfassung die Möglichkeit einer verfassungsgerichtlichen Kontrolle vom Parlament verabschiedeter Gesetze eröffnet. Das wiederum hat zur Folge, dass sich der Inhalt gesetzlicher Bilderregeln an den Grundrechten insbesondere der Meinungs- und Pressefreiheit wie auch der Kunstfreiheit ebenso messen lassen muss, wie an den gegenläufigen Grundrechten des aus der Menschenwürde abgeleiteten Persönlichkeitsschutzes und – soweit es um den Bilderhandel geht – der Eigentumsgarantie. Eine zusätzliche Besonderheit folgt daraus, dass die Kunstfreiheit zwar schrankenlos gewährt wird, das Bundesverfassungsgericht sie jedoch – wie in Kapitel 8 noch näher ausgeführt – zugleich mit anderen konfligierenden Grundrechten, insbesondere der Eigentumsgarantie und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht abwägt und somit auch die Kunstfreiheit beschränkende einfache Gesetze bestehen lässt, vorausgesetzt, diese verfolgen das Ziel, der Kunstfreiheit entgegenstehende Grundrechte zu sichern.⁸⁶

Für „Bild und Recht“ bedeutsam ist weiterhin, dass unter der Bezeichnung „Recht“ nicht nur staatliches Recht in den Blick genommen werden soll. Zwar sind staatliche Rechtsnormen von Sozialnormen abzugrenzen,

86 S. näher neben den Kommentaren zu Art. 5 Abs. 3 GG Würkner (1994); Korinek (2006); Ladeur (2007).

die nach juristischer Systematik aufgrund der fehlenden Möglichkeit ihrer Durchsetzung mit staatlichem Zwang nicht dem Recht als solchem zugeordnet werden. Gleichwohl haben auch Sozialnormen einen normativen Gehalt dergestalt, dass sie dem Normadressaten ein gesolltes Verhalten abverlangen, auch wenn als Sanktionen für den Fall der Nichtbeachtung und eines Verstoßes auch nur außerrechtliche, soziale Sanktionen in Betracht kommen. Um den Unterschied an einem Beispiel zu verdeutlichen: Wer als Auftragsfotograf die vertraglich geschuldete Aufnahme verwackelt, ist nach den Vorschriften der rechtlichen Mängelgewährleistung unter den im Gesetz genannten Voraussetzungen zur Zahlung von Schadensersatz verpflichtet, und dieser kann – sollte der Schadensersatzpflichtige sich weigern zu zahlen – nach Erwirken eines entsprechenden Urteils und vollstreckungsfähigen Titels notfalls mit staatlichen Zwangsmitteln beigetrieben werden. Wer hingegen von seinem Bekannten gebeten wird, eine Aufnahme anzufertigen, der schuldet im Rechtssinne nichts. Wenn er die Aufnahme verwackelt, wird man bei nächster Gelegenheit lediglich nach einem anderen Fotografen Ausschau halten.

Im Rahmen von „Bild und Recht“ soll „Recht“ daher nicht im rein binnjuristischen Sinn verstanden werden. In den Blick genommen sollen vielmehr auch auf die Bilder bezogene Sozialnormen werden, konstituieren diese doch mehr noch als rechtliche Bilderregeln das Feld des normativen Umgangs mit Bildern. Denn „wir alle unterliegen“, so der französische Soziologe Eribon, „dem Einfluss der sozialen Ordnung. Diejenigen, die immer alles fein säuberlich ‚geregelt‘ haben wollen und die überall um den ‚Sinn‘ und den ‚Halt‘ des Ganzen besorgt sind, können sich auf die Kraft der Normen verlassen, die sich in unser Bewusstsein einschreiben, weil wir sie zusammen mit den Regeln der sozialen Welt erlernen.“⁸⁷

Noch weitergehend lässt sich jeder Appell einbeziehen, der mit dem Zeigen eines Bildes verbunden ist und dem insoweit ein normativer Anspruch innewohnt, als die mit dem Zeigen des Bildes verbundene Erwartungshaltung darauf abzielt, den Betrachter zu einem bestimmten Verhalten zu bewegen. Nur bei Einbeziehung auch solcher normativ intendierter und selbst ohne eine solche Intention normativ wirkender Appelle, deren verhaltensleitende Wirkung in der Praxis nicht zu unterschätzen ist, lassen sich Bildgebote und die Verwendung von Bildern zum Zwecke der Wer-

87 Didier Eribon, Rückkehr nach Reims, Berlin 2016, S. 63 (frz. Original „Retour à Reims“, Paris 2009).

bung sowie zur Nachahmung dargebotene Konstruktionsentwürfe des Selbst von „Bild und Recht“ mit erfassen.

Zuletzt können normative Bilderregeln nicht allein in ihrem positiven Bestand untersucht werden. Von Interesse sind vielmehr auch gegenläufige normative Geltungsansprüche wie diejenigen der Graffiti-Sprüher, die im Wege der bewussten Missachtung von Bilderregeln des geltenden Rechts widerständig gegen die Festschreibung einer Ästhetik agieren, die in Graffitis lediglich eine Verschandelung des öffentlichen Raumes zu erkennen vermag. Andernfalls bliebe nämlich die mit den bestehenden Eigentums- und Machtverhältnissen verbundene Frage nach der Hoheit über die visuelle Ausgestaltung des öffentlichen Raumes ausgeblendet, der in dem von den Graffiti-Sprühern mitgestalteten Diskurs um Bilder, Eigentum und Hausrecht jedoch eine zentrale Rolle spielt.⁸⁸

Dieses weite Verständnis normativer Regeln sowie von Appellen, die einen normativen Anspruch erheben, erscheint – trotz der thematischen Fokussierung auf Recht in „Recht und Bild“ – auch deshalb gerechtfertigt, weil es sich beim Recht lediglich um eines von mehreren gesellschaftlichen Subsystemen handelt. Aus der Binnenperspektive einer in der Tradition des römischen Rechts stehenden Rechtsordnung mag zwar jeder gegenwärtige wie künftige Einzelfall hinsichtlich seiner rechtlichen Lösung durch rechtliche Normen vorherbestimmt sein.⁸⁹ Der Einfluss des Rechts ist jedoch keinesfalls so umfassend wie von den Juristen gemeinhin angenommen. Wie in Abb. 4 in Anlehnung an die von Luhmann beschriebenen Funktionssysteme der Gesellschaft⁹⁰ – unter Außerachtlassung der Subsysteme Religion und Wissenschaft sowie jenseits der autopoietischen Abgeschlossenheit der einzelnen Systeme – schematisch verdeutlicht, ist das Recht durchaus nicht an allen Wechselbeziehungen zwischen den einzelnen gesellschaftlichen Subsystemen von Recht, Sozialnormen, Technik und Markt beteiligt.

Dass das Recht durchaus nicht an sämtlichen Interaktionen gesellschaftlicher Subsysteme beteiligt ist, sei am folgenden Beispiel erläutert: Techniker haben vor einigen Jahren das drahtlose Telefon mit dem Internet verbunden und mit einer Kamera ausgestattet. Diese Kombination, deren

88 S. dazu noch den einleitenden Abschnitt von Kapitel 6.

89 S. nur Englisch (2010), S. 45 („mit unserem Handeln unausgesetzt unter dem Recht stehen“ und Recht als „Rahmen ..., innerhalb dessen wir handelnd das Leben gestalten“).

90 Luhmann (1997) und (1993).

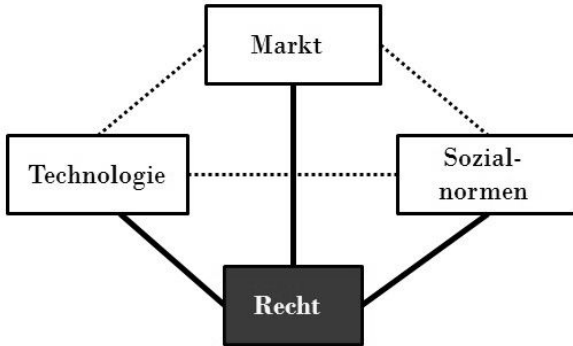


Abb. 4: *Recht im Kontext weiterer gesellschaftlicher Subsysteme (durchgezogene Linie: Wechselwirkung mit Beteiligung des Rechts; gestrichelte Linie: Wechselwirkung ohne Beteiligung des Rechts)*

Nachfrage die Techniker zunächst nur vermuten konnten, hat sich als Smartphone am Markt auf beispiellose Weise durchgesetzt und zu neuen Bildtypen wie denen des „Partyfotos“ und des „Selfies“ geführt. Das alles ist vom Recht weder gefördert noch behindert worden. Rechtliche Normen haben auch keinen Einfluss darauf genommen, dass der spielerische Umgang der Nutzer mit dem neuen technischen Gerät die sozialen Konventionen der zwischenmenschlichen visuellen Kommunikation – und mithin der Kommunikation insgesamt – nachhaltig verändert hat. Das Recht ist in diesem Beispiel erst aktiv geworden, als die technikinduzierten Verhaltensänderungen in Teilen aus dem Ruder zu laufen begannen und Verletzungen traditioneller Werte wie demjenigen der Privatheit (voyeuristische Aufnahmen) und der Menschenwürde (Cybermobbing) zu beobachten waren.

Recht und Ethik

Eine weitere Frage zielt darauf, ob es jenseits der rechtlichen Regelungen, also des Rechts *de lege lata*, so etwas wie eine Bilderethik gibt. Die Frage lautet: Lassen sich Grundsätze formulieren, anhand derer sich feststellen lässt, ob es moralisch richtig oder moralisch falsch ist, bestimmte Bilder beziehungsweise Bilder eines bestimmten Typs herzustellen, zu verbreiten, zur Kenntnis zu bringen, in einen Kontext einzustellen und zu be-

trachten. Wenn sich eine solche Bilderethik formulieren lässt, dann ließen sich auch die bestehenden rechtlichen Bilderregeln daraufhin überprüfen, ob und inwieweit sie mit den ethischen Regelungen übereinstimmen.

Aus der Sicht einer konsequentialistischen Ethik lassen sich derartige Regeln vermutlich konstruieren, sofern man annimmt, dass es negative Folgen haben kann, wenn bestimmte Personen – vor allem Kinder und Jugendliche in zu frühem Alter – bestimmte Darstellungen sexueller Art oder Gewaltdarstellungen zu sehen bekommen. Auch die Konstruktion von Frauenbildern in der Werbung sowie Bilder, die zu einem gefährdenden oder sozialschädlichen Verhalten verleiten, könnten Anlass für die Ausformulierung ethischer Bilderregeln sein.⁹¹ Allerdings ist insoweit darauf zu achten, nicht vorschnell Kausalzusammenhänge anzunehmen, die lediglich die Bildpräferenzen desjenigen stützen, der eine bestimmte Bilderregel durchzusetzen sucht.

In deontologischer Hinsicht hingegen dürfte sich die Ausformulierung einer allgemeingültigen Bilderethik dagegen wohl kaum begründen lassen. Dass die historisch gewachsenen Bilderregeln in den einzelnen Kulturen teils erheblich voneinander abweichen, legt es zumindest nahe, dass es Zeit und Raum übergreifende Regeln für den Umgang mit Bildern nicht geben dürfte. Das gilt jedenfalls, sofern man nicht auf der Grundlage vorgelagerter religiöser Überzeugungen argumentiert. Zwar lässt sich nach deontologischem Verständnis nicht vom Sein auf das Sollen schließen. Dennoch deuten die kulturellen Unterschiede von Bilderregeln – allen voran diejenigen in Bezug auf die Abbildung und öffentliche Sichtbarmachung des (unbekleideten) menschlichen Körpers – darauf hin, dass die Regelungen eher kontingent denn über Zeit und Raum konstant sind. Selbst in der Gegenwart können nur wenige Regeln für sich in Anspruch nehmen, universelle Gültigkeit zu besitzen, wie insbesondere aus dem Schutz der Kinder motivierte Verbote der Kinderpornografie.⁹²

91 Zur Konstruktion des Frauenbildes im weiteren gesellschaftlichen Kontext s. nur Wolf (1990).

92 Optional Protocol to the Convention on the Rights of the Child on the Sale of Children, Child Prostitution and Child Pornography (UN Treaty Series, Bd. 2171, S. 227 (247)), in Kraft seit dem 18.2.2002 und unterzeichnet von 121 Staaten. – Zum sich wandelnden Verständnis gegenüber den früher so bezeichneten Sittlichkeitsdelikten exemplarisch für die Entwicklung bis zum Beginn des 20. Jahrhunderts Quanter (1925/2003); zur Schnittstelle von Körper und Kunst Zimmermann (2001).

Das wirft die weitergehende Frage auf, in welchem Umfang sich Gesetzgeber bei der Verabschiedung von Bilderregeln und Gerichte bei deren Auslegung an moralischen Grundsätzen orientieren sollten. In theoretischer Hinsicht wird man diese Frage wohl ebenso problemlos bejahen können, wie es umgekehrt ohne Zweifel vor allem in Unrechtsstaaten Gesetze gibt, die so weit von moralischen Grundsätzen abweichen, dass sie trotz ihres gegebenenfalls rechtsförmigen Zustandekommens aufgrund ihres Inhalts nicht mehr als Recht bezeichnet werden können. Nach der sog. Radbruchschen Formel hat sich ein Richter gegen das Gesetz und für die Gerechtigkeit zu entscheiden, wenn das betreffende Gesetz als „unerträglich ungerecht“ anzusehen ist oder die im Begriff des Rechts grundsätzlich angelegte Gleichheit aller Menschen aus Sicht des Interpreten „bewusst verleugnet“ wird.⁹³

In der Praxis freilich stellt sich diese Frage allerdings nur selten in dieser Schärfe und auch nicht als Frage nach der moralisch richtigen Norm, sondern vielmehr als Frage nach der von der Mehrheit der Rechtsunterworfenen geteilten moralischen Überzeugung. Damit ist das Dilemma angesprochen, dass Gesetzgebung und Rechtsprechung sich entscheiden müssen, ob sie bestimmte normative Vorgaben gegen mehrheitlich geteilte moralische Auffassungen und Überzeugungen durchsetzen wollen, oder ob sie „die Muster und Standards“ neuer Formen gesellschaftlichen Verhaltens „beobachten und nach rechtlichen Formen der Stabilisierung von Erwartungen unter gewandelten Bedingungen suchen“⁹⁴ sollen. In Deutschland begegnet das Bundesverfassungsgericht diesem Dilemma dadurch, dass es die im Grundgesetz verbrieften Freiheitsrechte der Normenhierarchie entsprechend zum unverrückbaren Ausgangspunkt nimmt, deren Inhalt und Begrenzung im Wege eines differenzierten Systems der gegenseitigen Abwägung es an die Umstände des Einzelfalles und die gewandelten sozialen und wirtschaftlichen Umstände anpasst. Jedenfalls aus verfassungsrechtlicher Perspektive, die davon ausgeht, dass alle relevanten moralischen Werte und Gesichtspunkte von den verfassungsrechtlichen Freiheiten adressiert werden, bleibt in Deutschland auf diese Weise, wenn überhaupt, so nur ein recht geringer Raum für moralische Ansprüche, die keine Grundlage in der Verfassung finden und die nicht schon im Zuge der

93 Gustav Radbruch, Gesamtausgabe, Bd. 3, S. 83, 90.

94 Ladeur (2007), S. 41.

Abwägung konfligierender verfassungsrechtlich verbürgter Freiheitsrechte berücksichtigt worden wären.⁹⁵

Bildverbote und -gebote

Welche Regelungen hält das Recht nun zur Regulierung visueller Kommunikation bereit?

Sieht man einmal von Regelungsmaterien ab, die – wie das Urheberrecht – auf die Strukturierung von Eigentumszuordnungen an Bildern und deren Handel abzielen, stehen dem Recht im Wesentlichen nur zwei gegensätzliche Arten von Normbefehlen zur Verfügung. Lautet der eine dieser Befehle, das Bildverbot, „schau nicht hin“, so lautet der andere Befehl, das Bildgebot, „schau hin“. Freilich sind diese beiden Arten von Normbefehlen noch weiter ausdifferenziert und teils relativiert, so etwa wenn nur bestimmte Gruppen potenzieller Betrachter ein Bild entweder anschauen oder nicht anschauen sollen, oder wenn ein Bild nur unter bestimmten Umständen gezeigt werden darf. Dennoch ist mit den beiden Normbefehlen des „Schau nicht hin“ und des „Schau hin“ die größere Zahl von Bildverböten ebenso umschrieben wie die vergleichsweise seltener vorkommenden Bildgebote. Beide, Bilderverbote wie Bildergebote, speisen sich trotz ihrer Gegensätzlichkeit in ihrem Glauben an die Macht der Bilder aus der gleichen Wurzel. Geht es bei den Bildverböten darum, die für den Betrachter als schädlich erachtete Macht der Bilder zu bannen, suchen Bildgebote spiegelbildlich sich eine für heilsam erachtete Macht der Bilder zuzunutzen zu machen.

– Bildverbote

Dabei liegen den Bildverböten durchaus unterschiedliche Motivationen zugrunde.⁹⁶

⁹⁵ S. dazu aus der Sicht des Verf. näher Dreier (2018).

⁹⁶ Zur Theorie der Bilderverbote s. die Beiträge in Frankenberg/Niesen (2004); zu einer Zusammenstellung von Fotografien, die – wenn auch nicht immer zu rechtlichen, so doch – zu gesellschaftlichen Disputen geführt haben, Girardin/Pirker (2003).

Nach einem Topos, der sich bis in die Antike zurückverfolgen lässt, ist bereits das Betrachten eines Bildes gleich aus mehrerlei Gründen gefährlich. Bilder sind danach ganz generell nicht dasjenige, was sie darstellen, und indem sie vorgeben zu sein, was sie nicht sind und indem sie als anwesend vorstellen, was in Wahrheit nicht präsent ist, lügen sie. Selbst wenn Bilder nicht lügen und der Betrachter sich von ihnen nicht täuschen lassen sollte, sind sie doch immer nur Abbild, eine Kopie der Wirklichkeit und damit von der – nach Platon idealistischen – Wahrheit weiter entfernt als der abgebildete Gegenstand.⁹⁷

Ebenso alt, wenn nicht gar älter dürften zunächst religiös oder rituell motivierte visuelle Tabus sein, die noch heute fortwirken, wenn derjenige, der die Kontrolle über die Abbildung und die Abbilder hat, sein alleiniges Wissen und mithin seine Macht über das Abgebildete bewahren will, oder wenn es, moderner gedeutet, darum geht, den Betrachter vor einem Anblick zu bewahren, der sich sonst in der Erinnerung einbrennen würde und nicht mehr gelöscht werden könnte. Diese Traditionslinie weist eine unübersehbare Parallele zum Verbot des Essens von der Frucht des verbotenen Baumes auf. Nur vordergründig geht es dort um das Essen, um eine physische im Gegensatz zu einer unkörperlichen Einverleibung des Gesehenen. Denn beim Essen wie beim Sehen kommt es zu einer geistigen Erkenntnis, die der Verbotsgeber für sich behalten und vor deren zerstörerischen Folgen er den Verbotsadressaten bewahren will.⁹⁸

Immer lockt jedoch die Versuchung des Hinsehens, und sei es nur als anthropologisch konditionierter Aufmerksamkeitsreflex, der so stark ist, dass er sich selbst bei aller Willensanstrengung kaum unterdrücken lässt. Entsprechend drastisch sind die angedrohten Strafen, die im Fall der Zuwiderhandlung gegen das Verbot vollstreckt werden. Orpheus, der der Versuchung, sich vor Ablauf der angesetzten Frist umzudrehen, nicht zu widerstehen vermochte, verlor in der griechischen Sage seine Eurydike, und Adam und Eva werden in der Bibel aus dem Paradies vertrieben. In dieser Tradition steht heute vor allem die durch ein Verbot abgesicherte Vorenthaltung pornografischer und gewaltdarstellender Bilder für die Blicke Jugendlicher, ebenso wie das Verbot der Verwendung von Symbolen verfassungsfeindlicher Organisationen.

97 Platon, *Politeia*, 10. Buch, 596 a–598 d und *Sophistes* 235 b–236. – Eine Zusammenstellung von Kerntexten von Platon bis in die Postmoderne in französischer Übersetzung bei Lavaud (1999).

98 Gen. 2.17.

Daneben finden sich andere, teils komplexere Motivationsstränge für Bilderverbote. So geht es bei dem zumeist als der Urvorschrift angeführten mosaischen Bilderverbot keineswegs um die Schädlichkeit des Anblicks des goldenen Kalbes, sondern vielmehr um die theologisch problematische Frage seiner Verwendung und Instrumentalisierung zur Anbetung von Götzen als den falschen Göttern.⁹⁹ Die Anbetung des Kalbes als Gottheit ist der Stein des Anstoßes, stellt dieser doch die monotheistische Stellung Jahwes fundamental in Frage. Das Problem, dass Bilder für eine Glaubensvermittlung zugleich von Nutzen sein können, hat das Tridentinische Konzil im 15. Jahrhundert bekanntlich recht feinsinnig dahin gehend gelöst, dass im Einklang mit dem biblischen Verbot zwar die Bildanbetung als Götzendienst verboten war, die Anbetung des Abgebildeten als Verehrung des einen wahren Gottes hingegen zulässig blieb. Freilich haben sich im Nachgang nicht alle Bildbetrachter an diese Unterscheidung halten wollen. So ist allen ikonoklastischen Bewegungen – vom byzantinischen Bilderstreit über den protestantischen Bildersturm bis hin zur Demontage der Bildnisse und Statuen gestürzter Herrscher – gemein, dass sie die physischen Bilder stellvertretend für dasjenige bestrafen, für das sie stehen.¹⁰⁰ Auch manche der rechtlichen Bildverbote der Gegenwart wollen bestimmte Bilder mit dem Angriff auf deren physische Verkörperung zugleich in ihrer immateriellen Existenz vernichten. So etwa dort, wo das Verbot bereits auf die Herstellung bestimmter Bilder abzielt oder wo hergestellte Exemplare in Folge eines Verstoßes vernichtet werden.

In jüngster Zeit sind schließlich einige Bilderverbote hinzugekommen, die nicht mit der Schädlichkeit des Bildes in seiner Wirkung auf den Betrachter motiviert sind, sondern die – wie insbesondere das Verbot pornografischer Darstellungen von Kindern, aber auch die Ahndung des Fotografierens durch Gaffer bei Unfallgeschehen – um das Wohl und die Würde der Abgebildeten bemüht sind.

Entsprechend dieser unterschiedlichen, teils miteinander verwobenen Motivationslagen finden sich Bilderverbote in so weit auseinanderliegenden Gesetzesmaterien wie dem Strafrecht (Staatsschutz, aber auch Pornographie u.a.), dem Zivilrecht (insbesondere Urheberrecht, aber auch Persönlichkeitsrecht, Gesetz zur Bekämpfung des unlauteren Wettbewerbs u.a.) sowie dem öffentlichen Recht (Datenschutz, Videoüberwachung im

⁹⁹ Zu den unterschiedlichen Ausformulierungen s. Ex. 20, 4, Dtn. 4, 16-18 und 5, 8.

¹⁰⁰ Belting (1990), S. 166 f.; Freedberg (1989), S. 378 ff.

öffentlichen Raum u.a.). In einer zunehmend visuell orientierten Gesellschaft geht es jenseits traditioneller Bilderverbote zum Schutz staatlicher Geheimhaltungsinteressen zugleich – und vielleicht sogar vor allem – um die ideelle und kommerzielle Kontrolle über das eigene (Lebens)Bild, dessen Grenzen von den Persönlichkeitsrechten abgesteckt werden, wie ganz generell um die normativ abgesicherten Aneignungsmöglichkeiten der Ressource „Bild“, die das Urheber- und für bildgebende Verfahren das Patentrecht bereit halten.¹⁰¹

Von der Idee her sollen Bildverbote ebenso wie Rechtsregeln in Bezug auf Entstehung, Kommunikation, Handel und Konsum von Bildern eine die soziale und wirtschaftliche Ordnung stabilisierende Funktion ausüben. Inwieweit Bilderverbote allerdings tatsächlich das Ziel erreichen, das zu erreichen sie aufgestellt wurden, und inwieweit sie dazu grundsätzlich überhaupt geeignet sind, das sind Fragen, die anhand gesonderter sektorspezifischer Fallstudien näher zu untersuchen sind. Dabei ist nicht erst die Zielerreichung in den Blick zu nehmen, sondern bereits die Frage zu beantworten, ob – wie etwa bei der schädlichen Wirkung, die von Ego-Shooter-Spielen ausgeht, in neuerer Zeit durchaus bestritten¹⁰² – die vom jeweiligen Verbot adressierte Gefährdungslage überhaupt als solche besteht.

– Bildgebote¹⁰³

Spiegelbildlich zu den Bilderverboten, die einen negativen Einfluss vom Betrachter fernhalten und verhindern wollen, dass der Betrachter bestimmte abgebildete Dinge sieht, setzen Bildgebote, die darauf abzielen, dass die Betrachter bestimmte Bilder anblicken, umgekehrt auf einen positiven Einfluss des Abgebildeten beziehungsweise dessen, was auf den Bildern zu sehen ist. Soll das Verhalten des potenziellen Betrachters bei den Bilderverboten also möglichst unverändert belassen bleiben, so soll es bei den Bildgeboten umgekehrt gerade verändert werden. Der Verkehrsteilnehmer soll sich den Verkehrsschildern entsprechend verhalten, der Adressat eines

101 Systematische Zusammenstellungen bei Wanckel (2017); Castendyk (2012); Hoeren/Nielen (2003); Koch (2003). – Zum Patentrecht s. noch Kapitel 11.

102 S. nur Sörensen (2018); eine empirische Studie zur Auswirkung sexualisierter Webinhalte auf Jugendliche bei Grimm/Rhein/Müller (2010).

103 S. dazu eingehend auch Kapitel 12.

Spendenaufrufs soll spenden und der Betrachter eines Werbeplakats soll das beworbene Produkt kaufen.

Beiden, Bildverbotten wie Bildgeboten, gemein ist der Glaube an die Macht der Bilder, denen eine Kraft unterstellt wird, die den Betrachter dazu bringt, sein Verhalten zu ändern, so dass das eine Mal mit einem Verbot und das andere Mal mit einem Gebot reagiert wird. Beide, Bildverbote wie Bildgebote, gehen überdies von der anthropologisch konditionierten Aufmerksamkeitsreaktion aus, die in Bildern instinktiv Störungen und Durchbrechungen des zuvor wahrgenommenen Umgebungsmusters erkennt und darauf mit reflexhafter Aufmerksamkeit reagiert. Im Fall der Bilderverbote soll dieser Aufmerksamkeitsreflex erst gar nicht ausgelöst werden. Im Fall der Bildergebote will ihn derjenige, der das Bild verwendet, sich dagegen gerade zunutze machen. Die von den Bildern nach diesem Verständnis ausgehende Macht, die Aufmerksamkeit des Betrachters ohne dessen bewussten Willen auf sich zu ziehen, hat einige bildtheoretische Autoren dazu veranlasst, den aktiven Part in der visuellen Kommunikation zwischen Bild und Betrachter nicht dem Betrachter, sondern dem Bild als dem eigentlich Handelnden zuzuschreiben. Darauf sei nachfolgend noch näher eingegangen.¹⁰⁴

In einem freilich unterscheiden sich rechtliche Bildgebote von den Bildverbotten. Setzen Bildverbote direkt am Bild an, dessen Entstehung und Sichtbarkeit unterbunden werden soll, so trifft das auf Bildgebote nur zu einem geringen Teil zu. So etwa dann, wenn eine Rechtsnorm das Aufstellen eines Verkehrsschildes anordnet. In diesen Fällen kann auch der Vollzug des Gebots – wie schon eines Verbots – am Bild selbst ansetzen und die Entfernung eines Bildes oder das Aufstellen eines Verkehrszeichens mit den Mitteln staatlichen Zwangs erwirken. Verkehrsschilder sind als Verwaltungsakte in ihrer rechtlichen Wirkung ohnehin selbstvollziehend. Im Übrigen aber lassen sich weder das Hinsehen noch das Betrachten eines Bildes erzwingen. Vielmehr vermag das Bild, das angesehen werden soll oder das angesehen werden will, allein den Aufmerksamkeitsreflex dessen auszunutzen, der in den Blickbereich des Bildes kommt. Aus diesem Grund spielen die Größe der Bilder, die Häufigkeit ihrer Darbietung und ein überraschender Bildinhalt – zumal im zunehmenden Kampf um die zunehmend nach ökonomischen Maßstäben bemessene knappe

104 Zur Theorie des Bildaktes s. in Kapitel 4 den Abschnitt „Die Furcht vor den Bildern“.

Ressource Aufmerksamkeit – eine immer größere und entscheidendere Rolle.

Recht und Digitalisierung

Ebenso wie die Bilder sieht sich auch das Recht durch die Digitalisierung und Vernetzung herausgefordert. Wie reagiert das Recht nun auf die mit Digitalisierung und Vernetzung einhergehenden Veränderungen? Wie wird Recht von denjenigen, die von Digitalisierung und Vernetzung in ihren Geschäftsmodellen betroffen sind, zur Durchsetzung ihrer Partikularinteressen instrumentalisiert? Welche Rolle traut sich der Staat unter den gewandelten Umständen noch zu, wenn es darum geht, einen zukunftstauglichen Ordnungsrahmen zu entwerfen, der die mit der Digitalisierung und Vernetzung verbundenen Chancen fördert und zugleich den damit einhergehenden Gefahren begegnet? Mit diesen Fragen ist eine Reihe unterschiedlicher Problemkreise angesprochen.¹⁰⁵

Vordergründig, weil zunächst rein phänomenologisch, ging es in der Diskussion zu Beginn um die schlichte Feststellung, dass digital formatierte Werke, Tonträger und Filme anders als Inhalte in analoger Form ohne Qualitätsverlust und zu Grenzkosten – also zu den reinen Kopierkosten – vervielfältigt werden konnten.¹⁰⁶ Da nicht mehr jeder potenzielle Erwerber ein Vervielfältigungsstück vom Hersteller beziehen musste, fürchteten die Rechteinhaber eine Erosion ihrer auf dem Vertrieb analoger Werkstücke basierenden Geschäftsmodelle. Verschärft wurde diese Entwicklung noch durch den Einsatz der von Informatikern entwickelten Technologie der direkten Informationsübermittlung zwischen einzelnen privaten Knoten im Netz (sog. Peer-to-Peer File-sharing), die den Originalherstellern in erheblichem Umfang auch die Kontrolle über die Distribution ihrer Inhalte entzog.

Die Rechteinhaber suchten sich unter dem Schlagwort „The answer to the machine is in the machine“¹⁰⁷ zunächst durch digitale Wasserzeichen und andere Kennzeichnungen, vor allem aber durch technische Schutzme-

105 Unter Berücksichtigung des geänderten Kommunikationsverhaltens rechtsgebietsübergreifend zusammenfassend und in Bezug auf Bildnisse objektbezogen Herbolt (2017).

106 Zu einer frühen Bestandsaufnahme Dreier/Becker (1994).

107 Clark (1996).

chanismen zur Wehr zu setzen, mittels derer unerlaubte Kopien nach Möglichkeit unterbunden werden sollten. Da sich derartige Kopierschutzmechanismen vor allem bei Musik-CDs am Markt jedoch nicht durchzusetzen vermochten, erwirkte die Content-Industrie neben einem rechtlichen Schutz gegen die Umgehung technischer Schutzmechanismen zugleich eine Verstärkung des Urheberschutzes. Vor allem der europäische Gesetzgeber, der sich dem Ziel eines „hohen Schutzniveaus“ verschrieb, gab diesem Drängen recht bereitwillig nach.¹⁰⁸ Dabei drohte die Balance zwischen Eigentums- und Zugangsrechten in Teilen aus dem Lot zu geraten.¹⁰⁹ Einige Jahre später gelang es den Herstellern darüber hinaus, mittels des Einsatzes von Streaming-Technologie, Produktschlüsseln und technischen Verkapselungen der Inhalte, die Nutzer vom direkten Zugriff auf die den Inhalt repräsentierenden Daten weitgehend auszuschließen. Für den Zugang und die Nutzung auf diese Weise vertriebener Materialien hat das zwei gravierende Auswirkungen. Zum einen markiert diese Entwicklung den Vollzug der schon um die Jahrtausendwende von Rifkin¹¹⁰ vorhergesagten Wende vom zeitlich unbeschränkten Haben hin zum zeitlich beschränkten Zugang. Dadurch wird der gemeinschaftliche, öffentliche Werkgenuss durch eine sternförmige Anbindung der einzelnen Nutzer an den Anbieter ersetzt und so – allen Social Media-Plattformen zum Trotz – letztlich eine gesellschaftliche Vereinzelung der Individuen herbeigeführt.¹¹¹ Zum anderen werden Produkte durch die Digitalisierung und Vernetzung zunehmend in Dienstleistungen transformiert. Damit ist es Anbietern möglich, die Nutzungsmöglichkeiten ihrer Kunden weitgehend abgekoppelt von der gesetzlich vorgegebenen Balance zwischen Eigentums- und Zugangsinteressen nach dem Belieben ihres eigenen Gewinnstrebens zuzuschneiden.¹¹² Diese schon früh als Privatgesetzgebung und als „Code as Law“ gebrandmarkte¹¹³ Entwicklung, die letztlich allein den Gesetzen des Marktes unter Externalisierung außerökonomischer Gemeinwohlinteressen folgt, mag bislang nur in Ansätzen vollzogen sein. Sie wird sich bei

108 Erwägungsgrund 9 der EU-Richtlinie 2001/29/EG vom 22.5.2001 zum Urheberrecht in der Informationsgesellschaft.

109 Zur Funktion urheberrechtlicher Schranken nicht als Ausnahmen, sondern als Instrumenten der Definition der Grenzen gesetzlich gewährter Ausschließlichkeit Dreier (2015).

110 Rifkin (2000).

111 Houkes (2018.)

112 S. dazu Wielsch (2008); Specht (2019).

113 Samuelson (2003); Lessig (1999).

einer Verlagerung der Dienste in die Cloud jedoch rasch fortsetzen. Regulierungstheoretisch mag gegen den privaten Zuschnitt dessen, was den Konsumenten an Freiheitsraum zugestanden wird, solange nichts einzuwenden sein, als der Markt funktioniert. Die dazu erforderliche Voraussetzung eines funktionierenden Wettbewerbs, die den Konsumenten echte Wahl- und Wechselmöglichkeiten gewähren würde, erscheint angesichts der gegenwärtigen oligopolistischen Strukturen, die sich am Markt von Plattform- und sonstigen Internetdienstleistungen momentan herausgebildet haben, jedoch kaum gegeben. Behindert wird das Funktionieren eines unverfälschten Wettbewerbs darüber hinaus durch Netzwerkeffekte (der eigene Nutzen ist umso größer, je mehr Teilnehmer dasselbe System nutzen) und Lock-In-Effekte (die Wechselkosten zu einem neuen System sind größer als die Wechselgewinne, die sich durch die Nutzung des an sich besseren Angebots eines anderen Anbieters erzielen lassen).

Der Gesetzgeber mag die Möglichkeit einer gestalterischen Kontrolle des Verhaltens privater Anbieter noch nicht gänzlich aus der Hand gegeben haben; sein rechtspolitischer Handlungsspielraum ist jedoch begrenzt. Angesichts der zeitlichen Differenz zwischen der erfolgreichen Beendigung eines Gesetzgebungsverfahrens und der sich ungleich rascher vollziehenden Technikentwicklung findet sich der Gesetzgeber in einem Dilemma. Entweder er votiert für eine Regulierung *ex ante*, die sich auf mehr oder minder unsichere Prognosen der Technik- und dieser folgend der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Entwicklung gründet. Dann zieht er sich den Vorwurf zu, paternalistisch bevormundend und innovationsfeindlich zu handeln. Oder er vertraut auf eine Regulierung *ex post*, die jedoch riskiert zu spät zu kommen, sollte das Regelungsbedürfnis entfallen sein und sich eine Fehlentwicklung im ungünstigsten Fall nicht mehr korrigieren lassen. In der Regel hinkt die Gesetzgebung der Technikentwicklung, die zu regulieren sie beabsichtigte, daher hinterher.¹¹⁴ Das gilt vor allem in den USA, die der Handlungsfreiheit des einzelnen Akteurs Vorrang einräumen und anders als europäische Gesetzgeber weniger dazu neigen, schon im Vorfeld der Implementierung einer neuen Technik präventiv für den Schutz vor potenziellen Gefährdungen Sorge zu tragen. In besonderem Maße eingeengt wird der Handlungsspielraum des Gesetzgebers im Bereich des Digitalen und seiner wirtschaftlichen und sozialen

114 Loewenheim, in: Schricker/Loewenheim (2017), Einleitung Rn. 3 („Prozess rechtlicher Reaktion auf die Herausforderungen der Technik und die damit verbundenen wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Entwicklungen“).

Folgen noch dadurch, dass Produkte, Dienstleistungen und Vertriebsmodalitäten in einem zuvor nicht gekannten Maß ausdifferenziert sind und sich immer weiter ausdifferenzieren. Das lässt dem Gesetzgeber kaum eine andere Wahl, als auf Detailregelungen zu verzichten und sich auf eine Rahmengesetzgebung zu beschränken. Damit riskiert er allerdings, die Rechtssicherheits- und Gerechtigkeitserwartungen der Normadressaten und Normunterworfenen zu frustrieren. Das öffnet zugleich den Raum für eine Abwanderung genuin staatlicher Entscheidungsaufgaben zu Privaten, so dass im Einzelfall – auf die Bilder bezogen – nicht mehr der Staat entscheidet, welche Bilder gepostet werden dürfen und welche gelöscht werden müssen, sondern private Großakteure wie Google und Facebook, die, wenn überhaupt, so nur geringen Kontroll- und Transparenzpflichten unterliegen.¹¹⁵

Die Rechtsprechung ihrerseits ist aufgrund der Gesetzesbindung, zu der sie aufgrund der Verfassung verpflichtet ist,¹¹⁶ eng an den Wortlaut bestehender Gesetze gebunden. In bewusster Abkehr von der „unbegrenzten Auslegung“ in Zeiten der nationalsozialistischen Herrschaft¹¹⁷ bemühen sich die deutschen Gerichte um eine vom Zeitgeist möglichst unbeeinträchtigte Auslegung. Das hindert sie zugleich, ohne vorheriges Tätigwerden des Gesetzgebers, den rasch sich vollziehenden Folgen des Technologiewandels immer angemessen Rechnung zu tragen. Stattdessen trifft man gerade in Ländern, die in der römisch-rechtlichen Tradition stehen, nicht selten auf eine nachgerade scholastische Auslegung von Begriffen, die dem analogen Umfeld entstammen und die dann auf digitale Sachverhalte angewendet werden. Ähnliches gilt auch in den Ländern des Common Law-Rechtskreises, soweit dort eine zumeist überaus detaillierte gesetzliche Regelung den Gerichten den im reinen Fallrecht offen stehenden Spielraum des „distinguishing“ – also der Unterscheidung des vorliegenden von den zuvor entschiedenen Fällen – verschließt. Paradebeispiel dafür ist die „Vervielfältigung“, einer der Zentralbegriffe der nationalen wie internationalen Urheberrechtsordnung. In Bezug auf mittels der Druckerpresse hergestellter Kopien (sog. „Token“ eines Werkes) vergleichsweise

115 Zum Recht auf Vergessenwerden EuGH Rs. C-131/12 v. 13.05.2014 – Google Spain and Google; zur bewussten Inpflichtnahme der privaten Großakteure durch den Staat s. § 3 des Gesetzes zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung in sozialen Netzwerken (Netzwerkdurchsetzungsgesetz – NetzDG).

116 Art. 20 Abs. 3, 2. Hs. GG.

117 Rüthers (1973).

klar umrissen,¹¹⁸ wird diese Definition vom Druckvorgang abstrahiert und auf die Vorgänge übertragen, die im Zuge elektronischer Datenverarbeitung anfallen.¹¹⁹ Auf diese Weise geht mit der Übermittlung eines Bildes und dessen Betrachtung gleich eine ganze Vielzahl von „Vervielfältigungen“ einher, vom Scan der Vorlage über die Abspeicherung im Speicher des absendenden Gerätes über die nur Millisekunden dauernde Zwischenspeicherungen der Daten in Netzroutern bis hin zur Kopie im Arbeitsspeicher, auf der Festplatte und ggf. sogar während des Betrachtens am Bildschirm. Keine Rolle spielt dabei, ob diese teils nur höchst flüchtigen Duplizierungen des Datensatzes, der das betreffende Bild repräsentiert, die wirtschaftliche und kommunikative Funktion erfüllen, die zuvor eine klassische analoge Kopie erfüllt hatte. Im Ergebnis führt das zu einer den Inhabern der Bildrechte durchaus willkommenen Ausdehnung der rechtlichen Kontrollbefugnisse bis weit in den Bereich der privaten Nutzung hinein. War das Betrachten eines Bildes im Analogen zuvor urheberrechtsfrei, so ist der kommunikativ gleichwertige Vorgang im Digitalen der Kontrolle des Bildrechteinhabers unterworfen und mithin von dessen Zustimmung abhängig. Das bedeutet eine erhebliche Bevorzugung der Anerkennung von proprietären gegenüber Zugangsinteressen. In der Praxis als teilweise wirksam erwiesen hat sich dagegen die Möglichkeit der deutschen Gerichte, die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Anbieter digitaler Dienste kontrollieren zu können. Aber auch hier ist in den letzten Jahren eine größere Bereitschaft der Gerichte zu beobachten, nicht in Marktentwicklungen einzugreifen, die zu einer Ausdifferenzierung von Produkten und Dienstleistungen geführt haben.

Schließlich sehen sich Gesetzgebung und Rechtsprechung gleichermaßen mit dem grundlegenden Wandel der sozialen Voraussetzungen des Bildgebrauchs konfrontiert. Dabei geht es nicht nur um die Masse der Bilder, die für das auf die prozessuale Abarbeitung einzelner Rechtsverstöße und individueller Konflikte ausgelegte Recht zu einem Problem vor allem der Rechtsdurchsetzung wird, und als deren Folge die „große Symbolma-

118 Lemmata „Vervielfältigung“, „Token“ und „Kopie“ in Ortland/Dreier/Schmücker (im Erscheinen).

119 Paradigmatisch EuGH Rs. C-5/08 v. 16.7.2009 – Infopaq International. Anders vor Verabschiedung der europäischen Regelung noch BGH v. 4.10.1990, GRUR 1991, 449, 453 – Betriebssystem (tatsächliche technische Vervielfältigungsvorgänge nicht uneingeschränkt vom Vervielfältigungsrecht erfasst).

schine Recht“ in der Tat ausgedient haben könnte.¹²⁰ Hinzu kommt die exponentielle Zunahme von Kameras im öffentlichen Raum, wie sie in westlichen Demokratien unter Hinweis auf die Sicherheit im öffentlichen und zunehmend auch im privaten Raum installiert und wie sie in totalitären Regimen ganz bewusst zur Disziplinierung der Individuen und zur Durchsetzung staatlicher Herrschaftsansprüche eingesetzt werden.¹²¹

Vor allem lässt sich eine weit grundsätzlichere Verschiebung und Neudefinition der Grenze konstatieren, die die Öffentlichkeit von der Privatheit abtrennt. Diese Grenzverschiebung hat sich – wenn auch nicht ausschließlich, so aber doch zu einem Gutteil – aufgrund von Digitalisierung, Vernetzung und Demokratisierung bilderzeugender wie bildkommunizierender Apparaturen unter grundsätzlicher Veränderung des Verständnisses von Individuum und Gesellschaft vollzogen. Der Wandel betrifft die horizontale Abgrenzung unterschiedlicher Gruppen ebenso wie die vertikale Abgrenzung von Öffentlichkeit und Privatheit. So ließ sich schon seit den Jugendbewegungen der 50er und 60er Jahre des vorigen Jahrhunderts der Beginn des Zerfalls der einen, monolithischen Öffentlichkeit in eine Vielzahl überaus ausdifferenzierter Sub- und Sub-sub-Öffentlichkeiten beobachten. Erhob die eine Öffentlichkeit in ihrer Verpflichtung auf einen zunächst adeligen und nachfolgend bürgerlichen Begriff der Ehre, des Schicklichen und des Comment noch den Anspruch auf politische, gesellschaftliche und kulturelle Allgemeingültigkeit, folgen die Teil-Öffentlichkeiten jeweils unterschiedlichen Regeln, die sie sich selbst gegeben haben und deren Formulierung das entscheidende Kriterium zur Konstituierung der jeweiligen Gruppe als Sub-Öffentlichkeit nach innen wie zur Abgrenzung gegenüber anderen Gruppen nach außen darstellt. Die Wurzeln dieser Entwicklung mag man in den antibürgerlichen alternativen Gesellschaftsentwürfen in der Zeit vor dem ersten Weltkrieg sehen. Für den Bildgebrauch gab es dann in den 80er Jahren des 20. Jahrhunderts mit der von der Regierung Kohl forcierten Einführung des Privatfernsehens einen ersten An Schub, mittels dessen alternative Lebensentwürfe erstmals auch öffentlich in breiterem Umfang kommuniziert wurden. Die Demokratisierung der Kommunikationsmittel zunächst durch den Personal Computer, später dann insbesondere durch Smartphones und Tablets sowie die Social Media-Plattformen hat die Aufsplitterung der einstmals einen Öffentlich-

120 Vismann (2007), S. 22; s. auch Kapitel 9.

121 S. nur Hempel/Metelmann (2005); Gaycken/Kurz (2008); Kammerer (2008); Bauman/Lyon (2013).

keit in eine längst unüberschaubare Vielzahl von Teil-Öffentlichkeiten zu ihrem bisherigen Höhepunkt gebracht, ohne dass einstweilen erkennbar wäre, welche Gegenkräfte zwischen den untereinander teils hermetisch abgeschotteten Teil-Öffentlichkeiten einen hinreichenden Zusammenhalt zu stiften vermöchten.

Mit dieser Atomisierung der einstmals monolithischen Öffentlichkeit geht zugleich eine Aufwertung des Individuellen einher, das seine Geltungserwartungen über den zuvor rein privaten Bereich in den öffentlichen Raum ebenso hineinträgt, wie es zunehmend bereit ist, das früher unter dem Begriff des Öffentlichen Verhandelte in den einstmals gegenüber der Öffentlichkeit hermetisch abgeschirmten Bereich des Privaten hineinzu lassen. Das betrifft diejenigen, die als vormalige Privatpersonen aus eigenem Antrieb in dasjenige vordringen, was früher einmal als Öffentlichkeit galt, wie umgekehrt diejenigen, die als Stars, Berühmte, Prominente oder nur kurzzeitig im Licht der Berichterstattung Stehende dasjenige, was früher einmal als Privat galt, gegenüber den Übergriffen von Paparazzi und Societymedien zu schützen suchen.¹²² Letztlich geht es hier um Kontrolle über das eigene Selbstbild ebenso wie um die für die Individuen und zugleich auch die Gesellschaft wichtige Versiegelung und Verteidigung eigener Handlungsspielräume.¹²³ Öffentlich einsehbare Bilderposts auf Social-Media-Plattformen werden von den Postenden ebenso als private Selbstdarstellung verstanden, wie sie im bislang öffentlichen Raum einen rechtlichen Schutz des Privaten beanspruchen, eine Art Kokon der Privatheit, der sie auch im öffentlichen Raum mit schützender Privatheit umgibt.¹²⁴ Diese Entwicklung hat Ladeur zutreffend wie folgt beschrieben: „Nicht nur die Vorstellung der Funktion der Öffentlichkeit auch die Konstitution der Persönlichkeit und des Persönlichkeitsrechts ist von Prozessen der Selbstveränderung der Gesellschaft und ihrer Reflexion in Räumen des

122 Zu Stars und Prominenz Keller (2008); Schneider (2004); zur Verarbeitung der Problemlage durch das Recht Steinhauer (2009); zu Paparazzis der von Chéroux (2014) herausgegebene Ausstellungskatalog.

123 Eingehend Nagel (2002), S. 3 ff.; Sofsky (2007); Rössler (2001); skeptisch hinsichtlich des Fortbestandes der Privatsphäre Schaar (2007); für deren kapitulierende Aufgabe hingegen Heller (2011).

124 Paradigmatisch der dem Beschluss des BVerfG BvR 2112/15 v. 8.2.2018 zugrunde liegende Fall der vom Straßen-Fotografen Espen Eichhöfer fotografierten Pasantin im Schlangenkleid.

Öffentlichen abhängig.“¹²⁵ Nicht zu übersehen ist dabei, dass sich diese Entwicklung zeitgleich mit der zunehmenden Privatisierung des öffentlichen Raumes vollzieht, die in den die öffentlichen Marktplätze ersetzenden Einkaufszentren und Shopping Malls ihren sinnfälligsten Ausdruck findet.¹²⁶ Dementsprechend haben sich auch die informativen und ästhetischen Erwartungen, die die Betrachter an die Bilder stellen, ebenso verändert wie die Art und Weise, in der diese im Rahmen einer gesellschaftlichen Aushandlung zur Informationsverarbeitung eingesetzt werden.¹²⁷

Wie hat nun das Recht auf diesen Wandel reagiert? Diese für das Forschungsfeld „Bild und Recht“ zentrale Fragestellung kann hier nicht umfassend abgearbeitet werden. In den nachfolgenden, in Teil 2 versammelten Kapiteln finden sich hierzu einige weitere Ausführungen.

In Bezug auf die übergeordnete Frage nach den Auswirkungen und der Rezeption dieser Wandlungen für die Interpretation der verfassungsrechtlich garantierten Grundrechte hat Ladeur¹²⁸ nachgezeichnet, wie in Deutschland das Bundesverfassungsgericht und der Bundesgerichtshof der Entwicklung durch ein zunehmend ausdifferenzierteres System der Abwägung grundgesetzlich geschützter Individualrechte zu entsprechen gesucht haben. Dabei geht es zumeist um die Abwägung von Persönlichkeits- und zu einem gewissen Grad auch von Eigentumsrechten auf der einen und der Presse-, der Meinungs- sowie der Kunstfreiheit auf der anderen Seite. Ladeurs Kritik zielt nun darauf, dass es „unter den Bedingungen der Ausdifferenzierung unterschiedlicher gesellschaftlicher Teilsysteme, die von übergreifenden Leistungserwartungen entlastet sind“ mit der „Konstatierung der Individualisierung von Interessen nicht sein Bewenden haben“ könne. Vielmehr müsse das Recht „stärker darauf verwiesen werden, Ordnungsmuster und Verknüpfungsregeln in anderen Teilsystemen zu beobachten und daran seine eigenen Regeln anzuschließen, statt von Fall zu Fall Interessen miteinander zu kompatibilisieren.“ Mit anderen Worten,

125 Ladeur (2007), S. 55. – Grundlegend aus der Sicht der Soziologie noch vor Digitalisierung und Vernetzung Sennett (1974/1983).

126 Zu der in Deutschland – im Vergleich zu den gegenüber Propertisierungstendenzen des öffentlichen Raumes offeneren USA – rechtlichen Gegenreaktion, die auch private Eigentümer öffentlicher Verkehrsflächen einer weitgehenden Grundrechtsbindung unterwirft, BVerfG v. 22.2.2011, 1 BvR 699/06 – Fraport sowie v. 11.4.2018, 1 BvR 3080/09 – Stadionverbot.

127 S. etwa Ullrich (1997); zusammenfassend Geimer (2009), S. 106 ff.; Lunenfeld (2010), S. 347 ff.

128 Ladeur (2007).

„die Leistungen, die das Rechtssystem zur Erhaltung der Selbsterneuerungsfähigkeit der gesellschaftlichen Teilbereiche erbringen kann, dürfe nicht aus einer vorfindlichen, als stabil unterstellten ‚Aufgabe‘ oder gar vom Staat her gedacht werden, sondern müssen auf den Wandel eingestellt sein.“¹²⁹

An dieser Kritik ist zweifellos richtig, dass die Rechtsprechung der Nachkriegszeit zwar den Wandel von einem vordemokratischen Öffentlichkeitsverständnis, das gesellschaftlich weitgehend anerkannte, außergesetzliche Verhaltensstandards zur Grundlage hatte, hin zu einem Verständnis der Öffentlichkeit als Forum für den demokratischen Meinungsbildungsdiskurs vollzogen hat, indem sie den Meinungsäußerungsfreiheiten einen hohen Stellenwert zugemessen hat. Das postmoderne Verständnis von Öffentlichkeit mit seinen zahlreichen ausdifferenzierten Erwartungen in Bezug auf die Absicherung individueller Geltungsansprüche hingegen hat die Rechtsprechung bislang noch nicht wirklich rezipiert. Die von der Kritik Ladeurs geforderte Berücksichtigung außerrechtlicher Verhaltensstandards im Recht gerät jedoch in Gefahr, die Flanke zu öffnen, die durch das Recht von seiner Grundidee her geschlossen werden soll, ist es doch gerade Aufgabe des Rechts, die Entscheidung des konkreten Rechtsstreits von den Machtinteressen der an diesem Streit Beteiligten nach Möglichkeit frei zu halten. Vorstellungen des Zeitgeistes und neuere Entwicklungen sollen nicht ad hoc in den Gesetzestext hineingelesen und bei seiner Auslegung gerade nicht ungefiltert berücksichtigt werden.

Freilich kann es weder um totale Immunisierung des Rechts gegenüber der zu regulierenden Lebenswirklichkeit gehen, noch um eine totale Ausrichtung des Rechts am jeweiligen Zeitgeist eben dieser Lebensumstände. Die Diskussion um diese beiden antagonistischen Positionen reicht weit zurück, die Argumente sind bereits im Streit zwischen historischer und Freirechtsschule ausformuliert. Genauer betrachtet agiert die Rechtsprechung bei der Abwägung konfligierender Grundrechtspositionen auch gar nicht in einem luftleeren Raum. Indem die Gerichte wiederholt auf eine Reihe feststehender Werte – insbesondere die Privat- und die Intimsphäre, den Jugend- und den Datenschutz – rekurren, die über die nationalen und europäischen Grundrechte zu Grundpfeilern der Rechtsordnung geworden sind, modifizieren sie diese auf eine behutsam konservative Weise in Reaktion auf gewandelte Verhältnisse und Problemlagen. Ein solches

129 Ebda., S. 42, 276.

Vorgehen ist durchaus geeignet, die berechtigten Erwartungen der Rechtsadressaten in Bezug auf die Planbarkeit ihrer eigenen Handlungen zu stabilisieren. Zugleich ist durch die wiederholte Abwägung – jedenfalls bei der in Deutschland gegebenen Falldichte – die Möglichkeit einer sukzessiven Nachführung der Rechtsprechung an die gewandelten Umstände ebenso gegeben wie die Entwicklung von Leitlinien für die Zukunft.

Unterhalb der verfassungsrechtlichen Ebene sind Rechtsprechung und Gesetzgebung weit rascher und auch direkter mit neuen Fragestellungen konfrontiert, die aus den Wandlungen des Bildgebrauchs resultieren. Aus der Fülle der zu Bilderfragen ergangenen Urteile ragen Fragen zu urheberrechtlichen Problemlagen und solchen des Rechts am eigenen Bild heraus, wobei letztere inzwischen noch durch den allgemeinen Datenschutz überformt sind.¹³⁰ Dagegen kommt Rechtsfragen des Handels mit Bildern eine zahlenmäßig geringere Bedeutung zu. Aus all den Detailfragen, die sich in der urheber- und persönlichkeitsrechtlichen Literatur extensiv abgehandelt finden, kristallisiert sich heraus, dass das Recht große Schwierigkeiten im Umgang mit den gewandelten Formen bildlicher Kommunikation hat. Denn bei der Kommunikation eigener wie fremder Bilder geht es nicht allein um Handlungen eines Subjekts in Bezug auf ein Objekt, sondern um Handlungen zur Selbstdarstellung und Identitätsfindung, um den Versuch also, das Selbstbild durch Fremdbilder zu definieren und Selbstbewusstsein aus Anerkennung zu gewinnen. Dass ein Recht, das wie das geltende UrhG auf Nutzungshandlungen eines Nutzers (Subjekt) in Bezug auf ein fremdes Werk (Objekt) abstellt, dem nicht wirklich gerecht werden kann, liegt auf der Hand.¹³¹

130 Zusammenfassend vor der DSGVO Herbolt (2017), S. 115 ff.; zum Verhältnis nach Inkrafttreten der DSGVO Specht in: Dreier/Schulze (2018), Vor § 22 KUG Rn. 2 und 6 a und Specht (im Erscheinen).

131 S. dazu näher Kapitel 9.