

YOUNG ACADEMICS

Rechtswissenschaft

14

Sven Braun

Die Kunst ist frei – auch von Datenschutz

Art. 85 DS-GVO und die Kunstfreiheit

YOUNG ACADEMICS

Rechtswissenschaft | 14

Sven Braun

Die Kunst ist frei – auch von Datenschutz

Art. 85 DS-GVO und die Kunstfreiheit

Mit einem Geleitwort von Prof. Dr. Nikolaus Marsch

Tectum Verlag

Sven Braun

Die Kunst ist frei – auch von Datenschutz

Art. 85 DS-GVO und die Kunstfreiheit

Die Arbeit wurde unter dem Titel: „Ist das noch von der Kunstfreiheit gedeckt? Die Anwendbarkeit von Art. 85 DS-GVO im Bereich der interaktiven Kunst“ im SoSe 2023 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Universität des Saarlandes als Master-Arbeit angenommen.

© Tectum Verlag – ein Verlag in der Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2024
ePDF 978-3-68900-057-8

(Dieser Titel ist zugleich als gedrucktes Werk unter der ISBN
978-3-68900-056-1 im Tectum Verlag erschienen.)

ISSN 2940-0651

Young Academics: Rechtswissenschaft; Bd. 14

DOI: <https://doi.org/10.5771/9783689000578>

Gesamtherstellung:

Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG

Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden



Onlineversion
Tectum eLibrary

Alle Rechte vorbehalten

Besuchen Sie uns im Internet

www.tectum-verlag.de

Bibliografische Informationen der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der
Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Angaben
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung
4.0 International Lizenz.

Geleitwort

Das europäische Datenschutzrecht erfasst nahezu alle Lebensbereiche der digitalisierten Welt. Als *law of everything* (Nadezhda Purtova)* ist es zwangsläufig auf Abwägungen mit kollidierenden Rechtsgütern und Interessen angelegt. Die Datenschutzgrundverordnung (DS-GVO) überlässt diese Abwägungen weitgehend den Rechtsanwendern – also den Datenverarbeitern, den Datenschutzaufsichtsbehörden und den Gerichten. Der europäische Gesetzgeber ist noch einen Schritt weiter gegangen, wenn es um Interessenkollisionen geht, deren Auflösungen in besonderer Weise rechtskulturell geprägt sind und die sich daher einer europäischen Harmonisierung stärker widersetzen. Hier überlässt die DS-GVO die erforderliche Grundrechtsabwägung den Mitgliedstaaten – allerdings nicht, ohne zugleich einen europarechtlichen Rahmen zu setzen. Einen auf diese Weise gerahmten Regelungsauftrag enthält insbesondere die Öffnungsklausel des Art. 85 DS-GVO, der den Mitgliedstaaten aufgibt, „den Schutz personenbezogener Daten gemäß dieser Verordnung mit dem Recht auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit, einschließlich der Verarbeitung zu journalistischen Zwecken und zu wissenschaftlichen, künstlerischen oder literarischen Zwecken, in Einklang“ zu bringen. Die Öffnung zugunsten der Meinungsfreiheit ist in der rechtswissenschaftlichen Literatur wegen ihrer grundlegenden Bedeutung für die Medien und das demokratische Zu-

* *Purtova*, The law of everything. Broad concept of personal data and future of EU data protection law, *Law Innov. Technol.* 10 (2018), S. 42 ff.

sammenleben Gegenstand einer breiten Diskussion. Hingegen ist, obwohl Kunst als Ausdruck menschlicher Kreativität und Individualität einen bedeutenden Platz im digitalen Leben einnimmt, der Regelungsauftrag im Hinblick auf die Verarbeitung personenbezogener Daten zu künstlerischen Zwecken bislang eher unterbelichtet geblieben. Die vorliegende Masterarbeit von Sven Braun verkleinert diese Forschungslücke.

Die Untersuchung hat zum Ziel, das grundrechtliche Spannungsverhältnis zwischen dem Recht auf Datenschutz und der Kunstfreiheit auszuloten. Hierfür geht der Autor der Frage nach, inwieweit die Regelungen des europäischen und nationalen Datenschutzrechts auch die Verarbeitung personenbezogener Daten zu künstlerischen Zwecken erfassen und ob diese Regelungen geeignet sind, das grundrechtliche Spannungsverhältnis angemessen aufzulösen. Zunächst wird hierzu der für künstlerische Verarbeitungen geltende europäische und nationale Rechtsrahmen aufgespannt. Im anschließenden ersten Schwerpunkt der Untersuchung folgt sodann eine intensive Auseinandersetzung mit dem grundrechtlichen Spannungsverhältnis von Meinungsäußerungsfreiheit, Kunstfreiheit und Datenschutz unter Berücksichtigung der Europäischen Menschenrechtskonvention, der europäischen Grundrechtecharta und des Grundgesetzes. Der Autor grenzt die grundrechtlichen Schutzbereiche voneinander ab und ermittelt unter Heranziehung relevanter Rechtsprechung Abwägungskriterien für Kunstfreiheit und Datenschutz. Es zeigt sich, dass sich beide Grundrechte nicht ohne Weiteres miteinander in Einklang bringen lassen und hierfür geeignete Kriterien noch entwickelt werden müssen. Im zweiten Schwerpunkt der Arbeit werden deutliche Kohärenzprobleme von Datenschutz und Kunst offengelegt. Zum einen kommt der Europäischen Union nach Auffassung des Autors nur eine eingeschränkte Kompetenz für die Regelung des Datenschutzes im Bereich der Kunst zu, die sie mit der geltenden Ausgestaltung des Art. 85 DS-GVO überschritten hat. Zum anderen werden zentrale Probleme bei der Anwendung datenschutzrechtlicher Regelungen im Bereich der Kunst zur Sprache gebracht. Hier zeigt sich, wie im Bereich der Kunst schon grundlegende Konzep-

te der DS-GVO, wie die Ermittlung des datenschutzrechtlich Verantwortlichen, an ihre Grenzen stoßen. Folglich plädiert der Autor in einer abschließenden Stellungnahme für einen Grundrechtsausgleich unter Entkoppelung künstlerischer Zwecke aus dem Datenschutzrecht.

Nicht zuletzt aufgrund jüngster Entwicklungen im Bereich der künstlichen Intelligenz ist anzunehmen, dass die künstlerische Auseinandersetzung mit personenbezogenen Daten weiter zunehmen wird. Mit der vorliegenden Arbeit leistet der Autor einen fundierten Beitrag zum besseren Verständnis der Probleme und Lösungsmöglichkeiten im Spannungsverhältnis von Kunst und Datenschutz. Sven Braun wirft gesellschaftlich noch nicht verhandelte Fragen auf und regt zu weiteren Diskussionen an.

Prof. Dr. Nikolaus Marsch

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung	1
B. Rechtsrahmen für künstlerische Verarbeitungen personenbezogener Daten	5
I. (Keine) Definition von Kunst	5
II. Europäischer Rechtsrahmen	6
1. Bisherige Rechtslage nach der Datenschutz- Richtlinie	6
2. Öffnungsklausel des Art. 85 DS-GVO	7
III. Nationaler Rechtsrahmen	9
1. Bisherige Rechtslage nach dem BDSG a.F.	9
2. Zivilrechtliches Äußerungsrecht	9
3. Kunsturhebergesetz	10
4. Landesdatenschutzgesetze	12
C. Grundrechtliche Dimension des Art. 85 DS-GVO	15
I. Anwendungsvorrang europäischer oder nationaler Grundrechte?	15
1. Verschränkte Grundrechtssphären (BVerfG)	16
2. Kumulations- bzw. Vereinigungsthese (EuGH)	18
3. Ergebnis	18

II. Schutzbereiche der kollidierenden Grundrechte	19
1. Meinungsäußerungs- und Informationsfreiheit	20
a) Konventionsrechtlicher Schutz nach Art. 10 EMRK	20
b) Unionsrechtlicher Schutz nach Art. 11 GRCh	21
c) Grundgesetzlicher Schutz nach Art. 5 Abs. 1 und 2 GG	22
d) Zwischenfazit	23
2. Kunstfreiheit	23
a) Art. 85 DS-GVO – Abwägung mit der Kunstfreiheit?	24
aa) Wortlautauslegung	25
bb) Systematische Auslegung	27
(1) Innere Systematik	27
(2) Äußere Systematik	28
(3) Rechtsaktübergreifende Auslegung	29
(4) Ergebnis	31
cc) Genetische Auslegung	31
(1) Bisherige Rechtslage nach Art. 9 DS-RL	31
(2) Entwurf der Europäischen Kommission	32
(3) Erste Lesung des Europäischen Parlaments	32
(4) Erste Lesung des Rates der Europäischen Union	33
(5) Ergebnis	34
dd) Teleologische Auslegung und <i>effet utile</i>	34
ee) Ergebnis	36
b) Schutzbereich	37
aa) Konventionsrechtlicher Schutz nach Art. 10 EMRK	37
bb) Unionsrechtlicher Schutz nach Art. 13 GRCh	39

cc) Grundgesetzlicher Schutz nach Art. 5 Abs. 3 GG	40
c) Zwischenfazit	42
3. Recht auf Datenschutz	43
a) Konventionsrechtlicher Schutz nach Art. 8 EMRK	43
b) Unionsrechtlicher Schutz nach Art. 7 und Art. 8 GRCh	44
c) Grundgesetzlicher Schutz nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG	46
d) Zwischenfazit	47
III. Kollision und Abwägungskriterien	47
1. Unionsrechtliche Abwägung	48
2. Grundgesetzliche Abwägung	49
3. Zwischenfazit	51
IV. Ergebnis	52
 D. Kohärenzprobleme von Datenschutz und Kunst <i>de lege lata</i>	 55
I. EU-Kompetenz für künstlerische Verarbeitungen aus Art. 16 Abs. 2 AEUV?	55
1. Verarbeitungen durch Unionsorgane (1. Var)	56
2. Verarbeitungen im Anwendungsbereich des Unionsrechts (2. Var)	57
a) Reichweite des Anwendungsbereichs des Unionsrechts	58
b) Umfassende Querschnittskompetenz aus Art. 16 AEUV?	58
c) Datenschutz im Anwendungsbereich der Kulturklausel (Art. 167 AEUV)?	59
aa) Gegenstand und Reichweite der Kulturkompetenz	60

bb) Datenschutz als Kulturförderung (Art. 167 Abs. 2 und 5 AEUV)?	61
cc) Datenschutz als Berücksichtigung der „Querschnittsklausel“ (Art. 167 Abs. 4 AEUV)?	61
(1) Zur Schaffung eines Abwägungsrahmens?	62
(2) Bei direkter Anwendung der DS-GVO?	63
dd) Zwischenfazit	65
d) „Überschießende Dynamik“ des Art. 16 AEUV?	65
e) Zwischenfazit	67
3. Freier Datenverkehr (3. Var)	67
4. Ergebnis	68
II. Unstimmigkeiten datenschutzrechtlicher Anforderungen im Bereich der Kunst	69
1. Wer ist „Verantwortlicher“ i.S.d. Art. 4 Nr. 7 DS-GVO?	69
a) Im Werkbereich: Künstlerisch tätige Personen?	70
b) Im Wirkbereich: Eigentümer oder Besitzer eines Werks?	70
2. Datensicherheit	71
a) Gewährleistung der Datensicherheit (Art. 5, 24, 32 DS-GVO)	72
b) Datenschutzverletzungen (Art. 33 DS-GVO)	73
c) Schadenersatz (Art. 82 DS-GVO)	74
3. Auskunftsrecht (Art. 15 DS-GVO)	75
III. Stellungnahme	76

E. Zur Abkehr von datenschutzrechtlichen Pflichten in der Kunst <i>de lege ferenda</i>	77
F. Fazit	79
Anhang: Regelung künstlerischer Verarbeitungen in Landesdatenschutzgesetzen	81
Literaturverzeichnis	83

Abkürzungsverzeichnis

Für weitere, hier nicht aufgeführte (insbesondere geläufigere) Abkürzungen siehe *Kirchner, Hildebert* (Begr.): Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache. 10. Aufl., Berlin/Boston 2021.

a.A.	andere(r) Ansicht
a.F.	alte Fassung
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
BayDSG	Bayerisches Datenschutzgesetz
BbgDSG	Brandenburgisches Datenschutzgesetz
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
BGH	Bundesgerichtshof
BlnDSG	Berliner Datenschutzgesetz
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BW	Baden-Württemberg
DS-GVO	Datenschutz-Grundverordnung
DS-RL	Datenschutz-Richtlinie
DSAG LSA	Datenschutz-Grundverordnungs-Ausfüllungsgesetz Sachsen-Anhalt
DSG	Datenschutzgesetz
EGMR	Europäischer Menschenrechtsgerichtshof
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention

Abkürzungsverzeichnis

ErwG	Erwägungsgrund
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUV	Vertrag über die Europäische Union
GG	Grundgesetz
GRCh	Grundrechtecharta
Herv. d. Verf.	Hervorhebung des Verfassers
HmbDSG	Hamburgisches Datenschutzgesetz
i.S.d.	im Sinne des / im Sinne der
i.V.m.	in Verbindung mit
KUG	Kunsturhebergesetz
LD SG	Landesdatenschutzgesetz
LT-Drs.	Landtagsdrucksache
LT-St.	Landtag-Stellungnahme
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MV	Mecklenburg-Vorpommern
NRW	Nordrhein-Westfalen
ThürDSG	Thüringer Datenschutzgesetz

A. Einführung

Die Darstellung von Menschen zählt zu den ältesten Motiven der Malerei. Mit dem Aufkommen der Medienkunst im 20. Jahrhundert wurden Menschen jedoch nicht mehr nur in Gemälden oder Skulpturen abgebildet beziehungsweise in der Literatur beschrieben, vielmehr fanden im Zuge der fortschreitenden Erschließung des Digitalen weitere personenbezogene Daten ihren Weg in die Kunst. So hat beispielsweise *Heather Dewey-Hagborg* in ihrer Arbeit „Stranger Visions“ (2012/2013) Haare und weitere Träger menschlicher DNA an öffentlichen Orten gesammelt und digitalisiert. Aus den genetischen Informationen erzeugte *Dewey-Hagborg* Porträts, die zeigen, wie die Personen aussehen könnten.¹ Die Installation „Daten|Spuren“ von *Max-Gerd Retzlaff* und *Alex Wenger* (2015) erfasst vielmehr technische WLAN-Daten der Mobiltelefone des Publikums – ohne dessen aktives Zutun. Unter Hinzuziehung öffentlich zugänglicher Informationen wird anhand dieser Daten auf einer Karte dargestellt, welche Orte das Publikum bereits besuchte.² Ein weiteres Beispiel ist die interaktive Arbeit „FLICK_KA“ von *Peter Weibel* und *Matthias Gommel* (seit 2007). Diese erlaubt es dem Publikum, in einem Fotoautomaten ein Bild von sich aufzunehmen und in einer Online-Galerie auszustellen.³ Darauf aufbauend entstand 2019 die Arbeit „Flick KA AI“ von *Daniel Heiss*, welcher die in der Online-Gale-

1 *Dewey-Hagborg*, *Stranger Visions*.

2 *Retzlaff/Wenger*, *Daten|Spuren*.

3 *Weibel/Gommel*, *FLICK_KA*; ZKM | Zentrum für Kunst und Medien Karlsruhe, *FLICK_KA*.

rie von „FLICK_KA“ gespeicherten Bilder in ein ComputermodeLL ein-speiste, um künstliche Porträts zu generieren, die von den tatsächlichen Fotos kaum unterscheidbar sind.⁴

Diejenigen Werke, die personenbezogene Daten „unbefragt“ verarbeiten, führen das grundrechtlich geprägte Spannungsverhältnis der Freiheit der Kunst und des Rechts auf Datenschutz besonders deutlich vor Augen: Die Kunst ist frei, der Datenschutz setzt hingegen auf die Entscheidungshoheit über die eigenen Daten. Das Datenschutzrecht erkennt und adressiert diesen Grundrechtskonflikt. Auf Grundlage der Öffnungsklausel des Art. 85 DS-GVO können im Recht der EU-Mitgliedstaaten weitreichende Ausnahmen von datenschutzrechtlichen Pflichten für künstlerische Zwecke vorgenommen werden. Gleichzeitig liegt die Regelungskompetenz für künstlerische Belange grundsätzlich bei den Mitgliedstaaten. Deshalb ist unklar, ob die EU überhaupt über die primärrechtliche Kompetenz verfügt, datenschutzrechtliche Regelungen im Bereich der Kunst zu erlassen. Darüber hinaus wohnt dem Datenschutzrecht vor allem ein vorbeugender Schutzcharakter inne, etwa durch die Forderung der Zweckbindung und Rechtmäßigkeit der Verarbeitung, aber auch die Schaffung von Betroffenenrechten sowie mannigfaltigen Dokumentationspflichten. Die auch nur beschränkte Anwendung solcher datenschutzrechtlicher Pflichten auf die Kunst birgt die Gefahr eines grundrechtlichen Ungleichgewichts zulasten der Kunstfreiheit. Dies stellt eine der zentralen Herausforderungen für den Datenschutz in der Kunst dar, die in der Literatur bislang nahezu unbeachtet blieb.⁵

Vor diesem Hintergrund ist es Ziel dieser Arbeit, das Spannungsverhältnis des Rechts auf Datenschutz und der Kunstfreiheit hinsichtlich des Art. 85 DS-GVO erstmalig tiefergehend zu kartografieren

4 Heiss, Flick KA AI.

5 Bislang konzentriert sich die Literatur auf das Verhältnis von Datenschutz und das Recht am eigenen Bild im Allgemeinen (statt vieler *Benedikt/Kranig*, ZD 2019, 4; *Rajji*, ZD 2019, 61) sowie der Straßenfotografie im Speziellen (nur *Duhnkrack*, JIPLP 15 (2020), 66; *Hildebrand*, ZUM 2018, 585; *Bienemann*, ZUM 2017, 741).

und zu bewerten.⁶ Hierfür wird eingangs der europäische und deutsche Rechtsrahmen für die Verarbeitung personenbezogener Daten zu künstlerischen Zwecken skizziert (B.). Im anschließenden Schwerpunkt der Arbeit werden die Schutzbereiche der kollidierenden Grundrechte konturiert und Abwägungskriterien ermittelt (C.). Von grundlegender Bedeutung ist in diesem Zuge die durch Auslegung von Art. 85 DS-GVO ermittelte Erkenntnis, dass – anders als der Wortlaut der Norm suggeriert – nicht nur eine Abwägung mit der Meinungsäußerungsfreiheit, sondern auch mit der Kunstfreiheit geboten ist. Anschließend werden zwei elementare Kohärenzprobleme von Datenschutz und Kunst diskutiert (D.). Hier gilt es sowohl die Regelungskompetenz der EU für den Datenschutz in der Kunst zu hinterfragen, als auch Unstimmigkeiten datenschutzrechtlicher Pflichten im Bereich der Kunst aufzudecken. Weil das Spannungsverhältnis von Datenschutz und Kunstfreiheit durch datenschutzrechtliche Pflichten nur unbefriedigend aufgelöst werden kann, unterbreitet diese Arbeit einen Vorschlag zur Abkehr vom *status quo* durch die Entkopplung des Datenschutzes von der Kunst (E.). Ein Fazit schließt die Arbeit ab (F.).

6 Die Arbeit fokussiert sich auf die in Art. 85 DS-GVO genannten künstlerischen Zwecke und lässt die journalistischen, literarischen und wissenschaftlichen Zwecke weitgehend außer Acht.

B. Rechtsrahmen für künstlerische Verarbeitungen personenbezogener Daten

Der Ausgangspunkt für die Vermessung des Spannungsverhältnisses von Kunstfreiheit und Datenschutz liegt in der Betrachtung des Rechtsrahmens. Da dieser die Definition von Kunst bewusst offenlässt, soll der Begriff eingangs holzschnittartig umrissen (I.) und im weiteren Verlauf der Arbeit vertieft werden. Vor diesem Hintergrund wird überblicksweise die bisherige (II.1.) und geltende (II.2.) europäische Rechtslage einschließlich zentraler Konfliktlinien skizziert. Darauf folgt der deutsche Rechtsrahmen, beginnend mit der bisherigen Rechtslage nach dem Bundesdatenschutzgesetz a.F. (III.1.), dem zivilrechtlichen Äußerungsrecht (III.2.), dem Kunsturhebergesetz (III.3.) sowie den Landesdatenschutzgesetzen (III.4.).

I. (Keine) Definition von Kunst

Rechtlich ist Kunst nicht generell definierbar.⁷ Mithin handelt es sich um einen relativen Rechtsbegriff, der je nach Kontext unterschiedliche Bedeutung aufweisen kann.⁸ Dies liegt zum einen an der Mannigfaltigkeit von Kunstformen wie Malerei, Musik, Medienkunst, aber

7 BVerfGE 67, 213 (225) – Anachronistischer Zug; *Frenz*, Handbuch Europarecht, Rn. 2326.

8 *Schack*, Kunst und Recht, I. Kap. Rn. 2.

auch noch unbekannten Ausdrucksweisen.⁹ Zum anderen ist Kunst deutungs offen.¹⁰ Ihr Aussagegehalt ist nicht festgelegt und damit einer generellen Definition entzogen. Gleichwohl ist Kunst das Ergebnis eines schöpferischen Prozesses.¹¹ Neben der künstlerischen Schöpfung, die dem Werkbereich zugerechnet wird, steht die damit untrennbar verbundene, als Wirkbereich bezeichnete Darbietung und Verbreitung von Kunst, etwa durch Verlage, Museen oder Galerien, in Verbindung.¹² Der Schutz der Kunst dient der freien Entfaltung der Persönlichkeit, dem zwischenmenschlichen Austausch sowie der politischen Selbstbestimmung.¹³ Die jeweils grundrechtlich geschützte Meinungsäußerungs- und Kunstfreiheit stehen in einem engen Verhältnis zueinander. Beide tragen zum „für die demokratische Gesellschaft wesentlichen Austausch von Ideen und Informationen“ bei.¹⁴ Wenngleich der nachfolgend skizzierte Rechtsrahmen zwar die künstlerische Verarbeitung personenbezogener Daten regelt, so bezieht er sich vorrangig auf die Meinungsäußerungsfreiheit. Auf diesen Unterschied wird bei der grundrechtlichen Betrachtung zurückzukommen sein (C.).

II. Europäischer Rechtsrahmen

1. Bisherige Rechtslage nach der Datenschutz-Richtlinie

Schon nach Art. 9 Datenschutz-Richtlinie (DS-RL)¹⁵ konnten die Mitgliedstaaten für Verarbeitungen, die „allein zu journalistischen, künstlerischen oder literarischen Zwecken“ erfolgten, Abweichungen und

9 Pünder in Ehlers, *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, § 18 II Rn. 6.

10 Germelmann in Dreier, 4. Aufl. 2023, Art. 5 III (Kunst) Rn. 48.

11 Burioni, Werk in Jordan/J. Müller, *Grundbegriffe der Kunstwissenschaft*, S. 333; Frenz, *Handbuch Europarecht*, Rn. 2327.

12 Frenz, *Handbuch Europarecht*, Rn. 2328; Pünder in Ehlers, *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, § 18 II Rn. 6.

13 Rüegger, *Kunstfreiheit*, S. 199.

14 Frenz, *Handbuch Europarecht*, Rn. 1742; so auch Rüegger, *Kunstfreiheit*, S. 197.

15 RL 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr.

Ausnahmen vorsehen, soweit diese notwendig waren, um das Recht auf Privatsphäre mit der Meinungsäußerungsfreiheit in Einklang zu bringen. Unter anderem waren Abweichungen von den Grundsätzen und der Rechtmäßigkeit der Verarbeitung sowie zu Betroffenenrechten, Dokumentationspflichten und zur Datensicherheit möglich. Ausnahmen zu Rechtsbehelfen, Haftung und Sanktionen waren ausgeschlossen. Die bewusst eng gefassten Zwecke zielten zwar hauptsächlich auf audiovisuelle Verarbeitungen sowie die Sammlung von Material für literarische Veröffentlichungen,¹⁶ dennoch sollten mit dem Ziel eines Grundrechtsausgleichs auch Sonderregelungen für künstlerische Zwecke ermöglicht werden.¹⁷

2. Öffnungsklausel des Art. 85 DS-GVO

Die Datenschutz-Grundverordnung löst die Datenschutz-Richtlinie ab und führt das dort ausgedrückte Bedürfnis nach einem Ausgleich zwischen dem Recht auf den Schutz personenbezogener Daten sowie der Meinungsäußerungs- und Informationsfreiheit fort. Allerdings wurde keine unionsweit einheitliche Ausgleichsregelung getroffen, sondern richtlinienartig lediglich der Rahmen für weitreichende Abweichungsmöglichkeiten festgelegt. Damit ist es den Mitgliedstaaten überlassen, im nationalen Recht einen Ausgleich zwischen beiden Grundrechten zu schaffen.¹⁸

In Art. 85 Abs.1 DS-GVO ist geregelt, dass die Mitgliedstaaten „durch Rechtsvorschriften“ beide Grundrechte, „einschließlich der Verarbeitung zu journalistischen[, ...] wissenschaftlichen, künstlerischen oder literarischen Zwecken“ in Einklang bringen. Indes ist Abs.2 auf die vorgenannten Zwecke beschränkt. Mitgliedstaaten wird ermöglicht,

16 ErwG 17 DS-RL; *Ehmann/Helfrich, EG-Datenschutzrichtlinie*, Art. 9 Rn. 1; *Dammann in Dammann/Simitis, EG-Datenschutzrichtlinie*, Art. 9 Rn. 3.

17 Gemeinsamer Standpunkt des Rates vom 20.2.1995 im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie 9 / /EG des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten (...), 12003/3/94 REV 3 ADD 1, S. II f.

18 *Bienemann, Reformbedarf des Kunsturhebergesetzes im digitalen Zeitalter*, S. 70.

„Abweichungen oder Ausnahmen“ von nahezu allen datenschutzrechtlichen Pflichten vorzunehmen, „wenn dies erforderlich ist“, um beide Grundrechte in Einklang zu bringen. Ausnahmen von den allgemeinen Bestimmungen der DS-GVO (Kapitel I) sowie den Haftungsregeln (Kapitel VIII) sind nicht möglich. Letztlich werden Mitgliedstaaten in Abs. 3 verpflichtet, die EU-Kommission über die von ihnen getroffenen Regelungen zu informieren. Art. 85 DS-GVO zielt „insbesondere“ auf Verarbeitungen im audiovisuellen und journalistischen Bereich ab (ErwG 153 S. 3). Wie schon Art. 9 DS-RL entfaltet die Norm ihre größte praktische Relevanz für die Medien, weshalb sie auch als „Medienprivileg“ bekannt ist.¹⁹

Der scheinbar klare Aufbau der Norm trägt. Vor allem der Regelungsgehalt der ersten beiden Absätze ist in nahezu jeglicher Hinsicht umstritten.²⁰ Einerseits wird Abs. 1 ausschließlich als Regelungsauftrag an die Mitgliedstaaten verstanden. Die eigentliche Öffnungsklausel sei hingegen in Abs. 2 verortet.²¹ Demgegenüber wird andererseits überzeugend vertreten, dass in Abs. 1 und Abs. 2 jeweils eigenständige Öffnungsklauseln normiert wurden. Abs. 2 legt einen Mindestschutzstandard für die dort genannten Zwecke einschließlich der Kunst fest,²² während der eng auszulegende Abs. 1 vor allem interessengerechte Lösungen für Randfälle ermöglichen soll.²³ Für diese zweite Sicht streitet das systematische Argument, dass Art. 85 Abs. 1 im Verhältnis zu Abs. 2 redundant wäre, würde es sich nicht um eine eigene Öffnungsklausel handeln.²⁴ Ferner fängt Abs. 1 all die Verarbeitungszwecke auf, die

19 Cornils, Das datenschutzrechtliche Medienprivileg unter Behördenaufsicht?, Vorwort S. V.

20 Bienemann in Sydow/Marsch, DS-GVO Art. 85 Rn. 10; Frey in Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelman, DS-GVO Art. 85 Rn. 2.

21 Buchner/Tinnefeld in Kühling/Buchner, DS-GVO Art. 85 Rn. 11 ff.; Dix in Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhm, DS-GVO Art. 85 Rn. 5; Nettesheim, AfP 2019, 473 (478); Oster in HK-MStV, RStV § 9c Rn. 5; Pötters in Gola/Heckmann, DS-GVO Art. 85 Rn. 5, 14.

22 Bienemann, Reformbedarf des Kunsturhebergesetzes im digitalen Zeitalter, S. 71 f.

23 Cornils in BeckOK InfoMedienR, DS-GVO Art. 85 Rn. 20; Frey in Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelman, DS-GVO Art. 85 Rn. 2, 11; von Lewinski in Auernhammer, DS-GVO Art. 85 Rn. 14.

24 Bienemann, Reformbedarf des Kunsturhebergesetzes im digitalen Zeitalter, S. 59.

Abs. 2 zwar nicht benennt, für die dennoch ein grundrechtliches Ausgleichsbedürfnis besteht.²⁵ Ungeachtet dieser verschiedenen Deutungen der Öffnungsklausel wurde in Deutschland der nachfolgend beleuchtete Rechtsrahmen geschaffen.

III. Nationaler Rechtsrahmen

1. Bisherige Rechtslage nach dem BDSG a.F.

Eine weitgehende Bereichsausnahme zur Harmonisierung von Pressefreiheit und Datenschutz fand sich bereits in § 1 Abs. 3 des ersten Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) 1977, ohne dabei künstlerische Zwecke zu berücksichtigen. Die Umsetzung von Art. 9 DS-RL erfolgte dann in § 41 BDSG 2001. Die Norm verpflichtete die Länder, Ausnahmen für Presseunternehmen für journalistisch-redaktionelle und literarische, nicht jedoch für andere künstlerische Verarbeitungen vorzusehen. In Deutschland hatte man sich demnach auf Bundesebene gegen gesonderte datenschutzrechtliche Regelungen für die Kunst entschieden.

2. Zivilrechtliches Äußerungsrecht

Auch ohne datenschutzrechtliche Regelungen für die Kunst wurde – und wird – der Schutz der Persönlichkeit über das zivilrechtliche Äußerungsrecht gewährleistet.²⁶ Das Äußerungsrecht zielt primär auf bereits getätigte Äußerungen. Folglich ist es mit seinen vorrangig individuellen zivilrechtlichen Unterlassungs-, Beseitigungs- und Schadenersatzansprüchen (§§ 823, 1004 BGB analog) vor allem als nachträglicher Rechtsschutz ausgestaltet.²⁷ Geschützt wird unter anderem das Recht am eigenen Bild (dazu unten 3.), das Recht am gesprochenen Wort,

²⁵ Cornils in BeckOK InfoMedienR, DS-GVO Art. 85 Rn. 21.

²⁶ Kühling/Martini et al., Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, S. 291; Lauber-Rönsberg, AfP 2019, 373 (375); Pötters in Gola/Heckmann, DS-GVO Art. 1 Rn. 8.

²⁷ Specht-Riemenschneider in BeckOGK, BGB § 823 Rn. 1162.

aber auch die Privatsphäre.²⁸ Greift eine künstlerische Äußerung in das Persönlichkeitsrecht ein, ist eine Grundrechtsabwägung mit der Kunstfreiheit vorzunehmen.²⁹ Dadurch kann im Einzelfall ein Grundrechtsausgleich zwischen Kunstfreiheit und Persönlichkeitsrecht herbeigeführt werden.

Das zivilrechtliche Äußerungsrecht nimmt zum Datenschutzrecht eine komplementäre Funktion ein. Wo das Datenschutzrecht auf den Schutz personenbezogener Daten *vor* einer (künstlerischen) Äußerung abzielt, bietet das Äußerungsrecht *danach* Schutz vor Persönlichkeitsrechtsverletzungen.³⁰ Der Schutzbereich des Datenschutzrechts endet demnach mit der künstlerischen Äußerung. Damit gewährleistet das Äußerungsrecht einen wirksamen Grundrechtsschutz, ist aber selbst keine Ausnahmeregelung i.S.d. Art. 85 DS-GVO.³¹

3. Kunsturhebergesetz

Der Schutz des Rechts am eigenen Bild als Ausprägung des Persönlichkeitsrechts ist eigens geregelt. Mit dem bereits 1907 und damit lange vor Schaffung des Datenschutzrechts in Kraft getretenen Kunsturhebergesetz (KUG) wird die Verbreitung oder öffentliche Zurschaustellung von Bildern oder Filmen, die Personen zeigen, geschützt.³² Darunter fällt nicht die Herstellung von Bildnissen,³³ sondern nur deren Veröffentlichung. Das KUG stellt hierfür ein abgestuftes Schutzkonzept auf.³⁴ Zunächst können Bilder grundsätzlich nur mit Einwilligung der Betroffenen veröffentlicht werden (§ 22 KUG). Von der Einwilligungserfor-

28 BVerfGE 152, 152 (186) – Recht auf Vergessen I.

29 Söder in BeckOK InfoMedienR, BGB § 823 Rn. 106, 113 ff.; Specht-Riemenschneider in BeckOGK, BGB § 823 Rn. 1472 ff.

30 BVerfGE 152, 152 (192) – Recht auf Vergessen I.

31 So im Ergebnis Frey in Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelman, DS-GVO Art. 85 Rn. 8, 34; Pötters in Gola/Heckmann, DS-GVO Art. 85 Rn. 22; a.A. Lau-ber-Rönsberg, UFITA 2018, 398 (424 f.). Zum Streitstand Cornils in BeckOK InfoMedienR, DS-GVO Art. 85 Rn. 122 m.w.N.

32 Specht-Riemenschneider in T. Dreier/Schulze, UrhG, KUG Vorbemerkung Rn. 1.

33 Schack, Kunst und Recht, 22. Kap. Rn. 634.

34 Specht-Riemenschneider in T. Dreier/Schulze, UrhG, KUG Vorbemerkung Rn. 7.

dernis kann in abschließend aufgezählten Fällen abgesehen werden, etwa wenn die Veröffentlichung „einem höheren Interesse der Kunst dient“ (§ 23 Abs. 1 Nr. 4 KUG). Schließlich sind nach § 23 Abs. 2 KUG die berechtigten Interessen der Abgebildeten zu berücksichtigen.³⁵ Überwiegen diese, ist eine Veröffentlichung nur auf Grundlage einer Einwilligung möglich.

Streitig ist, ob das KUG eine Ausnahme i.S.d. Art. 85 DS-GVO darstellt. Einer Ansicht nach würden die datenschutzrechtlichen Regelungen das KUG vollständig verdrängen.³⁶ Dies sei zum einen auf die mangelnde Gesetzgebungskompetenz des Bundes zurückzuführen. Das KUG fällt allerdings unter die konkurrierende Gesetzgebung (Art. 74 Abs. 1 Nr. 1 GG), womit der Bund zur Gesetzgebung berechtigt ist.³⁷ Zum anderen würde der auf die Veröffentlichung von Bildnissen beschränkte Anwendungsbereich des KUG weitere Verarbeitungsschritte wie die Herstellung ausblenden.³⁸ Dies bedeutet jedoch nur, dass für andere Verarbeitungen als die Verbreitung von Bildnissen entweder unmittelbar die Regelungen der DS-GVO³⁹ oder andere Abweichungen auf Grundlage von Art. 85 DS-GVO greifen könnten – wie sie etwa in einigen Landesdatenschutzgesetzen vorgesehen sind.⁴⁰

35 Faktisch wird die Interessenabwägung jedoch schon bei der Prüfung der Ausnahmen nach § 23 Abs. 1 vorgenommen, *Specht-Riemenschneider in T. Dreier/Schulze, UrhG*, KUG § 23 Rn. 48.

36 *BayLDA*, 8. Tätigkeitsbericht 2017/2018, S. 56; *Cornils in BeckOK InfoMedienR*, DS-GVO Art. 85 Rn. 124; eine weitgehende Verdrängung sieht *Florian Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von DS-GVO und KUG, S. 154, 254; a.A. *BGH*, ZUM 2021, 59 Rn. 11; *Dix in Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman*, DS-GVO Art. 85 Rn. 32; *Lauber-Rönsberg*, AfP 2019, 373 (381 f.).

37 *Bienemann*, Reformbedarf des Kunsturhebergesetzes im digitalen Zeitalter, S. 112 f.; im Ergebnis auch *Florian Klein*, Personenbilder im Spannungsfeld von DS-GVO und KUG, S. 220.

38 *Benedikt/Kranig*, ZD 2019, 4 (5 f.).

39 *Bienemann*, Reformbedarf des Kunsturhebergesetzes im digitalen Zeitalter, S. 240 f.; *Raji*, ZD 2019, 61 (63).

40 *Frey in Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelman*, DS-GVO Art. 85 Rn. 39.

4. Landesdatenschutzgesetze

Nur neun von sechzehn Bundesländern haben in ihren Landesdatenschutzgesetzen (LDSG) die Verarbeitung personenbezogener Daten zu künstlerischen Zwecken geregelt.⁴¹ In den übrigen sieben Ländern ist die unmittelbare Anwendung der DS-GVO für die Kunst zu vermuten.⁴² Eine tabellarische Übersicht der nachfolgend dargestellten Normen findet sich im Anhang.

Die jeweiligen Landesdatenschutzgesetze gelten grundsätzlich nur im öffentlichen Bereich. Sie erfassen dort künstlerische Verarbeitungen etwa an Hochschulen oder öffentlichen Theatern.⁴³ In sechs Ländern – Bayern, Berlin, Brandenburg, Hamburg, Sachsen-Anhalt und Thüringen – erstreckt sich der Anwendungsbereich auch auf den nicht öffentlichen Bereich. Dies wirft die Frage der Regelungskompetenz auf. In Hamburg wird eine ausschließliche Gesetzgebungskompetenz der Länder aus Art. 30, 70 Abs. 1 GG abgeleitet, während in Thüringen unspezifisch auf „die grundgesetzliche Kompetenzverteilung der Art. 70 ff. GG“ verwiesen wird.⁴⁴ In den übrigen Ländern wird die Kompetenz nicht thematisiert.⁴⁵

In den neun LDSG wurden mit Ausnahme von Anforderungen an die Datensicherheit (Art. 5 Abs. 1 lit. f, 24, 32 DS-GVO) nahezu al-

41 § 19 LDSG BW; Art. 1 Abs. 1 S. 4, 38 BayDSG; §§ 2 Abs. 7, 19 BlnDSG; § 29 BbgDSG; § 12 HmbDSG; § 12 DSG MV; § 19 DSG NRW; §§ 2 Abs. 1 S. 2, 25 DSAG LSA; §§ 2 Abs. 1 S. 3, 25 ThürDSG.

42 Frey in Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann, DS-GVO Art. 85 Rn. 39; kritisch hierzu unten D.I.2.c).cc).(2).

43 BW LT-Drs. 16/3930, S. 108; NRW LT-St. 17/507, Stellungnahme der behördlichen Datenschutzbeauftragten der Hochschulen des Landes NRW zum NRWDSAnpUG-EU, 12.4.2018, S. 7.

44 Sundermann in HK-HmbDSG, § 12 Rn. 6; Bechstein in HK-ThürDSG, § 25 Rn. 3.

45 Anders als Hamburg nehmen Bayern, Berlin, Brandenburg, Sachsen-Anhalt und Thüringen neben den künstlerischen auch journalistische Zwecke als Auffangregelung zu ihren Presse- und Mediengesetzen in ihren Normen auf. Es kann nur vermutet werden, dass die Länder die ihnen im Medienbereich zugestandene Gesetzgebungskompetenz auch auf den künstlerischen Bereich übertragen haben. Insoweit ergebnislos BayLT-Drs. 17/19628, S. 31; BlnLT-Drs. 18/1033, S. 87; BbgLT-Drs. 6/7365, S. 27; LSA LT-Drs. 7/3826, S. 89. Grundsätzlich für eine Länderkompetenz Cornils in BeckOK InfoMedienR, DS-GVO Art. 85 Rn. 128 ff.

le datenschutzrechtlichen Pflichten abbedungen. Bei Verletzungen der Datensicherheit stehen Betroffenen beschränkte Schadenersatzansprüche zu.⁴⁶ Darüber hinaus haben Betroffene lediglich in Baden-Württemberg ein eingeschränktes Auskunftsrecht. Und hier auch nur, sofern eine Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts vorliegt. Überdies ist ebenfalls nur in Baden-Württemberg eine auf die normierten Pflichten beschränkte Datenschutzaufsicht für künstlerische Verarbeitungen vorgesehen. In den übrigen Ländern sind Betroffenenrechte und Aufsicht vollständig abbedungen. Dies erscheint gerade in Brandenburg, Hamburg und Thüringen folgewidrig, da dort bei Datenschutzverletzungen Meldeverpflichtungen nach Art. 33 DS-GVO an die eigentlich nicht zuständige Aufsichtsbehörde vorgesehen sind. Über diese Regelungen hinaus ist jeweils eine Verpflichtung zur Aufbewahrung von Gegendarstellungen und Unterlassungsverpflichtungen normiert. Abschließend sei darauf hingewiesen, dass nur in Berlin der Geltungsbereich auch auf die Verarbeitung aufgrund der §§ 22, 23 KUG ausgeweitet wurde. Dies hat zum Ziel, „sämtliche Bereiche des Rechts auf freie Meinungsäußerung“ abzudecken.⁴⁷

46 Außer in Hamburg haben die übrigen Länder den Schadenersatz explizit in die Norm aufgenommen, *Sundermann* in HK-HmbDSG, § 12 Rn. 12.

47 BlnLT-Drs. 18/1033, S. 88.

C. Grundrechtliche Dimension des Art. 85 DS-GVO

Der Rechtsrahmen für den Datenschutz in der Kunst geht auf ein grundrechtliches Spannungsverhältnis zurück. Es ist daher unerlässlich, die grundrechtliche Dimension des Art. 85 DS-GVO zu untersuchen. Einleitend ist grundsätzlich zu klären, ob im Rahmen der Grundrechtsabwägung die Unionsgrundrechte der Grundrechtecharta (GRCh) oder die Grundrechte des Grundgesetzes (GG) Anwendungsvorrang genießen (I.). Darauf aufbauend werden die Schutzbereiche der kollidierenden Grundrechte nachgezeichnet. Hierfür muss ermittelt werden, ob von Art. 85 DS-GVO „nur“ die explizit genannte Meinungsäußerungsfreiheit oder auch die grundsätzlich schrankenärmere Kunstfreiheit erfasst ist (II.). Danach werden Kriterien für eine Grundrechtsabwägung der Schutzgüter ermittelt (III.). Abschließend folgt eine Zusammenfassung der Ergebnisse (IV.).

I. Anwendungsvorrang europäischer oder nationaler Grundrechte?

Für die Grundrechtsabwägung bei der Anwendung von Art. 85 DS-GVO ist zunächst zu klären, welchen Grundrechten Anwendungsvorrang zukommt. Grundsätzlich werden nationale Grundrechte von Unionsgrundrechten verdrängt, sofern Mitgliedstaaten nach Art. 51 Abs. 1 GRCh „ausschließlich“ Unionsrecht durchführen.⁴⁸ Fraglich ist,

48 Streinz/Michl in Streinz, EUV/AEUV, GRCh Art. 1 Rn. 26.

ob dies auf nationale Normen auf Grundlage von Art. 85 DS-GVO zutrifft. In der Literatur wird überwiegend ein Anwendungsvorrang der Unionsgrundrechte angenommen.⁴⁹ Dies verwundert vor dem Hintergrund der Kontroverse um die Reichweite der europäischen Grundrechtsbindung.⁵⁰ Zur Klärung des Anwendungsvorrangs werden daher nachfolgend die zwei in der Rechtsprechung entwickelten und praktisch relevanten Lösungen dargestellt (1. und 2.) und anschließend ein Ergebnis ermittelt (3.).⁵¹

1. Verschränkte Grundrechtssphären (BVerfG)

Das Bundesverfassungsgericht vertrat bis 2019 die sogenannte Trennungs-⁵² bzw. Alternativitätsthese.⁵³ Nur wenn Unionsrecht zwingende Vorgaben ohne Umsetzungsspielraum mache, würden die Mitgliedstaaten Unionsrecht i.S.d. Art. 51 Abs. 1 GRCh durchführen und wären folglich an Unionsgrundrechte gebunden.⁵⁴ Eine rein nationale Grundrechtsbindung entstünde hingegen, wenn Mitgliedstaaten durch Richtlinien oder Öffnungsklauseln in Verordnungen ein Umsetzungsspielraum zusteht, weil dies keine „Durchführung“ von Unionsrecht darstelle.⁵⁵

Mit der „Recht auf Vergessen I“-Entscheidung weichte das BVerfG die Trennungsthese auf.⁵⁶ Seitdem geht das Gericht von verschränkten

49 Statt vieler: *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500 (505 f.); *Buchner/Tinnefeld* in Kühling/Buchner, DS-GVO Art. 85 Rn. 7; differenzierter bei *Bienemann* in Sydow/Marsch, DS-GVO Art. 85 Rn. 33 ff.; a.A. *Westphal/Keller* in Taeger/Gabel, DS-GVO Art. 85 Rn. 10.

50 *Marsch*, Das europäische Datenschutzgrundrecht, S. 279.

51 In der Literatur werden weitere, weniger praktikable Lösungsvorschläge diskutiert. Für eine Übersicht siehe *Marsch*, Das europäische Datenschutzgrundrecht, S. 293 ff.

52 *Cornils*, Das datenschutzrechtliche Medienprivileg unter Behördenaufsicht?, S. 85; *Thym*, NVwZ 2013, 889 (892).

53 *Kingreen* in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, GRCh Art. 51 Rn. 12.

54 BVerfGE 118, 79 (95) – Treibhausgas-Emissionsberechtigungen; *Cornils*, Das datenschutzrechtliche Medienprivileg unter Behördenaufsicht?, S. 85.

55 BVerfGE 125, 260 (306) – Vorratsdatenspeicherung II.

56 BVerfGE 152, 152 (171) – Recht auf Vergessen I; *Kingreen* in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, GRCh Art. 51 Rn. 12.

anstelle von getrennten Grundrechtssphären aus.⁵⁷ Haben die Mitgliedstaaten einen Umsetzungsspielraum bei der Durchführung von EU-Recht, kommen primär die Grundrechte des Grundgesetzes zur Anwendung. „Primär“ impliziert jedoch keinen normativ-hierarchischen Anwendungsvorrang, sondern sei als „praxisnahe zeitliche Prüfungsreihenfolge“⁵⁸ oder Anwendungspräferenz⁵⁹ zu verstehen. Darüber hinaus seien die Grundrechte des Grundgesetzes stets im Lichte der Grundrechtecharta auszulegen. Diese Auffassung stützt sich einerseits darauf, dass Unionsrecht mit Spielräumen „regelmäßig nicht auf eine Einheitlichkeit des Grundrechtsschutzes“ ziele.⁶⁰ Andererseits gelte die widerlegbare Vermutung, dass die Unionsgrundrechte durch das Grundgesetz mit umfasst seien. Diese Vermutung greife nicht, wenn konkrete und hinreichende Anhaltspunkte für eine ausnahmsweise Beeinträchtigung des Schutzniveaus der Unionsgrundrechte vorlägen. Dies könne etwa der Fall sein, wenn konkret erkennbar sei, dass der EuGH Schutzstandards zugrunde lege, die von den deutschen Grundrechten nicht gewährleistet würden.⁶¹ Dann habe sich eine Prüfung nationalen Rechts über die vermutete Mitgewährleistung der Unionsrechte hinaus auch am Maßstab der Unionsgrundrechte zu orientieren.⁶²

Folglich würden im Lichte dieser Rechtsprechung die nationalen Ausnahmen auf Grundlage von Art. 85 DS-GVO am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes – aber im Lichte der Unionsgrundrechte – geprüft, sofern keine konkreten und hinreichenden Anhaltspunkte für ein höheres Schutzniveau vorliegen.

57 Makoski, EuZW 2020, 1012 (1013).

58 Thym, JZ 2020, 1017 (1022).

59 Wendel, JZ 2020, 157 (161).

60 BVerfGE 152, 152 (171) – Recht auf Vergessen I.

61 BVerfGE 152, 152 (179 ff.) – Recht auf Vergessen I.

62 Dies wirft die hier nicht weiter vertiefte Frage auf, ob so die Unionsgrundrechte im mitgliedstaatlichen Spielraum marginalisiert werden, dazu Wendel, JZ 2020, 157 (165).

2. Kumulations- bzw. Vereinigungsthese (EuGH)

Die vom Europäischen Gerichtshof vertretene Kumulations- bzw. Vereinigungsthese geht zunächst ebenfalls davon aus, dass ohne mitgliedstaatlichen Umsetzungsspielraum ausschließlich Unionsgrundrechte zur Anwendung kommen.⁶³ Dabei legt der EuGH ein weites Verständnis von „Durchführung“ zugrunde, welches den mitgliedstaatlichen Spielraum bei der Umsetzung von EU-Recht einschließt.⁶⁴ In diesem Fall entstünde ein Überschneidungsbereich, in dem europäische und nationale Grundrechte „kumuliert“ würden, wobei die Unionsgrundrechte vorrangig zu prüfen wären.⁶⁵ Angewandt auf Art. 85 DS-GVO bedeutet die Kumulationsthese, dass Unionsgrundrechte Anwendungsvorrang genießen, wenngleich die mitgliedstaatlichen Grundrechte berücksichtigt oder mit angewandt werden.

3. Ergebnis

Gewissermaßen näherte sich das BVerfG mit Aufgabe der Trennungsthese der Position des EuGH an. Nun besteht Einigkeit darin, dass beide Grundrechtsstandards gemeinsam zur Anwendung kommen.⁶⁶ Diesbezüglich muss in der Rechtsprechung jedoch insbesondere weiter geklärt werden, wann Mitgliedstaaten Unionsrecht durchführen und wann ihnen dabei ein Umsetzungsspielraum zusteht.⁶⁷

Da den Mitgliedstaaten unzweifelhaft ein erheblicher Umsetzungsspielraum bei der Ausgestaltung der Öffnungsklausel des

63 EuGH, 7.5.2013, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:280, Rn.19 – Åkerberg Fransson; *Marsch*, Das europäische Datenschutzgrundrecht, S. 290 ff.

64 *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500 (505).

65 *Cornils*, Das datenschutzrechtliche Medienprivileg unter Behördenaufsicht?, S. 87.

66 Kritisch *Hwang*, die darin in erster Linie nur eine Kompetenzerweiterung des BVerfG sieht (*Hwang*, Der Staat Bd. 63 [2023], I [16 f.]).

67 *Wendel*, JZ 2020, 157 (160); jüngst ließ das BVerfG die Frage der unionsrechtlichen Determinierung hingegen offen und prüfte sowohl an den Maßstäben des GG und der GRCh, BVerfG NVwZ 2021, 1211, Rn. 35 ff. – Ökotox; dazu *Hwang*, Der Staat Bd. 63 (2023), I (8).

Art. 85 DS-GVO zusteht, kommen folglich beide Grundrechtsstandards zur Anwendung. Zwar vertritt der EuGH die Position des Anwendungsvorrangs der Unionsgrundrechte und das BVerfG die Vermutung, dass eine Abwägung primär auf Grundlage der grundgesetzlichen Grundrechte zu erfolgen hat. In beiden Fällen hat eine Prüfung allerdings unter Berücksichtigung des jeweils anderen Grundrechtsstandards zu erfolgen, sodass eine grundrechtliche Doppelbindung entsteht.⁶⁸ Für die Zwecke dieser Arbeit kann daher offenbleiben, ob eine Abwägung zunächst am Maßstab der Unionsgrundrechte oder der grundgesetzlichen Grundrechte vorzunehmen ist. Darüber hinaus wird dort, wo Mitgliedstaaten keine Ausnahmen auf Grundlage von Art. 85 DS-GVO vorgesehen haben, die unmittelbare Anwendung der DS-GVO vermutet.⁶⁹ Da im vollharmonisierten Bereich ausschließlich Unionsgrundrechte Anwendung fänden, könnten lediglich diese miteinander abgewogen werden. Im weiteren Verlauf sind deshalb beide Grundrechtsverständnisse zu untersuchen.

II. Schutzbereiche der kollidierenden Grundrechte

In einem nächsten Schritt ist der Schutzbereich der Meinungsäußerungs- und Informationsfreiheit (1.), der Kunstfreiheit einschließlich der Frage ihrer Anwendbarkeit (2.) und des Datenschutzes (3.) zu bestimmen. Dabei werden jeweils die Bedeutung, der sachliche wie persönliche Schutzbereich, Beeinträchtigungen und Schranken berücksichtigt. Die relevanten Grenzen der Einschränkung werden erst bei der Betrachtung der Abwägungskriterien aufgegriffen (unten III.).

Neben den mitgliedstaatlichen und europäischen Grundrechten ist auch die Europäische Menschenrechtskonvention zu berücksichtigen. Sie beansprucht als völkerrechtlicher Vertrag die Gewährleistung eines

68 *Marsch*, Das europäische Datenschutzgrundrecht, S. 365; *M. Müller*, Die Öffnungsklauseln der Datenschutzgrundverordnung, S. 116.

69 Ausgenommen dort, wo andere Öffnungsklauseln bestehen und damit wiederum ein mitgliedstaatlicher Umsetzungsspielraum vorliegt. Zu dieser Vermutung kritisch unten D.I.2.c).cc).(2).

grundrechtlichen Mindeststandards.⁷⁰ Die Grundrechtecharta ist wesentlich von der EMRK beeinflusst worden und bestimmt in Art. 52 Abs. 3, dass diejenigen Grundrechte, für die es eine Entsprechung in der Konvention gibt, die gleiche Bedeutung und Tragweite haben, wie sie von der EMRK verliehen wird. Bei der EMRK-konformen Auslegung der GRCh ist zu berücksichtigen, dass die Charta über den Mindestschutzstandard hinaus gehen kann.⁷¹ Auch das Grundgesetz ist völkerrechtsfreundlich eingestellt und daher ebenfalls konventionskonform auszulegen.⁷²

1. Meinungsäußerungs- und Informationsfreiheit

a) Konventionsrechtlicher Schutz nach Art. 10 EMRK

Art. 10 EMRK verbürgt den Schutz der Freiheit der Kommunikation, was explizit die Meinungsäußerungsfreiheit und die Informationsfreiheit einschließt.⁷³ Implizit sind auch die Presse- und Rundfunkfreiheit und die Freiheit des künstlerischen Ausdrucks – also die Kunstfreiheit – geschützt;⁷⁴ auf letztere wird zurückzukommen sein (unten 2.).⁷⁵ Bei diesem Recht handelt es sich sowohl um einen „Grundpfeiler“ einer demokratischen Gesellschaft, als auch um eine „Grundvoraussetzung“ für die „Entfaltung eines jeden Einzelnen“.⁷⁶ Geschützt sind alle natürlichen und juristischen Personen.⁷⁷ Hinsichtlich der Meinungsfreiheit ist im weiteren Sinne jegliche zwischenmenschliche Kommunikation geschützt, im engeren Sinne „nur“ die Mitteilung von Meinungen.

70 Kraus in O. Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG, Kap. 3 Rn. 4.

71 Kraus in O. Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG, Kap. 3 Rn. 159.

72 BVerfGE 152, 152 (176) – Recht auf Vergessen I; Giegerich in O. Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG, Kap. 2 Rn. 49.

73 Grabenwarter, ECHR, Art. 10 Rn. 2.

74 Grabenwarter, ECHR, Art. 10 Rn. 14 f.

75 Dem Schwerpunkt dieser Arbeit ist geschuldet, dass die Medien-, Presse- und Rundfunkfreiheit hier nicht weiter berücksichtigt wird.

76 EGMR, 7.12.1976, 5493/72, Rn. 49 – Handyside; Mensching in Karpenstein/Mayer, EMRK, Art. 10 Rn. 1.

77 Mensching in Karpenstein/Mayer, EMRK, Art. 10 Rn. 5.

Darunter fallen wahre wie falsche Tatsachenbehauptungen oder Informationen, wobei die Form der Meinungsäußerung unerheblich ist.⁷⁸ Die Informationsfreiheit schützt sowohl das aktive Recht, andere zu informieren als auch das passive Recht des Zugangs zu allgemein zugänglichen Informationen.⁷⁹ Die Meinungs- und Informationsfreiheit findet ihre Schranken in Form vorgelagerter Verbote und nachträglicher Sanktionen,⁸⁰ wobei eine Einschränkung immer gesetzlich normiert, ein legitimes Ziel verfolgen und in einer demokratischen Gesellschaft notwendig sein muss.

b) Unionsrechtlicher Schutz nach Art. 11 GRCh

Unionsrechtlich geht der in Art. 11 GRCh geregelte Schutz der Meinungs- und Informationsfreiheit auf Art. 10 EMRK zurück.⁸¹ Dies geht so weit, dass Art. 11 Abs. 1 GRCh wortlautidentisch mit Art. 10 Abs. 1 S. 1 und 2 EMRK ist.⁸² Der Schutz ist auf die Meinungs-, Informations- und Medienfreiheit beschränkt, darf hier aber nicht hinter dem Schutzniveau der EMRK zurückbleiben.⁸³ Auch im Unionsrecht wird die fundamentale Bedeutung dieses Grundrechts für die demokratische Gesellschaft betont.⁸⁴ Grundrechtsträger sind ebenfalls natürliche und juristische Personen, Grundrechtsverpflichtete sind die Union und Mitgliedstaaten bei der Durchführung von Unionsrecht.⁸⁵ Der Schutzbereich der Meinungs- und Informationsfreiheit ist ebenso weit zu verstehen und schützt jegliche zwischenmenschliche Kommunikation.⁸⁶ Die Kunst bleibt wegen der eigenständigen Regelung in Art. 13 GRCh hingegen vom Schutzbereich weitgehend ausgeschlossen. Beschränkungen

78 Grabenwarter, *ECHR*, Art. 10 Rn. 4 ff.

79 Grabenwarter, *ECHR*, Art. 10 Rn. 9 f.

80 Grabenwarter, *ECHR*, Art. 10 Rn. 16.

81 Erläuterungen zur Grundrechtecharta, ABl. C 303 vom 14.12.2007, S. 21, 33.

82 Callies in Calliess/Ruffert, *EUV/AEUV*, GRCh Art. 11 Rn. 2.

83 Jarass, *GRCh*, Art. 11 Rn. 1.

84 Jarass, *GRCh*, Art. 11 Rn. 5.

85 Augsberg in von der Groeben/Schwarze/Hatje, *GRCh* Art. 11 Rn. 10 f.

86 Jarass, *GRCh*, Rn. 10 ff.

i.S.d. Art. 52 Abs. 1 GRCh und Art. 10 EMRK sind nur unter den zuvor genannten Voraussetzungen möglich.

c) Grundgesetzlicher Schutz nach Art. 5 Abs. 1 und 2 GG

Die Regelung des Art. 5 Abs. 1 und 2 GG dient dem Schutz der Freiheit der Meinungsäußerung, Informationsfreiheit sowie der Freiheit von Presse, Rundfunk und Film; die Kunstfreiheit ist separat in Art. 5 Abs. 3 GG normiert. Grundsätzlich unterscheidet sich der Schutzbereich inhaltlich nicht von dem der EMRK oder der GRCh.⁸⁷ So wird sowohl das Interesse von Einzelnen als auch das Interesse an demokratischen Prozessen gewährleistet.⁸⁸ Hinsichtlich der Meinungsfreiheit legt das Grundgesetz ebenfalls ein weites Verständnis des Meinungsbegriffs zugrunde.⁸⁹ Anders als im Konventionsrecht sind jedoch Werturteile in den Schutzbereich eingeschlossen, aber objektive, einem Beweis zugängliche Tatsachenbehauptungen grundsätzlich ausgeschlossen. Diese Trennung sei schon deshalb nicht überzeugend, weil die Abgrenzung von Werturteil und Tatsachenbehauptung regelmäßig nicht trennscharf möglich sei.⁹⁰ Folglich seien Tatsachenmitteilungen grundsätzlich „umfassend in den Schutzbereich der Meinungsfreiheit einzubeziehen“.⁹¹ Der Schutzbereich der Informationsfreiheit ist ebenfalls mit dem des Konventions- und Unionsrechts vergleichbar. Die Meinungs- und Informationsfreiheit stehen allen natürlichen und weitestgehend allen juristischen Personen zu.⁹² Hingegen unterscheidet sich die Schrankensystematik des Grundgesetzes vor allem deshalb, weil Art. 5 Abs. 2 GG Schranken in „allgemeinen“ Gesetzen vorsieht, um den gezielten gesetzlichen Ausschluss von Meinungen zu verhindern. Dieser Rückgriff auf die „Allgemeinheit“ findet so keine Entspre-

87 *Wendt* in von Münch/Kunig, Bd. 1, Art. 5 Rn. 13.

88 *Grabenwarter* in Dürig/Herzog/Scholz, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 6.

89 *Kaiser* in Dreier, 4. Aufl. 2023, Art. 5 I, II Rn. 62.

90 So *Grabenwarter* in Dürig/Herzog/Scholz, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 50 ff.; *Kaiser* in Dreier, 4. Aufl. 2023, Art. 5 I, II Rn. 62 f.

91 *Grote/Wenzel* in O. Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG, Kap. 18 Rn. 28.

92 *Grabenwarter* in Dürig/Herzog/Scholz, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 23 ff.

chung in der EMRK und GRCh.⁹³ Abschließend ist festzuhalten, dass die Meinungs- und Informationsfreiheit einzelne Personen vor staatlichen Eingriffen schützen soll.⁹⁴ Gleichzeitig entfaltet der Schutz der Meinungsfreiheit, nicht aber der Informationsfreiheit, auch zwischen Privaten im Wege der mittelbaren Drittwirkung Wirkung.⁹⁵

d) Zwischenfazit

Die Meinungs- und Informationsfreiheit ist im grundrechtlichen Mehr-
ebenensystem grundsätzlich in vergleichbarer Weise ausgestaltet. Informationsfreiheit kann dabei als Voraussetzung für die Meinungsbildung und -äußerung verstanden werden. Meinungsfreiheit zielt auf den Schutz einzelner Personen, aber auch auf den Schutz demokratischer Prozesse. Für Kunst ist Art. 10 EMRK von besonderer Bedeutung, da hier abweichend zur Art. 11 GRCh und Art. 5 Abs. 1 und 2 GG die Kunstfreiheit im Anwendungsbereich der Meinungsfreiheit verortet wird.

2. Kunstfreiheit

Im Rahmen der Grundrechtsabwägung auf Grundlage von Art. 85 DS-GVO stellt sich die Frage, ob das Recht auf den Schutz personenbezogener Daten nur mit der Meinungsäußerungsfreiheit oder nicht auch mit der Kunstfreiheit in Einklang zu bringen ist. Gegen eine Abwägung mit der Kunstfreiheit sprechen sowohl der Wortlaut des Art. 85 als auch des ErwG 153 S. 2 DS-GVO. Im Erwägungsgrund ist spezifiziert, dass Datenschutz mit der Meinungsfreiheit, wie sie „in Artikel 11 der Charta garantiert ist“, in Einklang gebracht werden soll. Unionsrechtlich ist der Schutz der Kunstfreiheit jedoch in Art. 13 GRCh

93 Dazu im Detail Grote/Wenzel in O. Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG, Kap. 18 Rn. 76.

94 Grabenwarter in Dürig/Herzog/Scholz, Art. 5 Abs. 1, Abs. 2 Rn. 100.

95 Bethge in Sachs, Grundgesetz, Rn. 30a, 59.

niedergelegt. Gleichwohl wird in der Kommentarliteratur eine Abwägung mit der Kunstfreiheit ohne Weiteres angenommen.⁹⁶ Im Folgenden soll daher zur Beseitigung dieser Unklarheit zunächst durch Auslegung ermittelt werden, ob im Rahmen von Art. 85 DS-GVO eine Abwägung mit der Kunstfreiheit erforderlich ist.

a) Art. 85 DS-GVO – Abwägung mit der Kunstfreiheit?

Ob Art. 85 DS-GVO eine Abwägung ausschließlich mit der Meinungs- und Informationsfreiheit oder auch mit der Kunstfreiheit erfordert, wird im Rahmen einer europäisch-autonomen Auslegung unter Berücksichtigung von Wortlaut, Systematik, Genese, Telos sowie *effet utile* der Norm untersucht.⁹⁷ Im Zuge dessen wird vorrangig auf Unionsgrundrechte Bezug genommen. Zum einen soll der Wille der europäischen Verordnungsgebenden ermittelt werden, der sich primär auf die Unionsgrundrechte stützt. Zum anderen weisen die Grundrechte eine übergreifende Verbundenheit mit dem Grundgesetz in einer gemeinsamen europäischen Grundrechtstradition auf, werden wie auch das

96 Diskussion bei *Bienemann*, Reformbedarf des Kunsturhebergesetzes im digitalen Zeitalter, S. 49; *Cornils* in BeckOK InfoMedienR, DS-GVO Art. 85 Rn. 4, 80; *Frey* in Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelman, DS-GVO Art. 85 Rn. 25; Annahme der Abwägung mit Art. 13 GRCh bei *Bechstein* in HK-ThürDSG, § 25 Rn. 20; *Bergmann/Möhrle/Herb*, Datenschutzrecht, DS-GVO Art. 85 Rn. 15; *Bienemann* in Sydow/Marsch, DS-GVO Art. 85 Rn. 1; *Buchner/Tinnefeld* in Kühling/Buchner, DS-GVO Art. 85 Rn. 8; *Dix* in Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, DS-GVO Art. 85 Rn. 19; *Grages* in Plath, DS-GVO Art. 85 Rn. 3; *Lauber-Rönsberg* in BeckOK DatenschutzR, DS-GVO Art. 85 Rn. 27; *Oster* in HK-MStV, RStV § 9c Rn. 6.f.; *Pötters* in Gola/Heckmann, DS-GVO Art. 85 Rn. 11; *Schröder* in HK-BayDSG, Art. 38 Rn. 22; *Schulz/Heilmann* in Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil, DS-GVO Art. 85 Rn. 51 f.; *Sundermann* in HK-HmbDSG, § 12 Rn. 15, 17; *Weichert* in Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, DS-GVO Art. 85 Rn. 2; so wohl auch *Debus* in HK-LDSG BW, § 19 Rn. 9; *Oehlrich* in HK-DSG MV, § 12 Rn. 20 ff.; *Westphal/Keller* in Taeger/Gabel, DS-GVO Art. 85 Rn. 9.

97 Nur EuGH, 12.1.2023, C-154/21, ECLI:EU:C:2023:3, Rn. 29 – Österreichische Post I; *Moos/Schefzig* in *Moos/Schefzig/Arning*, Die neue Datenschutz-Grundverordnung, Kap. 1 Rn. 21 ff.; *Riesenhuber* in *Riesenhuber*, Europäische Methodenlehre, § 10 Auslegung Rn. 4.

Grundgesetz im Lichte der EMRK ausgelegt und stehen im Einklang mit den mitgliedstaatlichen Verfassungen.⁹⁸

aa) Wortlautauslegung

Der Wortlaut der Überschrift des Art. 85 DS-GVO, „Verarbeitung und Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit“ (engl. „Processing and freedom of expression and information“, frz. „Traitement et liberté d'expression et d'information“) weist deutlich auf das der Abwägung zugrunde liegende Grundrecht hin. Dies wird in Abs. 1 und 2 ausdrücklich wiederholt.

Auf Grundlage von Abs. 1 soll Datenschutz mit der Meinungsäußerungsfreiheit „einschließlich“ der Verarbeitung zu künstlerischen Zwecken in Einklang gebracht werden. *Bienemann* folgert bereits aus dem Wort „einschließlich“ einen eigenständigen Schutz künstlerischer Zwecke durch Art. 13 GRCh, weshalb auch eine Abwägung mit der Kunstfreiheit erforderlich sei.⁹⁹ Hiergegen spricht *erstens*, dass dem Wortlaut nach lediglich die Zwecke, nicht aber ihre korrespondierenden Grundrechte benannt werden. *Zweitens* ergäbe sich dann auch ein auf die Meinungsfreiheit begrenztes Abwägungserfordernis im Rahmen von Abs. 2, da die Zwecke dort abschließend aufgezählt sind. Gerade hierauf gibt es aber keinen Hinweis im Wortlaut. Wahrscheinlicher ist, dass „einschließlich“ lediglich eine nicht abschließende Aufzählung von Verarbeitungszwecken einleitet, die mit der Meinungsfreiheit in Einklang gebracht werden können.¹⁰⁰

Der deutsche Wortlaut von Abs. 1 und 2 lässt so kaum Raum für Kunstfreiheit. Demgegenüber wird in der englischen und französischen Sprachfassung, die gleichberechtigt neben der deutschen Fassung ste-

98 BVerfGE 152, 152 (175 ff.) – Recht auf Vergessen I.

99 *Bienemann*, Reformbedarf des Kunsturhebergesetzes im digitalen Zeitalter, S. 49.

100 *Cornils* in BeckOK InfoMedienR, DS-GVO Art. 85 Rn. 32 f.; *Lauber-Rönsberg* in BeckOK DatenschutzR, DS-GVO Art. 85 Rn. 10; diesen Aspekt berücksichtigt auch *Bienemann*, Reformbedarf des Kunsturhebergesetzes im digitalen Zeitalter, S. 49; a.A. *Weichert* in Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, DS-GVO Art. 85 Rn. 15.

hen,¹⁰¹ nicht allein auf die Verarbeitung zu künstlerischen Zwecken, sondern auf Zwecke zur Verarbeitung zur künstlerischen *Äußerung* beziehungsweise des künstlerischen *Ausdrucks* Bezug genommen (engl. „including processing for (...) the purposes of (...) artistic or literary expression“, frz. „compris le traitement (...) à des fins d'expression (...) artistique ou littéraire“). Dies könnte als Begrenzung auf die Verarbeitung zur künstlerischen *Meinungsäußerung* verstanden werden. Da der Norm allerdings grundsätzlich jeweils ein weites Begriffsverständnis zugrunde gelegt werden muss,¹⁰² ist es jedoch wahrscheinlicher, dass jeglicher künstlerischer Ausdruck umfasst ist, der dann auch über den Schutzbereich der Meinungsäußerungsfreiheit i.S.d. Art. 11 Abs. 1 GRCh hinausgehen kann. In diesem Fall bestünde die Gefahr, dass eine Abwägung nur mit der Meinungsäußerungsfreiheit dem künstlerischen Ausdruck nicht ausreichend gerecht würde. Dieser Gefahr hätten die Gesetzgebenden dadurch begegnen können, in dem sie sich – wie in der deutschen Sprachfassung – lediglich auf die künstlerischen Zwecke, also „artistic purposes“ beziehungsweise „fins artistiques“, beschränkt hätten. Da in der verabschiedeten englischen und französischen Fassung jedoch ausdrücklich auf den künstlerischen Ausdruck Bezug genommen wird, liegt es nahe, dass dieser in seiner Gesamtheit – also unter Berücksichtigung der Kunstfreiheit – zu berücksichtigen ist. Eine auf die Meinungsfreiheit verkürzte Auslegung kann dann durch die Einbeziehung der Kunstfreiheit i.S.d. Art. 13 GRCh in die Grundrechtsabwägung vermieden werden.

Im Ergebnis lässt die deutsche Wortlautauslegung keinen Raum für eine Abwägung mit der Kunstfreiheit. Dieser Raum wird dagegen durch die englische und französische Sprachfassung geschaffen, wo eine Abwägung für Verarbeitungen zu Zwecken der künstlerischen Äußerung – nicht beschränkt auf die *Meinungsäußerung* – ermöglicht wird. Zusammenfassend liefert die Wortauslegung kein eindeutiges Er-

101 Streinz, Die Auslegung des Gemeinschaftsrechts bzw Unionsrechts durch den EuGH, S. 243.

102 EuGH, 16.12.2008, C-73/07, ECLI:EU:C:2008:727, Rn. 56 – Satamedia.

gebnis. Sie deutet aber darauf hin, dass auch die Kunstfreiheit in die Abwägung auf Grundlage des Art. 85 DS-GVO einzubeziehen ist.

bb) Systematische Auslegung

Im Zuge der systematischen Auslegung sind sowohl die innere Systematik des Art. 85 DS-GVO, die äußere Systematik der DS-GVO als auch eine rechtsaktübergreifende Perspektive zu berücksichtigen.¹⁰³

(1) Innere Systematik

Hinsichtlich der inneren Systematik könnte Art. 85 Abs. 2 als Mindestschutzstandard eine Abwägung ausschließlich mit der Meinungsäußerungsfreiheit fordern (dazu oben B.II.2). Hingegen könnte Abs. 1 als Kollisionsnorm für Randfälle – auch über die explizit aufgeführten Zwecke hinaus – eine Abwägung mit weiteren Grundrechten, wie der Kunstfreiheit, erfordern. Dagegen sprechen zwei Argumente. *Erstens* weisen die Überschrift der Norm, „Verarbeitung und Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit“ sowie der ausdrückliche Verweis auf die Meinungsäußerungsfreiheit in Abs. 1 und 2 nicht darauf hin, dass innerhalb der Norm unterschiedliche Grundrechtsabwägungen angelegt sind. *Zweitens* normiert Abs. 3 eine Mitteilungspflicht an die EU-Kommission, die sich nur auf mitgliedstaatliche Regelungen bezieht, die auf Grundlage von Abs. 2 getroffen wurden. Wenn diese Mitteilungspflicht die Kommission zur Kontrolle über die Einhaltung unionsrechtlicher Vorgaben befähigen soll,¹⁰⁴ wäre es gerade im Interesse der Kommission, auch über Randfälle und Abwägungen mit weiteren Grundrechten informiert zu sein. Ferner kann grundsätzlich aus Abs. 3 nur schwerlich der Schluss auf den Regelungsgehalt von Abs. 1

103 Riesenhuber in Riesenhuber, *Europäische Methodenlehre*, § 10 Auslegung Rn. 22 ff.; Moos/Schefzig in Moos/Schefzig/Arning, *Die neue Datenschutz-Grundverordnung*, Kap. 1 Rn. 29.

104 Cornils in BeckOK InfoMedienR, DS-GVO Art. 85 Rn. III.

gezogen werden, was den Schluss auf die grundrechtliche Dimension einschließt.¹⁰⁵ Aus der inneren Systematik von Art. 85 DS-GVO lässt sich folglich keine Einbeziehung der Kunstfreiheit in die Grundrechtsabwägung ableiten.

(2) Äußere Systematik

Hinsichtlich der äußeren Systematik der DS-GVO ist strittig, ob Öffnungsklauseln wie die des Art. 85 weit¹⁰⁶ oder restriktiv¹⁰⁷ auszulegen sind.¹⁰⁸ Für eine enge Auslegung spricht, dass andernfalls die Gefahr der Umgehung des Regulationssystems der DS-GVO besteht.¹⁰⁹ Demgegenüber kann eine weite Auslegung nicht dadurch legitimiert werden, dass Art. 85 in Kapitel IX der DS-GVO zusammen mit anderen Öffnungsklauseln, etwa für den Beschäftigten- oder Forschungsdatenschutz, verortet ist.¹¹⁰ Diese systematische Positionierung unterstreicht zwar die außergewöhnliche Bedeutung der Norm. Jedoch spricht mehr dafür, dass dieses Kapitel lediglich Regelungen zu besonderen Verarbeitungssituationen zusammenfasst, in denen spezielle mitgliedstaatliche Regeln zulässig oder erforderlich sind,¹¹¹ allerdings ohne durch diese Verortung eine Aussage über die Reichweite der im Kapitel enthaltenen Öffnungsklauseln zu treffen. Dies zeigt sich beispielhaft an Art. 90 DS-GVO zu Geheimhaltungspflichten von Berufsgeheimnistragenden. Ähnlich wie Art. 85 ermöglicht die Norm eine Abweichung

105 Cornils in BeckOK InfoMedienR, DS-GVO Art. 85 Rn. 25.

106 Riesenhuber in Riesenhuber, *Europäische Methodenlehre*, § 10 Auslegung Rn. 62 ff.; Schantz/Wolff, *Das neue Datenschutzrecht*, Rn. 1318.

107 Albrecht/Janson, CR 2016, 500 (501); Bienemann, *Reformbedarf des Kunsturhebergesetzes im digitalen Zeitalter*, S. 57.

108 Weiß ist grundsätzlich für eine Ermittlung der Auslegungsgrenzen im Einzelfall (Weiß, *Öffnungsklauseln in der DSGVO und nationale Verwirklichung im BDSG*, S. 94 f.).

109 Bienemann, *Reformbedarf des Kunsturhebergesetzes im digitalen Zeitalter*, S. 58; Buchner/Tinnefeld in Kühling/Buchner, *DS-GVO Art. 85 Rn. 12*.

110 So aber Bienemann, *Reformbedarf des Kunsturhebergesetzes im digitalen Zeitalter*, S. 57 f.

111 Albrecht, CR 2016, 88 (97).

von Schutzstandards der DS-GVO.¹¹² Auf dessen Grundlage können aber gerade keine materiell-rechtlichen Ausnahmen zu sonstigen Regelungen der DS-GVO vorgenommen werden. Vielmehr sind allein Beschränkungen aufsichtsbehördlicher Befugnisse für Berufsgeheimnistragende zum Schutz ihrer Geheimhaltungspflichten möglich.¹¹³ Auch aufgrund der Tatsache, dass etwa Art. 90 lediglich eine fakultative Öffnungsklausel darstellt,¹¹⁴ lässt sich daher kein „außergewöhnliches Handlungserfordernis“ ableiten, das eine weite Auslegung begründet.¹¹⁵ Zusammengefasst streitet eine Untersuchung der äußeren Systematik aufgrund der restriktiven Auslegungserfordernis der Öffnungsklausel für eine Begrenzung der Abwägung auf die Meinungs- und Informationsfreiheit.

(3) Rechtsaktübergreifende Auslegung

Rechtsaktübergreifend ist Art. 85 DS-GVO darüber hinaus im „Licht der Charta“ auszulegen.¹¹⁶ Insbesondere da Art. 85 Abs. 1 und 2 auf die Meinungsäußerungs- und Informationsfreiheit verweisen, ist auch das Verständnis von Art. 11 GRCh heranzuziehen. Für sich betrachtet umfasst der Schutz der Meinungsäußerungsfreiheit zwar auch künstlerische Äußerungen,¹¹⁷ der Schutzbereich von Art. 11 GRCh schließt die Kunstfreiheit hingegen nicht ein [dazu auch oben 1.b)].¹¹⁸ Allerdings haben die Grundrechte der Charta die gleiche Bedeutung und Tragweite wie die in der Europäische Menschenrechtskonvention verbürgten Rechte, siehe Art. 52 Abs. 3 GRCh. In der Konvention ist jedoch

112 Kühling/Martini *et al.*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht, S. 299.

113 Caspar in Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, DS-GVO Art. 90 Rn. 23 f.

114 Caspar in Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman, DS-GVO Art. 90 Rn. 1.

115 Bienemann, Reformbedarf des Kunsturhebergesetzes im digitalen Zeitalter, S. 57.

116 EuGH, 06.10.2015, C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650, Rn. 73 – Schrems I; Moos/Schefzig vermuten darin eine systematische Auslegung zur Ermittlung des Gesetzeszwecks für die teleologische Auslegung, siehe Moos/Schefzig in Moos/Schefzig/Arning, Die neue Datenschutz-Grundverordnung, Kap. 1 Rn. 29.

117 Thiele in Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar, GRCh Art. 11 Rn. 11.

118 Cornils in BeckOK InfoMedienR, GRCh Art. 11 Rn. 10.

kein eigener, ausdrücklicher Schutz für die Kunst geregelt, weshalb Art. 10 EMRK mit einem weiten Verständnis der Meinungsäußerungsfreiheit auch die Kunstfreiheit einschließt [siehe oben 1.a)].¹¹⁹ Die auf Art. 10 EMRK fußende Kunstfreiheit ist unionsgrundrechtlich wiederum in Art. 13 GRCh verbürgt. Vor diesem Hintergrund wird in der Literatur vertreten, dass Art. 13 GRCh als speziellere Regelung dem Art. 11 GRCh vorgeht.¹²⁰ Diese Sicht wird dadurch gestützt, dass die Kunstfreiheit im Grundrechtskonvent ursprünglich zu Art. 11 GRCh hinzugenommen werden sollte.¹²¹ Versteht man Art. 13 GRCh entsprechend als *lex specialis* gegenüber Art. 11, genießt Art. 13 als speziellere Norm systematisch Anwendungsvorrang.¹²² Gegen dieses Verständnis spricht auch nicht, dass der EuGH in mehreren Fällen bisher nur eine Abwägung zwischen Datenschutz und Meinungsäußerungsfreiheit vorgenommen hat.¹²³ Dies ist vielmehr der Tatsache geschuldet, dass der Gerichtshof bislang lediglich über medienbezogene Fallkonstellationen zu Art. 9 DS-RL und Art. 85 DS-GVO zu entscheiden hatte.¹²⁴ Bei der Grundrechtsabwägung ist also auch die volle grundrechtliche Bedeutung und Tragweite der Meinungsäußerungsfreiheit einschließlich der Implikationen hinsichtlich des Vorrangs der Kunstfreiheit zu berücksichtigen.

119 Grabenwarter, *ECHR*, Art. 10 Rn. 14 f.

120 Jarass, *GRCh*, Art. 11 Rn. 8; Thiele in Pechstein/Nowak/Häde, *Frankfurter Kommentar*, GRCh Art. 13 Rn. 18; von Coelln in Stern/Sachs, *GRCh*, Art. 11 Rn. 9; a.A. wohl Ruffert in Calliess/Ruffert, *EUV/AEUV*, GRCh Art. 13 Rn. 7.

121 Bernsdorff/Borowsky, *GRCh Protokolle*, S. 159; Bernsdorff in Meyer/Hölscheidt, *GRCh*, Art. 13 Rn. 11; Thiele in Pechstein/Nowak/Häde, *Frankfurter Kommentar*, GRCh Art. 13 Rn. 18.

122 Davon ausgenommen sind etwa Fälle, bei denen es vorrangig „um die mit dem Kunstwerk transportierten Auffassungen“ geht (Jarass, *GRCh*, Art. 13 Rn. 4).

123 EuGH, 24.9.2019, C-507/17, ECLI:EU:C:2019:772, Rn. 60, 67 – Google/CNIL; EuGH, 14.2.2019, C-345/17, ECLI:EU:C:2019:122, Rn. 50 f. – Buivids; EuGH, 16.12.2008, C-73/07, ECLI:EU:C:2008:727, Rn. 54 – Satamedia; allerdings etwas weiter in EuGH, 6.11.2003, C-101/01, ECLI:EU:C:2003:596, Rn. 90 – Lindqvist.

124 Ganz allgemein hatte der EuGH bisher kaum zur grundrechtlichen Dimension der Kunstfreiheit zu entscheiden, Bernsdorff in Meyer/Hölscheidt, *GRCh*, Art. 13 Rn. 5. Bislang ist nur ein Fall ersichtlich: EuGH, 29.7.2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 – Pelham u.a.

(4) Ergebnis

Auf Grundlage der systematischen Auslegung des Art. 85 DS-GVO lässt sich nicht mit Bestimmtheit ermitteln, ob die Kunstfreiheit im Rahmen der Grundrechtsabwägung zu berücksichtigen ist. In der Gesamtschau spricht jedoch insbesondere dafür, dass die Kunstfreiheit als speziellere Norm Anwendungsvorrang gegenüber der Meinungsfreiheit genießt und daher in die Abwägung einzubeziehen ist.

cc) Genetische Auslegung

Die genetische Auslegung berücksichtigt im Folgenden die bisherige Rechtslage, den Entwurf der Europäischen Kommission sowie die Lesungen des Parlaments und des Rates zu Art. 85 DS-GVO.

(1) Bisherige Rechtslage nach Art. 9 DS-RL

Die Datenschutz-Grundverordnung wurde vor dem Hintergrund der Erfahrungen mit der Datenschutz-Richtlinie entwickelt. Sah die Kommission in ihrem ersten Richtlinienentwurf zu Art. 9 DS-RL noch lediglich eine Abwägung des Rechts auf Privatsphäre mit der Informations- und Pressefreiheit für Presseorgane und audiovisuelle Medien vor,¹²⁵ so waren in der verabschiedeten Fassung künstlerische Zwecke ausdrücklich genannt, um in diesem Bereich Sonderregelungen für den Ausgleich mit der Meinungsfreiheit zu ermöglichen.¹²⁶ Zusätzlich enthielt ErwG 37 DS-RL einen Hinweis auf Art. 10 EMRK – zum damaligen Zeitpunkt existierte die Grundrechtecharta noch nicht – und damit auch auf die Kunstfreiheit.

125 Art. 19 Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zum Schutz von Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten vom 27.7.1990, KOM(90) 314 endg., ABl. C 277 vom 5.11.1990.

126 Gemeinsamer Standpunkt des Rates vom 20.2.1995 im Hinblick auf den Erlass der Richtlinie 9 / / EG des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten (...), 12003/3/94 REV 3 ADD 1, S. 11 f.

(2) Entwurf der Europäischen Kommission

Der erste Kommissionsentwurf zu Art. 85 DS-GVO (*ex* Art. 80) beschränkte sich im Wortlaut der Norm auf eine Abwägung mit der Meinungsäußerungsfreiheit.¹²⁷ Allerdings wies der Begründungsentwurf für ErwG 153 (*ex* ErwG 121) auf das Recht auf Meinungsäußerungsfreiheit „wie es *unter anderem* in Artikel 11“ GRCh garantiert ist hin (Herv. d. Verf.). Unter der Annahme, dass die Kommission den Schutzstandard der Datenschutz-Richtlinie nicht unterschreiten wollte, deutet dies zumindest nicht auf einen bewussten Ausschluss der Kunstfreiheit hin.

(3) Erste Lesung des Europäischen Parlaments

Das Europäische Parlament erweiterte in seiner ersten Lesung die Formulierung der Kommission, in dem das Recht auf Datenschutz „mit den für die Freiheit der Meinungsäußerung geltenden Vorschriften nach Maßgabe der Charta in Einklang zu bringen“ seien.¹²⁸ Das Parlament wollte die Norm zu einer allgemeinen Öffnungsklausel erweitern, die nicht auf journalistische, wissenschaftliche, literarische und künstlerische Zwecke beschränkt ist.¹²⁹ Es erstreckte die grundrechtliche Abwägungserfordernis im Normtext hierfür zwar neben der Meinungsäußerungs- nur auf die Informationsfreiheit. Dennoch ließ das Parlament den Hinweis auf „*unter anderem* Artikel 11“ GRCh in ErwG 153 (*ex* ErwG 121) stehen, sodass auch hier zumindest kein bewusster Ausschluss der Kunstfreiheit anzunehmen ist.

127 Vorschlag für Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates (...) (Datenschutz-Grundverordnung) vom 25.1.2012, KOM(2012) 11 endg.

128 Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 12.3.2014 zu dem Vorschlag für eine (...) (allgemeine Datenschutzverordnung), Ordentliches Gesetzgebungsverfahren: erste Lesung, ABl. C 378 vom 9.11.2017, S. 482.

129 Bienemann, Reformbedarf des Kunsturhebergesetzes im digitalen Zeitalter, S. 61; Cornils, Das datenschutzrechtliche Medienprivileg unter Behördenaufsicht?, S. 42 f.

(4) Erste Lesung des Rates der Europäischen Union

In seiner ersten Lesung eröffnete der Rat der Europäischen Union einen Interpretationsspielraum hinsichtlich der Einbeziehung der Kunstfreiheit. Zwar benannte der Ratsvorschlag zu Art. 85 DS-GVO die Kunstfreiheit nicht explizit, sondern beschränkte sich wie schon Kommission und Parlament auf die Nennung der Meinungs- und Informationsfreiheit. Gleichwohl sollen nach ErwG 153 S.1 Mitgliedstaaten ihre Rechtsvorschriften „über die freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit, *auch von (...) Künstlern*“ (Herv. d. Verf.) mit dem Datenschutz in Einklang bringen.¹³⁰ Dieser Einschub könnte einerseits eine bedeutungslose beispielhafte Aufzählung darstellen. Andererseits könnten auch Verarbeitungen personenbezogener Daten durch künstlerisch tätige Personen zur Meinungsäußerung mit der Meinungsfreiheit in Einklang gebracht werden müssen. Dieser Klarstellung bedürfte es aber nicht, da künstlerisch Tätige bereits in ihrer Eigenschaft als Person den Schutz der Meinungsfreiheit genießen. Vielmehr muss der Rat *Äußerungen* von künstlerisch Tätigen eine besondere Bedeutung zugemessen haben.¹³¹ Folglich kann die Grundrechtsabwägung jedoch nicht bei der Meinungsfreiheit stehen bleiben, sondern muss für eine vollumfängliche Würdigung auch die Kunstfreiheit umfassen. Gleichzeitig beschränkte der Ratsentwurf zu ErwG 153 den Verweis auf Art. 11 GRCh und damit der Meinungsfreiheit, in dem der Zusatz „unter anderem“ gestrichen wurde (dazu oben [(2)]). Unklar ist, ob der Rat mit dieser Streichung die bewusste Beschränkung auf die Meinungsfreiheit oder lediglich einen präzisen Verweis auf die GRCh ohne willentlichen Ausschluss der Kunstfreiheit bezwecken wollte.

130 Standpunkt (EU) Nr. 6/2016 des Rates in erster Lesung im Hinblick auf den Erlass der (...) Datenschutz-Grundverordnung, Angenommen (...) am 8.4.2016, ABl. C 159 vom 3.5.2016, S. 27.

131 Um den weiten Schutz künstlerischer Verarbeitungen nicht zu unterlaufen, kann in Anlehnung an die weite Auslegung des Journalismusbegriffs des EuGH ein weites, am künstlerischen Zweck orientiertes Begriffsverständnis von künstlerisch tätigen Personen angenommen werden (EuGH, 16.12.2008, C-73/07, ECLI:EU:C:2008:727, Rn. 58, 61 – Satamedia).

(5) Ergebnis

Aus dem Gesetzgebungsverfahren lässt sich hinsichtlich der Entstehung des Normtextes des Art. 85 DS-GVO nicht eindeutig herleiten, ob die Grundrechtsabwägung auch mit der Kunstfreiheit vorzunehmen ist. Zwar deuten insbesondere der Verweis von ErwG 37 DS-RL auf Art. 10 EMRK und der in den Entwürfen der Kommission und Parlament zu ErwG 153 offengehaltene Verweis auf „unter anderem“ Art. 11 GRCh auf eine Abwägung mit der Kunstfreiheit hin. Dennoch kann mit der genetischen Auslegung nur vermutet werden, dass die in der DS-RL intendierte Abwägung mit der Kunstfreiheit auch auf die Grundrechtsabwägung des Art. 85 DS-GVO auszuweiten ist.

dd) Teleologische Auslegung und *effet utile*

Art. 85 DS-GVO zielt vorrangig auf die Schaffung von Ausgleichsregelungen für Medien.¹³² Darauf deuten auch ErwG 153 S. 3 und S. 7 hin, welche die Bedeutung des audiovisuellen Bereichs, der Nachrichten- und Pressearchive und den beispielhaft genannten weit auszulegenden Begriff des Journalismus ausdrücklich hervorheben. Nicht Kunst, sondern Journalismus steht im Vordergrund des Regelungszwecks.¹³³

Deshalb könnte Art. 85 DS-GVO tatsächlich lediglich den Ausgleich zwischen dem Recht auf den Schutz personenbezogener Daten sowie der Meinungsäußerungs- und Informationsfreiheit zum Ziel haben. Dafür spricht ErwG 153 S. 2, der auf eine Abwägung mit Art. 11 GRCh, nicht aber Art. 13 GRCh, hinweist. Indes heißt es in ErwG 4 S. 3, dass die DS-GVO „im Einklang mit allen Grundrechten“ steht und „alle Freiheiten und Grundsätze“ achtet, „die mit der Charta anerkannt wurden“, „insbesondere“ – aber eben nicht ausschließlich – die „Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit“. Wenn alle Grundrechte im Einklang mit der DS-GVO stehen, muss dies auch

132 Statt vieler *Cornils* in BeckOK InfoMedienR, DS-GVO Art. 85 Rn. 7 f.; *Veit*, Einheit und Vielfalt im europäischen Datenschutzrecht, S. 236.

133 *Albrecht*, CR 2016, 88 (97).

für die Kunstfreiheit gelten.¹³⁴ Da Art. 85 DS-GVO die einzige Norm der Verordnung ist, die explizit auf künstlerische Verarbeitungen Bezug nimmt, läge es nahe, hier die Kunstfreiheit zu berücksichtigen. Darüber hinaus heißt es in ErwG 153 S.7, dass Begriffe, die sich auf die Meinungsäußerungsfreiheit beziehen, weit ausgelegt werden müssen.¹³⁵ Würde Kunst oder die künstlerische Äußerung hier eng verstanden, liefe es diesem Ziel zuwider. Ferner könnte die rechtsaktübergreifende systematische Auslegung der Ermittlung des Gesetzeszweckes dienen.¹³⁶ Versteht man die Kunstfreiheit als *lex specialis* gegenüber der Meinungsäußerungsfreiheit, kann es nicht Sinn und Zweck der Norm sein, diesen Normvorrang zu verdrängen. Vielmehr ist bei einem weiten Begriffsverständnis von Meinungsäußerungsfreiheit auch die damit verbundene grundrechtliche Komponente zu berücksichtigen. Ginge es den europäischen Verordnungsgebenden nur darum, die künstlerischen Ausprägungen des Journalismus klarstellend in den Verordnungstext aufzunehmen, hätte es dieser Klarstellung bereits unter Zugrundelegung eines weiten Verständnisses von Journalismus nicht bedurft. Sinn und Zweck muss es also sein, Abwägungen mit anderen Grundrechten zu ermöglichen, die im engen Zusammenhang mit der Meinungsäußerungsfreiheit stehen – wozu die Kunstfreiheit aufgrund der gemeinsamen Wurzel in Art.10 EMRK zweifelsfrei gehört. Die Grenze für grundrechtliche Abwägungen auf Grundlage von Art. 85 DS-GVO könnte also in den mit der Meinungsäußerungsfreiheit zusammenhängenden Grundrechten, den Kommunikationsgrundrechten,¹³⁷ liegen.¹³⁸

134 Von Lewinski sieht ErwG 4 zwar als ein „Unding“, versteht diesen Passus dessen ungeachtet als „Grundsatz der grundrechtsschonenden Auslegung der Eingriffstatbestände der DSGVO“ (von Lewinski in Auernhammer, DS-GVO Art. 85 Rn. 2).

135 EuGH, 16.12.2008, C-73/07, ECLI:EU:C:2008:727, Rn. 56 – Satamedia.

136 Moos/Schefzig in Moos/Schefzig/Arning, *Die neue Datenschutz-Grundverordnung*, Kap. 1 Rn. 29.

137 Frenz, *Handbuch Europarecht*, Rn. 1740.

138 Veit, *Einheit und Vielfalt im europäischen Datenschutzrecht*, S. 237.

Der EuGH bezieht sich in seiner Rechtsprechung mitunter auf das Gebot der praktischen Wirksamkeit, den *effet utile*.¹³⁹ Wenn das soeben ermittelte Regelungsziel des Ausgleichs von Datenschutz und Kommunikationsfreiheit bestmöglich erreicht werden soll, kann auch vor diesem Hintergrund die Grundrechtsabwägung nicht vor der Kunstfreiheit haltmachen. Andernfalls wären künstlerische Äußerungen praktisch nicht wirksam geschützt.

Die teleologische Auslegung zeigt, dass der primäre Regelungszweck von Art. 85 DS-GVO die Möglichkeit für Ausnahmen für die Medien darstellt. Gleichzeitig ist Art. 85 bewusst (begriffs-)offen angelegt. Es würde dem Sinn und Zweck widersprechen, wenn künstlerische Verarbeitungen zwar genannt, diese aber auf ihren *Meinungsäußerungsanteil* reduziert würden. Insofern ist bei einer grundrechtlichen Abwägung auch die Kunstfreiheit einzubeziehen.

ee) Ergebnis

Zur Frage, ob Art. 85 DS-GVO eine Abwägung ausschließlich mit der Meinungs- und Informationsfreiheit oder auch mit der Kunstfreiheit erfordert, ergibt eine Auslegung auf Grundlage der vier Auslegungsmethoden des Wortlauts, der Systematik, der Genese und des Telos unter Berücksichtigung des *effet utile* ein gemischtes Bild. In der Gesamtschau streiten jedoch die stärkeren Argumente für eine Abwägung mit der Kunstfreiheit. Dies kommt besonders deutlich bei der rechtsaktübergreifenden systematischen Auslegung zum Ausdruck, welche der Kunstfreiheit als *lex specialis* einen Anwendungsvorrang gegenüber der Meinungsäußerungsfreiheit einräumt. Gleiches zeigt sich bei der teleologischen Auslegung, die den Sinn und Zweck der Norm im Ausgleich mit allen mit Art. 11 GRCh im Zusammenhang stehenden Kommunikationsfreiheiten verortet. Ebenfalls mit der genetischen Aus-

139 Kritisch Riesenhuber in Riesenhuber, *Europäische Methodenlehre*, § 10 Auslegung Rn. 45.

legung, der eine untergeordnete Bedeutung zukommt,¹⁴⁰ lässt sich zumindest aufbauend auf der bisherigen Rechtslage und des Verweises auf Art. 10 EMRK vermuten, dass die Kunstfreiheit als besondere Regelung zur Meinungsfreiheit zu verstehen und deshalb zu berücksichtigen ist.

b) Schutzbereich

Bei der Grundrechtsabwägung auf Grundlage von Art. 85 DS-GVO ist neben der reinen Meinungsäußerungs- und Informationsfreiheit demnach auch die Kunstfreiheit einzubeziehen. Bezug nehmend auf die zuvor skizzierte Definition von Kunst (oben B.I) wird im Folgenden der Schutzbereich der Kunstfreiheit bestimmt.

aa) Konventionsrechtlicher Schutz nach Art. 10 EMRK

Auch wenn Art. 10 EMRK die Kunstfreiheit nicht ausdrücklich schützt, wird die Freiheit des künstlerischen Ausdrucks als Bestandteil der Meinungsäußerungsfreiheit verstanden.¹⁴¹ Der gemeinsame Ausgangspunkt von Meinungs- und Kunstfreiheit hat zur Folge, dass im konventionsrechtlichen Sinne künstlerische und nicht künstlerische Äußerungen „lediglich“ unterschiedliche Äußerungsformen darstellen.¹⁴² Art. 10 EMRK garantiert folglich künstlerischen und anderen Äußerungen zunächst denselben Schutz, geht für künstlerische Äußerungen aber insoweit weiter, als dass diesen eine gesteigerte Schutzbedürftigkeit zugestanden wird.¹⁴³ So sind etwa erkennbar rein fiktionale Darstellun-

140 Moos/Schefzig/Arning, *Die neue Datenschutz-Grundverordnung*, Kap. 1 Rn. 31.

141 Grabenwarter, *ECHR*, Art. 10 Rn. 14; Mensching in Karpenstein/Mayer, *EMRK*, Art. 10 Rn. 23.

142 Der EGMR hat bisher keinen eigenen Kunstbegriff entwickelt, sondern die Kunsteseigenschaft nur festgestellt. Indes ist das weite Begriffsverständnis von inhaltlicher Neutralität und formaler Offenheit geprägt (Hoppe, *Die Kunstfreiheit als EU-Grundrecht*, S. 42 ff.).

143 Germelmann in Dreier, 4. Aufl. 2023, Art. 5 III (Kunst) Rn. 25.

gen von Sorgfaltspflichten befreit, die für eine an die Allgemeinheit gerichtete Berichterstattung gelten.¹⁴⁴

Fraglich ist, ob Kunst, die keine Meinung ausdrücken soll – etwa Kunst aus Freude an der Sache – ebenfalls von Art. 10 EMRK geschützt wird.¹⁴⁵ Dabei ist zum einen zu berücksichtigen, ob Kunst, die keine Meinung ausdrücken *soll*, nicht erst recht eine Meinung ausdrückt – und zwar keine Meinung ausdrücken zu wollen. Zum anderen liegt Art. 10 EMRK ein weites Verständnis von Äußerungen zugrunde, welches jegliche zwischenmenschliche Kommunikation einschließt und nicht auf ein enges Verständnis von Meinungen beschränkt ist.¹⁴⁶ Damit muss auch Kunst, die keine Meinung ausdrücken soll – die aber dennoch eine Äußerung darstellt – vom Schutzbereich erfasst sein. Mit einem offenen Kunstbegriff sind sachlich sowohl das künstlerische Schaffen als auch die Verbreitung geschützt (Werk- und Wirkungsbereich), unabhängig der Form des künstlerischen Ausdrucks.¹⁴⁷ Persönlich sind künstlerisch Tätige sowie die an der Verbreitung Beteiligten geschützt (etwa Museen).¹⁴⁸

In die Kunstfreiheit kann durch staatliche Maßnahmen eingegriffen werden. Typischerweise äußert sich dies in Form von Beschränkungen und Verboten von Aufführungen oder Ausstellungen, aber auch in der Beschlagnahme von Kunst. Auch äußerungsrechtliche Verbote von Kunst, beispielsweise von Literatur, gelten als Eingriff.¹⁴⁹ Aufgrund der gemeinsamen Regelung können Eingriffe in die Kunstfreiheit unter denselben Voraussetzungen wie Eingriffe in die Meinungsfreiheit gerechtfertigt werden. Es muss eine hinreichend bestimmte gesetzliche

144 Grote/Wenzel in O. Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG, Kap. 18 Rn. 129.

145 Von Coelln in Stern/Sodan/Möstl, Staatsrecht, § 123 Kunstfreiheit Rn. 93; Kempen in Stern/Sachs, GRCh, Art. 13 Rn. 7.

146 Grabenwarter, ECHR, Art. 10 Rn. 4, 14; Grote/Wenzel in O. Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG, Kap. 18 Rn. 24.

147 Grote/Wenzel in O. Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG, Kap. 18 Rn. 128; Rüegger, Kunstfreiheit, S. 206.

148 Mensching in Karpenstein/Mayer, EMRK, Art. 10 Rn. 5.

149 Mensching in Karpenstein/Mayer, EMRK, Art. 10 Rn. 35.

Regelung vorliegen,¹⁵⁰ die ein legitimes Ziel verfolgt und die in einer demokratischen Gesellschaft zur Zweckerreichung notwendig ist.¹⁵¹ Zu den legitimen Zielen nach Art. 10 Abs. 2 zählt unter anderem der Schutz der Privatsphäre.¹⁵²

bb) Unionsrechtlicher Schutz nach Art. 13 GRCh

Art. 13 GRCh liegt der konventionsrechtliche Schutz als Mindeststandard zugrunde.¹⁵³ Auch wenn sich bisher noch kein unionsrechtlicher Kunstbegriff herausgebildet hat, ist von einem offengehaltenen Verständnis auszugehen.¹⁵⁴ Wesentlich sind dann die freie schöpferische Leistung und freie Entfaltung des Individuums.¹⁵⁵ Unklar ist jedoch, wie das „Mehr“ der Kunstfreiheit gegenüber der Meinungsfreiheit charakterisiert ist. Jedenfalls ermöglicht die Kunstfreiheit es, „am öffentlichen Austausch von kulturellen, politischen und sozialen Informationen und Ideen aller Art teilzuhaben“.¹⁵⁶ Der sachliche Schutzbereich umfasst ebenfalls den Werk- und Wirkbereich, der persönliche Schutzbereich künstlerisch tätige Personen und die an der Verbreitung Beteiligten.¹⁵⁷ Art. 13 GRCh bindet sowohl die EU als auch die Mitgliedstaaten, soweit sie Unionsrecht durchführen. Zwischen Privaten entfaltet Art. 13 GRCh zumindest mittelbar Wirkung.¹⁵⁸ Ein Eingriff in die Kunstfreiheit liegt vor, wenn Kunst „in belastender Weise“ geregelt

150 Auch Richterrecht fällt unter die gesetzlichen Bestimmungen, *Cornils* in BeckOK InfoMedienR, EMRK Art. 10 Rn. 45.

151 *Daiber* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK, Art. 10 Rn. 28; *Mensching* in *Karpenstein/Mayer*, EMRK, Art. 10 Rn. 35 f.

152 *Daiber* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK, Art. 10 Rn. 40, 58.

153 *Bernsdorff* in *Meyer/Hölscheidt*, GRCh, Art. 13 Rn. 13; *Sparr* in *Schwarze/Becker/Hatje/Schoo*, EU-Kommentar, GRCh Art. 13 Rn. 2.

154 *Hoppe*, Die Kunstfreiheit als EU-Grundrecht, S. 114 ff.; *Jarass*, GRCh, Art. 13 Rn. 5; *Ruffert* in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, Art. 13 Rn. 3.

155 *Frenz*, Handbuch Europarecht, Rn. 2325.

156 EuGH, 29.7.2019, C-476/17, ECLI:EU:C:2019:624 Rn. 34 – *Pelham* u.a.

157 *Sparr* in *Schwarze/Becker/Hatje/Schoo*, EU-Kommentar, GRCh Art. 13 Rn. 2; *Jarass*, GRCh, Art. 13 Rn. 6.

158 *Bernsdorff* in *Meyer/Hölscheidt*, GRCh, Art. 13 Rn. 3.

oder faktisch „in erheblicher Weise“ behindert wird,¹⁵⁹ wie dies bei datenschutzrechtlichen Pflichten der Fall sein könnte. Bei einem staatlichen Eingriff sind insbesondere die konventionsrechtlichen Schranken zu berücksichtigen,¹⁶⁰ sodass ebenfalls eine gesetzliche Grundlage, ein legitimes Ziel und die Wahrung der Verhältnismäßigkeit erforderlich sind.¹⁶¹

cc) Grundgesetzlicher Schutz nach Art. 5 Abs. 3 GG

Im Vergleich zum Konventions- und Unionsrecht ist die Kunstfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts am stärksten konturiert. Die grundgesetzliche Kunstfreiheit steht zwar in einem systematischen Zusammenhang mit der Meinungsfreiheit aus Art. 5 Abs. 1 GG, dennoch sind beide Grundrechte getrennt zu betrachten.¹⁶² Wie auch im Unionsrecht geht die Kunstfreiheit der Meinungsfreiheit als *lex specialis* vor, zumindest wenn das Künstlerische im Vordergrund steht.¹⁶³ Zugleich stellt sich eine pauschale, trennscharfe Abgrenzung von Kunst und Meinung unter anderem wegen der Schwierigkeit, Kunst zu definieren, als Herausforderung dar.¹⁶⁴ In Annäherung des Rechts an die Kunst entwickelte das BVerfG unter Anerkennung der Eigengesetzlichkeiten der Kunst einen materiellen, formellen und offenen Kunstbegriff.¹⁶⁵ Unter ersterem versteht es die freie schöpferische Gestaltung, die individuelle Eindrücke einer künstlerisch tätigen Person durch eine bestimmte Ausdrucksform vermittelt.¹⁶⁶ Der formale Kunstbegriff zielt auf die Ausdrucksform oder den Werktyp ab,

159 Jarass, GRCh, Art. 13 Rn. 11.

160 Erläuterungen zur Grundrechtecharta, ABl. C 303 vom 14.12.2007, S. 22; Kempen in Stern/Sachs, GRCh, Art. 13 Rn. 18.

161 Jarass, GRCh, Art. 13 Rn. 14 f.

162 Starck/Paulus in von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 5 Rn. 412.

163 Kritisch Henschel, Kunstfreiheit als Grundrecht, S. 27.

164 Kühling in BeckOK InfoMedienR, GG Art. 5 Rn. 172.

165 Nunancierter bei von Arnauld in Isensee/Kirchhof, HStR VII, § 167 Rn. 1–42; kritisch etwa Starck/Paulus in von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 5 Rn. 423.

166 BVerfGE 30, 173 (189) – Mephisto.

wie beispielsweise Malerei oder neuerdings Medienkunst.¹⁶⁷ Der offene Kunstbegriff erkennt die Möglichkeit unendlicher Interpretations- und Vermittlungsmöglichkeiten an, die Kunst nicht auf einen Aussagegehalt beschränken.¹⁶⁸

Die grundgesetzliche Kunstfreiheit ist vorrangig als Abwehrrecht gegen den Staat ausgestaltet, entfaltet aber auch eine mittelbare Drittwirkung zwischen Privaten.¹⁶⁹ Dies stützt sich auf das in der Verfassung enthaltene Bekenntnis für den freiheitlichen Umgang mit Kunst – die Kunstfreiheit erfüllt also auch eine objektive Wertordnungsfunktion.¹⁷⁰ Anknüpfend an die Meinungsäußerungsfreiheit zielt die Kunstfreiheit auch auf einen Schutz demokratischer Funktionen. Kunst kann und darf einen Gegenpol zum Bestehenden bilden.¹⁷¹ Sachlich sind, wie auch im Konventions- und Unionsrecht, der Werk- und Wirkbereich geschützt, einschließlich etwaiger Vorbereitungshandlungen wie das Üben. Persönlich geschützt sind künstlerisch Tätige und Werkvermittelnde.¹⁷² Geschützt werden natürliche und juristische Personen, etwa Theater und Museen.¹⁷³ Strittig ist, ob die Rezeption von Kunst in den Schutzbereich fällt.¹⁷⁴ Ohne weitere Begründung versteht das BVerfG die Begegnung mit dem Werk zumindest als kunstspezifischen Vorgang des Wirkbereichs. Einschränkend sieht es jedenfalls Teilnehmende von Kulturveranstaltungen regelmäßig nicht als Tragende der Kunstfreiheit.¹⁷⁵ Damit bleibt unklar, ob und wann Kunstrezipierende den Schutz der Kunstfreiheit genießen können. Hinsichtlich interakti-

167 BVerfGE 67, 213 (227) – Anachronistischer Zug; F. Müller, Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik, S. 41 f.

168 BVerfGE 67, 213 (227) – Anachronistischer Zug.

169 Von Arnould in Isensee/Kirchhof, HStR VII, § 167 Rn. 51.

170 Germelmann in Dreier, 4. Aufl. 2023, Art. 5 III (Kunst) Rn. 64.

171 Marsch, JZ 2021, 1129 (1132 f.).

172 Von Arnould in Isensee/Kirchhof, HStR VII, § 167 Rn. 45 ff.

173 Germelmann in Dreier, 4. Aufl. 2023, Art. 5 III (Kunst) Rn. 61.

174 Verneinend BVerfG, NJW 1985, 263 (263 f.) – Hessenlöwe; Germelmann in Dreier, 4. Aufl. 2023, Art. 5 III (Kunst) Rn. 57; Jarass in Jarass/Pieroth, Art. 5 Rn. 122; Starck/Paulus in von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 5 Rn. 438; bejahend von Arnould in Isensee/Kirchhof, HStR VII, § 167 Rn. 49.

175 BVerfG, BeckRS 2021, 11560 Rn. 15, 35 – Inzidenzwertabhängiges Kulturveranstaltungsverbot; kritisch Häberle/Kotzur, ZRP 2022, 24 (25).

ver Kunst, bei der Rezipierende nicht lediglich aufnehmen oder empfangen, sondern aktiv mit Kunst interagieren, kann jedoch von einer vertieften Werkbegegnung ausgegangen werden. Zwar ist in derartigen Konstellationen für gewöhnlich nicht anzunehmen, dass Rezipierende als künstlerisch tätige oder werkvermittelnde Personen auftreten. Dennoch wird man dies überwiegend als kunstspezifischen Vorgang im Wirkungsbereich verstehen müssen, woraus bei dieser speziellen Sachlage ein Schutz durch die Kunstfreiheit gefolgert werden kann. Hinsichtlich der Schranken wird die Kunstfreiheit, anders als die Meinungsfreiheit in Art. 5 Abs. 2 GG, „vorbehaltlos aber nicht schrankenlos gewährleistet“¹⁷⁶ und kann daher nur zum Schutz der Grundrechte Dritter, wie bei Gefahr für Leib und Leben anderer oder das allgemeine Persönlichkeitsrecht, eingeschränkt werden.¹⁷⁷

c) Zwischenfazit

Aus der Auslegung von Art. 85 DS-GVO ergibt sich, dass bei der erforderlichen Grundrechtsabwägung neben der Meinungsäußerungs- und Informationsfreiheit auch die Kunstfreiheit zu berücksichtigen ist. Anders als im Anwendungsbereich des Grundgesetzes hat sich noch kein Kunstbegriff im konventions- und unionsgrundrechtlichen Sinne herausgebildet. Gleichwohl wird durchweg ein offener und weiter Kunstbegriffs zugrunde gelegt, der die freie Entfaltung des Individuums in den Mittelpunkt stellt. Sachlich sind Werk- und Wirkungsbereich von Kunst geschützt. Der persönliche Schutzbereich erstreckt sich auf künstlerisch tätige sowie werkvermittelnde Personen. Im Bereich des Grundgesetzes werden auch Werkrezipierende (strittig) und folglich auch Personen, die mit interaktiven Kunstwerken interagieren, geschützt. Die Kunstfreiheit kann unter Berücksichtigung der Verhältnismäßigkeit durch Gesetze und im Rahmen von Grundrechtsabwägungen – durch Herstellung praktischer Konkordanz – eingeschränkt werden.

176 BVerfGE 142, 74 (101) – Sampling.

177 Starck/Paulus in von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 5 Rn. 453.

3. Recht auf Datenschutz

a) Konventionsrechtlicher Schutz nach Art. 8 EMRK

Die EMRK gewährleistet kein ausdrückliches Recht auf Datenschutz. Vielmehr entwickelte der Europäische Menschenrechtsgerichtshof auf Grundlage des in Art. 8 Abs. 1 EMRK garantierten Rechts auf Achtung des Privatlebens ein nicht abschließend konturiertes Datenschutzgrundrecht.¹⁷⁸ Dieses ist primär als Abwehrrecht gegen den Staat angelegt und umfasst auch positive staatliche Gewährleistungspflichten.¹⁷⁹ Die Entscheidungen des EGMR hinsichtlich des Datenschutzes sind nur vorsichtig zu verallgemeinern, da der Gerichtshof bewusst einen kasuistischen Ansatz verfolgt.¹⁸⁰ Der EGMR legte zunächst ein sphärenartiges Verständnis informationeller Privatheit zugrunde, das später um einen Schutz der Persönlichkeitsentfaltung erweitert wurde.¹⁸¹ Um den Schutzbereich zu eröffnen, muss ein Bezug zwischen verarbeiteten Daten und dem Privatleben vorliegen.¹⁸² Sachlich geschützt ist das Recht jeder einzelnen Person, Beziehungen zu anderen Menschen zu knüpfen und zu entwickeln.¹⁸³ Persönlich genießen natürliche und juristische Personen Schutz.¹⁸⁴ Eingriffe in das Recht auf Datenschutz können das Speichern von Daten, staatliche Kommunikationsüberwachung,¹⁸⁵ aber auch Bildberichterstattung durch Medien darstellen.¹⁸⁶ Analog zur Meinungsfreiheit sind Eingriffe nach Art. 8 Abs. 2 EMRK durch ein Gesetz

178 EGMR, 16.12.1992, 13710/88, Rn. 29 – Niemietz/Deutschland; *Augsberg* in von der Groeben/Schwarze/Hatje, GRCh Art. 8 Rn. I.

179 *Böhringer/Marauhn* in *O. Dörr/Grote/Marauhn*, EMRK/GG, Kap. 16 Rn. 20; *Grabenwarter*, ECHR, Art. 8 Rn. 9; *Nettesheim* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK, Art. 8 Rn. 3.

180 *Marsch*, Das europäische Datenschutzgrundrecht, S. 8; *Schneider* in BeckOK DatenschutzR, Syst. B. Rn. 14.

181 *Marsch*, Das europäische Datenschutzgrundrecht, S. 10.

182 *Steinhuber*, Das datenschutzrechtliche Medienprivileg, S. 183.

183 *Marsch*, Das europäische Datenschutzgrundrecht, S. 10.

184 *Grabenwarter*, ECHR, Art. 8 Rn. 3 f.; *Nettesheim* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK, Art. 8 Rn. 9.

185 *Nettesheim* in *Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer*, EMRK, Art. 8 Rn. 35 ff.

186 *Mensing* in *Karpenstein/Mayer*, EMRK, Art. 10 Rn. 93 ff.

zu rechtfertigen, wenn ein legitimer Zweck vorliegt und der Eingriff in einer demokratischen Gesellschaft erforderlich ist.

b) Unionsrechtlicher Schutz nach Art. 7 und Art. 8 GRCh

Das Pendant zu Art. 8 Abs. 1 EMRK findet sich im fast wortlautidentischen Art. 7 GRCh.¹⁸⁷ Art. 7 GRCh kommt die gleiche Bedeutung und Tragweite wie Art. 8 EMRK zu, einschließlich der Schrankenregelung.¹⁸⁸ Hinsichtlich des sachlichen und persönlichen Schutzbereichs siehe daher die Darstellung bei Art. 8 EMRK [a)].¹⁸⁹ Grundrechtsverpflichtete sind die Union und Mitgliedstaaten bei der Durchführung von Unionsrecht.¹⁹⁰ Eingriffe können ebenfalls unter den Bedingungen von Art. 8 Abs. 2 EMRK gerechtfertigt werden.¹⁹¹

Während Art. 7 GRCh den Schutz der Privatheit gewährleistet, zielt Art. 8 GRCh auf den Schutz personenbezogener Daten.¹⁹² Art. 8 GRCh findet kein unmittelbares Pendant in der EMRK, auch wenn sich die Norm unter anderem auf Art. 8 EMRK „stützt“.¹⁹³ Ob Art. 8 GRCh so gesehen als *lex specialis* zu Art. 7 GRCh verstanden werden kann,¹⁹⁴ oder ein Subsidiaritätsverhältnis zwischen beiden Normen besteht,¹⁹⁵ kann mit Blick auf künstlerische Verarbeitungen personenbezogener Daten aus praktischen Gründen offen bleiben. Denn der EuGH tendiert zu einem weiten Schutzbereichsverständnis und differenziert durch eine gemeinsame Anwendung der Grundrechte kaum zwischen

187 Erläuterungen zur Grundrechtecharta, ABl. C 303 vom 14.12.2007, S. 20, 33.

188 *Augsberg* in von der Groeben/Schwarze/Hatje, GRCh Art. 8 Rn. 2.

189 *Kingreen* in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, GRCh Art. 7 Rn. 11.

190 *Augsberg* in von der Groeben/Schwarze/Hatje, GRCh Art. 8 Rn. 11.

191 *Augsberg* in von der Groeben/Schwarze/Hatje, GRCh Art. 8 Rn. 13.

192 A.A. *Poscher*, der in Art. 8 vielmehr eine Art Schutzhülle für weitere durch die Charta geschützte Grundrechte sieht, *Poscher*, The Right to Data Protection. A No-Right Thesis, S. 138.

193 Erläuterungen zur Grundrechtecharta, ABl. C 303 vom 14.12.2007, S. 20.

194 Etwa *Bernsdorff* in Meyer/Hölscheidt, GRCh, Art. 8 Rn. 13; *Johlen* in *Stern/Sachs*, GRCh, Art. 8 Rn. 24; *Wolff* in *Pechstein/Nowak/Häde*, *Frankfurter Kommentar*, GRCh Art. 8 Rn. 3, 62.

195 *Marsch*, Das europäische Datenschutzgrundrecht, S. 269 f.

den Gewährleistungen in Art. 7 und 8 GRCh.¹⁹⁶ Sachlich geschützt sind Daten, die einer identifizierbaren Person zuzuordnen sind. Geschützt werden natürliche Personen.¹⁹⁷ Sie sollen darüber entscheiden können, ob und welche Daten sie für welche Zwecke preisgeben.¹⁹⁸ Grundrechtsverpflichtete sind die Union und Mitgliedstaaten bei der Durchführung von Unionsrecht.¹⁹⁹ Den Grundrechtsverpflichteten obliegen auch positive Pflichten zum Schutz personenbezogener Daten.²⁰⁰ Grundrechtseingriffe ergeben sich bereits aus der Verarbeitung personenbezogener Daten, also etwa dem Erheben, Speichern oder Löschen. Liegt die Einwilligung einer betroffenen Person vor, stellt eine Verarbeitung hingegen keinen Eingriff dar.²⁰¹ Einschränkungen sind aufgrund von Art. 8 Abs. 2 und Art. 52 Abs. 1 GRCh möglich.²⁰² Es bedarf einer gesetzlichen Grundlage, eines legitimen Zwecks und der Achtung der Verhältnismäßigkeit.²⁰³ Der Vollständigkeit wegen sei darauf hingewiesen, dass die wortgleichen Art. 8 Abs. 1 GRCh und Art. 16 Abs. 1 AEUV

196 Böhlinger/Marauhn in O. Dörr/Grote/Marauhn, EMRK/GG, Kap. 16 Rn. 29; Schneider in BeckOK DatenschutzR, Syst. B Rn. 27. An Urteilen siehe etwa EuGH, 2.3.2023, C-268/21, ECLI:EU:C:2023:145, Rn. 48 – Norra Stockholm Bygg; EuGH, 8.12.2022, C-460/20, ECLI:EU:C:2022:962, Rn. 58, 62 – TU, RE/Google LLC; EuGH, 8.4.2014, C-293/12, C-594/12, ECLI:EU:C:2014:238, Rn. 29, 36 – Digital Rights Ireland; EuGH, 9.11.2010, C-92/09, C-93/09, ECLI:EU:C:2010:662, Rn. 52, 55 – Schecke & Eifert; wohl aber differenzierend in EuGH, 15.6.2021, C-645/19, ECLI:EU:C:2021:483, Rn. 67 – Facebook. Marsch sieht in der Kombination von Art. 7 und 8 GRCh jedoch nur die abwehrrechtliche Dimension des Datenschutzgrundrechts, die freiheitsrechtliche Dimension läge in Art. 8 GRCh, Marsch, Das europäische Datenschutzgrundrecht, S. 208 ff.; so auch Veit, Einheit und Vielfalt im europäischen Datenschutzrecht, S. 87.

197 Für juristische Personen ist der Schutz unklar, Kingreen in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, GRCh Art. 8 Rn. 12.

198 Frenz, Handbuch Europarecht, Rn. 1380.

199 Jarass, GRCh, Art. 8 Rn. 3.

200 Bernsdorff in Meyer/Hölscheidt, GRCh, Art. 8 Rn. 23.

201 Frenz, Handbuch Europarecht, Rn. 1384.

202 Die Schranken aus Art. 8 Abs. 2 EMRK kommen nicht zum Tragen, weil der Schutz personenbezogener Daten in der GRCh ein eigenständiges Grundrecht enthält, dazu nur Jarass, GRCh, Art. 8 Rn. 13; a.A. Streinz in Streinz, EUV/AEUV, GRCh Art. 8 Rn. 11.

203 Kingreen in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, GRCh Art. 8 Rn. 15 ff.

als eine Rechtsnorm verstanden werden können, „die durch zwei Rechtstexte transportiert wird“.²⁰⁴

c) Grundgesetzlicher Schutz nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG

Anders als in der Grundrechtecharta ist im Grundgesetz kein ausdrückliches Recht auf Datenschutz normiert. Vielmehr schuf das BVerfG das Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.²⁰⁵ Als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts wurde die informationelle Selbstbestimmung vor dem Hintergrund moderner Technologien sowie der damit verbundenen Missbrauchsgefahr, etwa der „totalen Registrierung und Katalogisierung“ und der „Abrufbarkeit eines umfassenden Persönlichkeitsprofils“ – sowohl durch staatliche als auch private Handelnde – geschaffen.²⁰⁶ Zur Gewährleistung der freien Entfaltung der Persönlichkeit soll jede einzelne Person entscheiden können, wem sie welche Daten zu welchem Zweck preisgibt.²⁰⁷ Der Schutzbereich wird über das Verständnis personenbezogener Daten definiert – also Daten, die sich auf eine identifizierbare Person beziehen. Dabei sind alle Daten grundsätzlich gleich schützenswert.²⁰⁸ Der grundgesetzliche Schutz ist ebenfalls primär abwehrrechtlich ausgestaltet.²⁰⁹ Überdies entfaltet er im Wege der mittelbaren Drittwirkung Wirkung zwischen Privaten.²¹⁰ Geschützt werden vorrangig natürliche Personen.²¹¹ Eingriffe stellen etwa die Erhebung, Speicherung oder Weitergabe personenbezogener Daten durch staatliche Stellen, aber auch eine Zweckänderung, dar.²¹² Staatliche Eingriffe können über Einwilligungen oder, im eingeschränkten Rahmen,

204 Marsch, Das europäische Datenschutzgrundrecht, S. 66.

205 BVerfGE 65, 1 (41 ff.) – Volkszählung.

206 Di Fabio in Dürig/Herzog/Scholz, Art. 2 Abs. 1 Rn. 173, 190.

207 BVerfGE 65, 1 (43) – Volkszählung.

208 Barczak in Dreier, 4. Aufl. 2023, Art. 2 I Rn. 92.

209 Rixen in Sachs, Grundgesetz, Art. 2 Rn. 18, 24.

210 Di Fabio in Dürig/Herzog/Scholz, Art. 2 Abs. 1 Rn. 180, 191.

211 Jarass in Jarass, GRCh, Art. 2 Rn. 56 f.

212 Gersdorf in BeckOK InfoMedienR, GG Art. 2 Rn. 6.

über gesetzliche Grundlagen gerechtfertigt werden, die den Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit genügt und einen legitimen Zweck verfolgt.²¹³ Zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit bedarf es Schutzvorkehrungen wie Transparenz und Betroffenenrechte.²¹⁴ Eingriffe durch Private unterliegen keinem Gesetzesvorbehalt, vielmehr stellt die Verarbeitung personenbezogener Daten auch zu künstlerischen Zwecken selbst eine Grundrechtsausübung dar. Gleichwohl sind die auch von Privaten zu beachtenden datenschutzrechtlichen Anforderungen als Erfüllung staatlicher Schutzpflichten zu verstehen.²¹⁵

d) Zwischenfazit

Das Recht auf Datenschutz unterscheidet sich leicht im konventions-, unions- und grundgesetzlichen Sinne. Die EMRK begrenzt den Schutz auf Daten im Kontext des Privatlebens, wohingegen mit der GRCh und dem GG weitergehend alle Daten geschützt sind, die einer Person zuzuordnen sind. Ziel des Datenschutzes ist, Personen die Entscheidungsmöglichkeit über die Preisgabe und Verwendung ihrer Daten einzuräumen.

III. Kollision und Abwägungskriterien

Zu einer Kollision zwischen dem Recht auf Datenschutz und der Kunstfreiheit kann es kommen, wenn personenbezogene Daten zu künstlerischen Zwecken verarbeitet werden. Auf der einen Seite steht die individuelle Entscheidungsmöglichkeit über die Verwendung und Preisgabe der eigenen Daten. Andererseits ist die Kunst frei, was sich auch auf die Verarbeitung personenbezogener Daten in der Kunst erstreckt. Die grundsätzlich gleichrangigen, aber gegenläufigen Interessen

213 Gersdorf in BeckOK InfoMedienR, GG Art. 2 Rn. 75.

214 Jarass in Jarass/Pieroth, Art. 2 Rn. 75.

215 Di Fabio in Dürig/Herzog/Scholz, Art. 2 Abs. 1 Rn. 189.

sind im Wege der praktischen Konkordanz in Einklang zu bringen.²¹⁶ Art. 85 DS-GVO gibt selbst keine Abwägungskriterien vor. Daher werden nun im Lichte der EMRK Abwägungskriterien für die europäischen (1.) sowie die grundgesetzlichen Grundrechte (2.) ermittelt und anschließend ein Zwischenfazit gezogen (3.).

1. Unionsrechtliche Abwägung

Bisher hatte der EuGH noch kaum Gelegenheit, Abwägungskriterien für die Kunstfreiheit zu entwickeln – insbesondere nicht in Abwägung mit dem Datenschutz. Da die Kunstfreiheit jedoch denselben Einschränkungen wie Art. 10 EMRK unterliegt, kann auf die vom EGMR entwickelten Kriterien zurückgegriffen werden.²¹⁷ Kunstspezifisch spielt zunächst der Verbreitungsgrad eines Werks eine Rolle. Grundsätzlich sei ein Eingriff in die Kunstfreiheit schwerer zu rechtfertigen, wenn – wie vom EGMR für Literatur und Lyrik, anders als für Massenmedien angenommen – ein geringerer Verbreitungsgrad und damit eine niedriges Schadenpotenzial vorliege.²¹⁸ Ob sich dieses Kriterium über Literatur hinaus auf jegliche Form der Kunst übertragen lässt, ist hingegen fraglich.²¹⁹ Zudem ist zu prüfen, ob insbesondere ein literarisches Werk eine Mischung aus Wahrheit und Fiktion darstellt. Nicht fiktionale Werkbestandteile, bei denen es sich um Tatsachen handelt, können auf ihren Wahrheitsgehalt hin überprüft werden.²²⁰ Allerdings erweisen sich die so herangezogenen fast journalistischen Sorgfaltspflichten kaum als „kunstadäquat“.²²¹ Überdies wurden Personen in bisherigen strittigen Fällen häufig unfreiwillig Gegenstand von Kunst. Schon bei interaktiver Kunst kann dies nicht *per se* unterstellt

216 Ehlers in Ehlers, *Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten*, § 14 Rn. 98.

217 Auzberg in von der Groeben/Schwarze/Hatje, GRCh Art. 13 Rn. 13.

218 EGMR, 11.3.2014, 47318/07, Rn. 34 – Jelšvar u.a./Slowenien; EGMR, 8.7.1999, 23168/94, Rn. 52 – Karataş/Türkei.

219 So aber Daiber in Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK, Art. 10 Rn. 61.

220 EGMR, 22.10.2007, 21279/02 u.a., Rn. 55 – Lindon u.a./Frankreich (mit zwei Sondervoten).

221 Wittreck in Dreier, 3. Aufl. 2013, Art. 5 III (Kunst) Rn. 16.

werden, da häufig eine bewusste Interaktion mit dem Kunstwerk stattfindet. Daher wäre bereits zuvor zu prüfen, ob eine Person freiwillig Gegenstand von Kunst wird. Denn wenn sich eine Person selbst in ein Kunstwerk einbringt, entfällt oder verändert sich zumindest die künstlerisch transformativ-fikionalisierende Leistung.

Über diese kunstspezifischen Kriterien hinaus werden grundsätzlich dieselben Kriterien wie für sonstige Eingriffe in die Meinungsäußerungsfreiheit angewandt.²²² Auch hier ist im Einzelfall die Anwendbarkeit auf die jeweilige künstlerische Verarbeitung sorgfältig zu prüfen. Darunter fällt die Überprüfung von Tatsachen, ob Informationen unter Täuschung erlangt wurden, ob das Thema von einem öffentlichen Interesse ist, wer von einer Äußerung betroffen ist, entsprechendes Vorverhalten der betroffenen Person (etwa, ob sie Informationen selbst publik gemacht hat), die Rolle der künstlerisch tätigen Person, die Form der Äußerung, der Rahmen, in dem die Äußerung erfolgt (etwa mündlich ohne Rücknahmemöglichkeit) sowie die Auswirkungen der Meinungsäußerung.²²³ Darüber hinaus kann der für die Abwägung des Rechts auf Datenschutz relevante Grundsatz des Vorrangs der unmittelbaren vor der mittelbaren sowie der offenen vor der verdeckten Datenerhebung bei der Abwägung herangezogen werden.²²⁴ Ebenfalls spielen im Datenschutz im Vorfeld festgelegte Zwecke eine zentrale Rolle.²²⁵ Es ist jedoch anzunehmen, dass bei künstlerischen Verarbeitungen aufgrund der Deutungsvielfalt von Kunst auch die Zweckbestimmung regelmäßig problematisch sein wird.

2. Grundgesetzliche Abwägung

Die im Anwendungsbereich des Grundgesetzes entwickelten Kriterien für eine Abwägung mit der Kunstfreiheit entstanden, soweit ersichtlich,

222 Daiber in Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK, Art. 10 Rn. 61.

223 Daiber in Meyer-Ladewig/Nettesheim/von Raumer, EMRK, Art. 10 Rn. 40 ff. m.w.N.

224 Kingreen in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, GRCh Art. 8 Rn. 17.

225 Gersdorf in BeckOK InfoMedienR, GRCh Art. 8 Rn. 31.

ebenfalls nicht im Kontext der informationellen Selbstbestimmung.²²⁶ Die hier maßgebliche Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ist vor dem Hintergrund von Realität und Fiktion in der Literatur, insbesondere in den Romanen „Esra“ und „Mephisto“, geprägt worden.²²⁷ Im Zentrum der Abwägung stehen die Erkennbarkeit und der Grad an Fiktionalisierung von Personen, die unfreiwillig in künstlerischen Werken erkennbar sind. Zu prüfen ist, ob die künstlerische Darstellung einer Person objektiv als Figur oder vielmehr die der Figur zugrunde liegende Person erkennbar ist. Ist letzteres der Fall, muss der Grad der Verfremdung herangezogen werden.²²⁸ Je mehr Übereinstimmungen ein Werk mit der Wirklichkeit zeigt, desto schwerer wiegt die Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts.²²⁹ Diese Kriterien sind jedoch umstritten: So wird bereits in Sondervoten zu „Esra“ und „Mephisto“ darauf hingewiesen, dass eine Messung künstlerischer Darstellungen an der Realität bereits deshalb problematisch ist, weil schon das Verhältnis von Kunst und Wirklichkeit verkannt würde und ein Rückschluss von Fiktion auf Realität nicht ohne weiteres möglich sei.²³⁰ Unabhängig vom Ergebnis läuft dieses Argument, wie schon bei der EGMR-Rechtsprechung, dann ins Leere, wenn bei interaktiver Kunst eine freiwillige Auseinandersetzung und Preisgabe personenbezogener Daten für künstlerische Verarbeitungszwecke durch Betrachtende erfolgt. Darüber hinaus gilt die Vermutung des Vorrangs der Kunstfreiheit im Werkbereich gegenüber dem Wirkbereich.²³¹

Neben diesen kunstspezifischen Kriterien werden ebenfalls Erwägungen aus dem Bereich der Meinungsäußerungsfreiheit herangezogen, wie etwa Sorgfalts- und Recherchepflichten, die Art der Informati-

226 Die Abwägungskriterien für Satire und Karikaturen werden mit Blick auf den Schwerpunkt dieser Arbeit ausgespart. Dazu *Kühling* in BeckOK InfoMedienR, GG Art. 5 Rn. 163 ff.

227 BVerfGE 119, 1 – Esra; BVerfGE 30, 173 – Mephisto.

228 BVerfGE 30, 173 (195) – Mephisto.

229 BVerfGE 119, 1 (30) – Esra.

230 BVerfGE 119, 1 (37 ff.) – Esra; BVerfGE 30, 173 (200 ff.) – Mephisto; dazu nur von *Arnauld* in *Isensee/Kirchhof*, HStR VII, § 167 Rn. 62.

231 *Starck/Paulus* in von Mangoldt/Klein/Starck, Art. 5 Rn. 452; kritisch *Kühling* in BeckOK InfoMedienR, GG Art. 5 Rn. 154.

onserlangung oder das Vorverhalten der betroffenen Person.²³² Ferner wird bei einer Abwägung die Sphäre berücksichtigt, aus der eine Information stammt. Gemeint sind die Intim-, Privat- und Sozialsphäre, wobei der Intimsphäre als Kernbereich der privaten Lebensgestaltung ein besonders hoher Schutz zukommt.²³³ Bezüglich der Abwägung bei einem Eingriff in das Recht am eigenen Bild sei auf das abgestufte Schutzkonzept verwiesen (oben B.III.3). Die informationelle Selbstbestimmung wirkt auch in Privatrechtsverhältnissen, wobei in der Rechtsprechung primär die zuvor entwickelten Kriterien in die Abwägung eingebracht werden.²³⁴ Ferner wurden zahlreiche Abwägungskriterien und Anforderungen an staatliche Eingriffe in die informationelle Selbstbestimmung entwickelt, etwa ein im Vorfeld klar umrissener Verarbeitungszweck sowie formelle Vorkehrungen wie „Aufklärungs-, Auskunfts- und Löschungspflichten“.²³⁵ Zweifelhaft ist, ob diese vor dem Hintergrund der angenommenen Gefährdung einer totalen Registrierung, Katalogisierung und Profilierung des Einzelnen entwickelten Kriterien auf die Kunst übertragbar sind. Zumindest ist eine vergleichbare Gefährdungslage in der Kunst nicht ersichtlich.

3. Zwischenfazit

Für die Herstellung praktischer Konkordanz von Kunstfreiheit und Datenschutz treten die Grenzen der in der Rechtsprechung entwickelten Abwägungskriterien deutlich zutage. So muss für Kunst häufig auf nur eingeschränkt übertragbare Abwägungskriterien der Meinungsäußerungsfreiheit zurückgegriffen werden, wie etwa die Einhaltung von Sorgfaltspflichten. Diese Problematik kristallisiert sich besonders dort heraus, wo Fiktion und Realität miteinander vermischt werden. Für eine Abwägung von Kunstfreiheit und Datenschutz sind noch am

232 *Lenski*, Personenbezogene Massenkommunikation als verfassungsrechtliches Problem, S. 201 ff., 209 ff.

233 *Barczak* in Dreier, 4. Aufl. 2023, Art. 2 I Rn. 92.

234 *Kühling* in BeckOK InfoMedienR, GG Art. 5 Rn. 161.

235 *Di Fabio* in Dürig/Herzog/Scholz, Art. 2 Abs. 1 Rn. 178 m.w.N.

ehesten das Wissen und folglich die Zustimmung über eine Interaktion mit einem Kunstwerk (verdeckte oder offene Interaktion und folglich Verarbeitung personenbezogener Daten), der jeweilige sachliche und räumliche Kontext, der Verbreitungsgrad (etwa lokal in einer Ausstellung oder weltweit online einsehbar) sowie das öffentliche Interesse an einer künstlerischen Arbeit fruchtbar zu machen.²³⁶ Hinsichtlich der Transparenz und der Einwilligung in die Interaktion mit Kunst könnte darüber hinaus das Kriterium der Erkennbarkeit relevant sein, insbesondere wenn beispielsweise öffentliche personenbezogene Daten aus sozialen Netzwerken ohne Wissen der Betroffenen in ein Kunstwerk integriert werden. Die übrigen Kriterien sollten im Zuge der Einzelfallprüfung besonders intensiv auf ihre Übertragbarkeit geprüft werden.

IV. Ergebnis

Art. 85 DS-GVO fordert nicht nur eine Abwägung zwischen dem Grundrecht auf Datenschutz und der Meinungsäußerungsfreiheit, sondern auch mit der Kunstfreiheit. Dabei werden sowohl die europäischen als auch die mitgliedstaatlichen Grundrechte zugrunde gelegt. Ihr Anwendungsvorrang kann dabei offenbleiben, da die grundgesetzlichen Grundrechte ohnehin im Lichte der Unionsgrundrechte auszulegen sind, und *vice versa*. Kunstfreiheit wird grundsätzlich weit verstanden und schützt sowohl den Werk- als auch den Wirkbereich. Der Datenschutz hingegen zielt primär auf die individuelle Entscheidungsmöglichkeit über die Preisgabe und Verwendung der eigenen Daten. Die in der Rechtsprechung entwickelten Abwägungskriterien greifen auf die nur teilweise übertragbaren Grundsätze der Abwägung mit der Meinungsfreiheit zurück. Für die Vermischung von Fiktion und Realität haben sich kunsteigene Kriterien herausgebildet, die jedoch strittig und, insbesondere im Kontext von interaktiver Kunst, nur bedingt übertragbar sind. Abschließend zeigt sich auch, dass bei einer Abwägung jeweils ausschließlich vor dem Hintergrund europäischer

236 Zum öffentlichen Interesse a.A. *Lenski*, Personenbezogene Massenkommunikation als verfassungsrechtliches Problem, S. 248.

IV. Ergebnis

oder grundgesetzlicher Grundrechte keine wesentlichen Unterschiede zu erwarten sind – vor allem, weil die Schutzbereiche und damit auch die Abwägungskriterien eng beieinanderliegen.

D. Kohärenzprobleme von Datenschutz und Kunst *de lege lata*

Aufbauend auf der grundrechtlichen Dimension des Art. 85 DS-GVO werden nachfolgend zwei zentrale, unvermeidliche Kohärenzprobleme von Kunst und Datenschutz beleuchtet. Da die Zuständigkeit für künstlerische Belange bei den Mitgliedstaaten liegt, ist *erstens* fraglich, ob die EU grundsätzlich über die Kompetenz verfügt, im Bereich der künstlerischen Verarbeitungen personenbezogener Daten regelnd tätig zu werden (I.). Steht der Union diese Kompetenz, wie hier vertreten, zumindest eingeschränkt zu, zeigen sich *zweitens* praktische Herausforderungen bei der Vereinbarkeit datenschutzrechtlicher Pflichten mit der Kunst (II.). Zu den Kohärenzproblemen wird abschließend Stellung genommen (III.).

I. EU-Kompetenz für künstlerische Verarbeitungen aus Art. 16 Abs. 2 AEUV?

Grundsätzlich stellt sich die Frage, ob die Regelung künstlerischer Verarbeitungen personenbezogener Daten in Art. 85 DS-GVO mit dem Primärrecht vereinbar ist. Aus Art. 5 EUV ergibt sich das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung. Danach muss jede von der EU erlassene Rechtsvorschrift auf eine konkrete Ermächtigungsgrundlage in

den europäischen Verträgen gestützt werden.²³⁷ Der Erlass datenschutzrechtlicher Regelungen auf Unionsebene und damit auch der DS-GVO beruht auf Art. 16 AEUV.²³⁸ Demgegenüber liegt die Kompetenz für Kunst grundsätzlich bei den Mitgliedstaaten. Die EU kann auf Grundlage der Kulturklausel des Art. 167 AEUV – welche die Kunst mit einschließt²³⁹ – lediglich fördernd tätig werden.²⁴⁰ Vor diesem Hintergrund soll im Folgenden geklärt werden, ob sich der Kompetenztitel des Art. 16 AEUV auch auf künstlerische Verarbeitungen personenbezogener Daten erstreckt. Hierfür werden die drei Kompetenzvarianten aus Art. 16 Abs. 2 UAbs. 1 S. 1 AEUV näher beleuchtet: Die ausschließliche Zuständigkeit für Verarbeitungen durch Organe der EU (1. Var.), die Kompetenz für Verarbeitungen, die in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fallen (2. Var.) sowie die Kompetenz über den „freien Datenverkehr“ (3. Var.).

1. Verarbeitungen durch Unionsorgane (1. Var)

Die EU besitzt die ausschließliche Gesetzgebungskompetenz für die Verarbeitung personenbezogener Daten durch Unionsorgane. Obwohl diese mitunter über Kunstsammlungen verfügen,²⁴¹ dürfte hier die praktische Relevanz künstlerischer Verarbeitungen personenbezogener Daten begrenzt sein. Dies manifestiert sich auch darin, dass in die Datenschutzverordnung für Unionsorgane,²⁴² die sich auf diese Gesetzgebungskompetenz stützt, keine Regelungen zu künstlerischen Ver-

237 Callies in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, EUV Art. 5 Rn. 6; Steinhuber, Das datenschutzrechtliche Medienprivileg, S. 198 f.

238 Kingreen in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, AEUV Art. 16 Rn. 5.

239 Frenz, Handbuch Europarecht, Rn. 2345; Ukrow/Ress in Grabitz/Hilf/Nettesheim, AEUV Art. 167 Rn. 32 ff., 88.

240 Blanke in Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, AEUV Art. 167 Rn. 1.

241 Etwa Europäisches Parlament, Art at EP; Europäische Zentralbank, Kunstsammlung der EZB.

242 VO 2018/1725 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23.10.2018 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union, [und] zum freien Datenverkehr.

arbeitungen aufgenommen wurden. Ebenso wenig wurde eine zu Art. 85 DS-GVO vergleichbare allgemeine Ausgleichsnorm für die Meinungsäußerungsfreiheit vorgesehen. Darüber hinaus ist die Union auch im Rahmen dieser Gesetzgebungskompetenz an die primärrechtlichen Zuständigkeiten gebunden.²⁴³ Folglich ist auch für Verarbeitungen durch Unionsorgane zu prüfen, ob künstlerische Verarbeitungen personenbezogener Daten im Anwendungsbereich des Unionsrechts liegen.

2. Verarbeitungen im Anwendungsbereich des Unionsrechts (2. Var)

Die EU kann auf Grundlage von Art. 16 Abs. 2 AEUV Regelungen zum Datenschutz „bei der Verarbeitung personenbezogener Daten (...) durch die Mitgliedstaaten im Rahmen der Ausübung von Tätigkeiten, die in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fallen“ erlassen. Umgekehrt besteht für Datenverarbeitungen, die nicht im Anwendungsbereich des Unionsrechts liegen, keine Gesetzgebungskompetenz durch die EU.²⁴⁴ Mitgliedstaatliche Tätigkeiten schließen dabei staatliche wie private Verarbeitungen ein.²⁴⁵ Zur Bestimmung, ob künstlerische Verarbeitungen personenbezogener Daten von dieser Variante erfasst sind, ist zunächst die Reichweite des Anwendungsbereiches des Unionsrechts zu bestimmen [a)]. Anschließend wird geprüft, ob die Zuständigkeit nicht bereits aus einer umfassenden datenschutzrechtlichen Querschnittskompetenz folgt [b)]. Weil hieran Zweifel bestehen, wird anschließend untersucht, ob und inwieweit die Gesetzgebungskompetenz aus der Kulturklausel des Art. 167 AEUV abgeleitet werden kann [c)]. Da dies im Ergebnis nur teilweise der Fall ist, muss letztlich sondiert werden, ob die faktisch „überschießende“ Regulierung des Art. 85 DS-GVO toleriert werden kann [d)]. Abschließend wird ein Zwischenfazit gezogen [e)].

243 Veit, Einheit und Vielfalt im europäischen Datenschutzrecht, S. 65.

244 Kritisch Wolff in Pechstein/Nowak/Häde, *Frankfurter Kommentar*, AEUV Art. 16 Rn. 19.

245 Brühmann in von der Groeben/Schwarze/Hatje, AEUV Art. 16 Rn. 68.

a) Reichweite des Anwendungsbereichs des Unionsrechts

Zunächst ist die Reichweite des Anwendungsbereiches des Unionsrechts zu bestimmen. Die besseren Argumente sprechen dafür, den Anwendungsbereich als Verweis auf die der EU in den Verträgen zugesprochenen Kompetenzen zu verstehen.²⁴⁶ Würde man hingegen den Anwendungsbereich aus Art. 16 Abs. 2 AEUV an die Bindungswirkung der europäischen Grundrechte aus Art. 51 Abs. 1 GRCh und damit an die Durchführung von Unionsrecht koppeln,²⁴⁷ müsste im konkreten Einzelfall unter Berücksichtigung sämtlichen europäischen Sekundärrechts ermittelt werden, ob Unionsrecht „durchgeführt“ wird. Die Reichweite des Anwendungsbereiches würde damit faktisch einzelfallabhängig, was der Festlegung abstrakter Kompetenzen schon im Prinzip widerspricht.²⁴⁸

b) Umfassende Querschnittskompetenz aus Art. 16 AEUV?

Insoweit könnte die Regelungskompetenz für den „Kunstschutz“ in Art. 16 AEUV selbst wurzeln. Datenschutz fungiert als eine in viele Politikbereiche hineinreichende Querschnittsmaterie. Daraus wird zuweilen auf eine weitreichende Querschnittskompetenz des Datenschutzrechts geschlossen, die über sektorspezifische Kompetenzen, die Kunst eingeschlossen, hinausrage.²⁴⁹ Zum einen wird dies mit dem Regelungsschwerpunkt im Datenschutz und damit dem Vorrang von Art. 16 AEUV als speziellerem Kompetenztitel begründet. Ansonsten, so wird befürchtet, würde der Norm die praktische Wirksamkeit

246 Veit, Einheit und Vielfalt im europäischen Datenschutzrecht, S. 68.

247 Klement, JZ 2017, 161 (165); Sobotta in Grabitz/Hilf/Nettesheim, AEUV Art. 16 Rn. 29.

248 Marsch, Das europäische Datenschutzgrundrecht, S. 337; Veit, Einheit und Vielfalt im europäischen Datenschutzrecht, S. 68 f.

249 Kühling/Raab in Kühling/Buchner, Einführung Rn. 8; Schneider in BeckOK DatenschutzR, Syst. B Rn. 61; Selmayr/Ehmann in Ehmann/Selmayr, Einführung Rn. 36; Hornung/Spiecker gen. Döhmann in Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, Einleitung Rn. 157.

(*effet utile*) genommen.²⁵⁰ Zum anderen wird mit einem grundrechtlichen Schutzbedürfnis argumentiert.²⁵¹ Allerdings kann nicht uneingeschränkt vom Grundrechtsschutz auf eine Regelungskompetenz geschlossen werden.²⁵² Dies wird insbesondere durch Art. 51 Abs. 2 GRCh klargestellt. Auch wenn die EU im Sinne eines wirksamen Grundrechtsschutzes bei ihren mannigfaltigen Regelungsvorhaben bereichsspezifische Datenschutzerfordernisse zu berücksichtigen hat, würde dies zu einer entgrenzten „Superkompetenz“ der EU im Bereich des Datenschutzes führen, die aus einem grundrechtlichen Schutzbedürfnis heraus das übrige europäische Kompetenzgefüge unterlaufen würde.²⁵³ Aus Art. 16 AEUV allein lässt sich der „Anwendungsbereich des Unionsrechts“ folglich nicht herleiten.

c) Datenschutz im Anwendungsbereich der Kulturklausel (Art. 167 AEUV)?

Wenn Art. 16 AEUV nicht als eigenständige Kompetenz für den Kunstschutz dienen kann, die EU aber für datenschutzrechtliche Regelungen an die vertraglich zugesprochenen Zuständigkeiten gebunden ist, könnte jedoch der Titel für Kulturförderung des Art. 167 AEUV als Kompetenzgrundlage herangezogen werden. Hierfür wird eingangs der Gegenstand der Kulturklausel bestimmt [aa)]. Darauf aufbauend wird geprüft, ob die Kompetenz für den Kunstschutz auf die Kulturförderung des Art. 167 Abs. 2 und 5 AEUV [bb)] oder die „Querschnittsklausel“ des Art. 167 Abs. 4 AEUV [cc)] gestützt werden kann.

250 Kühling/Raab in Kühling/Buchner, Einführung Rn. 8.

251 Hijmans, The European Union as Guardian of Internet Privacy, S. 130.

252 Veit, Einheit und Vielfalt im europäischen Datenschutzrecht, S. 66.

253 Veit, Einheit und Vielfalt im europäischen Datenschutzrecht, S. 70.

aa) Gegenstand und Reichweite der Kulturkompetenz

Art. 167 AEUV ist als Auftrag an die Europäische Union zur Kulturförderung unter Wahrung des „kulturellen Selbstbestimmungsrechts“ der Mitgliedstaaten zu verstehen.²⁵⁴ Im Bereich der Kultur ist die Union für „die Durchführung von Maßnahmen zur Unterstützung, Koordinierung oder Ergänzung der Maßnahmen der Mitgliedstaaten“ zuständig (Art. 6 AEUV). Dies umfasst ausdrücklich Maßnahmen im Bereich des künstlerischen und literarischen Schaffens (Art. 167 Abs. 2 4. Spiegelstrich). Beispiele hierfür sind etwa europaweite Kunstwettbewerbe oder die Förderung literarischer Übersetzungen.²⁵⁵ Derlei Maßnahmen setzen eine ausdrückliche Kulturpolitik der Mitgliedstaaten voraus.²⁵⁶ Gesetzliche Regelungen auf Grundlage von Art. 167 AEUV dürfen wegen der Begrenzung aus Art. 167 Abs. 5 keinerlei Harmonisierungswirkung entfalten.²⁵⁷ Auch wenn die Kulturklausel selbst nicht als Kompetenz dient, hat die EU ausweislich der sogenannten „Kulturverträglichkeits-“ bzw. „Querschnittsklausel“ des Art. 167 Abs. 4 bei ihren Regelungsvorhaben auf die kulturellen Interessen der Mitgliedstaaten Rücksicht zu nehmen. Danach sind Maßnahmen aufgrund anderer Kompetenztitel zulässig, um kulturellen Aspekten Rechnung zu tragen.²⁵⁸ Umstritten ist, ob die europäischen Ordnungsgebenden die Berücksichtigung kultureller Aspekte zu begründen haben, und falls ja, in welchem Umfang.²⁵⁹ Bei Anwendung der Kulturklausel dürfen nationale Kulturpolitiken allerdings „nur nachrangig oder in untergeordneter Weise“ berührt werden.²⁶⁰ Aus der „Querschnittsklausel“ ergibt sich keine Kom-

254 Blanke in *Calliess/Ruffert, EUV/AEUV*, AEUV Art. 167 Rn. 1.

255 *Ukrow/Ress* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim, AEUV Art. 167 Rn. 210 ff.*

256 Blanke in *Calliess/Ruffert, EUV/AEUV*, AEUV Art. 167 Rn. 5.

257 *Ukrow/Ress* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim, AEUV Art. 167 Rn. 33, 179 ff.*

258 *Fechner* in *von der Groeben/Schwarze/Hatje, AEUV Art. 167 Rn. 43.*

259 Anders als *Ukrow/Ress* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim, AEUV Art. 167 Rn. 160* sehen Blanke in *Calliess/Ruffert, EUV/AEUV*, AEUV Art. 167 Rn. 17 und *Odendahl* in *Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar, AEUV Art. 167 Rn. 21* eine Begründungspflicht.

260 *Odendahl* in *Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar, AEUV Art. 167 Rn. 21.*

I. EU-Kompetenz für künstlerische Verarbeitungen aus Art. 16 Abs. 2 AEUV?

petenzerweiterung für die Union. Vielmehr ist sie als Abwägungsklausel zu verstehen, da Kultur grundsätzlich keinen Vorrang vor anderen Vertragszielen genießt.²⁶¹

bb) Datenschutz als Kulturförderung (Art. 167 Abs. 2 und 5 AEUV)?

Die Regelung von Art. 85 DS-GVO könnte auf die Kompetenz zur Kulturförderung gestützt werden. Für derlei fördernde, unterstützende oder ergänzende Maßnahmen ist jedoch eine ausdrückliche Kulturpolitik der Mitgliedstaaten Voraussetzung, die im Bereich des Kunstschutzes nicht ersichtlich ist. Den europäischen Ordnungsgebern fehlt es also bereits an einer Anknüpfungsmöglichkeit an nationale Kulturpolitik. Ferner untersagt Art. 167 Abs. 5 S. 1 i. Spiegelstrich AEUV „jegliche Harmonisierung“. Damit überschreitet selbst die Schaffung eines schwachen Abwägungsrahmens die Grenzen der Regelungsmöglichkeit. Auch wenn Art. 85 DS-GVO auf einen Grundrechtsausgleich zielt, ist zweifelhaft, inwieweit die Berücksichtigung der Kunst im Datenschutz künstlerisches Schaffen fördern, unterstützen oder ergänzen würde (Art. 167 Abs. 2 4. Spiegelstrich AEUV). Im Ergebnis scheidet die Kulturförderung als Kompetenzgrundlage aus. Hierfür streitet auch, dass die DS-GVO ausweislich ihrer Präambel und ErwG 12 faktisch nur auf Art. 16 AEUV und nicht auf die Kulturklausel gestützt wird.

cc) Datenschutz als Berücksichtigung der „Querschnittsklausel“ (Art. 167 Abs. 4 AEUV)?

Alternativ könnten künstlerische Belange im Datenschutz als Berücksichtigung mitgliedstaatlicher kultureller Aspekte verstanden werden (Art. 167 Abs. 4 AEUV). Dabei muss zwischen der Schaffung eines Abwägungsrahmens für Mitgliedstaaten (1) und der unmittelbaren Anwendbarkeit datenschutzrechtlicher Normen bei mitgliedstaatlicher gesetzgeberischer Untätigkeit (2) unterschieden werden.

261 Ukrow/Ress in Grabitz/Hilf/Nettesheim, AEUV Art. 167 Rn. 155b.

(1) Zur Schaffung eines Abwägungsrahmens?

Für eine Berücksichtigung künstlerische Aspekte auf Basis der „Querschnitts-“ bzw. „Kulturverträglichkeitsklausel“ streitet die Ausgestaltung von Art. 85 DS-GVO als nationaler Abwägungsrahmen, mit dem gerade künstlerischen Aspekten Rechnung getragen wird. Diesem Verständnis könnte jedoch das vorrangig von einem Medienprivileg und weniger von künstlerischen Überlegungen getriebene Ausgleichsbedürfnis entgegenstehen. Denn künstlerische Aspekte und insbesondere die „Kulturverträglichkeitsklausel“ bleiben im zu Art. 85 DS-GVO gehörigen ErwG 153 ohne Erwähnung. Auch wenn die Anforderungen an die Begründung von Rechtsakten auf Grundlage der Kulturklausel an den Umständen des Einzelfalls festgemacht wird,²⁶² ist ein totaler Begründungsverzicht nicht unproblematisch.

Für Art. 85 DS-GVO als Ausgleichsnorm auf Grundlage der „Querschnittsklausel“ spricht hingegen, dass die DS-GVO ohne eine solche Abwägungsnorm gar nicht grundrechts- und kulturklauselkonform hätte erlassen werden können.²⁶³ Darüber hinaus sind die europäischen Verordnungsgebenden nicht an einer Vollharmonisierung künstlerischer Verarbeitungen interessiert, vielmehr soll der Grundrechtsausgleich im Recht der Mitgliedstaaten vorgenommen werden.²⁶⁴ Dies trägt der mitgliedstaatlichen Kunstkompetenz hinreichend Rechnung, da die Norm weitreichende Ausnahmen für künstlerische Verarbeitungen ermöglicht und Mitgliedstaaten in die Lage versetzt, grundrechtsausgleichend bewusst die Reichweite des Datenschutzrechts für die Kunst zu bestimmen. Mit einem weiten Verständnis von Erforderlichkeit schadet es auch nicht,²⁶⁵ dass nach Art. 85 Abs. 2 DS-GVO Ausnahmen nur dann vorgenommen werden können, „wenn dies erforderlich

262 Blanke in *Calliess/Ruffert*, EUV/AEUV, AEUV Art. 167 Rn. 17.

263 So für journalistische Zwecke Oster in HK-MStV, RStV § 9c Rn. 6.

264 Albrecht/Janson, CR 2016, 500 (502); Hennemann in *Specht/Mantz*, *Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht*, § 19 Rn. 73; Marsch, *Das europäische Datenschutzgrundrecht*, S. 344.

265 Von Lewinski in Auernhammer, DS-GVO Art. 85 Rn. 15; Lauber-Rönsberg in BeckOK DatenschutzR, DS-GVO Art. 85 Rn. 30; ein enges Verständnis vertreten hingegen Bienemann in Sydow/Marsch, DS-GVO Art. 85 Rn. 26; Dix in Simitis/

ist“ um Datenschutz und Kunstfreiheit in Einklang zu bringen. Eine (zu) enge Auslegung der Erforderlichkeit könnte schon nicht mehr von der Kompetenz gedeckt sein. Solange demnach ein differenzierter Grundrechtsausgleich zwischen Kunstfreiheit und Datenschutz stattfindet,²⁶⁶ kann vor allem die Möglichkeit das Datenschutzrecht für die Kunst fast gänzlich abbedingen zu können als geringstmöglicher Eingriff in nationale künstlerische Belange verstanden werden.²⁶⁷ Auch wenn die Begründung der DS-GVO die Kulturklausel nicht berücksichtigt, kann der reine Abwägungsrahmen des Art. 85 DS-GVO grundsätzlich als Ausprägung der „Querschnittsklausel“ verstanden werden, da nationalen kulturellen Belangen faktisch Rechnung getragen wird.

(2) Bei direkter Anwendung der DS-GVO?

Sobald Mitgliedstaaten allerdings keine Abweichungen auf Grundlage von Art. 85 DS-GVO normieren und die Verordnung unmittelbar Anwendung findet, stellt sich die Frage, ob dies über ein „Rechnung tragen“ aus Art. 167 Abs. 4 AEUV hinausgeht. Ohne jegliche europäische oder nationale Datenschutzpflichten für künstlerische Verarbeitungen könnte ein „Regelungsvakuum“ für künstlerische Verarbeitungen personenbezogener Daten entstehen. Hier bestünde die Gefahr, dass die EU gerade nicht in ausreichendem Maße künstlerischen Belangen Rechnung trüge. Dies wird durch die ersatzweise Anwendung der DS-GVO verhindert. Jedoch spricht bereits gegen das Entstehen einer Regelungslücke, dass zum einen ohne datenschutzrechtliche Regelungen allgemeine Rechtsgrundsätze zum Tragen kommen. Zum

Hornung/Spiecker gen. Döhmman, DS-GVO Art. 85 Rn. 5; *Pauly* in Paal/Pauly, DS-GVO Art. 85 Rn. 12.

266 Im Bereich journalistischer Verarbeitungen wird indes ein undifferenzierter Ausschluss datenschutzrechtlicher Regelungen für unzulässig befunden, weil so kategorisch die Meinungsäußerungsfreiheit gegenüber dem Datenschutzrecht privilegiert würde, VfGH Österreich, 14.12.2022, G 288/2022–14, Rn. 52, 63 – Österreichisches Medienprivileg.

267 *Odendahl* in *Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar*, AEUV Art. 167 Rn. 21; *Ukrow/Ress* in *Grabitz/Hilf/Nettesheim*, AEUV Art. 167 Rn. 155b.

anderen können Spannungen von Kunstfreiheit und Datenschutz zumindest *ex post* etwa über das dem Datenschutz komplementären zivilrechtlichen Äußerungsrecht aufgelöst werden (dazu oben B.III.2.). Ferner könnte eine uneingeschränkte Anwendung der DS-GVO die national geregelte kulturelle und künstlerische Entfaltung unzumutbar beeinträchtigen. Eine Beeinträchtigung könnte sich bereits daraus ergeben, dass in einem ersten Schritt für jede Verarbeitung zu künstlerischen Zwecken eine Rechtsgrundlage vorliegen müsste. Zwar ließe sich die Kunstfreiheit im Rahmen einer Interessenabwägung zur Begründung der Rechtmäßigkeit der Verarbeitung gebührend berücksichtigen (Art. 6 Abs. 1 lit. f DS-GVO). Dennoch könnten in einem zweiten Schritt insbesondere datenschutzrechtliche Pflichten wie der Grundsatz der Zweckbindung oder die Erfüllung von Dokumentations- und Rechenschaftspflichten zu Beeinträchtigungen schon bei der Schaffung von Kunst, also im Werkbereich, führen. Dies führt zu Spannungen mit der vorbehaltlos – aber nicht schrankenlos – gewährten Kunstfreiheit. Denn der durch Art. 85 DS-GVO ermöglichte Ausgleich von Datenschutz und Kunstfreiheit im mitgliedstaatlichen Recht ist den übrigen Normen der DS-GVO fremd.²⁶⁸ Infolgedessen käme es durch Pflichten des Datenschutzrechts zu einem pauschalen Eingriff in die Kunstfreiheit. Im Ergebnis sprechen die besseren Argumente gegen eine Ausdehnung der „Querschnittsklausel“ des Art. 167 Abs. 4 AEUV auf die vollumfängliche Anwendung der DS-GVO – auch nicht in einer Auffangfunktion – in Fällen mitgliedstaatlicher gesetzgeberischer Untätigkeit.²⁶⁹ Im Ergebnis stellt dieser Regelungsaspekt eine Kompetenzüberschreitung der EU dar.

268 Lediglich beim Recht auf Vergessenwerden ist eine Abwägung mit der Meinungsäußerungs- und damit auch der Kunstfreiheit vorgesehen, siehe Art. 17 Abs. 3 lit. a DS-GVO.

269 Wegen der Eigentümlichkeit der Querschnittsklausel indes kritisch gegenüber „Alles-oder-Nichts-Argumentationen“, Ukrow/Ress in Grabitz/Hilf/Nettesheim, AEUV Art. 167 Rn. 159.

dd) Zwischenfazit

Die Kompetenz für datenschutzrechtliche Regelungen für die Kunst kann nicht auf die Kulturförderklausel des Art. 167 Abs. 2 und 5 AEUV gestützt werden. Hingegen kann die „Querschnittsklausel“ grundsätzlich als Grundlage für die Normierung eines nationalen Abwägungsrahmens dienen. Sobald die DS-GVO jedoch unmittelbar zur Anwendung kommt, überschreitet Art. 85 DS-GVO den primärrechtlich gesteckten Kompetenzrahmen hinsichtlich des Anwendungsbereichs des Unionsrechts.

d) „Überschießende Dynamik“ des Art. 16 AEUV?

Die EU hat bei ihren Regelungsvorhaben kulturellen Interessen der Mitgliedstaaten Rechnung zu tragen, geht in der jetzigen Ausgestaltung von Art. 85 DS-GVO hinsichtlich künstlerischer Verarbeitungen personenbezogener Daten aber über ihre Kompetenzen hinaus. Um die praktische Wirksamkeit des Datenschutzrechts nicht zu unterlaufen, könnte diese Kompetenzüberschreitung allerdings als bewusst tolerierte „überschießende Dynamik“ des Art. 16 Abs. 2 AEUV verstanden werden.²⁷⁰ Ein Überschießen träte auf, wenn die Regulierung innerhalb primärrechtlicher Grenzen nicht möglich sei, ohne Regelungsbereiche außerhalb des unionsrechtlichen Anwendungsbereichs – wie der Kunst – mit zu regulieren.²⁷¹ Dies wird einerseits mit einem grundrechtlichen Ausgestaltungsauftrag begründet, der eine einzelfallbezogene, über die Kompetenz hinausreichende Wirkung entfalte. Andererseits wird der vom EuGH weit verstandene Anwendungsbereich des Datenschutzrechts herangezogen.²⁷² Vor diesem Hintergrund sei die „überschießen-

270 Veit, Einheit und Vielfalt im europäischen Datenschutzrecht, S. 70 f.; wohl auch Brühmann in von der Groeben/Schwarze/Hatje, AEUV Art. 16 Rn. 70.

271 Veit, Einheit und Vielfalt im europäischen Datenschutzrecht, 70 f.; so auch im Gesundheitsbereich, Albers/Veit in BeckOK DatenschutzR, DS-GVO Art. 9 Rn. 94.

272 Jüngst etwa EuGH, 30.3.2023, C-34/21, ECLI:EU:C:2023:270, Rn. 32 ff. – Hessischer Onlineunterricht; so aber schon EuGH, 20.5.2003, C-465/00, C-138/01 und

de Dynamik“ des Datenschutzrechts zu tolerieren, sie müsse aber im Rahmen der gerichtlichen Kontrolle des Einzelfalls kompensatorisch berücksichtigt werden.²⁷³

Auch um die Anwendung des Datenschutzrechts nicht von Zufälligkeiten der einzelnen Datenverarbeitung abhängig zu machen, zieht der EuGH die Grenzen des Datenschutzes im Anwendungsbereich des Unionsrechts bewusst weit.²⁷⁴ Art. 16 Abs. 2 AEUV auch nur in gewissem Umfang eine „überschießende Dynamik“ zuzugestehen und damit auch die Kompetenz für den Kunstdatenschutz begründen zu wollen, überzeugt dennoch aus zwei Gründen nicht. *Erstens* scheidet ein grundrechtliches Schutzbedürfnis als Kompetenzgrundlage aus [oben b)]. Schon die Grenze zur kritisierten datenschutzrechtlichen „Superkompetenz“ würde verschwimmen, da im Einzelfall bestimmt werden müsste, ob das Datenschutzrecht kompetenziell überschießend wäre. Gerade dieser Effekt unterläuft jedoch die Funktion einer abstrakten Regelungskompetenz. *Zweitens* mutet die Berücksichtigung der „überschießenden“ Regulierung im Zuge der gerichtlichen Kontrolle auf den ersten Blick verträglich an. Nicht unterschätzt werden darf hingegen die Auswirkung auf die Rechtsunsicherheit in der praktischen Anwendung des Datenschutzes in der Kunst. Dies gilt insbesondere dann, wenn die Einschränkung der Kunstfreiheit in Sorge um die Nichteinhaltung datenschutzrechtlicher Anforderungen zu befürchten ist. Ein nicht intendierter Nebeneffekt könnte also sein, dass vor allem die prozeduralen Bestandteile des Datenschutzrechts einen Eingriff in die Kunstfreiheit darstellen. Eine „überschießende Dynamik“ des Datenschutzrechts mag aus Sicht der EU regulatorisch bequem sein, die Kompetenz für künstlerische Verarbeitungen personenbezogener Daten vermag sie jedoch nicht zu tragen.

C-139/01, ECLI:EU:C:2003:294, Rn. 41 ff. – Österreichischer Rundfunk; *Marsch*, Das europäische Datenschutzgrundrecht, S. 336.

273 *Veit*, Einheit und Vielfalt im europäischen Datenschutzrecht, S. 72.

274 EuGH, 20.5.2003, C-465/00, C-138/01 und C-139/01, ECLI:EU:C:2003:294, Rn. 42 – Österreichischer Rundfunk; *Kühling/Raab* in Kühling/Buchner, DS-GVO Art. 2 Rn. 21.

e) Zwischenfazit

Da Kunst lediglich begrenzt in den „Anwendungsbereich des Unionsrechts“ fällt, können datenschutzrechtliche Vorschriften der EU für künstlerische Verarbeitungen nur teilweise auf Art. 16 Abs. 2 AEUV gestützt werden. Aus der Querschnittsfunktion des Datenschutzes allein lassen sich keine Regelungen für künstlerische Zwecke rechtfertigen. Auch kann Art. 85 DS-GVO nicht in Form einer „überschießenden“ Regulierung eine kompetenzbegründende Wirkung für künstlerische Verarbeitungen entfalten. Vielmehr kann die „Querschnittsklausel“ aus Art. 167 Abs. 4 AEUV herangezogen werden, welche die EU verpflichtet, ebenso künstlerische Belange bei Verordnungsvorhaben zu berücksichtigen. Der Kompetenztitel für Kultur vermag zwar nicht die direkte Anwendung der DS-GVO in den Fällen zu rechtfertigen, in denen nationale Gesetzgebende untätig geblieben sind. Dahin gehend würde die mitgliedstaatliche künstlerische Entfaltung unzumutbar durch datenschutzrechtliche Pflichten bereits deshalb beeinträchtigt, da der dem Art. 85 DS-GVO zugrunde liegende Grundrechtsausgleich dem übrigen Teil der DS-GVO fremd ist. Die Normierung eines mitgliedstaatlichen Abwägungsrahmens, dem vorrangigen Ziel von Art. 85 DS-GVO, kann hingegen auf Art. 167 Abs. 4 AEUV gestützt werden.

3. Freier Datenverkehr (3. Var)

Letztlich kann die EU datenschutzrechtliche Regelungen für den „freien Datenverkehr“ grenzüberschreitender Verarbeitungen als spezielle Binnenmarktkompetenz (zu Art. 114 AEUV) erlassen.²⁷⁵ Vor allem bei vernetzten Verarbeitungen ist oftmals unvorhersehbar, ob personenbezogene Daten territoriale Grenzen überschreiten werden. Deshalb liegt in dieser Variante die Gefahr der Ausweitung der datenschutzrechtlichen Regelungskompetenz der EU.²⁷⁶ Da es beim „freien Datenverkehr“

²⁷⁵ Marsch, Das europäische Datenschutzgrundrecht, S. 335.

²⁷⁶ Wolff in Pechstein/Nowak/Häde, *Frankfurter Kommentar*, AEUV Art. 16 Rn. 22.

nur auf das Merkmal des Datenverkehrs selbst ankommt, könnten daher auch Regelungen zu künstlerischen Verarbeitungen auf diese Kompetenz gestützt werden. Tatsächlich zielt die Norm in Anlehnung an die Warenverkehrsfreiheit auf den Datenverkehr, der den Binnenmarkt ermöglichen und mitgliedstaatliche Beschränkungen verhindern soll.²⁷⁷ Letzteres findet entsprechend auch auf Kunstwerke Anwendung, die in der Europäischen Union gehandelt werden. Gleichwohl ist die Norm durch die zuvor genannten Varianten des Art. 16 Abs. 2 AEUV, Verarbeitungen für Unionsorgane und der Anwendungsbereich des Unionsrechts, marginalisiert worden.²⁷⁸ Deshalb scheint es unwahrscheinlich, grundsätzliche Regelungen zu künstlerischen Verarbeitungen wie Art. 85 DS-GVO auf die Kompetenz für den „freien Datenverkehr“ stützen zu können.

4. Ergebnis

Die Regelung künstlerischer Verarbeitungen personenbezogener Daten in der DS-GVO ist nur teilweise mit dem Primärrecht (Art. 16 Abs. 2 AEUV) vereinbar. Kunst liegt nicht unmittelbar im Anwendungsbereich des Unionsrechts, da die Zuständigkeit hierfür bei den Mitgliedstaaten verortet ist. Allerdings hat die EU aufgrund der „Querschnittsklausel“ des Art. 167 Abs. 4 AEUV kulturellen und damit auch künstlerischen Belangen bei ihren Regelungsvorhaben Rechnung zu tragen. Hiermit fallen Regelungen zur Kunst flankierend in den Anwendungsbereich des Unionsrechts. Der so geschaffene Kompetenzrahmen wird jedoch durch Art. 85 DS-GVO dadurch überschritten, dass ein uneingeschränkter Rückgriff auf alle Regelungen der DS-GVO im Falle nicht vorhandener mitgliedstaatlicher Normen für künstlerische Verarbeitungen vorgesehen ist. Auf Grundlage der „Querschnittsklausel“ ist demgegenüber eine behutsame Regelung künstlerischer Belange

277 Marsch, Das europäische Datenschutzgrundrecht, S. 335; Wolff in Pechstein/Nowak/Häde, *Frankfurter Kommentar*, AEUV Art. 16 Rn. 22.

278 Sydow in Sydow/Marsch, DS-GVO Art. 1 Rn. 19; Wolff in Pechstein/Nowak/Häde, *Frankfurter Kommentar*, AEUV Art. 16 Rn. 22.

möglich – in Form des in Art. 85 DS-GVO enthaltenen Abwägungsrahmens für eine Grundrechtsabwägung von Kunstfreiheit und Datenschutz im mitgliedstaatlichen Recht.

Obgleich die EU also über eng umzäunte Kompetenzen im Kunstschutz verfügt, ist zweifelhaft, ob die aktuelle Norm in praktischer Hinsicht überzeugen kann. Dieser Frage soll im Folgenden nachgegangen werden.

II. Unstimmigkeiten datenschutzrechtlicher Anforderungen im Bereich der Kunst

In Ausübung ihrer begrenzten Kompetenzen vermag die EU nicht zwangsläufig datenschutzrechtliche Pflichten mit der Kunst zu vereinen. Nachstehend wird deshalb schlaglichtartig auf drei zentrale in den Landesdatenschutzgesetzen (siehe Anhang) normierten Unstimmigkeiten hingewiesen: Die implizit vorausgesetzte Ermittlung des Verantwortlichen (1.), Anforderungen an die Datensicherheit (2.) sowie das in Baden-Württemberg normierte Auskunftsrecht (3.).

1. Wer ist „Verantwortlicher“ i.S.d. Art. 4 Nr. 7 DS-GVO?

Verantwortliche sind Adressaten datenschutzrechtlicher Pflichten und können bei deren Verletzung zur Haftung herangezogen werden. Aus diesem Grund ist die Ermittlung von Verantwortlichen auch für künstlerische Verarbeitungen unerlässlich. Weil Mitgliedstaaten auf Grundlage von Art. 85 keine Abweichungen von Kapitel I DS-GVO vorsehen können,²⁷⁹ richtet sich die Definition des Verantwortlichen nach Art. 4 Nr. 7 DS-GVO. Danach ist für die Einhaltung des Datenschutzes diejenige natürliche oder juristische Person verantwortlich, die „über die Zwecke und die Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen

²⁷⁹ A.A. Cornils, Das datenschutzrechtliche Medienprivileg unter Behördenaufsicht?, S. 74, 109.

Daten“ (mit-)entscheidet.²⁸⁰ Die Zwecke zielen auf das beabsichtigte Ergebnis und die Mittel auf die Art und Weise der Zielerreichung.²⁸¹ Vor diesem Hintergrund wird nachfolgend die Zuweisung der Verantwortlichkeit im Werk- [a)] und Wirkbereich [b)] untersucht.

a) Im Werkbereich: Künstlerisch tätige Personen?

Die künstlerische Schöpfung findet im Werkbereich statt. Sofern künstlerisch tätige Personen alleine oder gemeinsam relevante werkbezogene Entscheidungen treffen, kann ihnen die Entscheidungshoheit über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung personenbezogener Daten zugewiesen werden. Es kommt nicht darauf an, ob künstlerisch tätige Personen ein Werk alleine schaffen oder von Dritten, wie einem Team oder Dienstleistenden, unterstützt werden.²⁸² Wesentlich ist die Einflussmöglichkeit auf den Zweck und die Mittel, nicht die Kontrolle über die Daten selbst.²⁸³ Eine Präzisierung der Zwecke, wie vom für Kunst abdingbaren Zweckbindungsgrundsatz (Art. 5 Abs. 1 lit. b DS-GVO) gefordert, ist für die Bestimmung des Verantwortlichen nicht erforderlich.

b) Im Wirkbereich: Eigentümer oder Besitzer eines Werks?

Im Wirkbereich ist die Bestimmung des Verantwortlichen komplexer. Hat eine künstlerisch tätige Person das Eigentum am eigenen Werk, so ist sie grundsätzlich auch im Wirkbereich verantwortlich. Zweifel hieran entstehen, sobald eine künstlerisch tätige Person das Eigentum

280 Raschauer in Sydow/Marsch, DS-GVO Art. 4 Rn. 114.

281 *Europäischer Datenschutzausschuss*, Leitlinien 07/2020 zu den Begriffen „Verantwortlicher“ und „Auftragsverarbeiter“ in der DSGVO, Rn. 2, 35.

282 Folglich orientiert sich auch bei Kunst im Auftrag die Verantwortlichkeit danach, in welchem Ausmaß Auftraggebende oder Auftragnehmende Entscheidungen über Zwecke und Mittel treffen. Geschieht dies gemeinsam, kann es sich dann um eine gemeinsame Verantwortlichkeit handeln.

283 Petri in Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmann, DS-GVO Art. 4 Nr. 7 Rn. 20.

am Werk etwa durch Verkauf an Kunstsammelnde überträgt. Zwar bestimmt nach dem Eigentumsübergang nach wie vor die künstlerisch tätige Person über Zwecke und Mittel der Verarbeitung. Gleichzeitig wird es an einer tatsächlichen Einflussmöglichkeit der künstlerisch tätigen Person mangeln. Andererseits können Eigentümer etwa in Bezug auf interaktive Medienkunst lediglich bestimmen, „ob“ die Verarbeitung stattfindet, das heißt das Kunstwerk „in Betrieb“ genommen wird. Die Wahrnehmung datenschutzrechtlicher Pflichten ist künstlerisch tätigen Personen damit aus faktischen Gründen, Eigentümern hinsichtlich der urheberrechtlich gewährleisteten Werkintegrität, nur eingeschränkt möglich.²⁸⁴ Denkbar wäre beim Verkauf von Kunst eine gemeinsame Verantwortlichkeit von künstlerisch tätigen Personen und Eigentümern zumindest insoweit, als dass die Verarbeitung „im Interesse“ der Eigentümer durchgeführt wird.²⁸⁵ Zweifelhaft ist, ob allein ein Interesse für eine Mitverantwortlichkeit ausreicht. Denn faktisch fehlt es an einer gemeinsamen Entscheidung über Zwecke und Mittel,²⁸⁶ die allein von künstlerisch tätigen Personen festgelegt wurden.

Die Verortung der datenschutzrechtlichen Verantwortlichkeit und der damit verbundenen Pflichten im Wirkbereich ist keinesfalls trivial. Vor allem ist das Verhältnis des nicht vollständig harmonisierten Urheberrechts²⁸⁷ und des Datenschutzrechts hinsichtlich der Verantwortlichkeit in der Kunst bislang ungeklärt.

2. Datensicherheit

Die Gewährleistung der Datensicherheit stellt in den betroffenen neun Landesdatenschutzgesetzen die zentrale Pflicht des Verantwortlichen für künstlerische Verarbeitungen dar. Nachfolgend wird ihre Vereinbarkeit mit der Kunst [a)], ergänzt durch die Meldeverpflichtung für

284 *Peukert* in *Schricker/Loewenheim*, UrhG § 14 Rn. 26.

285 *Hermann/Mühlenbeck/Schwartmann* in *Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelman*, DS-GVO Art. 4 Rn. 147.

286 *Martini* in *Paal/Pauly*, DS-GVO Art. 26 Rn. 19.

287 *Leistner* in *Schricker/Loewenheim*, Einleitung zum UrhG Rn. 97.

Datenschutzverletzungen [b]) sowie Schadenersatzansprüche [c)] skizziert.

a) Gewährleistung der Datensicherheit (Art. 5, 24, 32 DS-GVO)

Im Anwendungsbereich der Landesdatenschutzgesetze ist die Gewährleistung der Datensicherheit (Art. 5 Abs. 1 lit. f, 24, 32 DS-GVO) die wichtigste datenschutzrechtliche Verpflichtung des Verantwortlichen im Bereich der Kunst. Kunstfreiheit und Datenschutz können hinsichtlich der Datensicherheit grundsätzlich in Einklang gebracht werden, weil es in der Praxis regelmäßig an einem Grundrechtskonflikt fehlen wird.²⁸⁸ Zudem schreibt der Grundsatz der Integrität und Vertraulichkeit aus Art. 5 Abs. 1 lit. f DS-GVO lediglich die Gewährleistung einer „angemessenen Sicherheit“ vor. Art. 32 DS-GVO knüpft hieran an und stellt keine absoluten Anforderungen an die Sicherheit, sondern sieht eine Abwägung vor, die Art, Umstände und Zwecke der Verarbeitung sowie der Eintrittswahrscheinlichkeit und der Schwere eines Risikos für die Rechte und Freiheiten betroffener Personen berücksichtigt. Diese flexible Abwägungsmöglichkeit eröffnet einen hinreichenden Freiraum zur Berücksichtigung der Besonderheiten künstlerischer Verarbeitungen.

Die Gewährleistung der Datensicherheit ist dennoch nur teilweise mit der Kunstfreiheit vereinbar. Zum einen ergibt sich aus Art. 24 DS-GVO eine Nachweispflicht für getroffene Sicherheitsvorkehrungen.²⁸⁹ Auch wenn der Umfang der Nachweispflicht mit dem jeweiligen Risiko zu oder abnimmt,²⁹⁰ stellt eine so geartete Dokumentationspflicht grundsätzlich einen ungerechtfertigten Eingriff in die Kunstfreiheit dar. Die faktische Rücksichtnahme auf den Datenschutz trägt dem Grundrechtsausgleich bereits ausreichend Rechnung. Zum anderen können gewisse Maßnahmen zur Gewährleistung der Datensicherheit

288 *Dix* in Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmnn, DS-GVO Art. 85 Rn. 27.

289 *Martini* in Paal/Pauly, DS-GVO Art. 24 Rn. 25 ff.

290 *Martini* in Paal/Pauly, DS-GVO Art. 24 Rn. 25a.

cherheit zu unerwünschten Werkbeeinträchtigungen führen, und zwar dann, wenn die künstlerisch tätige Person nicht mehr Eigentümerin ihres Werkes ist. Müsste beispielsweise zur fortwährenden Aufrechterhaltung der Datensicherheit eines Werkes der digitalen Medienkunst ein Sicherheitsupdate vorgenommen werden, und würde dieses Update als Nebeneffekt zu einer teilweisen oder ganzen Funktionseinschränkung des Kunstwerks führen, könnte hierin eine urheberrechtliche Beeinträchtigung liegen.²⁹¹ Bei einem Unterlassen des Updates droht hingegen die Verletzung datenschutzrechtlicher Pflichten, insbesondere wenn keine flankierenden Sicherheitsmaßnahmen ergriffen werden können. Dieses Dilemma erlangt besondere Bedeutung durch die in den meisten Landesdatenschutzgesetzen geregelten Schadenersatzansprüche von Betroffenen gegenüber dem Verantwortlichen bei Datenschutzverletzungen.

Auch wenn die Anforderung der Datensicherheit grundsätzlich mit der Kunst vereinbar ist, greift einerseits die geforderte Dokumentationspflicht zu weit in die Kunstfreiheit ein, andererseits können noch unaufgelöste Spannungen zwischen Datenschutz, Kunst und Urheberrecht entstehen.

b) Datenschutzverletzungen (Art. 33 DS-GVO)

In Brandenburg, Hamburg und Thüringen sind nach Art. 33 DS-GVO Verantwortliche für künstlerische Verarbeitungen über die Gewährleistung der Datensicherheit hinaus zur Meldung von Datenschutzverletzungen an die zuständige Aufsichtsbehörde verpflichtet. Diese Verpflichtung läuft jedoch deshalb ins Leere, weil in diesen drei Ländern die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde im Bereich der Kunst zugleich für nicht anwendbar erklärt wurde.²⁹² Selbst wenn eine Aufsichtsbehörde zuständig wäre, würde sich die Frage stellen, welche Befugnisse sie

291 Peukert in Schricker/Loewenheim, UrhG § 14 Rn. 13.

292 Überraschenderweise wird dieser Umstand in der Kommentarliteratur nicht thematisiert, Sundermann in HK-HmbDSG, § 12 Rn. 12; Bechstein in HK-ThürDSG, § 25 Rn. 33.

im Einklang mit der Kunstfreiheit überhaupt ausüben könnte. Schon diese flüchtige Betrachtung wirft erhebliche Zweifel an der Sinnhaftigkeit einer Meldeverpflichtung bei Datenschutzverletzungen auf.

c) Schadenersatz (Art. 82 DS-GVO)

Verantwortliche haften bei Verletzungen der Datensicherheit auf Schadenersatz, sofern betroffenen Personen ein materieller oder immaterieller Schaden entstanden ist. Im Bereich der Kunst wird vor allem von immateriellen Schäden auszugehen sein.²⁹³ Im Datenschutz löst ein bloßer Verstoß gegen Bestimmungen der DS-GVO wie der Datensicherheit noch keine Schadenersatzpflicht aus. Ferner ist ein Schadenersatzanspruch nicht von einer Erheblichkeitsschwelle abhängig.²⁹⁴ Letzteres könnte zu erheblichen Spannungen zwischen Datenschutz und Kunstfreiheit führen. So ist bisher im zivilrechtlichen Äußerungsrecht ein Geldentschädigungsanspruch an hohe Hürden geknüpft. Insbesondere bedarf es einer schwerwiegenden Persönlichkeitsrechtsverletzung, darüber hinaus sind im Einzelfall kunstspezifische Besonderheiten zu berücksichtigen.²⁹⁵ Ein Schadenersatzanspruch darf nicht zur Einschränkung künstlerischer Tätigkeiten führen und damit einen Abschreckungseffekt entfalten. Besteht bereits ein Unterlassungsanspruch, der an sich schon eine schwerwiegende Sanktion gegen künstlerisch tätige und werkmittelnde Personen darstellt, soll eine Persönlichkeitsrechtsverletzung nicht zusätzlich mit einer Geldentschädigung belegt werden können.²⁹⁶ Werden diese kunstspezifischen Besonderheiten

293 Materielle Ansprüche aus Eingriffen in das (kommerzielle) Persönlichkeitsrecht haben insbesondere im Bereich der fiktionalen Kunst bisher kaum praktische Bedeutung erlangt und werden deshalb nachfolgend ausgespart (Neumeyer, Person – Fiktion – Recht, S. 273; Siegle, Das Spannungsverhältnis von Kunstfreiheit und Persönlichkeitsrecht, S. 207).

294 EuGH, 4.5.2023, C-300/21, ECLI:EU:C:2023:370, Rn. 42, 51 – Österreichische Post II.

295 Siegle, Das Spannungsverhältnis von Kunstfreiheit und Persönlichkeitsrecht, S. 195 f.; zum Recht am eigenen Bild Bienemann, Reformbedarf des Kunsturhebergesetzes im digitalen Zeitalter, S. 106.

296 BGHZ 183, 227 (233) – Geldentschädigung Esra.

jedoch im Einzelfall berücksichtigt, kann in Anknüpfung an das zivilrechtliche Äußerungsrecht eine sparsam eingesetzte Schadenersatzpflicht grundsätzlich mit der Kunstfreiheit vereinbar sein.

3. Auskunftsrecht (Art. 15 DS-GVO)

Transparenz und Betroffenenrechte sind zentrale Bausteine zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit bei Eingriffen in das Recht auf Datenschutz [dazu oben C.II.3.c)]. Dennoch ist nur in Baden-Württemberg mit § 19 Abs. 3 LDSG BW ein Auskunftsrecht bei Vorliegen einer Persönlichkeitsrechtsbeeinträchtigung normiert worden. Damit soll dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung Rechnung getragen werden.²⁹⁷ Die Norm wirft neben der Ermittlung des Adressaten weitere Fragen auf. *Erstens* ist unklar, ob der Auskunftsanspruch sich nach Art. 15 DS-GVO richtet. Sollte dies der Fall sein,²⁹⁸ kann er nur insoweit gelten, als dass an sich abbedungene (Dokumentations-)Verpflichtungen wie der Hinweis auf weitere Betroffenenrechte (Art. 15 Abs. 1 lit. e) oder Garantien für Drittlandsübermittlungen (Art. 15 Abs. 2) nicht vom Auskunftsanspruch erfasst sein können. *Zweitens* steht zu befürchten, dass Auskunftspflichtige einen Anspruch mit der Begründung ablehnen würden, dass keine Persönlichkeitsrechtsverletzung vorliegt. Dies wiederum kann sich insbesondere dann, wenn die Feststellung der Persönlichkeitsrechtsverletzung zur Durchsetzung des Anspruchs gerichtlich geklärt werden muss, im Einzelfall als Hürde erweisen. *Drittens* ist vor allem bei fiktionaler Kunst, in welcher Personen verfremdet dargestellt werden, wegen des nur möglichen Bezugs zu realen Personen ein Auskunftsanspruch praktisch kaum durchsetzbar. Zusammenfassend ist das Auskunftsrecht zwar theoretisch geeignet, den Datenschutz mit der Kunstfreiheit in Einklang zu bringen, gleichwohl wirft die Handhabbarkeit in der Praxis ungeklärte Fragen auf. Deshalb ist die Vereinbarkeit dieser datenschutzrechtlichen Pflicht jedenfalls in Zweifel zu ziehen.

297 BW LT-Drs. 16/3930, S. 109.

298 So *Debus* in HK-LDSG BW, § 19 Rn. 16.

III. Stellungnahme

Obwohl die Europäische Union über keine originäre Regelungskompetenz im Bereich der Kunst verfügt, ist sie angehalten, bei ihren Regelungsvorhaben auf künstlerische Belange Rücksicht zu nehmen. Vor diesem Hintergrund kann die EU einen mitgliedstaatlichen Abwägungsrahmen hinsichtlich des Datenschutzes für künstlerische Verarbeitungen schaffen – eine unmittelbare Anwendbarkeit der DS-GVO geht in diesem Kontext über ihren Kompetenzrahmen hinaus. Infolgedessen ist es den nationalen Gesetzgebenden überlassen, abzuwägen, welche Normen der DS-GVO sie zur Anwendung bringen wollen. Doch selbst wenn wie in Teilen Deutschlands die Anwendung der DS-GVO auf die Gewährleistung von Datensicherheit und Auskunftsrechte beschränkt wird, erweisen sich die datenschutzrechtlichen Pflichten im Bereich der Kunst als praktisch ungeeignet. Eine nur selektive Anwendung datenschutzrechtlicher Pflichten führt zu unvermeidlichen Spannungen und Inkonsistenzen, die bei der Ermittlung des Verantwortlichen im Wirkungsbereich beginnen und über Herausforderungen im Bereich der Datensicherheit einschließlich des Schadenersatzes sowie der Betroffenenrechte reichen. Obwohl die EU eingeschränkte Kompetenzen im Bereich des Datenschutzes künstlerischer Verarbeitungen besitzt, zeigen systematische Unstimmigkeiten, dass die Ausgestaltung von Art. 85 DS-GVO *de lege lata* im Bereich der Kunst verfehlt ist und sowohl dem Datenschutz als auch der Kunstfreiheit nicht gerecht wird.

E. Zur Abkehr von datenschutzrechtlichen Pflichten in der Kunst *de lege ferenda*

De lege lata ist Art. 85 DS-GVO lediglich teilweise vom EU-Kompetenzrahmen gedeckt. Wie gezeigt wurde, lassen sich jedoch selbst dort, wo die Normierung zulässig ist, datenschutzrechtliche Pflichten nur bedingt auf künstlerische Verarbeitungen anwenden. Darüber hinaus offenbart auch die Genese von Art. 9 DS-RL und Art. 85 DS-GVO den Mediendatenschutz als primäres Regelungsziel der Norm.²⁹⁹ Vor diesem Hintergrund sollte *de lege ferenda* zwar der zwingend erforderliche Grundrechtsausgleich des Rechts auf Datenschutz und der Kunstfreiheit hergestellt werden, ohne aber die Pflichten der DS-GVO auf die Verarbeitung personenbezogener Daten zu künstlerischen Zwecken anzuwenden.

Dies kann durch die ersatzlose Streichung der künstlerischen Zwecke aus Art. 85 Abs. 1 und 2 DS-GVO erreicht werden.³⁰⁰ Für eine solch radikale Lösung sprechen drei Argumente. *Erstens* kann der erforderliche Grundrechtsausgleich im nationalen Recht auch ohne datenschutzrechtliche Regelung vorgenommen werden. Hierfür bietet sich das zivilrechtliche Äußerungsrecht an, aus dem schon die bisherige

299 Dennoch bestehen auch dort zahlreiche Unklarheiten, siehe nur Cornils, Das datenschutzrechtliche Medienprivileg unter Behördenaufsicht?

300 Aufgrund der Kompetenzen aus Art. 16 Abs. 2 AEUV würde der Anwendungsbereich der DS-GVO auch nicht auf künstlerische Verarbeitungen ausgedehnt werden.

Rechtsprechung zur Kunstfreiheit hervorging.³⁰¹ Hierfür müssten sich jedoch noch Abwägungskriterien für den Ausgleich von Kunst und Datenschutz herausbilden (dazu oben C.III.3). Darüber hinaus kann die Grundrechtskollision wegen der Eigengesetzlichkeit der Kunst nicht abschließend aufgelöst werden.³⁰² Dies ist allerdings primär dem grundlegenden Spannungsverhältnis von Kunst und Recht zuzuschreiben, und nicht den Besonderheiten des Äußerungsrechts. *Zweitens* trägt die EU durch die begründete Auslassung künstlerischer Zwecke der Anforderung der Kulturklausel (Art. 167 Abs. 4 AEUV) Rechnung, mitgliedstaatliche künstlerische Belange zu berücksichtigen. Denn einerseits zeigt die jetzige Regelung, dass es der Union kaum möglich ist, datenschutzrechtliche Pflichten im Bereich der Kunst zu normieren, ohne ihre Kompetenzen zu übertreten und dabei grundsätzliche systematische Unstimmigkeiten zu erzeugen. Andererseits erkennt die unionsrechtliche „Nicht-Regelung“ des Datenschutzes in der Kunst die nationale Vielfalt und die sich daraus ergebenden Bedürfnisse in besonderem Maße an. *Drittens* zielt der Datenschutz primär auf einen Vorfeldschutz, um Intransparenz und ausufernden Datenverarbeitungen vorzubeugen.³⁰³ Anders als bei der zunehmenden Digitalisierung der Gesellschaft sind ausufernde Datenverarbeitungen und die damit verbundene Intransparenz für Kunst nicht im selben Ausmaß zu befürchten. Daneben ist das Datenschutzrecht auf „präventive Vorfeldregelungen“ ausgerichtet,³⁰⁴ welche die Kunstfreiheit im Werk- und Wirkungsbereich unangemessen beschränken können. Denn wenn Kunst frei ist, muss auch die Möglichkeit bestehen, die Verarbeitung personenbezogener Daten als Mittel der Kritik einzusetzen.³⁰⁵ Im nationalen Recht kann auch ohne Normierung datenschutzrechtlicher Pflichten im Einzelfall ein sachgerechter Interessenausgleich herbeigeführt werden, welcher der Kunstfreiheit den nötigen Raum lässt.

301 Nur BVerfGE 30, 173 (180) – Mephisto; BVerfGE 119, 1 (5) – Esra.

302 *Marsch*, JZ 2021, 1129 (1131).

303 BVerfGE 65, 1 (41 ff.) – Volkszählung; von *Lewinski* in Auernhammer, Einführung Rn. 18.

304 *Veil* in *Forgó/Helfrich/Schneider*, Betrieblicher Datenschutz, II. Kap. 1 Rn. 64.

305 Vgl. von *Arnauld* in *Isensee/Kirchhof*, HStR VII, § 167 Rn. 23, 54.

F. Fazit

Diese Arbeit stellt die erste tiefergehende Untersuchung des Datenschutzes in der Kunst dar. Auf Grundlage der Öffnungsklausel des Art. 85 DS-GVO wurde zunächst der europäische wie nationale Rechtsrahmen für künstlerische Verarbeitungen personenbezogener Daten aufgespannt (B.). Weil dieser auf den Grundrechtsausgleich des Rechts auf Datenschutz und der Meinungsäußerungsfreiheit ausgerichtet ist, wurde die grundrechtliche Dimension des Art. 85 eingehend in Augenschein genommen (C.). Bei der Ermittlung der Schutzbereiche und Abwägungskriterien der kollidierenden Grundrechte konnte durch Auslegung ermittelt werden, dass der Datenschutz auch mit der Kunstfreiheit abzuwägen ist. Anschließend wurden grundlegende Kohärenzprobleme von Datenschutz und Kunst *de lege lata* entfaltet (D.). Dabei konnte gezeigt werden, dass der EU lediglich die Kompetenz für die Schaffung eines mitgliedstaatlichen Abwägungsrahmens von Kunstfreiheit und Datenschutz obliegt. Legen Mitgliedstaaten keine gesetzlichen Regelungen für den Datenschutz in der Kunst fest, kann die DS-GVO jedoch keine unmittelbare Anwendung finden. Doch selbst dort, wo die DS-GVO durch nationale Regelungen teilweise Anwendung findet, ergeben sich nahezu unüberwindbare Unstimmigkeiten. Dabei stellt vor allem die undifferenzierte Anwendung prozeduraler Anforderungen und Dokumentationspflichten einen ungerechtfertigten Eingriff in die Kunstfreiheit dar. Daher wird abschließend die Abkehr von datenschutzrechtlichen Pflichten für die Kunst vorgeschlagen (E.). Der erfor-

derliche Grundrechtsausgleich kann bereits über das Äußerungsrecht erzielt werden.

Wenngleich diese Arbeit wesentliche Problembereiche des Datenschutzes in der Kunst kartografiert, kann dies nur einen ersten Beitrag zur Erschließung des Themas darstellen. Weiterer Forschungsbedarf besteht etwa grundsätzlich zu künstlerischen Verarbeitungen personenbezogener Daten im Bereich der (generativen) künstlichen Intelligenz.³⁰⁶ Darüber hinaus sind die Regelungen der Landesdatenschutzgesetze insbesondere im nicht öffentlichen Bereich noch unterbeleuchtet. Beispielsweise ist an dieser Stelle die Gesetzgebungskompetenz der Länder für künstlerische Tätigkeiten durch Private zu nennen. Die aktuelle gesetzliche Lage schafft hier für künstlerisch tätige und werkmittelnde Personen zumindest keine Rechtssicherheit. Ferner ist offen, ob die hiesigen Ergebnisse auch auf die Verarbeitung personenbezogener Daten zu literarischen Zwecken übertragbar sind.

Letztlich besteht nicht nur hinsichtlich der Kunst ein Nachbesserungsbedarf für die DS-GVO. Zwar stellt das Spannungsverhältnis von Kunstfreiheit und Datenschutz nicht die vordringlichste Aufgabe im Datenschutzrecht dar. Dennoch bleibt zu hoffen, dass die Evaluation der Datenschutz-Grundverordnung im Frühjahr 2024 einen Impuls zur Neuordnung ihres Art. 85 liefert – und damit das Spannungsverhältnis von Kunstfreiheit und Datenschutz um die Bürde der datenschutzrechtlichen Pflichten erleichtert. Denn schließlich ist die Kunst frei, auch von Datenschutz.

306 Rossipaul, Künstliche Intelligenz in Kommunikation und Kunst, S. 209 ff.

Anhang: Regelung künstlerischer Verarbeitungen in Landesdatenschutzgesetzen

Die nachfolgende Übersicht zeigt die Gemeinsamkeiten bei der Regelung künstlerischer Verarbeitungen in den Landesdatenschutzgesetzen. Bremen, Hessen, Niedersachsen, Rheinland-Pfalz, Saarland, Sachsen und Schleswig-Holstein haben keine entsprechenden Regelungen erlassen.

Bundes- land ¹	Fundstelle LDSG	Geregelte Zwecke		Anwendungs- bereich	Datensicherheit Art. 5 Abs. 1 lit. f, 24, 32 DS-GVO	Meldepflicht Art. 33 DS-GVO	Schadenersatz Bei Daten- sicherheitsverletzung	Aufsicht, Betroffenen- rechte
BW	§ 19			Öffentlich	Ja		Ja	Beschränkt
BY	Art. 1 Abs. 1 S. 4, 38	Journ.	Kunst	Öffentlich, Privat	Ja		Ja	
BE ²	§§ 2 Abs. 7, 19	Journ.	Kunst	Öffentlich, Privat	Ja		Ja	
BB	§ 29	Journ.	Kunst	Öffentlich, Privat	Ja	Ja	Ja	
HH	§ 12		Kunst	Öffentlich, Privat	Ja	Ja	Ja (implizit)	
MV	§ 12	Journ.	Kunst	Öffentlich	Ja		Ja	
NW	§ 19		Kunst	Öffentlich	Ja		Ja	
ST	§ 2 Abs. 1 S. 2, 25	Journ.	Kunst	Öffentlich, Privat	Ja		Ja	
TH	§ 2 Abs. 1 S. 3, 25	Journ.	Kunst	Öffentlich, Privat	Ja	Ja	Ja	

Leere Zelle: Keine Regelung; Journ.: Journalismus; Lit.: Literatur; Wiss.: Wissenschaft

¹In allen Ländern gelten zusätzlich Verpflichtungen zur Aufbewahrung von Gegendarstellungen und Unterlassungsverpflichtungen

²Nur in Berlin: Regelung erfasst auch Verarbeitungen auf Grundlage von §§ 22, 23 KUG

Literaturverzeichnis

- Albrecht, Jan Philipp*: Das neue EU-Datenschutzrecht – von der Richtlinie zur Verordnung. Überblick und Hintergründe zum finalen Text für die Datenschutz-Grundverordnung der EU nach der Einigung im Trilog, in: CR 2016, S. 88–98.
- Albrecht, Jan Philipp/Janson, Nils J.*: Datenschutz und Meinungsfreiheit nach der Datenschutzgrundverordnung. Warum die EU-Mitgliedstaaten beim Ausfüllen von DSGVO-Öffnungsklauseln an europäische Grundrechte gebunden sind – am Beispiel von Art. 85 DSGVO, in: CR 2016, S. 500–509.
- Auernhammer*. DSGVO BDSG. Kommentar. Hrsg. von Martin Eßer, Philipp Kramer und Kai von Lewinski. 7. Aufl., Köln 2020 (zit. als *Bearbeiter* in Auernhammer).
- Bayerisches Landesamt für Datenschutzaufsicht (BayLDA)*: 8. Tätigkeitsbericht 2017/2018. https://www.lda.bayern.de/media/baylda_report_08.pdf (zuletzt besucht am 7.5.2024).
- beck-online.GROSSKOMMENTAR zum Zivilrecht*. Hrsg. von Beate Gsell, Wolfgang Krüger, Stephan Lorenz und Christoph Reymann. Stand 1.5.2023, München 2023 (zit. als *Bearbeiter* in BeckOGK).
- Beck'scher Online-Kommentar Datenschutzrecht*. Hrsg. von Heinrich Amadeus Wolff, Stefan Brink und Antje von Ungern-Sternberg. 44. Edition, Stand 1.5.2023, München 2023 (zit. als *Bearbeiter* in BeckOK DatenschutzR).
- Beck'scher Online-Kommentar Informations- und Medienrecht*. Hrsg. von Hubertus Gersdorf und Boris P. Paal. 40. Edition, Stand 1.5.2023, München 2023 (zit. als *Bearbeiter* in BeckOK InfoMedienR).
- Benedikt, Kristin/Kranig, Thomas*: DS-GVO und KUG – ein gespanntes Verhältnis, in: ZD 2019, S. 4–7.
- Bergmann, Lutz/Möhrle, Roland/Herb, Armin* (Hrsg.): Datenschutzrecht. Kommentar. 63. Ergänzungslieferung, Stand November 2022, Stuttgart.
- Bernsdorff, Norbert/Borowsky, Martin*: Die Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Handreichungen und Sitzungsprotokolle. Baden-Baden 2002 (zit. als *Bernsdorff/Borowsky*, GRCh Protokolle).

- Bienemann, Linda*: Die zunehmende Bedeutung des § 23 Abs. 1 Nr. 4 KUG für neue Kunstformen. Anmerkung zu LG Frankfurt am Main, ZUM 2017, 772, in: ZUM 2017, S. 741–744.
- Reformbedarf des Kunsturhebergesetzes im digitalen Zeitalter. Eine rechtsdogmatische Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Einflüsse von DSGVO und InfoSoc-RL. Baden-Baden 2021 (zugl. Diss. Universität Passau 2020).
- Calliess, Christian/Ruffert, Matthias* (Hrsg.): EUV/AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta. Kommentar. 6. Aufl., München 2022.
- Cornils, Matthias*: Das datenschutzrechtliche Medienprivileg unter Behördenaufsicht? Tübingen 2018.
- Dammann, Ulrich/Simitis, Spiros*: EG-Datenschutzrichtlinie. Kommentar. Baden-Baden 1997.
- Däubler, Wolfgang/Wedde, Peter/Weichert, Thilo/Sommer, Imke* (Hrsg.): EU-DSGVO und BDSG. Kompaktcommentar. 2. Aufl., Frankfurt am Main 2020 (zit. als *Bearbeiter* in Däubler/Wedde/Weichert/Sommer).
- Debus, Alfred G./Sicko, Corinna* (Hrsg.): Landesdatenschutzgesetz Baden-Württemberg. Handkommentar. Baden-Baden 2022 (zit. als *Bearbeiter* in HK-LDSG BW).
- Dewey-Hagborg, Heather*: Stranger Visions. 2012–2013. <https://deweyhagborg.com/projects/stranger-visions> (zuletzt besucht am 7.5.2024).
- Dörr, Oliver/Grote, Rainer/Marauhn, Thilo* (Hrsg.): EMRK/GG. Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz. Band I, Kapitel 1–19. 3. Aufl., Tübingen 2022.
- Dreier, Thomas/Schulze, Gernot* (Hrsg.): Urheberrechtsgesetz. Kommentar. 7. Aufl., München 2022.
- Dreier, Horst* (Hrsg.): Grundgesetz. Kommentar. Band I, Prämbel, Artikel 1–19. 3. Aufl., Tübingen 2013 (zit. als *Bearbeiter* in Dreier, 3. Aufl. 2013).
- Dreier*. Grundgesetz-Kommentar. Band I, Prämbel, Artikel 1–19. Hrsg. von Frauke Brosius-Gersdorf. 4. Aufl., Tübingen 2023 (zit. als *Bearbeiter* in Dreier, 4. Aufl. 2023).
- Duhnkrack, Justus*: The art of regulating the arts – artistic street photography and the limits of EU regulation, in: JIPLP 15.2 (2020), S. 66–69.
- Dürig, Günter/Herzog, Roman/Scholz, Rupert* (Hrsg.): Grundgesetz. Band I, Texte, Art. 1–5. 100. Ergänzungslieferung, Stand Januar 2023, München (zit. als *Bearbeiter* in Dürig/Herzog/Scholz).
- Ehlers, Dirk* (Hrsg.): Europäische Grundrechte und Grundfreiheiten. 4. Aufl., Berlin 2014.
- Ehmann, Eugen/Helfrich, Marcus*: EG-Datenschutzrichtlinie. Kurzkommentar. Köln 1999.

- Ehmann, Eugen/Selmayr, Martin* (Hrsg.): Datenschutz-Grundverordnung. 2. Aufl., München 2018 (zit. als *Bearbeiter* in Ehmann/Selmayr).
- Europäische Zentralbank*: Kunstsammlung der EZB. <https://www.ecb.europa.eu/ecb/history-arts-culture/arts-culture/html/index.de.html> (zuletzt besucht am 7.5.2024).
- Europäischer Datenschutzausschuss*: Leitlinien 07/2020 zu den Begriffen „Verantwortlicher“ und „Auftragsverarbeiter“ in der DSGVO. Version 2.0, angenommen am 7.7.2021. https://www.edpb.europa.eu/system/files/2023-10/edpb_guidelines_202007_controllerprocessor_final_de.pdf (zuletzt besucht am 7.5.2024).
- Europäisches Parlament*: Art at EP. Kunstsammlung des Europäischen Parlaments. <https://visiting.europarl.europa.eu/files/live/sites/visiting/files/Leaflets/Art%20at%20EP/Art-at-EP-DE.pdf> (zuletzt besucht am 7.5.2024).
- Forgó, Nikolaus/Helfrich, Marcus/Schneider, Jochen* (Hrsg.): Betrieblicher Datenschutz. Rechtshandbuch. 3. Aufl., München 2019.
- Frenz, Walter*: Handbuch Europarecht. Band 4, Europäische Grundrechte. Berlin 2009.
- Gierschmann, Sibylle/Schlender, Katharina/Stentzel, Rainer/Veil, Winfried* (Hrsg.): Kommentar Datenschutz-Grundverordnung. Köln 2018 (zit. als *Bearbeiter* in Gierschmann/Schlender/Stentzel/Veil).
- Gola, Peter/Heckmann, Dirk* (Hrsg.): DS-GVO BDSG. Kommentar. 3. Aufl., München 2022 (zit. als *Bearbeiter* in Gola/Heckmann).
- Grabenwarter, Christoph*: European Convention on Human Rights. Commentary. München/Oxford/Baden-Baden/Basel 2014.
- Grabitz, Eberhard/Hilf, Meinhard/Nettesheim, Martin* (Hrsg.): Das Recht der Europäischen Union. Band I, EUV/AEUV. 78. Ergänzungslieferung, Stand Januar 2023, München (zit. als *Bearbeiter* in Grabitz/Hilf/Nettesheim).
- Groeben, Hans von der/Schwarze, Jürgen/Hatje, Armin* (Hrsg.): Europäisches Unionsrecht. Vertrag über die Europäische Union – Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union – Charta der Grundrechte der Europäischen Union. 7. Aufl., Baden-Baden 2015 (zit. als *Bearbeiter* in von der Groeben/Schwarze/Hatje).
- Häberle, Peter/Kotzur, Markus*: Kunst, Kultur und ihr aktives Publikum in Zeiten der Pandemie, in: ZRP 2022, S. 24–27.
- Hartstein, Reinhard/Ring, Wolf-Dieter/Kreile, Johannes/Dörr, Dieter/Stettner, Rupert/Cole, Mark D./Wagner, Eva Ellen* (Hrsg.): Medienstaatsvertrag, Jugendmedienschutz-Staatsvertrag. Heidelberger Kommentar. 96. Lieferung, Stand Mai 2023, Heidelberg (zit. als *Bearbeiter* in HK-MStV).
- Heiss, Daniel*: Flick KA AI. 2019. <https://zkm.de/de/werk/a-turing-test> (zuletzt besucht am 7.5.2024).
- Henschel, Johann Friedrich*: Kunstfreiheit als Grundrecht. Stuttgart 1993.
- Hijmans, Hielke*: The European Union as Guardian of Internet Privacy. The Story of Art 16 TFEU. Cham 2016.

- Hildebrand, Angela*: Künstlerische Straßenfotografie ohne Einwilligung der abgebildeten Person, in: ZUM 2018, S. 580–585.
- Hoppe, Ursula*: Die Kunstfreiheit als EU-Grundrecht. Frankfurt am Main 2011 (zugl. Diss. Universität Köln 2010).
- Hwang, Shu-Perng*: Von der Abgrenzung zur Vereinheitlichung: Auf dem Weg zu einem funktionsfähigen Grundrechtsverbund? Überlegungen zur neueren Rechtsprechung des BVerfG zum Grundrechtsschutz im europäischen Mehrebenensystem, in: Der Staat Bd. 63 (2023), S. 1–26.
- Isensee, Josef/Kirchhof, Paul* (Hrsg.): Handbuch des Staatsrechts. Band VII: Freiheitsrecht. 3. Aufl., Heidelberg 2009 (zit. als *Bearbeiter* in *Isensee/Kirchhof, HStR VII*).
- Jarass, Hans D.*: Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Kommentar. 4. Aufl., München 2021.
- Jarass, Hans D./Pieroth, Bodo* (Begr.): Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland. Kommentar. 17. Aufl., München 2022 (zit. als *Bearbeiter* in *Jarass/Pieroth*).
- Jordan, Stefan/Müller, Jürgen* (Hrsg.): Grundbegriffe der Kunstwissenschaft. Stuttgart 2020.
- Kämpfe, Lydia/Oehlrich, Constanze* (Hrsg.): Landesdatenschutzgesetz Mecklenburg-Vorpommern. Handkommentar. Baden-Baden 2022 (zit. als *Bearbeiter* in *HK-DSG MV*).
- Karpenstein, Ulrich/Mayer, Franz C.* (Hrsg.): Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten. Kommentar. 3. Aufl., München 2022 (zit. als *Bearbeiter* in *Karpenstein/Mayer, EMRK*).
- Klein, Florian*: Personenbilder im Spannungsfeld von Datenschutzgrundverordnung und Kunsturhebergesetz. Frankfurt am Main 2017 (zugl. Diss. Universität Münster 2017).
- Klement, Jan Henrik*: Öffentliches Interesse an Privatheit. Das europäische Datenschutzrecht zwischen Binnenmarkt, Freiheit und Gemeinwohl, in: JZ 2017, S. 161–170.
- Kühling, Jürgen/Buchner, Benedikt* (Hrsg.): DS-GVO / BDSG. Kommentar. 3. Aufl., Baden-Baden 2020 (zit. als *Bearbeiter* in *Kühling/Buchner*).
- Kühling, Jürgen/Martini, Mario/Heberlein, Johanna/Kühl, Benjamin/Nink, David/Weinzierl, Quirin/Wenzel, Michael*: Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht. Erste Überlegungen zum innerstaatlichen Regelungsbedarf. Münster 2016.
- Lauber-Rönsberg, Anne*: Die Auswirkungen der DSGVO auf das zivilrechtliche Äußerungsrecht, in: UFITA 2018, S. 398–435.
- Zum Verhältnis von Datenschutzrecht und zivilrechtlichem Äußerungsrecht, in: AfP 2019, S. 373–383.

- Lenski, Sophie-Charlotte*: Personenbezogene Massenkommunikation als verfassungsrechtliches Problem. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht in Konflikt mit Medien, Kunst und Wissenschaft. Berlin 2007 (zugl. Diss. Humboldt-Universität zu Berlin 2006).
- Makoski, Bernadette*: Kooperativer Grundrechtsschutz im europäischen Mehrebenensystem. Teil I: Grundrechtsschutz im europäischen Mehrebenensystem, in: EuZW 2020, S. 1012–1018.
- Mangoldt, Hermann von/Klein, Friedrich/Starck, Christian* (Hrsg.): Grundgesetz. Kommentar. Band 1, Präambel, Art. 1–19 GG. 7. Aufl., München 2018 (zit. als *Bearbeiter* in von Mangoldt/Klein/Starck).
- Marsch, Nikolaus*: Das europäische Datenschutzgrundrecht. Tübingen 2018.
- Kunst unter Druck – Zu Zweck und Reichweite des grundrechtlichen Schutzes von Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG, insbesondere in der Drittwirkungsdimension, in: JZ 2021, S. 1129–1138.
- Matzke, Johannes/Düwell, Nora* (Hrsg.): Thüringer Datenschutzgesetz. Handkommentar. Baden-Baden 2023 (zit. als *Bearbeiter* in HK-ThürDSG).
- Meyer-Ladewig, Jens/Nettesheim, Martin/Raumer, Stefan von* (Hrsg.): EMRK. Europäische Menschenrechtskonvention. 5. Aufl., Baden-Baden/Wien/Basel 2023.
- Meyer, Jürgen/Hölscheidt, Jürgen* (Hrsg.): Charta der Grundrechte der Europäischen Union. 5. Aufl., Baden-Baden/Bern/Wien 2019 (zit. als *Bearbeiter* in Meyer/Hölscheidt, GRCh).
- Moos, Flemming/Schefzig, Jens/Arning, Marian* (Hrsg.): Die neue Datenschutz-Grundverordnung. Berlin/Boston 2018.
- Müller, Friedrich*: Freiheit der Kunst als Problem der Grundrechtsdogmatik. Berlin 1969.
- Müller, Marian*: Die Öffnungsklauseln der Datenschutzgrundverordnung. Ein Beitrag zur Europäischen Handlungsformenlehre. Münster 2018 (zugl. Diss. Universität Münster 2018).
- Münch, Ingo von/Kunig, Philip* (Begr.): Grundgesetz. Kommentar. Band 1, Präambel, Art. 1–69 GG. 7. Aufl., München 2021 (zit. als *Bearbeiter* in von Münch/Kunig).
- Nettesheim, Martin*: Datenschutz und Meinungsäußerungsfreiheit – Zur Reichweite der Freistellung allgemeiner Meinungsäußerungen nach Art. 85 Abs. 1 DSGVO, in: AfP 2019, S. 473–481.
- Neumeyer, Jochen*: Person – Fiktion – Recht. Verletzungen des Persönlichkeitsrechts durch Werke der fiktionalen Kunst. Baden-Baden 2010 (zugl. Diss. Technische Universität Dresden 2009).
- Paal, Boris P./Pauly, Daniel A.* (Hrsg.): Datenschutz-Grundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz. 3. Aufl., München 2021 (zit. als *Bearbeiter* in Paal/Pauly).

- Pechstein, Matthias/Nowak, Carsten/Häde, Ulrich* (Hrsg.): Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV.
 — Band 1, EUR und GRC, 1. Aufl., Tübingen 2017.
 — Band 2, Art. 1–100 AEUV, 1. Aufl., Tübingen 2017.
 (jeweils zit. als *Bearbeiter* in *Pechstein/Nowak/Häde, Frankfurter Kommentar*).
- Plath, Kai-Uwe* (Hrsg.): DSGVO BDSG TTDSG. Kommentar. 4. Aufl., Köln 2023 (zit. als *Bearbeiter* in Plath).
- Poscher, Ralf*: The Right to Data Protection. A No-Right Thesis, in: Privacy and Power. Hrsg. von *Russel A. Miller*. Cambridge 2017, S. 129–141.
- Raji, Behrang*: Auswirkungen der DS-GVO auf nationales Fotorecht. Das KUG im Zahnradmodell der DS-GVO, in: ZD 2019, S. 61–66.
- Retzlaff, Max-Gerd/Wenger, Alex*: Daten|Spuren. 2015. <https://zkm.de/de/werk/daten Spuren> (zuletzt besucht am 7.5.2024).
- Riesenhuber, Karl* (Hrsg.): Europäische Methodenlehre. 4. Aufl., Berlin 2021.
- Rossipaul, Amelie*: Künstliche Intelligenz in Kommunikation und Kunst. Eine verfassungsrechtliche Betrachtung. Tübingen 2023 (zugl. Diss. Ludwig-Maximilians-Universität München 2022).
- Rüegger, Vanessa*: Kunstfreiheit. Baden-Baden/Basel 2020 (zugl. Habil. Universität Basel 2020).
- Sachs, Michael* (Hrsg.): Grundgesetz. Kommentar. 9. Aufl., München 2021.
- Schack, Haimo*: Kunst und Recht. Bildende Kunst, Architektur, Design und Fotografie im deutschen und internationalen Recht. 3. Aufl., Tübingen 2017.
- Schantz, Peter/Wolff, Heinrich Amadeus*: Das neue Datenschutzrecht. München 2017.
- Schnabel, Christoph* (Hrsg.): Hamburgisches Datenschutzgesetz. Handkommentar. Baden-Baden 2023 (zit. als *Bearbeiter* in HK-HmbDSG).
- Schricker/Loewenheim*. Urheberrecht. UrhG KUG VGG Kommentar. Hrsg. von Ulrich Loewenheim, Matthias Leistner und Ansgar Ohly. 6. Aufl., München 2020 (zit. als *Bearbeiter* in Schricker/Loewenheim).
- Schröder, Meinhard* (Hrsg.): Bayerisches Datenschutzgesetz. Handkommentar. Baden-Baden 2021 (zit. als *Bearbeiter* in HK-BayDSG).
- Schwartmann, Rolf/Jaspers, Andreas/Thüsing, Gregor/Kugelmann, Dieter* (Hrsg.): DS-GVO/BDSG. 2. Aufl., Heidelberg 2020 (zit. als *Bearbeiter* in Schwartmann/Jaspers/Thüsing/Kugelmann).
- Schwarze, Jürgen/Becker, Ulrich/Hatje, Armin/Schoo, Johann* (Hrsg.): EU-Kommentar. 4. Aufl., Baden-Baden/Wien/Basel 2019.
- Siegle, Miriam*: Das Spannungsverhältnis von Kunstfreiheit und Persönlichkeitsrecht. Zur Problematik der Darstellung realer Personen in Kunstwerken. Baden-Baden 2012 (zugl. Diss. Universität Frankfurt am Main 2011).
- Simitis, Spiros/Hornung, Gerrit/Spiecker gen. Döhmman, Indra* (Hrsg.): Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG. Großkommentar. Baden-Baden 2019 (zit. als *Bearbeiter* in Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman).

- Specht, Louisa/Mantz, Gernot* (Hrsg.): Handbuch Europäisches und deutsches Datenschutzrecht. Bereichsspezifischer Datenschutz in Privatwirtschaft und öffentlichem Sektor. München 2019.
- Steinhuber, Merle*: Das datenschutzrechtliche Medienprivileg. Zum Spannungsfeld zwischen Medienfreiheit und Persönlichkeitsrechten. Berlin 2023 (zugl. Diss. Universität Potsdam 2022).
- Stern, Klaus/Sachs, Michael* (Hrsg.): GRCh. Europäische Grundrechte-Charta. Kommentar. München 2016.
- Stern, Klaus/Sodan, Helge/Möstl, Markus* (Hrsg.): Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund. Band IV: Die einzelnen Grundrechte. 2. Aufl., München 2022 (zit. als *Bearbeiter* in Stern/Sodan/Möstl, Staatsrecht).
- Streinz, Rudolf*: Die Auslegung des Gemeinschaftsrechts bzw Unionsrechts durch den EuGH, in: Rechtstheorie: Rechtsbegriff – Dynamik – Auslegung. Hrsg. von *Stefan Griller und Heinz Peter Rill*. Wien 2011, S. 223–264.
- (Hrsg.): EUV/AEUV. 3. Aufl., München 2018.
- Sydow, Gernot/Marsch, Nikolaus* (Hrsg.): DS-GVO BDSG. Handkommentar. 3. Aufl., Baden-Baden 2022 (zit. als *Bearbeiter* in Sydow/Marsch).
- Taeger, Juergen/Gabel, Detlef* (Hrsg.): DSGVO – BDSG – TTDSG. 4. Aufl., Frankfurt am Main 2022 (zit. als *Bearbeiter* in Taeger/Gabel).
- Thym, Daniel*: Die Reichweite der EU-Grundrechte-Charta – Zu viel Grundrechtsschutz?, in: NVwZ 2013, S. 889–896.
- Freundliche Übernahme, oder: die Macht des „ersten Wortes“ – „Recht auf Vergessen“ als Paradigmenwechsel, in: JZ 2020, S. 1017–1027.
- Veit, Raoul-Darius*: Einheit und Vielfalt im europäischen Datenschutzrecht. Tübingen 2023 (zugl. Diss. Universität Hamburg 2021).
- Weibel, Peter/Gommel, Matthias*: FLICK_KA. 2007. <https://zkm.de/de/werk/flickka> (zuletzt besucht am 7.5.2024).
- Weiß, Martin*: Öffnungsklauseln in der DSGVO und nationale Verwirklichung im BDSG. Baden-Baden 2022 (zugl. Diss. Universität Regensburg 2021).
- Wendel, Matthias*: Das Bundesverfassungsgericht als Garant der Unionsgrundrechte. Zugleich Besprechung von BVerfG, Beschlüsse v. 6.11.2019 – 1 BvR 16/13 (Recht auf Vergessen I) und 1 BvR 276/17 (Recht auf Vergessen II), in: JZ 2020, S. 157–212.
- ZKM | Zentrum für Kunst und Medien Karlsruhe*: FLICK_KA. 2007. <https://zkm.de/de/media/video/peter-weibel-matthias-gommel-flickka-2007> (zuletzt besucht am 7.5.2024).

