

## 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.<sup>7</sup> Mithin handelt es sich um einen relativen Rechtsbegriff, der je nach Kontext unterschiedliche Bedeutung aufweisen kann.<sup>8</sup> 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.<sup>9</sup> Zum anderen ist Kunst deutungsoffen.<sup>10</sup> Ihr Aussagegehalt ist nicht festgelegt und damit einer generellen Definition entzogen. Gleichwohl ist Kunst das Ergebnis eines schöpferischen Prozesses.<sup>11</sup> 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.<sup>12</sup> Der Schutz der Kunst dient der freien Entfaltung der Persönlichkeit, dem zwischenmenschlichen Austausch sowie der politischen Selbstbestimmung.<sup>13</sup> 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.<sup>14</sup> 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)<sup>15</sup> 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,<sup>16</sup> dennoch sollten mit dem Ziel eines Grundrechtsausgleichs auch Sonderregelungen für künstlerische Zwecke ermöglicht werden.<sup>17</sup>

### 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.<sup>18</sup>

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.<sup>19</sup>

Der scheinbar klare Aufbau der Norm trägt. Vor allem der Regelungsgehalt der ersten beiden Absätze ist in nahezu jeglicher Hinsicht umstritten.<sup>20</sup> Einerseits wird Abs. 1 ausschließlich als Regelungsauftrag an die Mitgliedstaaten verstanden. Die eigentliche Öffnungsklausel sei hingegen in Abs. 2 verortet.<sup>21</sup> 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,<sup>22</sup> während der eng auszulegende Abs. 1 vor allem interessengerechte Lösungen für Randfälle ermöglichen soll.<sup>23</sup> 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.<sup>24</sup> 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.<sup>25</sup> 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.<sup>26</sup> 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.<sup>27</sup> Geschützt wird unter anderem das Recht am eigenen Bild (dazu unten 3.), das Recht am gesprochenen Wort,

---

<sup>25</sup> Cornils in BeckOK InfoMedienR, DS-GVO Art. 85 Rn. 21.

<sup>26</sup> 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.

<sup>27</sup> Specht-Riemenschneider in BeckOGK, BGB § 823 Rn. 1162.

aber auch die Privatsphäre.<sup>28</sup> Greift eine künstlerische Äußerung in das Persönlichkeitsrecht ein, ist eine Grundrechtsabwägung mit der Kunstfreiheit vorzunehmen.<sup>29</sup> 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.<sup>30</sup> 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.<sup>31</sup>

### 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.<sup>32</sup> Darunter fällt nicht die Herstellung von Bildnissen,<sup>33</sup> sondern nur deren Veröffentlichung. Das KUG stellt hierfür ein abgestuftes Schutzkonzept auf.<sup>34</sup> 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.<sup>35</sup> 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.<sup>36</sup> 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.<sup>37</sup> Zum anderen würde der auf die Veröffentlichung von Bildnissen beschränkte Anwendungsbereich des KUG weitere Verarbeitungsschritte wie die Herstellung ausblenden.<sup>38</sup> Dies bedeutet jedoch nur, dass für andere Verarbeitungen als die Verbreitung von Bildnissen entweder unmittelbar die Regelungen der DS-GVO<sup>39</sup> oder andere Abweichungen auf Grundlage von Art. 85 DS-GVO greifen könnten – wie sie etwa in einigen Landesdatenschutzgesetzen vorgesehen sind.<sup>40</sup>

---

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. Döhmann*, 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.<sup>41</sup> In den übrigen sieben Ländern ist die unmittelbare Anwendung der DS-GVO für die Kunst zu vermuten.<sup>42</sup> 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.<sup>43</sup> 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.<sup>44</sup> In den übrigen Ländern wird die Kompetenz nicht thematisiert.<sup>45</sup>

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.<sup>46</sup> 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.<sup>47</sup>

---

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.

