

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; *Oehrich* 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 Berufsgeheimnis-tragende 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.) – Hesselnlöwe; 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.

