

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

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

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

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

den europäischen Verträgen gestützt werden.<sup>237</sup> Der Erlass datenschutzrechtlicher Regelungen auf Unionsebene und damit auch der DS-GVO beruht auf Art. 16 AEUV.<sup>238</sup> Demgegenüber liegt die Kompetenz für Kunst grundsätzlich bei den Mitgliedstaaten. Die EU kann auf Grundlage der Kulturklausel des Art. 167 AEUV – welche die Kunst mit einschließt<sup>239</sup> – lediglich fördernd tätig werden.<sup>240</sup> Vor diesem Hintergrund soll im Folgenden geklärt werden, ob sich der Kompetenztitel des Art. 16 AEUV auch auf künstlerische Verarbeitungen personenbezogener Daten erstreckt. Hierfür werden die drei Kompetenzvarianten aus Art. 16 Abs. 2 UAbs. 1 S. 1 AEUV näher beleuchtet: Die ausschließliche Zuständigkeit für Verarbeitungen durch Organe der EU (1. Var.), die Kompetenz für Verarbeitungen, die in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fallen (2. Var.) sowie die Kompetenz über den „freien Datenverkehr“ (3. Var.).

## 1. Verarbeitungen durch Unionsorgane (1. Var)

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

### a) Reichweite des Anwendungsbereichs des Unionsrechts

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

### b) Umfassende Querschnittskompetenz aus Art. 16 AEUV?

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

## aa) Gegenstand und Reichweite der Kulturkompetenz

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

## (1) Zur Schaffung eines Abwägungsrahmens?

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

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

---

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

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

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

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



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

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

(2) Bei direkter Anwendung der DS-GVO?

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

---

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

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

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

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

---

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

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

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

#### dd) Zwischenfazit

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

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

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

---

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

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

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

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

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

---

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

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

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

### e) Zwischenfazit

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

### 3. Freier Datenverkehr (3. Var)

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

---

275 Marsch, Das europäische Datenschutzgrundrecht, S. 335.

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

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

#### 4. Ergebnis

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

---

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

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

## II. Unstimmigkeiten im Bereich der Kunst

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

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

## II. Unstimmigkeiten datenschutzrechtlicher Anforderungen im Bereich der Kunst

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

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

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

---

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

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

#### a) Im Werkbereich: Künstlerisch tätige Personen?

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

#### b) Im Wirkungsbereich: Eigentümer oder Besitzer eines Werks?

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

---

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

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

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

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



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

Die Verortung der datenschutzrechtlichen Verantwortlichkeit und der damit verbundenen Pflichten im Wirkungsbereich ist keinesfalls trivial. Vor allem ist das Verhältnis des nicht vollständig harmonisierten Urheberrechts<sup>287</sup> und des Datenschutzrechts hinsichtlich der Verantwortlichkeit in der Kunst bislang ungeklärt.

## 2. Datensicherheit

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

### b) Datenschutzverletzungen (Art. 33 DS-GVO)

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

---

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

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

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

### c) Schadenersatz (Art. 82 DS-GVO)

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

---

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

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

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

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

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

### 3. Auskunftsrecht (Art. 15 DS-GVO)

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

---

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

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

### III. Stellungnahme

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