

Gesetzentwurf

der Landesregierung

Gesetz zum Einundzwanzigsten Rundfunkänderungsstaatsvertrag und zur Anpassung des Medien-Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679

A. Zielsetzung

Mit Artikel 1 des Gesetzes soll die nach Artikel 50 Satz 2 der Verfassung des Landes Baden-Württemberg zur Umsetzung des Einundzwanzigsten Rundfunkänderungsstaatsvertrags in Landesrecht erforderliche Zustimmung des Landtags erfolgen.

Weiteres Ziel dieses Gesetzes ist es, die medienspezifischen datenschutzrechtlichen Bestimmungen im Landesmediengesetz (Artikel 2) und im Landespresseggesetz (Artikel 3) an die Vorgaben der Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung) (ABl. L 119 vom 4. Mai 2016, S. 1, ber. ABl. L 314 vom 22. November 2016, S. 72) anzupassen und damit dem in Artikel 85 der Verordnung (EU) 2016/679 für die Mitgliedstaaten vorgesehenen Regelungsauftrag nachzukommen.

B. Wesentlicher Inhalt

Der Gesetzentwurf sieht folgende Inhalte vor:

1. Gesetz zum Einundzwanzigsten Rundfunkänderungsstaatsvertrag

Mit dem Einundzwanzigsten Rundfunkänderungsstaatsvertrag erfolgt im Wesentlichen zum einen die Anpassung der rundfunkrechtlichen Staatsverträge an die Verordnung (EU) 2016/679. Zum anderen wird im Rundfunkstaatsvertrag eine Betrauungsnorm eingeführt, um Kooperationen öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten im Auftragsbereich eine erhöhte Rechtssicherheit zu verschaffen.

2. Änderung des Landesmediengesetzes

Artikel 85 der Verordnung (EU) 2016/679 verpflichtet den Gesetzgeber, im nationalen Recht medienpezifische Bestimmungen zu treffen, um einen Ausgleich zwischen dem Persönlichkeitsrecht einerseits und der Rundfunk- und Pressefreiheit andererseits zu gewährleisten. Bereits bisher galt für die Datenverarbeitung durch Rundfunk, Presse und sonstige Medien das sogenannte Medienprivileg, das nur eine eingeschränkte Geltung der materiell-rechtlichen Datenschutzvorschriften vorsah. Die Vorschriften zum Medienprivileg im Landesmediengesetz und zur Aufsicht im datenschutzrechtlichen Bereich werden an die Vorgaben der Verordnung (EU) 2016/679 angepasst. Ziel bei der Erarbeitung des Entwurfs war es, die geltende Rechtslage soweit wie möglich zu erhalten. Neu geregelt wird die Zuständigkeit des Vorsitzenden des Vorstands der Landesanstalt für Kommunikation für die Aufsicht bei der Datenverarbeitung privater Rundfunkveranstalter zu journalistischen Zwecken.

3. Änderung des Landespressegesetzes

Auch das in § 12 des Landespressegesetzes für den Pressebereich geregelte Medienprivileg muss entsprechend den Vorgaben der Verordnung (EU) 2016/679 angepasst werden. Dabei soll ebenfalls weitgehend die bestehende Rechtslage aufrechterhalten werden.

C. Alternativen

Keine. Die Verordnung (EU) 2016/679 ist ab 25. Mai 2018 unmittelbar geltendes Recht. Die Verordnung gibt den Mitgliedstaaten in Artikel 85 auf, das Recht auf den Schutz personenbezogener Daten mit dem Recht auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit durch Rechtsvorschriften in Einklang zu bringen. Diese Rechtsvorschriften müssen bis zum 25. Mai 2018 in Kraft sein, um den gebotenen Schutz von Rundfunk- und Pressefreiheit zu gewährleisten.

D. Kosten für die öffentlichen Haushalte

Für den Landeshaushalt entstehen durch den vorliegenden Gesetzentwurf keine finanziellen Auswirkungen.

Für die Landesanstalt für Kommunikation, deren Vorsitzenden des Vorstands der Gesetzentwurf als datenschutzrechtliche Aufsichtsstelle über private Rundfunkveranstalter im journalistischen Bereich vorsieht, entsteht durch diese Aufgabenzuweisung Mehraufwand. Dieser Mehraufwand, der beispielsweise auch durch den Aufbau einschlägigen Fachwissens bedingt ist, lässt sich im Einzelnen nicht beziffern. Da praktisch relevante datenschutzrechtliche Verstöße im Bereich der Datenverarbeitung zu journalistischen Zwecken nicht bekannt sind, dürften sich der Aufgabenanfall und damit die finanziellen Auswirkungen für die Landesanstalt insgesamt sehr in Grenzen halten.

E. Kosten für Private

Für private Rundfunkveranstalter ergeben sich aus der Anwendung dieses Gesetzes keine wesentlichen zusätzlichen Kosten. Unwesentliche Mehrkosten können im Rundfunkbereich etwa durch die Verpflichtung entstehen, im Falle einer Beschwerde dem Vorsitzenden des Vorstands der Landesanstalt Auskunft zu dem entsprechenden Sachverhalt zu erteilen. Etwaige sonst verursachte Mehrkosten entstehen nicht durch dieses Gesetz, sondern durch die Verordnung (EU) 2016/679.

Die im Einundzwanzigsten Rundfunkänderungsstaatsvertrag vorgesehene Betrugsnorm soll unter anderem dem Ziel der Beitragsstabilität dienen, was letztendlich Privatpersonen und Unternehmen zugutekommt. Erhebliche Auswirkungen auf die Wirtschaftsordnung oder private Unternehmen sind von der Regelung nach derzeitigem Stand jedoch nicht zu erwarten. Rechtlich soll durch die vorgeschlagene Änderung keine wesentliche Erweiterung der Marktstellung durchgesetzt werden. Auch der Streit um Kabeleinspeiseentgelte soll mit der Norm nicht geregelt werden.

**Staatsministerium
Baden-Württemberg
Ministerpräsident**

Stuttgart, 20. Februar 2018

An die
Präsidentin des Landtags
von Baden-Württemberg

Sehr geehrte Frau Landtagspräsidentin,

in der Anlage übersende ich Ihnen gemäß Artikel 59 Absatz 1 der Verfassung des Landes Baden-Württemberg den von der Landesregierung beschlossenen Entwurf eines Gesetzes zum Einundzwanzigsten Rundfunkänderungsstaatsvertrag und zur Anpassung des Medien-Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 mit Begründung und Vorblatt. Ich bitte, die Beschlussfassung des Landtags herbeizuführen. Die Federführung für das Gesetz liegt beim Staatsministerium. Der Bereich des Landespressegesetzes liegt im Geschäftsbereich des Ministeriums der Justiz und für Europa. Im Rahmen der Ressortabstimmung wurden zudem das Ministerium für Inneres, Digitalisierung und Migration sowie das Ministerium für Wirtschaft, Arbeit und Wohnungsbau beteiligt.

Mit freundlichen Grüßen

Kretschmann
Ministerpräsident

Der Landtag wolle beschließen,
dem nachstehenden Gesetzentwurf seine Zustimmung zu erteilen:

Gesetz zum Einundzwanzigsten Rundfunkänderungsstaatsvertrag und zur Anpassung des Medien-Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679

Artikel 1

Gesetz zum Einundzwanzigsten Rundfunkänderungsstaatsvertrag

Dem zwischen dem 5. und dem 18. Dezember 2017 unterzeichneten Einundzwanzigsten Rundfunkänderungsstaatsvertrag zwischen dem Land Baden-Württemberg, dem Freistaat Bayern, dem Land Berlin, dem Land Brandenburg, der Freien Hansestadt Bremen, der Freien und Hansestadt Hamburg, dem Land Hessen, dem Land Mecklenburg-Vorpommern, dem Land Niedersachsen, dem Land Nordrhein-Westfalen, dem Land Rheinland-Pfalz, dem Saarland, dem Freistaat Sachsen, dem Land Sachsen-Anhalt, dem Land Schleswig-Holstein und dem Freistaat Thüringen wird zugestimmt. Der Staatsvertrag wird nachstehend veröffentlicht.

Artikel 2

Änderung des Landesmediengesetzes

Das Landesmediengesetz vom 19. Juli 1999 (GBl. S. 273, ber. S. 387), das zuletzt durch das Gesetz vom 17. Dezember 2015 (GBl. S. 1201) geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. § 49 wird wie folgt gefasst:

„§ 49

Datenschutz im Bereich des privaten Rundfunks

(1) Im Bereich des privaten Rundfunks gelten die allgemeinen Vorschriften über den Schutz personenbezogener Daten, soweit in diesem Gesetz oder im Rundfunkstaatsvertrag in seiner jeweils geltenden Fassung nichts anderes bestimmt ist.

(2) Soweit private Veranstalter personenbezogene Daten zu journalistischen Zwecken verarbeiten, ist es den hiermit befassten Personen untersagt, diese personenbezogenen Daten zu anderen Zwecken zu verarbeiten (Datengeheimnis). Diese Personen sind bei der Aufnahme ihrer Tätigkeit auf das Datengeheimnis zu verpflichten. Das Datengeheimnis besteht auch nach

Beendigung ihrer Tätigkeit fort. Im Übrigen finden für die Datenverarbeitung zu journalistischen Zwecken von der Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung) (ABl. L 119 vom 4. Mai 2016, S. 1, ber. ABl. L 314 vom 22. November 2016, S. 72) außer den Kapiteln I, VIII, X und XI nur die Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe f in Verbindung mit Absatz 2, Artikel 24 und Artikel 32 Anwendung. Artikel 82 und 83 der Verordnung (EU) 2016/679 gelten mit der Maßgabe, dass nur für eine Verletzung des Datengeheimnisses gemäß den Sätzen 1 bis 3 sowie für unzureichende Maßnahmen nach Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe f, Artikel 24 und 32 der Verordnung (EU) 2016/679 gehaftet wird. Die Sätze 1 bis 5 gelten entsprechend für die zu den in Satz 1 genannten Stellen gehörenden Hilfs- und Beteiligungsunternehmen. Private Veranstalter sowie ihre Verbände und Vereinigungen können sich Verhaltenskodizes geben, die in einem transparenten Verfahren erlassen und veröffentlicht werden. Den betroffenen Personen stehen nur die in den Absätzen 3 und 4 genannten Rechte zu.

(3) Führt die journalistische Verarbeitung personenbezogener Daten zur Verbreitung von Gegendarstellungen der betroffenen Person oder zu Verpflichtungserklärungen, Beschlüssen oder Urteilen über die Unterlassung der Verbreitung oder über den Widerruf des Inhalts der Daten, so sind diese Gegendarstellungen, Verpflichtungserklärungen und Widerrufe zu den gespeicherten Daten zu nehmen und dort für dieselbe Zeitdauer aufzubewahren wie die Daten selbst sowie bei einer Übermittlung der Daten gemeinsam mit diesen zu übermitteln.

(4) Wird jemand durch eine Berichterstattung in seinem Persönlichkeitsrecht beeinträchtigt, kann die betroffene Person Auskunft über die der Berichterstattung zugrunde liegenden, zu ihrer Person gespeicherten Daten verlangen. Die Auskunft kann nach Abwägung der schutzwürdigen Interessen der Beteiligten verweigert werden, soweit

1. aus den Daten auf Personen, die bei der Vorbereitung, Herstellung oder Verbreitung von Rundfunk-sendungen mitwirken oder mitgewirkt haben, geschlossen werden kann,
2. aus den Daten auf die Person des Einsenders oder des Gewährsträgers von Beiträgen, Unterlagen und Mitteilungen für den redaktionellen Teil geschlossen werden kann,
3. durch die Mitteilung der recherchierten oder sonst erlangten Daten die journalistische Aufgabe durch Ausforschung des Informationsbestandes beeinträchtigt würde.

Die betroffene Person kann die unverzügliche Berichtigung unrichtiger personenbezogener Daten im Datensatz oder die Hinzufügung einer eigenen Darstellung von angemessenem Umfang verlangen. Die weitere Speicherung der personenbezogenen Daten ist rechtmäßig, wenn dies für die Ausübung des Rechts auf freie Meinungsäußerung und Information oder zur Wahrnehmung berechtigter Interessen erforderlich ist.“

2. § 50 wird wie folgt gefasst:

„§ 50

Datenschutzkontrolle

(1) Zuständige Aufsichtsbehörde zur Überwachung der Einhaltung der Datenschutzbestimmungen im Bereich des privaten Rundfunks ist, soweit die Datenverarbeitung nicht zu eigenen journalistischen Zwecken erfolgt, der Landesbeauftragte für den Datenschutz. Verstöße teilt die Aufsichtsbehörde der Landesanstalt mit.

(2) Der Veranstalter hat nach Artikel 37 der Verordnung (EU) 2016/679 einen Datenschutzbeauftragten zu benennen, der bei der Datenverarbeitung zu journalistischen Zwecken die Einhaltung der in diesem Bereich anwendbaren Datenschutzbestimmungen überwacht. Er hat die Stellung entsprechend Artikel 38 und die Aufgaben entsprechend Artikel 39 der Verordnung (EU) 2016/679. Die allgemeinen Bestimmungen zum Datenschutzbeauftragten im Bereich der Datenverarbeitung zu nicht journalistischen Zwecken bleiben von dieser Regelung unberührt.

(3) Im Bereich der Datenverarbeitung zu eigenen journalistischen Zwecken erfolgt die Aufsicht durch den Vorsitzenden des Vorstands der Landesanstalt. Er hat die Befugnisse entsprechend den §§ 31 und 32 Absatz 1. Bei der Ausübung des pflichtgemäßen Ermessens ist insbesondere den durch Artikel 5 Absatz 1 des Grundgesetzes geschützten Belangen der Veranstalter Rechnung zu tragen. In Ausübung der Aufsicht über die Datenverarbeitung zu eigenen journalistischen Zwecken ist der Vorsitzende des Vorstands unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen. Er unterliegt in diesem Bereich weder einer Dienstaufsicht nach § 40 Absatz 1 noch einer Rechtsaufsicht nach § 48. Kapitel VI und VII der Verordnung (EU) 2016/679 finden auf den Vorsitzenden des Vorstands keine Anwendung.“

3. § 51 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 1 wird wie folgt geändert:

aa) Die Wörter „und 21 bis 28“ werden durch die Angabe „, 21 und 22“ ersetzt.

bb) Die Wörter „§ 4 Abs. 1, § 11 Abs. 1 und 3 sowie § 49 Abs. 1“ werden durch die Wörter „§ 4 Absatz 1 sowie § 11 Absatz 1 und 3“ ersetzt.

- cc) Die Wörter „, Teleshopping und Datenschutz“ werden durch die Wörter „und Teleshopping“ ersetzt.
- b) In Absatz 4 werden die Wörter „nach § 49 Absatz 1 Satz 1 Nummer 23 bis 28 des Rundfunkstaatsvertrages das durch Rechtsverordnung des Innenministeriums bestimmte Regierungspräsidium“ durch die Wörter „im Zusammenhang mit dem Datenschutz im Rahmen seiner Zuständigkeit nach § 50 Absatz 1 der Landesbeauftragte für den Datenschutz“ ersetzt.

Artikel 3

Änderung des Landespressegesetzes

§ 12 des Landespressegesetzes vom 14. Januar 1964 (GBl. S. 11), das zuletzt durch Artikel 16 des Gesetzes vom 29. Juli 2014 (GBl. S. 378, 381) geändert worden ist, wird wie folgt gefasst:

„§ 12

Datenverarbeitung zu journalistischen und literarischen Zwecken

(1) Soweit Unternehmen der Presse und deren Hilfsunternehmen personenbezogene Daten zu journalistischen oder literarischen Zwecken verarbeiten, ist es den hiermit befassten Personen untersagt, diese personenbezogenen Daten zu anderen Zwecken zu verarbeiten (Datengeheimnis). Bei der Aufnahme ihrer Tätigkeit sind diese Personen auf das Datengeheimnis zu verpflichten. Das Datengeheimnis besteht auch nach Beendigung der Tätigkeit fort.

(2) Im Übrigen finden für die Datenverarbeitung zu journalistischen oder literarischen Zwecken durch Unternehmen der Presse und deren Hilfsunternehmen von den Kapiteln II bis VII und IX der Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung) (ABl. L 119 vom 4. Mai 2016, S. 1, ber. ABl. L 314 vom 22. November 2016, S. 72) nur Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe f in Verbindung mit Absatz 2, Artikel 24 und 32 sowie von den Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) vom 30. Juni 2017 (BGBl. I S. 2097) nur § 83 in ihrer jeweils geltenden Fassung Anwendung. Artikel 82 der Verordnung (EU) 2016/679 gilt mit der Maßgabe, dass nur für unzureichende Maßnahmen nach Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe f in Verbindung mit Absatz 2, Artikel 24 und 32, § 83 BDSG mit der Maßgabe, dass nur für eine Verletzung des Datengeheimnisses nach Absatz 1 gehaftet wird.

(3) Führt die journalistische oder literarische Verarbeitung personenbezogener Daten zur Verbreitung von Ge-

gendarstellungen der betroffenen Person oder zu Verpflichtungserklärungen, Beschlüssen oder Urteilen über die Unterlassung der Verbreitung oder über den Widerruf des Inhalts der Daten, so sind diese Gegendarstellungen, Verpflichtungserklärungen und Widerrufe zu den gespeicherten Daten zu nehmen und dort für dieselbe Zeitdauer aufzubewahren wie die Daten selbst sowie bei einer Übermittlung der Daten gemeinsam mit diesen zu übermitteln.“

Artikel 4

Inkrafttreten, Außerkrafttreten, Bekanntmachungen

(1) Dieses Gesetz tritt am Tag nach seiner Verkündung in Kraft, soweit in Absatz 2 nichts anderes bestimmt ist.

(2) Artikel 2 Nummer 1, § 49 Absatz 1, Artikel 2 Nummer 2 und 3 und Artikel 3 treten am 25. Mai 2018 in Kraft. Artikel 2 Nummer 1, § 49 Absätze 2 bis 4 treten am 25. Mai 2018 in Kraft, wenn nicht der Einundzwanzigste Rundfunkänderungsstaatsvertrag am 25. Mai 2018 in Kraft tritt.

(3) Der Tag, an dem der Einundzwanzigste Rundfunkänderungsstaatsvertrag nach seinem Artikel 5 Absatz 2 Satz 1 in Kraft tritt, ist im Gesetzblatt bekannt zu geben. Für den Fall, dass der Einundzwanzigste Rundfunkänderungsstaatsvertrag nach seinem Artikel 5 Absatz 2 Satz 2 gegenstandslos wird, ist dies im Gesetzblatt bekannt zu geben.

Begründung

A. Allgemeiner Teil

I. Zielsetzung

Mit Artikel 1 des Gesetzes soll die nach Artikel 50 Satz 2 der Verfassung des Landes Baden-Württemberg zur Umsetzung des Einundzwanzigsten Rundfunkänderungsstaatsvertrags in Landesrecht erforderliche Zustimmung des Landtags erfolgen.

Die Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung) (ABl. L 119 vom 4. Mai 2016, S. 1, ber. ABl. L 314 vom 22. November 2016, S. 72 – DSGVO), die ab dem 25. Mai 2018 unmittelbar gilt, enthält eine Vielzahl von Voraussetzungen für die Datenverarbeitung sowie umfangreiche Auskunftsrechte der Betroffenen, die im Bereich journalistischer Arbeit angesichts der Rundfunk- und Pressefreiheit und deren Erfordernisse nicht sachgerecht umzusetzen sind. Beispielsweise wäre ohne die Möglichkeit, personenbezogene Daten auch ohne Einwilligung der jeweils betroffenen Person zu verarbeiten, journalistische Arbeit nicht möglich. Um dem zu begegnen, enthält die Datenschutz-Grundverordnung in Artikel 85 einen Regelungsauftrag für die Mitgliedstaaten, nach welchem diese Ausnahmen von der Verordnung vorsehen, wenn die Verarbeitung zu journalistischen oder literarischen Zwecken erfolgt und die Ausnahmen erforderlich sind, um das Recht auf Schutz der personenbezogenen Daten mit der Freiheit der Meinungsäußerung und der Informationsfreiheit in Einklang zu bringen.

Weiteres Ziel dieses Gesetzes ist es, die medienspezifischen datenschutzrechtlichen Bestimmungen im Landesmediengesetz (Artikel 2) und im Landespressegesetz (Artikel 3) an die Vorgaben der Datenschutz-Grundverordnung anzupassen und damit dem in Artikel 85 DSGVO für die Mitgliedstaaten vorgesehenen Regelungsauftrag nachzukommen.

II. Inhalt

1. Gesetz zum Einundzwanzigsten Rundfunkänderungsstaatsvertrag

Mit dem Einundzwanzigsten Rundfunkänderungsstaatsvertrag sollen Änderungen in mehreren rundfunkrechtlichen Staatsverträgen der Länder vorgenommen werden. Schwerpunkte sind die Umsetzung der Verordnung (EU) 2016/679 in den rundfunkrechtlichen Staatsverträgen sowie die Einführung einer Betrauungsnorm im Rundfunkstaatsvertrag, um Kooperationen öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten im Auftragsbereich eine erhöhte Rechtssicherheit zu verschaffen.

2. Änderung des Landesmediengesetzes

Das Recht auf freie Meinungsäußerung und die Informationsfreiheit wird sowohl durch Artikel 11 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union als auch durch Artikel 5 Absatz 1 des Grundgesetzes geschützt. Die Meinungs- und Informationsfreiheit muss indessen mit dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung gemäß Artikel 1 in Verbindung mit Artikel 2 Absatz 1 des Grundgesetzes und dem Recht auf Schutz personenbezogener Daten gemäß Artikel 8 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union und damit dem Datenschutzrecht in Einklang gebracht werden. Diese Verpflichtung trifft nach Artikel 85 DSGVO den nationalen Gesetzgeber und damit für den Rundfunkbereich den Landesgesetzgeber.

In den §§ 49 und 50 des Landesmediengesetzes (LMedienG) befinden sich bereits bislang für private Rundfunkveranstalter sowohl Regelungen zum sogenannten Medienprivileg als auch zur Aufsicht im datenschutzrechtlichen Bereich. Diese müssen an die europarechtlichen Vorgaben angepasst werden.

Bislang fanden bei der Datenverarbeitung zu journalistischen Zwecken durch einen Verweis auf die entsprechenden Normen des Bundesdatenschutzgesetzes im Wesentlichen lediglich Grundsätze der Datensicherheit und des Datengeheimnisses Anwendung. Diese Grundsätze sollen weitergelten, müssen allerdings an die Vorgaben der Datenschutz-Grundverordnung angepasst werden.

Nachdem die Datenschutz-Grundverordnung keine entsprechenden Regelungen zum Datengeheimnis enthält, sollen die Rundfunkveranstalter weiterhin explizit auf das Datengeheimnis verpflichtet werden. Im Hinblick auf die Datensicherheit enthält die Verordnung Regelungen, die für anwendbar erklärt werden können. Wie bisher besteht bei einer Verletzung des Datengeheimnisses oder bei unzureichenden technischen Maßnahmen ein Anspruch auf Schadenersatz nach Artikel 82 DSGVO.

Darüber hinaus soll die in § 49 Absatz 2 Satz 2 LMedienG a. F. bereits enthaltene Verpflichtung, dass im Falle einer Verbreitung einer Gegendarstellung der betroffenen Person, diese Gegendarstellung zu den gespeicherten Daten zu nehmen ist, auf Verpflichtungserklärungen, Beschlüsse oder Urteile über die Unterlassung der Verbreitung oder über den Widerruf des Inhalts der Daten entsprechend den rechtlichen Möglichkeiten einer betroffenen Person ausgeweitet werden.

Die zum Medienprivileg gehörenden, im Verhältnis zur Datenschutzgrundverordnung eingeschränkten Rechte der Betroffenen waren für den privaten Rundfunk bisher in § 47 Absatz 2 des Rundfunkstaatsvertrags enthalten. Diese Vorschrift soll im Hinblick auf eine für den öffentlich-rechtlichen und den privaten Rundfunk im journalistischen Bereich anwendbare, einheitliche Regelung der Betroffenenrechte im Rundfunkstaatsvertrag gestrichen werden. Bis zu einem Inkrafttreten einer einheitlichen Regelung im Rundfunkstaatsvertrag sollen die Betroffenenrechte in § 49 Absatz 4 LMedienG aufgenommen werden.

Das Medienprivileg wird neben bisher bereits erfassten Hilfsunternehmen auf Beteiligungsunternehmen der privaten Rundfunkveranstalter ausgedehnt. Auch diese sollen, soweit sie Daten zu journalistischen Zwecken verarbeiten, von der Privilegierung erfasst sein. Das Medienprivileg ist jedoch insgesamt nur bei der Verarbeitung von Daten zu journalistischen Zwecken anwendbar. Für die Verarbeitung zu anderen Zwecken, z. B. bei Kundendaten, gilt die Privilegierung nicht und die Datenschutz-Grundverordnung findet uneingeschränkt Anwendung.

Sobald eine datenschutzrechtliche Privilegierung („Medienprivileg“), die auch auf private Rundfunkveranstalter Anwendung findet, im Rundfunkstaatsvertrag in Kraft ist, wird die entsprechende Regelung im Landesmediengesetz hinfällig und tritt ihrerseits nicht in Kraft. Der Einundzwanzigste Rundfunkänderungsstaatsvertrag sieht das Medienprivileg in einem neuen § 9 c RStV vor.

Bestimmungen zur datenschutzrechtlichen Aufsicht über private Rundfunkveranstalter sollen wie bisher landesrechtlich geregelt und im Landesmediengesetz festgelegt werden. Dabei soll weitgehend an dem bestehenden System festgehalten werden. Für die Aufsicht über die Verarbeitung sogenannter Verwaltungsdaten, wie zum Beispiel Kundendaten, ist folglich weiterhin der Landesbeauftragte für den Datenschutz zuständige Aufsichtsbehörde (§ 50 Absatz 1). Für die Datenverarbeitung zu journalistischen Zwecken hat jeder Veranstalter wie bisher einen internen Datenschutzbeauftragten zu bestellen, der die Einhaltung der – im journalistischen Bereich begrenzt anwendbaren – Datenschutzvorschriften überwacht (§ 50 Absatz 2). Neu geregelt wird die Zuständigkeit des Vorsitzenden des Vorstands der Landesanstalt für Kommunikation für die Aufsicht bei der Datenverarbeitung zu journalistischen Zwecken (§ 50 Absatz 3).

3. Änderung des Landespressegesetzes

Die Freistellung der Presseunternehmen von den meisten datenschutzrechtlichen Pflichten und deren Überwachung (sog. Medien- bzw. Presseprivileg) für die journalistisch-redaktionellen oder literarischen Zwecken dienende Datenverarbeitung ist in § 12 des Landespressegesetzes (LPresseG) geregelt. Diese Regelung verweist – weitgehend inhaltsgleich wie in anderen Ländern – nur auf einzelne Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes vom 21. August 2002 (BGBl. I S. 3322; zur knappen Gesetzesbegründung vgl. Landtags-Drucksache 13/1550, Seite 14); die übrigen Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes, etwa über das Erfordernis einer Einwilligung des Betroffenen bei einer Datenspeicherung und dessen Rechte und über die Aufsicht durch den Datenschutzbeauftragten, gelten nicht. In den früheren Bundesdatenschutzgesetzen aus den Jahren 1987, 1990 und 1997 war ein im Wesentlichen entsprechendes Medienprivileg bundesgesetzlich geregelt. Europarechtlich ist ein Medienprivileg derzeit in Artikel 9 der Richtlinie 95/46 EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (ABl. L 281 vom 23. November 1995, S. 31) vorgesehen.

Sowohl das bisherige Bundesdatenschutzgesetz als auch die Richtlinie 95/46 EG treten am 24. Mai 2018 außer Kraft. Die bisherige Regelung in § 12 LPresseG mit ihren Bezugnahmen auf das bisherige Bundesdatenschutzgesetz muss deshalb geändert werden. Das am 25. Mai 2018 in Kraft tretende neue Bundesdatenschutzgesetz vom 30. Juni 2017 (BGBl. I S. 2097 – BDSG) enthält aus Kompetenzgründen keine Regelung zum Medienprivileg mehr; der Bundesgesetzgeber ist aber davon ausgegangen, dass die „Landesgesetzgeber das Presseprivileg wie bisher absichern werden“ (Gesetzesbegründung, Bundestags-Drucksache 18/11325, Seite 79).

Grundlage für das Medienprivileg ist ab 25. Mai 2018 die unmittelbar geltende Datenschutz-Grundverordnung. Deren Artikel 85 Absatz 2 ermöglicht für die Verarbeitung personenbezogener Daten für journalistische oder literarische Zwecke ähnlich wie Artikel 9 der Richtlinie 95/46/EG im Interesse der Meinungsfreiheit und der Informationsfreiheit erforderliche Abweichungen oder Ausnahmen von den Kapiteln II bis VII und IX der Verordnung. Erwägungsgrund 153 enthält hierzu nähere Erläuterungen und geht unter anderem in Satz 7 davon aus, dass „Begriffe wie Journalismus ... weit ausgelegt werden“ müssen. Dabei sind die sowohl europarechtlich als auch grundgesetzlich besonders geschützten Rechtspositionen des Rechts auf Schutz personenbezogener Daten einerseits und die Meinungs- bzw. die hiervon umfasste Pressefreiheit andererseits in Einklang zu bringen.

Die in einem freien demokratischen Gemeinwesen grundlegende, keiner staatlichen Kontrolle unterliegende Pressefreiheit wird durch Artikel 11 Absatz 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union und außerdem durch Artikel 10 der Europäischen Menschenrechtskonvention sowie durch Artikel 5 Absatz 1 des Grundgesetzes (GG) besonders geschützt. Auf die besondere Bedeutung des durch Artikel 11 der Grundrechtecharta gewährleisteten Grundrechts der Meinungs- bzw. Pressefreiheit als „eine der wesentlichen Grundlagen einer demokratischen und pluralistischen Gesellschaft“, die nur soweit erforderlich eingeschränkt werden dürfe, hat der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) mehrfach hingewiesen (Urteil der Großen Kammer vom 21. Dezember 2016 Rs. C-203/15 u. a. m. w. N.; zur Pressefreiheit vgl. Urteil vom 12. September 2007 Rs. T-36/04).

Der Schutzbereich der Pressefreiheit ist grundsätzlich weit und reicht von der Informationsbeschaffung über die Informationsbearbeitung bis hin zur Informationsverbreitung. Die Presse ist bei Erfüllung ihrer verfassungsrechtlich verbürgten Aufgabe bei der öffentlichen und individuellen Meinungsbildung zwingend auf die Verwendung personenbezogener Daten angewiesen. Journalistische Arbeit, vor allem auch eine verdeckte Recherche im Rahmen eines investigativen Journalismus, wäre ohne die Möglichkeit, personenbezogene Daten auch ohne

Einwilligung der betroffenen Personen zu erheben, zu speichern und zu nutzen, nicht möglich. Entsprechendes gilt, wenn den betroffenen Personen konkrete Auskunft- und daraus folgende Berichtigungsansprüche zu nicht veröffentlichten redaktionellen Daten eingeräumt würden. Einflüsse von außen auf diese Daten vor allem im Vorfeld der Berichterstattung müssen deshalb weitestmöglich von vornherein vermieden werden. Das Medienprivileg soll verhindern, dass der Datenschutz freier journalistischer Tätigkeit entgegensteht. Geschützt werden hierdurch nicht nur die Journalisten, sondern auch Informanten und sonstige Betroffene. Erfasst wird insbesondere auch der Schutz der Quellen der Journalisten und die Speicherung und sonstige Verarbeitung personenbezogener Daten, etwa in Redaktions- oder Nachrichtenarchiven.

Nähere Rechtsprechung des EuGH zum Medienprivileg oder zu vergleichbaren Sachverhalten und zum besonderen Schutz journalistisch-redaktionellen Zwecken dienender Daten liegt – soweit ersichtlich – bisher nicht vor. In dem Urteil des EuGH vom 16. Dezember 2008 (Rs. C-73/07) wird ausgeführt, die Abwägung zwischen dem Schutz der Privatsphäre und der Meinungsäußerungsfreiheit sei Sache der Mitgliedstaaten, nähere Ausführungen zur konkreten Abwägung enthält das Urteil aber nicht. In einer früheren Entscheidung hat der EuGH den Mitgliedstaaten einen weiten Abwägungsspielraum eingeräumt (Urteil vom 6. November 2003 Rs. C-101/01).

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat in seiner Rechtsprechung mehrfach die grundlegende Bedeutung und das große Gewicht der Pressefreiheit für eine demokratische Gesellschaft, die unentbehrliche Rolle der Presse als „Wachhund“ und die staatliche Verpflichtung, die Pressefreiheit zu gewährleisten und zu erhalten, betont und insbesondere auch den Quellenschutz als Eckstein der Pressefreiheit bezeichnet, ohne den Informanten davon abgehalten werden könnten, der Presse bei der Unterrichtung der Öffentlichkeit über Fragen öffentlichen Interesses zu helfen (z. B. EGMR, Urteile vom 29. Juni 2012, NJW 2013, 3709, vom 19. Januar 2016, NJW 2017, 1533 und vom 21. Januar 2016, NJW 2017, 795 je m. w. N.).

Auch das Bundesverfassungsgericht (BVerfG) hat in ständiger Rechtsprechung eine freie, nicht von der öffentlichen Gewalt gelenkte, vom Staat unabhängige, keiner Zensur unterworfen freie Presse als Wesenselement des freiheitlichen Staates und als für die moderne Demokratie unentbehrlich angesehen; es hat mehrfach festgestellt, dass auch die Geheimhaltung der Informationsquellen und das Vertrauensverhältnis zwischen Presse und Informanten grundgesetzlich geschützt und dieser Schutz unentbehrlich ist (BVerfGE 117, 244, 258 f. m. w. N.). Dementsprechend ist auch das Bundesverwaltungsgericht (BVerwG) zu dem die Presse von der Einhaltung von Datenschutzvorschriften weitgehend freistellenden Medienprivileg davon ausgegangen, dass ohne eine Datenverarbeitung auch ohne Einwilligung der Betroffenen journalistische Arbeit nicht möglich wäre (BVerwG, Beschluss vom 29. Oktober 2015 – 1 B 32/15).

Der Umfang des Medienprivilegs beruht auf einer Abwägung mit den Persönlichkeitsrechten der Betroffenen und dem daraus abgeleiteten Schutz ihrer persönlichen Daten. Dieser Schutz wird europarechtlich durch Artikel 8 der EU-Grundrechtecharta sowie durch Artikel 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention und grundgesetzlich durch Artikel 2 Absatz 1 i. V. m. Artikel 1 Absatz 1 GG gewährleistet.

Dem hiernach gebotenen Datenschutz auch im Tätigkeitsbereich der Presse dienen die bisher in § 12 LPresseG in Bezug genommenen Regelungen des Bundesdatenschutzgesetzes über das Datengeheimnis, die erforderlichen technischen und organisatorischen Maßnahmen und den bei Verletzung dieser Pflichten zu gewährenden Schadensersatz. Die entsprechenden Verpflichtungen sollen auch zukünftig unverändert weiter gelten.

Hinsichtlich der sonstigen datenschutzrechtlichen Pflichten, der Betroffenenrechte und der Zuständigkeit einer staatlichen Aufsichtsbehörde sind der Bundesge-

setzgeber und die Landesgesetzgeber von einem Vorrang der Interessen der Presse ausgegangen (ähnlich auch im Rundfunkbereich, für den traditionell aber, anders als im Pressebereich, begrenzte Aufsichtsbefugnisse bestehen). Mit dieser Abwägungsentscheidung haben § 12 LPresseG und die entsprechenden Regelungen der anderen Bundesländer an die – auch heute noch – geltende Privilegierung der Medien in Artikel 9 der Richtlinie 95/46 EG angeknüpft und diese in europarechtskonformer Weise umgesetzt.

Durch die Neufassung des § 12 LPresseG soll dieses grundlegende Presseprivileg auch nach Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung beibehalten werden. Grundlage hierfür ist die in Artikel 85 Absatz 2 DSGVO enthaltene und bereits oben angesprochene Ausnahmemöglichkeit für die Kapitel, die die allgemeinen Grundsätze (Kapitel II), die Rechte der betroffenen Personen (Kapitel III), den Verantwortlichen und den Auftragsverarbeiter (Kapitel IV), die Übermittlung personenbezogener Daten an bestimmte Dritte (Kapitel V), die unabhängigen Aufsichtsbehörden (Kapitel VI), die Zusammenarbeit und Kohärenz (Kapitel VII) und besondere Verarbeitungssituationen (Kapitel IX) regeln.

Ähnlich wie Artikel 9 der Richtlinie 95/46 EG erfordert auch Artikel 85 Absatz 2 DSGVO eine Abwägung zwischen den Persönlichkeitsrechten der Betroffenen und den Erfordernissen der Pressefreiheit, bei der nach Erwägungsgrund 153 im Hinblick auf die Bedeutung des Rechts der freien Meinungsäußerung bzw. der Pressefreiheit in einer demokratischen Gesellschaft „Begriffe wie Journalismus, die sich auf diese Freiheit beziehen, weit ausgelegt werden“ müssen. Für die Abwägung sind weiterhin die zur Rechtfertigung des bisherigen Presseprivilegs herangezogenen, oben angeführten Gründe maßgeblich. Der Erwägungsgrund spricht ausdrücklich auch die Möglichkeit unterschiedlicher Regelungen in den einzelnen Mitgliedstaaten an und geht damit offenkundig davon aus, dass diesen bei der Umsetzung von Artikel 85 DSGVO ein Abwägungsspielraum zusteht (so grundsätzlich auch EuGH, Urteil vom 6. November 2003 Rs. C-101/01). Angesichts dieses Spielraums und des im Vergleich zur Richtlinie 95/46 EG eher „medienfreundlicheren“ Wortlautes ist nicht davon auszugehen, dass Artikel 85 DSGVO die nationalen Gesetzgeber zu strengeren Regelungen als bisher bei der Verarbeitung journalistischer oder literarischer personenbezogener Daten durch Presseunternehmen verpflichtet, sodass keine weitergehenden Schutzvorschriften zugunsten der von der Datenverarbeitung Betroffenen erforderlich sind. Dementsprechend kann und soll der bisherige Umfang des Presseprivilegs im Wesentlichen beibehalten und soll seine gesetzliche Ausgestaltung in § 12 LPresseG den ab 25. Mai 2018 geltenden europa- bzw. bundesrechtlichen Vorschriften angepasst werden.

III. Alternativen

Keine.

Die Datenschutz-Grundverordnung ist ab 25. Mai 2018 unmittelbar geltendes Recht. Die Verordnung gibt den Mitgliedstaaten in Artikel 85 auf, das Recht auf den Schutz personenbezogener Daten mit dem Recht auf freie Meinungsäußerung durch Rechtsvorschriften in Einklang zu bringen. Diese Rechtsvorschriften müssen bis zum 25. Mai 2018 in Kraft sein, um den gebotenen Schutz von Rundfunk- und Pressefreiheit zu gewährleisten.

Das Medienprivileg, das bisher in verschiedenen Gesetzen, so auch in § 49 LMedienG und § 12 LPresseG geregelt ist, soll für den Rundfunk zukünftig einheitlich im Rundfunkstaatsvertrag geregelt werden. Bis zu einem Inkrafttreten des Einundzwanzigsten Rundfunkänderungsstaatsvertrags soll das Medienprivileg für private Rundfunkveranstalter weiterhin in § 49 LMedienG vorgesehen werden, sich in seinen Formulierungen jedoch eng an den künftigen § 9 c Rundfunkstaatsvertrag anlehnen. Bei Inkrafttreten des Einundzwanzigsten Rundfunkänderungsstaatsvertrags entfällt das im Landesmediengesetz vorgesehene Medienprivileg für den privaten Rundfunk.

IV. Finanzielle Auswirkungen

Für den Landeshaushalt ergeben sich durch den vorliegenden Gesetzentwurf keine finanziellen Auswirkungen.

Für die Landesanstalt für Kommunikation, deren Vorsitzenden des Vorstands der Gesetzentwurf als datenschutzrechtliche Aufsichtsstelle über private Rundfunkveranstalter im journalistischen Bereich vorsieht, entsteht durch diese Aufgabenzuweisung Mehraufwand für die Wahrnehmung der Aufsichtsfunktion. Dieser Mehraufwand, der beispielsweise auch durch den Aufbau einschlägigen Fachwissens bedingt ist, lässt sich im Einzelnen nicht beziffern. Da praktisch relevante datenschutzrechtliche Verstöße im Bereich der Datenverarbeitung zu journalistischen Zwecken nicht bekannt sind, dürften sich der Aufgabenanfall und damit die finanziellen Auswirkungen für die Landesanstalt insgesamt sehr in Grenzen halten.

Für private Rundfunkveranstalter ergeben sich aus der Anwendung dieses Gesetzes keine wesentlichen zusätzlichen Kosten. Unwesentliche Mehrkosten können im Rundfunkbereich etwa durch die Verpflichtung entstehen, im Falle einer Beschwerde dem Vorsitzenden des Vorstands der Landesanstalt Auskunft zu dem entsprechenden Sachverhalt zu erteilen. Etwaige sonst verursachte Mehrkosten entstehen nicht durch dieses Gesetz sondern durch die Datenschutz-Grundverordnung.

Die im Einundzwanzigsten Rundfunkänderungsstaatsvertrag vorgesehene Betrauungsnorm soll unter anderem dem Ziel der Beitragsstabilität dienen, was letztendlich Privatpersonen und Unternehmen zugutekommt. Erhebliche Auswirkungen auf die Wirtschaftsordnung oder private Unternehmen sind von der Regelung nach derzeitigem Stand jedoch nicht zu erwarten. Rechtlich soll durch die vorgeschlagene Änderung keine wesentliche Erweiterung der Marktstellung durchgesetzt werden. Auch der Streit um Kabeleinspeiseentgelte soll mit der Norm nicht geregelt werden.

B. Einzelbegründung

Zu Artikel 1 – Gesetz zum Einundzwanzigsten Rundfunkänderungsstaatsvertrag

Zur Umsetzung in Landesrecht bedarf der von den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder unterzeichnete Einundzwanzigste Rundfunkänderungsstaatsvertrag gemäß Artikel 50 Satz 2 der Landesverfassung der Zustimmung des Landtags. Mit dem Einundzwanzigsten Rundfunkänderungsstaatsvertrag erfolgen im Wesentlichen im Rundfunkstaatsvertrag, im Rundfunkbeitragsstaatsvertrag, im ZDF-Staatsvertrag und im Deutschlandradio-Staatsvertrag Anpassungen im Hinblick auf die am 25. Mai 2016 in Kraft getretene Verordnung (EU) 2016/679. Darüber hinaus wird durch Artikel 1 im Rundfunkstaatsvertrag eine Betrauungsnorm im Sinne des Artikels 106 Absatz 2 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union geschaffen. Die Regelung stellt klar, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten neben ihrer schon bisherigen Betrauung mit der Herstellung und Verbreitung ihrer Angebote auch damit betraut sind, dabei miteinander zu kooperieren.

Zu Artikel 2 – Änderung des Landesmediengesetzes

Zu Nummer 1

Zu Absatz 1

Wie bisher soll in Absatz 1 festgelegt werden, dass für den Bereich des privaten Rundfunks die medienspezifischen datenschutzrechtlichen Bestimmungen des Rundfunkstaatsvertrags beziehungsweise des Landesmediengesetzes vor den allgemeinen datenschutzrechtlichen Bestimmungen Anwendung finden.

Zu Absatz 2

Für die Verarbeitung personenbezogener Daten zu journalistischen Zwecken gelten aufgrund der auch durch Artikel 85 DSGVO gewährleisteten Rundfunkfreiheit nur bestimmte Artikel der Datenschutz-Grundverordnung (sogenanntes Medienprivileg).

Dabei ist weiterhin eine Verpflichtung auf das Datengeheimnis erforderlich, das in § 49 Absatz 2 Satz 1 legaldefiniert wird. Die Definition orientiert sich am bisherigen § 5 des Bundesdatenschutzgesetzes. Daneben werden die die Datensicherheit betreffenden Artikel der Datenschutz-Grundverordnung für anwendbar erklärt, um ein der aktuellen Rechtslage entsprechendes Schutzniveau für betroffene Personen zu gewährleisten und gleichzeitig der Rundfunkfreiheit Rechnung zu tragen.

Die Anwendbarkeit des Artikels 5 Absatz 1 Buchstabe f DSGVO soll die Verpflichtung auf die Wahrung der Datensicherheit umsetzen. Es wird vorausgesetzt, dass für die Wahrung der Datensicherheit, ebenso wie des Datengeheimnisses der „Verantwortliche“ im Sinne des Artikel 4 Nummer 7 der Verordnung einzustehen hat. Im Hinblick auf die Verantwortlichkeit für die Datensicherheit wird daher klarstellend „i. V. m. Abs. 2“ ergänzt.

Der Verweis auf Artikel 24 bestimmt die Pflichten des für die Verarbeitung Verantwortlichen. Dabei wird klargestellt, dass über die Formulierung „dass die Verarbeitung gemäß dieser Verordnung erfolgt“ nicht „durch die Hintertür“ der gesamte Pflichtenkanon der Verordnung Anwendung finden soll. Vielmehr handelt es sich um einen Rückverweis auf das geltende System unter Berücksichtigung der im Hinblick auf Artikel 85 geschaffenen Ausnahmen. Zu berücksichtigen sind dabei insbesondere die Zwecke der Verarbeitung, was auch die journalistischen Zwecke berücksichtigungsfähig macht.

Der Verweis auf Artikel 32 konkretisiert die an die Datensicherheit zu stellenden Anforderungen. Dabei stellt insbesondere Absatz 1 Buchstabe a (Pseudonymisierung) nur eine mögliche Maßnahme dar, die bei der Abwägung gemäß des Halbsatzes 1 darauf zu prüfen ist, inwieweit sie dazu beiträgt, den Verarbeitungsprozess an die normativen Sicherheitsziele anzupassen, ohne die „Zwecke der Verarbeitung“ zu gefährden. Mit Blick auf die Funktionstüchtigkeit der Redaktionsarchive ist daher eine Pseudonymisierung aller Daten nicht zwingend.

Die Formulierung „personenbezogene Daten zu journalistischen Zwecken verarbeiten“ entspricht dem Gesetzgebungsauftrag des Artikels 85 DSGVO. Soweit bisher in § 49 Absatz 2 Satz 1 LMedienG a. F. eine Verarbeitung „ausschließlich zu eigenen journalistisch-redaktionellen“ Zwecken vorausgesetzt war, soll die Einschränkung auf „redaktionelle“ Zwecke im Hinblick auf den Wortlaut des Artikel 85 DSGVO und des Erwägungsgrundes 153, wonach der Begriff „journalistisch“ weit auszulegen ist, nicht übernommen werden. Die Voraussetzung „ausschließlich zu eigenen“ entfällt ebenfalls im Hinblick auf den Wortlaut der Datenschutz-Grundverordnung. Zudem sollen Kooperationen mit anderen journalis-

tischen Einheiten, die in der Praxis zunehmend an Bedeutung gewinnen (z. B. Rechercheverbände), ebenfalls dem Medienprivileg unterfallen.

Von der datenschutzrechtlichen Privilegierung werden aufgrund der verfassungsrechtlich vorgegebenen Reichweite der Rundfunkfreiheit von den Vorarbeiten (insbesondere der Beschaffung der Information) über die Verarbeitung bis zur Veröffentlichung (auch in digitalen Archiven) alle damit zusammenhängenden Tätigkeiten erfasst und nicht erst die Gestaltung der Angebote (vgl. die ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, etwa BVerfG, Beschluss vom 1. Oktober 1987, Az. 2 BvR 1434/86, zitiert nach juris).

Bei der Verarbeitung personenbezogener Daten zu nicht journalistischen Zwecken findet die Datenschutz-Grundverordnung uneingeschränkt Anwendung. Bei der ausschließlichen Verarbeitung sogenannter Verwaltungsdaten ist eine Ausnahme nach Artikel 85 DSGVO zum Schutz der Freiheit der Meinungsäußerung und der Informationsfreiheit nicht erforderlich beziehungsweise nach der Datenschutz-Grundverordnung nicht zulässig.

In Absatz 2 Satz 5 wird wie bisher im Sinne allgemeiner schadensrechtlicher Prinzipien klargestellt, dass private Rundfunkveranstalter im journalistischen Bereich nur für eine Verletzung der dort für anwendbar erklärten Vorschriften, im Ergebnis für eine Verletzung des Datengeheimnisses oder der zitierten Vorschriften der Datensicherheit, haften.

Im § 49 Absatz 2 Satz 1 LMedienG a. F. ist bisher ausgeführt, dass das Medienprivileg auch für „Hilfsunternehmen“ des Rundfunks gilt. Mit der Erweiterung auf „Beteiligungsunternehmen“ in Satz 6 soll nunmehr klargestellt werden, dass auch Unternehmen, an denen private Rundfunkveranstalter selbst beteiligt sind, soweit sie personenbezogene Daten zu journalistischen Zwecken verarbeiten, dem Medienprivileg unterfallen. Daneben werden weiterhin Hilfsunternehmen erfasst, die als unabhängige Unternehmen für private Rundfunkveranstalter journalistische Aufgaben wahrnehmen.

Satz 7 betrifft keine Verhaltenskodizes im Sinne des Artikels 40 f. DSGVO, insbesondere finden deren strenge Mechanismen für private Rundfunkveranstalter im journalistischen Bereich keine Anwendung.

Zu Absatz 3

In Absatz 3 soll wie bislang geregelt werden, dass für den Fall der Verbreitung von Gegendarstellungen diese zusammen mit den Ursprungsdaten aufzubewahren sind. Die Regelung wird auf Verpflichtungserklärungen, Beschlüsse oder Urteile über die Unterlassung der Verbreitung oder über den Widerruf des Inhalts der Daten entsprechend den rechtlichen Möglichkeiten einer betroffenen Person ausgeweitet und an die im Einundzwanzigsten Rundfunkänderungsstaatsvertrag vorgesehenen Regelungen zum Rundfunkstaatsvertrag angepasst. Neben der Aufbewahrungspflicht ist nunmehr auch festgehalten, dass im Falle einer Übermittlung der Ursprungsdaten auch die hierzu aufbewahrten Daten mit zu übermitteln sind.

Zu Absatz 4

Die Rechte der betroffenen Personen sind im Bereich des privaten Rundfunks bisher in § 47 Absatz 2 des Rundfunkstaatsvertrags geregelt. Diese Regelungen sollen inhaltlich weitgehend erhalten bleiben und nur in Einzelheiten an die im Einundzwanzigsten Rundfunkänderungsstaatsvertrag vorgesehenen, einheitlichen Regelungen für den öffentlich-rechtlichen und den privaten Rundfunk angepasst werden. Dabei werden die in der Datenschutz-Grundverordnung enthaltenen Betroffenenrechte bei der Verarbeitung personenbezogener Daten zu journalistischen Zwecken eingeschränkt.

Sinn und Zweck der Norm ist insbesondere der Schutz der Informanten. Die Geheimhaltung der Informationsquellen und der Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen den Medien und den Informanten ist ebenso unabdingbare Voraussetzung für die Aufgabenerfüllung des privaten Rundfunks wie auch die Vertraulichkeit der Redaktionsarbeit (vgl. hierzu die ständige Rechtsprechung des BVerfG, etwa Urteil vom 27. Februar 2007, Az. 1 BvR 538/06, 1 BvR 2045/06, zitiert nach juris).

Art. 5 Absatz 1 Satz 2 GG umfasst den Schutz vor dem Eindringen des Staates in die Vertraulichkeit der Redaktionsarbeit sowie in die Vertrauenssphäre zwischen den Medien und ihren Informanten. Die Freiheit der Medien ist konstituierend für die freiheitliche demokratische Grundordnung. Geschützt sind namentlich die Geheimhaltung der Informationsquellen und das Vertrauensverhältnis zwischen Rundfunk und den Informanten. Dieser Schutz ist unentbehrlich, weil die Medien auf private Mitteilungen nicht verzichten können, diese Informationsquelle aber nur dann ergiebig fließt, wenn sich der Informant grundsätzlich auf die Wahrung des Redaktionsgeheimnisses verlassen kann (so ausdrücklich für die Presse BVerfG; Kammerbeschluss vom 13. Juli 2015, Az. 1 BvR 2480/13, juris Rn. 16 m. w. N. – ständige Rechtsprechung).

Zu Nummer 2

Zu Absatz 1

Zuständige Aufsichtsbehörde für die Überwachung der Einhaltung der Datenschutzbestimmungen im Bereich sogenannter Verwaltungsdaten (z. B. Kundendaten, Mitarbeiterdaten) ist weiterhin der Landesbeauftragte für den Datenschutz. Das Wort „ausschließlich“ wird gestrichen, um sicherzustellen, dass auch im Bereich sogenannter „Mischdatenverarbeitung“, mithin einer Datenverarbeitung sowohl zu journalistischen Zwecken als auch zu Verwaltungszwecken, wie sie zum Beispiel bei der Spesen- oder Reisekostenabrechnung von Recherchetätigkeiten vorkommen kann, eine Zuständigkeit des staatsfernen Vorsitzenden des Vorstands der Landesanstalt besteht.

Der bisherige Absatz 2 Satz 2 wird zu Absatz 1 Satz 2.

Der bisherige Absatz 2 Satz 1 kann im Hinblick auf die bereits in der Datenschutz-Grundverordnung und im Landesdatenschutzgesetz festgelegten Aufgaben und Befugnisse des Landesbeauftragten für den Datenschutz entfallen.

Zu Absatz 2

Die Regelung entspricht dem bisherigen Absatz 3. Wie bisher hat der Veranstalter einen internen Datenschutzbeauftragten zu benennen, der bei der Datenverarbeitung zu journalistischen Zwecken die Einhaltung der in diesem Bereich anwendbaren Vorschriften überwacht. Seine Stellung und seine Aufgaben richten sich nach Artikel 38 und 39 DSGVO, die jedoch nur entsprechende Anwendung finden. Besonderheiten der Datenverarbeitung zu journalistischen Zwecken sind auch hier zu beachten. Entsprechend Artikel 37 Absatz 7 der Verordnung sind die Kontaktdaten des internen Datenschutzbeauftragten zu veröffentlichen und der Landesanstalt mitzuteilen. Im Gesetzestext ist zudem klarstellend aufgenommen, dass die allgemeinen Bestimmungen zum Datenschutzbeauftragten im nicht journalistischen Bereich von dieser Regelung unberührt bleiben, dort also zum Beispiel die Regelungen der Datenschutz-Grundverordnung unmittelbar und direkt Anwendung finden.

Zu Absatz 3

Um für die betroffenen Personen ein für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in Baden-Württemberg vorgesehenes entsprechendes Schutzniveau, insbesondere ein Beschwerderecht nach Artikel 77 DSGVO zu einer unabhängigen, staatsfernen Stelle, zu schaffen, wird die Aufsicht über die Einhaltung der Datenschutzbestimmungen bei der Datenverarbeitung zu eigenen journalistischen Zwecken nunmehr neu vom Vorsitzenden des Vorstands der Landesanstalt für Kommunikation wahrgenommen.

Die Landesanstalt für Kommunikation übt bereits bisher als unabhängige und staatsferne Anstalt des öffentlichen Rechts nach § 30 LMedienG die Aufsicht über die privaten Rundfunkveranstalter aus. Nunmehr wird diese Funktion auf die Aufsicht über die Einhaltung datenschutzrechtlicher Bestimmungen bei der Datenverarbeitung zu journalistischen Zwecken ausgedehnt.

Kapitel VI und VII der Datenschutz-Grundverordnung werden dabei ausgeschlossen. Dies ist nach Artikel 85 Absatz 2 DSGVO zulässig, da ausschließlich der journalistische Bereich betroffen ist. Dies ist unter Berücksichtigung des Rechts der Betroffenen auf den Schutz personenbezogener Daten sowie das Recht auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit auch erforderlich.

Ein der Datenschutz-Grundverordnung entsprechendes Unabhängigkeitsniveau ist bereits durch die bisherige Ausgestaltung des Amtes des Vorsitzenden des Vorstands der Landesanstalt gewährleistet. So enthält § 34 LMedienG Rechtsvorschriften für die Qualifikation des Vorsitzenden des Vorstands (Absatz 2), legt fest, dass er an Aufträge und Weisungen nicht gebunden ist (Absatz 3), regelt Vorschriften zu Inkompatibilitäten (Absatz 4) und zu Dauer und Ende der Amtszeit (Absatz 5 und 6). Darüber hinaus sind in § 36 LMedienG entsprechende Vorschriften zu Wahl und Abberufung enthalten. Der Vorsitzende des Vorstands wird vom Landtag mit einer Mehrheit von zwei Dritteln seiner Mitglieder gewählt.

Zur weiteren Sicherung der Unabhängigkeit des Vorsitzenden des Vorstands der Landesanstalt wird in Satz 6 festgelegt, dass für die Wahrnehmung seiner Aufsichtsfunktion im datenschutzrechtlichen Bereich Dienst- und Rechtsaufsicht ausgeschlossen sind.

Der Vorsitzende des Vorstands der Landesanstalt überwacht die Einhaltung der anwendbaren Datenschutzvorschriften im Rahmen des Medienprivilegs, im Wesentlichen mithin Datensicherheit und Datengeheimnis. Er ist zudem Beschwerdestelle im Sinne des Artikels 77 DSGVO.

Seine Befugnisse richten sich nach den bereits im Rahmen der sonstigen Aufsicht bestehenden Vorschriften der §§ 31 und 32 Absatz 1 entsprechend. Danach hat der Vorsitzende des Vorstands Auskunfts- und Vorlagerechte und kann die Maßnahmen treffen, die ihm nach pflichtgemäßem Ermessen erforderlich erscheinen. Auch hier sind Besonderheiten, die sich im journalistischen Bereich ergeben, zu beachten. Zur Sicherstellung der Rechte der Rundfunkveranstalter wird klargestellt, dass bei der Ausübung des pflichtgemäßen Ermessens insbesondere Artikel 5 Absatz 1 GG, aus dem etwa auch die Beachtung eines besonderen Informanten- und Quellenschutzes sowie der Schutz des Redaktionsgeheimnisses folgen, zu wahren ist.

Zu Nummer 3

Zu Buchstabe a

In § 51 Absatz 1, der bestimmt, wann ein Veranstalter oder verantwortlicher Redakteur ordnungswidrig handelt, werden die Verweise auf datenschutzrechtliche Verstöße gestrichen. § 49 Absatz 1 Satz 1 Ziffern 23 bis 28 des Rundfunkstaats-

vertrages sollen mit dem Einundzwanzigsten Rundfunkänderungsstaatsvertrag gestrichen werden. Der Verweis würde somit ins Leere laufen. Für Verstöße gegen datenschutzrechtliche Vorschriften gilt Artikel 83 DSGVO.

Zu Buchstabe b

Auch hier muss der Verweis auf die für eine Streichung vorgesehenen Vorschriften des Rundfunkstaatsvertrags gestrichen werden. Artikel 83 DSGVO bestimmt bereits die Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde bei Verstößen gegen die Datenschutz-Grundverordnung. Klarstellend wird aufgenommen, dass diese Kompetenz im Rahmen seiner Zuständigkeit nach § 50 Absatz 1 durch den Landesbeauftragten für den Datenschutz wahrgenommen wird.

Zu Artikel 3 – Änderung des Landespressegesetzes

Zu Absatz 1

Das Presseprivileg soll nach dem Entwurf für die Datenverarbeitung zu journalistischen oder literarischen Zwecken gelten. Damit wird der Wortlaut des insoweit im Vergleich zu Artikel 9 der Richtlinie 95/46/EG weiter gefassten Artikels 85 DSGVO aufgegriffen. Die bisherige Einschränkung „ausschließlich zu eigenen journalistisch-redaktionellen“ Zwecken wird deshalb aufgegeben. Dadurch wird auch sichergestellt, dass journalistische Recherchen für andere Presseunternehmen (z. B. Rechercheverbände) miterfasst werden. Soweit entsprechende journalistische oder literarische Tätigkeiten von Einzelpersonen ohne unmittelbare Anbindung an ein Presseunternehmen ausgeübt werden, sollen auch diese in verfassungskonformer und dem Erwägungsgrund 153 entsprechend weiter Auslegung als „Ein-Mann-Unternehmen“ von dem Presseprivileg erfasst sein.

Durch Absatz 1 soll das Datengeheimnis mit dem Verbot, die Daten zu anderen als journalistischen oder literarischen Zwecken zu verwenden, im bisherigen Umfang sichergestellt werden. Diese strikte Zweckbindung bleibt vom Medienprivileg unberührt und stellt ein wesentliches Element für den Schutz der Personen, deren Daten in diesem ansonsten privilegierten Bereich gespeichert werden, dar. Eine Zweckbindung ist grundsätzlich auch in Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe b DSGVO vorgesehen. Das Datengeheimnis ist bisher in § 5 BDSG geregelt und wird ab 25. Mai 2018 in § 53 BDSG n. F. geregelt sein; da diese Regelung aber nicht für den Pressebereich gelten wird, soll die ansonsten entstehende Lücke durch eine entsprechende landesrechtliche Regelung geschlossen werden. Diese enthält wie bisher auch eine Verpflichtung auf das Datengeheimnis (Satz 2) und dessen Fortgeltung nach Beendigung der Tätigkeit (Satz 3). Bei einer Verletzung des Datengeheimnisses kann ein Betroffener aufgrund der ausdrücklichen Verweisung auf § 83 BDSG n. F. Schadensersatz und Entschädigung verlangen.

Zu Absatz 2

Absatz 2 Satz 1 des Entwurfs enthält die grundlegende Regelung des Presseprivilegs. Durch sie wird festgelegt, welche Artikel der Datenschutz-Grundverordnung aus den Kapiteln II bis VII und IX, für die nach Artikel 85 Absatz 2 DSGVO Ausnahmen möglich sind, für die journalistischen oder literarischen Zwecken dienende Datenverarbeitung gelten. Die nicht konkret angeführten Artikel dieser Kapitel gelten nicht, insoweit wird die Pressefreiheit gegenüber dem Schutz der Persönlichkeitsrechte als vorrangig bewertet. Entsprechendes gilt für das Bundesdatenschutzgesetz vom 30. Juni 2017, von dem *nur* § 83 mit der in Absatz 2 Satz 2 geregelten Maßgabe gelten soll.

Durch die Geltung des Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe f DSGVO werden die Presseunternehmen und deren Hilfsunternehmen auch bei der Datenverarbeitung für

journalistische oder literarische Zwecke verpflichtet, durch geeignete technische und organisatorische Maßnahmen eine angemessene Sicherheit der personenbezogenen Daten zu gewährleisten; hierdurch soll vor allem deren unbefugte Verarbeitung vermieden sowie deren Integrität und Vertraulichkeit gesichert werden. Wie diese Verpflichtung im Einzelfall erfüllt wird, liegt in der Verantwortung des jeweiligen Presseunternehmens. Durch die ergänzende Verweisung auf Artikel 24 DSGVO werden die besondere Verantwortung und die Pflichten der für die Datenverarbeitung verantwortlichen Person konkretisiert. Artikel 32 DSGVO enthält zusätzliche Regelungen zur Sicherheit der Verarbeitung, wobei die Aufzählung in Absatz 1 Halbsatz 2 nur die „unter anderem“ geeigneten Maßnahmen anführt, die Datensicherheit gewährleisten können; dies führt nicht dazu, dass immer alle Maßnahmen ergriffen werden müssen, sodass vor allem eine Pseudonymisierung und Verschlüsselung zu journalistischen oder literarischen Zwecken verarbeiteter Daten angesichts deren besonderer Zweckrichtung regelmäßig nicht erforderlich sein wird. Werden diese Verpflichtungen nicht ausreichend erfüllt und entsteht hierdurch ein Schaden, kann ein Betroffener nach Artikel 82 DSGVO von dem Verantwortlichen (vgl. Artikel 4 Nummer 7 DSGVO) Schadensersatz verlangen.

Der durch Artikel 85 Absatz 2 DSGVO grundsätzlich eröffnete Ausschluss der in Absatz 2 Satz 1 des Entwurfs nicht genannten Artikel der Kapitel II bis VII und IX DSGVO entspricht im Wesentlichen dem bisherigen Umfang des Medienprivilegs im Pressebereich, insbesondere hinsichtlich der bei Recherche und Vorbereitung von Publikationen unverzichtbaren Befugnis zur Verarbeitung personenbezogener Daten zu journalistischen oder literarischen Zwecken auch ohne Einwilligung des Betroffenen, des Ausschlusses von Auskunfts- und Berichtigungsansprüchen Betroffener und des Fehlens einer staatlichen datenschutzrechtlichen Aufsicht. Der Ausschluss ist bisher und auch zukünftig aufgrund der im Allgemeinen Teil näher dargestellten besonderen, auch in § 3 LPresseG hervorgehobenen Bedeutung einer freien, keiner staatlichen Kontrolle unterworfenen Presse in einem demokratischen System und deren unerlässlicher Kontrollaufgabe („Wächteramt“) geboten und gerechtfertigt.

Der aufgrund von Artikel 8 der EU-Grundrechtecharta sowie durch Artikel 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention und grundgesetzlich durch Artikel 2 Absatz 1 i. V. m. Artikel 1 Absatz 1 GG gebotene Schutz der persönlichen Daten der von der Datenverarbeitung betroffenen Personen wird durch den Ausschluss nicht in unverhältnismäßiger, unzumutbarer Weise beeinträchtigt. Die Einschränkung betrifft nur zu journalistischen oder literarischen Zwecken (intern) verarbeitete Daten, die vor ihrer Veröffentlichung keine für die Betroffenen unmittelbar belastende Außenwirkung entfalten. Auch für diese Daten muss eine angemessene Datensicherheit gewährleistet sein und gilt eine strikte Zweckbindung. Sowohl die Datensicherheit als auch das Datengeheimnis sind bei ihrer Verletzung durch eine Schadensersatzpflicht sowie etwaige Unterlassungsansprüche abgesichert. Die Datenverarbeitung zu anderen Zwecken, etwa bei Daten zu Beschäftigten, Abonnenten, Anzeigenkunden oder Vertriebspartnern, wird von dem Privileg nicht erfasst. Soweit personenbezogene Daten zu journalistischen oder literarischen Zwecken nicht nur intern verarbeitet, sondern tatsächlich veröffentlicht werden, greifen zur Sicherung der Persönlichkeitsrechte – soweit die tatbestandlichen Voraussetzungen erfüllt sind – die bestehenden Ansprüche auf Gegendarstellung, Unterlassung, Berichtigung oder Schadensersatz, die gerichtlich durchgesetzt werden können. Insgesamt sind damit angemessene und wirksame gerichtliche Rechtsbehelfe, auch im Hinblick auf Artikel 79 DSGVO, gewährleistet.

Neben diesen Rechten gibt es als bewährte, pressenspezifische Besonderheit die freiwillige Selbstkontrolle anhand der Publizistischen Grundsätze (Pressekodex) des Deutschen Presserates, der sich zwar nicht alle, aber die ganz überwiegende Mehrzahl der Presseunternehmen durch eine Selbstverpflichtung unterworfen haben. Danach hat jedermann die Möglichkeit, sich in einem einfachen, kostenlosen Verfahren gegen journalistische Inhalte von Printmedien beim Deutschen Presserat zu beschweren, wobei der Presserat verschiedene Sanktionsmöglichkeiten bis

hin zu einer öffentlichen Rüge mit Abdruckverpflichtung hat. Hieraus ergibt sich ein über die gesetzlichen Ansprüche hinausgehender zusätzlicher, in der Praxis relevanter Schutz bei der Verarbeitung journalistischen Zwecken dienender Daten.

Dass insgesamt kein ausreichender Schutz der Persönlichkeitsrechte gewährleistet wäre und in der Vergangenheit nicht hinnehmbare Schutzlücken entstanden sind, ist nicht erkennbar. Eine Einschränkung der Pressefreiheit durch die Einräumung bisher nicht bestehender Rechte der Betroffenen bzw. durch die Begründung neuer Verpflichtungen für die Presseunternehmen ist deshalb nicht erforderlich.

Entsprechendes gilt für den Ausschluss einer staatlichen Datenschutzaufsicht. Ein solcher Ausschluss ist auch im Rahmen von Artikel 9 der noch geltenden Richtlinie 95/46 EG, der hierfür vergleichbare Voraussetzungen wie Artikel 85 Absatz 2 DSGVO festlegt, angeordnet worden. Gerade im Pressebereich ist eine journalistische Tätigkeit ohne staatliche Einfluss- und Kontrollmöglichkeiten von besonderer Bedeutung und angesichts der grundlegenden Aufgaben („Wächteramt“ der Presse) ein unverzichtbares und auch grundrechtlich gebotenes Element. Hiervon geht offenkundig auch Artikel 85 Absatz 2 DSGVO aus, der auch für die staatliche Aufsicht im Medienbereich durch eine unabhängige Aufsichtsbehörde bei Kapitel VI eine Einschränkung vorsieht. Eine Überwachung und Aufsicht hinsichtlich der internen Verarbeitung der journalistischen oder literarischen Zwecken dienenden personenbezogenen Daten wäre ein bisher nicht bestehender, ganz erheblicher Eingriff in die Pressefreiheit. Ein derartiger neuer Eingriff ist bei einer Gesamtabwägung nicht wegen überwiegender Gründe des Persönlichkeitsrechts der Betroffenen erforderlich und wäre deshalb unverhältnismäßig.

Die widerstreitenden Rechtspositionen der Meinungs- und Pressefreiheit einerseits und des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung andererseits sind deshalb insgesamt im Rahmen einer Abwägung zueinander in einen sachgemäßen Ausgleich bzw. in Einklang gebracht. Die Ausnahmen sind deshalb im Interesse der Meinungs- bzw. Pressefreiheit entsprechend Artikel 85 Absatz 2 DSGVO auch erforderlich.

Soweit Artikel der Datenschutz-Grundverordnung, die in nach dem Wortlaut des Artikel 85 Absatz 2 DSGVO nicht abänderbaren Kapiteln, insbesondere in Kapitel VIII, stehen, die Existenz einer Aufsichtsbehörde voraussetzen, werden diese Artikel zwar nicht ausdrücklich ausgeschlossen. Sie sind aber, da für den Bereich des Presseprivilegs eine datenschutzrechtliche Aufsichtsbehörde ausgeschlossen wird, tatbestandlich nicht anwendbar. Dies gilt vor allem für das Recht auf Beschwerde bei einer Aufsichtsbehörde nach Artikel 77 DSGVO, für das Recht auf wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelf gegen eine Aufsichtsbehörde nach Artikel 78 DSGVO und auch für die Bußgeldregelung in Artikel 83 DSGVO.

Demgegenüber ist die Schadensersatzregelung in Artikel 82 DSGVO grundsätzlich anwendbar. Sie kann im Geltungsbereich des Medienprivilegs aber nur dann eingreifen, wenn eine für die Medien geltende Verpflichtung verletzt worden ist. Dies wird – entsprechend der bisherigen Rechtslage – durch Absatz 2 Satz 2 des Entwurfs klargestellt.

Da das durch Absatz 1 geschützte Datengeheimnis in der Datenschutz-Grundverordnung jedenfalls nicht ausdrücklich und vergleichbar geregelt ist, könnte zweifelhaft sein, ob bei dessen Verletzung die Schadensersatzregelung des Artikel 82 DSGVO greift. Um eine vollständige Sanktionierung dieses Datengeheimnisses sicherzustellen, ist es jedenfalls zur Klarstellung sachgerecht, ergänzend auf die ansonsten nicht anwendbare Schadensersatz- und Entschädigungsregelung in § 83 BDSG zu verweisen. Durch die Formulierung, dass „nur“ § 83 BDSG gilt, wird gleichzeitig klargestellt, dass das Bundesdatenschutzgesetz für den Pressebereich hinsichtlich der Regelung des pressenspezifischen Medienprivilegs im Übrigen grundsätzlich nicht gilt, was sich auch schon aus Kompetenzgründen ergibt (vgl. Gesetzesbegründung zum neuen BDSG, Bundestags-Drucksache 18/11325, Seite 79).

Zu Absatz 3

Absatz 3 enthält die Verpflichtung, aufgrund einer beanstandeten journalistischen oder literarischen Verarbeitung personenbezogener Daten von der betroffenen Person erwirkte Gegendarstellungen, Widerrufe, Verpflichtungserklärungen, Unterlassungsurteile oder -beschlüsse zu den gespeicherten personenbezogenen Daten zu nehmen und dort für dieselbe Zeitdauer aufzubewahren wie die Daten selbst sowie bei einer Übermittlung der Daten gemeinsam mit diesen zu übermitteln. Ohne diese Regelung würde das Recht auf informationelle Selbstbestimmung im Bereich des Presseprivilegs wesentlich beeinträchtigt, weil die in der Datenschutz-Grundverordnung geregelten Berichtigungs- und Löschungsansprüche nicht gelten. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung vermittelt dennoch einen Anspruch der betroffenen Personen auf Gewährleistung von Vollständigkeit und Richtigkeit seiner personenbezogenen Daten. Ein Ausgleich dieser Interessen wird mit der bisher im Landespressegesetz nicht geregelten Verpflichtung zur parallelen Aufbewahrung und Übermittlung nach Absatz 3 erreicht. Die Interessen der Presseunternehmen werden hierdurch nicht unzumutbar beeinträchtigt. Das Zustandekommen und die Durchsetzung der Gegendarstellungs-, Unterlassungs- und Berichtigungsansprüche (insbesondere bei Tatsachenbehauptungen, Widerruf und Richtigstellung) bestimmen sich nach § 11 LPresseG sowie nach den allgemeinen zivilrechtlichen Bestimmungen (insbesondere §§ 1004, 823 BGB i. V. m. § 249 BGB).

Zu Artikel 4 – Inkrafttreten, Außerkrafttreten, Benachrichtigungen

Zu Absatz 1 und 2

Die Änderungen des Landesmediengesetzes und des Landespressegesetzes treten zeitgleich mit dem ersten Geltungstag der Datenschutz-Grundverordnung am 25. Mai 2018 in Kraft. Die Vorschriften über das Medienprivileg im Landesmediengesetz (Artikel 2, Nummer 1, § 49 Absatz 2 bis 4) treten nicht in Kraft, wenn der Einundzwanzigste Rundfunkänderungsstaatsvertrag am 25. Mai 2018 in Kraft getreten ist. Die Regelungen zum Medienprivileg für den privaten Rundfunk sind dann in einem einheitlichen Medienprivileg im Rundfunkstaatsvertrag enthalten.

Im Übrigen tritt das Gesetz am Tag nach seiner Verkündung in Kraft.

Zu Absatz 3

Die Regelungen des Einundzwanzigsten Rundfunkänderungsstaatsvertrags treten nach seinem Artikel 5 Absatz 2 zum 25. Mai 2018 in Kraft. Dies gilt nicht, wenn bis zum 24. Mai 2018 nicht alle Ratifikationsurkunden bei der Staatskanzlei des Vorsitzenden der Ministerpräsidentenkonferenz hinterlegt sind; in diesem Fall wird der Einundzwanzigste Rundfunkänderungsstaatsvertrag gegenstandslos. Da nach außen nicht erkennbar wird, ob die Ratifikationsverfahren in den Ländern rechtzeitig abgeschlossen werden konnten, sieht Absatz 3 eine gesonderte Bekanntmachung über das Inkrafttreten oder die Gegenstandslosigkeit des Einundzwanzigsten Rundfunkänderungsstaatsvertrags vor.

C. Wesentliches Ergebnis der Anhörung

I. Anhörungsverfahren

Der Ministerrat hat das Staatsministerium in seiner Sitzung vom 21. November 2017 beauftragt, zum Entwurf eines Gesetzes zum Einundzwanzigsten Rundfunkänderungsstaatsvertrag und zur Anpassung des Medien-Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 eine Anhörung durchzuführen. Angehört wurden die Landesanstalt für Kommunikation sowie die betroffenen Verbände des privaten Rundfunks, Verlegerverbände, Verbände der Informations- beziehungsweise Internetwirtschaft und berufsständische Organisationen. Der Gesetzentwurf wurde gleichzeitig mit der Möglichkeit, den Gesetzentwurf zu kommentieren, in das Beteiligungsportal Baden-Württemberg eingestellt. Außerdem wurden der Landesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit, die Stelle für Bürokratieabbau und der Normenprüfungsausschuss beteiligt.

Von den angehörten Stellen haben folgende Stellung genommen:

- der DJV-Landesverband Baden-Württemberg e. V., der Landesfachbereich Medien ver.di Baden-Württemberg, der SZV Südwestdeutscher Zeitschriftenverlegerverband e. V., der Verband Südwestdeutscher Zeitungsverleger e. V., der BDZV Bundesverband Deutscher Zeitungsverleger e. V., die dju Deutsche Journalisten- und Journalistinnen-Union, der DJV Deutscher Journalisten-Verband, der Deutsche Presserat, der VDZ Verband Deutscher Zeitschriftenverleger e. V. (gemeinsame Stellungnahme)
- der Landesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit
- die Landesanstalt für Kommunikation
- der Verband Privater Rundfunkanbieter Baden-Württemberg e. V.
- der Verband Südwestdeutscher Zeitungsverleger e. V.

Nach Durchführung der öffentlichen Anhörung wurde der Gesetzentwurf wie vorgesehen in Artikel 1 und 4 Absatz 3 um das Gesetz zum Einundzwanzigsten Rundfunkänderungsstaatsvertrag ergänzt. Für den Entwurf des Einundzwanzigsten Rundfunkänderungsstaatsvertrags war das Vorunterrichtungsverfahren mit der Kenntnisnahme des Landtags in seiner 47. Sitzung am 15. November 2017 (LT-Drs. 16/2993) abgeschlossen worden.

II. Zusammenfassung der Stellungnahmen

1. Allgemeines

a) Stellungnahme des Landesbeauftragten für den Datenschutz und die Informationsfreiheit

Der Landesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit hat sowohl zum Entwurf des Landesmediengesetzes (sogleich unter 2.) als auch zum Entwurf des Landespressegesetzes (sogleich unter 3.) Stellung genommen.

Darüber hinaus hat der Landesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit auf die Entschließung der Konferenz der unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder „Umsetzung der DSGVO im Medienrecht“ vom 9. November 2017 verwiesen.

In ihrer Entschließung fordert die Konferenz der unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder, dass zum einen die gesetzlichen Anpassungen im Sinne des Artikel 85 DSGVO konkret und spezifisch Ausnahmen und Abweichungen regeln und diese begründen müssen. Zum anderen wird ge-

fordert, dass bei der Ausübung der jeweiligen Regelungskompetenz das europäische Datenschutzrecht zwingend beachtet wird.

Der Gesetzentwurf wird diesen Forderungen gerecht. So werden in der Gesetzesbegründung – und auch in der Begründung zum Rundfunkänderungsstaatsvertrag – die Gründe für die erforderlichen Ausnahmen und Abweichungen konkret und spezifisch dargelegt.

Zudem ist eine weitgehende Beibehaltung des bereits bewährten nationalen Rechts mit dem europäischen Datenschutzrecht vereinbar. Die Datenschutz-Grundverordnung enthält nicht nur eine Reihe obligatorischer Handlungsaufträge an die Mitgliedstaaten, die eine zwingende Ausgestaltung im nationalen Datenschutzrecht erforderlich machen. Sie räumt darüber hinaus dem nationalen Gesetzgeber im Rahmen sogenannter Öffnungsklauseln Regelungsspielräume ein. Diese Öffnungsklauseln geben den Mitgliedstaaten die Möglichkeit, Abweichungen und Ausnahmen von Vorgaben der Datenschutz-Grundverordnung vorzunehmen. So haben nach Artikel 85 DSGVO die Mitgliedstaaten „durch Rechtsvorschriften das Recht auf den Schutz personenbezogener Daten gemäß dieser Verordnung mit dem Recht auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit, einschließlich der Verarbeitung zu journalistischen Zwecken [...] in Einklang“ zu bringen. Damit wird der Abwägungsvorgang für Abweichungen und Ausnahmen von der Datenschutz-Grundverordnung grundsätzlich dem Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten zugeordnet. Dies ist auch vor dem Hintergrund entscheidend, dass die Europäische Union für den kulturellen Bereich keine Harmonisierungskompetenz besitzt, was in Artikel 167 AEUV (sog. „Kulturklausel“) seine Bestätigung findet. Die Rundfunk- und Kulturpolitik ist grundsätzlich Sache der Mitgliedstaaten.

Der durch Artikel 85 DSGVO grundsätzlich eröffnete Ausschluss ganzer Kapitel der Datenschutz-Grundverordnung ermöglicht eine Ausgestaltung, die im Wesentlichen dem bisherigen Umfang der vorhandenen Medienprivilegien entspricht.

Die weitgehende Beibehaltung des bereits bewährten nationalen Rechts steht auch mit dem europäischen Datenschutzrecht im Einklang. Denn die dem zugrundeliegende und in Artikel 85 DSGVO geforderte Abwägungsentscheidung zwischen den widerstreitenden Grundrechtspositionen der informationellen Selbstbestimmung (Artikel 2 Absatz 1 i. V. m. Artikel 1 Absatz 1 GG) einerseits und der Meinungs-, der Informations- und den Medienfreiheiten (Artikel 5 Absatz 1 Satz 1 und 2 GG) andererseits wurde bereits im Rahmen der bestehenden datenschutzrechtlichen Regelungen vorgenommen. Diese Abwägungsentscheidung wurde jetzt im Lichte der Datenschutz-Grundverordnung einer erneuten Überprüfung unterzogen, insbesondere auch im Hinblick auf den Schutz personenbezogener Daten gemäß Artikel 8 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GRCh) und die Meinungs- und Medienfreiheit gemäß Artikel 11 GRCh. Die Untersuchung führte allerdings zu keinen erheblichen Veränderungen bei der Gewichtung der einzelnen Positionen.

b) Kommentare im Beteiligungsportal

Der Gesetzentwurf ist im Beteiligungsportal veröffentlicht worden und konnte dort in der Zeit vom 22. November 2017 bis zum 8. Januar 2018 kommentiert werden. In dieser Zeit sind keine Kommentare eingegangen.

c) Normenprüfungsausschuss und Stelle für Bürokratieabbau

Der Normenprüfungsausschuss hat einzelne redaktionelle Änderungen vorgeschlagen, die weitgehend berücksichtigt worden sind. Die Stelle für Bürokratieabbau im Innenministerium, die zu Artikel 2 bis 4 des Gesetzes beteiligt wurde, hat keine Einwendungen erhoben. Zu den in Artikel 1 und 4 nach dem

1. Januar 2018 ergänzten Regelungen war der Normenkontrollrat nach Ziffer 4.3. Spiegelstrich 5 der VwV Normenkontrollrat BW vom 12. Dezember 2017 nicht zu beteiligen.

2. Stellungnahmen zum Entwurf des Landesmediengesetzes

a) Der Landesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit

Ergänzend zu einem Verweis auf die Entschließung der Konferenz der unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder hat der Landesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit zum Entwurf des Landesmediengesetzes Stellung genommen und begrüßt, dass nach dem Entwurf im journalistischen Bereich ein verpflichtender interner Datenschutzbeauftragter zu bestellen ist. Es sei jedoch sachlich geboten, dass in Medienunternehmen auch im nicht journalistischen Bereich ein Datenschutzbeauftragter vorhanden sei. Darüber hinaus wird die Formulierung in § 50 Absatz 2 Satz 2 des Entwurfs, wonach Artikel 38 und 39 DSGVO nur „entsprechend“ anwendbar sein sollen, aufgrund der unmittelbaren Geltung der Verordnung für problematisch erachtet.

Diesem Anliegen wurde durch eine Ergänzung des Gesetzestextes nachgekommen. Danach wird in § 50 Absatz 2 Satz 3 LMedienG nunmehr klargestellt, dass die allgemeinen Regelungen der Datenschutz-Grundverordnung und des Bundesdatenschutzgesetzes im nicht journalistischen Bereich uneingeschränkt Anwendung finden. Eine Ausnahme erfolgt mit dem vorliegenden Gesetz in diesem Bereich nicht. Korrespondierend finden im nicht journalistischen Bereich Artikel 38 und 39 DSGVO uneingeschränkt Anwendung. Im journalistischen Bereich ist jedoch zu beachten, dass dort nur eine eingeschränkte Prüfkompetenz des Datenschutzbeauftragten besteht. Den Besonderheiten, die im journalistischen Bereich etwa in Bezug auf das Redaktionsgeheimnis zu beachten sind, wird durch eine weiterhin nur entsprechende Anwendung von Artikel 38 und 39 DSGVO Rechnung getragen.

b) Der Verband Privater Rundfunkanbieter Baden-Württemberg e. V.

Der VPRA kritisiert zunächst die Unübersichtlichkeit und Komplexität der im datenschutzrechtlichen Bereich insgesamt vorgesehenen Regelungen. Zudem würden den betroffenen Unternehmen im Rundfunkstaatsvertrag beziehungsweise im Landesmediengesetz unter anderem Verpflichtungen zum Schutz von Persönlichkeitsrechten auferlegt, die bereits in einem System allgemeiner zivil- und strafrechtlicher Schutz- und Abwehransprüche ausreichend geschützt seien. Verschiedene Regelungsinhalte seien nicht erforderlich, da sie bereits aufgrund journalistischer Sorgfaltspflichten eingehalten würden. Die konkrete Formulierung des Medienprivilegs wird kritisch gesehen.

Hierzu ist anzumerken, dass die Komplexität der Regelungen, insbesondere auch im Zusammenspiel der verschiedenen anwendbaren Normen, im Grundsatz dem bestehenden System (Regelungen des Rundfunkstaatsvertrags sowie Regelungen im Landesmediengesetz) geschuldet ist, zu dem nun noch die bereits direkt anwendbaren Regelungen der Datenschutz-Grundverordnung hinzutreten. Im Einundzwanzigsten Rundfunkänderungsstaatsvertrag ist jedoch ein einheitliches Medienprivileg für den öffentlich-rechtlichen und den privaten Rundfunk vorgesehen, das eine gewisse Vereinheitlichung der bisherigen Landesgesetze ermöglicht. Bei Inkrafttreten des Einundzwanzigsten Rundfunkänderungsstaatsvertrags kann das bisher noch im Landesmediengesetz vorgesehene Medienprivileg entfallen.

Die in der Stellungnahme insbesondere erwähnten, in § 49 Absatz 3 und 4 LMedienG auferlegten Verpflichtungen bestehen im Wesentlichen bereits nach

der aktuellen Rechtslage. Insoweit wird auf die Ausführungen unter B. sowie auf die Begründung des Rundfunkänderungsstaatsvertrags Bezug genommen. Soweit in der Formulierung des § 49 Absatz 2 unter anderem eine Gefahr für die Aushöhlung des Medienprivilegs gesehen wird, ist ebenfalls auf die Begründung in Teil B. zu verweisen. Geforderte klarstellende Formulierungen befinden sich dort auch im Rahmen der aufsichtsrechtlichen Regelungen, nämlich, dass der Vorsitzende des Vorstands der Landesanstalt für Kommunikation die im Rahmen des Medienprivilegs anwendbaren Vorschriften, im Wesentlichen Datensicherheit und Datengeheimnis, überwacht. Die Formulierung des § 49 Absatz 2 bis 4, die bei Inkrafttreten des mittlerweile von den Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder unterzeichneten Einundzwanzigsten Rundfunkänderungsstaatsvertrags nicht in Kraft treten, lehnt sich an die dafür im Länderkreis konsentierten Regelungen an. Insoweit wird im Weiteren auf die Begründung zum Einundzwanzigsten Rundfunkänderungsstaatsvertrag verwiesen.

Zur Datenschutzkontrolle merkt der VPRA an, dass die für den Verwaltungsbereich bestehenden Erleichterungen für den sogenannten internen Datenschutzbeauftragten für kleine Unternehmen auch auf den journalistischen Bereich übertragen werden sollten. Die generell verpflichtende Einführung eines internen Datenschutzbeauftragten, unabhängig von der Anzahl der Beschäftigten, entspricht jedoch der aktuellen Rechtslage, sodass hieran festgehalten wird. Im Hinblick auf Artikel 37 Absatz 6 DSGVO, wonach der Datenschutzbeauftragte Beschäftigter des Verantwortlichen sein oder seine Aufgaben auf der Grundlage eines Dienstleistungsvertrags erfüllen kann, ist auch die notwendige Flexibilität gegeben.

Im Übrigen dürfte nach Ansicht des VPRA die Benennung des staatsfernen Vorsitzenden des Vorstands der Landesanstalt für Kommunikation für die datenschutzrechtliche Aufsicht die sachgerechteste Lösung darstellen.

c) Die Landesanstalt für Kommunikation

Die Landesanstalt für Kommunikation hat in einzelnen Punkten Änderungsvorschläge, auch in redaktioneller Hinsicht, unterbreitet, die im Wesentlichen umgesetzt wurden.

Beibehalten wurde die Formulierung „eigene“ in § 50 LMedienG. Eine Diskrepanz zu den Formulierungen in § 49 Absatz 2 LMedienG ist unschädlich beziehungsweise sinnvoll, eine Regelungslücke besteht nicht. § 49 Absatz 2 LMedienG bestimmt die vom Medienprivileg Umfassten wohingegen § 51 LMedienG die Zuweisung der Aufsichtsfunktion regelt.

Insgesamt wird die Ausgestaltung des Regelungsentwurfs von der Landesanstalt für Kommunikation begrüßt. Es wird jedoch betont, dass durch die Zuweisung der künftigen Aufsichtsfunktion und dem damit verbundenen Aufbau von Fachwissen von einer moderaten Anhebung des Stellenplans auszugehen sei. Durch die Verordnung werde zudem ein gesteigerter Beratungsbedarf seitens der privaten Rundfunkveranstalter im Land als auch ein erhöhter interner Beratungsbedarf erwartet.

3. Stellungnahmen zum Entwurf des Landespressegesetzes

a) Der Landesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit

Der Landesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit spricht sich mit Blick auf das in § 12 enthaltene Presseprivileg für eine gesetzliche Verpflichtung zur Bestellung eines redaktionellen Datenschutzbeauftragten bei Presseunternehmen ab einer gewissen Größe des Unternehmens aus. Als Maßstab könne § 38 Absatz 1 Satz 1 BDSG n. F. herangezogen werden, der

für nichtöffentliche Stellen die Benennung eines Datenschutzbeauftragten vorschreibt, soweit sie in der Regel mehr als zehn Personen ständig mit der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten beschäftigen.

Hierzu ist anzumerken, dass die Verpflichtung zur Bestellung eines redaktions-internen Datenschutzbeauftragten für einen schonenden Ausgleich der widerstreitenden Belange unionsrechtlich nicht zwingend geboten sein dürfte. Für den Bereich der Presse soll von einer gesetzlichen Verpflichtung abgesehen werden, um in diesem Medienbereich, in dem redaktionelle Arbeit nicht selten von einzelnen freien Mitarbeitern oder kleineren Recherchegruppen geleistet wird, keine zusätzlichen Belastungen vorzusehen. Auch Redaktionen größerer Presseunternehmen sollen gegenüber sonstigen privaten Stellen nach § 38 Absatz 1 BDSG n. F. privilegiert bleiben: es wird insoweit weiterhin davon ausgegangen, dass Belangen des Datenschutzes schon aus journalistischem Eigeninteresse jedes einzelnen Journalisten ein hinreichend hoher Stellenwert eingeräumt wird, ohne dass es hier einer Unterstützung durch einen redaktionellen Datenschutzbeauftragten bedürfte.

- b) Gemeinsame Stellungnahme des DJV-Landesverbands Baden-Württemberg e. V., des Landesfachbereichs Medien ver.di Baden-Württemberg, des SZV Südwestdeutscher Zeitschriftenverlegerverbands e. V., des Verbands Südwestdeutscher Zeitungsverleger e. V., des BDZV Bundesverband Deutscher Zeitungsverleger e. V., der dju Deutsche Journalisten- und Journalistinnen-Union, des DJV Deutscher Journalisten-Verband, des Deutschen Presserats, des VDZ Verband Deutscher Zeitschriftenverleger e. V.

Die Verbände begrüßen den Entwurf im Wesentlichen. Nach ihrer Auffassung ließe sich der Ausschluss einer datenschutzrechtlichen Aufsicht im Gesetzeswortlaut noch deutlicher zum Ausdruck bringen. In der Entwurfsbegründung sei zwar von der tatbestandlichen Nichtanwendbarkeit derjenigen Vorschriften des Kapitels VIII der Datenschutz-Grundverordnung die Rede, welche die Existenz einer Aufsichtsbehörde voraussetzten. Die Nichtanwendbarkeit könne aber nach Auffassung der Verbände im Wortlaut von § 12 Absatz 2 Satz 1 durch Streichung der Klausel, in der die Kapitel mit den geltenden Vorschriften genannt werden, im Normtext deutlicher herausgestellt werden. Die in § 12 Absatz 3 normierte Aufbewahrungs- und Übermittlungspflicht wird von den Verbänden als unangemessen abgelehnt. Es gebe dafür keine Notwendigkeit, da es zur journalistischen Sorgfaltspflicht zähle und Obliegenheit zur Vermeidung von Vertragsstrafen und gerichtlich verhängten Ordnungsgeldern sei, die genannten Dokumente zu den Redaktionsdaten zu nehmen. Auch die Verpflichtung auf den Grundsatz aus Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe f DSGVO könne man als unnötig betrachten, da sich die darin normierten Verpflichtungen bereits aus zivilrechtlichen Vorschriften ergäben, welche den Schutz des Persönlichkeitsrechts bezweckten (§§ 823, 1004 BGB).

Zu dem Vorschlag einer redaktionellen Überarbeitung von § 12 Absatz 2 Satz 1 ist anzumerken, dass die Bezugnahme der Kapitel der Datenschutz-Grundverordnung mittelbar an den Wortlaut von Artikel 85 Absatz 2 DSGVO anknüpft und diese Bezugnahme aus redaktionellen Gründen beibehalten werden soll.

An den nach § 12 Absatz 3 vorgesehenen Aufbewahrungs- und Übermittlungspflichten soll festgehalten werden; zwar wird in der Tat angenommen, dass journalistische Belange und Datenschutzbelange in der redaktionellen Arbeit weitgehend kongruent sind, allerdings regelt die Vorschrift formelle Anforderungen für den Fall, dass zuvor eine Verletzung der Rechte Dritter eingetreten ist. In diesem Fall ist es sachgerecht, punktuell weitergehende Pflichten zu normieren und journalistisch-fachliche Obliegenheiten als nicht hinreichenden Schutz anzusehen. Wenn – wie die Verbände ausführen – es bereits zu den Regeln guter redaktioneller Arbeit gehört, die in § 12 Absatz 3 genannten Pflichten zu wahren, dürfte damit bei gleichzeitiger gesetzlicher Verpflichtung kein zusätzlicher Aufwand einhergehen.

Gleiches gilt für die in § 12 Absatz 2 Satz 1 in Bezug genommenen Pflichten nach Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe f DSGVO. Das mit Blick auf die Erforderlichkeit technisch-organisatorischer Maßnahmen zur Datensicherheit bewährte Regime soll diesbezüglich auch in Zukunft Mindeststandards gewährleisten.

Einundzwanzigster Staatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge (Einundzwanzigster Rundfunkänderungsstaatsvertrag)

Das Land Baden-Württemberg,
der Freistaat Bayern,
das Land Berlin,
das Land Brandenburg,
die Freie Hansestadt Bremen,
die Freie und Hansestadt Hamburg,
das Land Hessen,
das Land Mecklenburg-Vorpommern,
das Land Niedersachsen,
das Land Nordrhein-Westfalen,
das Land Rheinland-Pfalz,
das Saarland,
der Freistaat Sachsen,
das Land Sachsen-Anhalt,
das Land Schleswig-Holstein und
der Freistaat Thüringen

schließen nachstehenden Staatsvertrag:

Artikel 1

Änderung des Rundfunkstaatsvertrages

Der Rundfunkstaatsvertrag vom 31. August 1991, zuletzt geändert durch den Zwanzigsten Rundfunkänderungsstaatsvertrag vom 8. und 16. Dezember 2016, wird wie folgt geändert:

1. Das Inhaltsverzeichnis wird wie folgt geändert:

a) Nach der Angabe zu § 9 b wird folgende Angabe eingefügt:

„§ 9 c Datenverarbeitung zu journalistischen Zwecken, Medienprivileg“.

b) Die Angabe zu § 47 wird wie folgt neu gefasst:

„§ 47 (aufgehoben)“.

c) Die Angabe zu § 57 wird wie folgt neu gefasst:

„§ 57 Datenverarbeitung zu journalistischen Zwecken, Medienprivileg“.

2. In § 4 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 wird das Wort „UEFA-Cup“ durch die Wörter „Europa League“ ersetzt.

3. Nach § 9 b wird folgender § 9 c eingefügt:

„§ 9 c

*Datenverarbeitung zu journalistischen
Zwecken, Medienprivileg*

(1) Soweit die in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten, das ZDF, das Deutschlandradio oder private Rundfunkveranstalter personenbezogene Daten zu journalistischen Zwecken verarbeiten, ist es den hiermit befassten Personen untersagt, diese personenbezogenen Daten zu anderen Zwecken zu verarbeiten (Datengeheimnis). Diese Personen sind bei der Aufnahme ihrer Tätigkeit auf das Datengeheimnis zu verpflichten. Das Datengeheimnis besteht auch nach Beendigung ihrer Tätigkeit fort. Im Übrigen finden für die Datenverarbeitung zu journalistischen Zwecken von der Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung) (ABl. L 119 vom 4. Mai 2016, S. 1; L 314 vom 22. November 2016, S. 72) außer den Kapiteln I, VIII, X und XI nur die Artikel 5 Abs. 1 Buchst. f in Verbindung mit Abs. 2, Artikel 24 und Artikel 32 Anwendung. Artikel 82 und 83 der Verordnung (EU) 2016/679 gelten mit der Maßgabe, dass nur für eine Verletzung des Datengeheimnisses gemäß den Sätzen 1 bis 3 sowie für unzureichende Maßnahmen nach Artikel 5 Abs. 1 Buchst. f, Artikel 24 und 32 der Verordnung (EU) 2016/679 gehaftet wird. Die Sätze 1 bis 5 gelten entsprechend für die zu den in Satz 1 genannten Stellen gehörenden Hilfs- und Beteiligungsunternehmen. Die in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten, das ZDF, das Deutschlandradio und andere Rundfunkveranstalter sowie ihre Verbände und Vereinigungen können sich Verhaltenskodizes geben, die in einem transparenten Verfahren erlassen und veröffentlicht werden. Den betroffenen Personen stehen nur die in den Absätzen 2 und 3 genannten Rechte zu.

(2) Führt die journalistische Verarbeitung personenbezogener Daten zur Verbreitung von Gegendarstellungen der betroffenen Person oder zu Verpflichtungserklärungen, Beschlüssen oder Urteilen über die Unterlassung der Verbreitung oder über den Widerruf des Inhalts der Daten, so sind diese Gegendarstellungen, Verpflichtungserklärungen und Widerrufe zu den gespeicherten Daten zu nehmen und dort für dieselbe Zeitdauer aufzubewahren wie die Daten selbst sowie bei einer Übermittlung der Daten gemeinsam mit diesen zu übermitteln.

(3) Wird jemand durch eine Berichterstattung in seinem Persönlichkeitsrecht beeinträchtigt, kann die betroffene Person Auskunft über die der Berichterstat-

tung zugrunde liegenden, zu ihrer Person gespeicherten Daten verlangen. Die Auskunft kann nach Abwägung der schutzwürdigen Interessen der Beteiligten verweigert werden, soweit

1. aus den Daten auf Personen, die bei der Vorbereitung, Herstellung oder Verbreitung von Rundfunksendungen mitwirken oder mitgewirkt haben, geschlossen werden kann,
2. aus den Daten auf die Person des Einsenders oder des Gewährsträgers von Beiträgen, Unterlagen und Mitteilungen für den redaktionellen Teil geschlossen werden kann oder
3. durch die Mitteilung der recherchierten oder sonst erlangten Daten die journalistische Aufgabe durch Ausforschung des Informationsbestandes beeinträchtigt würde.

Die betroffene Person kann die unverzügliche Berichtigung unrichtiger personenbezogener Daten im Datensatz oder die Hinzufügung einer eigenen Darstellung von angemessenem Umfang verlangen. Die weitere Speicherung der personenbezogenen Daten ist rechtmäßig, wenn dies für die Ausübung des Rechts auf freie Meinungsäußerung und Information oder zur Wahrnehmung berechtigter Interessen erforderlich ist.

(4) Für die in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten, das ZDF, das Deutschlandradio und private Rundfunkveranstalter sowie zu diesen gehörende Beteiligungs- und Hilfsunternehmen wird die Aufsicht über die Einhaltung der geltenden datenschutzrechtlichen Bestimmungen durch Landesrecht bestimmt. Regelungen des Rundfunkstaatsvertrags bleiben unberührt.

(5) Die Absätze 1 bis 4 gelten auch für Teleshoppingkanäle.“

4. § 11 wird wie folgt geändert:

- a) In Absatz 3 werden das Wort „können“ durch das Wort „arbeiten“ und das Wort „zusammenarbeiten“ durch das Wort „zusammen“ ersetzt.
- b) Es wird folgender neuer Absatz 4 angefügt:

„(4) Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten sind mit der Erbringung von Dienstleistungen von allgemeinem wirtschaftlichem Interesse im Sinne des Artikels 106 Abs. 2 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (ABl. C 202 vom 7. Juni 2016, S. 47) auch betraut, soweit sie zur Erfüllung ihres Auftrags gemäß Absatz 1 bei der Herstellung und Verbreitung von Angeboten im Sinne des § 11 a zusammenarbeiten. Die Betrauung gilt insbesondere für die Bereiche Produktion, Produktionsstandards, Programmrechteerwerb, Programmaustausch, Verbreitung und Weiterverbreitung von Angeboten, Beschaffungswesen, Sende-

netzbetrieb, informationstechnische und sonstige Infrastrukturen, Vereinheitlichung von Geschäftsprozessen, Beitragsservice und allgemeine Verwaltung. Von der Betrauung nicht umfasst sind kommerzielle Tätigkeiten nach § 16 a Abs. 1 Satz 2.“

5. § 24 wird wie folgt neu gefasst:

„§ 24

Vertraulichkeit

Jenseits des Anwendungsbereichs der Verordnung (EU) 2016/679 dürfen Angaben über persönliche und sachliche Verhältnisse einer natürlichen oder juristischen Person oder einer Personengesellschaft sowie Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse, die den Landesmedienanstalten, ihren Organen, ihren Bediensteten oder von ihnen beauftragten Dritten im Rahmen der Durchführung ihrer Aufgaben anvertraut oder sonst bekannt geworden sind, nicht unbefugt offenbart werden.“

6. § 47 wird aufgehoben.

7. § 49 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 1 Satz 1 wird wie folgt geändert:

aa) In Nummer 22 wird das Komma am Ende durch einen Punkt ersetzt.

bb) Die Nummern 23 bis 28 werden aufgehoben.

b) In Absatz 3 Satz 1 werden die Wörter „Satz 1 Nr. 23 bis 28 und“ gestrichen.

8. § 57 wird wie folgt neu gefasst:

„§ 57

*Datenverarbeitung zu journalistischen
Zwecken, Medienprivileg*

(1) Soweit die in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten, das ZDF, das Deutschlandradio, private Rundfunkveranstalter oder Unternehmen und Hilfsunternehmen der Presse als Anbieter von Telemedien personenbezogene Daten zu journalistischen Zwecken verarbeiten, ist es den hiermit befassten Personen untersagt, diese personenbezogenen Daten zu anderen Zwecken zu verarbeiten (Datengeheimnis). Diese Personen sind bei der Aufnahme ihrer Tätigkeit auf das Datengeheimnis zu verpflichten. Das Datengeheimnis besteht auch nach Beendigung ihrer Tätigkeit fort. Im Übrigen finden für die Datenverarbeitung zu journalistischen Zwecken außer den Kapiteln I, VIII, X und XI der Verordnung (EU) 2016/679 nur die Artikel 5 Abs. 1 Buchst. f in Verbindung mit Abs. 2, Artikel 24 und Artikel 32 der Verordnung

(EU) 2016/679 Anwendung. Artikel 82 und 83 der Verordnung (EU) 2016/679 gelten mit der Maßgabe, dass nur für eine Verletzung des Datengeheimnisses gemäß den Sätzen 1 bis 3 sowie für unzureichende Maßnahmen nach Artikel 5 Abs. 1 Buchst. f, Artikel 24 und 32 der Verordnung (EU) 2016/679 gehaftet wird. Kapitel VIII der Verordnung (EU) 2016/679 findet keine Anwendung, soweit Unternehmen, Hilfs- und Beteiligungsunternehmen der Presse der Selbstregulierung durch den Pressekodex und der Beschwerdeordnung des Deutschen Presserates unterliegen. Die Sätze 1 bis 6 gelten entsprechend für die zu den in Satz 1 genannten Stellen gehörenden Hilfs- und Beteiligungsunternehmen. Den betroffenen Personen stehen nur die in den Absätzen 2 und 3 genannten Rechte zu.

(2) Werden personenbezogene Daten von einem Anbieter von Telemedien zu journalistischen Zwecken gespeichert, verändert, übermittelt, gesperrt oder gelöscht und wird die betroffene Person dadurch in ihrem Persönlichkeitsrecht beeinträchtigt, kann sie Auskunft über die zugrunde liegenden, zu ihrer Person gespeicherten Daten verlangen. Die Auskunft kann nach Abwägung der schutzwürdigen Interessen der Beteiligten verweigert werden, soweit

1. aus den Daten auf Personen, die bei der Vorbereitung, Herstellung oder Verbreitung mitgewirkt haben, geschlossen werden kann,
2. aus den Daten auf die Person des Einsenders oder des Gewährsträgers von Beiträgen, Unterlagen und Mitteilungen für den redaktionellen Teil geschlossen werden kann oder
3. durch die Mitteilung der recherchierten oder sonst erlangten Daten die journalistische Aufgabe des Anbieters durch Ausforschung des Informationsbestandes beeinträchtigt würde.

Die betroffene Person kann die unverzügliche Berichtigung unrichtiger personenbezogener Daten im Datensatz oder die Hinzufügung einer eigenen Darstellung von angemessenem Umfang verlangen. Die weitere Speicherung der personenbezogenen Daten ist rechtmäßig, wenn dies für die Ausübung des Rechts auf freie Meinungsäußerung und Information oder zur Wahrnehmung berechtigter Interessen erforderlich ist. Die Sätze 1 bis 3 gelten nicht für Angebote von Unternehmen, Hilfs- und Beteiligungsunternehmen der Presse, soweit diese der Selbstregulierung durch den Pressekodex und der Beschwerdeordnung des Deutschen Presserates unterliegen.

(3) Führt die journalistische Verarbeitung personenbezogener Daten zur Verbreitung von Gegendarstellungen der betroffenen Person oder zu Verpflichtungserklärungen, Beschlüssen oder Urteilen über die Unterlassung der Verbreitung oder über den Widerruf des Inhalts der Daten, sind diese Gegendarstellungen,

Verpflichtungserklärungen und Widerruf zu den gespeicherten Daten zu nehmen und dort für dieselbe Zeitdauer aufzubewahren wie die Daten selbst sowie bei einer Übermittlung der Daten gemeinsam mit diesen zu übermitteln.“

9. § 59 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 1 wird wie folgt neu gefasst:

„(1) Die nach den allgemeinen Datenschutzgesetzen des Bundes und der Länder zuständigen Aufsichtsbehörden überwachen für ihren Bereich die Einhaltung der allgemeinen Datenschutzbestimmungen und des § 57. Die für den Datenschutz im journalistischen Bereich beim öffentlich-rechtlichen Rundfunk und bei den privaten Rundfunkveranstaltern zuständigen Stellen überwachen für ihren Bereich auch die Einhaltung der Datenschutzbestimmungen für journalistisch-redaktionell gestaltete Angebote bei Telemedien. Eine Aufsicht erfolgt, soweit Unternehmen, Hilfs- und Beteiligungsunternehmen der Presse nicht der Selbstregulierung durch den Pressekodex und der Beschwerdeordnung des Deutschen Presserates unterliegen.“

b) In Absatz 3 Satz 1 werden nach dem Wort „Bestimmungen“ die Wörter „im Sinne des Absatzes 2“ eingefügt und die Wörter „oder der Datenschutzbestimmungen des Telemediengesetzes“ gestrichen.

Artikel 2

Änderung des Rundfunkbeitragsstaatsvertrages

Der Rundfunkbeitragsstaatsvertrag vom 15. bis 21. Dezember 2010, geändert durch den Neunzehnten Rundfunkänderungsstaatsvertrag vom 3. und 7. Dezember 2015, wird wie folgt geändert:

1. Im Inhaltsverzeichnis wird in der Angabe zu § 11 das Wort „Verwendung“ durch das Wort „Verarbeitung“ ersetzt.

2. § 11 wird wie folgt geändert:

a) In der Überschrift wird das Wort „Verwendung“ durch das Wort „Verarbeitung“ ersetzt.

b) In Absatz 1 werden die Wörter „Erhebung“ und „und Nutzung“ gestrichen und die Wörter „für die Datenverarbeitung im Auftrag anwendbaren Bestimmungen“ durch die Wörter „zur Auftragsverarbeitung geltenden Vorschriften der Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung) (ABl. L 119 vom 4. Mai 2016,

- S. 1; L 314 vom 22. November 2016, S. 72)“ ersetzt.
- c) In Absatz 2 Satz 3 werden die Wörter „des Bundesdatenschutzgesetzes“ durch die Wörter „der Verordnung (EU) 2016/679“ ersetzt.
 - d) In Absatz 3 Satz 1 wird das Wort „darf“ durch das Wort „übermittelt“ ersetzt und das Wort „übermitteln“ gestrichen.
 - e) Absatz 4 wird wie folgt geändert:
 - aa) In Satz 1 werden das Wort „kann“ durch das Wort „verarbeitet“ und die Wörter „des Betroffenen erheben, verarbeiten oder nutzen“ durch die Wörter „der betroffenen Person“ ersetzt.
 - bb) Satz 5 wird wie folgt geändert:
 - aaa) In Nummer 1 werden die Wörter „beim Betroffenen“ durch die Wörter „bei der betroffenen Person“ ersetzt.
 - bbb) In Nummer 3 werden die Wörter „der Betroffene“ durch die Wörter „die betroffene Person“ ersetzt und die Wörter „Erhebung,“ und „oder Nutzung“ gestrichen.
 - cc) In Satz 6 werden die Wörter „Erhebung,“ und „oder Nutzung“ gestrichen.
 - dd) In Satz 9 wird das Wort „Betroffener“ durch die Wörter „betroffener Personen“ ersetzt.
 - f) In Absatz 5 werden das Wort „darf“ durch das Wort „verarbeitet“ und die Wörter „des Betroffenen erheben, verarbeiten oder nutzen“ durch die Wörter „der betroffenen Person“ ersetzt.
 - g) Absatz 6 wird wie folgt geändert:
 - aa) In Satz 1 werden die Wörter „erheben,“ und „oder nutzen“ gestrichen.
 - bb) In Satz 2 werden die Wörter „benötigt werden“ durch die Wörter „zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung erforderlich sind“ ersetzt.

Artikel 3

Änderung des ZDF-Staatsvertrages

Der ZDF-Staatsvertrag vom 31. August 1991, zuletzt geändert durch den Neunzehnten Rundfunkänderungsstaatsvertrag vom 3. und 7. Dezember 2015, wird wie folgt geändert:

1. Im Inhaltsverzeichnis werden die Angaben zu den §§ 16 bis 18 wie folgt neu gefasst:
 - „§ 16 Ernennung des Rundfunkdatenschutzbeauftragten und des Datenschutzbeauftragten

§ 17 Unabhängigkeit des Rundfunkdatenschutzbeauftragten

§ 18 Aufgaben und Befugnisse des Rundfunkdatenschutzbeauftragten“.

2. Die §§ 16 bis 18 werden wie folgt neu gefasst:

„§ 16

*Ernennung des Rundfunkdatenschutzbeauftragten
und des Datenschutzbeauftragten*

(1) Das ZDF ernennt einen Rundfunkdatenschutzbeauftragten, der zuständige Aufsichtsbehörde im Sinne des Artikels 51 der Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung) (ABl. L 119 vom 4. Mai 2016, S. 1; L 314 vom 22. November 2016, S. 72) ist. Die Ernennung erfolgt durch den Fernsehrat mit Zustimmung des Verwaltungsrates für die Dauer von vier Jahren. Eine dreimalige Wiederernennung ist zulässig. Der Rundfunkdatenschutzbeauftragte muss über die für die Erfüllung seiner Aufgaben und Ausübung seiner Befugnisse erforderliche Qualifikation, nachgewiesen durch ein abgeschlossenes Hochschulstudium, sowie über Erfahrung und Sachkunde insbesondere im Bereich des Schutzes personenbezogener Daten verfügen. Das Amt des Rundfunkdatenschutzbeauftragten kann nicht neben anderen Aufgaben innerhalb des ZDF und seiner Beteiligungs- und Hilfsunternehmen wahrgenommen werden. Sonstige Aufgaben müssen mit dem Amt des Rundfunkdatenschutzbeauftragten zu vereinbaren sein und dürfen seine Unabhängigkeit nicht gefährden.

(2) Das Amt endet mit Ablauf der Amtszeit, mit Rücktritt vom Amt oder mit Erreichen des gesetzlichen Renteneintrittsalters. Tarifvertragliche Regelungen bleiben unberührt. Der Rundfunkdatenschutzbeauftragte kann seines Amtes nur enthoben werden, wenn er eine schwere Verfehlung begangen hat oder die Voraussetzungen für die Wahrnehmung seiner Aufgaben nicht mehr erfüllt. Dies geschieht durch Beschluss des Fernsehrates auf Vorschlag des Verwaltungsrates. Der Rundfunkdatenschutzbeauftragte ist vor der Entscheidung zu hören.

(3) Das Nähere, insbesondere die Grundsätze der Vergütung, beschließt der Fernsehrat mit Zustimmung des Verwaltungsrates in einer Satzung.

(4) Der Datenschutzbeauftragte gemäß Artikel 37 der Verordnung (EU) 2016/679 wird vom Intendanten mit Zustimmung des Verwaltungsrates benannt.

§ 17

Unabhängigkeit des Rundfunkdatenschutzbeauftragten

(1) Der Rundfunkdatenschutzbeauftragte ist in Ausübung seines Amtes unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen. Er unterliegt keiner Rechts- oder Fachaufsicht. Der Dienstaufsicht des Verwaltungsrates untersteht er nur insoweit, als seine Unabhängigkeit bei der Ausübung seines Amtes dadurch nicht beeinträchtigt wird.

(2) Die Dienststelle des Rundfunkdatenschutzbeauftragten wird bei der Geschäftsstelle von Fernsehrat und Verwaltungsrat eingerichtet. Dem Rundfunkdatenschutzbeauftragten ist die für die Erfüllung seiner Aufgaben und Befugnisse notwendige Personal-, Finanz- und Sachausstattung zur Verfügung zu stellen. Die erforderlichen Mittel sind jährlich, öffentlich und gesondert im Haushaltsplan des ZDF auszuweisen und dem Rundfunkdatenschutzbeauftragten im Haushaltsvollzug zuzuweisen. Einer Finanzkontrolle durch den Verwaltungsrat unterliegt der Rundfunkdatenschutzbeauftragte nur insoweit, als seine Unabhängigkeit bei der Ausübung seines Amtes dadurch nicht beeinträchtigt wird.

(3) Der Rundfunkdatenschutzbeauftragte ist in der Wahl seiner Mitarbeiter frei. Sie unterstehen allein seiner Leitung.

§ 18

Aufgaben und Befugnisse des Rundfunkdatenschutzbeauftragten

(1) Der Rundfunkdatenschutzbeauftragte überwacht die Einhaltung der Datenschutzvorschriften dieses Staatsvertrages, des Rundfunkstaatsvertrages, der Verordnung (EU) 2016/679 und anderer Vorschriften über den Datenschutz bei der gesamten Tätigkeit des ZDF und seiner Beteiligungsunternehmen im Sinne des § 16 c Abs. 3 Satz 1 des Rundfunkstaatsvertrages. Er hat die Aufgaben und Befugnisse entsprechend den Artikeln 57 und 58 Abs. 1 bis 5 der Verordnung (EU) 2016/679. Bei der Zusammenarbeit mit anderen Aufsichtsbehörden hat er, soweit die Datenverarbeitung zu journalistischen Zwecken betroffen ist, den Informantenschutz zu wahren. Er kann gegenüber dem ZDF keine Geldbußen verhängen.

(2) Stellt der Rundfunkdatenschutzbeauftragte Verstöße gegen Vorschriften über den Datenschutz oder sonstige Mängel bei der Verarbeitung personenbezogener Daten fest, so beanstandet er dies gegenüber dem Intendanten und fordert ihn zur Stellungnahme innerhalb einer angemessenen Frist auf. Gleichzeitig unterrichtet er den Verwaltungsrat. Von einer Beanstandung und Unterrichtung kann abgesehen werden,

wenn es sich um unerhebliche Mängel handelt oder wenn ihre unverzügliche Behebung sichergestellt ist.

(3) Die vom Intendanten nach Absatz 2 Satz 1 abzugebende Stellungnahme soll auch eine Darstellung der Maßnahmen enthalten, die aufgrund der Beanstandung des Rundfunkdatenschutzbeauftragten getroffen worden sind. Der Intendant leitet dem Verwaltungsrat gleichzeitig eine Abschrift der Stellungnahme gegenüber dem Rundfunkdatenschutzbeauftragten zu.

(4) Der Rundfunkdatenschutzbeauftragte erstattet jährlich auch den Organen des ZDF den schriftlichen Bericht im Sinne des Artikels 59 der Verordnung (EU) 2016/679 über seine Tätigkeit. Der Bericht wird veröffentlicht, wobei eine Veröffentlichung im Online-Angebot des ZDF ausreichend ist.

(5) Jedermann hat das Recht, sich unmittelbar an den Rundfunkdatenschutzbeauftragten zu wenden, wenn er der Ansicht ist, bei der Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten durch das ZDF oder seiner Beteiligungsunternehmen im Sinne des § 16 c Abs.3 Satz 1 des Rundfunkstaatsvertrages in seinen schutzwürdigen Belangen verletzt zu sein.

(6) Der Rundfunkdatenschutzbeauftragte ist sowohl während als auch nach Beendigung seiner Tätigkeit verpflichtet, über die ihm während seiner Dienstzeit bekannt gewordenen Angelegenheiten und vertraulichen Informationen Verschwiegenheit zu bewahren.“

Artikel 4

Änderung des Deutschlandradio-Staatsvertrages

Der Deutschlandradio-Staatsvertrag vom 17. Juni 1993, zuletzt geändert durch den Zwanzigsten Rundfunkänderungsstaatsvertrag vom 8. und 16. Dezember 2016, wird wie folgt geändert:

1. Im Inhaltsverzeichnis werden die Angaben zu den §§ 16 bis 18 wie folgt neu gefasst:

„§ 16 Ernennung des Rundfunkdatenschutzbeauftragten und des Datenschutzbeauftragten

§ 17 Unabhängigkeit des Rundfunkdatenschutzbeauftragten

§ 18 Aufgaben und Befugnisse des Rundfunkdatenschutzbeauftragten“.

2. § 9 Abs. 4 wird wie folgt neu gefasst:

„(4) Die Gegendarstellung muss unverzüglich innerhalb des gleichen Angebots verbreitet werden, in welchem die beanstandete Tatsachenbehauptung erfolgt ist. Die Verbreitung erfolgt ohne Einschaltungen und Weglassungen. Eine Erwiderung auf die verbreitete Gegendarstellung muss sich auf tatsächliche Angaben

beschränken. Im Hörfunk muss die Gegendarstellung innerhalb des gleichen Programms und der gleichen Programmsparte wie die beanstandete Tatsachenbehauptung sowie zur gleichen Tageszeit oder, wenn dies nicht möglich ist, zu einer Sendezeit verbreitet werden, die der Zeit der beanstandeten Sendung gleichwertig ist.“

3. Die §§ 16 bis 18 werden wie folgt neu gefasst:

„§ 16

*Ernennung des Rundfunkdatenschutzbeauftragten
und des Datenschutzbeauftragten*

(1) Die Körperschaft ernennt einen Rundfunkdatenschutzbeauftragten, der zuständige Aufsichtsbehörde im Sinne des Artikels 51 der Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung) (ABl. L 119 vom 4. Mai 2016, S. 1; L 314 vom 22. November 2016, S. 72) ist. Die Ernennung erfolgt durch den Hörfunkrat mit Zustimmung des Verwaltungsrates für die Dauer von vier Jahren. Eine dreimalige Wiederernennung ist zulässig. Der Rundfunkdatenschutzbeauftragte muss über die für die Erfüllung seiner Aufgaben und Ausübung seiner Befugnisse erforderliche Qualifikation, nachgewiesen durch ein abgeschlossenes Hochschulstudium, sowie über Erfahrung und Sachkunde insbesondere im Bereich des Schutzes personenbezogener Daten verfügen. Das Amt des Rundfunkdatenschutzbeauftragten kann nicht neben anderen Aufgaben innerhalb der Körperschaft und ihrer Beteiligungs- und Hilfsunternehmen wahrgenommen werden. Sonstige Aufgaben müssen mit dem Amt des Rundfunkdatenschutzbeauftragten zu vereinbaren sein und dürfen seine Unabhängigkeit nicht gefährden.

(2) Das Amt endet mit Ablauf der Amtszeit, mit Rücktritt vom Amt oder mit Erreichen des gesetzlichen Renteneintrittsalters. Tarifvertragliche Regelungen bleiben unberührt. Der Rundfunkdatenschutzbeauftragte kann seines Amtes nur enthoben werden, wenn er eine schwere Verfehlung begangen hat oder die Voraussetzungen für die Wahrnehmung seiner Aufgaben nicht mehr erfüllt. Dies geschieht durch Beschluss des Hörfunkrates auf Vorschlag des Verwaltungsrates. Der Rundfunkdatenschutzbeauftragte ist vor der Entscheidung zu hören.

(3) Das Nähere, insbesondere die Grundsätze der Vergütung, beschließt der Hörfunkrat mit Zustimmung des Verwaltungsrates in einer Satzung.

(4) Der Datenschutzbeauftragte gemäß Artikel 37 der Verordnung (EU) 2016/679 wird vom Intendanten mit Zustimmung des Verwaltungsrates benannt.

§ 17

Unabhängigkeit des Rundfunkdatenschutzbeauftragten

(1) Der Rundfunkdatenschutzbeauftragte ist in Ausübung seines Amtes unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen. Er unterliegt keiner Rechts- oder Fachaufsicht. Der Dienstaufsicht des Verwaltungsrates untersteht er nur insoweit, als seine Unabhängigkeit bei der Ausübung seines Amtes dadurch nicht beeinträchtigt wird.

(2) Die Dienststelle des Rundfunkdatenschutzbeauftragten wird bei der Geschäftsstelle von Hörfunkrat und Verwaltungsrat eingerichtet. Dem Rundfunkdatenschutzbeauftragten ist die für die Erfüllung seiner Aufgaben und Befugnisse notwendige Personal-, Finanz- und Sachausstattung zur Verfügung zu stellen. Die erforderlichen Mittel sind jährlich, öffentlich und gesondert im Haushaltsplan der Körperschaft auszuweisen und dem Rundfunkdatenschutzbeauftragten im Haushaltsvollzug zuzuweisen. Einer Finanzkontrolle durch den Verwaltungsrat unterliegt der Rundfunkdatenschutzbeauftragte nur insoweit, als seine Unabhängigkeit bei der Ausübung seines Amtes dadurch nicht beeinträchtigt wird.

(3) Der Rundfunkdatenschutzbeauftragte ist in der Wahl seiner Mitarbeiter frei. Sie unterstehen allein seiner Leitung.

§ 18

Aufgaben und Befugnisse des Rundfunkdatenschutzbeauftragten

(1) Der Rundfunkdatenschutzbeauftragte überwacht die Einhaltung der Datenschutzvorschriften dieses Staatsvertrages, des Rundfunkstaatsvertrages, der Verordnung (EU) 2016/679 und anderer Vorschriften über den Datenschutz bei der gesamten Tätigkeit der Körperschaft und ihrer Beteiligungsunternehmen im Sinne des § 16 c Abs. 3 Satz 1 des Rundfunkstaatsvertrages. Er hat die Aufgaben und Befugnisse entsprechend den Artikeln 57 und 58 Abs. 1 bis 5 der Verordnung (EU) 2016/679. Bei der Zusammenarbeit mit anderen Aufsichtsbehörden hat er, soweit die Datenverarbeitung zu journalistischen Zwecken betroffen ist, den Informantenschutz zu wahren. Er kann gegenüber der Körperschaft keine Geldbußen verhängen.

(2) Stellt der Rundfunkdatenschutzbeauftragte Verstöße gegen Vorschriften über den Datenschutz oder sonstige Mängel bei der Verarbeitung personenbezogener Daten fest, so beanstandet er dies gegenüber dem Intendanten und fordert ihn zur Stellungnahme innerhalb einer angemessenen Frist auf. Gleichzeitig unterrichtet er den Verwaltungsrat. Von einer Beanstandung und Unterrichtung kann abgesehen werden,

wenn es sich um unerhebliche Mängel handelt oder wenn ihre unverzügliche Behebung sichergestellt ist.

(3) Die vom Intendanten nach Absatz 2 Satz 1 abzugebende Stellungnahme soll auch eine Darstellung der Maßnahmen enthalten, die aufgrund der Beanstandung des Rundfunkdatenschutzbeauftragten getroffen worden sind. Der Intendant leitet dem Verwaltungsrat gleichzeitig eine Abschrift der Stellungnahme gegenüber dem Rundfunkdatenschutzbeauftragten zu.

(4) Der Rundfunkdatenschutzbeauftragte erstattet jährlich auch den Organen der Körperschaft den schriftlichen Bericht im Sinne des Artikels 59 der Verordnung (EU) 2016/679 über seine Tätigkeit. Der Bericht wird veröffentlicht, wobei eine Veröffentlichung im Online-Angebot der Körperschaft ausreichend ist.

(5) Jedermann hat das Recht, sich unmittelbar an den Rundfunkdatenschutzbeauftragten zu wenden, wenn er der Ansicht ist, bei der Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten durch die Körperschaft oder ihrer Beteiligungsunternehmen im Sinne des § 16 c Abs. 3 Satz 1 des Rundfunkstaatsvertrages in seinen schutzwürdigen Belangen verletzt zu sein.

(6) Der Rundfunkdatenschutzbeauftragte ist sowohl während als auch nach Beendigung seiner Tätigkeit verpflichtet, über die ihm während seiner Dienstzeit bekannt gewordenen Angelegenheiten und vertraulichen Informationen Verschwiegenheit zu bewahren.“

Artikel 5

Kündigung, Inkrafttreten, Neubekanntmachung

(1) Für die Kündigung der in den Artikeln 1 bis 4 geänderten Staatsverträge sind die dort vorgesehenen Kündigungsvorschriften maßgebend.

(2) Dieser Staatsvertrag tritt zum 25. Mai 2018 in Kraft. Sind bis zum 24. Mai 2018 nicht alle Ratifikationsurkunden bei der Staatskanzlei des Vorsitzenden der Ministerpräsidentenkonferenz hinterlegt, wird der Staatsvertrag gegenstandslos.

(3) Die Staatskanzlei des Vorsitzenden der Ministerpräsidentenkonferenz teilt den Ländern die Hinterlegung der Ratifikationsurkunden mit.

(4) Die Länder werden ermächtigt, den Wortlaut des Rundfunkstaatsvertrages, des Rundfunkbeitragsstaatsvertrages, des ZDF-Staatsvertrages und des Deutschlandradio-Staatsvertrages in der Fassung, die sich aus den Artikeln 1 bis 4 ergibt, mit neuem Datum bekannt zu machen.

Für das Land Baden-Württemberg:

Berlin, den 14. 12. 2017

Winfried Kretschmann

Für den Freistaat Bayern:

Berlin, den 13. 12. 2017

Horst Seehofer

Für das Land Berlin:

Berlin, den 15. 12. 17

Michael Müller

Für das Land Brandenburg:

Potsdam, den 14. 12. 2017

Dietmar Woidke

Für die Freie Hansestadt Bremen:

Berlin, den 14. 12. 17

C. Sieling

Für die Freie und Hansestadt Hamburg:

Berlin, den 14. 12.

Olaf Scholz

Für das Land Hessen:

Berlin, den 15. 12. 2017

V. Bouffier

Für das Land Mecklenburg-Vorpommern:

Berlin, den 14. 12. 17

Manuela Schwesig

Für das Land Niedersachsen:

Berlin, den 15. 12. 2017

Stephan Weil

Für das Land Nordrhein-Westfalen:

Berlin, den 15. 12. 2017

Armin Laschet

Für das Land Rheinland-Pfalz:

Berlin, den 14. 12. 2017

Malu Dreyer

Für das Saarland:

Saarbrücken, den 18. 12. '17

Annegret Kramp-Karrenbauer

Für den Freistaat Sachsen:

Dresden, den 5. 12. 17

St. Tillich

Für das Land Sachsen-Anhalt:

Berlin, den 15. 12. 17

Haseloff

Für das Land Schleswig-Holstein:

Kiel, den 11. 12. 17

Günther

Für den Freistaat Thüringen:

Erfurt, den 12. 12. 2017

Bodo Ramelow

Begründung
zum Einundzwanzigsten Staatsvertrag zur
Änderung rundfunkrechtlicher Staatsverträge
(Einundzwanzigster Rundfunkänderungsstaatsvertrag)

A. Allgemeines

Die Regierungschefinnen und Regierungschefs der Länder haben vom 5. bis 18. Dezember 2017 den Einundzwanzigsten Rundfunkänderungsstaatsvertrag unterzeichnet.

Die Änderungen des Einundzwanzigsten Rundfunkänderungsstaatsvertrages betreffen den Rundfunkstaatsvertrag, den Rundfunkbeitragsstaatsvertrag, den ZDF-Staatsvertrag und den Deutschlandradio-Staatsvertrag.

Durch Artikel 1 wird der Rundfunkstaatsvertrag geändert. Neben redaktionellen Änderungen erfolgen Anpassungen im Hinblick auf die am 25. Mai 2016 in Kraft getretene Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung, ABl. L 119 vom 4. Mai 2016, S. 1; L 314 vom 22. November 2016, S. 72).

Die Datenschutz-Grundverordnung wurde aufgrund der raschen technologischen Entwicklung und der Globalisierung, die das Datenschutzrecht vor neue Herausforderungen stellt, erlassen. So haben sich der Europäische Rat, das Europäische Parlament und die Europäische Kommission auf eine umfassende Reform des europäischen Datenschutzrechts verständigt, um eine weitergehende europäische Rechtsharmonisierung im Datenschutzrecht zu erreichen. Die Datenschutz-Grundverordnung gilt gemäß Artikel 99 Abs. 2 ab dem 25. Mai 2018 unmittelbar unionsweit und löst die geltende EG-Datenschutzrichtlinie (RL 95/46/EG) ab. Neben der Gewährleistung eines freien Datenverkehrs innerhalb des Europäischen Binnenmarktes zielt die Datenschutz-Grundverordnung auf die Sicherstellung des Schutzes der Grundrechte und Grundfreiheiten natürlicher Personen und insbesondere deren Recht auf Schutz personenbezogener Daten (Artikel 1 Abs. 2 und 3 der Datenschutz-Grundverordnung). Materielle Regelungen und deren Anwendung durch die nationalen Behörden und Gerichte sollen durch die Datenschutz-Grundverordnung stärker als früher vereinheitlicht werden. Zugleich stärkt die Datenschutz-Grundverordnung die Rechte der Betroffenen.

Die Verabschiedung der Datenschutz-Grundverordnung führt zu grundlegenden strukturellen Änderungen im nationalen Datenschutzrecht: Aufgrund des Rechtsformwechsels hin zu einer Verordnung bedürfen die Regelungen keiner Umsetzung in das nationale Recht, sondern sind vielmehr ab dem 25. Mai 2018 unionsweit unmittelbar anwendbar. Trotz ihres Charakters als Verordnung enthält die Datenschutz-Grundverordnung aber eine Reihe obligatorischer Handlungsaufträge an die Mitgliedstaaten, die eine zwingende Ausgestaltung im nationalen Datenschutzrecht erforderlich machen, beispielsweise die Errichtung unabhängiger Aufsichtsbehörden. Darüber hinaus räumt die Datenschutz-Grundverordnung dem nationalen Gesetzgeber, insbesondere im öffentlichen Bereich, im Rahmen sog. Öffnungsklauseln, wie vor allem in den Artikeln 4, 23 Abs. 1 Buchst. e und 85, Regelungsspielräume ein. Diese lassen im nationalen Datenschutzrecht Raum für Ausnahmen und Abweichungen von zentralen Bestimmungen der Datenschutz-Grundverordnung.

Den Landesgesetzgebern steht damit eine Frist bis zum 25. Mai 2018 zur Verfügung, um die rundfunkrechtlichen Staatsverträge an die Vorgaben der Datenschutz-Grundverordnung anzupassen. Bis zu diesem Termin sind Rechtsvorschriften aufzuheben, die wegen des Geltungsvorrangs der Datenschutz-Grund-

verordnung nicht mehr anzuwenden sind und die auch nicht aufgrund der den Mitgliedstaaten eingeräumten Regelungsermächtigungen, insbesondere für die Datenverarbeitung im öffentlichen Bereich, fortgeführt werden können. Darüber hinaus sind bis zu diesem Zeitpunkt die in der Verordnung enthaltenen Regelungsaufträge umzusetzen, um Anwendungslücken zu vermeiden.

Nach Artikel 85 der Datenschutz-Grundverordnung haben die Mitgliedstaaten „durch Rechtsvorschriften das Recht auf den Schutz personenbezogener Daten gemäß dieser Verordnung mit dem Recht auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit, einschließlich der Verarbeitung zu journalistischen Zwecken [...] in Einklang“ zu bringen. Die Mitgliedstaaten sind also in der Form eines Abwägungsgebotes verpflichtet, einen angemessenen Ausgleich zwischen dem Schutz personenbezogener Daten und dem Recht auf freie Meinungsäußerung und auf Informationsfreiheit zu schaffen.

Der Abwägungsvorgang für Abweichungen und Ausnahmen von der Datenschutz-Grundverordnung ist grundsätzlich dem Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten zuzuordnen. Die Kompetenz für die vorzunehmenden Abwägungsentscheidungen liegt damit bei den Mitgliedstaaten. Dieser für die gesamte Datenschutz-Grundverordnung Geltung beanspruchende Grundsatz erfährt im Anwendungsbereich des Artikels 85 der Datenschutz-Grundverordnung eine zusätzliche Verstärkung, weil die Europäische Union für den kulturellen Bereich keine Harmonisierungskompetenz besitzt, was in Artikel 167 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union (ABl. C 202 vom 7. Juni 2016, S. 47), der sogenannten Kulturklausel, seine Bestätigung findet. Die Rundfunk- und Kulturpolitik ist grundsätzlich Sache der Mitgliedstaaten.

Der durch Artikel 85 der Datenschutz-Grundverordnung grundsätzlich eröffnete Ausschluss ganzer Kapitel ermöglicht eine Ausgestaltung, die im Wesentlichen dem Umfang der bisher vorhandenen Medienprivilegien entspricht. Dies umfasst insbesondere die hinsichtlich der bei Recherche und Vorbereitung von Publikationen unverzichtbare Befugnis zur Verarbeitung personenbezogener Daten auch ohne Einwilligung des Betroffenen, den Ausschluss von Auskunfts- und Berichtigungsansprüchen betroffener Personen und das Fehlen einer staatlichen datenschutzrechtlichen Aufsicht.

Die Ausnahmen und Beschränkungen sind bisher und auch zukünftig aufgrund der herausragenden Bedeutung freier, keiner staatlichen Kontrolle unterworfenen Medien für die öffentliche Meinungsbildung und die Meinungsvielfalt in einem demokratischen System und ihrer unerlässlichen Kontrollaufgabe („Wächteramt“) geboten und gerechtfertigt. Ohne die Verarbeitung personenbezogener Daten auch ohne Einwilligung der jeweils betroffenen Personen wäre journalistische Arbeit nicht möglich und die Presse könnte ihre in Artikel 5 Abs. 1 Satz 2 des Grundgesetzes, Artikel 10 Abs. 1 Satz 2 der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten sowie Artikel 11 Abs. 1 Satz 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union zuerkannten und garantierten Aufgaben nicht wahrnehmen (vgl. BVerwG, Beschluss vom 29. Oktober 2015 – 1 B 32/15, Rdnr. 5, m. w. N.).

Die Abwägungsentscheidung zwischen den widerstreitenden Grundrechtspositionen der informationellen Selbstbestimmung (Artikel 2 Abs. 1 in Verbindung mit Artikel 1 Abs. 1 des Grundgesetzes) einerseits und der Meinungs-, der Informations- und den Medienfreiheiten (Artikel 5 Abs. 1 S. 1 und 2 des Grundgesetzes) andererseits wurde bereits im Rahmen der bestehenden datenschutzrechtlichen Regelungen vorgenommen. Diese Abwägungsentscheidung wurde im Lichte der Datenschutz-Grundverordnung einer erneuten Überprüfung unterzogen, insbesondere auch im Hinblick auf den Schutz personenbezogener Daten und der Meinungs- und Medienfreiheit gemäß der Artikel 8 und 11 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union. Die Untersuchung führte allerdings zu keinen erheblichen Veränderungen bei der Gewichtung der einzelnen Positionen.

Die in den rundfunkrechtlichen Staatsverträgen vorgenommenen Änderungen beschränken sich daher auf Anpassungen, deren Notwendigkeit sich durch die Verabschiedung der Datenschutz-Grundverordnung ergeben. Von den in der Verordnung enthaltenen Regelungsermächtigungen wurde umfangreich Gebrauch gemacht, ohne den insbesondere durch Artikel 85 der Datenschutz-Grundverordnung eingeräumten Umsetzungsspielraum zu überschreiten. Die Möglichkeit, weitgehend an bewährten Strukturen festzuhalten, entspricht nach der Entstehungsgeschichte von Artikel 85 Abs. 1 und 2 auch der Intention des europäischen Gesetzgebers.

Im Medienbereich wird so ein einheitliches, angemessenes und ausgewogenes Datenschutzniveau gewährleistet, das für die betroffene Person zudem durch den zivilrechtlichen Persönlichkeitsrechtsschutz flankiert wird.

Darüber hinaus wird durch Artikel 1 im Rundfunkstaatsvertrag eine Betrauungsnorm im Sinne des Artikels 106 Abs. 2 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union geschaffen. Die Regelung stellt klar, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten neben ihrer schon bisherigen Betrauung mit der Herstellung und Verbreitung ihrer Angebote auch damit betraut sind, dabei miteinander zu kooperieren. Hierdurch wird klargestellt, dass diese bei binnenmarktrelevanten Kooperationen im Auftragsbereich grundsätzlich nicht den Regelungen des europäischen Wettbewerbsrechts unterliegen. Ziel der Neuregelung ist es, den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten eine erhöhte Rechtssicherheit bei Kooperationen im Auftragsbereich zu geben, damit diese bestehende Effizienzpotenziale heben können. Zudem wird die grundsätzliche Durchführung von Kooperationen verpflichtend, was neben der angestrebten Effizienzsteigerung auch für die umsatzsteuerrechtliche Bewertung relevant ist.

Mit Artikel 2 werden im Hinblick auf das Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung Anpassungen im Rundfunkbeitragsstaatsvertrag vorgenommen.

Mit Artikel 3 und 4 erfolgt die Anpassung des ZDF- und des Deutschlandradio-Staatsvertrages an die Vorgaben der Datenschutz-Grundverordnung. Die Unabhängigkeit des Rundfunkdatenschutzbeauftragten als zuständige Aufsichtsbehörde im Sinne des Artikels 51 der Datenschutz-Grundverordnung ist unter anderem durch das Verfahren seiner Ernennung (§ 16), seine personelle und finanzielle Ausstattung (§ 17) und die ihm zustehenden Befugnisse im Sinne von Artikel 52 Datenschutz-Grundverordnung (§ 18) gewährleistet.

B. Zu den einzelnen Artikeln

I.

Begründung zu Artikel 1

Änderung des Rundfunkstaatsvertrages

Zu den einzelnen Bestimmungen

Zu Nummer 1

Nummer 1 enthält die aufgrund der nachfolgenden Änderungen notwendig werdenden Anpassungen des Inhaltsverzeichnisses.

Zu Nummer 2

In § 4 Abs. 2 Satz 1 Nr. 5 erfolgt eine aufgrund der Umbenennung des Wettbewerbs von „UEFA-Cup“ in „Europa League“ notwendige redaktionelle Anpassung.

Zu Nummer 3

In § 9 c wird im Rundfunkstaatsvertrag unter Berücksichtigung der unter A. Allgemeines ausgeführten Grundsätze ein einheitliches Medienprivileg zur Datenverarbeitung im Rundfunkbereich geschaffen, das die existierenden Medienprivilegien in den Rundfunk- und Mediengesetzen der Länder sowie in den Staatsverträgen und Gesetzen zu den einzelnen Landesrundfunkfunkanstalten ersetzt. Aus Gründen der Klarstellung wurde der Begriff „Medienprivileg“ in die Überschrift mit aufgenommen.

Artikel 85 der Datenschutz-Grundverordnung gibt den Mitgliedstaaten den Auftrag, „durch Rechtsvorschriften das Recht auf den Schutz personenbezogener Daten gemäß dieser Verordnung mit dem Recht auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit, einschließlich der Verarbeitung zu journalistischen Zwecken [...] in Einklang“ zu bringen. Es war daher eine umfassende Abwägung vorzunehmen. Dabei wurde auch berücksichtigt, dass die Freiheit der Medien auch im Zeitalter der Digitalisierung konstituierend für die freiheitliche demokratische Grundordnung ist [ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, vgl. BVerfGE 7, 198 (208); 77, 65 (74 ff.)].

Bislang fanden bei der Datenverarbeitung zu journalistischen Zwecken durch einen Verweis auf die entsprechenden Normen des Bundesdatenschutzgesetzes im Wesentlichen lediglich Grundsätze der Datensicherheit und des Datengeheimnisses Anwendung. Diese Grundsätze sollen weiter gelten, müssen allerdings an die Datenschutz-Grundverordnung angepasst werden.

Vom Anwendungsbereich umfasst sind die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und private Rundfunkveranstalter, unabhängig davon, ob sie ihre Inhalte bundesweit, landesweit, regional oder lokal verbreiten. § 9 c gilt hingegen nicht für die Datenverarbeitung im Rahmen von Telemedien der genannten Stellen, da Abschnitt I gemäß § 1 Abs. 1 Hs. 2 nicht für Telemedien gilt. Entsprechende Regelungen für die Telemedien der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und der privaten Rundfunkveranstalter finden sich daher in § 57.

In Absatz 1 Satz 1 wird der Begriff des Datengeheimnisses legaldefiniert. Der Begriff des Datengeheimnisses ist bereits jetzt über einen Verweis auf die entsprechenden Normen der Datenschutzgesetze in vielen Medienprivilegien enthalten und soll erhalten bleiben. In diesem Bereich ist der Informantenschutz zu beachten. Mit der positiven Regelung des Datengeheimnisses, die im journalistischen Bereich weiterhin erforderlich ist, soll die bisherige Rechtslage abgebildet werden.

Die Formulierung des Datengeheimnisses folgt § 5 des Bundesdatenschutzgesetzes in der Fassung vom 14. Januar 2003, zuletzt geändert durch Gesetz vom 25. Februar 2015; BGBl. I S. 162 (Bundesdatenschutzgesetz alte Fassung). Anstelle des Begriffs „unbefugt“ wird jedoch „zu anderen Zwecken“ verwendet. Gemeint ist hiermit eine Verarbeitung zu anderen als zu journalistischen Zwecken. Dem Begriff „unbefugt“ kam in § 5 des Bundesdatenschutzgesetzes alte Fassung keine selbstständige Bedeutung zu, sondern umfasste jede, nicht im Sinne von § 4 des Bundesdatenschutzgesetzes alte Fassung zulässige Datenverarbeitung. Vorliegend wird dies dahingehend konkretisiert, dass ausschließlich eine Verarbeitung zu journalistischen Zwecken zulässig ist. Die Erlaubnistatbestände der Artikel 6, 7 und 8 der Datenschutz-Grundverordnung bleiben unberührt.

Soweit bisher eine Verarbeitung „ausschließlich zu eigenen journalistisch-redaktionellen“ Zwecken vorausgesetzt war, genügt nun jede Verarbeitung „zu journalistischen Zwecken“. Die Neuregelung folgt damit dem Wortlaut von Artikel 85 der Datenschutz-Grundverordnung und des Erwägungsgrundes 153, wonach der Begriff „Journalismus“ weit auszulegen ist. Die Voraussetzung „ausschließlich zu eigenen“ entfällt ebenfalls im Hinblick auf den Wortlaut der Datenschutz-Grundverordnung. Zudem sollen Kooperationen mit anderen journalistischen Einheiten

ausdrücklich möglich sein, da diese in der Praxis zunehmend an Bedeutung gewinnen (beispielsweise im Rahmen von Rechercheverbänden). Von der datenschutzrechtlichen Privilegierung sollen alle Vorgänge, von der Beschaffung der Information über die Verarbeitung bis zur Veröffentlichung, auch in digitalen Archiven, erfasst sein, nicht erst die Gestaltung der Angebote (ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, vgl. BVerfGE 77, 65 (74 ff.), m. w. N.).

Die Sätze 2 und 3 sind an den Regelungsgehalt von § 5 Satz 2 und Satz 3 des Bundesdatenschutzgesetzes alte Fassung angelehnt und ergänzen die Regelung des Datengeheimnisses. Satz 2 hat klarstellende Funktion. Die Verpflichtung auf das Datengeheimnis in Satz 2 bezweckt vorrangig die Aufklärung über die gesetzlichen Pflichten und dient der Beweissicherung, um der mit der Datenverarbeitung befassten Person im Falle eines Missbrauchs geschützter Daten den Einwand des Verbotsirrtums zu verwehren. Die Verpflichtung zur Wahrung des Datengeheimnisses besteht gemäß Satz 3 über das Ende der Tätigkeit hinaus, das heißt auch nach Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses.

In Satz 4 wird zunächst klargestellt, dass die Kapitel I, VIII, X und XI der Datenschutz-Grundverordnung anwendbar sind. Von den übrigen Kapiteln finden für die Datenverarbeitung zu journalistischen Zwecken im Rahmen der Öffnungsklausel des Artikels 85 der Datenschutz-Grundverordnung nur die weiteren in Satz 4 genannten Vorschriften Anwendung. Für die Verarbeitung personenbezogener Daten zu journalistischen Zwecken gelten aufgrund der auch durch Artikel 85 der Datenschutz-Grundverordnung gewährleisteten Rundfunkfreiheit nur bestimmte Artikel der Verordnung (sogenanntes Medienprivileg). Das Bundesdatenschutzgesetz in der aufgrund des Gesetzes vom 30. Juni 2017 (BGBl. I S. 2097) ab dem 25. Mai 2018 gültigen Fassung findet im Übrigen keine Anwendung. Damit wird von dem Auftrag in Artikel 85 der Datenschutz-Grundverordnung nach erfolgter umfassender Verhältnismäßigkeitsprüfung Gebrauch gemacht.

Artikel 5 Abs. 1 Buchst. f der Datenschutz-Grundverordnung soll dabei die Verpflichtung auf die Wahrung der Datensicherheit umsetzen. Es wird vorausgesetzt, dass für die Wahrung der Datensicherheit, ebenso wie des Datengeheimnisses der „Verantwortliche“ gemäß Artikel 4 Nr. 7 der Datenschutz-Grundverordnung einzustehen hat. Daher wird klarstellend „in Verbindung mit. Abs. 2“ ergänzt.

Der Verweis auf Artikel 24 der Datenschutzgrundverordnung macht deutlich, dass der für die Datenverarbeitung Verantwortliche seinen Pflichten unter Berücksichtigung der Art, des Umfangs, der Umstände und der Zwecke der Verarbeitung sowie der unterschiedlichen Eintrittswahrscheinlichkeit und Schwere der Risiken für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen nachkommen muss. Insbesondere der journalistische Zweck der Datenverarbeitung ist hierbei berücksichtigungsfähig. Der für den Verantwortlichen geltende Pflichtenkatalog folgt aus den Vorgaben der Datenschutz-Grundverordnung einschließlich der aufgrund Artikel 85 erlassenen nationalen Rechtsvorschriften.

Der Verweis auf Artikel 32 der Datenschutzgrundverordnung konkretisiert die an die Datensicherheit zu stellenden Anforderungen.

Satz 5 stellt im Sinne allgemeiner schadensrechtlicher Prinzipien klar, dass die in den Artikeln 82 und 83 der Datenschutz-Grundverordnung enthaltenen Regelungen zum Schadensersatz beziehungsweise zu Geldbußen nur bei einer Verletzung der für anwendbar erklärten Pflichten in Betracht kommt, also bei einer Verletzung des Datengeheimnisses gemäß den Sätzen 1 bis 3 sowie für unzureichende Maßnahmen nach Artikel 5 Abs. 1 Buchst. f, 24 und 32 der Datenschutz-Grundverordnung.

Bei der Verarbeitung personenbezogener Daten zu anderen, als zu journalistischen Zwecken findet die Datenschutz-Grundverordnung grundsätzlich uneingeschränkt Anwendung.

Satz 6 legt fest, dass auch Hilfs- und Beteiligungsunternehmen der in Satz 1 genannten Stellen von der Privilegierung der Sätze 1 bis 5 erfasst werden, soweit sie personenbezogene Daten zu journalistischen Zwecken verarbeiten. Beteiligungsunternehmen sind solche, an denen die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten oder private Rundfunkveranstalter, auch in einer mehrstufigen Konzernstruktur, gesellschaftsrechtlich beteiligt sind. Der Begriff des Hilfsunternehmens entstammt § 41 des Bundesdatenschutzgesetzes alte Fassung. Als Hilfsunternehmen kommen unabhängige Unternehmen oder andere Konzernunternehmen in Betracht, wenn diese für die in Satz 1 genannten Stellen journalistische Aufgaben wahrnehmen.

Die in Satz 7 geregelten Verhaltenskodizes sind keine solchen im Sinne der Artikel 40 f. der Datenschutz-Grundverordnung, insbesondere finden die Vorgaben zur Genehmigung und Überwachung keine Anwendung.

Satz 8 stellt ergänzend zu Satz 4 klar, dass den betroffenen Personen keine weitergehenden als die in den Absätzen 2 und 3 genannten Rechte zustehen. Im Hinblick auf Artikel 4 Nr. 1 der Datenschutz-Grundverordnung findet der Begriff „betroffene Person“ anstelle von „Betroffenen“ Verwendung.

Absatz 2 folgt dem bisherigen § 17 Abs. 2 des ZDF-Staatsvertrages. Gegenüber der dort geregelten „Verwendung“ wird der Anwendungsbereich durch die Verwendung des Begriffs „Verarbeitung“ jedoch erweitert. Bereits bei der Erhebung von Daten kann es zu Rechtsverstößen kommen, gegen die die betroffene Person vorgehen kann. Der Begriff der „Verarbeitung“ umfasst deshalb jeden Vorgang mit Daten im Sinne des Artikels 4 Nr. 2 der Datenschutz-Grundverordnung. Soweit der Katalog der gerichtlichen Entscheidungen oder zivilrechtlichen Vereinbarungen angepasst wird, ist hiermit keine materielle Änderung beabsichtigt. Insbesondere ist es nicht erforderlich, dass Entscheidungen im Volltext zu den Daten genommen werden.

Absatz 3 orientiert sich am bisherigen § 17 Abs. 3 des ZDF-Staatsvertrages und enthält abschließend die für betroffene Personen geltenden Auskunftsrechte. Die in der Datenschutz-Grundverordnung enthaltenen, umfangreichen Auskunftsrechte gefährden die demokratiesichernde Funktion journalistischer Arbeit, insbesondere im Bereich der investigativen Recherche. Mit § 9 c Abs. 3 erfolgt eine inhaltliche Angleichung der bisher in § 17 Abs. 3 des ZDF-Staatsvertrages, § 17 Abs. 3 des Deutschlandradio-Staatsvertrages und § 47 Abs. 2 unterschiedlich geregelten Auskunftsansprüche.

Satz 1 macht die „Berichterstattung“ zum Anknüpfungspunkt des Auskunftsanspruchs und orientiert sich daher an den bisher geltenden Regelungen des § 17 Abs. 3 des ZDF-Staatsvertrages und des § 17 Abs. 3 des Deutschlandradio-Staatsvertrages. Anders als bisher in § 47 Abs. 2 soll das Auskunftsrecht der betroffenen Person nicht bereits bei jedem Verarbeiten von Daten, sondern nur im Falle der nach außen tretenden „Berichterstattung“ entstehen, damit interne journalistische Prozesse nicht gefährdet werden. Notwendig ist eine Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts der betroffenen Person. Damit wird klargestellt, dass nur Beeinträchtigungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und nicht beispielsweise Vermögensschäden Anknüpfungspunkt des Rechts aus Absatz 3 Satz 1 sind.

Satz 2 enthält abschließend die Tatbestände, die den Verantwortlichen nach Abwägung der schutzwürdigen Interessen der Beteiligten im Einzelfall zur Verweigerung der Auskunft berechtigen. Die Geheimhaltung der Informationsquellen und der Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Journalisten und ihren Quellen ist ebenso unabdingbare Voraussetzung für die journalistische Aufgabenerfüllung wie die Vertraulichkeit der Redaktionsarbeit [ständige Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, vgl. zuletzt BVerfGE 117, 244 (258)]. Beides ist daher vom Schutz des Artikels 5 Abs. 1 Satz 2 des Grundgesetzes umfasst. In den Schutzbereich werden auch nicht-journalistisch Mitwirkende einbezogen, sofern über diese Rückschlüsse auf journalistisch Mitwirkende gezogen werden können.

Satz 3 gibt den betroffenen Personen das Recht, die Berichtigung unrichtiger personenbezogener Daten oder die Hinzufügung einer eigenen Darstellung von angemessenem Umfang zu verlangen. Soweit in Satz 3 nunmehr die „unverzügliche“ Berichtigung der Daten verlangt werden kann, folgt dies aus Artikel 16 der Datenschutz-Grundverordnung. Die Berichtigung der Daten ist ohne schuldhaftes Zögern vorzunehmen. Ein schuldhaftes Zögern liegt nicht vor, wenn der Berichtigungsanspruch streitig ist und zur Klärung ein Gericht angerufen wurde.

Satz 4 knüpft an den Erwägungsgrund 65 der Verordnung an. Zum Schutz der betroffenen Personen ist eine Abwägungsentscheidung zu treffen, bei der die Ausübung des Rechts auf freie Meinungsäußerung und Information oder die Wahrnehmung berechtigter Interessen die weitere Speicherung erfordern.

Absatz 4 Satz 1 macht deutlich, dass im Rundfunkstaatsvertrag keine Regelungen zur Datenschutzaufsicht im Bereich des Rundfunks erfolgen. Vielmehr wird sowohl für den privaten als auch für den öffentlich-rechtlichen Rundfunk durch Verweis auf das Landesrecht die Beibehaltung unterschiedlicher Aufsichtsstrukturen in den Ländern ermöglicht. Diese Möglichkeit ergibt sich bereits aus Artikel 51 Abs. 1 der Datenschutz-Grundverordnung sowie dem Erwägungsgrund 117, wonach die Mitgliedstaaten nicht nur eine, sondern mehrere Aufsichtsbehörden errichten dürfen.

Satz 2 bezieht sich insbesondere auf die Regelung des § 59.

Absatz 5 entspricht dem bisherigen § 47 Abs. 4 und ist aufgrund von § 1 Abs. 6 erforderlich. Danach muss die Anwendung von Bestimmungen des I. und III. Abschnitts für Teleshoppingkanäle ausdrücklich bestimmt werden.

Zu Nummer 4

§ 11 Abs. 3 wird von einer Ermessensnorm in eine Ist-Vorschrift geändert. Damit soll die grundsätzlich kooperative Aufgabenerfüllung der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten eine erhöhte Verbindlichkeit erlangen. Dies gilt insbesondere für Kooperationen zwischen den in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten, dem ZDF, dem Deutschlandradio und der Deutschen Welle. Auf die Begründung zu Artikel 1 Nr. 2 des Neunzehnten Rundfunkänderungsstaatsvertrages wird Bezug genommen. Die kooperative Auftragsbringung entspricht der langjährigen Praxis der Rundfunkanstalten. Eine ausdrückliche Regelung zur Kooperation sieht beispielsweise § 3 Abs. 3 Satz 1 Alt. 1 des Rundfunkfinanzierungsstaatsvertrages vor, nach dem Kooperationen zwischen den Rundfunkanstalten als eine Möglichkeit angeführt werden, um den Grundsätzen von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit Rechnung zu tragen. Jenseits der grundsätzlichen Verpflichtung, Kooperationen einzugehen, bleibt die aus Artikel 5 Abs. 1 Satz 2 des Grundgesetzes abgeleitete Programmautonomie der Anstalten unberührt. Neben der angestrebten Effizienzsteigerung bei der Herstellung und Verbreitung der Angebote der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten soll die Verpflichtung zur kooperativen Aufgabenerfüllung auch eine finanzielle Belastung der Beitragszahler im Hinblick auf die umsatzsteuerrechtliche Bewertung vermeiden.

Absatz 4 Satz 1 stellt klar, dass die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten neben ihrer bereits bisherigen Betrauung mit der Herstellung und Verbreitung ihrer Angebote im Sinne des Artikels 106 Abs. 2 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union ausdrücklich auch damit betraut sind, miteinander zu kooperieren. Somit unterliegen binnenmarktrelevante Kooperationen im Auftragsbereich grundsätzlich nicht den Regelungen des europäischen Wettbewerbsrechts. Kooperationen bei der Aufgabenerfüllung ermöglichen es, Effizienzpotenziale zu nutzen und damit zu wirtschaftlich tragbaren Bedingungen ein vielfältiges Programm in der Fläche zu sichern. Hintergrund dieser Regelung ist, dass der Schutz der Betroffenen vor Belastungen durch übermäßige Erhöhungen des Rundfunkbeitrags bei einem zugleich qualitativ hochwertigen Programm erforderlich ist,

um die Beitragsakzeptanz und damit letztlich die öffentliche Legitimation des öffentlich-rechtlichen Rundfunks sicherzustellen. Der öffentlich-rechtliche Rundfunk trägt zu inhaltlicher Vielfalt bei, wie sie der freie Markt allein nicht gewährleisten kann [vgl. zuletzt BVerfGE 136, 9 (29)]. Auch der europäische Gesetzgeber betont im Protokoll (Nr. 29) über den öffentlich-rechtlichen Rundfunk in den Mitgliedstaaten (ABl. C 115 vom 9. Mai 2008, S. 312) die unmittelbare Verknüpfung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks mit den demokratischen, sozialen und kulturellen Bedürfnissen der Gesellschaft. Ihm kommt damit besondere Bedeutung für das demokratische Gemeinwohl zu. Dabei gewährleistet das bestehende System der Finanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks mit der Prüfung durch die unabhängige Kommission zur Überprüfung und Ermittlung des Finanzbedarfs der Rundfunkanstalten (KEF), dass auch Effizienzgewinne, die durch Kooperationen erreicht werden, an die Beitragszahler weitergegeben werden.

Die gewünschten Kooperationen öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten können in Konflikt mit dem Kartellverbot des Artikels 101 Abs. 1 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union geraten. Zwar waren auch bisher zahlreiche Kooperationsformen nach Artikel 101 Abs. 3 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union freistellungsfähig, eine diesbezügliche Bewertung war für die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten allerdings mit erheblichen Unsicherheiten verbunden, welche vielfach die Durchführung von Kooperationen und damit eine Aufgabenerbringung zu wirtschaftlich annehmbaren Bedingungen praktisch verhinderte. Die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten bei der gemeinschaftlichen Erbringung der ihnen zugewiesenen Sonderaufgabe von der Anwendung der allgemeinen Wettbewerbsregeln ausdrücklich auszuschließen, ist daher erforderlich, da die Erbringung der Daseinsvorsorge durch die öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten ansonsten zumindest gefährdet würde (vgl. EuGH, Urteil vom 21. September 1999 – C-67/96, Slg. 1999, I-5751, Rdnr. 107; EuGH, Urteil vom 17. Mai 2001 – C-340/99, Slg. 2001, I-4109, Rdnr. 54).

Die Länder kommen damit ihrer in Artikel 14 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union in Verbindung mit Artikel 4 des Vertrages über die Europäische Union (ABl. C 115 vom 9. Mai 2008, S.13) und Protokoll (Nr.26) über Dienste von allgemeinem Interesse (ABl. C 115 vom 9. Mai 2008, S.308) festgeschriebenen Zuständigkeit nach, nichtwirtschaftliche Dienste von allgemeinem Interesse entsprechend in Auftrag zu geben und zu organisieren. Die insbesondere klarstellende Regelung, die die Anstalten dazu verpflichtet, effizienzsteigernde Kooperationen einzugehen, entbindet jedoch nicht von den verbleibenden Schranken des europäischen und nationalen Wettbewerbsrechts. Diese fordern, insbesondere bei Kooperationen mit starken marktlichen Auswirkungen, auch weiterhin eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit des Ausschlusses der Wettbewerbsregelungen im Einzelfall, um eine übermäßige Beeinträchtigung des Handelsverkehrs zu verhindern. Mit der hoheitlichen Betrauung soll daher weder eine wesentliche Erweiterung der Marktposition der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten noch eine gesetzliche Vorfestlegung im Hinblick auf die Rechtsstreitigkeiten um die sogenannten Kabeleinspeisungsentgelte erzielt werden.

Die trotz der nunmehr verbindlichen Durchführung von effizienzsteigernden Kooperationen zu beachtende Programmautonomie der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten wird durch das Wort „soweit“ in § 11 Abs. 4 Satz 1 gewahrt.

Satz 2 sieht verschiedene Bereiche als Regelbeispiele für die gesetzlich geforderte Eingehung von Kooperationen der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten vor. Die Betrauung ist damit hinreichend konkretisiert und bestimmt, zumal die aus Artikel 5 Absatz 1 Satz 2 des Grundgesetzes folgende Programmautonomie einer weiteren Konkretisierung der Handlungspflichten der öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten Grenzen setzt. Kooperationen öffentlich-rechtlicher Rundfunkanstalten im Auftragsbereich sind ohnehin von den grundsätzlichen Vorschriften des Wettbewerbsrechts ausgenommen. Eine enumerative Aufzählung stünde daher im Widerspruch zu der angestrebten gesetzlichen Regelung. Nach den

Schranken-Schranken des Artikels 106 Abs.2 des Vertrages über die Arbeitsweise der Europäischen Union bleibt insbesondere bei Kooperationen in den stark marktlichen Bereichen vor- und nachgelagerter Märkte, wie Programmrechteerwerb oder Verbreitung und Weiterverbreitung von Angeboten, eine Prüfung der Verhältnismäßigkeit im Einzelfall erforderlich.

Satz 3 stellt ausdrücklich klar, dass die Betrauungsnorm den Bereich kommerzieller Tätigkeiten nicht umfasst.

Zu Nummer 5

§ 24 Satz 1 enthält eine allgemeine Verschwiegenheitsverpflichtung für die Landesmedienanstalten, ihre Organe, ihre Bediensteten und von ihnen beauftragte Dritte. Diese soll fortgelten. Der bisher geregelte Verweis auf die Datenschutzbestimmungen nach Landesrecht in der bisherigen Fassung des § 24 Satz 2 kann demgegenüber im Hinblick auf die direkte Geltung der Datenschutz-Grundverordnung entfallen.

Zu Nummer 6

§ 47 wird aufgehoben. Für das Anbieter-Nutzer-Verhältnis, das in den §§ 11 bis 15 a des Telemediengesetzes geregelt ist, gilt künftig die Datenschutz-Grundverordnung unmittelbar. Der bislang in Absatz 1 enthaltenen Regelung bedarf es deshalb nicht mehr. Der Regelungsgehalt des Absatzes 2 geht in § 9 c Abs. 3 auf. Auch der Anwendungsbereich von Absatz 3 Satz 1 ist entfallen. Der Regelungsgehalt des Absatzes 3 Satz 2 und 3 ergibt sich künftig aus dem Landesrecht. Absatz 4 entfällt im Hinblick auf § 9 c Abs. 6.

Zu Nummer 7

In § 49 Abs. 1 Satz 1 werden die Nummern 23 bis 28 aufgehoben. Danach handelte der Veranstalter von bundesweit verbreitetem privatem Rundfunk ordnungswidrig, wenn er die in den Nummern 23 bis 28 genannten Handlungen entgegen des bisherigen § 47 Abs. 1 in Verbindung mit den entsprechenden Normen des Telemediengesetzes vornahm. Die Pflichten sowie die Bußgeldbewehrung der entsprechenden Tatbestände ergibt sich künftig unmittelbar aus Artikel 83 der Datenschutz-Grundverordnung. Aus der Streichung des bisherigen § 47 Abs. 1 folgt daher die Streichung der Nummern 23 bis 28.

Die Anpassungen in Absatz 3 Satz 1 stellen Folgeänderungen dar.

Zu Nummer 8

§ 57, der bisher nur ein Medienprivileg für Unternehmen und Hilfsunternehmen der Presse als Anbieter von Telemedien enthielt, wird zu einem umfassenden Medienprivileg für die Telemedien des Rundfunks und der Presse ausgeweitet. Veränderungen im Begriff des „Presseunternehmens“ sind mit der Neuregelung jedoch nicht beabsichtigt (vgl. zur bisherigen Rechtslage BVerwG, Beschluss vom 29. Oktober 2015 – 1 B 32/15, Rdnr. 5, m. w. N.). Das Bundesdatenschutzgesetz findet im Übrigen keine Anwendung.

Hinsichtlich ihres materiell-rechtlichen Regelungsgehalts entsprechen Satz 1 bis 5 sowie 7 und 8 des Absatzes 1 den Regelungen des § 9 c. Auch die journalistische Arbeit im Rahmen von Telemedienangeboten unterfällt den in Artikel 5 Abs. 1 Satz 2 des Grundgesetzes verankerten Medienfreiheiten.

Satz 6 bestimmt, dass die im VIII. Kapitel der Datenschutz-Grundverordnung enthaltenen Vorschriften für Unternehmen, Hilfs- und Beteiligungsunternehmen der

Presse keine Anwendung finden, soweit diese der Selbstregulierung durch den Pressekodex und der Beschwerdeordnung des Deutschen Presserates unterliegen. Die Ausnahme ist im Hinblick auf Artikel 85 Abs. 1 der Datenschutz-Grundverordnung erforderlich, um den Schutz personenbezogener Daten mit der Pressefreiheit nach Artikel 5 Abs. 1 Satz 2 des Grundgesetzes, Artikel 10 Abs. 1 Satz 2 der Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten sowie Artikel 11 Abs. 1 Satz 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union in Einklang zu bringen.

Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte betont in ständiger Rechtsprechung die grundlegende Bedeutung und das große Gewicht der Pressefreiheit für eine demokratische Gesellschaft, die unentbehrliche Rolle der Presse als „Wachhund“ und die staatliche Verpflichtung, die Pressefreiheit zu gewährleisten und zu erhalten. Insbesondere den Quellenschutz bezeichnet der Gerichtshof als Eckstein der Pressefreiheit, ohne den Informanten davon abgehalten werden könnten, der Presse bei der Unterrichtung der Öffentlichkeit über Fragen des öffentlichen Interesses zu helfen (vgl. Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Urteil vom 28. Juni 2012, NJW 2013, 3709; Urteil vom 19. Januar 2016, NJW 2017, 1533; Urteil vom 21. Januar 2016, NJW 2017, 795 je m. w. N.).

Auch das Bundesverfassungsgericht hat in ständiger Rechtsprechung eine freie, nicht von der öffentlichen Gewalt gelenkte, vom Staat unabhängige, keiner Zensur unterworfen freie Presse als Wesenselement des freiheitlichen Staates und als unentbehrlich für die moderne Demokratie angesehen. Das Gericht hat mehrfach festgestellt, dass auch die Geheimhaltung der Informationsquellen und das Vertrauensverhältnis zwischen Presse und Informanten geschützt und dieser Schutz unentbehrlich ist (vgl. BVerfGE 117, 244 [258 f.], m. w. N.). Dementsprechend ist auch das Bundesverwaltungsgericht zu dem bisher geltenden Medienprivileg, welches die Presse weitgehend von der Einhaltung von Datenschutzvorschriften freistellt, davon ausgegangen, dass ohne eine Datenverarbeitung auch ohne Einwilligung der Betroffenen journalistische Arbeit nicht möglich wäre (vgl. BVerwG, Beschluss vom 29. Oktober 2015 – 1 B 32/15, Rdnr. 5, m. w. N.).

Vor diesem Hintergrund ist die freiwillige Selbstkontrolle anhand der publizistischen Grundsätze (Pressekodex) des Deutschen Presserates als pressespezifisches und mittlerweile bewährtes System entstanden. Zwar haben sich diesem System nicht alle, aber die weitaus überwiegende Mehrzahl der Presseunternehmen durch eine Selbstverpflichtung unterworfen. Jedermann hat die Möglichkeit, sich beim Deutschen Presserat in einem einfachen und kostenlosen Verfahren zu beschweren, wobei der Presserat verschiedene Sanktionsmöglichkeiten bis hin zu einer öffentlichen Rüge mit Abdruckverpflichtung hat. Hieraus ergibt sich ein über die gesetzlichen Ansprüche hinausgehender, zusätzlicher, in der Praxis relevanter Schutz bei der Verarbeitung journalistischen Zwecken dienender Daten.

Dass insgesamt kein ausreichender Schutz der Persönlichkeitsrechte gewährleistet wäre und in der Vergangenheit nicht hinnehmbare Schutzlücken entstanden wären, ist nicht erkennbar. Eine Einschränkung der Pressefreiheit durch die Einräumung bisher nicht bestehender Rechte der betroffenen Personen beziehungsweise durch die Begründung neuer Verpflichtungen für die Presseunternehmen ist deshalb nicht erforderlich.

An diesem funktionierenden System des Beschwerderechts nach der Beschwerdeordnung des Deutschen Presserates wird auch weiterhin festgehalten.

Für Unternehmen der Presse sowie deren Hilfs- und Beteiligungsunternehmen, die dem Pressekodex und der Beschwerdeordnung des Deutschen Presserates hingegen nicht unterliegen, verbleibt es bei der Anwendung der Vorschriften des VIII. Kapitels der Datenschutz-Grundverordnung.

Absatz 2 Satz 1 legt fest, dass der Anwendungsbereich der Auskunftsansprüche gegenüber Anbietern von Telemedien, im Unterschied zu den in § 9 c Abs. 3 geltenden Betroffenenrechten, bereits dann eröffnet ist, wenn Daten zu journalisti-

schen Zwecken gespeichert, verändert, übermittelt, gesperrt oder gelöscht werden, also nicht erst im Falle einer Berichterstattung. Der Sinngehalt des bisherigen Begriffs „verarbeiten“ im Sinne des § 3 Abs. 4 Satz 1 des Bundesdatenschutzgesetzes alte Fassung bleibt damit erhalten. Damit trägt die Regelung den bei Telemedien weitergehenden Kommunikationsformen, insbesondere durch interaktive Rückkanäle und damit auch den weitergehenden Möglichkeiten einer Rechtsgutsbeeinträchtigung Rechnung.

Die Formulierung „über Angebote“, die bisher in § 57 Abs. 2 Satz 1 enthalten war, wird gestrichen, da ihr keine eingrenzende Funktion zukommt. Die Norm soll verständlicher gestaltet werden, eine inhaltliche Änderung ist damit nicht verbunden.

Ebenso wie in § 9 c Abs. 3 Satz 1 ist eine Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts der betroffenen Person erforderlich. Nach Abwägung der schutzwürdigen Interessen der Beteiligten kann die Auskunft auch hier verweigert werden. Hierbei gelten dieselben Grundsätze wie zu § 9 c Abs. 3 Satz 2.

Satz 3 gibt den betroffenen Personen das Recht, die Berichtigung unrichtiger personenbezogener Daten oder die Hinzufügung einer eigenen Darstellung von angemessenem Umfang zu verlangen. Soweit in Satz 3 nunmehr die „unverzügliche“ Berichtigung der Daten verlangt werden kann, folgt dies aus Artikel 16 der Datenschutz-Grundverordnung. Die Berichtigung der Daten ist ohne schuldhaftes Zögern vorzunehmen. Ein schuldhaftes Zögern liegt nicht vor, wenn der Berichtigungsanspruch streitig ist und zur Klärung ein Gericht angerufen wurde.

Satz 4 entspricht § 9 c Abs. 3 Satz 4.

Satz 5 bleibt unverändert. Die Regelung stellt eine nach Artikel 85 der Datenschutz-Grundverordnung zulässige Abweichung, insbesondere zu den in der Datenschutz-Grundverordnung geregelten Informationspflichten und Auskunftsrechten, dar.

Die Änderungen in Absatz 3 entsprechen der Regelung in § 9 c Abs. 2.

Zu Nummer 9

In § 59 Abs. 1 wird wie bisher die Aufsicht über die Datenverarbeitung durch Anbieter von Telemedien geregelt.

In Satz 1 wird der bisher enthaltene Verweis auf das Telemediengesetz gestrichen und durch einen Verweis auf die „allgemeinen Datenschutzbestimmungen“ ersetzt. Anstelle von „Kontrollbehörden“ wird künftig der Begriff der „Aufsichtsbehörden“ verwendet. Damit wird klargestellt, dass hiermit alle gemäß Artikel 51 der Datenschutz-Grundverordnung eingerichteten Stellen gemeint sind.

In Satz 2 wird nun einheitlich festgelegt, dass die beim Rundfunk für den Datenschutz im journalistischen Bereich zuständigen Stellen für ihren Bereich auch die Einhaltung der Datenschutzbestimmungen für journalistisch-redaktionell gestaltete Angebote bei Telemedien überwachen. Damit wird im Sinne eines konvergenten Ansatzes sichergestellt, dass die aufgrund von § 9 c Abs. 4 erlassenen landesrechtlichen Regelungen zur Datenschutzaufsicht auch für den Bereich der journalistisch-redaktionell-gestalteten Telemedien fortwirken.

Mit Satz 3 wird an der bisher geltenden Ausnahme für Unternehmen sowie Hilfs- und Beteiligungsunternehmen der Presse festgehalten. Eine Datenschutzaufsicht im journalistischen Bereich erfolgt hier nicht, soweit die genannten Unternehmen dem bewährten System der Selbstregulierung durch den Pressekodex und der Beschwerdeordnung des Deutschen Presserats unterliegen. Im Übrigen gelten die allgemeinen Aufsichtsregeln.

In Absatz 3 Satz 1 wird klargestellt, dass diejenigen Bestimmungen gemeint sind, auf die sich die Aufsicht gemäß Absatz 2 erstreckt. Weil dort der Datenschutz be-

reits ausgenommen ist, kann die bislang ausdrückliche Nennung der Datenschutzbestimmungen entfallen.

II.

Begründung zu Artikel 2

Änderung des Rundfunkbeitragsstaatsvertrages

Die Landesrundfunkanstalten verarbeiten zum Zwecke des Beitragseinzugs Daten der Beitragsschuldner. Hierbei handelt es sich nicht um eine Datenverarbeitung zu journalistischen Zwecken im Sinne des Artikels 85 der Datenschutz-Grundverordnung. Indes sieht bereits die Datenschutz-Grundverordnung selbst weitere Einschränkungen vor, wenn sich die Datenverarbeitung für den Verantwortlichen als rechtliche Verpflichtung darstellt (Artikel 6 Abs. 1 Buchst. c) oder durch Rechtsvorschriften ausdrücklich geregelt ist (Artikel 14 Abs. 5 Buchst. c). Ebenso können die Mitgliedstaaten Beschränkungen vornehmen, wenn dies zum Schutz wichtiger Ziele des allgemeinen öffentlichen Interesses, insbesondere eines wichtigen wirtschaftlichen oder finanziellen Interesses, etwa im Abgabebereich erforderlich ist (Artikel 23 Abs. 1 Buchst. e). Die Datenverarbeitung zum Zwecke des Beitragseinzugs stellt ein solches wichtiges Ziel des allgemeinen öffentlichen Interesses dar, denn sie dient dazu, die verfassungsrechtlich garantierte, funktionsgerechte Finanzausstattung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks sicherzustellen (vgl. § 1).

Im Ergebnis kann an den bislang geltenden Regelungen im Wesentlichen festgehalten werden. Für die Beitragsschuldner bestehen auch weiterhin nur die im Rundfunkbeitragsstaatsvertrag geregelten Informations- und Auskunftsansprüche. Im Übrigen erfolgen redaktionelle Anpassungen.

Zu den einzelnen Bestimmungen

Zu Nummer 1

Nummer 1 enthält die aufgrund der nachfolgenden Änderungen notwendig werdenden Anpassungen des Inhaltsverzeichnisses.

Zu Nummer 2

In § 11 Abs. 1 werden die Begriffe „Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung“ an die Terminologie der Datenschutz-Grundverordnung angepasst. Anstelle auf die Vorschriften für die Datenverarbeitung im Auftrag wird auf die zur Auftragsverarbeitung geltenden Vorschriften der Datenschutz-Grundverordnung verwiesen (Artikel 28 f.).

Die Regelung des Absatzes 2 Satz 2, 1. Halbsatz kann auf Artikel 39 Abs. 1 Buchst. d und e der Datenschutz-Grundverordnung gestützt werden.

In Satz 3 soll künftig nicht mehr auf die Vorschriften für den behördlichen Datenschutzbeauftragten nach dem Bundesdatenschutzgesetz, sondern nach der Datenschutz-Grundverordnung verwiesen werden, dies sind die Artikel 37 bis 39.

In Absatz 3 wird die bisher ermöglichte Ermessensentscheidung im Hinblick auf Artikel 6 Abs. 1 Buchst. c der Datenschutz-Grundverordnung durch eine rechtliche Verpflichtung ersetzt. In der Folge finden auch die nach Artikel 14 der Datenschutz-Grundverordnung vorgesehenen Informationspflichten keine Anwendung (Artikel 14 Abs. 5 Buchst. c).

Auch in Absatz 4 Satz 1 wird eine rechtliche Verpflichtung für die rechtmäßige Verarbeitung geschaffen. In der Folge finden auch hier die nach Artikel 14 der

Datenschutz-Grundverordnung vorgesehenen Informationspflichten keine Anwendung (Artikel 14 Abs. 5 Buchst. c). Darüber hinaus werden die Begriffe „erheben, verarbeiten oder nutzen“ durch „verarbeitet“ sowie „Betroffener“ durch „betroffene Person“ ersetzt, um den Rundfunkbeitragsstaatsvertrag an die Terminologie der Datenschutz-Grundverordnung (Artikel 4 Nr. 1 und 2) anzupassen.

Auch in Absatz 5 wird eine rechtliche Verpflichtung für die rechtmäßige Verarbeitung geschaffen.

In Absatz 6 erfolgen Anpassungen an die Terminologie der Datenschutz-Grundverordnung (Artikel 4 Nr. 2). Die Formulierung „wenn feststeht, dass sie nicht mehr benötigt werden“ wird durch „wenn feststeht, dass sie nicht mehr zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung erforderlich sind“ ersetzt. Damit wird eine Kongruenz der Löschungsverpflichtung mit der rechtmäßigen Erhebung gemäß Artikel 6 Abs. 1 Buchst. c der Datenschutz-Grundverordnung geschaffen. Jeder Beitragsschuldner erhält auch weiterhin eine Anmeldebestätigung mit den für die Beitragserhebung erforderlichen Daten.

Der in Absatz 7 geregelte Umfang der Auskunftspflicht bleibt auf die Mitteilung der datenübermittelnden Stelle beschränkt. Die Regelungen des Rundfunkbeitragsstaatsvertrages stellen eine taugliche Beschränkung nach Artikel 23 Abs. 1 Buchst. e der Datenschutz-Grundverordnung dar. Der notwendige Interessensausgleich mit Blick auf die betroffenen Rechtspositionen war vom Landesgesetzgeber bereits nach der bislang geltenden Rechtslage vorzunehmen. Diese Abwägungsentscheidung wurde unter dem Eindruck der Regelungen der Datenschutz-Grundverordnung erneut durchgeführt. Die umfangreichen Auskunftspflichten der Datenschutz-Grundverordnung sind bei über 44 Millionen Beitragskonten in besonderem Maß geeignet, das Ziel der Datenverarbeitung zu gefährden. Die verarbeiteten Daten dienen dazu, die funktionsgerechte Finanzausstattung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks zu sichern. Der zur Erfüllung der Auskunftersuchen notwendige Verwaltungs- und Kostenaufwand würde diese Zwecksetzung konterkarieren und steht außer Verhältnis zum Schutz der Interessen der betroffenen Personen. Dies gilt umso mehr, als dass umfangreiche Informationen zu Art, Umfang und Herkunft der Daten sowie zur Dauer ihrer Verarbeitung bereits aus der gesetzlichen Grundlage ersichtlich sind und jeder Beitragsschuldner nach Absatz 6 eine Anmeldebestätigung mit den für die Beitragserhebung erforderlichen Daten erhält. Mit der expliziten Nennung abgabenrechtlicher Massenverfahren als Archetypus „sonstiger wichtiger Ziele des allgemeinen öffentlichen Interesses“ verfolgte der Unionsgesetzgeber erkennbar das gleiche Regelungsziel.

Die Beschränkung genügt im Übrigen auch den Vorgaben des Artikels 23 Abs. 2 der Datenschutz-Grundverordnung. Danach müssen die beschränkten Möglichkeiten der betroffenen Person, die ordnungsgemäße Verarbeitung der eigenen Daten durch Auskunftersuchen zu kontrollieren, durch entsprechende Vorgaben in der gesetzlichen Beschränkung ausgeglichen werden. Es muss dabei insgesamt hinreichend deutlich werden, auf welche Datenverarbeitungsvorgänge sich die Beschränkung bezieht (Artikel 23 Abs. 2 Buchst. a, b und e). Hierzu sind die Zwecke der Verarbeitung, die verarbeiteten Daten selbst sowie der Verantwortliche zu benennen. Dies wird durch die Regelungen des Rundfunkbeitragsstaatsvertrages sichergestellt. Der nach Artikel 23 Abs. 2 Buchst. c der Datenschutz-Grundverordnung darzustellende Umfang der Beschränkung ergibt sich aus Absatz 7 selbst. Dieser bezieht sich ausdrücklich auf ein „datenschutzrechtliches Auskunftersuchen“. Nach Artikel 23 Abs. 2 Buchst. d, f und g der Datenschutz-Grundverordnung sind im Lichte der Risiken für die betroffenen Personen Schutzvorkehrungen gegen eine rechtswidrige Weiterverarbeitung zu treffen. Insbesondere Absatz 3, 4, 6 und 9 enthalten umfangreiche Vorgaben zum Umgang mit den erlangten Daten, einschließlich gesetzlich vorgegebener Löschfristen für nichtgeprüfte Datensätze. Weiterhin wird die rechtmäßige Datenverarbeitung durch die verpflichtende Bestellung eines Datenschutzbeauftragten abgesichert (Absatz 2). Von der Unterrichtung der betroffenen Personen über die Beschrän-

kung ihrer Rechte nach Artikel 23 Abs.2 Buchst. h der Datenschutz-Grundverordnung wird abgesehen, da diese dem Zweck der Beschränkung, genauso wie der Auskunftsanspruch selbst, abträglich wäre.

III.

Begründung zu Artikel 3

Änderung des ZDF-Staatsvertrages

Die bisherigen §§ 16 und 17 entfallen. Der Verweis im bisherigen § 16 auf das Landesgesetz zum Schutze des Bürgers bei der Verarbeitung personenbezogener Daten des Landes Rheinland-Pfalz entfällt im Hinblick auf die direkte Anwendbarkeit der Datenschutz-Grundverordnung sowie der vorrangigen Sonderregelungen des Rundfunkstaatsvertrages. Der Regelungsgehalt des bisherigen § 17 ist im neuen § 9 c des Rundfunkstaatsvertrages aufgegangen. Die neugefassten §§ 16 bis 18 enthalten nun umfassende Regelungen zum Rundfunkdatenschutzbeauftragten als Aufsichtsbehörde nach Artikel 51 der Datenschutz-Grundverordnung sowie in § 16 Abs. 4 zum internen Datenschutzbeauftragten des ZDF.

Zu den einzelnen Bestimmungen

Zu Nummer 1

Nummer 1 enthält die aufgrund der nachfolgenden Änderungen notwendig werdenden Anpassungen des Inhaltsverzeichnisses.

Zu Nummer 2

In § 16 wird der Begriff des „Rundfunkdatenschutzbeauftragten“ eingeführt und in der Überschrift verwendet, um klarzustellen, dass der Rundfunkdatenschutzbeauftragte eine eigene Aufsichtsbehörde bildet, die von einem möglichen internen Datenschutzbeauftragten nach Artikel 37 der Datenschutz-Grundverordnung zu unterscheiden ist.

Absatz 1 Satz 1 bestimmt, dass der Rundfunkdatenschutzbeauftragte beim ZDF Aufsichtsbehörde im Sinne des Artikels 51 der Datenschutz-Grundverordnung ist. Nach Artikel 51 Abs. 1 der Datenschutz-Grundverordnung sieht jeder Mitgliedstaat vor, dass eine oder mehrere unabhängige Behörden für die Überwachung der Anwendung der Verordnung zuständig sind, damit die Grundrechte und Grundfreiheiten natürlicher Personen bei der Datenverarbeitung geschützt werden und der freie Verkehr personenbezogener Daten in der Union erleichtert wird. Der europäische Gesetzgeber eröffnet den Mitgliedstaaten ausdrücklich die Möglichkeit, mehrere Aufsichtsbehörden zu schaffen. Die Offenheit der unionsrechtlichen Regelung ermöglicht dadurch zum einen die Abbildung föderaler Strukturen aber zum anderen auch die Berücksichtigung anderer Autonomiebereiche, wie etwa im Rundfunk.

Anstelle des bisher verwandten Begriffs der „Bestellung“ wird der Begriff der „Ernennung“ im Einklang mit Artikel 53 Abs. 1 der Datenschutz-Grundverordnung gewählt.

In Satz 2 wird das Verfahren der Ernennung im Einklang mit Artikel 53 Abs. 1 vierter Spiegelstrich der Datenschutz-Grundverordnung sowie die Dauer der Ernennung näher bestimmt. Betraut mit der Ernennung wird der Fernsehrat als unabhängige Stelle. Die Entscheidung bedarf der Zustimmung des Verwaltungsrates. Die Mitglieder von Fernsehrat und Verwaltungsrat sind dabei gemäß § 19 a Sachwalter der Interessen der Allgemeinheit und an Weisungen nicht gebunden. Durch die Ernennung in einem transparenten Verfahren durch eine unabhängige

Stelle wird einerseits der Unabhängigkeit des Rundfunkdatenschutzbeauftragten und andererseits dem Grundsatz der Staatsferne des Rundfunks Rechnung getragen. Die Amtszeit von vier Jahren entspricht der Amtszeit des Fernsehrates nach § 21 Abs. 6 Satz 1 und auch Artikel 54 Abs. 1 Buchst. d der Datenschutz-Grundverordnung.

Satz 3 setzt den Auftrag in Artikel 54 Abs. 1 Buchst. e der Datenschutz-Grundverordnung um, indem die möglichen Wiederernennungen auf drei weitere Perioden begrenzt werden. Durch die Möglichkeit der dreimaligen Wiederernennung wird die Attraktivität des Amtes erhöht, mit dem Ziel, besonders qualifizierte, erfahrene und sachkundige Bewerber für das Amt zu erhalten. Mit einer dann möglichen Amtszeit von insgesamt 16 Jahren wird die Unabhängigkeit des Rundfunkdatenschutzbeauftragten gestärkt. Die Kontinuität bei der Führung des Amtes wird gewährleistet.

Satz 4 regelt die gemäß Artikel 53 Abs. 2, 54 Abs. 1 Buchst. b der Datenschutz-Grundverordnung von den Mitgliedstaaten näher zu bestimmenden persönlichen Voraussetzungen des Rundfunkdatenschutzbeauftragten. Dieser muss über die für die Erfüllung seiner Aufgaben und Ausübung seiner Befugnisse erforderliche Qualifikation verfügen. Diese unbestimmten Rechtsbegriffe werden dahingehend konkretisiert, dass die Qualifikation durch ein abgeschlossenes Hochschulstudium sowie über Erfahrung und Sachkunde, insbesondere im Bereich des Schutzes personenbezogener Daten, nachgewiesen wird. Der Fernsehrat soll aus einer Vielzahl von Bewerbern auswählen können. Es bedarf daher weder des Nachweises eines abgeschlossenen Universitätsstudiums noch einer Mindestdauer der beruflichen Erfahrung. Auf weitergehende Voraussetzungen wird verzichtet, um der grundgesetzlich geschützten Autonomie des ZDF Rechnung zu tragen und um das Finden eines geeigneten Kandidaten nicht erheblich zu erschweren.

Satz 5 regelt, dass die Wahrnehmung von anderen Aufgaben innerhalb des ZDF und seiner Beteiligungs- und Hilfsunternehmen für den Rundfunkdatenschutzbeauftragten unzulässig ist. Dies dient der Sicherung der Unabhängigkeit des Rundfunkdatenschutzbeauftragten; eine mögliche Einflussnahme auf Entscheidungen des Rundfunkdatenschutzbeauftragten über die Wahrnehmung einer anderen Aufgabe soll im Vorhinein vermieden werden.

Nach Satz 6 können sonstige Aufgaben, sofern sie mit dem Amt des Rundfunkdatenschutzbeauftragten vereinbar sind und seine Unabhängigkeit nicht gefährden, hingegen übernommen werden. Die Vorschrift orientiert sich damit an den Vorgaben des Artikels 52 Abs. 3 der Datenschutz-Grundverordnung. Welche Tätigkeiten mit dem Amt des Rundfunkdatenschutzbeauftragten vereinbar sind, bedarf der Prüfung im Einzelfall.

In Absatz 2 werden die gemäß Artikel 53 Abs. 3, 54 Abs. 1 Buchst. f der Datenschutz-Grundverordnung erforderlichen Regelungen für die Beendigung des Amtes normiert.

In Satz 1 werden mit Ablauf der Amtszeit, Rücktritt vom Amt oder Erreichung des gesetzlichen Renteneintrittsalters die ordentlichen Beendigungsgründe bestimmt.

Satz 2 legt fest, dass tarifvertragliche Regelungen unberührt bleiben.

Satz 3 regelt als außerordentlichen Amtsbeendigungsgrund die Amtsenthebung, sei es wegen einer schweren Verfehlung oder wegen des Entfallens der Voraussetzungen für die Wahrnehmung seiner Aufgaben. Die Regelung ergibt sich aus Artikel 53 Abs. 4 der Datenschutz-Grundverordnung. Eine Amtsenthebung ist nur ausnahmsweise und bei einem schweren, in der Person des Rundfunkdatenschutzbeauftragten liegenden Defizit zu rechtfertigen. Die materiellen Voraussetzungen ergeben sich aus der Datenschutz-Grundverordnung.

In Satz 4 und 5 wird das Verfahren der Amtsenthebung normiert. Erforderlich ist ein Beschluss des Fernsehrates auf Vorschlag des Verwaltungsrates nach An-

hörung des Rundfunkdatenschutzbeauftragten. Auf diese Weise kann der Fernsehrat in einer Sitzung den vorherigen Rundfunkdatenschutzbeauftragten abberufen und einen neuen bestellen. Die Regelung stellt sicher, dass kein Zeitraum entsteht, in der kein Rundfunkdatenschutzbeauftragter bestellt ist.

Nach Absatz 3 hat der Fernsehrat mit Zustimmung des Verwaltungsrates Regelungen zur weitergehenden Konkretisierung der Ausgestaltung des Amtes des Rundfunkdatenschutzbeauftragten in einer Satzung zu erlassen. Um auch die Datenschutzaufsicht staatsfern im Sinne des Artikels 5 Abs. 1 Satz 2 des Grundgesetzes auszugestalten, ist der Rundfunkdatenschutzbeauftragte kein Beamter auf Zeit, sondern steht – wie bisher der Datenschutzbeauftragte – zum ZDF in einem Anstellungsverhältnis. Durch die Übertragung der öffentlichen Aufgabe der Datenschutzaufsicht ist er jedoch Amtsträger gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. c des Strafgesetzbuches. Um seine Unabhängigkeit nicht durch die Notwendigkeit von Verhandlungen über das Anstellungsverhältnis zu gefährden, sollen allgemeine Regelungen, insbesondere die Vergütung, durch eine Satzung geregelt werden.

Absatz 4 enthält Vorgaben über die Benennung eines Datenschutzbeauftragten im Anwendungsbereich des Artikels 37 der Datenschutz-Grundverordnung. Er ist nur für den nicht-journalistischen Bereich zuständig, da Artikel 37 für die Datenverarbeitung zu journalistischen Zwecken durch die Regelungen in §§ 9 c, 57 des Rundfunkstaatsvertrages ausgeschlossen ist. Die Aufgabenbefugnisse des Datenschutzbeauftragten ergeben sich unmittelbar aus Artikel 38 ff. der Datenschutz-Grundverordnung. Die Benennung erfolgt durch den Intendanten, dessen Entscheidung der Zustimmung des Verwaltungsrats bedarf.

§ 17 enthält Regelungen, die die Unabhängigkeit des Rundfunkdatenschutzbeauftragten sicherstellen.

In Absatz 1 Satz 1 wird klargestellt, dass das in Artikel 52 Abs. 1 und 2 der Datenschutz-Grundverordnung festgeschriebene Prinzip der völligen Unabhängigkeit, trotz der organisatorischen Einbindung in die Strukturen des ZDF, auch für den Rundfunkdatenschutzbeauftragten gilt. Durch die Nichtverwendung des Wortes „völlig“ ist keine materielle Einschränkung verbunden. Der Rundfunkdatenschutzbeauftragte ist nur dem Gesetz unterworfen.

Satz 2 bestimmt, dass eine Rechts- oder Fachaufsicht über den Rundfunkdatenschutzbeauftragten nicht besteht.

Nach Satz 3 untersteht der Rundfunkdatenschutzbeauftragte grundsätzlich einer Dienstaufsicht, allerdings nur insoweit, als seine Unabhängigkeit bei der Ausübung des Amtes dadurch nicht beeinträchtigt wird. Ausgeübt wird die Dienstaufsicht durch den Verwaltungsrat.

Nach Absatz 2 Satz 1 befindet sich die Dienststelle des Rundfunkdatenschutzbeauftragten bei der Geschäftsstelle von Fernsehrat und Verwaltungsrat.

Mit Satz 2 wird die Verpflichtung nach Artikel 52 Abs. 4 der Datenschutz-Grundverordnung erfüllt, dass jede Aufsichtsbehörde mit den personellen, technischen und finanziellen Ressourcen, Räumlichkeiten und Infrastrukturen ausgestattet wird, die sie benötigt, um ihre Aufgaben und Befugnisse effektiv wahrnehmen zu können.

In Satz 3 und 4 werden die Vorgaben des Artikels 52 Abs. 6 der Datenschutz-Grundverordnung umgesetzt. Der Rundfunkdatenschutzbeauftragte kann mit den ihm haushaltsrechtlich zugewiesenen Mitteln unabhängig verfahren. Satz 4 sichert dabei die Unabhängigkeit der Aufsichtsbehörde gegenüber einer Finanzkontrolle, an die der Rundfunkdatenschutzbeauftragte grundsätzlich gebunden bleibt. Die Finanzkontrolle soll durch den Verwaltungsrat erfolgen, damit die Unabhängigkeit des Rundfunkdatenschutzbeauftragten gewährleistet bleibt.

Absatz 3 Satz 1 dient der Umsetzung des Artikels 52 Abs. 5 der Datenschutz-Grundverordnung und stellt die Unabhängigkeit des Rundfunkdatenschutzbeauf-

tragen auch in Personalfragen sicher. Er wählt sein eigenes Personal aus, welches ihm gemäß Satz 2 allein untersteht.

§ 18 bestimmt die Aufgaben und Befugnisse des Rundfunkdatenschutzbeauftragten.

Absatz 1 Satz 1 bestimmt die Zuständigkeit des Rundfunkdatenschutzbeauftragten. Am bestehenden System der einheitlichen Aufsicht für die Datenverarbeitung zu journalistischen und nicht-journalistischen Zwecken im ZDF wird auch nach der Schaffung des Amtes des Rundfunkdatenschutzbeauftragten festgehalten, wengleich auch eine gespaltene Aufsicht europarechtlich grundsätzlich möglich gewesen wäre. Der Rundfunkdatenschutzbeauftragte überwacht die Einhaltung der Vorschriften über den Datenschutz sowohl bei der gesamten Tätigkeit des ZDF als auch seiner Beteiligungsunternehmen entsprechend des § 16 c Abs. 3 Satz 1 des Rundfunkstaatsvertrages. Beteiligungsunternehmen im Sinne des § 16 c Abs. 3 Satz 1 des Rundfunkstaatsvertrages sind Unternehmen des Privatrechts, an denen das ZDF unmittelbar, mittelbar, auch zusammen mit anderen Anstalten oder Körperschaften des öffentlichen Rechts, mit Mehrheit beteiligt ist. Entsprechende Regelungen in den Gesellschaftsverträgen oder Satzungen bedarf es für die Zuständigkeit des Rundfunkdatenschutzbeauftragten hingegen nicht. Für den Fall der gleichzeitigen Zuständigkeit mehrerer Rundfunkdatenschutzbeauftragter soll sich die Wahrnehmung der Prüfkompetenz bei Beteiligungsgesellschaften nach der bisherigen Praxis des Arbeitskreises der Rundfunkdatenschutzbeauftragten richten. Im Grundsatz soll die Federführung beim Sitzland liegen, bei einer gleichzeitigen Pflicht zur Zusammenarbeit beziehungsweise Beteiligung der ebenfalls betroffenen Aufsichtsbehörden. Einzelfragen sollen im Arbeitskreis der Rundfunkdatenschutzbeauftragten Klärung finden.

Nach Satz 2 hat der Rundfunkdatenschutzbeauftragte die Aufgaben und Befugnisse entsprechend der Artikel 57 und 58 Abs. 1 bis 5 der Datenschutz-Grundverordnung. Durch die Formulierung „entsprechend“ soll in der Rechtsanwendung im Einzelfall eine sach- und interessengerechte Anwendung der Regeln unter Berücksichtigung der nach Artikel 85 der Datenschutz-Grundverordnung in einen Ausgleich zu bringenden Rechtsgüter und Interessen sichergestellt werden. Insbesondere die Erfordernisse der nach Artikel 5 Abs. 1 Satz 2 des Grundgesetzes geschützten Rundfunkfreiheit sind zu beachten. Bei der Datenverarbeitung zu journalistischen Zwecken beschränken sich die Befugnisse des Rundfunkdatenschutzbeauftragten auf die Überwachung der nach §§ 9 c, 57 des Rundfunkstaatsvertrages geltenden Verpflichtungen.

Nach Satz 3 hat der Rundfunkdatenschutzbeauftragte, soweit die Datenverarbeitung zu journalistischen Zwecken betroffen ist, bei der Zusammenarbeit mit anderen Aufsichtsbehörden, zu der er nach Artikel 57 Abs. 1 Buchst. g, Artikel 60 ff. der Datenschutz-Grundverordnung verpflichtet ist, den Informantenschutz zu wahren.

Satz 4 regelt, dass der Rundfunkdatenschutzbeauftragte keine Geldbuße gegen das ZDF verhängen kann. Damit wird vom Gestaltungsspielraum des Artikels 83 Abs. 7 der Datenschutz-Grundverordnung Gebrauch gemacht. Das Spektrum der Befugnisse des Rundfunkdatenschutzbeauftragten wird dahingehend eingeschränkt, dass die Befugnis nach Artikel 58 Abs. 2 Buchst. i der Datenschutz-Grundverordnung dem Rundfunkdatenschutzbeauftragten nicht zukommt. Ein Bedürfnis für diese Sanktionsmöglichkeit besteht nicht, da Verstöße auch im Übrigen wirksam und effektiv sanktioniert werden können. Gegenüber Beteiligungsunternehmen können Bußgelder verhängt werden, soweit diese als Unternehmen mit eigener Rechtspersönlichkeit am Wettbewerb teilnehmen.

Absatz 2 Satz 1 und 2 beruht auf dem bisherigen § 18 Abs. 5 Satz 1 und 2 sowie auf Artikel 58 Abs. 2 Buchst. b der Datenschutz-Grundverordnung und regelt die Beanstandung bei stattgefundenen Verstößen. Die in Satz 1, 2. Halbsatz vorgesehene Aufforderung zur Stellungnahme ist in der Datenschutz-Grundverordnung nicht vorgesehen, eine Regelung wird aber durch Artikel 58 Abs. 6 der Datenschutz-Grundverordnung eröffnet.

Satz 3 dient der Verfahrensvereinfachung und der Sicherung der Unabhängigkeit des Rundfunkdatenschutzbeauftragten. Ihm wird auch bei einer Beanstandung oder Unterrichtung ein Ermessensspielraum eingeräumt. Der Rundfunkdatenschutzbeauftragte kann daher von einer Beanstandung oder Unterrichtung absehen, wenn es sich um unerhebliche Mängel handelt oder wenn ihre unverzügliche Behebung sichergestellt ist.

Absatz 3 entspricht dem bisherigen § 18 Abs. 6. Danach soll auch weiterhin die vom Intendanten abzugebende Stellungnahme im Sinne von Satz 1 und 2 diejenigen Maßnahmen nennen, die aufgrund der Beanstandung getroffen wurden.

Nach Absatz 4 Satz 1 unterliegt der Rundfunkdatenschutzbeauftragte entsprechend der bisherigen Regelung in § 18 Abs. 7 Satz 1 einer Berichtspflicht gegenüber den Organen des ZDF. Die bisher nach § 18 Abs. 7 Satz 2 vorgesehene, weitere Berichtspflicht auf Anforderung des Verwaltungsrates steht im Widerspruch zur Unabhängigkeit des Rundfunkdatenschutzbeauftragten und wird deshalb gestrichen. Der Bericht ist nun nicht mehr nur dem Verwaltungsrat, sondern auch dem Fernsehrat zuzuleiten, da dieser den Rundfunkdatenschutzbeauftragten ernannt hat. Dass der Bericht dem Intendanten ebenfalls zur Verfügung gestellt wird, stellt keine Einschränkung der Unabhängigkeit des Rundfunkdatenschutzbeauftragten dar. Die Erstellung eines Tätigkeitsberichts und dessen Veröffentlichung sind bereits von der Datenschutz-Grundverordnung vorgesehen. Im Falle der Zuleitung erhält der Intendant nochmals eine Übersicht über die Erfüllung der datenschutzrechtlichen Anforderungen im ZDF. Der Bericht ist in Textform zu erstatten, da er nur so dem Verwaltungsrat und Fernsehrat zugeleitet und der Öffentlichkeit zugänglich gemacht werden kann. Die Einhaltung der Schriftform im Sinne von § 126 des Bürgerlichen Gesetzbuches bedarf es hingegen nicht.

Die in Satz 2 vorgesehene Veröffentlichung geschieht unter Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen sowie des Schutzes personenbezogener Daten der Beschäftigten des ZDF, seiner Beteiligungs- und Hilfsunternehmen.

Im Hinblick auf die in Artikel 59 der Datenschutz-Grundverordnung enthaltene Berichtspflicht an das nationale Parlament bedarf es keiner speziellen Regelung im ZDF-Staatsvertrag, um eine Übermittlung an den Landtag des Sitzlandes zu ermöglichen.

In Absatz 5 erfolgen auf Grundlage des bisherigen § 18 Abs. 8 redaktionelle Anpassungen an die Datenschutz-Grundverordnung. Eine Änderung der Rechtslage ist hiermit nicht verbunden. Gemäß Artikel 57 Abs. 1 Buchst. f der Datenschutz-Grundverordnung gehört die Befassung mit Beschwerden zu den Aufgaben des Rundfunkdatenschutzbeauftragten.

In Absatz 6 wird klargestellt, dass die datenschutzrechtliche Verschwiegenheitspflicht entsprechend Artikel 54 Abs. 2 der Datenschutz-Grundverordnung, trotz der organisatorischen Einbindung in die Strukturen des ZDF, auch für den Rundfunkdatenschutzbeauftragten gilt.

IV.

Begründung zu Artikel 4

Änderung des Deutschlandradio-Staatsvertrages (Deutschlandradio-Staatsvertrag)

In den Nummern 1 und 3 erfolgen Anpassungen aufgrund der Datenschutz-Grundverordnung entsprechend den Neuregelungen im ZDF-Staatsvertrag. Auf die dortige Begründung wird verwiesen.

Die in Nummer 2 vorgenommene Neufassung des § 19 Abs. 4 dient der Korrektur eines fehlerhaften Änderungsbefehls im Zwanzigsten Rundfunkänderungsstaatsvertrag. Aufgrund des unterschiedlichen Umgangs hiermit in den einzelnen Um-

setzungs- und Zustimmungsgesetzen der Länder, ist eine vollständige Neufassung des Absatzes 4 notwendig.

V.

Begründung zu Artikel 5

Kündigung, Inkrafttreten, Neubekanntmachung

Artikel 5 enthält die Bestimmungen zur Kündigung, über das Inkrafttreten und zur Neubekanntmachung des Staatsvertrags.

In Absatz 1 wird klargestellt, dass die in den vorstehenden Artikeln 1 bis 4 geänderten Staatsverträge nach den dort jeweils geltenden Kündigungsbestimmungen gekündigt werden können. Der Rundfunkstaatsvertrag, der Rundfunkbeitragsstaatsvertrag, der ZDF-Staatsvertrag und der Deutschlandradio-Staatsvertrag behalten durch diesen Staatsvertrag weiterhin ihre Selbstständigkeit. Deshalb ist in Artikel 5 dieses Staatsvertrages eine gesonderte Kündigung der Staatsverträge nicht vorgesehen.

Absatz 2 Satz 1 bestimmt das Inkrafttreten der Artikel 1 bis 4 dieses Staatsvertrages zum 25. Mai 2018. Satz 2 ordnet an, dass dieser Staatsvertrag gegenstandslos wird, wenn bis zum 24. Mai 2018 nicht alle Ratifikationsurkunden bei der Staatskanzlei des Vorsitzenden der Ministerpräsidentenkonferenz hinterlegt sind. Rundfunkstaatsvertrag, Rundfunkbeitragsstaatsvertrag, ZDF-Staatsvertrag und Deutschlandradio-Staatsvertrag behalten dann in den bisherigen Fassungen ihre Gültigkeit.

Absatz 3 bestimmt, dass die Hinterlegung der Ratifikationsurkunden den Ländern durch die Staatskanzlei des Vorsitzenden der Ministerpräsidentenkonferenz mitgeteilt wird.

Absatz 4 gewährt den Staatsvertragsländern die Möglichkeit, die durch diesen Staatsvertrag geänderten Staatsverträge nach Artikeln 1 bis 4 in den nunmehr gültigen Fassungen bekannt zu machen. Eine Verpflichtung zur Neubekanntmachung besteht nicht.



SÜDWESTDEUTSCHER
ZEITSCHRIFTENVERLEGER-
VERBAND E.V.



**DJV-Landesverband Baden-Württemberg e.V.
Landesfachbereich Medien ver.di Baden-Württemberg
SZV Südwestdeutscher Zeitschriftenverlegerverband e.V.
Verband Südwestdeutscher Zeitungsverleger e.V.**

**BDZV Bundesverband Deutscher Zeitungsverleger e. V.
dju Deutsche Journalisten- und Journalistinnen-Union
DJV Deutscher Journalisten-Verband
Deutscher Presserat
VDZ Verband Deutscher Zeitschriftenverleger e. V.**

**Stellungnahme (Stand: 8. Januar 2018)
zum**

**Entwurf zur Änderung des § 12 des Baden-Württembergischen Landespres-
sesgesetzes durch Art. 3 des Entwurfs für ein Gesetz zum Einundzwanzigsten
Rundfunkänderungsstaatsvertrag und zur Anpassung des Medien-
Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 vom 30.10.2017 – im
Folgenden: Gesetzentwurf**

§ 12 des Baden-Württembergischen Pressegesetzes vom 14. Januar 1964 (GBl. S. 11), das zuletzt durch Art. 16 des Gesetzes vom 29. Juli 2014 (GBl. S. 378, 381) geändert worden ist – im Folgenden § 12 PrG BW –, lautet:

§ 12 PrG BW Anwendbarkeit des Bundesdatenschutzgesetzes

Soweit Unternehmen oder Hilfsunternehmen der Presse personenbezogene Daten ausschließlich zu eigenen journalistisch-redaktionellen oder literarischen Zwecken erheben, verarbeiten oder nutzen, gelten von den Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes vom 20. Dezember 1990 (BGBl. I S. 2955), zuletzt geändert durch Artikel 12 des Gesetzes vom 21. August 2002 (BGBl. I S. 3322), in seiner jeweils gültigen Fassung nur die §§ 5, 9 und 38a sowie § 7 mit der Maßgabe, dass nur für Schäden gehaftet wird, die durch eine Verletzung von § 5 oder § 9 des Bundesdatenschutzgesetzes eintreten.

Der Entwurf zur Änderung des § 12 PrG BW durch Art. 3 des Gesetzentwurfes vom 30.10.2017 – im Folgenden § 12 PrG BW-Entwurf – lautet:

§ 12 PrG BW-Entwurf

Datenverarbeitung zu journalistischen und literarischen Zwecken

(1) ¹Soweit Unternehmen der Presse und deren Hilfsunternehmen personenbezogene Daten zu journalistischen oder literarischen Zwecken verarbeiten, ist es den hiermit befassten Personen untersagt, diese personenbezogenen Daten zu anderen Zwecken zu verarbeiten (Datengeheimnis). ²Bei der Aufnahme ihrer Tätigkeit sind diese Personen auf das Datengeheimnis zu verpflichten. ³Das Datengeheimnis besteht auch bei Beendigung der Tätigkeit fort.

(2) ¹Im Übrigen finden für die Datenverarbeitung zu journalistischen oder literarischen Zwecken durch Unternehmen der Presse und deren Hilfsunternehmen von den Kapiteln II bis VII und IX der Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (ABl. L 119 vom 4.5.2016, S. 1) nur Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe f in Verbindung mit Absatz 2, Artikel 24 und 32 sowie von den Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) vom 30. Juni 2017 (BGBl. I S. 2097) nur § 83 in ihrer jeweils geltenden Fassung Anwendung. ²Art. 82 der Verordnung (EU) 2016/679 gilt mit der Maßgabe, dass nur für unzureichende Maßnahmen nach Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe f in Verbindung mit Absatz 2, Artikel 24 und 32, § 83 BDDSG mit der Maßgabe, dass nur für eine Verletzung des Datengeheimnisses nach Absatz 1 gehaftet wird.

(3) Führt die journalistische oder literarische Verarbeitung personenbezogener Daten zur Verbreitung von Gegendarstellungen der betroffenen Person oder zu Verpflichtungserklärungen, Beschlüssen oder Urteilen über die Unterlassung der Verbreitung oder über den Widerruf des Inhalts der Daten, so sind diese Gegendarstellungen, Verpflichtungserklärungen und Widerrufe zu den gespeicherten Daten zu nehmen und dort für dieselbe Zeitdauer aufzubewahren wie die Daten selbst sowie bei einer Übermittlung der Daten gemeinsam mit diesen zu übermitteln.

A Zusammenfassung wesentlicher Aussagen

Die Verbände der Presseverleger und Journalisten begrüßen § 12 PrG BW-Entwurf mit Nachdruck. Der Entwurf soll den bestehenden und unverzichtbaren Schutz der redaktionellen Pressefreiheit durch Umstellung auf die ab Mai 2018 geltende sog. Datenschutzgrundverordnung (EU) 2016/679 – im Folgenden DSGVO – in der Sache ohne Abstriche fortschreiben:

Unverändert gelten nach § 12 PrG BW-Entwurf für die redaktionelle Datenverarbeitung nur Datengeheimnis und Datensicherheit. Und ebenso unverändert sind diese beiden Verpflichtungen nur durch Gerichte im Wege der Unterlassungs- oder Schadensersatzklage durchsetzbar, nicht aber durch behördliche Aufsicht. Das stellt jedenfalls die Begründung zu § 12 PrG BW-Entwurf klar (Begründung zu Absatz 2 des § 12 PrG BW-Entwurf, dort 6. bis 12. Absatz und insbesondere 9. Absatz). Die Beschwerde bei der redaktionellen Selbstkontrolle des Presserates kommt als von Verlagen und Journalisten freiwillig eingeräumte Möglichkeit der Selbstkorrektur hinzu, ist aber keine rechtliche Bedingung der Freiheit von behördlicher Aufsicht.

Der so skizzierte Schutz der Redaktionen gegen Datenschutzrecht und datenschutzbehördliche Aufsicht ist unverzichtbar für den Schutz der Pressefreiheit in Deutschland und Europa.

Insbesondere ist die Klarstellung in der Gesetzesbegründung zu begrüßen, nach der „für den Bereich des Presseprivilegs eine datenschutzrechtliche Aufsichtsbehörde ausgeschlossen wird“ und deshalb auch die Artikel 77 (Beschwerde bei einer Aufsichtsbehörde), Artikel 78 (Rechtsbehelf gegen Aufsichtsbeschwerde) und Artikel 83 (Aufsichtsbehördliche Geldbußen) der DSGVO, die „die Existenz einer Aufsichtsbehörde voraussetzen“, „tatbestandlich nicht anwendbar“ sind. Das gilt, wie die Begründung ausdrücklich und zu Recht erklärt, obwohl § 12 PrG BW-Entwurf das Kapitel VIII der DSGVO, in dem sich die Artikel 77, 78 und 83 finden, nicht für unanwendbar erklärt, sondern unerwähnt lässt.

Wir erlauben uns zu der Frage der Gesetzestechnik lediglich den Hinweis, dass eine leicht geänderte Fassung des § 12 PrG BW-Entwurf das vom baden-württembergischen Gesetzgeber Gewollte auch schon im Gesetzestext – und nicht erst in der Gesetzesbegründung – noch deutlicher zum Ausdruck bringen würde. Tatbestandliche Nichtanwendbarkeit ist eine Nichtanwendbarkeit, so dass schon deshalb diese Frage im Gesetzestext des § 12 PrG BW-Entwurf noch klarer behandelt werden kann (Vorschlag unten unter 2.).

Zudem muss daran festgehalten werden, dass Art. 85 Abs. 1 und 2 DSGVO sehr wohl auch Abweichungen und Befreiungen von Kapitel VIII der DSGVO erlauben, jedenfalls aber dass eine solche pressefreiheitsfreundliche und das Normierungsermessen der Mitgliedsstaaten betonende Auslegung des Art. 85 Abs. 1 DSGVO die sehr viel besseren Gründe für sich hat und damit eine Option ist, die jeder auf der Seite der Pressefreiheit

stehende deutsche Gesetzgeber guten Gewissens wählen kann und muss (näher unten unter 3. und B).

1. Die Freiheit der Presse setzt voraus, dass weder Datenschutzrecht noch Datenschutzaufsicht auf die redaktionelle Arbeit von der Recherche bis zur Veröffentlichung Anwendung finden¹.

Das stellt § 12 des geltenden PrG BW ebenso wie § 12 PrG BW-Entwurf sicher, indem beide Normen die redaktionelle Datenverarbeitung nur zu Datensicherheit und Datengeheimnis verpflichten, d. h. zum Schutz der Redaktionsdaten gegen Zweckentfremdung und gegen unbefugte Kenntnisnahme durch Dritte. Dabei besteht im Falle einer Pflichtverletzung die – scharfe – Sanktion gerichtlich durchsetzbarer Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche. Das wird de lege lata durch § 12 PrG BW i. V. m. § 7 BDSG bzw. §§ 823 Abs. 2, 1004 BGB angeordnet. Und es bleibt auch de lege ferenda so, wobei § 12 Absatz 2 Satz 2 PrG BW-Entwurf allein die Anspruchsgrundlage für den Schadensersatzanspruch von § 7 BDSG auf Art. 82 DSGVO (Datensicherheitsverletzungen) bzw. auf § 83 BDSG neu (Datengeheimnisverletzungen) umstellen müssen.

Hingegen gibt es keine Zuständigkeit von Datenschutzaufsichtsbehörden zur Überwachung der Redaktionen, was ein wesentliches Element der Pressefreiheit ausmacht. Wie die Gesetzesbegründung zu § 12 PrG BW-Entwurf zur Recht ausführt, wird die staatliche Datenschutzaufsicht auch nicht dadurch zuständig, dass das Kapitel VIII DSGVO, in dem sich die Artikel 77, 78 und 83 finden, in § 12 Absatz 2 Satz 1 PrG BW-Entwurf unerwähnt bleibt. Denn auch wenn das Kapitel VIII nicht *formal* für *unanwendbar* erklärt wird, sind all diejenigen Normen, die die Existenz einer zuständigen Aufsichtsbehörde im Bereich von redaktioneller Datensicherheit und Datengeheimnis voraussetzen, durch den Ausschluss eben dieser Aufsichtsbehörde *tatbestandlich unanwendbar* (Begründung zu Absatz 2 des § 12 PrG BW-Entwurf, dort Absätze 7 bis 9). Auch eine solche Unanwendbarkeit könnte allerdings schon im Gesetzestext noch deutlicher gemacht werden (unten 2.).

Gemäß §12 PrG BW ebenso wie gemäß § 12 PrG BW-Entwurf ist diese Freiheit der gedruckten Presse von staatlicher Aufsicht auch im Bereich von Datensicherheit und Datengeheimnis unbedingt. Die freiwillige Selbstkontrolle des Presserates kommt – wie im Bereich des Streitens um Verletzung von Persönlichkeitsrechten im Falle der Veröffentlichung personenbezogener Daten durch Presseartikel – als Möglichkeit hinzu, ist aber natürlich keine Bedingung der Freiheit von staatlicher Aufsicht über die Redaktionen (vgl. auch 5. Absatz der Begründung zu Absatz 2 des § 12 PrG BW-Entwurf). Diese Freiheit der redaktionellen Arbeit der Presse von behördlicher Aufsicht ist wesentliches Element der Pressefreiheit seit dem Inkrafttreten des Reichspressegesetzes im Jahre 1874.

2. Wie bereits erwähnt, plädieren wir dafür, die tatbestandliche Unanwendbarkeit der Art. 77, 78 und 83 DSGVO auf die redaktionelle Datenverarbeitung auch schon im Gesetzestext – und nicht nur in der Begründung – des § 12 PrG BW-Entwurf noch deutlicher zu

¹ Ausführlich dazu das angehängte „Arbeitspapier zur Umsetzung des Art. 85 der DSGVO“ (Stand Mai 2017) unter A.

machen. Auch eine *tatbestandliche Unanwendbarkeit* bedeutet Unanwendbarkeit. Zudem ist die dem bisherigen Recht entsprechende *formale Ausschließung* der fraglichen Regelungen mit Art. 85 DSGVO sehr wohl vereinbar (näher unter 3.).

Diese Verdeutlichung ließe sich durch eine Streichung der Worte „den Kapiteln II bis VII und IX“ in § 12 Absatz 2 Satz 1 PrG BW einfach umsetzen.

§ 12 PrG BW-Entwurf

Datenverarbeitung zu journalistischen und literarischen Zwecken

(1) *[unverändert]*

(2) ¹Im Übrigen finden für die Datenverarbeitung zu journalistischen oder literarischen Zwecken durch Unternehmen der Presse und deren Hilfsunternehmen ~~von den Kapiteln II bis VII und IX~~ der Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (ABl. L 119 vom 4.5.2016, S. 1) nur Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe f in Verbindung mit Absatz 2, Artikel 24 und 32 sowie von den Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) vom 30. Juni 2017 (BGBl. I S. 2097) nur § 83 in ihrer jeweils geltenden Fassung Anwendung. ²Art. 82 der Verordnung (EU) 2016/679 gilt mit der Maßgabe, dass nur für unzureichende Maßnahmen nach Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe f in Verbindung mit Absatz 2, Artikel 24 und 32, § 83 BDSG mit der Maßgabe, dass nur für eine Verletzung des Datengeheimnisses nach Absatz 1 gehaftet wird.

So wäre schon auf der Ebene des Gesetzestextes jedes Missverständnis ausgeschlossen, nach dem mit der Nichterwähnung des Kapitels VIII eventuell trotz Ausschluss des Kapitels VI eine Beschwerde zur Aufsichtsbehörde gegeben sein könnte.

3. § 12 PrG BW-Entwurf ist europarechtskonform. Das gilt auch für die unter 2. vorgeschlagene, leicht geänderte Fassung. Die Freiheit der Redaktionen von behördlicher Aufsicht ist unter der neuen EU-Datenschutzgrundverordnung ebenso europarechtskonform wie unter der noch geltenden EU-RiLi 95/46/EG. Wie das als weiterer Anhang zu dieser Stellungnahme übersandte *Rechtsgutachten von Prof. Dr. Matthias Cornils*, Universität Mainz², ausführlich belegt, räumen Art. 85 Abs. 1 und 2 DSGVO den Mitgliedstaaten sogar weitergehende Regelungsmöglichkeiten ein als das geltende Recht. Demnach ist die unveränderte Beibehaltung des Presseprivilegs nach Art des § 12 PrG BW und insbesondere auch der Ausschluss der Art. 77, 78 und 83 DSGVO europarechtlich zulässig. Zu Recht geht die Begründung zu § 12 PrG BW-Entwurf davon aus, dass die EU-Datenschutzgrundverordnung jedenfalls keinerlei neue Einschränkung des sog. Medienprivilegs verlangt (Begründung, Allgemeiner Teil, 3. Änderung des Landespressegesetzes, am Ende und passim). Insbesondere können unverändert Beschwerderechte zu Aufsichtsbehörden etc. und damit auch die in Kapitel VIII der DSGVO enthaltenen Art. 77, 78 und 83 DSGVO ausgeschlossen werden. Das ist allerdings, anders als die Begründung zu § 12 PrG BW-Entwurf anzunehmen scheint, schon aufgrund des Art. 85 Abs. 2 DSGVO möglich. Es ergibt sich aber darüber hinaus auch aus Art. 85 Abs. 1 DSGVO, den die Gesetzesbe-

² Professor Dr. Matthias Cornils, Johannes Gutenberg-Universität Mainz, stv. Direktor des Mainzer Medieninstituts: „Das datenschutzrechtliche Medienprivileg unter Behördenaufsicht? Der unionsrechtliche Rahmen für die Anpassung der medienrechtlichen Bereichsausnahmen (in § 9c, § 57 RStV-E und den Landespressegesetzen) an die EU-Datenschutz-Grundverordnung“.

gründung – soweit ersichtlich – insoweit nicht in Erwägung zieht (ausführlich zur Europarechtskonformität der Beibehaltung der geltenden bedingungslosen Freiheit der Redaktionen von datenschutzbehördlicher Aufsicht unten unter B).

4. Ebenso zu Recht erkennt der Entwurf auch keine sonstigen, bspw. politischen Gründe, den Schutz der Pressefreiheit gegenüber Datenschutzrecht und Datenschutzaufsicht weiter zu beschneiden als bisher.

5. Insbesondere sieht § 12 PrG BW-Entwurf völlig zu Recht keine Verpflichtung vor, einen redaktionellen Datenschutzbeauftragten – bspw. in Anlehnung an § 38 BDSG (neu) ab einer Redaktionsgröße von zehn redaktionell tätigen Mitarbeitern – zu bestellen.

§ 12 des geltenden PrG BW enthält – wie § 41 BDSG (alt) – keine Verpflichtung zur Bestellung eines redaktionellen Datenschutzbeauftragten. Ebenso finden gemäß § 12 PrG BW-Entwurf die Bestimmungen über den Datenschutzbeauftragten aus § 38 BDSG (neu) und Art. 37 ff. DSGVO auf die journalistische Datenverarbeitung der Presse keine Anwendung. Die entsprechenden Regelungen finden sich in Kapitel IV der DSGVO, von dem schon nach Art. 85 Abs. 2 DSGVO Ausnahmen oder Befreiungen gemacht werden müssen. Auf das noch weitergehende Regelungsermessen des deutschen Gesetzgebers gemäß Art. 85 Abs. 1 DSGVO kommt es insoweit als nicht an.

Es gibt keinerlei nachvollziehbaren Grund, den geltenden Schutz der Redaktionen in diesem Punkt abzuschwächen und stattdessen durch die hoheitliche Einpflanzung einer gesetzlich geregelten internen Kontrollstelle die redaktionelle Freiheit massiv zu beschneiden. Die gesetzliche Einsetzung eines Datenschutzbeauftragten für die redaktionelle Arbeit von Zeitungen und Zeitschriften ist mit der Pressefreiheit nicht vereinbar.

a) Ein redaktioneller Datenschutzbeauftragter wäre gemäß Art. 37 – 39 DSGVO oder gemäß noch zu treffender spezieller Regelung im PrG BW gesetzlich zur Überwachung und Kontrolle aller redaktionellen Mitarbeiter bei ihrer Recherche- und sonstigen redaktionellen Arbeit verpflichtet und befugt. Er müsste mit der Datenschutzaufsichtsbehörde zusammenarbeiten. Selbst mit der Zuständigkeitsbeschränkung auf die Fragen der Datensicherheit und des Datengeheimnisses würde es sich im Ergebnis um einen staatlich geregelten und gesteuerten Kontrolleur jeglicher Redaktionsarbeit handeln. Alle anderen redaktionellen Mitarbeiter müssten dem Beauftragten Auskunft über ihre Recherchearbeit und ggf. Zugang zu ihren recherchierten personenbezogenen Redaktionsdaten geben. Insgesamt ist ein redaktioneller Datenschutzbeauftragter nach Aufgabe, Stellung und Befugnissen mit freier redaktioneller Pressearbeit nicht vereinbar (vgl. für den in mancher Hinsicht ähnlichen Fall unabhängiger richterlicher Tätigkeit Art. 37 Abs. 1 a) DSGVO am Ende). Zu dieser Freiheit gehört auch die Organisation der Redaktionsarbeit und die Organisation des Schutzes des Redaktionsgeheimnisses, insbesondere die freie Entscheidung der Redaktionsleitung darüber, ob und welche vorgesetzten Redakteure in welchem Umfang die redaktionelle Arbeit und Recherche der einzelnen Redakteure überwachen. So ist es beispielsweise vielfach zum Schutz des Redaktionsgeheimnisses und der Integrität der Re-

daktion ein wichtiger Grundsatz, dass Redakteure ihre Quellen und Recherchen einschließlich der entsprechenden Datenverarbeitungsvorgänge mit *keinem* anderen Redaktionsmitglied teilen, soweit das nicht aus redaktionellen Gründen unumgänglich nötig ist. Die Unvereinbarkeit eines redaktionellen Datenschutzbeauftragten mit der Freiheit zur Organisation der Redaktionsarbeit zeigt beispielsweise auch die Vorgabe des Art. 38 Abs. 3 Satz 3 DSGVO, nach der der fragliche Redaktionsmitarbeiter „unmittelbar der höchsten Managementebene des Verantwortlichen“ und damit in aller Regel einer redaktionsexternen Stelle berichten müsste. Denn natürlich zählt es zur Freiheit der Presse und ist es eine wesentliche Regel für ungezählte Verlage, die journalistische Arbeit der Redaktionen vollständig unabhängig von der Verlagsgeschäftsführung auszugestalten. Im Ergebnis ist ein gesetzlich zu systematischer Kontrolle der Sicherheit der Recherchevorgänge etc. berufener Kontrolleur mit der redaktionellen Pressefreiheit nicht vereinbar.

b) Allein dass ein Gesetz ein Redaktionsmitglied verlangen würde, das die übrigen Redaktionsmitglieder bei ihrer Redaktionsarbeit ohne journalistische Veranlassung überwacht und kontrolliert, wäre eine unverhältnismäßige Beschneidung der redaktionellen Freiheit. Deshalb würde es sich auch noch dann um einen nicht hinnehmbaren Eingriff in die redaktionelle Pressefreiheit handeln, wenn die gesetzliche Verpflichtung sich in der Bestellung eines solchen Beauftragten erschöpfen würde, der Beauftragte also keine spezifischen Überwachungsbefugnisse bzw. -verpflichtungen hätte und auch keiner Verpflichtung zur Zusammenarbeit mit der Datenschutzaufsichtsbehörde etc. unterläge. Es ist wesentlicher Teil der redaktionellen Freiheit, über die Organisation und die Abläufe der redaktionellen Arbeit frei bestimmen zu können. Die Begründung zu § 12 Abs. 2 PrG BW-Entwurf erkennt diesen wichtigen Aspekt der Pressefreiheit, wenn sie ausführt: „Wie diese Verpflichtung [zu Datensicherheit und Datengeheimnis] im Einzelfall erfüllt wird, liegt in der Verantwortung des jeweiligen Presseunternehmens“ (Zweiter Absatz der Begründung zu Abs. 2 des § 12 PrG BW-Entwurf). Es gibt keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Pflichten, die im redaktionellen Bereich bestehen, von den Verlagsunternehmen nicht organisatorisch durch eine angemessene Aufgabenverteilung sichergestellt würde, auch ohne dass regelnd in die Freiheit der Redaktionen eingegriffen wird.

c) Ganz ungeachtet der Ausführungen zu a) und b) ist kein Grund ersichtlich, die in Deutschland bestehende Pressefreiheit durch eine solche weitergehende Beschränkung aufzuweichen. Es würde sich um eine bewusste, durch keinerlei Vorgabe erzwungene Entscheidung des Landesgesetzgebers handeln, die Pressefreiheit durch die gesetzliche Implementierung eines Kontrolleurs in die Redaktionen zu schwächen.

6. Wir begrüßen den Verzicht des § 12 PrG BW-Entwurf auf die Einführung spezifischer datenschutzrechtlicher Berichtigungs- und Löschungsansprüche gegenüber Redaktionsdaten. Beide wären ebenso wie ein entsprechender Auskunftsanspruch unangemessen. Das gilt jedoch letztlich auch für den in § 12 Abs. 3 PrG BW-Entwurf vorgesehenen Aufbewahrungs- und Übermittlungsanspruch.

Für einen solchen gesonderten gesetzlichen Anspruch auf Aufnahme von Gegendarstellungen, Verpflichtungserklärungen etc. in die Redaktionsdaten gibt es keine Notwendigkeit. Es zählt selbstverständlich zur journalistischen Sorgfaltspflicht und ist zur Vermeidung von Vertragsstrafen und gerichtlich verhängten Ordnungsgeldern ohnehin erforderlich, Unterlassungserklärungen, Gegendarstellungen, Unterlassungsurteile etc. bei weiterer Redaktionsarbeit zu den jeweiligen Tatsachen zu berücksichtigen.

7. Der Bundesgesetzgeber, der wegen Wegfalls jeglicher Gesetzgebungskompetenz für die Presse im BDSG (neu) kein dem § 41 BDSG (alt) entsprechendes Medienprivileg mehr normieren kann, hat erklärt, er, der Bundesgesetzgeber, gehe „*davon aus, dass die insofern zuständigen Landesgesetzgeber das Pressprivileg wie bisher absichern werden*“³. § 12 PrG BW-Entwurf wird mit seinen Absätzen 1 und 2 diesem Anspruch im Wesentlichen gerecht, indem er die geltenden Vorgaben zu Datensicherheit und Datengeheimnis sowie entsprechende Haftungsregeln durch Verweise auf entsprechende Normen in Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) und BDSG (neu) aktualisiert und dabei klarstellt, dass DSGVO und BDSG (neu) im Übrigen auf die Verarbeitung personenbezogener Daten zu journalistischen Zwecken keine Anwendung finden. Im Sinne des zitierten Petitums des Bundesgesetzgebers sollte auch von § 12 Abs. 3 PrG BW-Entwurf wieder Abstand genommen werden (vgl. soeben 6.).

8. Der auf die journalistische Datenverarbeitung für anwendbar erklärte Art. 5 DSGVO befindet sich im Kapitel II der DSGVO, das in Art. 85 Abs. 2 DSGVO enthalten ist und von dem somit Abweichungen auch schon nach dieser Vorschrift ohne jeden Zweifel verpflichtend und möglich sind. Es kann damit die Frage gestellt werden, ob es überhaupt noch sinnvoll erscheint, redaktionelle Datensicherheit und redaktionelles Datengeheimnis nicht nur medien- und äußerungsrechtlich, sondern zusätzlich auch datenschutzrechtlich abzusichern. Denn bereits aus den zivilrechtlichen Vorschriften zum Schutz des Persönlichkeitsrechts (§§ 823, 1004 BGB) ergeben sich die Verpflichtungen eines jeden Journalisten und jeder Redaktion, personenbezogene Redaktionsdaten gegen unbefugte Kenntnisnahme Dritter zu schützen (Datensicherheit) und solche Daten nicht unbefugt Dritten zugänglich zu machen (Datengeheimnis). Diese Verpflichtungen sind selbstverständlich durch Unterlassungs- und Schadensersatzklagen vor den Zivilgerichten effektiv durchsetzbar. Die *zusätzliche* Normierung der gleichen Pflichten in § 12 PrG BW-Entwurf kann deshalb durchaus als unnötig betrachtet werden, zumal diese Verpflichtungen dem ureigenen Interesse der Redaktionen entsprechen, alle Redaktionsdaten – außer im Fall der Publikation – geheim zu halten und gegen den Zugriff Dritter, handele es sich um den Staat oder Private, zu schützen.

³ BT-Drs. 18/11325 vom 24. Februar 2017, S. 79, Hervorhebung nur hier.

B Europarechtliche Zulässigkeit und medienpolitische Notwendigkeit der Beibehaltung der geltenden Pressefreiheit – Anwendbarkeit nur von Datensicherheit, Datengeheimnis und entsprechender Haftungsregelung

Pressefreiheit setzt voraus, dass weder Datenschutzrecht noch Datenschutzaufsicht auf die redaktionelle Verarbeitung personenbezogener Daten Anwendung finden. Diese Existenzbedingung von Pressefreiheit sichert für die gedruckte Presse § 12 des geltenden baden-württembergischen Pressegesetzes.

Möglich sind dabei alleine Vorgaben zu Datensicherheit und Datengeheimnis, die die Verarbeitung journalistischer Daten zu anderen als eben journalistischen Zwecken untersagen. Das Inkrafttreten der DSGVO im Mai 2018 verlangt eine Umstellung des geltenden § 12 PrG BW von einer Ausnahme vom BDSG hin zu einer Ausnahme von der DSGVO und vom BDSG (neu). Minimales Erfordernis für den Schutz des status quo redaktioneller Pressefreiheit ist dabei, dass die Bereichsausnahme des § 12 PrG BW bei der Anpassung inhaltlich unverändert bleibt, insbesondere unverändert höchstens Anforderungen an Datensicherheit und Datengeheimnis stellt und auch die Freiheit von der Aufsicht der Datenschutzaufsichtsbehörden unangetastet bleibt. Beides wird durch § 12 Absatz 1 und 2 PrG BW-Entwurf im Wesentlichen geleistet.

Das ist mit der DSGVO ebenso zulässig wie unter der noch geltenden Richtlinie, wie das mit dieser Stellungnahme übersandte Gutachten von Professor Dr. Matthias Cornils, Universität Mainz, ausführlich bestätigt.

Art. 85 Abs. 1 DSGVO und Art. 85 Abs. 2 DSGVO ermöglichen es problemlos, die bestehenden Bereichsausnahmen zum Schutz der Pressefreiheit ohne Abstriche aufrecht zu erhalten.

1. Tatsächlich ist die *Verpflichtung* der Mitgliedsstaaten in Art. 85 Abs. 2 DSGVO zu Ausnahmen und Abweichung von den dort genannten Kapiteln sogar noch pressefreiheitsfreundlicher als der bis 2018 geltende Art. 9 DSRL (so richtig auch die Begründung des Gesetzentwurfes, Allgemeiner Teil, 3. Änderung des Landespressegesetzes, am Ende und passim). Der zur Ausweitung und Festigung der Kompetenz der Mitgliedsstaaten neu eingeführte Art. 85 Abs. 1 DSGVO, der ebenso wie Art. 85 Abs. 2 DSGVO ausdrücklich auch die journalistische Datenverarbeitung erfasst, *erlaubt* weitergehend sogar freiheitsangemessene Regelungen über den von Art. 85 Abs. 2 DSGVO *zwingend* erfassten Bereich hinaus.

2. Insbesondere müssen nach Art. 85 DSGVO ebenso wenig wie nach Art. 9 der noch geltenden EU-Datenschutzrichtlinie 95/46/EG – im Folgenden: DSRiLi – die Kapitel über „Allgemeine Bestimmungen“, „Rechtsbehelfe, Haftung und Sanktionen“, „Durchführungsmaßnahmen“ oder „Schlussbestimmungen“ für anwendbar erklärt werden.

a) Das ergibt sich schon dann, wenn nur die Verpflichtung zu Ausnahmen von bestimmten Kapiteln in Art. 85 Abs. 2 DSGVO in Betracht gezogen wird. Die hier fraglichen Kapitel, im Falle der Richtlinie die Kapitel I, III und VII, sind in Art. 9 DSRiLi – der Art. 85 Abs. 2 DSGVO entspricht – nicht erwähnt. Dennoch werden die auf diesen Kapiteln beruhenden Bestimmungen des BDSG (alt) zu Recht weder in § 12 PrG BW noch in § 41 BDSG (alt) für anwendbar erklärt. Genauso wenig müssen diese allgemeinen Normen, die im Falle der Datenschutzgrundverordnung in den Kapiteln I, VIII, X und XI stehen, nunmehr für anwendbar erklärt werden⁴. Die entsprechenden Aussparungen der Kapitel I, VIII, X und XI aus § 12 Absatz 2 Satz 1 PrG BW-Entwurf sind schon deshalb unnötig.

b) Jedenfalls aber erlaubt Art. 85 Abs. 1 DSGVO Abweichungen auch von Kapiteln der Datenschutzgrundverordnung, die in Art. 85 Abs. 2 DSGVO nicht genannt sind⁵. Art. 85 Abs. 1 DSGVO erfasst ausdrücklich nicht nur die allgemeine Meinungsäußerung, sondern auch die journalistische Datenverarbeitung. Art. 85 Abs. 1 DSGVO ist sodann im Unterschied zu der tatbestandlich engeren Norm des Art. 85 Abs. 2 DSGVO bei seiner Gestattung mitgliedersstaatlicher Regelung nicht auf bestimmte Kapitel beschränkt. Und er erlaubt zwangsläufig Abweichungen von der DSGVO. Denn alle mitgliedersstaatlichen Rechtsvorschriften, die Meinungsfreiheit und Datenschutz – nach den unterschiedlichen verfassungsrechtlichen und kulturellen Wertsystemen – miteinander in Einklang bringen, ohne die DSGVO zu wiederholen, weichen zwangsläufig von eben dieser DSGVO ab.

Demnach erlaubt es jedenfalls Art. 85 Abs. 1 DSGVO, die Anwendbarkeit insbesondere des VIII. Kapitels und damit die Anwendbarkeit der Art. 77 ff. (Rechtsbehelf zu einer Datenschutzaufsichtsbehörde etc.) auszuschließen. Die datenschutzbehördliche Aufsicht muss auch unanwendbar bleiben, da die Abwesenheit einer Kontrolle der Redaktionsarbeit durch staatliche Datenschutzaufsichtsbehörden ein ganz wesentliches Element der Pressefreiheit ist.

3. Es ist nach alledem ohne weiteres möglich, mit § 12 PrG BW-Entwurf die Pressefreiheit ungeschmälert zu wahren und nur Datensicherheit und Datengeheimnis sowie eine entsprechende Haftungsregelung anzuwenden. Eine gegenteilige restriktive Interpretation, nach der den Mitgliedsstaaten nun weniger als unter der RiLi 95/46/EG möglich wäre, ist mit der Ratio der Norm, der Systematik und der Entstehungsgeschichte nur schwer vereinbar.

Wer dennoch Art. 85 Abs. 1 und Abs. 2 DSGVO in einem Sinne deuten wollte, der die Möglichkeiten der Mitgliedsstaaten zum Schutz der Presse gegenüber Art. 9 RiLi 95/46/EG verschlechtern und europarechtlich zwingend weitergehende Eingriffe des Da-

⁴ Ausführlich dazu *Matthias Cornils* (Fn. 2), ferner Stellungnahme von BDZV, dju, DJV, Presserat und VDZ zum Vorschlag vom 21.6.2017 für eine einheitliche Regelung zum Redaktionsdatenschutz in den Pressegesetzen der Länder unter B I. 1. a), S. 7 f.

⁵ Ausführlich dazu *Matthias Cornils* (Fn. 2), ferner Stellungnahme von BDZV, dju, DJV, Presserat und VDZ zum Vorschlag vom 21.6.2017 für eine einheitliche Regelung zum Redaktionsdatenschutz in den Pressegesetzen der Länder unter B I. 1. b), S. 8 – 12.

tenschutzrechts verlangen würde, würde eine bewusste Entscheidung zur Schwächung der Pressefreiheit hinter einer fernliegenden Interpretation des EU-Rechts verstecken. Auch schon zum geltenden Recht gibt es Stimmen insbesondere aus dem Lager des Datenschutzes, die eine weitergehende Beschneidung und Beseitigung der Pressefreiheit befürworten, zu Recht aber weder vom Gesetzgeber noch von den Gerichten gehört wurden⁶.

4. Es sind keinerlei politische Gründe ersichtlich, die redaktionelle Pressefreiheit im Verhältnis zum Datenschutz weiter einzuschränken als in den geltenden Pressegesetzen.

Insbesondere bedarf es nach wie vor keiner Einführung datenschutzbehördlicher Aufsicht über die Redaktionen.

Das gilt auch für die nach § 12 PrG BW und § 12 PrG BW-Entwurf gleichermaßen geltenden Verpflichtungen zu Datensicherheit und Datengeheimnis. Diese Vorgaben untersagen die Verarbeitung journalistischer Daten zu anderen als eben journalistischen Zwecken. Beide Verpflichtungen werden nach altem und neuem § 12 PrG BW mit gerichtlich durchsetzbaren Ansprüchen auf Schadensersatz und Unterlassung sanktioniert (§ 12 PrG BW i. V. m. § 7 BDSG (alt) nach altem und in Verbindung mit § 83 BDSG (neu) und Art. 82 DSGVO nach neuem Recht bzw. in Verbindung mit §§ 823 II, 1004 BGB analog nach altem wie neuem Recht).

Unterlassungs- und Schadensersatzanspruch stellen – wie im inhaltsbezogenen Äußerungs- und Persönlichkeitsrecht – eine scharfe Sanktion dar, über die aber die Gerichte und nicht die Datenschutzaufsichtsbehörden entscheiden. Es handelt sich dabei um das gleiche Sanktionssystem, in dem über die Frage der Verletzung des Persönlichkeitsrechts durch Wahrnehmung der Pressefreiheit im Wege der Veröffentlichung personenbezogener Daten entschieden wird.

Es ist völlig ausgeschlossen, dass dieses sogar für den tatsächlich wie rechtlich sehr viel bedeutsameren **Streit um die rechtlichen Grenzen der Veröffentlichung** personenbezogener Daten hinreichende Instrumentarium und Sanktionssystem nicht in der Lage sein soll, den nach Häufigkeit wie Intensität vergleichsweise sehr viel weniger bedeutsamen, ja wohl bislang sogar wohl eher theoretischen **Streit um Datensicherheit und Datengeheimnis** angemessen zu bewältigen. Während Pressefreiheit zu einem ganz wesentlichen Teil in der Freiheit der Verarbeitung personenbezogener Daten gegen den Willen und gegen die Interessen des Betroffenen besteht, also bei der Veröffentlichung wirklich ein Interessenkonflikt besteht, gibt es diesen strukturellen Konflikt zwischen Persönlichkeitsrecht und Pressefreiheit bei Datensicherheit und Datengeheimnis gerade nicht. Der Schutz der Redaktionsdaten gegen Zweckentfremdung ist ein ureigenes und überlebenswichtiges Interesse jeder Redaktion und läuft insoweit parallel zu den Interessen Betroffener, deren

⁶ Vgl. dazu auch noch Stellungnahme von BDZV, dju, DJV, Presserat und VDZ zum Vorschlag vom 21.6.2017 für eine einheitliche Regelung zum Redaktionsdatenschutz in den Pressegesetzen der Länder unter B I. 1. b) ee), S. 11 f.

Daten im Redaktionsarchiv gespeichert sind. Das erklärt auch, wieso Fälle der Verletzung dieser Pflichten, soweit ersichtlich, praktisch keine relevante Rolle spielen.

Im Gegenteil: Die Einführung einer datenschutzbehördlichen Aufsicht über Redaktionen wegen dieser Verpflichtungen würde ganz offenbar problematisch erscheinen und mit den Prinzipien der Pressefreiheit nach wie vor nicht vereinbar sein. Es bedarf demnach nicht nur keiner Aufsicht durch die Datenschutzaufsichtsbehörden, sondern würde den ersten Schritt zu einer Erosion wesentlicher Bedingungen freier Presse in einem immer weiter vereinten Europa bedeuten. Gerade mit Blick auf die unterschiedliche Ausübung des Gestaltungsermessens in den europäischen Mitgliedsstaaten, ist es umso wichtiger, dass Deutschland den fragilen status quo eines effektiven Schutzes der Pressefreiheit in keiner Weise schmälert.

C Keine Ergänzung der Pressegesetze um Auskunfts- oder Berichtigungsanspruch etc.

Zu Recht sieht § 12 PrG BW-Entwurf keine ergänzenden Auskunfts- oder Berichtigungsansprüche gegenüber Redaktionsdatenbeständen vor. Die neue Regelung des § 12 Abs. 3 BW PrG-Entwurf zur Art und Weise der Aufbewahrung von Gegendarstellungen etc. erscheint letztlich nicht als zielführend.

Wie soeben vor C unter 4. beschrieben, zählt es zum Schutz der Pressefreiheit, aus dem Datenschutzrecht nur Datensicherheit und Datengeheimnis mit den Sanktionsmöglichkeiten des gerichtlich durchsetzbaren Unterlassungs- und Schadensersatzanspruchs vorzusehen. Es gibt keinerlei Verpflichtung und auch keinerlei Anlass, diesen status quo der Pressefreiheit an irgendeiner Stelle zu verschlechtern.

Das gilt auch für gesonderte pressegesetzliche Ansprüche auf Auskunft oder Berichtigung von Redaktionsdaten sowie für Ansprüche auf bestimmte Formen der Sicherstellung der Beachtung und Berücksichtigung von Gegendarstellungen, Unterlassungsverpflichtungen etc. im weiteren Verlauf der Redaktionsarbeit.

1. Soweit es um spezifische **gesetzliche Ansprüche auf Auskunft über nicht veröffentlichte Redaktionsdaten** (Archivdaten, Manuskripte, Aufzeichnungen über Kommunikationen mit Informanten etc.) zur Person des Betroffenen geht, ist ein solcher Anspruch nach wie vor der Pressefreiheit abträglich. Im weiten Umfang des Quellenschutzes, des Schutzes gegen die Ausforschung von Recherchen oder gar von Artikelmanuskripten etc. sind derartige Ansprüche mit der Pressefreiheit nicht vereinbar. Soweit danach noch ein Anwendungsbereich verbleiben sollte, würde ein solcher Anspruch im Falle praktischer Relevanz die Gefahr einer empfindlichen Behinderung der Redaktionen begründen, der kein nachvollziehbarer Mehrwert für die Betroffenen gegenüberstünde. Im Einzelnen:

Wird eine Information veröffentlicht, bedarf der Betroffene keiner Auskunft mehr. Er kann mit den üblichen Rechtsbehelfen eine Berichtigung durchsetzen, die schon deshalb natürlich in das Redaktionsdatenarchiv übernommen wird, weil jede Wiederholung der Veröffentlichung empfindlich geahndet würde.

Wird eine Information wie bspw. der durch einen Informanten erhobene Vorwurf eines Fehlverhaltens eines Politikers nicht veröffentlicht, etwa weil sich der Vorwurf (noch) nicht in einer für eine Verdachtsberichterstattung ausreichenden Weise erhärten lässt, greift in aller Regel einer der Ausnahmetatbestände eines solchen Anspruchs wie etwa die Schranke der Ausforschung der Recherche und Redaktionsarbeit oder die Schranke des Informantenschutzes, die auch bei einer gesetzlichen Normierung geschaffen werden müssten.

Es bleibt also kein großer Anwendungsbereich. Soweit aber ein Anwendungsbereich verbliebe, stünde der bürokratische Aufwand für die Einzelfallabwägung, die für jedes Datum gesondert durchgeführt werden müsste, in keinem Verhältnis zu dem Nutzen für den Anspruchsteller. Es müssten zudem alle auf den jeweiligen Betroffenen bezogenen Daten herausgesucht, zusammengestellt und so isoliert werden, dass keine personenbezogenen Daten Dritter offenbart werden. Insgesamt wäre ein solcher Anspruch eine unzumutbare und unverhältnismäßige Beschränkung der Pressefreiheit. Zudem müsste zunächst immer auch die Identität des Anspruchstellers verifiziert werden, denn gerade bei den von der Presse recherchierten Informationen kann es ein großes Interesse Unbefugter geben, sich Zugang zu verschaffen. Allein das ist schon problematisch.

2. Auch gesonderte gesetzliche Berichtigungsansprüche gegenüber Redaktionsdaten sind nach wie vor nicht angezeigt, sondern bei sorgfältiger Abwägung unangemessen.

Soweit es um etwaige Ansprüche auf Berichtigungen personenbezogener Angaben in **veröffentlichten Presseartikeln** geht, ist das Äußerungs-, Persönlichkeits- und Presse-recht mit Unterlassungs-, Gegendarstellungs-, Widerrufs- und Berichtigungsansprüchen das richtige Rechtsregime, um die widerstreitenden Interessen Betroffener und der Pressefreiheit gegeneinander abzuwägen. Es bedarf keiner gesonderten datenschutzrechtlich begründeten Ansprüche in den Pressegesetzen.

Soweit es um Berichtigungsansprüche gegenüber **nicht veröffentlichten personenbezogenen Redaktionsdaten** geht, setzt ein gesonderter Berichtigungsanspruch einen gesonderten Auskunftsanspruch voraus, der nach wie vor nicht sinnvoll ist (siehe soeben unter 1.). Hinzu kommt, dass auch der Berichtigungsanspruch bei genauer Betrachtung nicht sinnvoll erscheint. Ist bspw. eine Behauptung eines Informanten (noch) nicht weiter zu erhärten und wäre ihre Veröffentlichung damit nicht rechtmäßig, bleibt doch die Information im Redaktionsarchiv nicht nur für die weitere Redaktionsarbeit notwendig, sondern auch rechtmäßig. Selbst wenn die Information nach dem jeweiligen Stand der Recherche falsch sein sollte, ist für die Bewertung des Informanten ebenso wie für die weitere Re-

cherche die Tatsache der falschen Aussage des betreffenden Informanten wichtig und darf nicht berichtigt werden, soll das Archiv seinem Zweck dienen.

3. Auch für einen gesonderten gesetzlichen Anspruch auf Aufnahme von Gegendarstellungen, Verpflichtungserklärungen etc. in die Redaktionsdaten gibt es keine Notwendigkeit. Es zählt selbstverständlich zur journalistischen Sorgfaltpflicht – und ist zur Vermeidung von Vertragsstrafen und gerichtlich verhängten Ordnungsgeldern ohnehin erforderlich –, Unterlassungserklärungen, Gegendarstellungen, Unterlassungsurteile etc. bei weiterer Redaktionsarbeit zu den jeweiligen Tatsachen zu berücksichtigen.

Kontakt:

Prof. Dr. Christoph Fiedler
VDZ
Markgrafenstraße 15
10969 Berlin
Tel.: 030 72 62 98 120
C.Fiedler@vdz.de

Benno H. Pöppelmann
DJV
Torstraße 49
10119 Berlin
Tel.: 030 72 62 79 212
poep@djv.de

Das datenschutzrechtliche Medienprivileg unter Behördenaufsicht?

Der unionsrechtliche Rahmen für die Anpassung der medienrechtlichen Bereichsausnahmen (in § 9c, § 57 RStV-E und den Landespressegesetzen) an die EU-Datenschutz-Grundverordnung

Rechtsgutachten

erstattet den Bestellern:

BDZV Bundesverband Deutscher Zeitungsverleger e. V.

dju Deutsche Journalisten- und Journalistinnen-Union

DJV Deutscher Journalisten-Verband

VDZ Verband Deutscher Zeitschriftenverleger e. V.

von Universitätsprofessor Dr. Matthias Cornils

Johannes Gutenberg-Universität Mainz, stv. Direktor des Mainzer Medieninstituts

August 2017

Inhalt

I. Problem- und Fragestellung	4
1. Einführung.....	4
2. Neuformulierung der Bereichsausnahme für Rundfunk bzw. Telemedien in § 9c Abs. 1, § 57 Abs. 1 RStV-E	6
3. Einwände und Gutachtenfrage	11
II. Das Medienprivileg als kommunikationsrechtliches essentielle.....	13
1. Verfassungsrechtliche Fundierung der Freistellung von datenschutzrechtlichen Bindungen	13
2. Unionsrechtliche Anerkennung des Medienprivilegs.....	18
a) Art. 9 DSRL	18
b) Ausweitung der Freistellung in Art. 85 DS-GVO.....	19
c) Kontinuität in der Kapitel-Enumeration	22
d) Partielle Abweichung bei Kapitel VIII DS-GVO	23
III. Verhältnis von Art. 85 Abs. 1 und 2 DS-GVO.....	25
1. Von dem Abweichungs- und Ausnahmenvorbehalt zur doppelten Öffnungsklausel: entstehungsgeschichtlicher Abriss.....	25
a) Kommissionsvorschlag: Abweichungs- und Ausnahmenvorbehalt.....	25
b) Vorschlag des Europäischen Parlaments, 1. Lesung: tatbestandlich erweiterter Abweichungs- und Ausnahmenvorbehalt.....	26
c) Vorschlag der Ratspräsidentschaft 2013: allgemeine Abwägungsklausel	27
d) Kompromissvorschlag des Rates 2015: Doppel-Klausel	28
e) Endfassung: Doppel-Klausel mit Mitteilungspflicht.....	29
2. Erkenntnisse aus der Genese des Art. 85 DS-GVO.....	29
a) Die Doppel-Klausel als interessenverbindender Kompromiss.....	30
b) Auslegungsleitlinie: Vermutung für die Normativität aller Bestimmungen des Art. 85 DS-GVO	32
3. Systematik des Art. 85 DS-GVO: Verständnismöglichkeiten.....	33
a) „Unechte Öffnungsklausel“	34
b) Art. 85 Abs. 2 DS-GVO als lex specialis?	44
c) Nur deklaratorisch-veranschaulichende Bedeutung des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO?	45
d) Vorzugswürdige Interpretation: generelle Öffnungsklausel mit Mindestgarantie in Abs. 2.....	46
IV. Kapitel VIII und Art. 85	49
1. Problematik der textfixierten Auslegung des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO.....	50
a) Gegenargument aus Art. 85 Abs. 2 i.V.m. Kapitel VI DS-GVO	50
b) Unplausibilität der scheinbar unabdingbaren Bindung gerade an Art. 77, 78, 83 DS-GVO.....	52
c) Vorbehalte gegen eine Behördenaufsicht der Medien im Gesetzgebungsverfahren	53
d) Rechtliche Möglichkeit einer Art. 77, 78 und 83 DS-GVO erfassenden Auslegung des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO	56
2. Art. 85 Abs. 1 als generelle Öffnungsklausel: Erweiterung der Freistellungsbefugnis in Tatbestand und Rechtsfolgen	61

	3
a) Tatbestandliche Erweiterung.....	61
b) Rechtsfolgenerweiterung: Freistellung von nicht schon durch Art. 85 Abs. 2 erfassten Regelungen des Datenschutzes.....	61
V. Folgerungen für die Reform der Medienprivilegien in Deutschland.....	65
1. Datengeheimnis.....	66
2. Datensicherheit.....	66
3. Erwähnung der „Kapitel I, VIII, X und XI“.....	67
a) Unionsrechtliche Fragwürdigkeit der Nennung von Kapitel VIII in der Rückausnahme des Medienprivilegs.....	67
b) Inkohärenz von § 57 Abs. 1 Satz 5 und § 59 Abs. 1 RStV-E v. 2. Juni 2017.....	70
c) Art. 79, Art. 82 und Art. 84 DS-GVO.....	70
d) Fazit.....	73
VI. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse.....	74

I. Problem- und Fragestellung

1. Einführung

In der rechtspolitischen Diskussion um die notwendige Anpassung der deutschen medienrechtlichen Regelungen über die (weitgehende) Freistellung der Medientätigkeit von datenschutzrechtlichen Anforderungen (sog. datenschutzrechtliches Medienprivileg) werden derzeit verschiedene Konzepte und konkrete Vorschläge erörtert, denen jeweils unterschiedliche Einschätzungen der dafür maßgeblichen unionsrechtlichen Rechtslage zugrunde liegen. Daraus ergibt sich dringender rechtlicher Klärungsbedarf, dem die hier niedergelegten Überlegungen genügen wollen.

Die Rundfunkkommission der Länder hat am 2. Juni 2017 einen Entwurf zur Änderung der rundfunkrechtlichen Regelungen über das datenschutzrechtliche Medienprivileg für den Rundfunk und journalistische Telemedienangebote vorgelegt und zur Konsultation gestellt. Beabsichtigt ist eine Umsetzung der Änderung im Rahmen des 21. Rundfunkänderungsstaatsvertrags.

Bei dem verbreitet sogenannten „Medienprivileg“, handelt es sich um die griffige Kurzbezeichnung für den Regelungsgehalt von Vorschriften die in Deutschland seit Jahrzehnten zum Bestand des Presse-, Rundfunk- und Telemedienrechts gehören und die Anwendbarkeit datenschutzrechtlicher Regelungen auf die Tätigkeit der Medien (insb.: § 41 BDSG a.F., § 57 RStV, Regelungen in den Landespresse- bzw. -mediengesetzen, z.B. § 12 LMG Rh.-Pf.) einschränken. Bei Unterschieden im Einzelnen ist diesen Vorschriften gemeinsam, dass sie die Anwendbarkeit des Datenschutzrechts auf nur wenige verbleibende Anforderungen beschränken (namentlich: Datensicherheit, teilweise Datengeheimnis und Schadensersatzsanktion), die Medientätigkeit aber im Übrigen von den Bindungen des Datenschutzrechts – in materieller wie institutioneller (d.h.: behördliche Datenschutzaufsicht) Hinsicht – freistellen.¹

Der Änderungsvorschlag der Rundfunkkommission vom 2. Juni 2017 zielt erstens auf eine Zusammenfassung der bisher in verschiedenen Landesmedien- und -anstaltsgesetzen verstreuten Regelungen dieser Freistellung für den (öffentlich-rechtlichen und privaten) Rundfunk in einem neuen § 9c RStV; die bisherigen partikularen rundfunkrechtlichen Regelungen etwa in § 17 ZDF-StV oder in § 17 Deutschlandradio-StV sollen daher entfallen. Zweitens soll der neu zu

¹ S. dazu umfassend *Thomas-Alexander Hubert*, Das datenschutzrechtliche „Presseprivileg“ im Spannungsfeld zwischen Pressefreiheit und Persönlichkeitsrecht, 1993; *Philipp-Christian Thomale*, Die Privilegierung der Medien im deutschen Datenschutzrecht, 2006; ferner die Kommentarliteratur insb. zu § 41 BDSG, etwa *Bergmann/Möhle/Herb*, Datenschutzrecht, Losebl.; *Dix*, in: Simitis, Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz, 7. Aufl. 2011; *Führ*, in: Auernhammer, BDSG, hrsg., v. Eßer/Kramer/v. Lewinski, 4. Aufl. 2014; *Wedde*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, Bundesdatenschutzgesetz, 4. Aufl. 2013.

fassende § 57 RStV das Medienprivileg nun einheitlich für alle journalistischen Telemedienangebote, also sowohl von Rundfunkanstalten und -veranstaltern als auch der Presse, regeln, und zwar inhaltlich übereinstimmend mit der Regelung für den Rundfunk in § 9c RStV-E. Angestrebt ist darüber hinaus – drittens – erklärtermaßen eine Vereinheitlichung auch der Regelungen für die Druckpresse in den Pressegesetzen, und zwar in inhaltlichem Einklang mit den Bestimmungen für die elektronischen Medien.

Unbestritten besteht Handlungsbedarf aufgrund der neuen unionsrechtlichen Rechtslage: Am 25. Mai 2018 wird die Datenschutzgrundverordnung 2016/679/EU in Kraft treten und die bis dahin noch geltende Datenschutzrichtlinie 95/46/EG ablösen. Eine Neuformulierung der landesrechtlichen Regelungen ist aufgrund dessen jedenfalls erforderlich; dies wäre auch dann der Fall, wenn keinerlei inhaltliche Änderung gegenüber dem status quo beabsichtigt wäre: Insofern nun unmittelbar anwendbare Verordnungsregelungen greifen im Hinblick auf Gegenstände, die bisher im nationalen Umsetzungsrecht (BDSG, Landesrecht) geregelt waren, können die landesrechtlichen Bestimmungen diese Gegenstände nicht mehr selbst regeln, müssen sich vielmehr mit einem Verweis auf die entsprechenden Vorschriften der DS-GVO begnügen. Dies betrifft die die vom Medienprivileg nicht umfassten, daher anwendbaren Regelungen über die Datensicherheit (bisher: § 9 BDSG) und den Schadensersatz (§ 7 BDSG), die nun in der DS-GVO getroffen werden (Art. 5 Abs. 1 Buchst. f), Art. 82 DS-GVO). Da allerdings die DS-GVO keine Regelung des gleichfalls in den meisten Landesvorschriften für anwendbar erklärten Datengeheimnisses (§ 5 BDSG a.F.) enthält, bleibt insoweit eine eigene Bestimmung im Landesrecht erforderlich.

Die Rundfunkkommission nimmt indessen mit dem Entwurf vom 2. Juni 2017 darüber hinaus auch eine Notwendigkeit zu inhaltlichen Änderungen an und intendiert daher eine Abweichung vom status quo. Grund dafür ist die Einschätzung, aus dem nun die Bereichsausnahme für die Medien betreffenden Art. 85 DS-GVO ergäben sich von dem bisherigen Rechtszustand abweichende Vorgaben, die zwingend zu berücksichtigen seien.

Diese Einschätzung wird allerdings auch in der medienpolitischen Diskussion keineswegs allgemein geteilt. So geht etwa ein Referentenentwurf eines neu gefassten § 10 des hessischen Landespressegesetzes vom Juli 2017 davon aus, dass die DS-GVO keine inhaltliche Einschränkung der mitgliedstaatlichen Medienprivilegien verlangt, vielmehr deren in der Sache unveränderte Weiterführung erlaubt, so dass sich der Reformbedarf auf Umstellungen beschränkt, die sich aus dem *Verordnungs*charakter der DS-GVO – im Unterschied zur bisherigen *Datenschutzrichtlinie* – ergeben.

Dieser Streit um den (angeblichen) substantiellen unionsrechtlichen Änderungsbedarf im Vergleich mit der bisherigen Regelung der Bereichsausnahme in Art. 9 DSRL ist Anlass und Gegenstand vorliegender Erörterung.

2. Neuformulierung der Bereichsausnahme für Rundfunk bzw. Telemedien in § 9c Abs. 1, § 57 Abs. 1 RStV-E

Der Änderungsvorschlag der Rundfunkkommission vom 2. Juni 2017 sieht in weitgehender Textgleichheit für den Rundfunk (§ 9c Abs. 1) und für die journalistischen Telemedien (§ 57 Abs. 1) eine Ausdehnung der Reichweite auf sämtliche Verarbeitungen personenbezogener Daten zu journalistischen Zwecken vor; die frühere Beschränkung auf eigene journalistisch-redaktionelle Zwecke wird so aufgebrochen, um – entsprechend dem weiten Journalismusbegriff des Unionsrechts (Art. 85 Abs. 2 DS-GVO, aber auch schon bisher Art. 9 DSRL) – auch Verarbeitungen außerhalb institutionalisierter Medienredaktionen einzubeziehen und zudem Kooperationen (Rechercheverbände u. ä.), bei denen Informationen anderer Redaktionen oder Journalisten genutzt werden, dem Privileg zu unterstellen.

§ 9c Abs. 1 Sätze 1-4, § 57 Abs. 1 Sätze 1-4 RStV-E verpflichten die mit der Verarbeitung personenbezogener Daten befassten Personen auf das Datengeheimnis. Abs. 1 Satz 5 beider Bestimmungen enthält – gleichlautend – die Verweisungen auf die DS-GVO, darunter zunächst diejenige auf die Verordnungsregelung über die Datensicherheit (Art. 5 Abs. 1 Buchst. f i.V.m. Abs. 2, Art. 32 DS-GVO) unter Einbeziehung der Bestimmungen über die Verantwortlichkeit (Art. 24 DS-GVO) und die Meldepflicht an die Aufsichtsbehörde (Art. 33 DS-GVO), darüber hinaus aber auch auf Kapitel I, VIII, X und XI der Verordnung.

Die Vorschriften der § 9c Abs. 1, § 57 Abs. 1 RStV-E Juni 2017 lauten:

§ 9c RStV-E Juni 2017	Noch geltende Rechtslage
<p>„¹Soweit die in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten, das ZDF, das Deutschlandradio oder private Veranstalter zugelassener oder angezeigter Rundfunkprogramme personenbezogene Daten zu journalistischen Zwecken verarbeiten, ist es den hiermit befassten Personen untersagt, personenbezogene Daten zu anderen Zwecken zu verarbeiten (Datengeheimnis). ²Diese Personen sind bei der Aufnahme ihrer Tätigkeit auf das Datengeheimnis zu verpflichten. ³Das Datengeheimnis besteht auch nach Beendigung ihrer Tätigkeit fort. ⁴Satz 1 bis 3 gilt entsprechend für die zu den in Satz 1 genannten Stellen gehörenden Hilfs- und Beteiligungsunternehmen. ⁵Im Übrigen finden von der Verordnung (EU) 2016/679 außer den Kapiteln I, VIII, X und XI nur die Art. 5 Abs. 1 Buchst. f i.V.m. Abs. 2, Art. 24, Art. 32 und Art. 33 Anwendung. ⁶ Die in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten, das ZDF, das Deutschlandradio und andere Veranstalter zugelassener oder angezeigter Rundfunkprogramme sowie ihre Verbände und Vereinigungen können sich Verhaltenskodizes geben, die in einem transparenten Verfahren erlassen und veröffentlicht werden. ⁷ Den betroffenen Personen stehen nur die in Abs. 2 und 3 genannten Rechte zu.“</p>	<p><i>z.B.: § 49 Abs. 2 Satz 1 LMedienG BW</i> „Soweit private Veranstalter oder Hilfsunternehmen des Rundfunks personenbezogene Daten ausschließlich zu eigenen journalistisch-redaktionellen Zwecken verarbeiten, gelten die §§ 5, 9 und 38 a sowie § 7 des Bundesdatenschutzgesetzes mit der Maßgabe, dass nur für Schäden gehaftet wird, die durch eine Verletzung von §§ 5 und 9 des Bundesdatenschutzgesetzes eintreten.“</p> <p><i>z.B.: § 17 Abs. 1 ZDF-StV</i> „Soweit personenbezogene Daten durch das ZDF ausschließlich zu eigenen journalistisch-redaktionellen Zwecken verarbeitet werden, gelten nur die für das Datengeheimnis und für die Datensicherung maßgeblichen Vorschriften des Landesgesetzes zum Schutze des Bürgers bei der Verarbeitung personenbezogener Daten des Landes Rheinland-Pfalz in der jeweils geltenden Fassung.“</p>
§ 57 Abs. 1 RStV-E Juni 2017	§ 57 Abs. 1 RStV, geltende Fassung
<p>„¹Soweit die in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten, das ZDF, das Deutschlandradio, private Veranstalter zugelassener oder angezeigter Rundfunkprogramme oder Unternehmen und Hilfsunternehmen der Presse als Anbieter von Telemedien personenbezogene Daten zu journalistischen Zwecken verarbeiten, ist es den hiermit befassten Personen untersagt, personenbezogene Daten zu anderen Zwecken zu verarbeiten (Datengeheimnis). ²Diese Personen sind bei der Aufnahme ihrer Tätigkeit auf das Datengeheimnis zu verpflichten. ³Das Datengeheimnis besteht auch nach Beendigung ihrer Tätigkeit fort. ⁴Satz 1 bis 3 gilt entsprechend für die zu den in Satz 1 genannten Rundfunkveranstaltern gehörenden Hilfs- und Beteiligungsunternehmen. ⁵Im Übrigen finden von der Verordnung (EU) 2016/679 außer den Kapiteln I, VIII, X und XI nur die Art. 5 Abs. 1 Buchst. f i.V.m. Abs. 2, Art. 24, Art. 32 und Art. 33 Anwendung. ⁶ Den betroffenen Personen stehen nur die in Abs. 2 und 3 genannten Rechte zu.“</p>	<p>Soweit Unternehmen und Hilfsunternehmen der Presse als Anbieter von Telemedien personenbezogene Daten ausschließlich zu eigenen journalistisch-redaktionellen oder literarischen Zwecken erheben, verarbeiten oder nutzen, gelten nur die §§ 5, 7, 9 und 38a des Bundesdatenschutzgesetzes mit der Maßgabe, dass nur für Schäden gehaftet wird, die durch Verletzung des Datengeheimnisses nach § 5 des Bundesdatenschutzgesetzes oder durch unzureichende technische oder organisatorische Maßnahmen im Sinne des § 9 des Bundesdatenschutzgesetzes eintreten. Besondere staatsvertragliche oder landesrechtliche Bestimmungen für den Rundfunk bleiben unberührt.</p>

Der Referententwurf zu § 10 HPresseG, d. i. die Vorschrift, die künftig die datenschutzrechtliche Freistellung regeln soll, vom Juli 2017 beschränkt den ausdrücklichen Hinweis auf die Anwendbarkeit der DS-GVO hingegen auf Art. 82 DS-GVO, der den Schadensersatzanspruch wegen Verstoßes gegen Maßgaben der DS-GVO gibt. Der Vorschlag lautet (auszugsweise):

§ 10 HPresseG-E v. Juli 2017	Noch geltendes Recht: § 10 HPresseG
<p>„[...] Im Übrigen finden nur Art. 5 Abs. 1 Buchst. f und Art. 82 der Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung) (ABl. EU Nr. L 119 S. 1) sowie § 83 des Bundesdatenschutzgesetzes vom 30. Juni 2017 (BGBl. I S. 2097) in der jeweils geltenden Fassung mit der Maßgabe Anwendung, dass nur für Schäden nach § 83 des Bundesdatenschutzgesetzes, die durch Verletzung des Datengeheimnisses, oder nach Art. 82 der Verordnung (EU) 2016/679, die durch unzureichende technische oder organisatorische Maßnahmen im Sinne des Art. 5 Abs. 1 Buchst. f der Verordnung (EU) 2016/679 eintreten, gehaftet wird.“</p>	<p>„Soweit Unternehmen oder Hilfsunternehmen der Presse personenbezogene Daten ausschließlich zu eigenen journalistisch-redaktionellen oder literarischen Zwecken erheben, verarbeiten oder nutzen, gelten von den Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes in der jeweils geltenden Fassung nur die §§ 5, 9 und 38a sowie § 7 mit der Maßgabe, dass nur für Schäden gehaftet wird, die durch eine Verletzung des Datengeheimnisses nach § 5 des Bundesdatenschutzgesetzes oder durch unzureichende technische oder organisatorische Maßnahmen im Sinne des § 9 des Bundesdatenschutzgesetzes eintreten.“</p>

Während in der rechtspolitischen Diskussion kein Streit darüber besteht, dass sich aus den im Vorschlag der Rundfunkkommission v. 2. Juni 2017 in Bezug genommenen Kapiteln I, X und XI keine ihrem Inhalt nach kritischen Vorschriften im Hinblick auf die Datenverarbeitung zu journalistischen Zwecken finden, ist der Verweis auf das VIII. Kapitel der DS-GVO von erheblicher Bedeutung und Brisanz: Dieses Kapitel VIII umfasst mit den Artikeln 77 bis 84 die Bestimmungen über die Rechtsbehelfe, die Haftung und die Sanktionen bei Verstößen gegen die datenschutzrechtlichen Pflichten.

Insoweit diese Bestimmungen die Gewährleistung wirksamen gerichtlichen Rechtsschutzes (Art. 79 DS-GVO), die Haftung auf Schadensersatz (Art. 82 DS-GVO) sowie die Verpflichtung auf Statuierung wirksamer Sanktionen (Art. 84 DS-GVO) betreffen, ergibt sich indes noch keine Änderung gegenüber der bisherigen Rechtslage: Auch bisher schon unterlagen Verstöße gegen die durch das Medienprivileg nicht freigestellten datenschutzrechtlichen Bindungen (also: Datengeheimnis und Datensicherheit) diesen Bewehrungen (vgl. § 41 BDSG a.F.: „...einschließlich einer hierauf bezogenen Haftungsregelung entsprechend § 7“, § 57 Abs. 1 RStV: „... gelten nur die §§ 5, 7, 9 und § 38a des Bundesdatenschutzgesetzes mit der Maßgabe,

dass nur für Schäden haftet wird, die durch Verletzung des Datengeheimnisses nach § 5 des Bundesdatenschutzgesetzes oder durch unzureichende technische oder organisatorische Maßnahmen im Sinne des § 9 des Bundesdatenschutzgesetzes eintreten“). Dies entspricht auch der Reichweite der unionsrechtlichen Freistellung der Medien in Art. 9 DSRL, die das Kapitel III der Richtlinie über die Rechtsbehelfe, die Haftung und die Sanktionen – Vorgängerkapitel des nunmehrigen Kapitel VIII der DS-GVO – nicht einschließt.

Ein markanter Unterschied besteht aber insofern, als in das Kapitel VIII DS-GVO nun auch Bestimmungen aufgenommen sind, die über diejenigen des Kapitel III der DSRL hinausgehen und die Datenschutz-Aufsichtsbehörden betreffen: Namentlich geht es dabei um das Beschwerderecht zur Aufsichtsbehörde gem. Art. 77 DS-GVO sowie um den gegen einen Beschluss der Aufsichtsbehörde zu gewährenden gerichtlichen Rechtsschutz (Art. 78 DS-GVO), schließlich auch um die Bestimmung über die Verhängung von Geldbußen (Art. 83 DS-GVO). Während die erst mit der DS-GVO neu eingeführte Bußgeldsanktion in der Datenschutzrichtlinie keinen Vorläufer hatte, ist das Beschwerderecht zur Aufsichtsbehörde bereits in der Richtlinie vorgesehen gewesen, hier jedoch noch im Zusammenhang des Kapitel VI, das die institutionellen Bestimmungen über die mitgliedstaatlichen Kontrollstellen enthält (Art. 28 Abs. 4 DSRL). Mit dieser systematischen Stellung ist es damit aber bisher von der Freistellung durch Art. 9 DSRL, die sich ausdrücklich auch auf dieses Kapitel VI bezieht, umfasst gewesen. Die DS-GVO hat diesen Regelungsgegenstand (nun Art. 77 DS-GVO) und das darauf bezogene Recht auf einen gerichtlichen Rechtsbehelf (Art. 78 DS-GVO) nun in das Kapitel über die Rechtsbehelfe (früher Kapitel III DSRL, heute Kapitel VIII) verschoben, damit aber in ein Kapitel, auf das sich wie schon unter der Richtlinie auch unter der Verordnung die (potentielle) Freistellung durch die Bestimmung über die Bereichsausnahme für die publizistische Kommunikation (nun Art. 85 Abs. 2 DS-GVO) nicht bezieht.

Insofern § 9c Abs. 1 Satz 5, § 57 Abs. 1 Satz 5 RStV-E in der Fassung des Vorschlags der Rundfunkkommission v. 2. Juni 2017 nun ausdrücklich die Anwendung des Kapitel VIII anordnen, erstreckt sich dieser Anwendungsbefehl mithin auch auf die genannten Regelungen, die thematisch zur verwaltungsbehördlichen Aufsicht durch die Landesdatenschutzbeauftragten gehören. Rundfunkveranstalter und Telemedienanbieter unterliegen damit künftig nicht nur wie schon bisher der – nun, anders als bisher (§ 7 BDSG a.F.), unmittelbar aus der Verordnung (Art. 82 DS-GVO) folgenden – Schadensersatz-Verantwortlichkeit, sondern, jedenfalls scheint es so, zusätzlich und weitergehend als bisher auch dem Beschwerderecht zur Datenschutzaufsicht und auch der Bußgeldsanktion des Art. 83 DS-GVO.

Die beabsichtigte Fassung des Medienprivilegs für die elektronischen Medien wird damit im Vergleich mit der bisher geltenden Fassung eingeschränkt; sie anerkennt nun offenbar erstmals eine – angeblich aus Unionsrecht zwingend sich ergebende – Zuständigkeit der Datenschutzaufsichtsbehörden auch im Hinblick auf die journalistische Tätigkeit der Medien.

Prämisse dieses Vorschlags der Rundfunkkommission v. 2. Juni 2017 ist, wie schon skizziert, die Annahme, aus Art. 85 Abs. 2 DS-GVO folge unmittelbar bindend, ohne mitgliedstaatlichen Abweichungsspielraum, die Anwendbarkeit des Kapitel VIII der Verordnung auch im Hinblick auf Tätigkeiten zu journalistischen, wissenschaftlichen, künstlerischen oder literarischen Zwecken. In der Tat führt die Bestimmung des Kapitel VIII nicht in der Auflistung derjenigen Kapitel auf, von denen die Mitgliedstaaten Abweichungen oder Ausnahmen vorsehen dürfen, „wenn dies erforderlich ist, um das Recht auf Schutz der personenbezogenen Daten mit der Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit in Einklang zu bringen“. Sieht Art. 85 Abs. 2 DS-GVO daher im Hinblick auf die Regelungen des Kapitel VIII, ebenso wie auf diejenigen der Kapitel I, X und XI, die gleichfalls nicht in der Auflistung erwähnt sind, keine Ausnahme- oder Abweichungsermächtigung zugunsten der Mitgliedstaaten vor, scheinen diese Vorschriften prima vista aus dem mitgliedstaatlichen Spielraum möglicher Privilegierung ausgeschlossen; sie scheinen sogar, soweit ihrer normativen Struktur nach self executing, als „echte“ Verordnungsnormen unmittelbar anwendbar, eine Eigenschaft, die jedenfalls beim Beschwerderecht des Art. 77 DS-GVO und bei der Bußgeldsanktionsnorm des Art. 83 DS-GVO anzunehmen ist, während Art. 78 DS-GVO (wie Art. 79 DS-GVO) den Charakter einer auf mitgliedstaatliche Bereitstellung von gerichtlichen Rechtsbehelfen zielenden Rechtsschutzgarantie hat. Die Anwendungs-, „Anordnung“ in § 9c Abs. 1 Satz 5, § 57 Abs. 1 Satz 5 RStV-E hat aus dieser Sicht für Art. 77 und Art. 83 DS-GVO nur bekräftigenden, die Reichweite der Bereichsausnahme um die insoweit ohnehin zwingend und unmittelbar Anwendung beanspruchenden Vorgaben der DS-GVO verkürzenden Charakter.

Träfe diese Annahme zu, ginge die beschriebene erhebliche Einschränkung des Medienprivilegs also unmittelbar auf die Änderung der zugrunde liegenden unionsrechtlichen Vorschriften zurück: Die Mitgliedstaaten hätten mit der Folgeregelung zu Art. 9 DSRL in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO die Medien und überhaupt alle journalistische, literarische, künstlerische und wissenschaftliche Tätigkeit dem unmittelbar anwendbaren Beschwerderecht und damit einer Zuständigkeit der mitgliedstaatlichen Datenschutzaufsichtsbehörden unterworfen, der sie zuvor nicht von Unionsrechts wegen unterworfen werden musste – das Kapitel III mit Art. 28 Abs. 4 DSRL gehörte ja zu den gem. Art. 9 DSRL privilegierungsfähigen Vorgaben der Richtlinie. Mit Art. 85 DS-GVO selbst wäre mithin ein Rückbau der Bereichsausnahme im Geltungsbereich der

Verordnung beschlossen worden, die hier in Rede stehende Einschränkung des Privilegs wäre danach eine *unionsrechtliche* Einschränkung, nicht erst eine solche mitgliedstaatlicher Umsetzung.

3. Einwände und Gutachtenfrage

Gegen diese unionsrechtliche Rechtsauffassung, die dem Vorschlag der Rundfunkkommission v. 2. Juni 2017 offensichtlich zu Grunde liegt, drängen sich indes schon auf den ersten Blick Bedenken auf: Eine durchgreifende unionsverordnungsrechtliche Anordnung einer Zuständigkeit der mitgliedstaatlichen Aufsichtsbehörden gegenüber den Medien passt ersichtlich nicht zu der erkennbar dem Art. 85 DS-GVO zu Grunde liegenden Tendenz, die Reichweite des mitgliedstaatlichen Privilegierungsspielraums im Hinblick auf kommunikationsfreiheitsrechtlich geschützte Tätigkeiten zu erhalten, ja sogar zu erweitern. Die zwingende unionsrechtliche Auflegung einer behördlichen Überwachungsaufgabe gegenüber den Medien bräche mit einem bisher unionsrechtlich immer respektierten Kerngehalt der datenschutzrechtlichen Bereichsausnahme für die Medien, mithin der Abschirmung gegen eine staatlich-administrative Aufsicht von Redaktionen (und auch von redaktionsunabhängigen Journalisten). Insbesondere der Presse, zu deren historisch in Jahrhunderten erkämpfter Freiheit in allererster Linie die Freiheit vor behördlicher Aufsicht und Kontrolle (Zensur, Konzessionsvorbehalt und polizeiliche Überwachung) gehört („Verwaltungsfestigkeit der Presse“)², würde damit – wenn auch nur partiell – ein öffentlich-rechtliches Überwachungsregime auferlegt, die bisher anerkannte „Ent-Polizeilichung“ des Presseordnungsrechts für den Bereich datenschutzrechtlicher Maßstäbe insoweit rückgängig gemacht. Für die Telemedien der Presse haben die Länder in § 59 Abs. 1 RStV die Überwachungszuständigkeit der Datenschutzbehörden zwar nicht ausgeschlossen, sie aber doch als gegenüber der Selbstregulierung subsidiär ausgestaltet (§ 59 Abs. 1 Satz 3 RStV). Nur soweit Presseunternehmen sich nicht dieser Selbstregulierung nach Maßgabe des Presskodex und der Beschwerdeordnung des Deutschen Presserates unterwerfen, greift die Zuständigkeit der Landesdatenschutzbehörden ein.

Auch diese Lösung eines Vorrangs der Selbstregulierung durch den Presserat wäre bei einer unmittelbar anwendbaren Behördenzuständigkeit aus der Verordnung rechtlich nicht mehr

² vgl. *Bullinger*, in: Löffler, Presserecht, 5. Aufl. § 1 Rn. 175 ff.; *Cornils*, in: Löffler, Presserecht, 6. Aufl. 2013, § 1 Rn. 28.

möglich; sie kommt überhaupt nur in Betracht, wenn der mitgliedstaatliche Spielraum zu Ausnahmen und Abweichungen eröffnet ist.

Die angebliche unionsrechtliche Anordnung einzelner Behördenzuständigkeiten in Art. 77, 78 und Art. 83 DS-GVO ist des Weiteren auch ohne die Anwendbarkeit der institutionellen Regelungen über die Aufsichtsbehörden, insbesondere auch der insoweit in der Verordnung vorgesehenen Vorschriften über ihre Aufgaben und Befugnisse, nicht denkbar. Das institutionelle Kapitel über die Behördenaufsicht (Kap. VI DS-GVO) gehört aber zu den weiterhin mitgliedstaatlich ausschließbaren Kapiteln; auch der Verordnungsgeber hat ersichtlich (Erwägungsgrund Nr. 153) keineswegs die Unterwerfung des privilegierten Bereichs unter die Datenschutzaufsicht vorschreiben wollen. Die angebliche Anwendbarkeits-Anordnung der Art. 77 f. DS-GVO wäre mithin gar nicht vollziehbar; ihr fehlte der institutionell-kompetentielle Unterbau.

Schon diese sich prima vista erhebenden gravierenden Bedenken gegen die dem Reformvorschlag zu Grunde liegende Rechtsauffassung geben Anlass, den neuen unionsrechtlichen Hintergrund der mitgliedstaatlichen Medienprivilegien in Art. 85 Abs. 1 und 2 DS-GVO einer eingehenderen Prüfung daraufhin zu unterziehen, wie weit hiernach die Freistellung journalistischer Tätigkeit von datenschutzrechtlichen Bindungen, insbesondere auch den Überwachungsbefugnissen der Datenschutzbehörden, nach dem Recht der Mitgliedstaaten zulässig ist. Daraus ergibt sich für die nachfolgende gutachtliche Untersuchung im Genaueren folgende Fragestellung:

Ordnet Art. 85 DS-GVO, indem er unter die ausnahme- oder abweichungsfähigen Kapitel des Abs. 2 nicht das Kapitel VIII fasst, tatsächlich die Anwendbarkeit aller Regelungen dieses Kapitels, insbesondere von Art. 77 f. und Art. 83 DS-GVO, auch im Hinblick auf Tätigkeiten zu journalistischen Zwecken an oder ist eine Interpretation vorzugswürdig oder doch jedenfalls gut vertretbar, die keine solche Regelungswirkung annimmt, vielmehr insoweit von einem dem Mitgliedstaaten belassenen Abweichungsspielraum – in den Grenzen unionsrechtlich geforderter Erforderlichkeit – ausgeht?

II. Das Medienprivileg als kommunikationsrechtliches essentielle

Das datenschutzrechtliche Medienprivileg gehört von Anbeginn des Datenschutzes im nichtöffentlichen Bereich zum Bestand der einschlägigen Regelwerke in Deutschland.³ Es hat, obgleich nie unumstritten⁴, seither alle Reformbestrebungen und Novellierungen überdauert.⁵

1. Verfassungsrechtliche Fundierung der Freistellung von datenschutzrechtlichen Bindungen

Tatsächlich ist das Medienprivileg mit seinen Wirkungen einerseits der Freistellung von den materiell-rechtlichen Bindungen des besonderen Vorfeld-Persönlichkeitsschutzes der informationellen Selbstbestimmung, andererseits der Abschirmung gegenüber datenschutzbehördlicher Aufsicht unabdingbare Voraussetzung der Medientätigkeit und damit auch der verfassungsrechtlich anerkannten öffentlichen Aufgabe von Presse, Rundfunk und (journalistischen) Telemedien. Dies ergibt sich gerade aus der besonderen persönlichkeitsrechtlichen Relevanz medialer Kommunikation: Die Tätigkeit der Medien – und heute auch zunehmend des nicht institutionell eingebundenen Journalismus – auf den verschiedenen Prozessstufen von der Informationsbeschaffung bis zur Verbreitung und Archivierung befasst sich nachgerade zwangsläufig und sehr häufig mit personenbezogenen Daten, und zwar auch, wenn auch nicht allein, im Modus der Datenverarbeitung im (den Anwendungsbereich der Datenschutzgesetze auslösenden) datenschutzrechtlichen Sinn (s. nun Art. 2 Abs. 1 DS-GVO). Der Umgang mit personenbezogenen Daten ist zentraler Bestandteil journalistischer Tätigkeit – und kann, soll diese als freie möglich sein, nicht oder allenfalls eingeschränkt datenschutzrechtlich gebunden sein. Ist die investigative, wertende oder Bericht erstattende Beschäftigung mit dem Verhalten oder den Eigenschaften von Personen wesentlicher Bestandteil des Informationsauftrags der Medien, bewegen diese sich in einem natürlichen und unhintergehbaren Spannungsverhältnis zum Persönlichkeitsschutzanspruch jener Personen. Das Persönlichkeitsrecht der von journalistischer Datensammlung, Berichterstattung und Archivierung betroffenen Personen wird durch den grundrechtlichen Schutz der Kommunikationsfreiheit, darunter besonders der Medienfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG), zwar keineswegs im Sinne einer statischen Vorzugsrelation verdrängt, muss aber

³ Vgl. § 1 Abs. 3 BDSG 1977: „Dieses Gesetz schützt personenbezogene Daten nicht, die durch Unternehmen oder Hilfsunternehmen der Presse, des Rundfunks oder des Films ausschließlich zu eigenen publizistischen Zwecken verarbeitet werden; ...“; § 41 Abs. 1 Satz 1 BDSG 1990; das erste deutsche Datenschutzgesetz, das hessische Datenschutzgesetz vom 7. Oktober 1970, war in einem Anwendungsbereich auf die behördliche Datenverarbeitung beschränkt.

⁴ S. eingehend *Dix*, in: *Simitis*, BDSG, § 41 Rn. 3; *Thomale*, Die Privilegierung der Medien im deutschen Datenschutzrecht, 2006, S. 117 ff.

⁵ Zur älteren Diskussion mit Nachweisen *Thomas-Alexander Hubert*, Das datenschutzrechtliche „Presseprivileg“ im Spannungsfeld zwischen Pressefreiheit und Persönlichkeitsrecht, 1993, S. 37 ff.

in den konventions- und verfassungsrechtlich gebotenen Einzelfall-Interessenabwägungen zurücktreten, wenn und soweit das öffentliche Informationsinteresse den Vorrang verdient. Weite Teile des praktizierten zivilen und strafrechtlichen Äußerungsrechts sowie des Bildnisschutzrechts befassen sich mit diesen Konfliktlagen von Persönlichkeitsschutz und Medienfreiheit.

Die datenschutzrechtliche Variante des Persönlichkeitsschutzes ist demgegenüber mit der Presse- und sonstigen Medienfreiheit in weitem Umfang strukturell unvereinbar,⁶ jedenfalls in der Ausprägung, die der Datenschutz in den geltenden Gesetzen gefunden hat. Datenschutzrechtliche Prinzipien des Einwilligungsvorbehalts, der Direkterhebung, der Transparenz, die Grundsätze datenschutzrechtlicher Verantwortlichkeit (im Vergleich mit denjenigen der zivilrechtlichen Störerhaftung oder §§ 7 ff. TMG) sowie die Begrenztheit der gesetzlichen Erlaubnistatbestände (bisher: §§ 28 ff. BDSG a.F.) sind geeignet, gerade kritische und investigative journalistische Tätigkeit wesentlich zu erschweren, wenn nicht unmöglich zu machen.⁷

Hinzu kommt die schon eingangs angesprochene Errungenschaft der „Verwaltungsfestigkeit“ der Presse: Die – und sei es auch nur partielle – Unterwerfung der journalistischen Tätigkeit unter eine datenschutzbehördliche Aufsicht bedeutete einen tiefen Bruch mit den gefestigten Traditionen des modernen freiheitlichen Presserechts, das eine Verwaltungsaufsicht über die Presse nicht kennt.⁸

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Bundesverwaltungsgerichts haben in dieser Inkompatibilität mit Recht die Legitimation der weitgehenden Freistellung von den datenschutzrechtlichen Anforderungen erkannt:

„Das in § 57 Abs. 1 Satz 1 RStV angeordnete Medienprivileg ist Ausfluss der in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG verankerten Medienfreiheit. Ohne die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten auch ohne Einwilligung der jeweils Betroffenen wäre journalistische Arbeit nicht möglich; die Presse könnte ihre in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG, Art. 10 Abs. 1 Satz 2 EMRK, Art. 11 Abs. 1 Satz 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union zuerkannten und garantierten Aufgaben nicht wahrnehmen.“⁹

⁶ Eberle, Medien und Datenschutz – Antinomien und Antipathien, MMR 2008, 508; Koreng/Feldmann, Das „Recht auf Vergessen“. Überlegungen zum Konflikt zwischen Datenschutz und Meinungsfreiheit, ZD 2012, 311; Lauber-Rönsberg/Hartlaub, Personenbildnisse im Spannungsfeld zwischen Äußerungs- und Datenschutzrecht, NJW 2017, 1057 (1059: „Die Datenschutzgesetze sind nicht auf von der Meinungsäußerungsfreiheit erfasste Publikationsvorgänge zugeschnitten ...“); ansatzweise auch Paal/Hennemann, Online-Archive im Lichte der Datenschutz-Grundverordnung, K&R 2017, 18 (19, 22).

⁷ Lauber-Rönsberg, Internetveröffentlichungen und Medienprivileg. Verhältnis zwischen datenschutz- und medienzivilrechtlichem Persönlichkeitsschutz, ZD 2014, 177 (insb. 178: „Diese Beispiele verdeutlichen, dass die strikte Anwendung des BDSG grundsätzlich zu einem Publikationsverbot führen würde.“).

⁸ Cornils, in: Löffler, Presserecht, 6. Aufl. 2015, LPG § 1 Rn. 29 ff.

⁹ BGH Urteil vom 09. Februar 2010 – VI ZR 243/08 –, Rn. 26, juris – Sedlmayr = NJW 2010, 2432; gleichlautend BVerwG Beschluss vom 29. Oktober 2015 – 1 B 32/15 –, Rn. 5, juris = K&R 2016, 66; s. auch schon BGH, Urteil vom 23. Juni 2009 – VI ZR 196/08 –, BGHZ 181, 328-345, Rn. 20 – „spick-mich“.

In dieser Aussage kommt zugleich zum Ausdruck, dass es sich bei dieser Freistellung um eine jedenfalls im Grundsatz verfassungsrechtlich gebotene Immunsierung handelt. Das „Privileg“ ist nicht – womöglich gar noch unverdiente – gesetzliche Wohltat, sondern Funktionsbedingung der Medientätigkeit. Als solche kann es sich auf die grundgesetzliche Funktionsgewährleistung von Presse, Rundfunk und sonstigen Medien (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG) stützen¹⁰ und verbürgt zudem auch den durch die konventions- und unionsgrundrechtlichen Garantien der Kommunikationsgrundrechte gewährleisteten Freiraum der Medien.¹¹

Der immer wieder – vor allem in der datenschutzrechtlichen Literatur¹² – gegen die (deutsche) Ausgestaltung des Medienprivilegs vorgebrachte Einwand der überschießenden Freistellung der Medien, mithin einer ungerechtfertigten Bevorzugung der Medienfreiheit gegenüber dem Recht der informationellen Selbstbestimmung, überzeugt nicht. Begünstigt möglicherweise durch die verbreitet kritisierte,¹³ wenngleich etablierte Redeweise vom Medien-„Privileg“ liegt ihm das Missverständnis zugrunde, der Persönlichkeitsschutz von durch die Medientätigkeit Betroffenen werde durch diese gesetzliche Freistellung pauschal untergewichtet oder gar verdrängt. Davon kann aber keine Rede sein: Das datenschutzrechtliche Medienprivileg stellt in der Tat weithin von spezifisch datenschutzrechtlichen, der Medientätigkeit aber wie skizziert inadäquaten Bindungen frei, keineswegs jedoch vom rechtlichen Persönlichkeitsschutz. Die grundrechtlich gebotene Einzelfallabwägung zwischen der Kommunikationsfreiheit (Art. 10 EMRK, Art. 5 Abs. 1 GG) und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht Betroffener (Art. 8 EMRK, Art. 2 Abs. 1 iVm mit Art. 1 Abs. 1 GG) wird durch diese Freistellung nicht aufgehoben, vielmehr in der mittlerweile reichhaltigen, konventionsrechtlich geprägten Abwägungsdogmatik, die das gesamte Äußerungsrecht bestimmt, zur Geltung gebracht. Das Medienprivileg hat damit allerdings, dies ist nicht zu bestreiten, eine Begünstigungswirkung im Vergleich mit Datenverarbeitungen im nicht-öffentlichen Bereich zu anderen als (medien-) kommunikativen Zwecken: Diese Begünstigung liegt aber nicht in einer mit den Grundprinzipien der praktischen Konkordanz, des rechtsgüteroptimierenden Ausgleichs im Kollisionsfall unvereinbaren schematischen Bevorzugung der Kommunikationsfreiheit, sondern nur darin, dass der relativ

¹⁰ Statt vieler *Schulz/Heilmann*, in: Löffler, Presserecht, 6. Aufl. 2015, BT Medien Datenschutz Rn. 3: „Das Datenschutzprivileg der Medien ist [...] Ergebnis eines komplexen verfassungsrechtlichen Abwägungsprozesses“; ebd. Rn. 5: „Das Medienprivileg im Datenschutz ist ein Beispiel für den Schutz des massenmedialen Prozesses: es geht darum, den Massenmedien die Möglichkeiten zu sichern, die sie benötigen, um ihre Rolle als Medium und Faktor in der öffentlichen Kommunikation zu erfüllen.“

¹¹ *Führ*, in: Auernhammer, BDSG, 4. Aufl. 2014, § 41 BDSG Rn. 3.

¹² S. nun auch wieder zu Art. 85 DS-GVO: *Buchner/Tinnefeld*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, 2017, Art. 85 Rn. 2, 31; *Specht*, in: Sydow, DS-GVO, 2017, Art. 85 Rn. 19; *Benecke/Wagner*, Öffnungsklauseln in der Datenschutz-Grundverordnung und das deutsche BDSG, DVBl. 2016, 600 (603).

¹³ *Albrecht/Janson*, Datenschutz und Meinungsfreiheit nach der Datenschutzgrundverordnung, CR 2016, 500 (502, 507); *Eberle*, MMR 2008, 508 (510).

formaler und zugleich sehr umfassend konzipierte und mit dem Informationsauftrag der Medien daher strukturell unvereinbare „Vorfeld“-Schutz der informationellen Selbstbestimmung (prinzipielles Bestimmungsrecht des Berechtigten, Rechtfertigungsbedürftigkeit jeder Datenverarbeitung) zurücktritt gegenüber anderen, auf substantielle und konkrete Persönlichkeitsbeeinträchtigungen zugeschnittenen Schutzaspekten des Persönlichkeitsrechts (Recht auf Selbstdarstellung, auf Achtung des personalen und sozialen Geltungsanspruchs, der Intim- und Privatsphäre, des Rechts am eigenen Bild und Wort usw.), wie sie namentlich im Äußerungsrecht, dem Bildnisschutzrecht und Medienordnungsrecht (Standards journalistischer Sorgfalt) umgesetzt werden.

Das Medienprivileg führt damit keineswegs zu einer Ausschaltung des Persönlichkeitsschutzes im Bereich der Medientätigkeit, anerkennt aber, dass andere, seit jeher das Konfliktfeld Presse und Persönlichkeitsrecht bestimmende rechtliche Interessen-Ausgleichsmechanismen problemangemessenere Ausdifferenzierungen ermöglichen und daher besser geeignet sind zur Lösung dieser Konflikte als das Datenschutzrecht. Das datenschutzrechtliche Medienprivileg ist so gesehen nicht Ausdruck einer einseitigen Vorzugsrelation zugunsten der Medienfreiheit und zu Lasten des Persönlichkeitsschutzes, sondern vor allem einfachrechtliche (aber verfassungsrechtlich unterfangene) Konkurrenzregel im Hinblick auf die Anwendbarkeit potentiell verschiedener Persönlichkeitsschutzrechtlicher Regimes (in materieller und institutioneller Hinsicht) für den Medienbereich: Dass durch das Hinzutreten des immer weiter entwickelten Datenschutzrechts auch für den nicht-öffentlichen Bereich schwierige Überschneidungs- und Konkurrenzprobleme im Verhältnis zu den älteren Persönlichkeitsschutzordnungen des Zivil- und Strafrechts entstanden sind, angefangen schon auf verfassungs- und unionsgrundrechtlicher Ebene mit dem hier keineswegs geklärten Verhältnis des Schutzes informationeller Selbstbestimmung zu den substantiell spezifischeren Schutzaspekten des Ehrschutzes usw.,¹⁴ ist zunehmend in das Bewusstsein getreten und auch in der Rechtsprechung, etwa bei der schwankenden Behandlung kritischer Fälle im Grenzbereich des Medienprivilegs,¹⁵ sichtbar geworden. Das Medienprivileg bisheriger Fassung klärt insoweit immerhin für die klaren Fälle journalistisch-redaktioneller Tätigkeit diese Konkurrenzfrage und verweist die Konfliktbewältigung weitgehend, von den Ausnahmen des Datengeheimnisses und der Datensicherheit abgesehen, unter die Maßstäbe des Äußerungsrechts sowie in die Zuständigkeit der Gerichte, allenfalls darüber hinaus, für die

¹⁴ Prominent geworden sind die interessanten Erwägungen zu diesem Verhältnis in den Schlussanträgen von Generalanwalt *Cruz Villalón* v. 12.12.2013, in: Rs. C-293/12 – Digital-Rights Ireland, Rn. 54 ff.

¹⁵ S. dazu *Schulz/Heilmann*, in: Löffler, Presserecht, 6. Aufl. 2015, BT Mediendatenschutz Rn. 11 f. mit Nachweisen aus der BGH-Rspr. zu Internetveröffentlichungen; *Lauber-Rönsberg*, ZD 2014, 177 (180)

elektronischen Medien, in die Kompetenz der dafür eingerichteten, institutionell besonders gestalteten Medienaufsicht, für den öffentlich-rechtlichen und privaten Rundfunk dazu mit eigenen, indes gerade nicht staatlichen Datenschutzbeauftragten.

Diese gesetzliche Lösung, den Schutz des Persönlichkeitsrechts gegenüber den Medien nicht datenschutzrechtlich, sondern mit den Maßstäben des zivil- und strafrechtlichen Persönlichkeitsrechtsschutzes, unter der Aufsicht der Gerichte (und allenfalls interner Datenschutzbeauftragter) zu sichern, wird bei Licht betrachtet dem von den Kritikern des Medienprivilegs angeführten Argument der Notwendigkeit einer Einzelfallbetrachtung und -abwägung sogar besser gerecht als eine gleichzeitige oder verdrängende Anwendung des Datenschutzrechts. Insofern fällt das Argument nachgerade auf die Kritik zurück: Die strukturelle Mindereignung des Datenschutzrechts für die Übernahme der Persönlichkeitsschutzaufgabe gegenüber den Medien¹⁶ gründet schließlich gerade in seiner relativ schematischeren, gesetzlich stärker vorgeprägten und daher starrerem Mechanik¹⁷ im Vergleich mit der deutlich offeneren Tatbestandsstruktur des zivilrechtlichen und strafrechtlichen Persönlichkeitsschutzes (§ 823 BGB, § 23 Abs. 1 und 2 KUG, §§ 186, 193 StGB), die nur mehr einfachrechtliche Anknüpfungspunkte für die in der Substanz konventions- und verfassungsrechtlich geprägte Abwägungsargumentation im Einzelfall liefert. Hinzu kommt die für das Datenschutzrecht mittlerweile vielfach beobachtete, auch etwa im Google-Spain-Urteil des EuGH sichtbar gewordene¹⁸ Verkürzung der Konfliktbewältigung vornehmlich auf den bipolaren Interessengegensatz von Datenverarbeiter und (unmittelbar) Betroffenen, die weitere Interessen an der Datenverarbeitung tendenziell übersieht oder zumindest untergewichtet.¹⁹ Gerade hierin liegt der tiefere Grund für die verfassungsrechtlich verankerte, einfachrechtlich und auch unionsrechtlich seit jeher anerkannte und nun in der Abwägungsklausel des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO besonders deutlich zum Ausdruck gebrachte Notwendigkeit, die Medien vom öffentlich-rechtlichen Sonder-Persönlichkeitsschutz der informationellen Selbstbestimmung (und nur von diesem!) weitgehend freizustellen.

¹⁶ *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057 (1059): „Die Datenschutzgesetze sind nicht auf von der Meinungsäußerungsfreiheit erfasste Publikationsvorgänge zugeschnitten und bieten außerhalb der Medienprivilegien keinen adäquaten Rahmen für Veröffentlichungen.“

¹⁷ S. im Einzelnen *Lauber-Rönsberg*, ZD 2014, 177 (178 ff.); der BGH hat sich daher genötigt gesehen, für Bewertungsplattformen, d.h. außerhalb der Reichweite des Medienprivilegs, den zu eng geschnittenen Erlaubnistatbestand des § 29 BDSG a.F. verfassungskonform auszuweiten und so im Ergebnis dem zivilrechtlichen Abwägungsmodell (§ 823 BGB) anzugleichen, BGH Urt. v. 23.6.2009, VI ZR 196/088 – „spick mich“, BGHZ 191, 328, Rn. 26 ff.

¹⁸ EuGH, Urt. v. 13.5.2014, Rs. C-131/12 – Google Spain, Rn. 97 f.; zur Kritik *Masing*, VerfBlog v. 14.8.2014.

¹⁹ *Paal/Hennemann*, K&R 2017, 18 (19).

2. Unionsrechtliche Anerkennung des Medienprivilegs

Auch das unionale Datenschutzrecht hat schon in der DSRL die Notwendigkeit einer wesentlichen Anforderungen des Datenschutzes erfassenden Freistellung der Kommunikation zu bestimmten, insbesondere journalistischen Zwecken anerkannt, und zwar mit ausdrücklichem Bezug auf die Wahrung der diese Kommunikation schützenden höherrangigen Rechte (Art. 9 DSRL mit Erwägungsgrund Nr. 37²⁰):

a) Art. 9 DSRL

Schon diese Regelung in Art. 9 DSRL – wie nun auch die Nachfolgeregelung in Art. 85 DSGVO – fasst die Kompetenz der Mitgliedstaaten, Ausnahmen und Einschränkungen festzulegen als unionsrechtliche Pflicht,²¹ bindet sie mithin zwar an die tatbestandliche Voraussetzung der Erforderlichkeit, stellt sie aber nicht in das mitgliedstaatliche Ermessen. Schon die Richtlinie und nunmehr auch die Verordnung gehen also davon aus, dass die Freistellung grundrechtlich aus der Gewährleistung der Kommunikationsfreiheit geboten ist. Dies bedeutet zugleich auch die Anerkennung der Einsicht, dass die datenschutzrechtlichen Regelungen aus Richtlinie und Verordnung als solche nicht geeignet sind, den Interessen- und Grundrechtskonflikt von Kommunikationsfreiheit und Persönlichkeitsrecht abschließend und angemessen zu verarbeiten; ansonsten bedürfte es keiner obligatorischen Freistellung von den im Übrigen gerade vorgesehenen datenschutzrechtlichen Vorgaben. Erst die Ausnahmen und Abweichungen, also die Freistellung (vulgo: das „Privileg“), sorgen dafür, dass „die beiden Grundrechte [...], nämlich zum einen der Schutz der Privatsphäre und zum anderen die Freiheit der Meinungsäußerung“, „miteinander in Einklang“ gebracht werden, so die Formulierung des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache Tietosuojavaltuutettu.²² Schon nach der Richtlinie, erst recht gilt dies nun, nachdem der Abwägungsauftrag ausdrücklich in Art. 85 Abs. 1 DS-GVO aufgenommen worden ist, von der Verordnung, ist die Herstellung dieses „Einklangs“ „Gegenstand von Art. 9“

²⁰ Erwägungsgrund Nr. 37 RL 95/346/EG: „Für die Verarbeitung personenbezogener Daten zu journalistischen, literarischen oder künstlerischen Zwecken, insbesondere im audiovisuellen Bereich, sind Ausnahmen von bestimmten Vorschriften dieser Richtlinie vorzusehen, soweit sie erforderlich sind, um die Grundrechte der Person mit der Freiheit der Meinungsäußerung und insbesondere der Freiheit, Informationen zu erhalten oder weiterzugeben, die insbesondere in Artikel 10 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und der Grundfreiheiten garantiert ist, in Einklang zu bringen. Es obliegt deshalb den Mitgliedstaaten, unter Abwägung der Grundrechte Ausnahmen und Einschränkungen festzulegen, die bei den allgemeinen Maßnahmen zur Rechtmäßigkeit der Verarbeitung von Daten, bei den Maßnahmen zur Übermittlung der Daten in Drittländer sowie hinsichtlich der Zuständigkeiten der Kontrollstellen erforderlich sind, ohne daß jedoch Ausnahmen bei den Maßnahmen zur Gewährleistung der Sicherheit der Verarbeitung vorzusehen sind. [...]“

²¹ Art. 9 DSRL: „Die Mitgliedstaaten sehen [...] vor, [...]“; Art. 85 Abs. 1 DS-GVO: die Mitgliedstaaten bringen durch Rechtsvorschriften [...] in Einklang“; Art. 85 Abs. 2 DS-GVO: [...] sehen die Mitgliedstaaten Abweichungen oder Ausnahmen [...] vor, [...]“; zum obligatorischen Charakter *beider* Gebote der Verordnung: Albrecht/Janson, CR 2016, 500 (502); *Specht*, in: Sydow, Europäische Datenschutz Grundverordnung, 2017, Artikel 85 Rn. 7, 9; von *Lewinski*, in: Auernhammer, DS-GVO/BDSG, 5. Aufl. 2017, Art. 85 Rn. 12, 20 („Regelungsauftrag“).

²² EuGH, Urt. v. 16.12.2008, Rs. C-73/07 – Tietosuojavaltuutettu gegen Satakunnan Markkinapörssi Oy, Satamedia Oy, Rn. 54.

und „Aufgabe“ der Mitgliedstaaten.²³ Das Unionsrecht bestätigt mithin die oben für das deutsche Recht skizzierte, verfassungsrechtlich begründete Wertung; es anerkennt die Notwendigkeit der partiellen Freistellung vom Datenschutz gerade als Voraussetzung einer sachangemessenen Bewältigung des Grundrechtskonflikts.

b) Ausweitung der Freistellung in Art. 85 DS-GVO

Die Neufassung der unionsrechtlichen Bereichsausnahme in Art. 85 DS-GVO führt diese Freistellungsermächtigung der Mitgliedstaaten nicht nur fort, sondern gestaltet sie in Wortwahl und Inhalt in mehrfacher Hinsicht großzügiger aus. In dieser noch großzügigeren Ausgestaltung der (hier zunächst als Gesamtheit betrachteten, tatsächlich aber aus zwei Aufträgen mit je eigenständiger Bedeutung – Art. 85 Abs. 1 und 2 DS-GVO bestehenden²⁴) Öffnungsklausel, die die rechtliche Kollisionslösung im Interessenkonflikt von Kommunikationsfreiheit und Persönlichkeitsschutz weitgehend den Mitgliedstaaten überantwortet, wird das Ergebnis der Gesetzesberatungen deutlich, dass nämlich zumindest etliche Mitgliedstaaten einen weitergehenden Vereinheitlichungsanspruch des Unionsrechts mit direkten Auswirkungen auf die mitgliedstaatlichen Reservatsbereiche des inhaltlichen Medien- und (allgemeiner) Äußerungsrechts keinesfalls akzeptiert hätten.²⁵ Die Verordnungsregelung des Medienprivilegs erhebt mithin ebenso wenig wie diejenige der Richtlinie einen Vollharmonisierungsanspruch²⁶; sie nimmt ihn tatsächlich sogar noch weiter zurück als die Richtlinie. Dies ist eine für die Interpretation der Vorschriften wichtige und bedeutsame Einsicht.

Ein besonders markanter Unterschied ist ersichtlich die Einfügung des allgemeinen Regelungsauftrags in Art. 85 Abs. 1 DS-GVO, der im Regelungsteil der DSRL, also in deren Art. 9, noch nicht enthalten war und der zur schon bisher vorgesehenen Öffnungsklausel, die nunmehr, in veränderter Form, in Abs. 2 statuiert ist, hinzu tritt. Der neue Art. 85 Abs. 1 DS-GVO nimmt damit jene bisher nur in Erwägungsgrund Nr. 37 zur DSRL und in der EuGH-Rechtsprechung formulierte allgemeine Abwägungsklausel („in Einklang bringen“) in modifizierter Gestalt in den Regelungsteil auf und verschafft ihr damit die Normativität einer die Mitgliedstaaten adressierenden Regelungspflicht. Mit Abs. 1 ist zudem auch eine thematische Ausweitung verbunden: Die Bestimmung erfasst nun umfassend das Verhältnis des Schutzes informationeller

²³ EuGH, Urt. v. 16.12.2008, Rs. C-73/07 – Tietosuoja- ja valtuutettu gegen Satakunnan Markkinapörssi Oy, Satamedia Oy, Rn. 54; s. zur mitgliedstaatlichen Kompetenz dieser Konkordanzaufgabe, die mithin gerade nicht in der Determinationsreichweite des unional geprägten Datenschutzrechts liegt, auch schon EuGH, Urt. vom 6.11.2003 – Rs. C-101/01 – Lindquist, Rn. 90.

²⁴ S. dazu u., III. 3.

²⁵ Albrecht/Janson, CR 2016, 500 (503); Buchner/Tinnefeld, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, 2017, Art. 85 Rn. 4.

²⁶ Benecke/Wagner, DVBl. 2016, 600 (603); Lauber-Rönsberg/Hartlaub, NJW 2017, 1057 (1060).

Selbstbestimmung zum Recht auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit. Der qualifizierende Zweckbezug der Datenverarbeitung (auf journalistische, wissenschaftliche, künstlerische und literarische Zwecke) ist hier zwar auch noch ausdrücklich, aber doch nur beispielhaft („einschließlich“) und also nicht mehr ausschließlich, einbezogen. Welche Bedeutung dieser Aufwertung und damit Anreicherung der Bereichsausnahme für die Kommunikations- und Medienfreiheiten zukommt, ist ersichtlich eine Schlüsselfrage für das Verständnis der Vorschriften des Art. 85 DS-GVO in ihrer Gesamtheit; darauf wird zurückzukommen sein.

Auch der in der Tradition des Art. 9 DSR stehende Ausnahme- und Abweichungsvorbehalt des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO erscheint gegenüber der Vorgängerbestimmung erweitert:

Erstens erfasst der Vorbehalt gegenständlich nun auch wissenschaftliche Verarbeitungszwecke, nicht mehr nur solche journalistischer, künstlerischer oder literarischer Art.

Zweitens verzichtet die Formulierung in der Verordnung auf die noch in Art. 9 DSRL enthaltene Beschränkung auf „allein“ journalistische, künstlerische oder literarische Zwecke. Komplexere Motivationsbündel einer Datenverarbeitung sind daher mit erfasst. Schon zu Art. 9 DSRL hatte der EuGH entschieden, dass jedenfalls eine zu dem publizistischen Zweck hinzutretende Gewinnerzielungsabsicht die Anwendbarkeit der Vorschrift nicht ausschließen kann, eine ersichtlich für den privaten Mediensektor eminent wichtige und auch allein sinnvolle Auslegung.²⁷

Drittens erscheint die Formulierung der Erforderlichkeits-Voraussetzung zurückhaltender als in Art. 9 DSRL: Hieß es dort, dass Abweichungen und Ausnahmen „nur insofern“ vorzusehen seien, „als sich dies als notwendig erweist“ (engl. Fassung: „only if they are necessary“; frz. Fassung: „dans la seule mesure où elles s'avèrent nécessaires“), lautet die Formulierung nun weniger streng: „wenn dies erforderlich ist, um das Recht auf Schutz der personenbezogenen Daten mit der Freiheit der Meinungsäußerung und der Informationsfreiheit in Einklang zu bringen“ („if they are necessary to reconcile“, „si celles-ci sont nécessaires pour concilier“). Sicherlich ist es unangebracht, dieser geringfügigen Änderung über den eher atmosphärischen Eindruck geringerer Strenge hinaus große substantiell-normative Bedeutung zuzumessen. Immerhin kann aber doch die Abweichung (auch in den ausländischen Sprachfassungen), die gerade auf die einschränkenden Anforderungen des „insofern“ („only“, „dans la seule mesure“) verzichtet, dahin verstanden werden, dass die Erforderlichkeit nicht mehr so streng auch auf das quantitative Maß (d.h. den Umfang) der Freistellung bezogen werden muss, wenn sie einmal

²⁷ EuGH, Urt. v. 16.12.2008, Rs. C-73/07 – Tietosuojavaltutettu gegen Satakunnan Markkinapörssi Oy, Satamedia Oy, Rn. 59.

dem Grunde nach als gerechtfertigt erscheint. Dieses textliche Argument unterstützt mithin ein Verständnis der Ausnahmen-Befugnis (und -pflicht!) der Mitgliedstaaten, demzufolge Datenverarbeitungen zu den in der Bestimmung genannten Zwecken wie in den deutschen Regelungen des Medienprivilegs auch durchaus kraft normativer Bereichsausnahme, d. h. generell-abstract freigestellt werden dürfen, nicht etwa nur im Ergebnis einer – kaum praktikablen und die Schutzzwecke der Freistellung jedenfalls verfehlenden – Einzelfallabwägung in jedem konkreten Fall einer Datenverarbeitung durch einen Berechtigten im Sinne der Vorschrift. Festzuhalten ist in aller Deutlichkeit, dass die textlichen Unterschiede in der Fassung des Art. 85 DSGVO im Verhältnis zu Art. 9 DSRL keinerlei Anlass geben können, nun die Erforderlichkeit der mitgliedstaatlichen Medienprivilegien für die Gewährleistung der Kommunikationsfreiheit (neuerlich) in Frage oder gar Abrede zu stellen, im Gegenteil: Wenn nach Auffassung der deutschen Gesetzgeber, Gerichte und der überwiegenden Schrifttumsauffassung die bisherigen Medienprivilegien mit ihrem weitgehenden Ausschluss des Datenschutzrechts der „Notwendigkeits“-Voraussetzung des Art. 9 DSRL entsprachen, so müssen sie in unveränderter Gestalt nunmehr erst recht der sogar großzügiger formulierten „Erforderlichkeits“-Bedingung in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO entsprechen.

Auch der Vergleich der beiden einschlägigen Erwägungsgründe zur Richtlinie (Nr. 37) bzw. zur Verordnung (Nr. 153) ergibt – bei überwiegender Übereinstimmung – in den Abweichungen eine gewisse Tendenz zur Bekräftigung der Bedeutung der Kommunikationsfreiheiten. Dieser Eindruck entsteht schon aus der deutlich ausladenderen Formulierung, die das in Einklang zu bringende Spannungsverhältnis zwischen Datenschutz und Kommunikationsfreiheit ebenso gleich dreimal hintereinander erwähnt wie die Ausnahme- und Abweichungsbefugnis der Mitgliedstaaten. Ersichtlich hat die Anreicherung der Bereichsausnahme im Regelungsteil um die allgemeine Abwägungsklausel (Art. 85 Abs. 1 DS-GVO) auch zu einer Ausweitung der Fassung des darauf bezogenen Erwägungsgrundes geführt.

In der Sache bedeutsamer ist die Streichung des Rück-Vorbehalts in Erwägungsgrund Nr. 37 zu Art. 9 DSRL betreffend die Datensicherheit.²⁸ Diese Streichung führt im Ergebnis dazu, dass auch die in den deutschen Fassungen des Medienprivilegs vom Privilegierungsumfang bisher nicht erfassten datenschutzrechtlichen Anforderungen an die Datensicherheit (§ 41 BDSG a.F. iVm § 9 BDSG, Art. 17 DSRL) nun von Unionsrechts wegen nicht mehr zwingend ausgeklammert werden müssen: Art. 5 Abs. 1 Buchst. f DS-GVO, der nun die Anforderungen an die Da-

²⁸ EG Nr. 37: „[...] ohne dass jedoch Ausnahmen bei den Maßnahmen zur Gewährleistung der Sicherheit der Verarbeitung vorzusehen sind.“

tensicherheit regelt, ist als Vorschrift im Kapitel II („Grundsätze“) von der Ausnahmen-Befugnis gem. Art. 85 Abs. 2 DS-GVO vielmehr unzweifelhaft erfasst. Da die weitere von den deutschen Medienprivilegien überwiegend „verschonte“ Anforderung des Datengeheimnisses (§ 5 BDSG a.F.) ohnehin nicht unionsrechtlich vorgegeben ist, verbleiben nach der Verordnung (anders als nach der DSRL in Hinsicht auf die Datensicherheit) nun überhaupt keine der Öffnungsklausel jedenfalls entzogenen Vorschriften des materiellen Datenschutzes mehr. Die Mitgliedstaaten sind mithin nunmehr grundsätzlich berechtigt, sogar sämtliche materiell-rechtlichen Anforderungen der DS-GVO in ihre Ausnahmebestimmungen aufzunehmen, das Medienprivileg also noch weiter auszudehnen.

Erwägungsgrund Nr. 153 zur DS-GVO hat ferner auch den Schlusssatz aus Erwägungsgrund Nr. 37 zur DSRL nicht übernommen, in dem es hieß, dass „mindestens die in diesem Bereich zuständige Kontrollstelle bestimmte nachträgliche Zuständigkeiten erhalten [solle], beispielsweise zur regelmäßigen Veröffentlichung eines Berichts oder zur Befassung der Justizbehörden“. Sollte dieser Erwägungsgrund so zu verstehen gewesen sein, dass den unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden trotz des nach Art. 9 DSRL möglichen Ausschlusses des die Datenschutzbehörden betreffenden Kapitels VI gewisse Befugnisse verbleiben sollten, so ist diese Aussage für die DS-GVO jedenfalls entfallen.

c) Kontinuität in der Kapitel-Enumeration

Was schließlich die aus Sicht des hier verfolgten Untersuchungsanliegens besonders interessierende Rechtsfolgenfrage angeht, ist zu konstatieren, dass die DS-GVO in Art. 85 Abs. 2 alle diejenigen Regelungs-Kapitel dem Abweichungs- und Ausnahmenvorbehalt unterwirft, die auch schon in der DSRL einbezogen waren, wenn auch dort teilweise in anderer Anordnung und Nummerierung. Der Vorbehalt in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO hat den Katalog der ausnahmfähigen Kapitel um die neu gefassten Kapitel III [Rechte der betroffenen Person], IV [Verantwortlicher und Auftragsverarbeiter], VII [Zusammenarbeit und Kohärenz] und IX [Vorschriften für besondere Verarbeitungssituationen] erweitert. In der Vergleichsperspektive aus dem Blickwinkel des Medienprivilegs bedeutet dies aber nur, dass diejenigen Regelungsgegenstände, die bisher in anderen – vom Ausnahmenvorbehalt in Art. 9 DSRL erfassten – Kapiteln untergebracht waren, nun weiterhin vom Ausnahmenvorbehalt des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO erfasst bleiben, so etwa die aus dem alten Kapitel II DSRL (Abschnitte IV-VII) in das neue Kapitel III DS-GVO verlagerten Bestimmungen über die Rechte der betroffenen Person (Art. 10-15 DSRL), die ebenfalls aus Kap. II DSRL (Abschn. VIII und IX) in das neue Kap. IV DS-GVO verlagerten Bestimmungen der Art. 16 ff. DSRL, den bisher in der DSRL einem eigenen Kapitel V zugewiesenen Art. 27 DSRL betreffend die Verhaltensregeln, der nun im Abschnitt

5. des Kapitel IV DS-GVO aufgegangen ist. Es sind insoweit also keine Regelungsinhalte der DSRL ersichtlich, die gem. Art. 9 dieser Richtlinie vom Ausnahmenvorbehalt, also der Möglichkeit einer mitgliedstaatlichen Freistellung, erfasst gewesen sind, nun aber aus der Reichweite des Vorbehalts in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO herausgefallen wären.

d) Partielle Abweichung bei Kapitel VIII DS-GVO

Anders scheint es allein mit den Vorschriften zu liegen, die nun dem vom Ausnahmenvorbehalt des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO nicht erfassten Kapitel VIII DS-GVO [Rechtsbehelfe, Haftung und Sanktionen] zugeordnet sind, deren Entsprechungs-Normen in der Richtlinie jedoch in deren Kapitel VI über die Aufsichtsbehörden platziert sind, einem Kapitel, das ebenso wie in der DS-GVO (auch hier Kapitel VI) ausnahmefähig gem. Art. 9 DSRL war (und noch ist). Allerdings ist auch hier im Ausgangspunkt zunächst festzuhalten, dass die Nichtberücksichtigung des Kapitels VIII in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO dem Ansatz von Art. 9 DSRL durchaus entspricht. Auch diese Bestimmung hat das gleichklingend überschriebene Kapitel über die „Rechtsbehelfe, Haftung und Sanktionen“ (Kap. III DSRL) nicht in die Privilegierungsreichweite des Art. 9 einbezogen. Die von den in diesem Kapitel normierten Art. 22, 23 und 24 DSRL geregelten Gegenstände des gerichtlichen Rechtsbehelfs, der Schadensersatzhaftung und der mitgliedstaatlichen Sanktionen sind nach der Richtlinie nicht privilegiert und es fallen auch ihre Entsprechungsvorschriften im Kapitel VIII DS-GVO (Art. 79, 82 und 84) nicht in die Reichweite der Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO. Insofern bestätigt die Fortführung dieser Nichtberücksichtigung zunächst nur den bisher ermittelten Befund der Regelungs-Kontinuität auf der Rechtsfolgendeite. Was den Katalog der ausnahmefähigen Kapitel angeht, bricht die DS-GVO mit der Nichterwähnung des Kap. VIII also keineswegs aus dem Konzept der Richtlinie aus, führt dieses vielmehr fort.

Eine Abweichung ergibt sich, so scheint es jedenfalls nach dem Textbefund, allein daraus, dass das Kapitel VIII nun Bestimmungen enthält, die in den nur drei Artikeln des entsprechenden Kapitel III DSRL nicht enthalten sind. Dies betrifft zum einen zwei Bestimmungen mit schon in der DSRL aufgenommenen, dort aber im gem. Art. 9 DSRL ausnahmefähigen Kapitel über die Kontrollstellen platzierten Regelungsgegenständen: Art. 77 DS-GVO, der das Beschwerderecht gegenüber der Aufsichtsbehörde gibt und Art. 28 Abs. 4 DSRL entspricht, sowie Art. 78 DS-GVO, der gerichtliche Rechtsbehelfe gegen belastende Entscheidungen oder bei Untätigkeit der Aufsichtsbehörde vorsieht und Art. 28 Abs. 3 UA 2 DSRL entspricht. Hinzu kommen neue Vorschriften in Kapitel VIII DS-GVO, die keine Entsprechung in der DSRL haben, insbesondere die Vorschrift über die Bußgeldsanktion, Art. 83 DS-GVO, ferner diejenigen des Art. 80 DS-GVO [Rechtsverfolgung durch eine beauftragte Organisation und Verbandsklage]

und Art. 81 DS-GVO [Aussetzung gerichtlicher Verfahren]²⁹. Diesen Bestimmungen ist sämtlich ein Bezug zu den Datenschutzaufsichtsbehörden gemeinsam. Namentlich Art. 77, 78, 81 und 83 DS-GVO setzen, sollen sie Anwendung finden, Befugnisse der Aufsichtsbehörden voraus. Anders als das bisherige Rechtbehelfskapitel III der DSRL hat das neue Kapitel VIII der DS-GVO also nun auch Regelungsgegenstände übernommen, die Rechte gegenüber der Datenschutzaufsichtsbehörde und Kompetenzen der Datenschutzaufsichtsbehörden betreffen. Damit scheint es so, als ob nun die Datenschutzaufsicht in ihren Funktionen der Überwachung und der Bußgeldsanktion nicht mehr von den mitgliedstaatlichen Abweichungen und Ausnahmen umfasst und also aus dem Bereich der Datenverarbeitung zu journalistischen (usw.) Zwecken ausgeschlossen werden dürfte.

Wäre diese Regelung des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO tatsächlich so zu verstehen, fände sich hier – und nur hier – in der Tat eine Abweichung von dem sonst zu beobachtenden und hier vorstehend wiedergegebenen Muster, demzufolge die DS-GVO in Art. 85 Abs. 2 die Reichweite der unionsrechtlichen Freistellungspflicht zum Schutz der Kommunikationsfreiheit im Vergleich mit der DSRL partiell – in den privilegierten Zwecken und dem Verzicht auf die Rückausnahme der Datensicherheit – sogar erweitert, im Übrigen aber – in den in Bezug genommenen Regelungsinhalten – jedenfalls aufrechterhalten hat. Die Abweichung erscheint in diesem Kontext als merkwürdige Anomalie: Warum sollte die DS-GVO den Mitgliedstaaten ein weitgespanntes Recht auf Freistellung der Medien von allen materiellen Bindungen des Datenschutzes einräumen und insoweit sogar über die DSRL hinausgehen, sodann aber erstmals und anders als die DSRL unabdingbar eine datenschutzbehördliche Aufsicht über die Medien fordern?

Diese offenkundige Ungereimtheit wirft sofort die Frage auf, ob dieses Normverständnis, das dem sonst überdeutlich erkennbaren Anliegen der kontinuierlichen Erhaltung (und sogar Fortentwicklung) des unionsrechtlichen Medienprivilegs zuwiderläuft, richtig sein kann – oder sich nicht eine sinnvollere, zu jener Tendenz besser passende Deutung anbietet. Dieser Frage wird im Folgenden weiter nachzugehen sein. Festzuhalten bleibt aber schon hier, dass eine Interpretation, die Art. 77, 78, 81 und 83 DS-GVO als unionsrechtlich zwingende, in den Medienprivilegien der Mitgliedstaaten auszusparende Vorgaben begreift, nicht zu Geist und erkennbarer Konzeption der Neuregelung des Regelungsauftrags in Art. 85 DS-GVO passt.

²⁹ Art. 81 DS-GVO bezieht sich auf verwaltungsgerichtliche Klagen gegen Entscheidungen der Aufsichtsbehörde, also solche im Sinne des Art. 78 DS-GVO, vgl. Erwägungsgrund Nr. 144.

III. Verhältnis von Art. 85 Abs. 1 und 2 DS-GVO

Art. 85 DS-GVO ist eine im Vergleich mit der Vorgängerregelung des Art. 9 DSRL komplexer gebaute Bestimmung: Namentlich ist an die Seite des alten kapitelbezogenen Ausnahmenvorbehalts, der sich heute in der Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO wieder findet, die allgemeine Öffnungsklausel in Abs. 1 getreten. Hinzu kommt noch die gleichfalls neue Mitteilungspflicht in Abs. 3. Diese endgültige Gestalt der Bestimmung wirft zuallererst Fragen nach dem Verhältnis der verschiedenen Klauseln (vor allem von Abs. 1 und 2) zueinander auf. Diese Verhältnisbestimmung ist für die hier erörterte Frage ersichtlich von ganz wesentlicher Bedeutung; auch die Deutung des Regelungsinhalts der beiden Klauseln je für sich ist ohne eine Erfassung des systematischen Zusammenhangs, in dem sie stehen, nicht möglich.

1. Von dem Abweichungs- und Ausnahmenvorbehalt zur doppelten Öffnungsklausel: entstehungsgeschichtlicher Abriss

Das Zustandekommen der Doppel-Öffnungsklausel von Art. 85 Abs. 1 und 2 DS-GVO ist, wie bei anderen Regelungsgegenständen der Verordnung auch, das Ergebnis langwieriger Beratungen und Verhandlungen, in deren Verlauf verschiedene Varianten einer Sonderregelung im Konfliktbereich mit der Medien- und Kommunikationsfreiheit eingeführt und erörtert worden sind. Dies gilt explizit auch für die hier untersuchte Frage der Erstreckung der Freistellungsmöglichkeit auf das Kapitel VIII der Verordnung – oder doch zumindest auf diejenigen kritischen Vorschriften, die die Datenschutzaufsicht betreffen und nun, anders als noch in der Richtlinie, wegen ihrer Verlagerung in dieses Kapitel VIII nicht mehr unter die Öffnungsklausel fallen, also Art. 77, 78 und 83 DS-GVO.

a) Kommissionsvorschlag: Abweichungs- und Ausnahmenvorbehalt

Der Kommissionsvorschlag vom 25. Januar 2012³⁰ sah in Art. 80 DS-GVO-E³¹ noch keine allgemeine Abwägungsklausel wie heute in Art. 85 Abs. 1 DS-GVO vor, vielmehr nur, in Anknüpfung an Art. 9 des RL, in Abs. 1 die mit der Enumeration ausnahmefähiger Kapitel arbeitende Öffnungsklausel, die sich heute leicht abweichend formuliert in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO findet. Die Fassung des Vorschlags enthielt allerdings noch nicht die Erweiterung auf den wissenschaftlichen Verarbeitungszweck und auch noch nicht den Verzicht auf das Erfordernis ausschließlicher Zweckrichtung, bewegte sich mithin noch ganz in den engeren Bahnen des Art. 9

³⁰ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation) v. 25.1.2012, COM(2012) 11 final.

³¹ Art. 80 E-DS-GVO entspricht von der Vorschlagsfassung der Kommission bis zur Einigung im Ergebnis der Trilogverhandlungen im Dezember 2015 dem Art. 85 DS-GVO in der konsolidierten Fassung der Verordnung.

DSRL. In einem Absatz 2 enthielt der Vorschlag indes schon die heute in Abs. 3 formulierte neue Mitteilungspflicht.³²

b) Vorschlag des Europäischen Parlaments, 1. Lesung: tatbestandlich erweiterter Abwechungs- und Ausnahmenvorbehalt

Der Änderungsvorschlag (Nr. 189) des Europäischen Parlaments zu Art. 80, festgelegt im Standpunkt in erster Lesung am 12. März 2014³³ übernahm die Fassung des Änderungsantrags 324 im Berichtsentwurf des Berichterstatters im federführenden Ausschuss für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres Jan Philipp Albrecht vom 16. Januar 2013. Danach rückte das Parlament von der aus Art. 9 DSRL übernommenen tatbestandlichen Beschränkung der Freistellung im Kommissionsvorschlag auf bestimmte qualifizierte Verarbeitungszwecke ab und öffnete die Klausel stattdessen für potentiell alle Verarbeitungen, sofern dies zum Schutz der Kommunikationsfreiheit in der gebotenen Abwägung mit dem Persönlichkeitsschutz erforderlich ist („whenever this is necessary“). Die knappe Begründung dafür lautete: „Mit diesem Änderungsantrag wird klargestellt, dass alle Aspekte der Meinungsfreiheit erfasst werden, nicht nur die der Journalisten, Künstler oder Schriftsteller.“³⁴

Auf der Rechtsfolgenseite hielt dieser im Standpunkt sodann verabschiedete Änderungsvorschlag indes an der enumerativen Verweisung auf bestimmte ausnahmefähige Kapitel entsprechend dem Kommissionvorschlag fest, d. h. also auch an der Nichtberücksichtigung des Kapitel VIII über die Rechtsbehelfe, Haftung und Sanktionen. Das Problem einer der Kommunikationsfreiheit inadäquaten Nicht-Abdingbarkeit der nun im Kapitel VII enthaltenen Vorschriften

³² Text des Kommissionsvorschlags: „Article 80 Processing of personal data and freedom of expression

1. Member States shall provide for exemptions or derogations from the provisions on the general principles in Chapter II, the rights of the data subject in Chapter III, on controller and processor in Chapter IV, on the transfer of personal data to third countries and international organisations in Chapter V, the independent supervisory authorities in Chapter VI and on co-operation and consistency in Chapter VII for the processing of personal data carried out solely for journalistic purposes or the purpose of artistic or literary expression in order to reconcile the right to the protection of personal data with the rules governing freedom of expression.

2. Each Member State shall notify to the Commission those provisions of its law which it has adopted pursuant to paragraph 1 by the date specified in Article 91(2) at the latest and, without delay, any subsequent amendment law or amendment affecting them.“

³³ Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 12. März 2014 zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (allgemeine Datenschutzverordnung) (COM(2012)0011, P7_TA(2014)0212:

„Article 80 Processing of personal data and freedom of expression

1. Member States shall provide for exemptions or derogations from the provisions on the general principles in Chapter II, the rights of the data subject in Chapter III, on controller and processor in Chapter IV, on the transfer of personal data to third countries and international organisations in Chapter V, the independent supervisory authorities in Chapter VI, on cooperation and consistency in Chapter VII and specific data processing situations in this Chapter whenever this is necessary in order to reconcile the right to the protection of personal data with the rules governing freedom of expression in accordance with the Charter.“

³⁴ Europäisches Parlament, Ausschuss für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres, Berichtsentwurf v. 16.1.2013, Änderungsantrag 324.

über die Datenschutzaufsicht ist indes im Parlament deutlich gesehen worden. So hatten zwei beteiligte Ausschüsse des Parlaments vorgeschlagen, die Regelungen der Art. 73, 74, 76 und 79 DS-GVO-E (entspr. Art. 77, 78, 80 und 83 DS-GVO), also gerade diejenigen Vorschriften, die Befugnisse der Datenschutzaufsichtsbehörden voraussetzen, ausdrücklich in die Enumeration der Öffnungsklausel aufzunehmen.³⁵ Darauf wird noch näher zurückzukommen sein (u. IV. 2. b).

c) Vorschlag der Ratspräsidentschaft 2013: allgemeine Abwägungsklausel

Unter den Mitgliedstaaten formierte sich indes Widerstand gegen dieses in der Rechtsfolge auf enumerierte Ausnahmen fokussierte Konzept, wie es schon Art. 9 der Richtlinie zugrunde lag: Der Abweichungs- und Ausnahmeverbehalt geht, so weit er auch inhaltlich gefasst sein mag, doch strukturell vom Ausgangspunkt der Anwendbarkeit des Datenschutzrechts aus. Ausnahmen und Abweichungen erscheinen daher als Durchbrechungen des Prinzips und sind als solche rechtfertigungsbedürftig: Die Ausnahmen müssen sich gegenüber dem Prinzip als erforderlich rechtfertigen, nicht umgekehrt die Anwendbarkeit datenschutzrechtlicher Maßstäbe gegenüber der Kommunikationsfreiheit. Dieses Bedenken der Einseitigkeit – zumindest in der rechtstechnischen Struktur – der Prinzipienkollisionslage von informationeller Selbstbestimmung einerseits und Kommunikationsfreiheit andererseits ist im April 2013 von der Ratspräsidentschaft aufgegriffen und in den Vorschlag umgesetzt worden, das Konzept eines Abweichungs- und Ausnahmeverbehalts mit enumerativ in Bezug genommenen Kapiteln des Unionsrechtsakts aufzugeben und durch eine allgemeine Abwägungsklausel zu ersetzen.³⁶ Die heute in Art. 85 Abs. 1 DS-GVO formulierte Abwägungsklausel geht also auf diesen Vorschlag in den Ratsberatungen zurück. Art. 80 (85) sollte danach folgende Gestalt erhalten:

„Article 80 Processing of personal data and freedom of expression Member State law shall provide for rules (...) in order to reconcile the right to the protection of personal data pursuant to this Regulation with the rules governing freedom of expression, including artistic and or literary expression“

³⁵Text der Änderungsanträge beider Ausschüsse in: Bericht des Europäischen Palaments über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Warenverkehr (allgemeine Datenschutzverordnung) v. 21.11.2013, A7-0402/2013:

Änderungsantrag 399 des Ausschusses für Industrie, Forschung und Energie: „1. Chapter II (General principles), Chapter III (Rights of the data subject), Chapter IV (Controller and processor), Chapter V (Transfer of personal data to third countries and international organisations), Chapter VI (Independent supervisory authorities), Chapter VII (Co-operation and consistency) as well as Articles 73, 74, 76 and 79 of Chapter VIII (Remedies, liability and sanctions) shall not apply to the processing of personal data carried out solely for journalistic purposes or the purpose of artistic or literary expression in order to reconcile the right to the protection of personal data with the rules governing freedom of expression.“; Der *Änderungsantrag 181 des Rechtsausschusses* ging noch insofern darüber hinaus, als auch die Streichung der Beschränkung „allein“ auf journalistische usw. Zwecke vorgeschlagen wurde, eine Position, die sich in der endgültigen Fassung schließlich auch durchgesetzt hat.

³⁶ Council of the European Union, Vorschlag Ratspräsidentschaft (IRL) v. 4.4.2013 (Dok.-Nr. 8825/13).

Zur Begründung führte die Ratspräsidentschaft aus:

„33. The right to the protection of personal data co-exists with other fundamental rights, notably the right to freedom of expression which is also included in the Charter. The relationship between these rights is recognised in Article 80. However, many Member States consider that the references to exemptions or derogations from data protection rules in this article may give a false impression that freedom of expression ranks lower than protection of personal data. [...]

35. In light of these concerns, the Presidency has redrafted Article 80 to make it clear that the law of Member States shall contain rules to reconcile the right to protection of personal data with the right to freedom of expression.“

In den weiteren Beratungen des Rates bis in das Jahr 2014 hinein ist diese auf die allgemeine Abwägungsklausel umgestellte und beschränkte Fassung zunächst offenbar nicht weiter diskutiert worden, jedenfalls blieb sie Grundlage dieser Beratungen.³⁷

d) Kompromissvorschlag des Rates 2015: Doppel-Klausel

Erst 2015 kam es dann im Rat zu einer neuerlichen Änderung des Vorschlags für die auf die Kommunikationsfreiheit bezogene Öffnungsklausel, und zwar im Sinn der heutigen Doppel-Klausel:³⁸ Der Abweichungs- und Ausnahmenvorbehalt aus dem Kommissionsentwurf ist wieder aufgenommen, nun aber als Abs. 2 hinter die allgemeine Abwägungsklausel, an der der Ratsvorschlag festhält, gesetzt worden. Sowohl in die allgemeine Abwägungsklausel des Abs. 1 als auch in den Abweichungs- und Ausnahmenvorbehalt des Abs. 2 fand nun auch der Zweck der wissenschaftlichen Meinungsäußerung als vierter Qualifizierungszweck (neben den schon im Kommissionsentwurf vorgesehenen journalistischen, künstlerischen und literarischen Zweck) Eingang. Auch aus den Ratsberatungen (wie schon im Europäischen Parlament) sind Bedenken einiger Mitgliedstaaten, darunter Deutschland, gegen die Nichterwähnung des Kapitel VIII in der Liste der ausnahmefähigen Kapitel dokumentiert, ebenso auch, dass die Kom-

³⁷ S. zB. Council of Europe, Dok. v. 16. 12.2013, Nr. 17831/13, S. 213, mit einer nur mehr stilistischen Vereinfachung: „Member State law shall reconcile the right to the protection of personal data with the right to freedom of expression, including the processing of personal data for journalistic purposes and the purposes of artistic or literary expression.“; gleichlautend Dok. v. 30. 6. 2014, Nr. 11028/14, S. 240.

³⁸ Vorschlag in Vorbereitung einer allgemeinen Ausrichtung, die sodann am 15.6.2015 beschlossen worden ist, Council of Europe, Dok. v. 8.6.2015, Nr. 9657/15, S. 257; deutsche Fassung vom 11.6. 2015, Dok. Nr. 9565/15.

mission gegen den Wunsch dieser Länder auf der Nicht-Einbeziehung dieses Kapitel VIII bestanden hat, sowie die dazu formulierte Erwägung der Ratspräsidentschaft.³⁹ Auch dieses für die hier erörterte Frage naturgemäß wichtige Detail wird aufzugreifen sein (u. 2. und IV. 2. b).

e) Endfassung: Doppel-Klausel mit Mitteilungspflicht

Dieser Vorschlag des Rates hat sich dann in den Trilog-Verhandlungen durchgesetzt;⁴⁰ in der endgültigen Einigung⁴¹ ist schließlich die bis dahin noch streitig gebliebene⁴² Mitteilungspflicht aufgenommen und nun als Abs. 3 des Art. 85 DS-GVO gefasst worden.

Die danach beschlossene Fassung des Art. 80 (konsolidiert: Art. 85) DS-GVO lautet mithin:

Article 80 Processing of personal data and freedom of expression and information

1. Member States shall by law reconcile the right to the protection of personal data pursuant to this Regulation with the right to freedom of expression and information, including the processing of personal data for journalistic purposes and the purposes of academic, artistic or literary expression.

2. For the processing of personal data carried out for journalistic purposes or the purpose of academic artistic or literary expression, Member States shall provide for exemptions or derogations from the provisions in Chapter II (principles), Chapter III (rights of the data subject), Chapter IV (controller and processor), Chapter V (transfer of personal data to third countries or international organizations), Chapter VI (independent supervisory authorities), Chapter VII (co-operation and consistency) and Chapter IX (specific data processing situations) if they are necessary to reconcile the right to the protection of personal data with the freedom of expression and information.

3. Each Member State shall notify to the Commission those provisions of its law which it has adopted pursuant to paragraph 2 and, without delay, any subsequent amendment law or amendment affecting them.

2. Erkenntnisse aus der Genese des Art. 85 DS-GVO

Gegenüber weitreichenden, immer in der Gefahr unzulässiger Spekulation stehenden Schlussfolgerungen aus entstehungsgeschichtlichen Abläufen eines Rechtsetzungsprozesses ist grundsätzlich Zurückhaltung geboten, zumal auf unionaler Ebene mit ihren überaus komplexen und auch nicht immer transparenten Beteiligungsstrukturen. Gerade die langwierigen Verhandlungsprozesse im Zuge der Beratung der Datenschutz-Grundverordnung mahnen hier zur Vor-

³⁹ Council of the European Union, Dok. v. 11.6.2015, Nr. 9788/15, S. 255 Fn. 627: „BE, DE, FR, IE and SE had requested to include also a reference to Chapter VIII. This was opposed to by COM. The Presidency points out that in case the freedom of expression prevails over the right to data protection, there will obviously no infringement to sanction. Where an infringement is found to have place, the interference with the freedom of expression will have to taken into account as an element in the determination of the sanction. This application of the proportionality principle should be reflected in Chapter VIII.“

⁴⁰ Council of the European Union, Dok. v. 20.11.2015, Nr. 14319/15, S. 318 ff.

⁴¹ Council of the European Union, Dok. v. 15.12.2015, Nr. 15039/15, S. 200.

⁴² Council of the European Union, Dok. v. 20.11.2015, Nr. 14318/15, S. 10.

sicht; nicht wenige am Ende beschlossene Regelungen tragen offenkundig Kompromisscharakter. Es kann angesichts der Bedingungen des politischen Aushandlungsverfahrens auch nicht davon ausgegangen werden, dass alle Bestimmungen der Endfassung noch präzise aufeinander abgestimmt sind. Dies befreit allerdings nicht von der Aufgabe, die Bestimmungen gleichwohl möglichst sinngemäß zu interpretieren. Und bedeutungslos ist die Entstehungsgeschichte für diese Interpretationsaufgabe gerade bei Art. 85 DS-GVO keineswegs: Die Einführung der verschiedenen Vorschläge zur Gestalt dieser Bereichsausnahme für die Medien- und Kommunikationsfreiheit sowie der am Ende stehende Beschluss der Fassung als Doppel-Klausel lassen durchaus wichtige Einsichten zu:

a) Die Doppel-Klausel als interessenverbindender Kompromiss

Die verabschiedete gültige Fassung des Art. 85 DS-GVO setzt zum einen Kernelemente des *Kommissionsvorschlags* um; das gilt namentlich für das aus der Richtlinie übernommene Konzept der Abweichungs- und Ausnahmenklausel, die die Freistellungspflicht der Mitgliedstaaten auf sehr viele, aber nicht alle Vorschriften der Verordnung bezieht, ferner die tatbestandliche Bindung dieser Freistellungskompetenz an bestimmte qualifizierte Zwecke einer Datenerhebung (anders als im Parlamentsvorschlag), schließlich für die am Ende durchgesetzte Mitteilungspflicht.

Zweitens lässt sich auch von dem *Parlamentsvorschlag* (tatbestandlich nicht mehr an bestimmte qualifizierte Zwecke, sondern nur noch an eine offene Abwägung gebundene Freistellungskompetenz) sagen, dass er immerhin insoweit in der Endfassung Verwirklichung gefunden hat, als in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO die qualifizierten Zwecke erweitert (Wissenschaftskommunikation) und die Zweckbindung gelockert worden ist (nicht mehr nur bei ausschließlicher Zweckverfolgung für die qualifizierten Zwecke). Vor allem aber findet sich eine der weiten Tatbestandsfassung des Parlamentsvorschlags entsprechende allgemeine Abwägungsklausel nun in Art. 85 Abs. 1 DS-GVO, die ja die vier qualifizierten Zwecke nur noch beispielhaft nennt.

Der *Rat* hat sich – drittens – im Hinblick auf die Abs. 1 und 2 mit seinem Vorschlag durchgesetzt; dies gilt zunächst und vor allem für die genuin auf ihn selbst zurückgehende allgemeine Abwägungsklausel, sodann auch für die 2015 in den Ratsvorschlag wieder aufgenommene Abweichungs- und Ausnahmenklausel, diese allerdings in gegenüber dem *Kommissionsvorschlag* wie dargelegt modifizierter Gestalt.

Die Spiegelung der Konzepte und Interessen der Rechtsetzungsbeteiligten auf das Ergebnis der endlich verabschiedeten Bestimmung erhellt zunächst, dass dieses Ergebnis so ausgefallen ist,

dass sich alle Parteien darin wiederfinden können. Offenkundig bestand die Lösung von Interessenkonflikten der Beteiligten im Hinblick auf diese Vorschrift darin, in der Endfassung die verschiedenen Ansätze von Kommission, Parlament und Rat zu *kumulieren* und ihnen so sämtlich Geltung zu verschaffen. Dies erleichtert einerseits zwar nicht die Aufgabe, den kumulierten Bestimmungen systematisch kohärente Normbedeutungen abzugewinnen. Andererseits muss es gerade darum aber gehen: Nur so kann eine überzeugende Deutung des Regelungsinhalts der Bestimmungen gelingen. Überzeugend kann sie nur sein, wenn sie sich des entstehungsgeschichtlichen Kontextes und des nur daraus erklärbaren kumulativen Charakters des Regelungsgefüges in Art. 85 DS-GVO bewusst ist. Dies bedeutet vor allem, dass alle Teilelemente des Regelungsgefüges normativ Ernst zu nehmen sind, sie also so verstanden werden müssen, dass ihnen jeweils eigenständige normative Bedeutung zukommt. Die Beteiligten des Gesetzgebungsverfahrens haben am Ende der kumulierten Fassung zugestimmt und gerade nicht einer Version, die nur entweder den Ausnahmenvorbehalt nach dem Muster des Kommissionsvorschlages oder die allgemeine Abwägungsklausel im Sinne des Vorschlages der Ratspräsidentenschaften von 2013 und 2014 beinhaltete. Das legt aber nahe, dass die Beteiligten sich mit demjenigen Teil des Regelungsgefüges, der ihrem eigenen Konzept oder Anliegen an sich *nicht* oder weniger entspricht, nur deswegen einverstanden erklärt haben, weil sie ihre Interessen in dem *anderen* Element und so daher in der Gesamtregelung gewahrt sahen.

Es spricht viel dafür, dass diese Überlegung auch für diejenigen im Gesetzgebungsverfahren eingebrachten Änderungsvorschläge und darin ausgedrückten Interessen gilt, die sich nicht unmittelbar im Text der Endfassung des Art. 85 DS-GVO niedergeschlagen haben. Für den Vorschlag des Parlaments 1. Lesung ist dies oben schon angesprochen worden: Zwar ist dieser Vorschlag einer von den vier qualifizierten Verarbeitungszwecken abgekoppelten und stattdessen offenen Version des Abweichungs- und Ausnahmenvorbehalts so nicht Gesetz geworden. In der Sache aber entspricht die vom Rat eingeführte allgemeine Abwägungsklausel in Art. 85 Abs. 1 DS-GVO vollauf dem Anliegen des Parlaments.

Vergleichbar lässt sich aber auch für die in Parlament und Rat diskutierten Vorschläge zur Einbeziehung des VIII. Kapitels (Deutschland, Frankreich, Belgien, Irland, Schweden) – oder doch jedenfalls der darin enthaltenen, besonders problematischen Regelungen mit Bezug zur datenschutzbehördlichen Aufsicht (EP-Ausschuss für Industrie, Forschung und Energie, EP-Rechtsausschuss) – argumentieren: Offenkundig ist das Problem des Kapitels VIII und hier vor allem der sogar hinter die bisherige Rechtslage nach Art. 9 DSRL zurückfallenden Nicht-Ausschließbarkeit von Bestimmungen über die Datenschutz-Behördenaufsicht im Gesetzgebungsverfahren

ren präsent gewesen. Nicht nur vereinzelt, sondern von einer Reihe (auch großer) Mitgliedstaaten und in zwei Parlamentsausschüssen ist das Interesse formuliert worden, die Öffnungsklausel so zu fassen, dass auch diese Regelungen des VIII. Kapitels, zumindest diejenigen über die Datenschutzaufsicht, von den Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer Medienprivilegien abbedungen werden können. Es ist unplausibel anzunehmen, dass diese Position im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens einfach aufgegeben worden ist, wenn die am Ende beschlossene Fassung doch so verstanden werden kann, dass sie darin gerade Berücksichtigung findet. Gibt es eine solche Interpretationsmöglichkeit, erscheint diese allemal überzeugender als eine Deutung, die sich über jene im Gesetzgebungsverfahren eingebrachten Bedenken und Vorschläge hinwegsetzt und sie schlicht als „überstimmt“ ansieht. Zu dem an so vielen Stellen und eben auch mit der Doppel-Klausel in Art. 85 DS-GVO sichtbar werdende Kompromisscharakter der Verordnung passt ein auslegungsleitender Grundsatz interessenwahrender Interpretation sehr viel besser.

b) Auslegungsleitlinie: Vermutung für die Normativität aller Bestimmungen des Art. 85 DS-GVO

Allein eine an dieser Einsicht orientierte Interpretation kann gewährleisten, dass die hinter den verschiedenen Normvorschlägen stehenden, im Gesetzgebungsverfahren sichtbar gewordenen Interessen und Anliegen auch im Auslegungsergebnis Niederschlag finden. Dass dies Leitlinie der Interpretation sein sollte, ergibt sich mit hoher Plausibilität aus der jene unterschiedlichen Konzepte und Änderungsvorschläge zusammenführenden kumulativen Fassung. Art. 85 DS-GVO ist daher so zu interpretieren, dass allen Absätzen des Art. 85 DS-GVO und den darin formulierten Bestimmungen rechtlich eigenständige Regelungsbedeutung zukommt. Mit dieser – und nur mit dieser – Fassung sind die Beteiligten im Gesetzgebungsverfahren davon ausgegangen, dass ihre Standpunkte hinreichende Verwirklichung gefunden haben.

Nicht vereinbar wäre damit also etwa, so viel lässt sich jetzt schon festhalten, ein Verständnis, das nur dem Art. 85 Abs. 2 DS-GVO Normativität zuspräche, die allgemeine Abwägungsklausel hingegen zu einer bloßen Programmformel ohne eigenständige Bedeutung degradierte.

Im Sinne dieser historisch aufgeklärten Interpretationsleitlinie ist daher nun im Folgenden ein systematisch kohärentes Verständnis der Vorschriften in Art. 85 DS-GVO zu entwickeln. Der bisher vorliegenden Kommentar- und Aufsatzliteratur zu diesen Bestimmungen sind Ausführungen zu diesem Interpretationsproblem überwiegend allenfalls ansatzweise zu entnehmen;⁴³

⁴³ S. namentlich *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500 (502 ff.); *Benecke/Wagner*, DVBl. 2016, 600 (602 f.); v. *Lewinski*, in: Auernhammer, DS-GVO BDSG, hrsg. v. Eßer/Kramer/v. Lewinski, 5. Aufl. 2017, Rn. 12 ff.; *Pauly*, in: Paal/Pauly, Datenschutzgrundverordnung, 2017, Art. 85 Rn. 4 ff.; *Schiedermair*, in: Ehmann/Selmayr, Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Art. 85 Rn. 3 ff.; *Specht*, in: Sydow (Hrsg.), DS-GVO, 2017, Artikel 85 Rn. 5 ff.;

eine substantiellere Analyse der Regelungsgehalte beider Klauseln (Art. 85 Abs. 1 und 2 DS-GVO) sowie ihres Verhältnisses findet sich nur selten.⁴⁴

3. Systematik des Art. 85 DS-GVO: Verständnismöglichkeiten

Grundsätzlich kommen für das systematische Verhältnis beider Klauseln (Art. 85 Abs. 1 und 2 DS-GVO) vier Möglichkeiten in Betracht; weitere Optionen sind nicht ersichtlich.

Erstens könnte es sich bei Art. 85 Abs. 1 DS-GVO um eine Bestimmung handeln, die keinen eigenständigen Ermächtigungs- (und Verpflichtungs-)Gehalt gegenüber den Mitgliedstaaten hat. In einem solchen Verständnis handelt es sich also allenfalls um eine „unechte“ Öffnungsklausel oder gar nicht um eine Öffnungsklausel, stattdessen lediglich um eine Bestimmung deklaratorischen oder programmatischen Charakters. Freistellungen von den Bindungen des Datenschutzes aus Gründen des Schutz der Kommunikationsfreiheit könnten (bzw. müssten) die Mitgliedstaaten daher allein auf Art. 85 Abs. 2 DS-GVO stützen (a).

Zweitens ließe sich das Verhältnis beider Vorschriften als Spezialitätsverhältnis bestimmen: Der allgemeinere Tatbestand des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO umschließt als einen Teilausschnitt den engeren Tatbestand des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO. In der Reichweite des engeren Tatbestandes, also bei Datenverarbeitungen zu journalistischen, künstlerischen, literarischen und wissenschaftlichen Zwecken, ginge die in Abs. 2 statuierte Regelung derjenigen des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO vor, könnten also nur die hier angeordneten Rechtsfolgen eingreifen, mithin die Verpflichtung auf Abweichungen oder Ausnahmen von den Regelungen, die in den in der Bestimmung genannten Kapiteln aufgeführt werden. Nur Datenverarbeitungen, die von den grundrechtlichen Gewährleistungen der Kommunikationsfreiheit erfasst werden (Art. 10 EMRK, Art. 11 GrCh), jedoch nicht einem der in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO ausschließlich und den Art. 85 Abs. 1 DS-GVO beispielhaft aufgeführten qualifizierten Zwecke zugeordnet werden können, können (oder sogar: müssen) bei relativem Vorrang der Kommunikationsfreiheit in der Grundrechtsabwägung Kraft der allgemeinen Abwägungsklausel (Art. 85 Abs. 1 DS-GVO) von den datenschutzrechtlichen Bindungen freigestellt werden; der Vorrang der *lex specialis* greift insofern nicht (b).

nur geringfügig aussagekräftiger *Pötters*, in: Gola, DS-GVO, 2017, Art. 85 Rn. 5: „Die eigentliche Öffnungsklausel enthält hingegen Abs. 2. Diese ist auf bestimmte Zwecke begrenzt, sodass sich aus systematischen Gründen nicht aus Abs. 1 eine allgemeine Öffnungsklausel zum Schutz der Meinungs- und Informationsfreiheit ableiten lässt.“

⁴⁴ S. allerdings *Kühling/Martini et al.*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht. Erste Überlegungen zum innerstaatlichen Regelungsbedarf, 2016, insb. S. 285 ff.; im Anschluss daran auch *Buchner/Tinnefeld*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, 2017, Art. 85 Rn. 2, 11 ff.

Drittens wäre umgekehrt ein Vorrang des Art. 85 Abs. 1 gegenüber Abs. 2 denkbar. Spezialität des Abs. 1 scheidet angesichts seiner größeren tatbestandlichen Weite allerdings aus. So bliebe insofern nur die Möglichkeit, dass die Aufzählung in Abs. 2 nur veranschaulichenden Charakter hätte, die Regelungswirkung, also Ermächtigung und Verpflichtung der Mitgliedstaaten, sich indes allein schon aus Abs. 1 herleitete (c).

Viertens ist an eine im Ausgangspunkt vergleichbare, aber doch in der rechtlichen Bedeutung andersartige Aufeinander-Bezogenheit beider Vorschriften zu denken: Die eigentliche Grundnorm, aus der sich die Freistellungsbefugnis und -pflicht der Mitgliedstaaten für den Bereich der Kommunikationsfreiheit ergibt, wäre danach hier die allgemeine Abwägungsklausel des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO. Art. 85 Abs. 2 DS-GVO käme aber sehr wohl eigenständige Regelungswirkung zu. Die Vorschrift regelte ausschnitthaft besondere Fälle dieser Freistellung, jedoch nicht als insoweit verdrängende *lex specialis*, sondern als „Mindestgarantie“: Jedenfalls von den in der Bestimmung genannten Kapitel mit den darin enthaltenen Regelungen der Datenschutz-Grundverordnung haben die Mitgliedstaaten, soweit erforderlich, Abweichungen und Ausnahmen vorzusehen, ohne dass indessen darüber hinausgehende, auf Abs. 1 gestützte Freistellungen von Regelungen, die in der Enumeration des Abs. 2 nicht genannt sind, ausgeschlossen sind, sofern die Grundrechtsabwägung gemäß der allgemeinen Öffnungsklausel auch eine solche Freistellung fordert oder zumindest, im Rahmen mitgliedstaatlicher Bewertungsspielräume, legitimiert (d).

a) „Unechte Öffnungsklausel“

Das erstgenannte Verständnis des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO als einer allenfalls „unechten Öffnungsklausel“, der keine Ermächtigungswirkung gegenüber den Mitgliedstaaten zukommt, ist in der Literatur namentlich von *Kühling, Martini et al.* behauptet worden.⁴⁵ Danach handle es sich bei Art. 85 Abs. 1 DS-GVO nur *prima facie* um eine (echte) Öffnungsklausel, bei genauem Hinsehen hingegen nur um einen „Anpassungsauftrag“ an die Mitgliedstaaten, der „inhaltlich das Niveau des einzuhaltenden Persönlichkeitsschutzes ohne Abweichungsmöglichkeit vorgibt“.⁴⁶ Dies ergebe sich zwar nicht aus der Formulierung der Bestimmung, die vielmehr,

⁴⁵ *Kühling/Martini et al.*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht. Erste Überlegungen zum innerstaatlichen Regelungsbedarf, 2016, insb. S. 285 ff.

⁴⁶ *Kühling/Martini et al.*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht. Erste Überlegungen zum innerstaatlichen Regelungsbedarf, 2016, S. 286; s. auch *Buchner/Tinnefeld*, in: *Kühling/Buchner*, DS-GVO, 2017, Art. 85 Rn. Rn. 1, 12: „Regelungsauftrag“; *Pöppers*, in: *Gola*, DS-GVO, 2017, Art. 85 Rn. 5: Abs.1: „Auftrag“, Abs. 2: „eigentliche Öffnungsklausel“.

das räumen die Autoren selbst ein, „zweifelsfrei“ auf den Charakter als Öffnungsklausel hindeute,⁴⁷ wohl aber aus der „inneren Systematik der Vorschrift“, dem Regelungszweck der DS-GVO sowie dem Erwägungsgrund Nr. 153.

Unplausibel bleibt bei diesem Ansatz schon, worin eigentlich die zugestandene, gegen den insoweit eindeutigen Text der Bestimmung auch nicht zu bestreitende Regelungsbefugnis und sogar -pflicht (Auftrag der Mitgliedstaaten!) aus Abs. 1 bestehen soll, wenn die Vorschrift doch dieser Vorstellung zufolge inhaltlich gerade keinen Befugnispielraum eröffnet, die darauf gestützten Regelungen vielmehr ohne Modifikation an die Maßstäbe der DS-GVO gebunden, Lockerungen und Durchbrechungen der Bindungen der DS-GVO hingegen ausschließlich im Rahmen und in den Grenzen des Abs. 2 möglich sein sollen.⁴⁸ Diesen zentralen Widerspruch kann dieser Ansatz nicht auflösen.

Darüber hinaus kann er auch inhaltlich nicht überzeugen,⁴⁹ und zwar weder substantiell-grundsätzlich (1) noch in seiner juristischen Beweisführung (2):

(1) Grundsätzliche Einwände

Die Annahme, Art. 85 Abs. 1 DS-GVO gehe es nur darum, die Mitgliedstaaten zu verpflichten, ihre Regelungen den Vorgaben der Datenschutzgrundverordnung „anzupassen“, beraubt die Vorschrift eigenständiger Bedeutung und darüber hinaus eines jeden vernünftigen Sinns: Wenn und soweit die Datenschutzgrundverordnung in ihren Vorschriften Vorgaben enthält, beanspruchen diese aus sich heraus Beachtung durch die Mitgliedstaaten und sind dafür nicht auf einen zusätzlichen „Anpassungsauftrag“ angewiesen. Dies gilt unabhängig davon, ob unmittelbar anwendbare Vorschriften in Rede stehen, bei denen mitgliedstaatliche Regelungen ohnehin grundsätzlich durch das Normwiederholungsverbot⁵⁰ ausgeschlossen sind, oder ob es sich um

⁴⁷ Kühling/Martini et al., Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht. Erste Überlegungen zum innerstaatlichen Regelungsbedarf, 2016, S. 11: „ergibt sich zweifelsfrei aus der Handlungsoptionen eröffnenden oder Handlungspflichten auferlegenden Formulierung“

⁴⁸ Kühling/Martini et al., Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht. Erste Überlegungen zum innerstaatlichen Regelungsbedarf, 2016, S. 288: „Art. 85 Abs. 1 DS-GVO [...] gibt den Mitgliedstaaten einen unionsrechtlichen Anpassungsauftrag mit auf den Weg: Er eröffnet ihnen – außerhalb des Abs. 2 – jedoch keine regulatorische Gestaltungsfreiheit.“

⁴⁹ Wie hier für eine eigenständige Öffnungsklausel: Hoidn, in: Roßnagel, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2017, § 4 Rn.180; Lauber-Rönsberg/Hartlaub, NJW 2017, 1057 (1061 f.).

⁵⁰ EuGH, Urt. v. 7.2.1973, Rs. 39/72 – Kommission/Italien, Rn. 17; Urt. v. 10.10.1973, Rs. 34/73 – Variola, Rn. 10; für den Kontext der DS-GVO: Selmayr/Ehmann, in: Ehmann/Selmayr, Datenschutz-Grundverordnung, Einführung Rn. 80; Kühling/Martini et al., Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht. Erste Überlegungen zum innerstaatlichen Regelungsbedarf, 2016, S. 6 f.

auf mitgliedstaatliche Durchführung oder Ergänzung angewiesene Verordnungsnormen (im unechten Sinn: „hinkende“ Verordnungsnormen⁵¹) handelt: Auch bei letzteren folgt die mitgliedstaatliche Regelungsoption oder -pflicht, d.h. aber auch die Berechtigung oder (je nach Fassung) Pflicht zur Anpassung der nationalen Rechtslage, jeweils aus der in Rede stehenden Norm (z.B.: Art. 6 Abs. 2, Abs. 3 Buchst. b) oder andere Öffnungsklauseln), nicht erst aus Art. 85 Abs. 1 DS-GVO.

Die These, Art. 85 Abs. 1 DS-GVO fordere von den Mitgliedstaaten nur das, was ohnehin selbstverständlich ist, nämlich die Kompatibilisierung ihres Rechts mit der DS-GVO, soweit diese bindet, setzt sich in Widerspruch zu dem erkennbaren Sinn des Abwägungsgebots, wie er sich aus dessen Formulierung, seiner systematischen Stellung im eigenen (IX.) Kapitel über bereichsspezifische Sonderregelungen (und gerade nicht im Zusammenhang der DS-GVO-Vorschriften, an die das nationale Recht angeblich „anzupassen“ wäre), und dem entstehungsgeschichtlich klar nachweisbaren Motiv seiner Einfügung in den Regelungszusammenhang der datenschutzrechtlichen Bereichsausnahme für die Kommunikationsfreiheit ergibt. Dazu im Einzelnen:

Die Vorschrift gibt *den Mitgliedstaaten* auf, durch *ihr* Recht („Member states shall by law reconcile...“) die Grundrechtspositionen informationeller Selbstbestimmung und Kommunikationsfreiheit miteinander in Einklang zu bringen. Die damit ausgesprochene Regelungsverpflichtung setzt notwendigerweise eine *eigene* Regelungsbefugnis der Mitgliedstaaten voraus, also auch eine Entbindung von den sekundärrechtlichen Normen der Verordnung selbst.⁵² Besonders klar wird dies bei den unmittelbar anwendbaren Verordnungsnormen, etwa den zentralen Erlaubnistatbeständen des Art. 6 Abs. 1 DS-GVO, insbesondere auch dem Abwägungstatbestand in Buchst. f) dieser Vorschrift: Solange und soweit diese Vorschrift anwendbar ist, ist eine eigenständige mitgliedstaatliche Regelung ausgeschlossen (insoweit auch nicht durch Art.

⁵¹ Constantinesco, Das Recht der Europäischen Gemeinschaften, Bd. I: Das institutionelle Recht, 1977, S. 562; Heberlein, in: Ehmann/Selmayr, Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Art. 6 Rn. 31; Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 288 AEUV Rn. 21; Schroeder, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 288 AEUV Rn. 61.

⁵² Selmayr/Ehmann, in: Ehmann/Selmayr, Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Einführung Rn. 85: „Die obligatorische Spezifizierungsklausel des Art. 85 DS-GVO erklärt sich dadurch, dass anders als im Datenschutzrecht, wo es seit dem Vertrag von Lissabon eine Kongruenz zwischen EU-rechtlichem Grundrechtsschutz und EU-rechtlicher Rechtsetzungskompetenz gibt, die Grundrechte der Meinungs-, Presse-, Informations-, Wissenschafts- und Kunstfreiheit nach wie vor im Wesentlichen vom Gesetzgeber auf nationaler Ebene zu schützen sind; daher müssen spezifizierende Vorschriften auch vom nationalen Gesetzgeber erlassen werden.“

6 Abs. 2, 3 DS-GVO ermöglicht)⁵³. Die (unions-grundrechtlich geprägte⁵⁴) Interessenabwägung wird hier durch die unionsrechtliche Verordnungsnorm selbst abschließend angeordnet und gerade nicht dem Recht der Mitgliedstaaten überantwortet, wie dies Art. 85 Abs. 1 DS-GVO aber vorsieht. Der Regelungsauftrag des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO will also offenkundig etwas anderes als die unionale Abwägungsklausel des Art. 6 Abs. 1 Buchst. f), die jedenfalls eine unionsrechtlich dirigierte Einzelfallabwägung verlangt:⁵⁵ Er fordert eine *mitgliedstaatlich-normative Regelung der Kollisionslage*.⁵⁶ Diese ist aber ohne eine Befugnis der Mitgliedstaaten zur Freistellung dieser Regelungssituation vom Bindungsanspruch des Art. 6 DS-GVO gar nicht denkbar. Art. 85 Abs. 1 DS-GVO muss also notwendig mit einer Freistellungsermächtigung verbunden sein, also eine Öffnungsklausel enthalten.

Art. 85 Abs. 1 DS-GVO gibt mithin, dies anerkennen sogar *Kühling/Martini et. al.*⁵⁷ und entspricht allgemeiner Auffassung in der Kommentarliteratur,⁵⁸ einen *Regelungsauftrag* – d.h. einen Auftrag zu mitgliedstaatlich-gesetzlicher Normierung – und kann daher nicht so verstanden werden, dass er nur den unmittelbar anwendbaren Einzelfall-Abwägungsbefehl des Art. 6 Abs. 1 Buchst. f) DS-GVO deklaratorisch bekräftigt. Gleiches gälte für alle anderen unmittelbar anwendbaren Vorschriften, bei denen eine mitgliedstaatliche (normwiederholende) Regelung ebenso ausgeschlossen wäre.

Art. 85 Abs. 1 DS-GVO deutet darauf sogar schon in seiner textlichen Fassung hin, die nicht von der Abwägung zwischen Persönlichkeitsrecht und Kommunikationsfreiheit spricht, son-

⁵³ *Heberlein*, in: Ehmann/Selmayr, Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Art. 6 Rn. 32.

⁵⁴ S. die Rspr. des EuGH zu Art. 7 Buchst. f) DSRL, zB Urt. v. 24.11.2011, verb. Rs. C-468/10, C-469/10 – ASNEF, Rn. 40 ff.; Urt. v. 13.5.2014, C-131/12 – Google Spain, Rn. 73 ff.; näher *Cornils*, Der grundrechtliche Rahmen für ein (trans-)nationales Datenschutzrecht im digitalen Zeitalter. In: Datenschutz im digitalen Zeitalter – global, europäisch, national, Schriftenreihe des Instituts für Rundfunkrecht an der Universität zu Köln, Bd. 111. München 2015, S. 11 ff.

⁵⁵ So schon zur weitgehend identischen Vorgängerregelung in Art. 7 Buchst. f) DSRL EuGH, Urt. v. 24.11.2011, verb. Rs. C-468/10, C-469/10 – ASNEF, Rn. 40, 48.

⁵⁶ Dies schließt noch nicht aus, dass auch im Rahmen dieser mitgliedstaatlichen Regelungsbefugnis Unionsgrundrechte zu beachten sind (in diesem Sinn etwa *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500). Ob der durch Art. 85 Abs. 1 DS-GVO sekundärrechtlich eröffnete mitgliedstaatliche Regelungsspielraum (nur) durch mitgliedstaatlich-verfassungsrechtliche Grundrechte (so die auch vom BVerfG zugrunde gelegte Trennungsthese, BVerfGE 133, 277 - Antiterrordatei) oder (auch) die Unionsgrundrechte (so die vom EuGH vertretene Kumulationsthese, EuGH, Urt. v. 26.2.2013, C-399/11 – Melloni; Urt. v. 26.2.2013, C-617/10, Akerberg/Fransson, Rn. 21.) begrenzt und hinsichtlich seiner Nutzung gesteuert wird, ist umstritten (s. zu dieser Diskussion etwa *Kingreen*, EuR 2013, 446; *ders.*, JZ 2013, 801; *Thym*, DÖV 2014, 941; *ders.*, JZ 2015, 53; *Ludwigs*, EuGRZ 2014, 273; *ders.*, NVwZ 2016, 1; *Scholz*, DVBl 2014, 197 [201]), *Cornils*, in: Menzel/Müller-Terpitz (Hrsg.), Verfassungsrechtsprechung, 3. Aufl. 2017, S. 252 ff.) und hier nicht zu klären.

⁵⁷ *Kühling/Martini et al.*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht. Erste Überlegungen zum innerstaatlichen Regelungsbedarf, 2016, S. 287.

⁵⁸ *Buchner/Tinnefeld*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, 2017, Art. 85 Rn. 1; *Pauly*, in: Paal/Pauly, Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Art. 85 Rn. 4.; *von Lewinski*, in: Auernhammer, DS-GVO, BDSG, 5. Aufl. 2017, Art. 85 Rn. 12 f.

dem spezifischer von dem „Recht auf den Schutz personenbezogener Daten gemäß dieser Verordnung“ („Right to the Protection of personal data pursuant to this Regulation“), das die *Mitgliedstaaten* in Einklang zu bringen hätten mit dem Recht auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit. Wenn die Mitgliedstaaten das Recht auf Datenschutz (informationelle Selbstbestimmung), wie es an sich die Verordnung vorsieht, nun stattdessen für die Herstellung praktischer Konkordanz mit der Kommunikationsfreiheit selbst in *ihre* regelnde Hand nehmen sollen, ist dies ohne Freistellung von den Regelungen der Datenschutzgrundverordnung nicht vorstellbar. Art. 85 Abs. 1 DS-GVO enthält daher keineswegs nur keinen „Anpassungsauftrag“ zur Durchsetzung der Regelungen der DS-GVO im mitgliedstaatlichen Recht, sondern im Gegenteil einen Derogationsauftrag, gerichtet auf „Abwendung“ jener Regelungen, soweit dies zum Schutz der Kommunikationsfreiheit erforderlich ist.

Für die also notwendige Freistellungsbefugnis kann auch nicht wiederum nur auf Art. 85 Abs. 2 DS-GVO verwiesen werden, weil dann Abs. 1 jede eigenständige Bedeutung als Regelungsauftrag verlöre: Art. 85 Abs. 2 DS-GVO enthält selbst eine Regelungsverpflichtung und er enthält auch selbst bis in den Wortlaut hinein identisch noch einmal das Abwägungsgebot („in Einklang zu bringen“); es handelt sich also bei Art. 85 Abs. 1 und 2 DS-GVO ersichtlich nicht um einen „zusammengesetzten“ Tatbestand mit je unselbständigen Teilen, sondern um zwei in sich geschlossene Ermächtigungen (mit Verpflichtungsgehalt) gegenüber den Mitgliedstaaten.

Nur dieses Verständnis des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO als eigenständiger Öffnungsklausel entspricht auch ihrem konkreten Entstehungsgrund und – allgemeiner – der oben aus der Entstehungsgeschichte hergeleiteten Auslegungsleitlinie: Die Einführung der allgemeinen Abwägungsklausel – zunächst sogar anstelle des Abweichungs- und Ausnahmenvorbehalts im Sinne des Kommissionsvorschlags – durch die Ratspräsidentschaft im Frühjahr 2013 trug, wie oben dargelegt, den Bedenken „vieler Mitgliedstaaten“ Rechnung, die mit dem Enumerationskonzept des Abweichungs- und Ausnahmenvorbehalts das Risiko eines zu schwachen Schutzes der Kommunikationsfreiheit verbanden („many Member States consider that the references to exemptions or derogations from data protection rules in this article may give a false impression that freedom of expression ranks lower than protection of personal data. [...]). Die Abwägungsklausel sollte dieses Risiko ausschalten. Dies ist aber überhaupt nur vorstellbar, wenn sie eine Bedeutung hat, die über den Regelungsinhalt des Abweichungs- und Ausnahmenvorbehalts hinausgeht. Die vom Muster des Art. 9 DSRL abrückende Einführung der Abwägungsklausel in die Bereichsausnahme für die Kommunikationsfreiheit sollte, daran kann kein Zweifel bestehen, deren Stellenwert und Schutz gegenüber dem Anwendungsanspruch des Datenschutzrechts im Vergleich mit der Kommissionsfassung stärken.

Dieses Anliegen kann nicht dadurch entfallen sein, dass später im Zuge der Kompromissuche und Verhandlungen mit den anderen Gesetzgebungsbeteiligten der Abweichungs- und Ausnahmenvorbehalt zusätzlich wieder in die Endfassung aufgenommen worden ist; es wäre sonst nicht erklärbar, weshalb die Abwägungsklausel die Verhandlungen überstanden hat und in die Endfassung eingegangen ist. Daher muss Art. 85 Abs. 1 DS-GVO einen normativen Sinn haben, der nicht ohnehin schon im Kommissionsvorschlag und späteren Art. 85 Abs. 2 DS-GVO aufgeht. Damit unvereinbar ist die hier diskutierte Auffassung, die ersichtlich von dem Bestreben geleitet ist, die Anwendbarkeit des unionalen Datenschutzes möglichst weitgehend zu sichern und die dazu nicht passende Abwägungsklausel des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO möglichst weitgehend in ihrer Wirkung zu neutralisieren. Insofern dieser Ansatz darauf hinausläuft, nur den Abweichungs- und Ausnahmenvorbehalt des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO als „eigentlich“ normativ bedeutsam anzuerkennen, fällt er einseitig auf die Position des Kommissionsvorschlags zurück und ignoriert so die von Parlament und Rat in die Endfassung eingebrachten Erweiterungen im Hinblick auf Tatbestand und Rechtsfolge einer mitgliedstaatlichen Freistellungsbefugnis, wie sie mit der – als eigenständig begriffenen – Abwägungsklausel des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO verbunden sind.

(2) Nicht stichhaltige Begründung der These von der „unechten Öffnungsklausel“

Keiner näheren Betrachtung Stand halten auch die im engeren Sinn juristischen Argumente, die *Kühling/Martini et al.* für die These von der unechten Öffnungsklausel ins Feld geführt haben. Dies gilt für die Überlegungen zur Systematik ebenso wie für den Verweis auf den Erwägungsgrund Nr. 153 und schließlich das teleologische Argument aus dem Regelungszweck der DS-GVO

Aus der „inneren Systematik“ sollen sich zwei Argumente für das reduzierende Verständnis des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO herleiten lassen, zum einen ein „Umkehrschluss aus Art. 85 Abs. 1 DS-GVO“ und zum anderen die Meldepflicht aus Art. 85 Abs. 3 DS-GVO. Mit dem ersten Argument ist offenbar gemeint, dass nicht Abs. 1 eine allgemeine Öffnungsklausel enthalten könne, wenn Abs. 2 eine besondere für (nur) vier spezifische Verarbeitungszwecke enthalte. Was das methodologisch mit einem „Umkehrschluss“ zu tun haben soll, bleibt allerdings unerfindlich, schon gar nicht geht es hier um einen Schluss *aus* Abs. 1, *auf* den ja, wenn überhaupt, zu schließen wäre. In der Sache ist das Argument tautologisch: In welchem Verhältnis beide Vorschriften zueinander stehen, ist schließlich gerade die Frage, und man kann sich, wie schon skizziert, sehr wohl Deutungen vorstellen, die Abs. 1 als eigenständige Öffnungsklausel neben Abs. 2 erklären. Allein aus der Existenz beider Klauseln ergibt sich für eine Bedeutungsreduktion der allgemeinen Klausel auf einen bloßen „Anpassungsauftrag“ in Abs. 1 mithin nichts.

Dass die ganz am Ende der Trilog-Verhandlungen noch durchgesetzte *Mitteilungspflicht* in Abs. 3 in der Tat nur auf mitgliedstaatliche Regelungen nach Abs. 2 verweist, scheint auf den ersten Blick schon eher darauf hindeuten, dass die Mitgliedstaaten nicht auch schon auf der Grundlage von Art. 85 Abs. 1 DS-GVO Freistellungen oder Lockerungen vom Datenschutz regeln können, die ja dann von der Mitteilungspflicht nicht erfasst würden. Allein, stichhaltig ist auch dieses Argument nicht: Die Melderegelung war zwischen den Beteiligten stark umstritten und ist erst gleichsam in letzter Minute noch in die Endfassung aufgenommen worden,⁵⁹ und zwar im Wesentlichen in der Gestalt, die sie schon im Kommissionsentwurf hatte. In dieser Gestalt bezog sich die Mitteilungspflicht aber selbstverständlich nur auf die mitgliedstaatlichen Abweichungs- und Ausnahmeregelungen im Sinne der Freistellungs-Klausel des Kommissionsentwurfs und konnte sich auch nur darauf beziehen, da letzterem die allgemeine Abwägungsklausel des Ratsvorschlages unbekannt war. Die Mitteilungspflicht aus dem Kommissionsvorschlag ist mithin offenkundig immer nur mit Bezug auf den Abweichungs- und Ausnahmenvorbehalt aus dem Kommissionsvorschlag diskutiert worden,⁶⁰ das Verhältnis zu der im Ergebnis der Trilog-Verhandlung hinzugetretenen allgemeinen Abwägungsklausel (nun Abs. 1) dabei aller Wahrscheinlichkeit nach gar nicht in den Blick geraten. Schlüsse auf die Bedeutung und den Regelungsgehalt des neuen Abs.1 der Endfassung können daraus daher nicht gezogen werden.

Auch aus den Sätzen des Erwägungsgrundes Nr. 153 lässt sich für eine Art. 85 Abs.1 DS-GVO marginalisierende Lesart nichts gewinnen, denn in Struktur und Formulierung entsprechen jedenfalls die ersten Sätze nur in etwa den Aussagen des Art. 85 selbst: Hinter dem allgemeinen Abwägungsauftrag an die Mitgliedstaaten (Satz 1 EG Nr. 153), der auf Vorschlag des Rates in den damaligen Erwägungsgrund Nr. 121 der Entwurfsfassung eingeführt worden ist,⁶¹ folgt in Satz 2 die Erwähnung der zweckbezogenen Abweichungs- und Ausnahmenermächtigung. Die „Anreicherung“ der Erwägungsgründe gegenüber dem Kommissionsvorschlag im Gesetzgebungsverfahren spiegelt insofern ziemlich genau die Erweiterung der Vorschrift im Gesetzgebungsverfahren, trägt aber darüber hinaus nichts aus.

⁵⁹ Im Vorschlag der Ratspräsidentschaft v. 27.11.2015 war die Meldepflicht noch nicht enthalten, Dok. Nr. 14481/15, in der finalen Kompromissfassung v. 15.12.2015, Dok. Nr. 15039/15 dann schon (S. 200).

⁶⁰ S. z.B. Council of the European Union, Dok. v. 20. 11.2015, Nr. 14388/15: „The European Parliament insists on a provision obliging Member States to notify those provisions of its law which it has adopted pursuant to Article 80(1)“ – gemeint ist damit entsprechend der Logik der Änderungsvorschläge hier – wie auch sonst immer – die Absatzzählung des Kommissionsvorschlages, hier also der Abweichungs- und Ausnahmenvorbehalt! Bei diesem Zusammenhang von Mitteilungspflicht und Abweichungsvorbehalt ist es bis zum Schluss geblieben.

⁶¹ Council of the European Union, Dok. v. 20.11.2015, Nr. 14319/15, S. 88.

Auch die weiteren Sätze des Erwägungsgrundes Nr. 153 bestätigen diesen Befund: Sie können sogar umgekehrt auch für ein eigenständiges mitgliedstaatliches Regelungsrecht aus Art. 5 Abs. 1 DS-GVO in Anspruch genommen werden: Angesichts der Abfolge der Sätze, in denen das Regelungsmandat der Mitgliedstaaten gleich mehrfach hintereinander, indes in engerer (Satz 5) und weiterer Fassung (Satz 4), angesprochen wird, ließe sich namentlich Satz 4 sogar als Bekräftigung eines sich aus Satz 1 des Erwägungsgrundes, d.h. also Art. 85 Abs. 1 DS-GVO ergebenden allgemeinen Freistellungsrechts der Mitgliedstaaten lesen, während Satz 5 in Verbindung mit Satz 2 und 3 die besonderen Fälle einer Abweichung oder Ausnahme im Sinne der Enumerationsklausel meint. Auch wenn man dem nicht folgt, kann doch jedenfalls von einer Stützung der These von der unechten Öffnungsklausel aus den Erwägungsgründen keine Rede sein.

Auch das Argument des „Regelungszwecks“ der Verordnung überzeugt nicht. Danach dürfe Art. 85 Abs. 1 DS-GVO nicht als eigenständige Öffnungsklausel verstanden werden, weil sonst das „fein auszisellierte [!] Regulationssystem des Art. 6 Abs. 1-3 DS-GVO obsolet“ würde. Es ließe sich so „leicht unterwandern“.⁶² Dieser Einwand kann schon deswegen nicht richtig sein, weil Art. 6 DS-GVO als zentrale materiell-rechtliche Regelung der Erlaubnistatbestände im II. Kapitel schon aufgrund des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO für den weiten Bereich der Datenverarbeitung zu journalistischen, künstlerischen, wissenschaftlichen und literarischen Zwecken ausgeschlossen werden kann und in den Medienprivilegien (jedenfalls in Deutschland) für den journalistischen Bereich auf der Grundlage von Art. 9 DSRL auch seit jeher ausgeschlossen worden ist. Der Einwand zielt daher in Wahrheit gar nicht nur und erst gegen Art. 85 Abs. 1 DS-GVO, sondern richtet sich in der Tradition der datenschutzrechtlichen Kritik am angeblich zu weit gehenden Medienprivileg⁶³ gegen die Befugnis zu mitgliedstaatlicher Freistellung durch die unionsrechtliche Bereichsausnahme (also einschließlich Art. 85 Abs.2 DS-GVO) schlechthin. Er setzt sich damit jedoch in Widerspruch zur geltenden unionsrechtlichen Rechtslage. Er bewahrt nicht den Regelungszweck der DS-GVO vor Unterwanderung, sondern verkennt ihn gerade: Der zentrale materiell-datenschutzrechtliche Schutzmechanismus aus präventivem Verbot und Erlaubnistatbeständen gehört zu den wichtigsten und anerkannten Regelungskomplexen, die vom Medienprivileg erfasst sein müssen, weil dieser datenschutzrechtliche Mechanismus zu publizistischer Tätigkeit in ihren konventions- und verfassungsrechtlich gewährleisteten Funktionen für die private und öffentliche Meinungsbildung nicht passt, die Freiheit aus

⁶² Kühling/Martini *et al.*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht. Erste Überlegungen zum innerstaatlichen Regelungsbedarf, 2016, S. 297.

⁶³ Deutlich Buchner/Tinnefeld, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, 2017, Art. 85 Rn. 2, 27, 31.

Art. 10 EMRK, Art. 11 GrCh und Art. 5 Abs. 1 und III GG vielmehr unzumutbar einschränken würde. Die aus Art. 7 DSRL übernommene Fassung der Erlaubnistatbestände in Art. 6 DS-GVO, die überdies verbreitet als unterkomplex und undifferenziert kritisiert wird⁶⁴, deren „Ziselertheit“ daher bestritten werden kann, liefert keinen geeigneten Regelungsrahmen für die Lösung des Güterkonflikts von Persönlichkeitsrechten und Kommunikationsfreiheit. Diese Lösung muss vielmehr im Koordinatensystem und mit den Maßstäben des konventionsrechtlich harmonisierten Äußerungsrechts, nicht des Datenschutzrechts, gefunden werden. Es ist gerade der Sinn und also „Regelungszweck“ der besonderen Bereichsausnahme in Art. 85 DS-GVO, die Kollisionslagen mit der Kommunikationsfreiheit dem Regelungsanspruch der Datenschutz-Grundverordnung zu entziehen, soweit dies – von den Mitgliedstaaten zu beurteilen – erforderlich ist.

Diesem in Art. 85 DS-GVO positiv-rechtlich ausgedrückten Sinn kann kein „Regelungszweck“ der Verordnung entgegengehalten werden: Der Zweck des Art. 85 DS-GVO kann nicht durch den Zweck des Art. 6 DS-GVO, dem erstere Norm gerade derogiert, unterlaufen werden.

Dass Art. 85 Abs. 1 DS-GVO das mitgliedstaatliche Regelungsmandat mit der diesem inhärenten Freistellungsbefugnis nun noch, über den ohnehin schon auf die Wissenschaft ausgeweiteten Bereich des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO hinaus, auch auf andere als journalistische, literarische, künstlerische und wissenschaftliche Kommunikationen erstreckt, führt allerdings zu einer relativen Erweiterung der potentiell freistellungsfähigen Kollisionslagen, also potentiell zu einer weiteren Einschränkung des Geltungsanspruchs der datenschutzrechtlichen Bewältigung des Konflikts von Persönlichkeitsrechten und Kommunikationsfreiheit im nichtöffentlichen Bereich zugunsten anderer, mitgliedstaatlich zu verantwortende Konfliktbewältigungskonzepte (etwa des Äußerungsrechts). Auch darin liegt aber kein „Unterwandern“ des Regelungszwecks der DS-GVO,⁶⁵ sondern eine bewusste Entscheidung des Unionsgesetzgebers, der, entstehungsgeschichtlich wie gezeigt deutlich nachweisbar, den Schutz der Kommunikationsfreiheit vor inadäquaten datenschutzrechtlichen Restriktionen als wichtiges Anliegen erkannt und darum Art. 85 DS-GVO in Abweichung vom Modell der Datenschutzrichtlinie und des Kommissionsvorschlag um eine zusätzliche Öffnungsklausel ergänzt hat. Aus einer an möglichst weitreichender und lückenloser Geltung datenschutzrechtlicher Bindungen interessierten rechtspolitischen Position mag man diese Entscheidung bedauern können. „Die Mitgliedstaaten hätten“

⁶⁴ *Schulz*, in: *Gola, DS-GVO*, 2017, Art. 6 Rn. 6: „generalklauselartiger, maximalabstrahierender Ansatz des Art. 6“; s. auch *Roßnagel/Nebel/Richter*, ZD 2015, 455 (460): Unterkomplexität der DS-GVO.

⁶⁵ So aber auch *Buchner/Tinnefeld*, in: *Kühling/Buchner, DS-GVO*, 2017, Art. 85 Rn. 12: „Einfallstor für eine praktisch grenzenlose Rechtszersplitterung im europäischen Datenschutzrecht“; *Specht*, in: *Sydow, DS-GVO*, 2017, Artikel 85 Rn. 16.

aber, so die zweifellos informierte Beobachtung von *Albrecht/Janson* „[in den Regelungsbereichen der mitgliedstaatlich regulierten Meinungs-, Presse-, und Informationsfreiheit] keine weitergehenden inhaltlichen Bestimmungen [...] im Rahmen einer verbindlichen gesamteuropäischen Datenschutzgesetzgebung akzeptiert.“⁶⁶

Dass dies den Anwendungsbereich des unionalen Datenschutzrechts im nicht-öffentlichen Bereich⁶⁷ einschränken kann (soweit die Grundrechtsabwägung eine Freistellung rechtfertigt), ist mithin hinzunehmende Konsequenz der Neuregelung, die sich mit der erweiterten Bereichsausnahme Zurückhaltung auferlegt und die Aufgabe des Persönlichkeitsschutzes insoweit anderen Regulierungsmustern (des mitgliedstaatlichen Zivil- und Strafrechts) und Verfahren (vor den Gerichten, nicht bei den [Datenschutz-] Behörden) überlässt. Dass sich diese Zurückhaltung nicht mehr nur auf die Medientätigkeit und überhaupt bestimmte privilegierte Zwecke bezieht, sondern über Art. 85 Abs. 1 DS-GVO auch potentiell alle anderen durch Art. 10 EMRK, Art. 11 GrCh geschützten Kommunikationen einbezieht, soweit die Grundrechtsabwägung einen solchen Schutz fordert, entsprach schon dem Änderungsvorschlag des Europäischen Parlaments (s.o.). Diese Abkoppelung von den spezifischen Zwecken – nun in Art. 85 Abs. 1 DS-GVO – trägt der Einsicht Rechnung, dass sich schutzbedürftige und daher sinnvollerweise nicht datenschutzrechtlichen, sondern äußerungsrechtlichen Maßstäben zu unterwerfende Kommunikation nicht unelastisch auf die „Meinungsfreiheit [nur] der Journalisten, Künstler oder Schriftsteller“ begrenzen lässt,⁶⁸ eine offene Abwägungsklausel diesem Schutzbedürfnis vielmehr besser gerecht wird. Es ist eine nahe liegende, der oben herausgearbeiteten Auslegungslinie entsprechende Folgerung, dass diese Auffassung nun im Rahmen des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO Verwirklichung gefunden hat, wenn auch in anderer Gestalt als im ursprünglichen Änderungsvorschlag des Parlaments.

Dem Regelungszweck der DS-GVO entspricht in Übereinstimmung mit der Entstehungsgeschichte nach alledem keineswegs eine reduzierende, sondern gerade eine „weite Deutung“ des

⁶⁶ *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500 (503);

⁶⁷ Nur um diesen geht es, nur hier können die Kommunikationsgrundrechte überhaupt ihre Schutzwirkung entfalten und ist daher Raum für eine mitgliedstaatliche Freistellung aufgrund der Abwägungsklausel. Soweit die Datenschutz Grundverordnung hoheitliche Datenschutzverarbeitungen regelt, kommt eine Freistellung aufgrund von Art. 85 DS-GVO mithin schlechthin nicht in Betracht und bleibt der Anwendungsanspruch der Verordnung gänzlich unberührt.

⁶⁸ Europäisches Parlament, Ausschuss für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres, Berichterstatter: Jan Philipp Albrecht, Entwurf eines Berichts über den Vorschlag für eine Verordnung des europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung) v. 16.1.2013, Begründung zum Änderungsantrag 324, S. 212.

Art. 85 Abs. 1 DS-GVO als eigenständige Öffnungsklausel mit Ermächtigungsgehalt, eine Deutung, die immerhin sogar auch *Kühling/Martini et.al.* für möglich halten.⁶⁹

b) Art. 85 Abs. 2 DS-GVO als *lex specialis*?

Verdient daher eine Interpretation des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO als eigenständige Öffnungsklausel den Vorzug, ist damit die Frage nach dem systematischen Verhältnis zu Art. 85 Abs. 2 DS-GVO noch nicht abschließend beantwortet. Im Sinne der oben skizzierten Möglichkeiten könnte immerhin ein Konkurrenzverhältnis zwischen beiden Vorschriften im Sinne des Spezialitätsgrundsatzes (*lex specialis derogat legi generali*) vorliegen. Dass Art. 85 Abs. 2 DS-GVO tatbestandlich enger gefasst ist als Abs. 1 und in dessen weiterem Tatbestand aufgeht – Voraussetzung des Vorrangs kraft Spezialität –, ist angesichts der ausdrücklichen beispielhaften Aufzählung der vier qualifizierten Zwecke in Art. 85 Abs. 1 DS-GVO offensichtlich.

Gleichwohl sprechen gegen die Spezialitätsvorstellung durchgreifende Bedenken. Sie würde bedeuten, dass in den Fällen einer Datenverarbeitung zu einem der qualifizierten Zwecke vorrangig (und also ausschließlich) die Regelung des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO zur Anwendung käme und eine auf Art. 85 Abs. 1 DS-GVO mitgliedstaatliche Regelung (verbunden mit der damit einhergehenden Freistellung von den Bindungen der Datenschutz-Grundverordnung) nur in sonstigen Fällen kommunikationsgrundrechtlich geschützter Verarbeitung möglich wäre, also etwa bei publizistischer Tätigkeit, die nicht mehr dem (allerdings ohnehin weiten) Journalismus-Begriff des Art. 85 DS-GVO zuzuordnen ist. Damit würde aber Art. 85 Abs. 1 DS-GVO gerade bei den besonders wichtigen und jedenfalls schutzbedürftigen Verarbeitungen zu journalistischen usw. Zwecken durch Abs. 2 verdrängt. Dies passt schon nicht zu der ausdrücklichen Erwähnung der Datenverarbeitung zu den qualifizierten Zwecken auch in Art. 85 Abs. 1 DS-GVO („einschließlich der Verarbeitung zu journalistischen Zwecken usw.“). Explizit bezieht Art. 85 Abs. 1 DS-GVO den Regelungsauftrag *dieser* Vorschrift (und nicht nur des Abs. 2) auch auf die journalistische, wissenschaftliche, künstlerische oder literarische Datenverarbeitung. Dies wäre nicht verständlich, wären diese Verarbeitungen allein der Abweichungs- und Ausnahmenklausel des Abs. 2 vorbehalten.

Vor allem aber spricht dagegen, dass bei einem solchen Verständnis gerade für die seit jeher geschützten, unabdingbar schutzwürdigen, nicht nur individuell-freiheitsrechtlich, sondern

⁶⁹ *Kühling/Martini et al.*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht. Erste Überlegungen zum innerstaatlichen Regelungsbedarf, 2016, S. 287: „Art. 85 Abs. 1 (ex Art. 80 Abs. 1) DS-GVO lässt sich – jedenfalls bei weiter Deutung – speziell für den Konflikt zwischen der grundrechtlich geschützten Informationsfreiheit und dem Persönlichkeitsschutz aber als spezialgesetzliche Öffnungsklausel im Verhältnis zu Art. 6 DS GVO verstehen.“

auch demokratisch-funktional besonders wichtigen Tätigkeiten der Medien (und in den anderen qualifizierten Bereichen) der unionsrechtlich engere, enumerativ gefasste Rechtsfolgen-Rahmen des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO eingriffe, während die Mitgliedstaaten bei den weiteren, nur von Art. 85 Abs. 1 DS-GVO erfassten Verarbeitungen keinen spezifischen unionsrechtlichen Begrenzungen unterlägen, ihre rechtliche Regelung der Grundrechtskollision vielmehr nur an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebunden wäre. Kurz gefasst: Die Mitgliedstaaten stünden unionsrechtlich bei den nur zusätzlich und ergänzend in ihren Regelungsauftrag eingeführten Tätigkeiten freier als im Kernbereich des Medienprivilegs.

Das kann nicht überzeugen. Gäbe es keine andere Möglichkeit, dieses widersinnige Ergebnis zu vermeiden als diejenige, doch der Abwägungsklausel des Art. 85 Abs.1 DS-GVO eigene Normativität (s.o.) abzuspreehen, erschiene diese Deutung ungeachtet aller vorstehend aufgeführten Einwände gegen eine solche Reduktion der Vorschrift auf eine bloß deklaratorische Bekräftigung des ohnehin Selbstverständlichen („Anpassungsauftrag“, Bindung an Grundrechte) wohl doch unausweichlich.

Dies ist aber nicht der Fall: Art. 85 Abs. 1 DS-GVO lässt sich als eigener konstitutiver Regelungsauftrag und Freistellungsermächtigung *neben* Art. 85 Abs. 2 DS-GVO verstehen, ohne in die unhaltbare Deutung eines Anwendungsvorrangs des Abs. 2 kraft Spezialität zu geraten.

c) Nur deklaratorisch-veranschaulichende Bedeutung des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO?

Allerdings kann dies nicht in der Weise geschehen, dass umgekehrt der Regelungsgehalt des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO negiert und diese Vorschrift als bloß veranschaulichende Bekräftigung der schon in Art. 85 Abs. 1 DS-GVO normierten Öffnungsklausel für die Fälle der auf die vier qualifizierten Zwecke gerichteten Verarbeitung begriffen wird. Auch wenn Art. 85 Abs. 1 DS-GVO aus den vorstehend dargestellten Gründen selbst konstitutive Öffnungsklausel ist und zudem mit seinem (insoweit nicht verdrängten) Regelungsgehalt auch die Ermächtigung an die Mitgliedstaaten im Hinblick auf die regulatorische Bewältigung von Verarbeitungen zu journalistischen, wissenschaftlichen, künstlerischen und literarischen Zwecken umfasst, muss doch daneben auch Art. 85 Abs. 2 DS-GVO eine eigene rechtliche Bedeutung haben. Anders wäre nicht verständlich, dass diese schon aus den Kommissionsvorschlag stammende Öffnungsklausel im Gesetzgebungsverfahren beibehalten, insbesondere auch wieder in den Vorschlag des

Rates aufgenommen worden ist, nachdem sie hier zunächst durch die allgemeine Abwägungsklausel ersetzt worden war.

Auch Art. 85 Abs. 2 DS-GVO muss im Sinn der hier zugrunde gelegten Auslegungsleitlinie interpretatorisch zu praktischer Wirksamkeit gebracht werden. Dafür spricht auch die Kontinuität zur Vorgängerregelung in Art. 9 DSRL, welche schließlich in der Richtlinie allein die Funktion der Öffnungsklausel für den Bereich der Kommunikationsfreiheit übernommen hat. Es kann nicht angenommen werden, dass die zwar leicht modifizierte, aber in Struktur und Regelungskern übereinstimmende Nachfolgeregelung nun die damit bisher verbundene Bedeutung als Regelungsverpflichtung der Mitgliedstaaten verloren hätte.

d) Vorzugswürdige Interpretation: generelle Öffnungsklausel mit Mindestgarantie in Abs. 2
Von diesen Ausgangspunkten aus bietet sich als bestmögliche Erklärung der Regelungssystematik des Art. 85 DS-GVO folgende Deutung an: Art. 85 Abs. 1 DS-GVO ist nach (allgemeiner) Formulierung, systematischer Stellung (vor Abs. 2) und tatbestandlicher Weite (die über die Öffnungsklausel des Abs. 2 hinausgeht) generalklauselartige Basisnorm mit dem normativen Gehalt einer Regelungsverpflichtung der Mitgliedstaaten, die – wie gezeigt notwendig – zugleich mit einer Ermächtigung zur Freistellung von kommunikationsfreiheitsrechtlich geschützten Datenverarbeitungen von den Bindungen der Datenschutz-Grundverordnung verbunden ist, soweit die grundrechtliche Abwägung dies erfordert. Art. 85 Abs. 2 DS-GVO ist demgegenüber eine nach Tatbestand und Rechtsfolgen spezifischer und enger gefasste Öffnungsklausel, die in der Tradition des Art. 9 DSRL die besonders schutzbedürftigen Situationen kommunikativer Betätigung erfasst, welche typischerweise einer Freistellung von den datenschutzrechtlichen Bindungen bedürfen, und diese Sachverhalte in der Rechtsfolge mit den *jedenfalls* bei der mitgliedstaatlichen Freistellungsentscheidung zu berücksichtigenden Vorschriften der DS-GVO verknüpft.

Art. 85 Abs. 2 DS-GVO übernimmt also weiterhin, in Regelungskontinuität zum bisherigen Recht, die hauptsächliche Funktion der datenschutzrechtlichen Bereichsausnahme für die Kommunikationsfreiheit. Er schreibt offenkundig den – tatbestandlich noch weiter entwickelten – Stand der Bereichsausnahme nach der Datenschutzrichtlinie fort.

Die entstehungsgeschichtlich nachweisbare Wieder-Aufnahme des Abweichungs- und Ausnahmenvorbehalts in die – nun beide Konzepte der Kommissionsvorschlags und des Vorschlags der Ratspräsidentschaft 2013 kombinierende – endgültige Fassung des Art. 85 DS-GVO lässt sich daher so verstehen, dass damit jedenfalls der bisher in Art. 9 DSRL erreichte Rechtszustand

des unionsrechtlichen Kommunikationsfreiheits-„Privilegs“ erhalten werden sollte: Die Ersetzung allein durch die konturenschwächere allgemeine Abwägungsklausel hätte immerhin von interessierter Seite auch (wenn auch entgegen der ihre Einführung im Gesetzgebungsverfahren tragenden Intention) als Argument für eine interpretative Einschränkung der Freistellungsermächtigung der Mitgliedstaaten aufgegriffen werden können; schließlich ist die weitgehende Freistellung von datenschutzrechtlichen Maßstäben aufgrund des Abweichungs- und Ausnahmenvorbehalts etwa durch § 41 BDSG a.F. schon im bisherigen Recht bekanntlich auf Kritik im datenschutzrechtlichen Schrifttum gestoßen. Die Beibehaltung der ausdrücklichen Aufzählung ausnahmefähiger Kapitel im Art. 85 Abs. 2 DS-GVO, die fast alle – und mit der noch zu behandelnden Ausnahme des Kapitel VIII alle wesentlichen – Kapitel der Verordnung umfasst, bedeutet insofern zunächst einmal ein Bekenntnis des Unionsgesetzgebers zu einer sehr umfassenden, grundsätzlich das gesamte Datenschutzrecht ergreifenden Bereichsausnahme. Art. 85 Abs. 2 DS-GVO ist daher nicht etwa Einschränkung, sondern Bekräftigung der Bedeutung und Schutzwürdigkeit der grundrechtlichen Kommunikationsfreiheit. Er beschreibt, gleichsam als Kernbereich dieser Bereichsausnahme, die schon nach bisherigen Recht anerkannten Fälle jedenfalls für eine Freistellung mitgliedstaatlich in Betracht zu nehmender Datenverarbeitungszwecke, nun erweitert noch um die Wissenschaftskommunikation. Dieser Kernbereich bildet den unionsrechtlich gesicherten und daher besonders hervorgehobenen Mindeststandard einer Freistellung besonders wichtiger Fälle der Kommunikationsfreiheit. Insofern diese Verarbeitungen zu den vier qualifizierten Zwecken nach wie vor die wichtigsten und auch quantitativ weitreichenden Felder einer Kommunikation abdeckt, die zum Schutz ihrer Freiheit und Funktion gegenüber dem Geltungsanspruch des Datenschutzrechts im Rahmen des Erforderlichen abgeschirmt werden müssen, kommt der Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO weiterhin auch praktischer Vorrang gegenüber der Basisnorm des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO zu.

Er schließt aber aus den dargelegten Gründen letztere nicht im Sinne des Spezialitätsgrundsatzes aus: Der Regelungsauftrag des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO wirkt konstitutiv dort, wo die enger gefasste Verpflichtung des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO nicht greift, und zwar im Hinblick auf die tatbestandlich erfassten grundrechtlich geschützten Datenverarbeitungen ebenso wie hinsichtlich der Reichweite der Freistellung. Auch letztere wird hier offen gehalten, insbesondere nicht auf die enumerativ aufgeführten Kapitel der DS-GVO beschränkt. Im Zusammenwirken beider Öffnungsklauseln ist auf Art. 85 Abs. 1 DS-GVO mithin nur, aber immerhin dort zurückzugreifen, wo und soweit die grundrechtliche Abwägung eine Freistellung erfordert, die noch nicht von Art. 85 Abs. 2 DS-GVO erfasst ist.

Angesichts des sowieso schon breiten Wirkungsfeldes des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO kann es sich dabei freilich nur um eine Ergänzung handeln, die den Schutz der Kommunikationsfreiheit vervollständigt in Fällen, die in ihrer Schutzwürdigkeit denjenigen des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO gleichkommen, dort aber nicht genannt sind.⁷⁰ Es ist mit diesem Verständnis daher auch keineswegs die Gefahr einer uferlosen Ausweitung der Bereichsausnahme im Sinne eines umfassenden „Meinungsfreiheitsprivilegs“ zulasten des Datenschutzes verbunden.⁷¹ Die Freistellung ist – wie bei Art. 85 Abs. 2 DS-GVO – nur, aber immerhin dort möglich, dann aber auch obligatorisch, wo der grundrechtliche Schutz der Kommunikation eine solche Freistellung vom datenschutzrechtlichen Persönlichkeitsschutz fordert.

Diese Freistellung ist, um diesen wichtigen Gesichtspunkt noch einmal zu betonen, auch nicht gleichbedeutend mit einem Zurücktreten des Persönlichkeitsschutzes, mit einem pauschalen Vorrang der Kommunikationsfreiheit vor dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht. Die Anerkennung des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO als eigenständige, auch über Art. 85 Abs. 2 DS-GVO hinausführende Öffnungsklausel führt also nicht zu einer unannehmbaren Hintanstellung des Integritätsschutzes der Person (Art. 8 EMRK, Art. 7 GrCh, Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG). Art. 85 Abs. 1 DS-GVO gestattet und fordert nur, um der Kommunikationsfreiheit willen, die Freistellung vom spezifisch *datenschutzrechtlichen*, d.h. abstrakt schon im Vorfeld konkreter Gefahren jede Verarbeitung personenbezogener Daten erfassenden Persönlichkeitsschutz. Der klassische, zivil-, straf- und (bei den elektronischen Medien) ordnungsrechtliche Schutz des Persönlichkeitsrechts nach mitgliedstaatlichem Recht bleibt davon unberührt. Die Formulierung in Art. 85 Abs. 1 DS-GVO macht dies mit ihrer Beschränkung auf das Schutzgut des „Rechts auf den Schutz personenbezogener Daten gemäß dieser Verordnung“ auch textlich deutlich: Die datenschutzrechtliche Öffnungsklausel betrifft eben nur den (unionsrechtlichen) Datenschutz und *dessen* Zurücktreten gegenüber der Kommunikationsfreiheit, nicht die ohnehin in mitgliedstaatlich-grundrechtlicher Verantwortung liegende Abwägung von Kommunika-

⁷⁰ Für dieses Verständnis der Regelungssystematik finden sich im Kommunikationsrecht durchaus Parallelen: Bei aller inhaltlichen Verschiedenheit lässt sich so doch eine strukturelle Vergleichbarkeit mit der inzwischen auch obergerichtlich anerkannten herrschenden Interpretation des § 26 RStV (medienrechtliche Konzentrationskontrolle) erkennen: Auch hier fungiert die Generalklausel des § 26 Abs. 1 RStV als Auffangtatbestand für Fälle vorherrschender Meinungsmacht, die nicht von den Regelbeispielen mit Leitbildcharakter des Art. 26 Abs. 2 RStV erfasst sind, s. nur BVerwGE 138, 186, Rn. 31 ff.; 149, 52, Rn. 29; *Cornils*, Medienkonzentrationsrechtliche Entwicklungen in Bezug auf die Veranstaltung bundesweiten Fernsehens. in: Hohlfeld, Ralf/ Müller-Terpitz, Ralf (Hrsg.): Medienkonzentrationskontrolle – Quo vadis?, 2011, S. 25 ff.

⁷¹ Unbegründet daher die Sorge von *Buchner/Tinnefeld*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, 2017, Art. 85 Rn. 12, es drohe bei Anerkennung des Art. 85 Abs. 1 als tatbestandserweiternde Öffnungsklausel eine „praktisch grenzenlose Rechtszersplitterung im europäischen Datenschutzrecht, welche das zentrale Ziel der DS-GVO, die Schaffung eines einheitlichen Datenschutzniveaus in der EU, ad absurdum führen würde.“

tionsfreiheit und Persönlichkeitsrechten schlechthin. Sie verweist daher tatsächlich nur auf einen Teil der umfassenderen, das Persönlichkeitsrecht insgesamt einschließenden Grundrechtsabwägung im Recht der Mitgliedstaaten, mithin auf die Frage, ob zum Schutz der Kommunikationsfreiheit gerade von der Anwendung des Datenschutzrechts abgesehen werden muss. Bei der Beantwortung dieser Frage ist aber von den mitgliedstaatlichen Normgebern selbstverständlich auch der sonstige Schutz des Persönlichkeitsrechts mit zu berücksichtigen: Die Mitgliedstaaten können von dem datenschutzrechtlichen Vorfeldschutz gerade auch darum dispensieren, weil sie einen wirksamen zivil- und strafrechtlichen Schutz vor Persönlichkeitsverletzungen durch die Presse, andere Medien oder Einzelpersonen sicherzustellen haben. Vice versa kann das in horizontal-privatrechtlichen Verhältnissen (d.h. im nichtöffentlichen Bereich) ohnehin grundrechtlich weniger wirkmächtige Datenschutzrecht⁷² seine Anwendbarkeit im Bereich schutzbedürftiger Kommunikationsfreiheit zurücknehmen, weil es auf den im Übrigen wirksamen mitgliedstaatlichen Schutz des Persönlichkeitsrechts vertrauen darf.

Die allgemeine Öffnungsklausel schließt daher eventuelle Lücken im Schutzkonzept der enumerativ formulierten Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO. Diese Lücken können – tatbestandlich – bei Kommunikationen auftreten, die sich nicht einem der qualifizierten Zwecke zuordnen lassen (also nicht journalistisch usw. sind), aber doch vergleichbare grundrechtliche Schutzbedürftigkeit aufweisen. Die lückenschließende Bedeutung kommt aber auch in Betracht, soweit sich das starre Enumerationskonzept der Verweisung auf bestimmte ausnahmefähige Kapitel in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO als sachwidrig zu eng erweist.

Art. 85 Abs. 1 DS-GVO flexibilisiert mithin, darin besteht sein Sinn und seine Funktion, die unionsrechtliche Bereichsausnahme entsprechend den grundrechtlichen Anforderungen der Kommunikationsfreiheit. Seine Öffnungsklausel gibt den Mitgliedstaaten zusätzliche Freistellungsoptionen über den starren (wenngleich schon weiten) Rahmen des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO hinaus, soweit dies grundrechtlich geboten ist.

IV. Kapitel VIII und Art. 85

Diese Funktion des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO ist offenkundig auch für die in dieser Untersuchung zu erörternde spezifische Frage des zwingenden oder abdingbaren Charakters der Vorschriften des VIII. Kapitels der DS-GVO von zentraler Bedeutung: Ermächtigt Art. 85 Abs. 1 DS-GV die Mitgliedstaaten wie gezeigt auch dazu, über die schon in Art. 85 Abs. 2 S-GVO genannten Freistellungsoptionen hinaus von weiteren Bindungen der DS-GVO zu dispensieren, so betrifft

⁷² Eingehend dazu *Bäcker*, Grundrechtlicher Informationsschutz gegen Private, Der Staat 51 (2012), 91 ff.

diese Möglichkeit gerade auch Vorschriften des VIII. Kapitels, das in Abs. 2 nicht aufgeführt ist. Tatsächlich können sich die Mitgliedstaaten für die Aufrechterhaltung ihrer Medienprivilegien auf diese Vorschrift stützen, soweit in den Privilegien Überwachungsbefugnisse der Datenschutzbehörden ausgeschlossen werden, diese aber im nicht schon nach Art. 85 Abs. 2 DS-GVO ausschließbaren VIII. Kapitel der DS-GVO nunmehr vorausgesetzt werden (2.).

Allerdings bedarf auch Art. 85 Abs. 2 DS-GVO – logisch vorrangig (s.o.) – insofern noch einer genaueren Betrachtung (1.): Wie schon eingangs bemerkt führen die systematische Verlagerung der Vorschrift über das Beschwerderecht bei der Aufsichtsbehörde (Art. 77) sowie über den Rechtsbehelf gegen die Aufsichtsbehörde (Art. 78) in das Kapitel über Rechtsbehelfe, Haftung und Sanktionen (nunmehr Kap. VIII DS-GVO) sowie schließlich die Einfügung der Regelung über die Bußgeldsanktion (Art. 83) in dasselbe Kapitel dazu, dass nunmehr die entsprechenden Aufsichtsbefugnisse der Datenschutzbehörden scheinbar nicht mehr kraft Art. 85 Abs. 2 DS-GVO in den Bereichsausnahmen der Mitgliedstaaten zugunsten der Medien und anderer Kommunikatoren ausgeschlossen werden dürfen. Dieses Verständnis entspricht dem starren Enumerationsprinzip des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO, bedeutet aber, dass der Abweichungs- und Ausnahmenvorbehalt nach der Verordnung gegenständlich enger ist als derjenige in der Vorgängernorm des Art. 9 DSRL. Nach dieser Vorschrift konnte die behördliche Datenschutzaufsicht vollständig, auch im Hinblick auf die jetzt in das Kapitel VIII verschobenen Regelungen, in den mitgliedstaatlichen Privilegien ausgeschlossen werden. Angesichts des wie dargelegt deutlich erkennbaren Konzepts des Unionsgesetzgebers, den bisherigen Rechtszustand hinsichtlich der Bereichsausnahme nicht nur zu erhalten, sondern in der Reichweite der Privilegierung sogar zu erweitern, erscheint dieses Ergebnis indes derart ungereimt, dass sich die Frage stellt, ob schon Art. 85 Abs. 2 DS-GVO wirklich in diesem Sinne verstanden werden muss.

1. Problematik der textfixierten Auslegung des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO

Die auf die textliche Formulierung in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO fixierte Interpretation, die aus dieser Formulierung auf die zwingende Anwendbarkeit aller Bestimmungen des Kapitels VIII der Verordnung auch für die Tätigkeit der Medien schließt, namentlich von Art. 77 f. DS-GVO, führt, wie schon eingangs angedeutet, zu bedenklichen Folgeproblemen:

a) Gegenargument aus Art. 85 Abs. 2 i.V.m. Kapitel VI DS-GVO

So macht die isolierte Anwendung einzelner Vorschriften mit Bezug zur Datenschutzaufsicht im journalistischen Bereich ersichtlich keinen Sinn, wenn die Anwendbarkeit der institutionellen Vorschriften über die Datenschutzaufsicht (Kapitel VI DS-GVO, wie schon Kapitel VI DSRL) nach wie vor gem. der Auflistung in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO von den Mitgliedstaaten

ausgeschlossen werden darf. Eine Zuständigkeit der Datenschutzaufsicht ist ohne entsprechende Aufgabenzuweisungen und Handlungsbefugnisse nicht denkbar. Das gilt auch für die Befassungspflicht, die aus dem petitionsähnlichen Beschwerderecht gemäß Art. 77 DS-GVO folgt: Das Beschwerderecht nach Art. 77 DS-GVO ist notwendig mit einer Pflicht der Behörde verbunden, „den Gegenstand der Beschwerde nach pflichtgemäßem Ermessen in angemessenem Umfang zu untersuchen“; damit müssen ferner auch die in der Datenschutz-Grundverordnung vorgesehenen Maßnahmenbefugnisse verbunden sein.⁷³ Die dafür erforderlichen Kompetenzen sind jedoch in Kapitel VI vorgesehen (Art. 57 f. DS-GVO). Dieses Kapitel wird aber von der Privilegierungsreichweite der Öffnungsklausel erfasst, kann daher von den Mitgliedstaaten zum Schutz der Medienfreiheit ausgeschlossen werden und ist bisher durch die Gesetzgebung in Deutschland kategorisch für die Presse, in der Sache aber auch für die elektronischen Medien (§ 59 Abs. 1 Satz 3 RStV) ausgeschlossen worden. Bleibt es künftig bei diesem Ausschluss und haben die Datenschutzbehörden also unionsrechtlich zulässigerweise weiterhin keine Befugnisse im Bereich journalistischer Tätigkeit, können sie ihrer angeblichen Pflicht, Beschwerden gem. Art. 77 DS-GVO nachzugehen, gar nicht genügen. Nur so kann man aber die vorliegenden Entwürfe von Anpassungen der deutschen Medienprivilegien an das neue Datenschutzrecht verstehen, auch denjenigen der Rundfunkkommission v. 2. Juni 2017: Das Kapitel VI DS-GVO wird in keinem dieser Vorschläge als anwendbar benannt, d. h. es wird also seine Anwendbarkeit in Ausschöpfung des Vorbehalts des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO ausgeschlossen. Die Datenschutzbehörden sollen danach also (weiterhin) keine Befugnisse gegenüber den Redaktionen in Rundfunk, Presse und Telemedien erhalten. Dieser Befund wird künftig sogar noch eindeutiger sein als bisher unter der Geltung der Richtlinie, weil sich die Aufgaben und Befugnisse der mitgliedstaatlichen Datenschutzaufsichtsbehörden im Hinblick auf die Überwachung und Durchsetzung der Vorgaben der DS-GVO dann unmittelbar aus Art. 57 f. DS-GVO ergeben werden, nicht mehr aus mitgliedstaatlichen Kompetenznormen.⁷⁴ Bei den hier in Rede stehenden Bestimmungen des VIII. Kapitels geht es aber gerade um solche der DS-GVO, daher bei den in ihnen vorausgesetzten Aufgaben und Befugnissen der Datenschutzaufsichtsbehörden auch notwendig um solche des VI. Kapitels der DS-GVO, nicht etwa um ergänzende zusätzliche Befugnisse aus mitgliedstaatlichem Recht (etwa – für den Bundesbeauftragten: § 14 BDSG 2017). Die Anwendbarkeit der aufsichtsbezogenen Vorschriften des VIII. Kapitels lässt sich mithin nicht isoliert ohne die Anwendbarkeit der *Aufsichtsregeln* des

⁷³ Pötters/Werkmeister, in: Gola, DS-GVO, 2017, Art. 77 Rn. 6

⁷⁴ S. § 14 Abs. 1 BDSG 2017: „Die oder der Bundesbeauftragte hat *neben den in der Verordnung (EU) 2016/679 genannten Aufgaben* die Aufgaben, 1. die Anwendung *dieses Gesetzes und sonstiger Vorschriften* über den Datenschutz, einschließlich der zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 erlassenen Rechtsvorschriften, zu überwachen und durchzusetzen [...]“; Hervorh. M.C.

VI. Kapitels anordnen, eine Konsequenz, die der Entwurf der Rundfunkkommission v. 2. Juni 2017 indes nicht gezogen hat und die das Medienprivileg auch, unionsrechtlich keinesfalls geboten und rechtspolitisch kaum gewollt, offensichtlich hinter den bisherigen aquis zurückwerfen würde. Auch Erwägungsgrund Nr. 153 bezieht die von den Mitgliedstaaten zu erlassenden Abweichungen und Ausnahmen ausdrücklich auch auf die „unabhängigen Aufsichtsbehörden“. Damit erscheint nicht vereinbar, dass über den Hebel des – angeblich unmittelbar anwendbaren – Art. 77 DS-GVO doch eine unionsrechtlich zwingende, von den Mitgliedstaaten nicht abdingbare Aufsichtszuständigkeit der Datenschutzbehörden bestehen soll.

Die Anwendbarkeit einzelner Vorschriften über die Behördenaufsicht und nur deswegen, weil sie sich heute im von der Liste des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO nicht erfassten Rechtsschutz- und Sanktionskapitel der DS-GVO befinden, ist mithin systematisch unschlüssig und inhaltlich unplausibel. Dass die Freistellungsbefugnis der Mitgliedstaaten gerade auch die Regelungen der DS-GVO über die Aufsichtsbehörden und ihre Befugnisse einschließen muss, und zwar vollständig, wird dementsprechend in der Kommentarliteratur klar ausgesprochen: „Insb. kann die Aufsicht der Datenschutzbehörden ausgeschlossen werden. Der publizistische und künstlerische Bereich verträgt sich grundsätzlich nicht mit einer staatlichen Aufsicht, auch und erst recht, wenn diese ‚völlig unabhängig‘ (Art. 52 EU-DatSchGrVO) ist.“⁷⁵

b) Unplausibilität der scheinbar unabdingbaren Bindung gerade an Art. 77, 78, 83 DS-GVO
Die angebliche unbedingte Bindung der Mitgliedstaaten an die in das Rechtsschutz- und Sanktionskapitel VIII hineingekommenen Vorschriften mit Bezug zur Behördenaufsicht macht inhaltlich auch noch aus einem anderen Grund keinen Sinn: Die Rechtsbehelfe und Sanktionen (auch der Schadensersatz!) können sich schließlich nur auf die Verletzung materiell datenschutzrechtlicher Pflichten beziehen, die aber selbst gerade nicht zwingend vorgeschrieben sind. An die Regelungen des Kapitels VIII könnten die Mitgliedstaaten ohnehin nur insofern gebunden sein, als überhaupt noch materiell-rechtliche Maßstäbe des Datenschutzrechts mitgliedstaatlich für anwendbar erklärt werden. Der *datenschutzrechtliche* Rechtsschutz und Schadensersatz ist daher jedenfalls ausgeschlossen, soweit die Mitgliedstaaten die materiell datenschutzrechtlichen Maßstäbe unionsrechtlich zulässigerweise abbedungen haben. Kapitel VIII kann im Hinblick auf den tatbestandlichen Anwendungsbereich des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO mithin sowieso nur insoweit zum Tragen kommen, als die Mitgliedstaaten überhaupt noch Raum für die Anwendung der Anforderungen der Kapitel II ff. DS-GVO gelassen haben.

⁷⁵ Von Lewinski, in: Auernhammer, DS-GVO/BDSG, 5. Aufl. 2017, Art. 85 Rn. 16.

Wenn die Mitgliedstaaten aber nach Art. 85 Abs. 2 DS-GVO, sogar noch weiter gehend als schon nach Art. 9 DSRL, berechtigt sind, den gesamten materiellen Datenschutz in der Reichweite der Bereichsausnahme auszuschließen (auch Regelungen über die Datensicherheit, Art. 5 Abs. 1 Buchst. f DS-GVO, nicht mehr zwingend erforderlich!, s.o.), ist nicht nachzuvollziehen, weshalb ausgerechnet die darauf doch bezogenen Rechtsbehelfe der Art. 77 f. und die Bußgeldbewehrung jeder mitgliedstaatlichen Disposition entzogen sein sollen. Es liegt fern, dass der Unionsgesetzgeber nun ausgerechnet für die grundrechtlich und rechtskulturell besonders heikle Frage der behördlichen Aufsicht über die Medien einen Kurswechsel vorgenommen haben soll also und nur hier nun kraft Verordnungsrechts unmittelbare Zuständigkeitsbegründungen gelten sollen. Die in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO ausgeklammerten Regelungen des VIII. Kapitels können jedenfalls nicht wichtiger sein als der materielle Datenschutz der DS-GVO selbst.

Aus der Perspektive des Medien- und Kommunikationsrechts würde die Anerkennung einer unabdingbaren Pflicht zur Anwendung der Art. 77f. und Art. 83 DS-GVO hingegen einen einschneidenden Bruch mit den gefestigten Traditionen dieser Teilrechtsordnungen bedeuten. Besonders gilt dies für das moderne Presserecht, das eine Verwaltungsaufsicht über die Presse nicht kennt (mit ihrerseits stark eingeschränkten Ausnahmen hinsichtlich der staatsanwaltlichen Ermittlungen im Strafverfahren und polizeilicher Befugnisse außerhalb des Kernbereichs der Inhaltskontrolle von Presseerzeugnissen⁷⁶). Die Annahme, das Unionsrecht, welches in Rechtsetzung und EuGH-Rechtsprechung die unionsgrundrechtliche (!) Freistellungsbedürftigkeit publizistischer Berichterstattung und Meinungsäußerung vom Datenschutz stets und bis heute anerkannt hat, erstrecke nun selbst mit der DS-GVO erstmals zwingend die Zuständigkeit staatlicher Aufsichtsbehörden auf die Medien, ist kaum vorstellbar.

c) Vorbehalte gegen eine Behördenaufsicht der Medien im Gesetzgebungsverfahren

Gegen eine solche Vorstellung spricht auch wiederum die Entstehungsgeschichte: Wie oben schon bemerkt, ist die Nichtaufnahme des Kapitel VIII in die Liste der ausnahmefähigen Kapitel in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO als sowohl im Rat als auch im Parlament als Problem erfasst und daher insoweit Abhilfe in Änderungsvorschlägen formuliert worden. Während die Mitgliedstaaten Deutschland, Frankreich, Belgien, Irland, Schweden im Rat die Aufnahme des gesamten Kapitels VIII in die Liste forderten, beschränkten sich die beiden beteiligten Ausschüsse des Europäischen Parlaments (Ausschuss für Industrie, Forschung und Energie, Rechtsausschuss)

⁷⁶ BVerwGE 143, 74; *Cornils*, in: Löffler, Presserecht, 6. Aufl. 2015, LPG § 1 Rn. 29 ff.

in ihren Stellungnahmen spezifischer auf den Vorschlag, aus diesem Kapitel nur die Bestimmungen der Art. 73, 74, 76 und 79 der Entwurfsfassung (entspr. Art. 77, 78, 80 und 83 DS-GVO) aufzunehmen.

Gerade diese Beschränkung auf die genannten Bestimmungen, die sämtlich Aufsichtsbefugnisse der Datenschutzbehörden voraussetzen, ist bemerkenswert; gleiches gilt für die dokumentierte Stellungnahme der Ratspräsidentschaft zum Änderungsvorschlag der fünf Mitgliedstaaten im Rat im Hinblick auf die Aufnahme des VIII. Kapitels:

Erstens wird hier deutlich, dass im Gesetzgebungsverfahren in der Anwendbarkeit jedenfalls dieser Vorschriften des VIII. Kapitels über die Behördenaufsicht ein mit der ratio des Art. 85 DS-GVO unvereinbarer Rückschritt hinter den Stand des Art. 9 DSRL erkannt worden ist, zudem ein Rückschritt, der eine „ernsthafte Bedrohung der Pressefreiheit“ bedeuten würde:

„[...] If data protection law applies directly, the freedom of the press exception must also be directly applicable. An implementation by Member States should not lower down the current level of protection. Furthermore, the exemption should be extended to Articles 73, 74, 76 and 79 of Chapter VIII (on Remedies, Liabilities and Sanctions) because these Articles include new elements which go far beyond what is foreseen in the current directive and are not suitable for journalistic activities or pose a serious threat to press freedom.“⁷⁷

Es ist, wie schon angemerkt, wenig überzeugend anzunehmen, dass diese schwerwiegenden Bedenken im Parlament und von wichtigen Mitgliedstaaten gegen einen – zu Geist und Formulierung des Art. 85 DS-GVO im Übrigen überhaupt nicht passenden – Rückbau des unionsrechtlichen Medienprivilegs im Verhältnis zur Vorgängerregelung im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens einfach aufgegeben worden sind. Viel näher liegt die Vermutung, dass die Beteiligten im Gesetzgebungsverfahren davon ausgegangen sind, dass diesen Bedenken in der Endfassung des Art. 85 DS-GVO Rechnung getragen werde, die neu gefasste Bereichsausnahme also jedenfalls nicht hinter Art. 9 DSRL zurückfalle und insbesondere nicht die präzedenzlose zwingende Anordnung von Vorschriften über die Behördenaufsicht vorsehe. Dieser Erwartung lässt sich jedenfalls mit dem hier herausgearbeiteten und begründeten Verständnis des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO als eigenständiger Öffnungsklausel gerecht werden: Jedenfalls auf Art. 85 Abs. 1 DS-GVO lässt sich die schon bisher, unter der Freistellungsermächtigung der Richtlinie, unionsrechtlich zulässige Freistellung der Medien von der Behördenaufsicht auch

⁷⁷ Begründung zum Änderungsantrag 399 des Ausschusses für Industrie, Forschung und Energie, in: Bericht des Europäischen Parlaments über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Warenverkehr (allgemeine Datenschutzverordnung) v. 21.11.2013, A7-0402/2013, S. 455; diejenige des Rechtsausschusses (S. 710) ist gleichlautend.

künftig stützen (s. u. sub 2.): Das, was bisher unionsrechtlich zweifelsfrei und unangefochten möglich war, nämlich der Vorrang medienrechtlicher Konfliktentscheidungsmechanismen gegenüber dem institutionellen Datenschutz, ist auch weiterhin unionsrechtlich möglich.

Die angesprochenen entstehungsgeschichtlichen Hinweise deuten aber – *zweitens* – auch noch auf eine andere Möglichkeit, die den Rückgriff auf die ergänzende Basis-Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO sogar entbehrlich macht: Danach liegt schon eine einschränkende Auslegung des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO nahe, die zwar nicht das gesamte VIII. Kapitel, wohl aber die in den Beratungen des Parlaments ausdrücklich angesprochenen Vorschriften mit Bezug zur Behördenaufsicht als ausschussfähig anerkennt. In diesem Sinne lässt sich vor allem auch die Stellungnahme der Ratspräsidentschaft zum Begehren der fünf Mitgliedstaaten, das VIII. Kapitel doch in die Liste der ausnahmefähigen Kapitel aufzunehmen, verstehen:

„BE, DE, FR, IE and SE had requested to include also a reference to Chapter VIII. This was opposed to by COM. The Presidency points out that in case the freedom of expression prevails over the right to data protection, there will obviously no infringement to sanction. Where an infringement is found to have place, the interference with the freedom of expression will have to taken into account as an element in the determination of the sanction. This application of the proportionality principle should be reflected in Chapter VIII.“⁷⁸

Daraus wird zunächst erkennbar, dass sich die Kommission dem Ansinnen, das VIII. Kapitel aufzunehmen, widersetzt hat. Dieser Widerstand verwundert indes nicht: Der Kommission ging es offensichtlich darum, mit der Neufassung der Öffnungsklausel keine Einbußen gegenüber dem Stand der Anwendbarkeit des unionsrechtlichen Datenschutzrechts hinzunehmen, wie er schon in Art. 9 DSRL erreicht war. Dies wäre aber bei einer Aufnahme des VIII. Kapitels in die Enumeration der Fall gewesen, da das entsprechende Kapitel III der DSRL über die Rechtsbehelfe, Haftung und Sanktionen in Art. 9 DSRL gerade nicht aufgeführt ist. Man kann das Insistieren der Kommission auf der Nichtberücksichtigung des Kapitel VIII also ohne weiteres so nachvollziehen, dass damit der status quo der Freistellungsermächtigung – auch in ihren Grenzen – bewahrt werden sollte. Dies betrifft aber nur diejenigen Vorschriften des Kapitel VIII, die schon im alten Rechtsbehelfskapitel III der DSRL enthalten sind, also die Bestimmung über die Gewährleistung gerichtlichen Rechtsschutzes (nach geltender deutscher Rechtslage in der Zivilgerichtsbarkeit, Art. 22 DSRL, nunmehr Art. 79 DS-GVO), die Schadensersatzhaftung (Art. 23 DSRL, Art. 82 DS-GVO) und die Forderung geeigneter Sanktionen, die sich vor allem

⁷⁸ Council of the European Union, Dok. v. 11.6.2015, Nr. 9788/15, S. 255 Fn. 627.

auf eine hinreichende Pönalisierung, aber auch z.B. die Bereitstellung eines im unionalen Datenschutzrecht nicht vorgesehenen Unterlassungsanspruchs im mitgliedstaatlichen Recht (in Deutschland: § 1004 analog iVm § 823 Abs. 2 BGB iVm den datenschutzrechtlichen Verbotsnormen) bezieht (Art. 23 DSRL, Art. 84 DS-GVO).⁷⁹

Dass es der Kommission hingegen darum gegangen wäre, auch den weiteren, nun in das Kapitel VIII verlagerten Vorschriften mit Bezug zur Datenschutzaufsicht zwingende Anwendbarkeit (ohne Dispensmöglichkeit) zu verschaffen, und dass sie damit Akzeptanz bei den Mitgliedstaaten im Rat und im Parlament gefunden hätte, ist angesichts der gerade dagegen geäußerten Widerstände fernliegend. Darauf deutet auch die oben zitierte Stellungnahme der Ratspräsidentschaft hin. Dort ist – in beschwichtigender Absicht – überhaupt nur von den „Sanktionen“ die Rede, bei deren Verhängung die Bedeutung der Kommunikationsfreiheit und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu berücksichtigen seien. Dies lässt sich ohne weiteres auf die auch bisher schon von der Freistellungsmöglichkeit gem. Art. 9 DSRL ausgeschlossenen Regelungen über die Schadensersatzpflicht (nun Art. 82 DS-GVO) und die ergänzenden mitgliedstaatlichen Sanktionen (Art. 84 DS-GVO) beziehen. Von den Befugnissen der Datenschutzaufsicht voraussetzenden Bestimmungen (Art. 77, 78, 83 DS-GVO) ist hingegen in der Stellungnahme mit keinem Wort die Rede. Das bestätigt, dass es auch der Kommission bei der Beibehaltung der Nichterwähnung des VIII. Kapitel um die schon bisher nach Art. 9 DS RL nicht ausschließbaren Vorschriften des bisherigen Kapitel III DSRL ging, nicht aber um die neuen Regelungen mit Bezug zur Behördenaufsicht.

d) Rechtliche Möglichkeit einer Art. 77, 78 und 83 DS-GVO erfassenden Auslegung des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO

Allerdings muss die hier begründete Lesart einer auf den alten Kern der schon im Kapitel III DS RL enthaltenen Vorschriften beschränkten Bedeutung der Nichterwähnung des Kapitel VIII in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO selbstverständlich mit dem Einwand rechnen, diese Einschränkung finde im Text der Bestimmung nun einmal keinen Ausdruck und es bleibe daher rechtlich gar keine andere Möglichkeit als diejenige, die nun neu in Kapitel VIII aufgenommenen Vorschriften mit Bezug zur Behördenaufsicht gleichermaßen so zu behandeln, dass sie von der Dispensbefugnis der Mitgliedstaaten nicht erfasst werden. Dieser Einwand greift aber nicht durch, und

⁷⁹ S. auch die bündige Zusammenfassung bei *Pauly*, in: Paal/Pauly, Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Art. 85 Rn: 8: „Die Rechtsbehelfsgarantien und Haftungsregelungen sowie die Sanktionsvorschriften stehen daher wie schon bei Art. 9 DSRL [...] nicht zur Disposition.“ Dass sich gleichsam „unter der Hand“ nun in Kapitel VIII weitere Regelungen in den scheinbar nicht abdingbaren Bestand „eingeschlichen“ haben, gerät hier (wie auch in den anderen Kommentierungen) gar nicht in den Blick.

zwar aus einem einfachen Grund und sogar ohne, dass auf anspruchsvollere methodologische Figuren einer korrigierenden Auslegung u. ä. zurückgegriffen werden müsste:

Es wäre nämlich kurzschlüssig anzunehmen, dass alle in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO nicht erwähnten Kapitel oder Vorschriften von Unionsrechts wegen immer zwingend durch die mitgliedstaatlichen Instanzen (Gesetzgeber, Gerichte, Aufsichtsbehörden) anzuwenden wären. Das Enumerationsprinzip in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO führt keineswegs zu dieser Konsequenz. Vorschriften der DS-GVO können unanwendbar sein, auch wenn ihre Anwendbarkeit nicht durch Freistellungsentscheidung der Mitgliedstaaten konstitutiv ausgeschlossen ist. Die Anwendungsfrage stellt sich überhaupt nur, wenn die in Rede stehende Norm der DS-GVO ihrem Inhalt nach insoweit (mit Richtung auf die Mitgliedstaaten) anwendungsfähig ist und Anwendung beansprucht. Dies ist nicht bei allen Normen der in dem Abweichungs- und Ausnahmenvorbehalt des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO nicht bezeichneten Kapitel der Fall. Einige dieser Kapitel bzw. Normen haben überhaupt keinen Regelungsgehalt *gegenüber* den Mitgliedstaaten oder gar *in* den Mitgliedstaaten (der also unmittelbare Anwendbarkeit voraussetzen würde).

Dies gilt vollständig für die Kapitel X und XI: Diese enthalten keine entweder in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen unmittelbar anwendbaren oder an die Mitgliedstaaten adressierten Regelungen, richten sich vielmehr nur an die Kommission bzw. das Europäische Parlament bzw. treffen Aussagen zum Verhältnis von Richtlinien und internationalen Abkommen.⁸⁰ Insofern ist eine Freistellung durch die Mitgliedstaaten rechtlich unmöglich, weil diese Vorschriften gar nicht ausgenommen werden können und bedarf es daher auch keiner Freistellungsermächtigung in der Bereichsausnahme. Es ist daher folgerichtig, dass Art. 85 Abs. 2 DS-GVO diese Kapitel nicht auflistet, weil mit einer Nennung eine rechtlich gar nicht bestehende, ins Leere laufende Schein-Kompetenz der Mitgliedstaaten suggeriert würde.

Bei Kapitel I liegen die Dinge etwas anders: So beanspruchen die in Kapitel I statuierten zentralen Aussagen über den sachlichen und räumlichen Anwendungsbereich (Art. 2 f. DS-GVO) und die Begriffsbestimmungen (Art. 4 DS-GVO) an sich sicherlich Beachtung durch mitgliedstaatliche Instanzen. Namentlich der Schlüsselbegriff der Datenverarbeitung (Art. 2 Abs. 1 DS-GVO) ist ja Basis-Voraussetzung der Anwendung aller datenschutzrechtlichen Maßstäbe der Verordnung. Allerdings sind die Öffnungsklauseln des Art. 85 DS-GVO selbst gerade auch und zwar speziellere Vorschriften über den Anwendungsbereich der Verordnung in der Reichweite der Bereichsausnahme:⁸¹ Sie überantworten die Frage, ob und in welchem Umfang Regelungen

⁸⁰ So die zutreffende Begründung im vorliegenden Referentenentwurf zu einer Änderung von § 10 HPresseG, S. 5.

⁸¹ Pötters, in: Gola, DS-GVO, 2017, Art. 85 Rn. 15.

der Verordnung Anwendung finden sollen, (unter der Voraussetzung der Erforderlichkeit) gerade den Mitgliedstaaten. Aus diesem binnensystematischen Grund muss die verordnungsrechtliche Selbst-Definition des Anwendungsbereichs in Kapitel I gegenüber der Ermächtigung zur heteronomen Definition des verbleibenden Anwendungsbereichs der Verordnung durch die Mitgliedstaaten zurücktreten. Die Verordnung kann nicht mit Wirkung für die Bereichsausnahme des Art. 85 S-GVO in Art. 2 ff. DS-VO regeln, in welchen Situationen der unionale Datenschutz eingreift, und die Kompetenz zur Beantwortung dieser Frage zugleich den Mitgliedstaaten überlassen. Der Bereichsausnahme ist mithin die Verdrängungswirkung gegenüber Art. 2 ff. DS-GVO immanent – auch insoweit bedarf es nicht erst einer Freistellung durch die Mitgliedstaaten.

Etwas komplexer, aber im Kern vergleichbar verhält es sich mit den Vorschriften des Kapitels VIII. Hier fehlt es den Vorschriften zwar nicht an ihrer Anwendungsfähigkeit – in der Weise unmittelbarer Anwendbarkeit in den Mitgliedstaaten (z. B.: Anspruch aus Art. 82 S-GVO) oder eines an die Mitgliedstaaten adressierten (richtlinienartigen) Durchführungsauftrags (Art. 84 DS-GVO). Jedoch ist diese Anwendungsfähigkeit nur eine bedingte, d. h. abhängig von der Anwendbarkeit anderer Regelungen der DS-GVO, über die indes gem. Art. 85 Abs. 2 DS-VO die Mitgliedstaaten zu entscheiden haben. Mittelbar hängt daher auch die Anwendbarkeit dieser Regelungen des Kapitel VIII von der mitgliedstaatlichen Disposition gem. Art. 85 Abs. 2 DS-GVO ab, auch wenn dieses Kapitel nicht selbst in der Liste der abdingbaren Kapitel aufgeführt ist. So stehen tatsächlich alle Anforderungen des VIII. Kapitels in einem strukturell vergleichbaren Abhängigkeitsverhältnis und sind in diesem Sinne akzessorisch: Sie beanspruchen sämtlich Beachtung durch die Mitgliedstaaten (dann in der Tat ohne Ausschlussmöglichkeit) unter der Voraussetzung, dass die Mitgliedstaaten in ihrem Recht diejenigen datenschutzrechtlichen Regelungen für anwendbar erklären bzw. einführen, auf die sie notwendig bezogen und von denen sie abhängig sind.

Bei den bisher schon nach Art. 9 DSRL nicht abdingbaren Vorschriften über den Gerichtsschutz und Schadensersatz sind diese bedingenden Normen diejenigen des materiellen Datenschutzrechts: Gerichtliche Rechtsbehelfe (Art. 79 DS-GVO) und Schadensersatz (Art. 82 DS-GVO), ebenso auch eine Strafbarkeit oder ein Unterlassungsanspruch (Art. 84 DS-GVO) wegen Verletzung datenschutzrechtlicher Pflichten müssen die Mitgliedstaaten selbstverständ-

lich nur und insoweit vorsehen, als sie solche datenschutzrechtlichen Pflichten überhaupt zugelassen oder errichtet haben.⁸² Haben sie sie (gemäß Art. 85 Abs. 2 DS-GVO zulässigerweise) gänzlich ausgeschlossen, besteht auch keine Verpflichtung zur Errichtung darauf bezogener Rechtsschutzmöglichkeiten und Sanktionen.

Für die hier in Rede stehenden Vorschriften des VIII. Kapitels mit Bezug zu den staatlichen Aufsichtsbehörden (Art. 77, 78, 81, 83 DS-GVO) besteht eine inhaltlich andersartige Abhängigkeit im Verhältnis zum VI. Kapitel: Eine Anwendung dieser Regelungen durch die Mitgliedstaaten muss mangels Anwendungsfähigkeit ausscheiden, wenn diese Mitgliedstaaten von ihrer durch Art. 85 Abs. 2 DS-GVO eingeräumten Befugnis Gebrauch gemacht haben, von den Regelungen des Kapitel VI DS-GVO über die Aufsichtsbehörden zu dispensieren. Der oben diagnostizierte irritierende Widerspruch, der in der Ausschließbarkeit des Kapitel VI über die unabhängigen Aufsichtsbehörden bei scheinbarer Nichtausschließbarkeit der jene Aufgaben und Befugnisse der Behörden doch voraussetzenden Regelungen der Art. 77 f. und 83 in Kapitel VIII DS-GVO liegt, löst sich so tatsächlich auf: Wenn und soweit die Mitgliedstaaten zulässigerweise gemäß Art. 85 Abs. 2 DS-GVO für den Bereich der privilegierten Datenverarbeitungen die Vorgaben des VI. Kapitels über die Aufsichtsbehörden ausgeschlossen haben, erstreckt sich dieser Ausschluss notwendigerweise auch auf die davon abhängigen Vorschriften des VIII. Kapitels – ohne dass dies noch einer ausdrücklichen Ermächtigung in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO bedurft hätte. Denn Art. 77, 78 und 83 DS-GVO sind ohne die in diesen Regelungen vorausgesetzten Aufgabenzuweisungen und Befugnisse gem. dem VI. Kapitel nicht vollzugsfähig. Ist die Zuständigkeit der Datenschutzaufsicht generell für die Reichweite der Bereichsausnahme abbedungen, kann sie nicht dem zuwiderlaufend über die Ansprüche aus Art. 77 f. und die Bußgeldnorm des Art. 83 DS-GVO als zwingende Zuständigkeit gleichwohl behauptet werden. Jede andere Sicht der Dinge unterliefe demgegenüber die in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO ausdrücklich angeordnete Freistellungsermächtigung hinsichtlich des VI. Kapitels.

Es ergibt sich also ein gegenüber dem ersten, nur aus der textlichen Kapitelaufzählung sich ergebenden Anschein umgekehrtes Ergebnis: Gerade die Annahme einer unabdingbar zwingenden Anwendbarkeit der Art. 77 f., 83 DS-GVO erwiese sich als mit Art. 85 Abs. 2 DS-GVO inkompatibel. Nur die hier begründete Lösung einer *akzessorischen Einbeziehung* dieser vom *VI. Kapitel abhängigen Vorschriften* der Art. 77, 78, 81 und 83 DS-GVO in die Reichweite der

⁸² Art. 82 Abs. 1 DS-GVO: „Jede Person, der wegen eines Verstoßes gegen diese Verordnung ein materieller oder immaterieller Schaden entstanden ist, hat Anspruch auf Schadensersatz“ (Hervorh. nur hier); Pauly, in: Paal/Pauly, Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Art. 85 Rn. 8

Freistellungsermächtigung entspricht hingegen dem Sinn und Regelungsgehalt der Öffnungsklausel. Die behördenbezogenen Ansprüche der Art. 77 f. DS-GVO und die Behördenbefugnis in Art. 83 DS-GVO nehmen rechtlich notwendig an der Entscheidung der Mitgliedstaaten über die Zuständigkeit (oder Nichtzuständigkeit) der Datenschutzaufsichtsbehörden in der Reichweite der Bereichsausnahme teil: Die Ausschlussbefugnis im Hinblick auf das VI. Kapitel schließt die genannten Vorschriften des VIII. Kapitels notwendig ein und hat also insoweit überwirkende Bedeutung auch für das Kapitel VIII der DS-GVO.

Diese einfache Erklärung räumt mithin schon im Rahmen des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO das offenkundige und im Gesetzgebungsverfahren erkannte Problem einer neuartigen, inhaltlich ganz unangemessenen und ziemlich sicher auch von den Beteiligten im Gesetzgebungsverfahren nicht beabsichtigten unionsrechtlichen Verpflichtung der Mitgliedstaaten auf datenschutzbehördliche Zuständigkeiten im Bereich des Medienprivilegs aus. Zugleich wird auch plausibel, weshalb das Kapitel VIII nicht insgesamt in die Liste der ausnahmefähigen Kapitel aufgenommen worden ist:

Es entsprach diese Nichtberücksichtigung zunächst dem status quo und dem insoweit erkennbaren Willen des Gesetzgebers – nicht nur der Kommission, sondern am Ende auch der anderen Beteiligten –, die schon bisher obligatorische Vorgabe eines von den Mitgliedstaaten vorzusehenden gerichtlichen Rechtsschutzes (nun: Art. 79 DS-GVO) sowie einer Schadensersatzhaftung (Art. 82 DS-GVO), gegebenenfalls auch weiterer sachgerechter Sanktionen (Art. 84 DS-GVO) bei Verstößen gegen (ihrerseits nicht abbedungene!) materiell-datenschutzrechtliche Verpflichtungen (in Deutschland: Datengeheimnis, Datensicherheit) aufrechtzuerhalten.

Aber es macht auch darüber hinaus sogar die Nichterwähnung der Art. 77, 78 und 83 DS-GVO Sinn und handelt sich dabei keineswegs um einen zu korrigierenden Fehler: Die (obligatorische) Anwendbarkeit dieser Vorschriften kommt zum Zuge, *wenn* sich die Mitgliedstaaten im Zuge ihrer Erforderlichkeitsprüfung nach Art. 85 Abs. 2 DS-GVO für die Anwendung des Kapitel VI, das heißt aber für die Einführung einer datenschutzbehördlichen Aufsicht auch über die Medien und die anderen privilegierten Datenverarbeitungen entschieden haben. Aus deutscher Sicht ist diese Option rechtskulturell und freiheitsrechtlich zwar kaum vorstellbar; schlechthin ausgeschlossen, also unionsrechtlich für alle Mitgliedstaaten verboten muss sie aber nicht sein: Sind die Datenschutzaufsichtsbehörden nach mitgliedstaatlichen Recht aber zuständig für die Kontrolle der Einhaltung der auch auf die Medientätigkeit anwendbaren materiell-datenschutzrechtlichen Anforderungen (und nur dieser!), ist es folgerichtig, insoweit auch die Ansprüche aus Art. 77 und 78 DS-GVO gewähren zu müssen.

Das bedeutet aber umgekehrt eben auch: Schließen die Mitgliedstaaten, wie in den deutschen Medienprivilegien (absolut für die Presse, relativ, über den Vorrang der Selbstregulierung, auch für die Telemedien), die Zuständigkeit der Datenschutzaufsichtsbehörden aus, erstreckt sich dieser Ausschluss notwendig auch auf die akzessorischen Regelungen des VIII. Kapitels. Art. 85 Abs. 2 DS-GVO ermächtigt daher mit der Befugnis zum Ausschluss des VI. Kapitels auch, ohne dies noch explizit formulieren zu müssen, zu einem Ausschluss der Art. 77, 78, 81 und 83 DS-GVO.

2. Art. 85 Abs. 1 als generelle Öffnungsklausel: Erweiterung der Freistellungsbefugnis in Tatbestand und Rechtsfolgen

Ergibt sich die Befugnis der Mitgliedstaaten, in ihren Regelungen über das (ggf. erweiterte) Medienprivileg auch von den in Art. 77, 78 und 83 DS-GVO statuierten Anforderungen freizustellen, nach alledem schon aus der Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO, kommt es insoweit auf die Basisnorm des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO nicht mehr an.

Eine engere, starr der Kapitelaufzählung in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO verhaftete Lesart müsste indes dann aus Art. 85 Abs. 1 DS-GVO zu dem gleichen Ergebnis kommen. Dies ergibt sich aus der oben herausgearbeiteten rechtlichen Bedeutung des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO als ergänzende allgemeine Öffnungsklausel, die auch im tatbestandlichen Anwendungsbereich des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO, also bei den in Abs. 1 beispielhaft genannten vier qualifizierten Verarbeitungszwecken, nicht durch die spezifischere Öffnungsklausel des Abs. 2 verdrängt wird.

a) Tatbestandliche Erweiterung

Dass Art. 85 Abs. 1 DS-GVO im Tatbestand über Abs. 2 hinausgeht und also, entsprechend schon dem Vorschlag des Europäischen Parlaments, einen eigenständigen und weitergehenden Regelungsauftrag an die Mitgliedstaaten formuliert,⁸³ der Freistellungen auch über die vier qualifizierten Verarbeitungszwecke hinaus ermöglicht – und bei grundrechtlicher Erforderlichkeit – vorsieht, ist nach den oben dargelegten Erläuterungen eindeutig und bedarf hier keiner weiteren Ausführungen.

b) Rechtsfolgenerweiterung: Freistellung von nicht schon durch Art. 85 Abs. 2 erfassten Regelungen des Datenschutzes

Die über Art. 85 Abs. 2 DS-GVO hinausgehende Ergänzungsfunktion der generellen Öffnungsklausel in Art. 85 Abs. 1 DS-GVO muss sich aber, wie ebenfalls schon oben begründet, auch

⁸³ *Albrecht/Joitzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, 2017, S. 134: „Aufgrund des eindeutigen Wortlauts von Art. 85 Abs. 1 DS GVO besteht eine entsprechende Regelungspflicht der Mitgliedstaaten.“; *Feiler/Forgó*, EU-DS-GVO, 2016, Art. 85 Rn. 2: „Dass die Regelungsbefugnis der Mitgliedstaaten über Abs. 2 hinausgeht, wird auch durch Erwägungsgrund 153 Abs. 1 bestätigt, ...“

auf die Rechtsfolgen beziehen, mithin auf die Reichweite der Freistellungsbefugnis (und ggf. -pflicht). Eben darum geht es bei den mitgliedstaatlichen Medienprivilegien, also für Deutschland denjenigen in den deutschen Landes-Pressegesetzen sowie in den Entwürfen zu § 9c und § 57 RStV. Diese betreffen den in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO erfassten klassischen Kernbereich der Bereichsausnahme, also die öffentliche Aufgabe von Presse, Rundfunk und Telemedien. Wird nicht schon Art. 85 Abs. 2 DS-GVO aus den vorstehend dargelegten Gründen so verstanden, dass die *danach* mögliche Freistellung auch die Art. 77 f. und 83 DS-GVO erfasst, kommt insoweit jedenfalls die ergänzende und weitergehende Freistellungsbefugnis aus Art. 85 Abs. 1 DS-GVO zum Tragen.

Diese ergibt sich schon aus der textlichen Formulierung, die auch in der Rechtsfolge offen („[...] bringen durch Rechtsvorschriften das Recht [...] in Einklang“) und nicht, wie Art. 85 Abs. 2 DS-GVO, auf definierte Kapitel festgelegt ist, sowie – damit zusammenhängend – aus der systematischen Entscheidung des Gesetzgebers für eine eigene zusätzliche Öffnungsklausel: Hätte der Gesetzgeber die Freistellungsbefugnis der Mitgliedstaaten jedenfalls nur auf die in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO aufgelisteten Kapitel beschränken wollen, wäre die Einfügung der zusätzlichen Öffnungsklausel des Abs. 1 unverständlich. Es hätte dann nahegelegen, auf eine allgemeine Klausel in Abs. 1 zu verzichten und stattdessen einfach den Vorschlag des Europäischen Parlaments zu übernehmen, der die tatbestandliche Erweiterung auf alle (nicht mehr nur einige ausdrücklich benannte) Verarbeitungszwecke („whenever it ist necessary“) mit dem aus Art. 9 DSRL und dem Kommissionsvorschlag überkommenen Enumerationsprinzip (Auflistung bestimmter Kapitel) verbunden hatte.

Auch dass der offene Regelungs- und Derogationsauftrag des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO nicht im Sinne eines verdrängenden Vorrangs des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO (als *lex specialis*) nur auf die Fälle von Verarbeitungen außerhalb der vier besonders qualifizierten Verarbeitungszwecke beschränkt sein kann, ist oben dargelegt worden: Eine solche Spezialitätsannahme würde zu dem widersinnigen Ergebnis führen, dass die besonders schutzwürdigen Verarbeitungen zu publizistischen Kommunikationszwecken engeren unionsrechtlichen Bindungen unterlägen als die nun mit in Art. 85 Abs. 1 DS-GVO in die Bereichsausnahme einbezogenen weiteren Kommunikationen (nicht journalistischer usw. Art).

Auch für die sachliche Notwendigkeit der Freistellungsbefugnis für Art. 77, 78 und 83 DS-GVO kann auf die Darlegungen zur Entstehungsgeschichte und oben zu Art. 85 Abs. 2 DS-GVO verwiesen werden. Es ist unabweisbar, dass die Mitgliedstaaten im Rat mit der Einführung der allgemeinen Öffnungsklausel ihren Gestaltungsspielraum zumindest auf dem Niveau

der bisherigen Bereichsausnahme des Art. 9 DSRL sichern wollten; die dokumentierte Begründung zur Umstellung auf die allgemeine Klausel im Vorschlag der Ratspräsidentschaft deutet, wie oben dargelegt, sogar weitergehend auf das Ziel einer relativen Stärkung des Schutzes der Kommunikationsfreiheit in der Bereichsausnahme hin. Dieser Befund zumindest der Erhaltung des status quo der Bereichsausnahme entspricht, soweit erkennbar, auch der Einschätzung in der Literatur, und zwar selbst bei denjenigen, die auf die Nichtausschließbarkeit des VIII. Kapitels hinweisen.⁸⁴ Auch der Bundesgesetzgeber des neuen BDSG 2017 hat, dokumentiert in der Begründung des Gesetzentwurfs, keinen Änderungsbedarf hinsichtlich der nun allein von den Ländern auszuförmulierenden Bereichsausnahmen für die Medien gesehen und ist also offenkundig von einer diese Kontinuität tragenden Legitimationswirkung des Art. 85 DS-GVO ausgegangen.⁸⁵

Soweit von einigen Autoren nun auch unter der (künftigen) Geltung des Art. 85 DS-GVO Kritik an dem angeblich zu weitgehenden, pauschalen Ausschluss des Datenschutzrechts durch die deutschen Medienprivilegien geübt und eine differenziertere Regelung angemahnt wird,⁸⁶ stützt diese Kritik sich keineswegs auf Änderungen in der neuen Vorschrift,⁸⁷ erneuert vielmehr nur den alten, bekannten, aber unzutreffenden Vorwurf, der von Teilen der datenschutzrechtlichen Literatur schon immer gegen die Fassung der deutschen Medienprivilegien erhoben worden ist.

⁸⁴ Pötters, in: Gola, DS-GO, 2017, Art. 85 Rn. 22: „Die genannten nationalen Regelungen können auf Grundlage von Art. 85 DS-GVO grundsätzlich beibehalten werden; eine Erweiterung oder Anpassung ist nicht zwingend, aber möglich.“; bezogen auf den Datenschutz; *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057 (1060); *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500 (508): die in § 41 BDSG i.V. m. § 57 RStV bestehende, sehr abstrakt gehaltene deutsche Regelung [...] Wird den aufgezeigten Vorgaben bislang schon zu großen Teilen gerecht, weswegen aus Perspektive des deutschen Gesetzgebers hier nur ein geringer Handlungsbedarf besteht. Insbesondere aus Klarheitserwägungen bedürfte es einer Überführung in der neuen Regelungskontext. Dabei gilt es die verfassungsrechtliche Kompetenzordnung zu beachten. [...].“; *Hoidn*, in Roßnagel (Hrsg.), Europäische Datenschutz-Grundverordnung, 2017, § 4 Rn. 181 (S. 269): „Auch die Verordnung ermöglicht es den Mitgliedstaaten, weitgehende Ausnahmen für Medien von ihren Regelungsvorzusehen oder beizubehalten. Insoweit kann es bei den deutschen Regelungen inhaltlich bleiben.“. Mit besonderem Bezug zur Datenschutzaufsicht: v. *Lewinski*, in: Auernhammer, DS-GVO, BDSG, 5. Aufl. 2017, Art. 85 Rn. 16: „Insbesondere kann die Aufsicht der Datenschutzbehörden ausgeschlossen werden.“;

⁸⁵ Begründung zum Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 (Datenschutz-Anpassungs- und -Umsetzungsgesetz EU – DSAnpUG-EU), BT-Drs. 18/11325, S. 79: „Der Bundesgesetzgeber geht aber davon aus, dass die insofern zuständigen Landesgesetzgeber das Presseprivileg wie bisher absichern werden.“

⁸⁶ *Buchner/Tinnefeld*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, 2017, Art. 85 Rn. 2, 31; *Specht*, in: Sydow, DS-GVO, 2017, Artikel 85 Rn. 19.

⁸⁷ S. insofern allerdings *Buchner/Tinnefeld*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, 2017, Art. 85 Rn. 2, mit der unverständlichen Behauptung, Art. 85 Abs. 2 bringe die unionsrechtlichen Vorgaben „nochmals deutlicher, weil ausdifferenzierter zum Ausdruck“ als die Richtlinie und zwingt daher [umso mehr?] zu einer differenzierteren Regelung als bisher in § 41 Abs. 1 BDSG a. F. normiert. Wie oben gezeigt, entspricht die Auflistung der ausnahmefähigen Regelungsbereiche in der Sache derjenigen in Art. 9 DSRL; bei den Kapiteln ergibt sich mithin keineswegs eine Verschärfung gegenüber der Richtlinie; im Übrigen erscheint das neu gefasste Medienprivileg aus den oben dargelegten Gründen eher großzügiger als dasjenige in der Richtlinie.

Dieser Vorwurf bezieht sich auch gar nicht auf die unionsrechtliche Reichweite der Freistellungsermächtigung (also der potentiell ausnahmefähigen Normen), sondern allein auf die Handhabung der Erforderlichkeits-Voraussetzung durch die deutschen Gesetzgeber. Diese nun „bei Gelegenheit“ der Reform des europäischen Datenschutzrechts erneuerte Grundsatzkritik hat daher für die hier erörterte Frage der Reichweite der unionsrechtlichen Freistellungsermächtigung in Art. 85 DS-GVO (im Vergleich mit derjenigen in Art. 9 DSRL) keine Bedeutung.

Art. 85 DS-GVO muss daher in einer Gesamtheit jedenfalls so verstanden werden, dass er in der Reichweite seiner Freistellungsermächtigung nicht noch hinter Art. 9 DSRL zurückbleibt. Insofern Art. 85 Abs. 1 DS-GVO die normative Funktion hat, den grundrechtlich gebotenen Schutz der Kommunikationsfreiheit gegen den Geltungsanspruch des Datenschutzrechts abzusichern auch für die Fälle, in denen er nicht schon durch die Öffnungsklausel Art. 85 Abs. 2 DS-GVO gewährleistet ist, muss er mithin gerade auch Freistellungen ermöglichen, die nach Art. 85 Abs. 2 DS-GVO wegen des dort verankerten Enumerationsprinzips – wie gezeigt nur scheinbar – versperrt sind, die aber grundrechtlich geboten sind und daher schon bisher gemäß Art. 9 DSRL anerkannt waren.

Dies gilt insbesondere für das Recht der Mitgliedstaaten, die Medien vom institutionellen Datenschutz durch die staatlichen Aufsichtsbehörden freizustellen und sie stattdessen allein gerichtlicher Kontrolle (bzw. allenfalls spezifischen medienaufsichtlichen Instanzen) zu unterwerfen, und zwar auch insoweit, als materielles Datenschutzrecht (in Deutschland: Anforderungen des Datengeheimnisses und der Datensicherheit) noch Anwendung auch auf die Datenverarbeitung durch Medien finden. Wird dieses Recht nicht schon, vorzugswürdig, durch sachgerechte Interpretation des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO anerkannt, muss daher insofern auf Art. 85 Abs. 1 DS-GVO zurückgegriffen werden. Jedenfalls diese allgemeine Öffnungsklausel gewährt den Mitgliedstaaten weiterhin die bisher nie in Frage gestellte Befugnis zur vollständigen Abschirmung der Medien vor dem Zugriff datenschutzbehördlicher Kontrolle.

Gerade diese institutionelle Facette des Medienprivilegs sollte auch in der Sache außer Streit stehen: Die Entscheidung, ob die Medien einer Behördenaufsicht unterstellt werden sollen oder die Durchsetzung materieller Bindungen (der allgemeinen Gesetze und eben ggf. auch des „Rest“-Datenschutzrechts) den Gerichten überlassen bleiben soll, ist eine selbstständig bedeutende, strukturprägende Entscheidung des (heute allein noch Landes-) Medienrechts, die der mitgliedstaatlichen Abwägung nach dem Sinn der unionalen Ermächtigung in Art. 85 Abs. 1 DS-GVO überlassen bleiben muss. Im Presserecht wird dies besonders deutlich, deutlicher

noch als im deutschen Rundfunkrecht, das immerhin medienaufsichtliche Befugnisse, allerdings ganz überwiegend von staatsfern ausgestalteten besonderen Einrichtungen kennt. Gerade bei der Presse stand vor allem immer die Abwehr behördlicher Überwachungsrechte (Zensur, später noch Konzessionswesen) im Zentrum des historischen Kampfes um ihre Freiheit. Aber auch bei den Telemedien von Rundfunk und Presse müsste der Verlust der Möglichkeit, die Einhaltung datenschutzrechtlicher Verpflichtungen wie bisher allein der Selbstregulierung des Presserates zu überantworten, als gravierender Einschnitt begriffen werden. Insofern geht es auch bei der überhaupt nur in Rede stehenden akzessorischen Bewehrung anerkannter materiell-datenschutzrechtlicher Bindungen durch eine unionsrechtlich als zwingend verstandene Zuständigkeit der Datenschutzaufsicht keineswegs um eine Folge minderer Bedeutung, hinsichtlich derer ein mitgliedstaatliches Abwägungs- und Bestimmungsrecht im Sinne von Art. 85 DS-GVO verzichtbar wäre. Gerade hier, in der mitgliedstaatlichen Befugnis zur Abkoppelung der (im Zuge der Erforderlichkeitsprüfung noch anerkannten) materiellen Maßstäbe des Datenschutzrechts von der Behördenaufsicht beweist sich die Wirkmacht des Medienprivilegs, dessen Ausgestaltung der Unionsgesetzgeber in Art. 85 Abs. 1 und 2 DS-GVO weiterhin in die Hände der Mitgliedstaaten gelegt hat.

V. Folgerungen für die Reform der Medienprivilegien in Deutschland

Die Folgerungen aus dem erarbeiteten unionsrechtlichen Befund für die anstehende Reformaufgabe im deutschen Medienrecht (§ 9c, § 57 RStV-E, Landespressegesetze) sind klar und sie sind einfach: Ein substantieller Änderungsbedarf aufgrund der Umstellung der unionsrechtlichen Bereichsausnahme von Art. 9 DSRL auf Art. 85 DS-GVO besteht nicht. Insbesondere ist die dem Entwurf der Rundfunkkommission v. 2. Juni 2017 zugrunde liegende Annahme, die Mitgliedstaaten seien unionsrechtlich verpflichtet, der Nichterwähnung des Kapitel VIII in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO dadurch Rechnung zu tragen, dass dieses Kapitel in den Fassungen der datenschutzrechtlichen Medienprivilegien (insb. in § 9c und § 57 Abs. 5 RStV) ausdrücklich für anwendbar erklärt wird, rechtlich unzutreffend. Die Länder können sich bei der Neufassung der einschlägigen Regelungen des Rundfunkstaatsvertrages und der Landesmediengesetze darauf beschränken, diejenigen Änderungen vorzunehmen, die sich aus der Änderung der innerstaatlich-deutschen Rechtslage – namentlich Wegfall des Bundesrechts (BDSG a.F.) – sowie aus der nun unmittelbaren Anwendbarkeit der die Schadensersatzpflicht anordnenden Verordnungsnorm des Art. 82 DS-GVO ergeben. Eine Modifikation, insbesondere Verkürzung der inhaltlichen Reichweite des Medienprivilegs, etwa im Hinblick auf Befugnisse der Datenschutzbehörden, ist damit nicht verbunden; sie ist unionsrechtlich jedenfalls nicht gefordert.

Im Einzelnen bedeutet dies:

1. Datengeheimnis

Die Bestimmungen in § 9c, § 57 RStV, gleiches gilt für die entsprechenden Regelungen der Landesmediengesetze, können weiterhin Regelungen über das *Datengeheimnis* treffen; in Betracht kommt insoweit, so wie es die Rundfunkkommission in ihrem Entwurf v. 2. Juni 2017 vorschlägt (§ 57 Abs. 1 Sätze 1-4 RStV-E), eine der Formulierung des früheren § 5 BDSG oder des heutigen § 53 BDSG 2017 entsprechende eigenständige Ausformulierung des Datengeheimnisses oder auch eine Verweisung auf § 53 BDSG n.F. Unionsrechtlich geboten ist eine solche Regelung nach wie vor nicht, da die DS-GVO insoweit gar keine Vorgaben macht.

2. Datensicherheit

Die Bestimmungen in § 9c, § 57 RStV, gleiches gilt für die entsprechenden Regelungen der Landesmediengesetze, können weiterhin Regelungen über die *Datensicherheit* treffen, ohne aber dazu aus der DS-GVO noch zwingend verpflichtet zu sein: Die Regelungen der DS-GVO über die Gewährleistung der Datensicherheit (Art. 5 Abs. 1 Buchst. f), Art. 32 DS-GVO) befinden sich in ausnahmefähigen Kapiteln gem. Art. 85 Abs. 2 DS-GVO; Erwägungsgrund Nr. 153 zur DS-GVO erwähnt anders als bisher Erwägungsgrund Nr. 37 zur DSRL die Datensicherheit nicht mehr als verpflichtende Vorgabe. Grundsätzlich unterfällt daher nun auch diese Anforderung der Freistellungsbefugnis der Mitgliedstaaten – auch hier freilich unter der Voraussetzung der Erforderlichkeit für den Schutz der Kommunikationsfreiheit. Sollen die datenschutzrechtlichen Anforderungen an die Datensicherheit auch für die Zukunft gelten, also nicht abbedungen werden, sind die Regelungen des Medienprivilegs mit einem klarstellenden Verweis auf die insoweit unmittelbar anwendbare Grundsatz-Vorschrift der DS-GVO auszustatten, also auf Art. 5 Abs. 1 Buchst. f DS-GVO. Nähere Vorgaben zur Wahrung der Datensicherheit, insbesondere modaler Art (Verpflichtung zur Pseudonymisierung usw.) enthält nun Art. 32 DS-GVO, der im Konkretisierungsgrad deutlich über den bisherigen Art. 17 DSRL und auch über die bisherige deutsche Umsetzungsnorm in § 9 BDSG hinausgeht. Es besteht angesichts der Freistellungsbefugnis aus Art. 85 Abs. 2 DS-GVO, die mit dem IV. Kapitel auch Art. 32 DS-GVO erfasst, keine unionsrechtliche Verpflichtung, auch diese neue, detailscharfe Regelung der Datensicherheit in die Nennung der anzuwendenden DS-GVO-Vorschriften in den mitgliedstaatlichen Regelungen über den Datenschutz in den Medien aufzunehmen und so das bisherige Medienprivileg zu verkürzen – wie dies indessen der Vorschlag der Rundfunkkommission v. 2. Juni 2017 in § 9c Abs. 1 Satz 5 und § 57 Abs. 1 Satz 5 RStV-E tut. Erst recht muss

und sollte nicht Art. 33 DS-GVO für anwendbar erklärt werden, weil damit, entgegen dem bisherigen Rechtszustand und ohne unionsrechtliche Notwendigkeit eine Zuständigkeit der Datenschutzaufsichtsbehörden begründet würde.

3. Erwähnung der „Kapitel I, VIII, X und XI“

Unionsrecht gebietet nicht die Erwähnung der „Kapitel I, VIII, X und XI“ als Rückausnahme in der Formulierung der medienrechtlichen Bereichsausnahmen, wie dies aber in dem Vorschlag der Rundfunkkommission v. 2. Juni 2017 zu § 9c Abs. 1 Satz 5 und § 57 Abs. 1 Satz 5 RStV-E geschieht. Eine solche „Angstklausel“, die bestrebt ist, dem vermeintlichen Anwendungsanspruch der DS-GVO gerecht zu werden, indem sie die in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO nicht genannten Kapitel auflistet, ist unionsrechtlich nicht nur überflüssig, sondern sogar problematisch:

Bei Kapitel X und XI läuft die Bekräftigung ihrer Anwendbarkeit leer, insofern diese Kapitel keine Vorschriften enthalten, die in den Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbar oder durch die Mitgliedstaaten umzusetzen oder zu beachten wären.

Auch die Regelungen des Kapitel I über den Anwendungsbereich (Art. 2f DS-GVO) und wohl auch über die Begriffsbestimmungen (Art. 4 DS-GVO) beanspruchen in der Reichweite der Bereichsausnahme des Art. 85 DS-GVO nicht zwingend Anwendung, da Art. 85 DS-GVO den Mitgliedstaaten insoweit gerade eine vorrangige eigene Befugnis zur Entscheidung über die Anwendbarkeit einräumt (s.o., IV. 1. d)). Eine danach also in der Entscheidungsfreiheit der Landesgesetzgeber stehende Bezugnahme auf das Kapitel I mit Blick auf die darin statuierten Definitionen ist zwar möglich, erscheint aber mit Blick auf die nur punktuell auf die Datensicherheit (Art. 5 Abs. 1 Buchst. f DS-GVO) beschränkte Anordnung der Verbindlichkeit unionsdatenschutzrechtlicher Maßstäbe nicht erforderlich.

a) Unionsrechtliche Fragwürdigkeit der Nennung von Kapitel VIII in der Rückausnahme des Medienprivilegs

Auch auf das Kapitel VIII in seiner Gesamtheit als solches muss aus den oben dargelegten Gründen nicht hingewiesen werden. Dies ergibt sich, wie gezeigt schon aus einem richtigen Verständnis des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO. Jedenfalls aber berechtigt dazu die allgemeine Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO.

Hinsichtlich der Ansprüche (Art. 77, 78 DS-GVO) und Befugnisse (Art. 83 DS-GVO) mit Bezug zur behördlichen Datenschutzaufsicht ist die Anordnung der Anwendbarkeit des VIII. Kapitels überflüssig und darüber hinaus unionsrechtlich sogar prekär: Da diese Vorschriften Auf-

gaben und Befugnisse der Datenschutzbehörden voraussetzen, die in Kapitel VI DS-GVO geregelt sind, und zwar mit dem Gehalt unmittelbarer Anwendbarkeit (s. insb. Art. 58 Abs. 1-3 DS-GVO), diese Regelungen aber in den vorgeschlagenen Fassungen der § 9c, § 57 RStV gerade nicht für anwendbar erklärt werden, ist das Ergebnis perplex: Die Gesetze scheinen einerseits nicht darauf abzuzielen, die Medien in ganz neuartiger Weise der Datenschutz-Behördenaufsicht zu unterstellen – dies wird auch durch § 59 RStV-E bestätigt (s. dazu noch u.) –, sehen andererseits aber mit dem Verweis auf das VIII. Kapitel die Anwendbarkeit der in der DS-GVO vorgesehenen Rechtsbehelfe und der Bußgeldsanktion vor, die doch ohne jene Aufsichtsbefugnisse gar nicht denkbar sind.

Die mit der Nennung des VIII. Kapitels einhergehende Deklaration der Anwendbarkeit der Artikel 77, 78, 81 und 83 DS-GVO schafft daher eine unklare, ja in sich unschlüssige Rechtslage: Der Datenschutzaufsicht werden rechtlich Befugnisse auch gegenüber den Medien unterstellt, die sie aber gar nicht hat (oder haben soll). Die – unnötige – Nennung des Kapitel VIII erweist sich so als zumindest missverständlich. Im besten Fall läuft sie rechtlich leer, weil die in Bezug genommenen Vorschriften wie gezeigt inhaltlich ohne den institutionellen Unterbau aus Kapitel VI DS-GVO gar nicht anwendungsfähig sind. Die Unklarheit trägt aber eben auch das Risiko von Auslegungsversuchen in sich, die aus dieser Rechtslage nun doch Befugnisse der Datenschutzaufsicht herleiten mögen, insbesondere mittelbar solche aus Kapitel VI zu „erschließen“ bestrebt sind.⁸⁸

Diese Unklarheit, Inkohärenz und daraus entstehende Rechtsunsicherheit stehen jedoch im Widerspruch zu den Anforderungen an eine normenklare Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben, wie sich allgemein schon aus Art. 288 AEUV und besonders aus dem Regelungsauftrag des Art. 85 DS-GVO ergeben.⁸⁹ So hat der EuGH schon früh betont:

„Die Mitgliedstaaten dürfen aufgrund der ihnen aus dem Vertrag obliegenden Verpflichtungen nicht die unmittelbare Geltung vereiteln, die Verordnungen und sonstige Vorschriften des Gemeinschaftsrechts äußern. Die gewissenhafte Beachtung dieser Pflicht ist eine unerlässliche Voraussetzung für die gleichzeitige und einheitliche Anwendung der Gemeinschaftsverordnungen in der gesamten Gemeinschaft. *Die Mitgliedstaaten dürfen deshalb keine Handlung vornehmen oder deren Vornahme durch eine mit Rechtsetzungsbefugnissen ausgestattete nationale Körperschaft erlauben, durch die die Normadressaten über den Gemeinschaftscharakter*

⁸⁸ Wohin diese vermeintliche Anwendungspflicht des VIII. Kapitels führen kann, deutet sich bei Pötters, in: Gola, DS-GVO, Art. 85 Rn. 15 an: „Auch Presseunternehmen sind somit bei Datenschutzverstößen künftig dem Risiko gravierender Sanktionen ausgesetzt“.

⁸⁹ S. zu den Pflichten der mitgliedstaatlichen Gesetzgeber im Hinblick auf unionales Ordnungsrecht Selmayr/Ehmann, in: Ehmann/Selmayr, Datenschutz-Grundverordnung 2017, Einführung Rn. 8 ff. mit weiteren Nachweisen.

*einer Rechtsnorm und die sich daraus ergebenden Folgen im Unklaren gelassen werden.*⁹⁰

Zwar können die Mitgliedstaaten auch im Anwendungsbereich von Verordnungen berechtigt und sogar verpflichtet sein, Durchführungsregelungen zu erlassen, um dem Ordnungsrecht zu Wirksamkeit zu verhelfen.⁹¹ Ersichtlich ist dies im Rahmen der Öffnungsklauseln in der Datenschutz- Grundverordnung der Fall, namentlich auch in Art. 85 Abs. 1 und 2 DS-GVO, die gerade Regelungsaufträge gegenüber den Mitgliedstaaten erteilen. Jedoch ist auch in diesem Fall von den Mitgliedstaaten der von der Verordnung gesetzte Rahmen einzuhalten.⁹² „Das Durchführungsrecht darf nicht den Zweck oder die Wirkung haben, die Tragweite der Ordnungsbestimmung zu ändern.“⁹³ Das unionsrechtliche, vor allem für das Normwiederholungsverbot bei Unions-Verordnungen entwickelte Gebot der Normenklarheit des mitgliedstaatlichen Rechts gilt mithin selbstverständlich gerade auch im Bereich der Öffnungsklauseln und daraus sich ergebenden mitgliedstaatlichen Regelungsspielräume: Auch und gerade das in Ausfüllung dieser Regelungsspielräume erlassene mitgliedstaatliche Recht darf keine Unklarheiten im Hinblick auf die Geltung des Ordnungsrechts schaffen. Eben dies ist aber der Fall, wenn über die Anwendbarkeitserklärung des „Kapitel VIII“ in § 9c Abs. 1 Satz 5 und § 57 Abs. 1 Satz 5 RStV-E Unklarheit darüber erzeugt wird, ob und inwieweit die deutschen Landesdatenschutzbehörden Aufgaben und Befugnisse auch im Hinblick auf die Tätigkeit der Medien gem. den Vorschriften des VI. Kapitels i.V.m. Art. 77, 78, 81 und 83 DS-GVO haben – oder nicht haben.

Unterstellt, dass die Landesgesetzgeber in der Sache keine Erstreckung der behördlichen Datenschutzaufsicht in den Geltungsbereich der Medienprivilegien hinein anstreben, vielmehr den bisherigen Rechtszustand rechtspolitisch im Rahmen des unionsrechtlich Möglichen aufrechterhalten wollen, es sich also bei der Kapitel-Nennung in § 9c Abs. 1 Satz 5 und § 57 Abs. 1 Satz 5 RStV-E in der Tat nur um eine auf ein Fehlverständnis des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO zurückzuführende „Angstklausele“ handelt, sollte auf diese Nennung des Kapitel VIII als unbedingt verzichtet werden: Unionsrecht *erlaubt* diesen Verzicht nicht nur, sondern *fordert* ihn um der gebotenen Eindeutigkeit der mitgliedstaatlichen Regelung willen.

⁹⁰ EuGH, Urt. v. 22.1977, Rs. 50//76 – Amsterdam Bulb, Rn. 4/7, (Hervorh. M.C.).

⁹¹ EuGH, Urt. v. 28.3.1985, Rs. 272/83 – Kommission/Italien, Rn. 27: „[...] Das Zusammenreffen einer ganzen Reihe gemeinschaftsrechtlicher, einzelstaatlicher und regionaler Vorschriften. In einem solchen besonderen Fall kann es nicht als ein Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht angesehen werden, das Regionalgesetze im Interesse ihres inneren Zusammenhangs und ihrer Verständlichkeit für die Adressaten bestimmte Punkte der Gemeinschaftsverordnungen wiederholen.“

⁹² *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 288 AEUV Rn. 101 (Stand: 2016).

⁹³ Generalanwalt *Lamothe*, Rs. 39/70, *Fleischkontor/Hamburg*, Slg. 1971, Schlussanträge, S. 49 (67).

b) Inkohärenz von § 57 Abs. 1 Satz 5 und § 59 Abs. 1 RStV-E v. 2. Juni 2017

Dass diese Eindeutigkeit und Rechtssicherheit mit der Nennung des Kapitel VIII in § 57 Abs. 1 Satz 5 RStV verfehlt wird, springt vor allem auch ins Auge, wenn der Zusammenhang mit § 59 RStV erfasst wird: Die mit dem Vorschlag der Rundfunkkommission v. 2. Juni 2017 möglicherweise gar nicht wirklich intendierte, aber doch „riskierte“ unmittelbar durchgreifende Anwendbarkeit der Art. 77, 78, 83 DS-GVO steht in offenem Widerspruch zu § 59 RStV. Die in § 59 Abs. 1 Satz 1 und 3 RStV-E weiterhin (wie bisher) vorgesehene Subsidiarität der Überwachungszuständigkeit der Landesdatenschutz-Aufsichtsbehörden gegenüber der Selbstregulierung durch den Presserat ist mit der angenommenen Durchgriffswirkung des Art. 77 DS-GVO offensichtlich nicht vereinbar. Der Presserat mit seinem Beschwerdeverfahren genügt, daran ist nicht zu zweifeln, nicht den institutionellen Voraussetzungen des Unionsrechts im Hinblick auf die mitgliedstaatlichen Aufsichtsbehörden, kann also nicht an die Stelle der staatlichen Datenschutzbehörden treten. Wird aber ein Beschwerderecht gemäß Art. 77 DS-GVO zu den staatlichen Datenschutzbehörden angenommen, und sei es auch nur im Hinblick auf Beschwerden hinsichtlich der vom Medienprivileg nicht erfassten materiellen Maßstäbe des Datengeheimnisses und der Datensicherheit, bedeutet dies die Anerkennung einer Handlungszuständigkeit dieser Behörden entgegen der in § 59 Abs. 1 Satz 3 vorgesehenen Subsidiarität. § 57 Abs. 1 Satz 5 RStV und § 59 Abs. 1 RStV passen in der von der Kommission vorgeschlagenen Gestalt nicht zusammen.

c) Art. 79, Art. 82 und Art. 84 DS-GVO

Das VIII. Kapitel der DS-GVO enthält indes nicht nur die vorstehend „neuen“ (d.h. dem Vorgängerkapitel III der DSRL noch fremden) Bestimmungen mit Bezug zur Datenschutzaufsicht, sondern auch diejenigen Regelungen, die schon bisher – als Regelungen des III. Kapitels – nicht von der Freistellungsmöglichkeit gemäß Art. 9 DS RL erfasst waren und dementsprechend auch im deutschen Recht beachtet und gemäß Verpflichtung aus der Richtlinie umgesetzt worden sind. Dabei handelte sich namentlich um die Bestimmungen über den gerichtlichen Rechtsschutz wegen Verletzung datenschutzrechtlicher Maßstäbe (nunmehr Art. 79 DS-GVO), über die Schadensersatz-Haftung (Art. 82 DS-GVO) sowie die von den Mitgliedstaaten zu ergreifenden weiteren Sanktionen (Art. 84 DS-GVO).

Diese Vorschriften des VIII. Kapitels teilen, wie dargelegt, nicht das (von einer In-Anwendungsetzung des VI. Kapitels abhängige) Akzessorietäts-Schicksal der Bestimmungen mit Bezug zur Datenschutzaufsicht. Sie beanspruchen daher, insoweit materielle Maßstäbe der Datenschutz-Grundverordnung für anwendbar erklärt werden (und nur insoweit!), in der Tat Anwen-

dung; von ihnen kann nicht nach Art. 85 Abs. 2 DS-GVO freigestellt werden. Unter der Annahme, dass die rechtspolitische Anpassung der landesrechtlichen Medienprivilegien dies auch gar nicht anstrebt, vielmehr auch insoweit den bisherigen Rechtszustand aufrechterhalten will, ergibt sich daraus folgendes:

Art. 82 DS-GVO als (anders als Art. 23 DSRL) nunmehr unmittelbar anwendbare Schadenersatz-Anspruchsgrundlage für Schäden aus dem Verstoß gegen Vorschriften der DS-GVO muss in den Formulierungen der Landesgesetze (§ 9c Abs. 1 Satz 5, § 57 Abs. 1 Satz 5 RStV-E, reformierte Landespressegesetze) in der Tat als Ausnahme von der Freistellung („nur ...“) ausdrücklich erwähnt werden, wenn und insoweit, wie beabsichtigt, die Bindung an den Grundsatz der Datensicherheit aus der DS-GVO (Art. 5 Abs. 1 Buchst. f DS-GVO) aufrechterhalten werden soll. Nur auf etwaige Schäden aus der Verletzung dieser Vorschrift kann sich, um dies noch einmal klarzustellen, der unionsrechtliche Schadensersatzanspruch beziehen. Soll auch (über den wohl ohnehin eingreifenden § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. der Normierung des Datengeheimnisses hinaus) ein datenschutzrechtlicher Schadensersatz- oder Entschädigungsanspruch wegen Verletzung des Datengeheimnisses besonders geregelt werden, bedarf dies einer zusätzlichen eigenständigen Regelung (gegebenenfalls durch Verweis auf § 83 BDSG n.F.).

Im Hinblick auf die Vorgaben der Artikel 79, 84 DS-GVO ist hingegen eine ausdrückliche Anwendbarkeitsanordnung oder -bekräftigung nicht erforderlich. Zwar beanspruchen auch diese Vorschriften Geltung, sind also gegenüber den Mitgliedstaaten verbindlich und können insbesondere nicht aufgrund von Art. 85 Abs. 2 DS-GVO abbedungen werden. Sie sind aber nicht ohne mitgliedstaatliches Umsetzungsrecht in den Mitgliedstaaten anwendbar, so dass sich der unionsrechtliche Geltungsbefehl gerade nicht darin erschöpfen kann, die Sicherstellung der Anwendbarkeit dieser Vorschriften in den Mitgliedstaaten zu fordern. Für Art. 84 DS-GVO ist dies ganz offensichtlich: Die Vorschrift ist auf Umsetzung durch die Mitgliedstaaten angelegt: Diese sind verpflichtet, wirksame Sanktionen zu schaffen (die Art. 85 DS-VO keineswegs schon aus sich heraus bereithält), etwa durch Schaffung entsprechender Straftatbestände im datenschutzrechtlichen Nebenstrafrecht⁹⁴ oder durch Anordnung weiterer zivilrechtlicher, im unionsrechtlichen Datenschutz nicht vorgesehener Rechtsfolgen, wie etwa den Unterlassungsanspruch (§ 1004 analog i.V.m. § 823 Abs. 2 i.V.m. den datenschutzrechtlichen Schutznormen).

⁹⁴ Gola, in: Gola, DS-GVO, 2017, Art. 84 Rn. 1 f.

Es handelt sich hier gerade nicht um eine unmittelbar anwendbare Norm, auf die daher im mitgliedstaatlichen Recht verwiesen werden könnte, sondern wiederum um einen Regelungsauftrag an die Mitgliedstaaten.⁹⁵

Aber auch Art. 79 Abs. 1 DS-VGO, der die Bereitstellung eines wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelfs verlangt, ist nur eine Rechtsschutzgewährleistung, die im mitgliedstaatlichen Gerichtsverfahrensrecht erst operationalisiert werden muss.⁹⁶ Dieser Bereitstellungspflicht genügen die Mitgliedstaaten erst durch prozessrechtliche Eröffnung nationaler Rechtsschutzmöglichkeiten – im deutschen Recht also namentlich durch die zivilprozessualen Klagen in der Hauptsache und im einstweiligen Rechtsschutz; eine Verweisung auf Art. 79 Abs. 1 DS-GVO kann dem naturgemäß nicht genügen und ist daher auch unnötig.

Nur die besondere Regelung der internationalen Gerichtszuständigkeit in Art. 79 Abs. 2 DS-GVO beansprucht wohl an sich unmittelbare, und gem. Art. 85 Abs. 2 DS-GVO nicht abdingbare Anwendbarkeit. Angesichts der überhaupt nur punktuellen Anwendbarkeit des unionalen Datenschutzrechts (nur Datensicherheit) in der Reichweite der Bereichsausnahme für die Medien sowie mit Blick auf die zusätzliche Belastung der Medien durch das durch Art. 79 Abs. 2 DS-GVO eingeräumte Gerichtsstands-Wahlrecht (auch: Gerichte des Mitgliedstaats des Aufenthaltsorts der betroffenen Person) kommt indes insoweit eine Freistellung aufgrund von Art. 85 Abs. 1 DS-GVO in Betracht. Geht man von letzterem aus, kann auch auf die Nennung des Art. 79 DS-GVO in der Rückausnahme vom Medienprivileg verzichtet werden.

Art. 80 DS-GVO verweist auch für die überhaupt nur in Betracht kommende Beauftragung und Verbandsklage im Hinblick auf den gerichtlichen Rechtsschutz (Art. 79 DS-GVO) – die durch die Vorschrift auch in Bezug genommenen Rechtsbehelfe des Art. 77 f. DS-GVO kommen wegen ihres Bezugs zur Aufsichtsbehörde nicht in Betracht – auf mitgliedstaatliche prozessrechtliche Regelungen⁹⁷ und entfaltet daher aus sich heraus keine zwingende Bindungswirkung.⁹⁸

⁹⁵ Erwägungsgrund Nr. 149 DS-GVO; *Gola*, in: *Gola*, DS-GVO, 2017, Art. 84 Rn. 2.

⁹⁶ *Werkmeister*, in: *Gola*, DS-GVO, 2017, Art. 79 Rn. 1: „Angesichts der bereits vorhandenen Rechtsschutzmöglichkeit nach deutschem Recht hat Abs. 1 aber keine praktischen Auswirkungen.“; *Martini*, in: Paal/Pauly, Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Art. 79 Rn. 32 f.: „primär klarstellenden Charakter“, „Handlungsauftrag“, „Verpflichtung, die entspr. gerichtlichen Rechtsbehelfe bereitzuhalten“; „Da das bestehende Prozessrecht die notwendigen Klagemöglichkeiten bereits vorsieht, besteht im nationalen Recht jedoch kein Anpassungsbedarf.“; nicht dazu passend freilich die (unzutreffende) Aussage ebd.: „Art. 79 versteht sich als grundsätzlich abschließende, unmittelbar geltende Regelung des Unionsrechts“. ...

⁹⁷ Art. 80 Abs. 1: „[...] sofern dieses im Recht der Mitgliedstaaten vorgesehen ist“; s. auch Erwägungsgrund Nr. 142.

⁹⁸ *Nemitz*, in: *Ehmann/Selmayr*, Art. 80 Rn. 10; *Frenzel*, in: *Pauly*, DS-GVO, Art. 80 Rn. 13.

d) Fazit

Insgesamt erweist sich mithin Art. 82 DS-GVO als einzige Vorschrift des VIII. Kapitels der DS-GVO, die infolge der Umstellung des unionsrechtlichen Datenschutzrechts auf den Verordnungsmodus nun bei der Regelung der Bereichsausnahme für die Medien in den Landesgesetzen und im Rundfunkstaatsvertrag ausdrücklich benannt werden muss. Im Hinblick auf die übrigen in Kapitel VIII DS-GVO enthaltenen Bestimmungen wären eine Auflistung dieser Artikel oder eine pauschale Bezeichnung des ganzen Kapitels wie im Vorschlag der Rundfunkkommission v. 2. Juni 2017 teilweise überflüssig, wenn auch unschädlich (in Bezug auf die Art. 79, 80, 84 DS-GVO), teilweise aber unionsrechtlich sogar kritisch (in Bezug auf Art. 77, 78, 81, 83 DS-GVO), insofern damit eine mit dem Gebot normenklarer Anpassung des mitgliedstaatlichen Rechts an die Unionsrechtssetzung unvereinbare Regelung geschaffen würde. Von der Nennung des Kapitel VIII und der anderen in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO genannten Kapitel sollte daher Abstand genommen werden. Der Vorschlag eines § 10 des Hessischen Pressegesetzes im Referentenentwurf vom Juli 2017 entspricht hingegen den Vorgaben der DS-GVO und kann als Muster für eine Änderung der entsprechenden Regelungen im RStV zugrunde gelegt werden.

VI. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

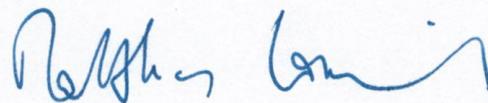
1. Die datenschutzrechtliche Bereichsausnahme für die Medien („Medienprivileg“) ist unabdingbare Voraussetzung der Medientätigkeit und damit der verfassungsrechtlich anerkannten öffentlichen Aufgabe von Presse, Rundfunk und (journalistischen) Telemedien. Sie ist daher selbst kommunikationsgrundrechtlich gefordert (Art. 5 Abs.1 und 3 GG, Art. 10 EMRK, Art. 11 GrCh).
2. Das „Medienprivileg“ führt keineswegs zu einer Ausschaltung des Persönlichkeitschutzes im Bereich der Medientätigkeit, anerkennt aber, dass andere, seit jeher das Konfliktfeld Presse und Persönlichkeitsrecht bestimmende rechtliche Interessen-Ausgleichsmechanismen problemangemessenere Ausdifferenzierungen ermöglichen und daher besser geeignet sind zur Lösung dieser Konflikte als das Datenschutzrecht.
3. Die – und sei es auch nur partielle – Unterwerfung der journalistischen Tätigkeit unter eine datenschutzbehördliche Aufsicht bedeutete einen tiefen, verfassungsrechtlich bedenklichen Bruch mit den gefestigten Traditionen des modernen freiheitlichen Presserechts, das eine Verwaltungsaufsicht über die Presse nicht kennt. Auch die Sonderregelungen zum Datenschutz für Rundfunk und Telemedien schirmen die journalistische Tätigkeit dieser Medien bisher wirksam gegenüber einer Kontrolle durch die staatlichen Datenschutzbehörden ab (Vorrang der Selbstregulierung).
4. Die Neufassung der unionsrechtlichen Bereichsausnahme für die publizistische Kommunikation in Art. 85 DS-GVO führt die Freistellungsermächtigung der Mitgliedstaaten nicht nur – in Regelungskontinuität zu Art. 9 DSRL – fort, sondern gestaltet sie in Wortwahl und Inhalt in mehrfacher Hinsicht sogar großzügiger aus.
5. Die Nichtberücksichtigung des Kapitels VIII der DS-GVO in der Enumeration der ausnahmsfähigen Kapitel in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO entspricht derjenigen des Kapitel III in Art. 9 DSRL und bestätigt daher den Ansatz der Regelungskontinuität der neuen Regelung der Bereichsausnahme.
6. Eine entstehungsgeschichtlich informierte Interpretation des Art. 85 DS-GVO kann und muss gewährleisten, dass die hinter den verschiedenen im Gesetzgebungsverfahren diskutierten Formulierungsvorschlägen stehenden Interessen und Anliegen, die sich in der kumulierten Öffnungsklausel mit Meldepflicht niedergeschlagen haben (Art. 85 Abs. 1-3 DS-GVO), auch im Auslegungsergebnis Berücksichtigung finden (Grundsatz interessenwahrender Auslegung). Art. 85 DS-GVO ist daher so zu interpretieren, dass allen

Absätzen des Art. 85 DS-GVO und den darin formulierten Bestimmungen rechtlich eigenständige Regelungsbedeutung zukommt.

7. Art. 85 Abs. 1 DS-GVO ist nicht bloße Anpassungsklausel oder „unechte“ Öffnungsklausel, sondern eigenständige Öffnungsklausel mit über Art. 85 Abs. 2 DS-GVO hinausreichendem Regelungsauftrag und Freistellungs-Ermächtigungsgehalt.
8. Die spezifizierte Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO ist nicht *lex specialis* gegenüber der allgemeinen Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO, verdrängt mithin diese nicht in dem Tatbestandsbereich der vier qualifizierten Verarbeitungszwecke (journalistische, künstlerische, literarische und wissenschaftliche Zwecke).
9. Entstehungsgeschichtlich nachweisbarer Sinn der endgültigen Fassung des Art. 85 DS-GVO mit seiner Doppel-Klausel ist jedenfalls, dass damit die bisher schon in Art. 9 DSRL erreichte Reichweite der unionsrechtlichen Freistellungsermächtigung (und -verpflichtung) der Mitgliedstaaten erhalten, sie – umgekehrt formuliert – keinesfalls verkürzt werden sollte.
10. Der Regelungsauftrag des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO wirkt konstitutiv dort, wo die enger gefasste Verpflichtung des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO nicht greift, und zwar im Hinblick auf die tatbestandlich erfassten grundrechtlich geschützten Datenverarbeitungen ebenso wie hinsichtlich der Reichweite der Freistellung.
11. Art. 85 Abs. 1 DS-GVO flexibilisiert mithin, darin besteht sein Sinn und seine Funktion, die unionsrechtliche Bereichsausnahme entsprechend den grundrechtlichen Anforderungen der Kommunikationsfreiheit. Seine Öffnungsklausel gibt den Mitgliedstaaten zusätzliche Freistellungsoptionen über den starren (wenngleich schon weiten) Rahmen des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO hinaus, soweit dies grundrechtlich geboten ist.
12. Die – tatsächlich nur scheinbar – gem. Art. 85 Abs. 2 DS-GVO zwingende Anwendung einzelner Rechtsbehelfs- und Sanktionsvorschriften des Kapitel VIII mit Bezug zur behördlichen Datenschutzaufsicht auch im journalistischen Bereich (Art. 77, 578, 81, 83 DS-GVO) macht keinen Sinn, wenn die Anwendbarkeit der institutionellen Vorschriften über die Datenschutzaufsicht (Kapitel VI DS-GVO, wie schon Kapitel VI DSRL) nach wie vor von den Mitgliedstaaten ausgeschlossen werden darf. Die These von der zwingenden Bindung an diese Vorschriften des Kapitel VIII ist systematisch unschlüssig und inhaltlich unplausibel.

13. Da die Mitgliedstaaten nach Art. 85 Abs. 2 DS-GVO berechtigt sind, den gesamten materiellen Datenschutz in der Reichweite der Bereichsausnahme auszuschließen, wäre nicht nachzuvollziehen, weshalb ausgerechnet die ohnehin nur akzessorischen Rechtsbehelfe der Art. 77 f. und die Bußgeldbewehrung jeder mitgliedstaatlichen Disposition entzogen sein sollten.
14. Auch schon aus Art. 85 Abs. 2 DS-GVO ergibt sich keine unabdingbare Pflicht der Mitgliedstaaten, die Anwendbarkeit der Vorschriften des VIII. Kapitels, welche Befugnisse der Datenschutzbehörden voraussetzen, aufrecht zu erhalten: Die Ausschlussbefugnis im Hinblick auf das VI. Kapitel schließt die Vorschriften des VIII. Kapitels mit Bezug zu den Datenschutzaufsichtsbehörden notwendig ein und hat also insoweit überwirkende Bedeutung auch für das Kapitel VIII der DS-GVO, ohne dass dies noch einer ausdrücklichen Ermächtigung in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO bedurft hätte. Denn die Artikel 77, 78, 81 und 83 DS-GVO sind ohne die in diesen Regelungen vorausgesetzten Aufgabenzuweisungen und Befugnisse gem. dem VI. Kapitel nicht anwendungsfähig.
15. Schließen die Mitgliedstaaten, wie in den deutschen Medienprivilegien (absolut für die Presse, relativ, über den Vorrang der Selbstregulierung, auch für die Telemedien), die Zuständigkeit der Datenschutzaufsichtsbehörden aus, erstreckt sich dieser Ausschluss notwendig auch auf die akzessorischen Regelungen des VIII. Kapitels der DS-GVO.
16. Wird nicht schon richtigerweise Art. 85 Abs. 2 DS-GVO so verstanden, dass die *danach* mögliche Freistellung auch die Art. 77 f. und 83 DS-GVO erfasst, kommt insoweit jedenfalls die ergänzende und weitergehende Freistellungsbefugnis aus Art. 85 Abs. 1 DS-GVO zum Tragen. Jedenfalls auf Art. 85 Abs. 1 DS-GVO lässt sich die schon bisher, unter der Freistellungsermächtigung der Richtlinie, unionsrechtlich zulässige Freistellung der Medien von der Behördenaufsicht auch künftig stützen: Das, was bisher unionsrechtlich zweifelsfrei und unangefochten möglich war, nämlich der Vorrang medienrechtlicher Konfliktscheidungsmechanismen und Kontrollzuständigkeiten gegenüber dem institutionellen Datenschutz, ist daher auch weiterhin unionsrechtlich möglich.
17. Die Folgerungen aus dem unionsrechtlichen Befund für die anstehende Reformaufgabe im deutschen Medienrecht (§ 9c, § 57 RStV-E, Landespressegesetze) sind klar und sie sind einfach: Ein substantieller Änderungsbedarf aufgrund der Umstellung der unionsrechtlichen Bereichsausnahme von Art. 9 DSRL auf Art. 85 DS-GVO besteht nicht.

18. Die Länder können sich bei der Neufassung der einschlägigen Regelungen des Rundfunkstaatsvertrages und der Landesmediengesetze darauf beschränken, diejenigen Änderungen vorzunehmen, die sich aus der Änderung der innerstaatlich-deutschen Rechtslage – namentlich Wegfall des Bundesrechts (BDSG a.F.) – sowie aus der nun unmittelbaren Anwendbarkeit der die Schadensersatzpflicht anordnenden Verordnungsnorm des Art. 82 DS-GVO ergeben. Eine Modifikation, insbesondere Verkürzung der inhaltlichen Reichweite des Medienprivilegs, etwa im Hinblick auf Befugnisse der Datenschutzbehörden, ist damit nicht verbunden; sie ist unionsrechtlich jedenfalls nicht gefordert.
19. Eine „Angstklausel“ in den Neufassungen der deutschen Bestimmungen über das Medienprivileg, die durch Auflistung der in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO nicht genannten Kapitel versucht, dem vermeintlichen Anwendungsanspruch der DS-GVO gerecht zu werden, ist unionsrechtlich nicht nur überflüssig, sondern sogar problematisch: Die mit der Nennung des VIII. Kapitels einhergehende Deklaration der Anwendbarkeit der Artikel 77, 78, 81 und 83 DS-GVO schafft eine unklare, in sich un schlüssige Rechtslage.
20. Die Unklarheit, Inkohärenz und daraus entstehende Rechtsunsicherheit einer auf das VIII. Kapitel der DS-VO verweisenden Anwendbarkeits-Deklaration stehen im Widerspruch zu den Anforderungen an eine normenklare Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben, wie sich allgemein schon aus Art. 288 AEUV und besonders aus dem Regelungsauftrag des Art. 85 DS-GVO ergeben. Von der Nennung des Kapitel VIII und der anderen in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO genannten Kapitel in den neu zu fassenden Vorschriften über das Medienprivileg in § 9c, § 57 RStV und den Landesmediengesetzen sollte daher Abstand genommen werden.
21. Art. 82 DS-GVO ist die einzige Vorschrift des VIII. Kapitels der DS-GVO, die infolge der Umstellung des unionsrechtlichen Datenschutzrechts auf den Verordnungsmodus nun bei der Regelung der Bereichsausnahme für die Medien in den Landesgesetzen und im Rundfunkstaatsvertrag ausdrücklich benannt werden muss.





Anhang

Arbeitspapier zur Umsetzung des Art. 85 EU-Datenschutzgrundverordnung

BDZV Bundesverband Deutscher Zeitungsverleger e. V.
dju Deutsche Journalisten- und Journalistinnen-Union
DJV Deutscher Journalisten-Verband
Deutscher Presserat
VDZ Verband Deutscher Zeitschriftenverleger e. V.

Presse- und Meinungsfreiheit im digitalen Zeitalter bewahren

Pressegesetze und Rundfunk- und Telemedienstaatsvertrag müssen die bestehenden Bereichsausnahmen ohne Abstriche vom BDSG (alt) auf DSGVO und BDSG (neu) übertragen

Stand: Mai 2017

A Pressefreiheit: Journalistische Datenverarbeitung gedruckter und digitaler Presse

I. Keine Pressefreiheit ohne umfassende und robuste Ausnahme von Datenschutzrecht und Datenschutzaufsicht

Datenschutzrecht verbietet die Erhebung, Speicherung und sonstige Verarbeitung personenbezogener Daten, wenn nicht im Einzelfall spezifische gesetzliche Ermächtigungen eingreifen oder eine konkrete Einwilligung des Betroffenen beweisbar ist. Dabei zielte das Datenschutzrecht jedenfalls zur Zeit seiner Entstehung nicht darauf, Presseveröffentlichungen, journalistische Recherche oder sonstige Redaktionsarbeit zu beschränken. Zwar sind fast alle Informationen über Politik, Wirtschaft und Gesellschaft, die die Presse sammelt, speichert, auswertet und veröffentlicht, personenbezogene Daten in Text und Bild. Doch war man lange Zeit sicher, dass weder die Verarbeitung in Redaktionsarchiven noch die Veröffentlichung in Zeitungen und Zeitschriften eine Verarbeitung dieser Daten im Sinne des Datenschutzrechtes ist.

Tatsächlich darf Datenschutzrecht auf die redaktionelle Pressearbeit keine Anwendung finden, soll der Datenschutz nicht die für jede freiheitliche Demokratie konstituierende Presse- und Meinungsfreiheit im Prinzip und im Detail beseitigen. Bei Anwendbarkeit des Datenschutzrechts würde als Regel ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt für fast jeden Presseartikel gelten. Damit würde das Grundrecht der Pressefreiheit in sein Gegenteil verkehrt, ist doch für die Pressefreiheit die Freiheit die Regel und die Schranke die Ausnahme: An die Stelle der redaktionellen Freiheit zur Berichterstattung über Personen aus Politik, Wirtschaft und Gesellschaft, die erst im Einzelfall an den Schranken der allgemeinen Gesetze endet, träte das grundsätzliche Verbot aller Berichte, soweit nicht jede einzelne personenbezogene Aussage mit einer spezifischen datenschutzrechtlichen Ermächtigung oder durch eine konkrete Einwilligung gerechtfertigt werden könnte. Das ist weder bei historischer noch systematischer oder teleologischer Auslegung Inhalt der grundrechtlichen und einfachrechtlichen Bestimmungen zur Presse- und Medienfreiheit einerseits und zum Datenschutz andererseits.

Gleiches gilt für die behördliche Datenschutzaufsicht. Insbesondere in Deutschland ist es seit 1874 ein wesentliches Element der Pressefreiheit, dass keine Behörde die Verbreitung von Pressepublikationen aus inhaltlichen Gründen unterbinden kann, sondern dass alleine nach der Veröffentlichung unabhängige Richter über die inhaltliche Rechtmäßigkeit anhand der allgemeinen Gesetze entscheiden und gegebenenfalls die Weiterverbreitung untersagen bzw. zusätzliche Sanktionen verhängen. Damit wäre die Überwachung der Redaktionen durch Datenschutzaufsichtsbehörden, sei es der Recherche, der Archive oder der Veröffentlichungen, ebenso unvereinbar wie behördliche Verbote der Veröffentlichung bestimmter Aussagen usf.

Deutlich wird so auch, dass das Datenschutzgrundrecht dort, wo es wie in Art. 8 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, eine gesetzliche Ermächtigung für die Verarbeitung personenbezogener Daten verlangt, dieses Verlangen jedenfalls nicht auf die freie Meinungsäußerung und Berichterstattung in Presse und anderen Medien erstreckt. Für diese gilt das in diesem Sinne speziellere Grundrecht der Meinungs-, Presse- und Medienfreiheit, im Falle der EU-Grundrechtecharta deren Artikel 11.

II. Unanwendbarkeit des Datenschutzrechts kein „Privileg“ sondern Existenzbedingung jeder Pressefreiheit

Die Unanwendbarkeit des Datenschutzrechts auf die redaktionelle Pressearbeit von der Beschaffung der Information bis zur Verbreitung der Nachricht und Meinung ist nach alledem kein begründungsbedürftiges oder gar anrühiges „Privileg“, sondern selbstverständliche Existenzbedingung realer Presse- und Meinungsfreiheit. Das gilt unabhängig davon, ob der redaktionelle Umgang mit Daten von vornherein schon gar nicht als Datenverarbeitung i. S. des Datenschutzrechts gilt oder ob man rechtstechnisch explizite Bereichsausnahmen von dem anderenfalls auch für die Presse geltenden Datenschutzrecht benötigt.

III. Unanwendbarkeit des Datenschutzrechts bedeutet keinen rechtlichen Freiraum: Abwägung von Kommunikationsfreiheit und Persönlichkeitsrecht unter Einschluss informationeller Selbstbestimmung erfolgt abschließend im Äußerungs-, Medien- und Persönlichkeitsrecht – Anforderungen an die Datensicherheit im Sinne der Sicherung der journalistischen Zweckbindung bleiben möglich

1. Ob Ausgrenzung aus dem Begriff der Datenverarbeitung oder gesetzliche Bereichsausnahme: In beiden Fällen ist das Ergebnis entscheidend. Über die Konflikte zwischen Pressefreiheit einerseits und Persönlichkeitsrecht unter Einschluss des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung andererseits entscheiden allein und abschließend das Medien-, Äußerungs- und Persönlichkeitsrecht, und zwar in der Auslegung durch unabhängige Gerichte nach der Veröffentlichung. Das einschlägige Gesetzesrecht, insbesondere §§ 823, 1004 BGB, § 22 f. KUG, §§ 185 ff StGB wird durch die Straf- und vor allem durch die Zivilgerichte mit ihren auf Äußerungs- und Presserecht spezialisierten Spruchkammern unter Abwägung aller relevanten Aspekte des allgemeinen und der besonderen Persönlichkeitsrechte mit allen relevanten Aspekten der jeweiligen Äußerungsrechte angewendet und fortentwickelt. Ggf. greifen medienrechtliche Ergänzungen. Neue Entwicklungen wie bspw. die Digitalisierung der Zeitungs- und Zeitschriftenarchive werden abgebildet und eingeordnet. Materiell-rechtlich ist das Datenschutzrecht nicht in der Lage, dem komplexen und konfliktangemessenen Richterrecht des Äußerungsrechts etwas hinzuzufügen. Zusätzliche inhaltliche Beschränkungen durch das Datenschutzrecht sind unangemessen und abzulehnen. Es könnte lediglich mit Meinungs- und Pressefreiheit unvereinbare Prinzipien oder Detailregelungen ins Feld führen und die Freiheiten dadurch beschädigen oder zerstören.

Ebenso wenig tragbar wie datenschutzrechtliche Schranken redaktioneller Informationsbeschaffung und weiterer Verarbeitung unter Einschluss der Veröffentlichung ist eine behördliche Aufsicht über die Redaktionen. Eine Zuständigkeit der Datenschutzaufsichtsbehörden zur Überwachung der redaktionellen Arbeit wäre letztlich ein Rückfall in die Zeit vor dem Reichspressegesetz, indem dann wieder materielle Gefahrenabwehrbehörden über die inhaltliche Zulässigkeit der Verbreitung von Leitartikeln und Presseberichten entscheiden könnten. Stattdessen muss diese Freiheit der Presse und anderer Medien vom Datenschutzrecht technologieneutral umfassend gesichert werden.

2. Möglich sind deshalb allein verhältnismäßige datenschutzrechtliche Anforderungen an die Datensicherheit in dem Sinne, dass die Presse organisatorische und technische Maßnahmen ergreifen muss, um zu verhindern, dass die Redaktionsdaten zu anderen als redaktionellen Zwecken verarbeitet werden. Dementsprechend schließen die geltenden Bereichsausnahmen, § 41 BDSG, die Landespressegesetze und § 57 I RfTMStV alle Anforderungen des Datenschutzrechts außer § 5 und § 9 BDSG aus, die Datengeheimnis und Datensicherheit regeln. Der in den Bereichsausnahmen ebenfalls genannte § 7 BDSG enthält keine eigenständigen Verhaltensanforderungen, sondern verpflichtet bei der Verletzung anderweitig geregelter Pflichten, hier eben der §§ 5 und 9 BDSG, zum Schadensersatz. Schließlich wird noch § 38a BDSG für anwendbar erklärt, der jedoch keine Verhal-

tenspflicht enthält, sondern lediglich die Möglichkeit für Berufsverbände vorsieht, Verhaltensregeln zu schaffen.

IV. Überführung der geltenden Bereichsausnahmen vom Bundesdatenschutzgesetz in Bereichsausnahmen von der Datenschutzgrundverordnung

1. In Deutschland sichern § 41 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG), Vorschriften in allen Landespressegesetzen (LPrG) sowie §§ 57, 59 des Rundfunk- und Telemedienstaatsvertrages (RfTmStV) als Ausfluss der in Art. 5 Abs. 1 GG, Art. 10 Abs. 1 S. 2 EMRK, Art. 11 EU-GR-Charta verankerten Medien- und Pressefreiheit¹ die Unanwendbarkeit von Datenschutzrecht und Datenschutzaufsicht auf die digitale und gedruckte Presse. Dabei schützt „[d]as durch die Presse- und Rundfunkfreiheit verfassungsrechtlich vorgegebene Medienprivileg“ die Datenverarbeitung zu publizistischen Zwecken „umfassend“, es erstreckt sich von der Beschaffung der Information über die Speicherung und Verarbeitung in der Redaktion bis hin zur Veröffentlichung in aktuellen Ausgaben und der dauerhaften Bereithaltung in Archiven².

2. Die insoweit noch bis zum 24.5.2018 einschlägige Vorgabe des europäischen Sekundärrechts findet sich in Art. 9 der RiLi 95/46/EU – EU-Datenschutzrichtlinie (im Folgenden DSRL) –, der unter der Überschrift „Verarbeitung personenbezogener Daten und Meinungsfreiheit“ bestimmt:

Art. 9 Verarbeitung personenbezogener Daten und Meinungsfreiheit

Die Mitgliedstaaten sehen für die Verarbeitung personenbezogener Daten, die allein zu journalistischen, künstlerischen oder literarischen Zwecken erfolgt, Abweichungen und Ausnahmen von diesem Kapitel sowie von den Kapiteln IV und VI nur insofern vor, als sich dies als notwendig erweist, um das Recht auf Privatsphäre mit den für die Freiheit der Meinungsäußerung geltenden Vorschriften in Einklang zu bringen.

Diese **Verpflichtung** der Mitgliedstaaten aus Art. 9 DSRL, die Unanwendbarkeit der Datenschutzrechtes auf die journalistische Datenverarbeitung sicherzustellen, wird ab dem 25.5.2018 durch Art. 85 Abs. 2 der Verordnung (EU) 2016/679 – Datenschutzgrundverordnung (im Folgenden: DSGVO) – abgelöst.

Art. 85 Verarbeitung und Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit

(1) ...

(2) Für die Verarbeitung, die zu journalistischen Zwecken oder zu wissenschaftlichen, künstlerischen oder literarischen Zwecken erfolgt, sehen die Mitgliedstaaten Abweichungen oder Ausnahmen von Kapitel II (Grundsätze), Kapitel III (Rechte der betroffenen Person), Kapitel IV (Verantwortlicher und Auftragsverarbeiter), Kapitel V (Übermittlung personenbezogener Daten an Drittländer oder an internationale Organisationen), Kapitel VI (Unabhängige Aufsichtsbehörden), Kapitel VII (Zusammenarbeit und Kohärenz) und Kapitel IX (Vorschriften für besondere Verarbeitungssituationen) vor, wenn dies erforderlich ist, um das Recht auf Schutz der personenbezogenen Daten mit der Freiheit der Meinungsäußerung und der Informationsfreiheit in Einklang zu bringen.

¹ Vgl. deutlich BGH, U. v. 20.4.2010 – VI ZR 245/08 – Sedlmayr III, Rz. 24, AfP 2010, 261 (264 r. Sp.); ebenso BGH, U. v. 15.12.2009 – VI ZR 227/08 – Sedlmayr I, NJW 2010, 757; BGH, U. v. 9.2.2010 – VI ZR 243/08 – Sedlmayr II, NJW 2010, 2432.

² Einschließlich der Zitate BGH, U. v. 20.4.2010 – VI ZR 245/08 – Sedlmayr III, Rz. 26, AfP 2010, 261 (265 I.Sp.), ebenso die weiteren in Fn. 1 genannten Entscheidungen.

Zusätzlich zur DSRL enthält Art. 85 Abs. 1 DSGVO den **Auftrag** an die Mitgliedsstaaten, auch über die spezielle Regelung des Art. 85 Abs. DSGVO (Art. 9 DSRL) hinaus Datenschutz auf der einen Seite sowie Meinungs-, Medien- und Informationsfreiheit auf der anderen Seite in Einklang zu bringen.

Art. 85 Verarbeitung und Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit

(1) Die Mitgliedstaaten bringen durch Rechtsvorschriften das Recht auf den Schutz personenbezogener Daten gemäß dieser Verordnung mit dem Recht auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit, einschließlich der Verarbeitung zu journalistischen Zwecken und zu wissenschaftlichen, künstlerischen oder literarischen Zwecken, in Einklang.

Art. 85 Abs. 1 DSGVO ist zum einen für nicht-journalistische Meinungsäußerungen und Tatsachenbehauptungen relevant (dazu unten unter B). Zum anderen ist er bedeutsam, um die richtigerweise auch hier genannte journalistische Datenverarbeitung gegebenenfalls außerhalb des Anwendungsbereichs des Absatzes 2 zu schützen.

3. Für den deutschen Gesetzgeber kommt es nun darauf an, auch unter dem neuen unmittelbar anwendbaren europäischen Datenschutzrecht die redaktionelle Pressefreiheit voll umfänglich zu erhalten und vor einer Beschädigung durch Datenschutzrecht zu bewahren.

a) Inhaltlich verlangen und ermöglichen Art. 85 Abs. 2 DSGVO und Art. 85 Abs. 1 DSGVO unproblematisch, die bestehenden Bereichsausnahmen zum Schutz der Pressefreiheit ohne Abstriche aufrecht zu erhalten. Es kann und muss bei der umfassenden Ausnahme für die redaktionelle Datenverarbeitung bleiben, die lediglich Anforderungen an Datensicherheit und Datengeheimnis gestattet. Tatsächlich ist Art. 85 Abs. 2 DSGVO sogar noch pressefreiheitsfreundlicher als der bis 2018 geltende Art. 9 DSRL. Und Art. 85 Abs. 1 DSGVO erlaubt weitergehend sogar eine freiheitsangemessene Regelung über den von Art. 85 Abs. 2 DSGVO erfassten Bereich hinaus.

b) Es ist jedoch rechtstechnisch notwendig, die Bereichsausnahmen in den Landespressegesetzen (für die gedruckte und anderweitig verkörperte Presse) sowie im Rundfunk- und Telemedienstaatsvertrag (für die digitalen redaktionellen Presseangebote) von Ausnahmen zum noch geltenden Bundesdatenschutzgesetz auf Ausnahmen von der Datenschutzgrundverordnung und von etwaigen verbleibenden Bestimmungen in einem neuen Bundesdatenschutzgesetz umzustellen (unten aa). Außerdem sollte auch das neue Bundesdatenschutzgesetz den § 41 BDSG unter Anpassung an das neue Recht fortschreiben (unten bb).

aa) Die geltenden Normen der **Landespressegesetze** und des **Rundfunk- und Telemedienstaatsvertrages** begrenzen ihrem Wortlaut nach lediglich die Anwendbarkeit des Bundesdatenschutzgesetzes, das – wenn es bis dahin nicht aufgehoben wird – jedenfalls mit der Geltung der DSGVO seine Wirksamkeit verlieren wird.

aaa) Ab dem 25.5.2018 sind es zunächst und vor allem die Datenverarbeitungsverbote der **DSGVO** bzw. die Vorschriften zur Datenschutzaufsicht der DSGVO, die unter Verdrängung anders lautenden nationalen Rechts unmittelbar in Deutschland gelten und die Pressefreiheit weitgehend abschaffen werden, wenn bis dahin keine hinreichend robusten Ausnahmen **von der DSGVO** geschaffen sind. Pressegesetze und Rundfunkstaatsvertrag müssen deshalb vom 25.5.2018 an die Vorschriften der DSGVO mit Ausnahme von Vorschriften zur Datensicherheit und zum Datengeheimnis für unanwendbar erklären.

bbb) Die Datenschutzgrundverordnung wird zwar einen Großteil des materiellen und formellen Datenschutzrechts unmittelbar regeln, enthält aber für einzelne Bereiche Ermächtigungen der Mitgliedsstaaten, spezifische Regelungen vorzusehen. Der Bundestag hat dazu am 27.4.2017 ein Datenschutzanpassungsgesetz beschlossen, das das noch geltende BDSG (im Folgenden BDSG alt) zum 25.5.2018 außer Kraft setzt und durch ein neues BDSG (im Folgenden BDSG neu) ersetzt (Art. 1 und Art. 10 des Datenschutz-Anpassungs- und -Umsetzungsgesetzes, BR-Drs. 332/17). Das BDSG (neu) nutzt Ermächtigungen der DSGVO zur ergänzenden Regelung der Verarbeitung bestimmter Datenkategorien und wird insoweit in begrenztem Umfang nationales Datenschutzrecht zusätzlich zu dem unmittelbar geltenden europäischen Ordnungsrecht aufrecht erhalten (bspw. § 22 BDSG (neu)). Außerdem werden die Überwachungs-, Verbots- und sonstigen Eingriffsbefugnisse der Datenschutzaufsichtsbehörden im BDSG (neu) geregelt werden. Deshalb müssen die Pressegesetze und der Rundfunkstaatsvertrag neben der DSGVO **auch das BDSG (neu) für unanwendbar erklären**.

bb) Zusätzlich bedarf es einer Anpassung des **§ 41 BDSG**. Das denkbare Argument, mit dem Wegfall der Presserechtsrahmengesetzgebungskompetenz des Bundes sei auch die Notwendigkeit für eine entsprechende Schutzvorschrift zugunsten der redaktionellen Pressefreiheit entfallen, überzeugt nicht.

aaa) Es ist bislang – soweit ersichtlich – nicht verbindlich geklärt, ob die Regelung der Verarbeitung personenbezogener Daten zu journalistischen Zwecken durch privatwirtschaftliche Presseunternehmen im Sachzusammenhang der Bundesgesetzgebungskompetenz des Rechtes der Wirtschaft oder im Sachzusammenhang der Landesgesetzgebungskompetenz für das Presse- und Medienrecht steht. Das Bundesverfassungsgericht hat Entscheidungen über die Zuordnung verschiedener presserelevanter Sachfragen (bspw. Verjährung von Presseinhaltsdelikten, Zeugnisverweigerungsrecht) entweder zu einer Bundes- oder Landesgesetzgebungskompetenz anhand einer Bewertung der Eigenheiten der jeweiligen Konstellation getroffen. Es wäre für die Pressefreiheit in Deutschland fatal, wenn die Regelung des redaktionellen Datenschutzes doch irgendwann einmal der Gesetzgebungskompetenz des Bundes zugeordnet würde und dann infolge des Fehlens einer bundesgesetzlichen Schutzvorschrift die Pressefreiheit rückwirkend beseitigt würde. In dieser Situation kann der Bund die Pressefreiheit nur dadurch sichern, dass er in das Allgemeine Bundesdatenschutzgesetz eine eigene

Schutzvorschrift aufnimmt. Das kann durch eine Fortschreibung des Regelungsgehaltes des § 41 Abs. 1 BDSG in einer entsprechenden Norm im BDSG (neu) geschehen (vgl. unten unter VII.). Möglich wäre es aber auch, dass der Bund – zusätzlich zu und neben den Ländervorschriften in Pressegesetzen und Rundfunk- und Telemedienstaatsvertrag – eine gleichermaßen robuste Bereichsausnahme in das BDSG (neu) aufnimmt (ebenfalls unten unter VII.). In beiden Fällen wäre die Pressefreiheit für den Fall abgesichert, dass die redaktionelle Datenverarbeitung der privatwirtschaftlich verfassten Presse einer Bundesgesetzgebungskompetenz zugeordnet werden sollte. Wird sie hingegen letztlich der Landesgesetzgebungskompetenz zugeschlagen, schadet die nur dann unnötige Norm in keiner Weise. Sie wäre im Gegenteil sogar die klarste Art und Weise, in der der Bundesgesetzgeber sich zu einer ungeschmälernten Pressefreiheit in Zeiten bekennen würde, in denen dies innerhalb der 28 Mitgliedsstaaten der EU nicht selbstverständlich ist und eine in dieser Hinsicht auch politisch klare Positionierung Deutschlands wichtiger ist denn je.

bbb) Das BDSG (neu) muss in jedem Fall an geeigneter Stelle klarstellen, dass es an der umfassenden Ausnahme der journalistisch-redaktionellen Datenverarbeitung der Presse von allen Datenschutzbestimmungen unter Einschluss der Datenschutzaufsicht außer denjenigen zur Datensicherheit und zum Datengeheimnis festhält. Das wäre, wie erörtert, am besten durch eine eigene Schutzvorschrift im BDSG (neu) geschehen (soeben aaa). Anderenfalls muss der Gesetzgeber jedenfalls explizit erklären, dass er einen § 41 BDSG entsprechenden, ungeschmälernten Schutz weiterhin für unverzichtbar hält.

Diesen Weg hat das BDSG (neu) gewählt, indem die Gesetzesbegründung festhält (BT Drs. 18/11325, S. 79):

*„Für die Verarbeitung personenbezogener Daten von Unternehmen und Hilfsunternehmen der Presse ausschließlich zu eigenen journalistisch-redaktionellen oder literarischen Zwecken fand das BDSG a. F. nach dem sogenannten Presseprivileg des § 41 Absatz 1 BDSG a. F. nur sehr eingeschränkt Anwendung. Für das Pressewesen sind nunmehr ausschließlich die Länder zuständig. Aus kompetenzrechtlichen Gründen kann § 41 Absatz 1 BDSG a. F. daher nicht beibehalten werden. **Der Bundesgesetzgeber geht aber davon aus, dass die insofern zuständigen Landesgesetzgeber das Presseprivileg wie bisher absichern werden.**“ (Hervorhebung nur hier)*

ccc) Eine solche Klarstellung musste unter anderem und insbesondere mit Blick darauf erfolgen, dass die Regelungen des BDSG (neu) für Berufsgeheimnisträger nicht auf die journalistisch-redaktionelle Datenverarbeitung der Journalisten Anwendung finden darf. Denn diese Regelungen, die nicht auf Art. 95 DSGVO sondern auf Art. 90 DSGVO gestützt sind, erklären die datenschutzrechtliche Aufsicht ebenso wie das materielle Datenschutzrecht für Berufsgeheimnisträger weitgehend für anwendbar und würden im Falle der Anwendung auf Journalisten die redaktionelle Pressefreiheit, wie sie heute noch § 41 BDSG und Pressegesetzen wie Rundfunk- und Telemedienstaatsvertrag schützen, konterkarieren.

c) Die Notwendigkeit einer mitgliedstaatlichen Anpassung des Pressefreiheitsschutzes im Datenschutzrecht ergibt sich aus der – letztlich verfehlten und für die Entwicklung der EU enttäuschenden – europapolitischen Entscheidung, zwar die Verbote des Datenschutzrechts unmittelbar und mit Verfassungsvorrang in ganz Europa gelten zu lassen, die damit für jedwede Pressefreiheit nötigen Ausnahmen aber nicht ebenso konsequent und mit ebenso unmittelbarer Geltung im europäischen Recht festzuschreiben. Eine unmittelbar anwendbare umfassende europäische Ausnahme für die journalistische Datenverarbeitung hätte die Frage der Abwägung zwischen Persönlichkeitsrechten und informationellem Selbstbestimmungsrecht einerseits und Pressefreiheit andererseits ohne weiteres den nationalen Regelungen zum Persönlichkeits-, Äußerungs- und Medienrecht überlassen, wo sie auch hingehört.

4. Länder und Bund stehen in der Verantwortung, die redaktionelle Pressefreiheit ungeschmälert zu erhalten.

Die deutschen Presseverleger und Journalisten haben in den Jahren des mühsamen politischen Kampfes um den Erhalt des Art. 9 DSRL in Gestalt des Art. 85 Abs. 2 DSGVO von Bundes- und Landespolitikern immer wieder Zusagen erhalten, dass jedenfalls der status quo der redaktionellen Freiheit der gedruckten und digitalen Presse im Falle der Notwendigkeit einer erneuten Umsetzung der Bereichsausnahmen erhalten bleiben müsse. Wir vertrauen zuversichtlich darauf, dass weder Länder noch Bund die Neuregelung zum Anlass für regulatorische Zugriffe auf die Pressefreiheit unter der Flagge des Datenschutzes nehmen werden. Stattdessen ist es – auch mit Blick auf die fragile Situation der Pressefreiheit bei einer Gesamtbetrachtung der Mitgliedstaaten in der EU und der deshalb umso wichtigeren Mitprägungsfunktion Deutschlands – dringend erforderlich, dass die deutschen Gesetzgeber die redaktionelle Pressefreiheit umfassend und robust gegen den Zugriff von Datenschutzrecht und Datenschutzaufsicht abschirmen.

Minimales Erfordernis für den Schutz des status quo redaktioneller Pressefreiheit ist, dass die Länder die umfassenden Bereichsausnahmen in ihren Landespressengesetzen bzw. Mediengesetzen sowie in § 57 und 59 Rundfunk- und Telemediensstaatsvertrag bei der Anpassung inhaltlich unverändert lassen, insbesondere unverändert höchstens Anforderungen an Datensicherheit und Datengeheimnis stellen und auch die Freiheit von der Aufsicht der Datenschutzaufsichtsbehörden unangestastet bleibt. Im gleichen Sinne sollte auch eine § 41 BDSG (alt) entsprechende Regelung in das BDSG (neu) aufgenommen werden.

V. Anpassung der Landespressegesetze (Bsp. Baden-Württemberg, Bayern, Hamburg und Sachsen)

Baden-Württemberg:

§ 12 PresseG BW Anwendbarkeit des Bundesdatenschutzgesetzes

Soweit Unternehmen und Hilfsunternehmen der Presse personenbezogene Daten ausschließlich zu eigenen journalistisch-redaktionellen oder literarischen Zwecken erheben, verarbeiten und nutzen, gelten von den Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes vom 20. Dezember 1990 (BGBl. I S. 2955), zuletzt geändert durch Artikel 12 des Gesetzes vom 21. August 2002 (BGBl. I S. 3322), in seiner jeweils gültigen Fassung nur die §§ 5, 9 und 38a sowie § 7 mit der Maßgabe, dass nur für Schäden gehaftet wird, die durch eine Verletzung von § 5 oder § 9 des Bundesdatenschutzgesetzes eintreten.

Anpassung an DSGVO und BDSG (neu):

§ 12 PresseG BW Anwendbarkeit der Datenschutzgrundverordnung und des Bundesdatenschutzgesetzes (neu)

Soweit Unternehmen und Hilfsunternehmen der Presse personenbezogene Daten ~~ausgeschlossen~~ zu ~~eigenen~~ journalistisch-redaktionellen oder literarischen Zwecken ~~erheben, verarbeiten und nutzen~~, gelten [von den Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes **vom xx.xx.2017 (BGBl. I S. XXXX)** und **der Verordnung (EU) 2016/679 vom 27.4.2016**]¹ nur die **§§ 53², 83³ des Bundesdatenschutzgesetzes sowie die Artikel 5 Abs. 1 f)⁴ und Artikel 82⁵ der Verordnung (EU) 2016/679** mit der Maßgabe, dass nur für Schäden gehaftet wird, die durch Verletzung des Datengeheimnisses nach **§ 53** des Bundesdatenschutzgesetzes oder durch unzureichende technische oder organisatorische Maßnahmen im Sinne des **Art. 5 Abs. 1 f) der Verordnung (EU) 2016/679** eintreten.

¹ Dass sowohl DSGVO als auch BDSG (neu) im Übrigen keine Anwendung finden, wird auch ohne den in eckige Klammern gesetzten Teil des Vorschlags wohl sogar noch eleganter normiert; es empfiehlt sich dann lediglich zu Klarstellungszwecken ein entsprechender Hinweis in der Gesetzesbegründung.

² § 53 BDSG (neu) regelt wie § 5 BDSG (alt) das sog. Datengeheimnis. Es handelt sich um eine Rechtsfolgenverweisung. Sie regelt die Verpflichtung der Redaktionsmitarbeiter, die Daten nicht unbefugt zu verarbeiten, also nicht zu anderen als redaktionellen Zwecken zu verarbeiten.

³ § 83 BDSG (neu) regelt wie § 7 BDSG (alt) den Schadensersatz, und zwar im Falle der Verletzung von Vorschriften des BDSG (neu), hier also des § 53 BDSG (Datengeheimnis).

⁴ Art. 5 Abs. 1 f) DSGVO regelt entsprechend § 9 BDSG (alt) die Verpflichtung zur Datensicherheit durch technische und organisatorische Maßnahmen, hier also die Verpflichtung, durch technische und organisatorische Maßnahmen sicherzustellen, dass die Redaktionsdaten nicht zu anderen als journalistisch-redaktionellen Zwecken verarbeitet werden.

⁵ Art. 82 DSGVO regelt wie § 7 BDSG (alt) den Schadensersatz, und zwar im Falle der Verletzung von Vorschriften der DSGVO, hier also des Art. 5 Abs. 1 f) DSGVO (Datensicherheit).

Bayern:

Art. 10a Bayerisches Pressegesetz

Soweit Unternehmen oder Hilfsunternehmen der Presse personenbezogene Daten ausschließlich zu eigenen journalistisch-redaktionellen oder literarischen Zwecken unter Einsatz von Datenverarbeitungsanlagen oder in oder aus nichtautomatisierten Dateien erheben, verarbeiten oder nutzen, gelten von den Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes nur die §§ 5, 9 und 38a sowie § 7 mit der Maßgabe, dass für Schäden gehaftet wird, die durch eine Verletzung des Datengeheimnisses im Sinn des § 5 des Bundesdatenschutzgesetzes oder durch unzureichende technische oder organisatorische Maßnahmen im Sinn des § 9 des Bundesdatenschutzgesetzes eintreten.

Anpassung an DSGVO und BDSG (neu):

Art. 10a Bayerisches Pressegesetz

Soweit Unternehmen und Hilfsunternehmen der Presse als Anbieter von Telemedien personenbezogene Daten ~~ausschließlich zu eigenen~~ journalistisch-redaktionellen oder literarischen Zwecken unter Einsatz von Datenverarbeitungsanlagen oder in oder aus nichtautomatisierten Dateien ~~erheben, verarbeiten und nutzen~~, gelten [von den Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes **vom xx.xx.2017 (BGBl. I S. XXXX)** und **der Verordnung (EU) 2016/679 vom 27.4.2016**]¹ nur die **§§ 53², 83³ des Bundesdatenschutzgesetzes sowie die Artikel 5 Abs. 1 f**⁴ und **Artikel 82**⁵ **der Verordnung (EU) 2016/679** mit der Maßgabe, dass nur für Schäden gehaftet wird, die durch Verletzung des Datengeheimnisses nach **§ 53** des Bundesdatenschutzgesetzes oder durch unzureichende technische oder organisatorische Maßnahmen im Sinne des **Art. 5 Abs. 1 f) der Verordnung (EU) 2016/679** eintreten.

¹ Dass sowohl DSGVO als auch BDSG (neu) im Übrigen keine Anwendung finden, wird auch ohne den in eckige Klammern gesetzten Teil des Vorschlags wohl sogar noch eleganter normiert; es empfiehlt sich dann lediglich zu Klarstellungszwecken ein entsprechender Hinweis in der Gesetzesbegründung.

² § 53 BDSG (neu) regelt wie § 5 BDSG (alt) das sog. Datengeheimnis. Es handelt sich hier um eine Rechtsfolgenverweisung. Sie regelt die Verpflichtung der Redaktionsmitarbeiter, die Daten nicht unbefugt zu verarbeiten, also nicht zu anderen als redaktionellen Zwecken zu verarbeiten.

³ § 83 BDSG (neu) regelt wie § 7 BDSG (alt) den Schadensersatz, und zwar im Falle der Verletzung von Vorschriften des BDSG (neu), hier also des § 49 BDSG (Datengeheimnis).

⁴ Art. 5 Abs. 1 f) DSGVO regelt entsprechend § 9 BDSG (alt) die Verpflichtung zur Datensicherheit durch technische und organisatorische Maßnahmen, hier also die Verpflichtung, durch technische und organisatorische Maßnahmen sicherzustellen, dass die Redaktionsdaten nicht zu anderen als journalistisch-redaktionellen Zwecken verarbeitet werden.

⁵ Art. 82 DSGVO regelt wie § 7 BDSG (alt) den Schadensersatz, und zwar im Falle der Verletzung von Vorschriften der DSGVO, hier also des Art. 5 Abs. 1 f) DSGVO (Datensicherheit).

Hamburg:

§ 11a Anwendbarkeit des Bundesdatenschutzgesetzes

¹Soweit Unternehmen oder Hilfsunternehmen der Presse personenbezogene Daten ausschließlich zu eigenen journalistisch-redaktionellen oder literarischen Zwecken erheben, verarbeiten oder nutzen, gelten von den Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes nur die §§ 5, 9 und 38 a sowie § 7 mit der Maßgabe, dass nur für Schäden gehaftet wird, die durch eine Verletzung des Datengeheimnisses nach § 5 des Bundesdatenschutzgesetzes oder durch unzureichende technische oder organisatorische Maßnahmen im Sinne des § 9 des Bundesdatenschutzgesetzes eintreten.

²Soweit Unternehmen nicht der Selbstregulierung durch den Pressekodex und die Beschwerdeordnung des Deutschen Presserats unterliegen, gelten für sie die Vorschriften von § 41 Absatz 3 und Absatz 4 Satz 1 BDSG entsprechend.

Anpassung an die Datenschutzgrundverordnung und das BDSG (neu):§ 11a Anwendbarkeit der Datenschutzgrundverordnung und des Bundesdatenschutzgesetzes
(neu)

Soweit Unternehmen und Hilfsunternehmen der Presse personenbezogene Daten ~~ausschließlich zu eigenen journalistisch-redaktionellen oder literarischen Zwecken erheben, verarbeiten und nutzen~~, gelten [von den Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes ~~vom xx.xx.2017 (BGBl. I S. XXXX)~~ und ~~der Verordnung (EU) 2016/679 vom 27.4.2016~~]¹ nur die ~~§§ 53², 83³ des Bundesdatenschutzgesetzes sowie die Artikel 5 Abs. 1 f⁴ und Artikel 82⁵ der Verordnung (EU) 2016/679~~ mit der Maßgabe, dass nur für Schäden gehaftet wird, die durch Verletzung des Datengeheimnisses nach ~~§ 53~~ des Bundesdatenschutzgesetzes oder durch unzureichende technische oder organisatorische Maßnahmen im Sinne des ~~Art. 5 Abs. 1 f~~ der ~~Verordnung (EU) 2016/679~~ eintreten.

[§ 11a Satz 2 des hamburgischen Pressegesetzes wird hier nicht übernommen. Sollte dennoch an der Norm festgehalten werden, empfiehlt sich eine Ausformulierung, da eine geeignete Verweisnorm in der DSGVO und im BDSG (neu) nicht ersichtlich ist.]

¹ Dass sowohl DSGVO als auch BDSG (neu) im Übrigen keine Anwendung finden, wird auch ohne den in eckige Klammern gesetzten Teil des Vorschlags wohl sogar noch eleganter normiert; es empfiehlt sich dann lediglich zu Klarstellungszwecken ein entsprechender Hinweis in der Gesetzesbegründung.

² § 53 BDSG (neu) regelt wie § 5 BDSG (alt) das sog. Datengeheimnis. Es handelt sich hier um eine Rechtsfolgenverweisung. Sie regelt die Verpflichtung der Redaktionsmitarbeiter, die Daten nicht unbefugt zu verarbeiten, also nicht zu anderen als redaktionellen Zwecken zu verarbeiten.

³ § 83 BDSG (neu) regelt wie § 7 BDSG (alt) den Schadensersatz, und zwar im Falle der Verletzung von Vorschriften des BDSG (neu), hier also des § 53 BDSG (Datengeheimnis).

⁴ Art. 5 Abs. 1 f) DSGVO regelt entsprechend § 9 BDSG (alt) die Verpflichtung zur Datensicherheit durch technische und organisatorische Maßnahmen, hier also die Verpflichtung, durch technische und organisatorische Maßnahmen sicherzustellen, dass die Redaktionsdaten nicht zu anderen als journalistisch-redaktionellen Zwecken verarbeitet werden.

⁵ Art. 82 DSGVO regelt wie § 7 BDSG (alt) den Schadensersatz, und zwar im Falle der Verletzung von Vorschriften der DSGVO, hier also des Art. 5 Abs. 1 f) DSGVO (Datensicherheit).

Rheinland-Pfalz**§ 5 Pressegesetz**
Geltung des Bundesdatenschutzgesetzes

Soweit Unternehmen oder Hilfsunternehmen der Presse personenbezogene Daten ausschließlich zu eigenen journalistisch-redaktionellen oder literarischen Zwecken erheben, verarbeiten oder nutzen, gelten von den Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) nur die §§ 5, 7, 9 und 38a; § 7 mit der Maßgabe, dass nur für Schäden gehaftet wird, die durch eine Verletzung des Datengeheimnisses nach § 5 BDSG oder durch unzureichende technische oder organisatorische Maßnahmen im Sinne des § 9 des Bundesdatenschutzgesetzes eintreten.

Anpassung an DSGVO und BDSG (neu):**§ 5 Pressegesetz**

Soweit Unternehmen und Hilfsunternehmen der Presse als Anbieter von Telemedien personenbezogene Daten ~~ausschließlich zu eigenen~~ journalistisch-redaktionellen oder literarischen Zwecken ~~erheben, verarbeiten und nutzen~~, gelten [von den Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes **vom xx.xx.2017 (BGBl. I S. XXXX)** und **der Verordnung (EU) 2016/679 vom 27.4.2016**]¹ nur die **§§ 53², 83³ des Bundesdatenschutzgesetzes sowie die Artikel 5 Abs. 1 f)⁴ und Artikel 82⁵ der Verordnung (EU) 2016/679** mit der Maßgabe, dass nur für Schäden gehaftet wird, die durch Verletzung des Datengeheimnisses nach **§ 53** des Bundesdatenschutzgesetzes oder durch unzureichende technische oder organisatorische Maßnahmen im Sinne des **Art. 5 Abs. 1 f) der Verordnung (EU) 2016/679** eintreten.

¹ Dass sowohl DSGVO als auch BDSG (neu) im Übrigen keine Anwendung finden, wird auch ohne den in eckige Klammern gesetzten Teil des Vorschlags wohl sogar noch eleganter normiert; es empfiehlt sich dann lediglich zu Klarstellungszwecken ein entsprechender Hinweis in der Gesetzesbegründung.

² § 53 BDSG (neu) regelt wie § 5 BDSG (alt) das sog. Datengeheimnis. Es handelt sich hier um eine Rechtsfolgenverweisung. Sie regelt die Verpflichtung der Redaktionsmitarbeiter, die Daten nicht unbefugt zu verarbeiten, also nicht zu anderen als redaktionellen Zwecken zu verarbeiten.

³ § 83 BDSG (neu) regelt wie § 7 BDSG (alt) den Schadensersatz, und zwar im Falle der Verletzung von Vorschriften des BDSG (neu), hier also des § 53 BDSG (Datengeheimnis).

⁴ Art. 5 Abs. 1 f) DSGVO regelt entsprechend § 9 BDSG (alt) die Verpflichtung zur Datensicherheit durch technische und organisatorische Maßnahmen, hier also die Verpflichtung, durch technische und organisatorische Maßnahmen sicherzustellen, dass die Redaktionsdaten nicht zu anderen als journalistisch-redaktionellen Zwecken verarbeitet werden.

⁵ Art. 82 DSGVO regelt wie § 7 BDSG (alt) den Schadensersatz, und zwar im Falle der Verletzung von Vorschriften der DSGVO, hier also des Art. 5 Abs. 1 f) DSGVO (Datensicherheit).

Sachsen:

§ 11a Sächsisches Pressegesetz
Anwendbarkeit des Bundesdatenschutzgesetzes

Soweit Unternehmen oder Hilfsunternehmen der Presse personenbezogene Daten ausschließlich zu eigenen journalistisch-redaktionellen oder literarischen Zwecken erheben, verarbeiten oder nutzen, finden die §§ 5, 9 und 38a des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) vom 20. Dezember 1990 (BGBl. I S. 2954, 2955), das zuletzt durch Artikel 3 Abs. 3 des Gesetzes vom 26. Juni 2001 (BGBl. I S. 1254, 1260) geändert worden ist, in der jeweils geltenden Fassung, Anwendung. Weiterhin gilt § 7 BDSG in der jeweils geltenden Fassung mit der Maßgabe, dass nur für Schäden gehaftet wird, die durch eine Verletzung des Datengeheimnisses nach § 5 BDSG oder durch unzureichende technische oder organisatorische Maßnahmen im Sinne des § 9 BDSG eintreten.

Anpassung an DSGVO und BDSG (neu):

1. Variante: Auf der Grundlage des unter dem im Mai vom Staatsministerium des Innern versandten Gesetzesentwurfes (siehe dazu gesonderte Stellungnahme):

§ 11a
Datenverarbeitung für journalistische Zwecke

Soweit Unternehmen und Hilfsunternehmen der Presse personenbezogene Daten zu eigenen journalistisch oder literarischen Zwecken verarbeiten, ist es den bei der Verarbeitung beschäftigten Personen untersagt, diese personenbezogenen Daten zu anderen Zwecken unbefugt zu verarbeiten (Datengeheimnis). Diese Personen sind bei der Aufnahme ihrer Tätigkeit auf das Datengeheimnis zu verpflichten. Das Datengeheimnis besteht auch nach Beendigung ihrer Tätigkeit fort. Im Übrigen finden die Kapitel I, VIII, X, XI ~~nur~~ die Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe f und Artikel 82 der Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (ABl. EU L 119 vom 04.05.2016, S. 1) mit der Maßgabe Anwendung, dass nur für Schäden gehaftet wird, die durch Verletzung des Datengeheimnisses oder durch unzureichende technische oder organisatorische Maßnahmen im Sinne des Artikels 5 Absatz 1 Buchstabe f der Verordnung (EU) 2016/679 eintreten.

2. Variante:

§ 11a
Datenverarbeitung für journalistische Zwecke

Soweit Unternehmen und Hilfsunternehmen der Presse personenbezogene Daten ausschließlich zu eigenen journalistisch-redaktionellen oder literarischen Zwecken erheben, verarbeiten und nutzen, finden **nur** die §§ 53¹, 83² des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) vom xx. Monat 2017 (BGBl. I S. xxxx) sowie die Artikel 5 Abs. 1 f)³ und Artikel 82⁴ der Verordnung (EU) 2016/679 mit der Maßgabe Anwendung, dass nur für Schäden gehaftet wird, die durch Verletzung des Datengeheimnisses nach § 53 BDSG oder durch unzureichende technische oder organisatorische Maßnahmen im Sinne des Art. 5 Abs. 1 f) der Verordnung (EU) 2016/679 eintreten.

¹ § 53 BDSG (neu) regelt wie § 5 BDSG (alt) das sog. Datengeheimnis. Es handelt sich hier um eine Rechtsfolgenverweisung. Sie regelt die Verpflichtung der Redaktionsmitarbeiter, die Daten nicht unbefugt zu verarbeiten, also nicht zu anderen als redaktionellen Zwecken zu verarbeiten.

² § 83 BDSG (neu) regelt wie § 7 BDSG (alt) den Schadensersatz, und zwar im Falle der Verletzung von Vorschriften des BDSG (neu), hier also des § 53 BDSG (Datengeheimnis).

³ Art. 5 Abs. 1 f) DSGVO regelt entsprechend § 9 BDSG (alt) die Verpflichtung zur Datensicherheit durch technische und organisatorische Maßnahmen, hier also die Verpflichtung, durch technische und organisatorische Maßnahmen sicherzustellen, dass die Redaktionsdaten nicht zu anderen als journalistisch-redaktionellen Zwecken verarbeitet werden.

⁴ Art. 82 DSGVO regelt wie § 7 BDSG (alt) den Schadensersatz, und zwar im Falle der Verletzung von Vorschriften der DSGVO, hier also des Art. 5 Abs. 1 f) DSGVO (Datensicherheit).

1. Personaler Anwendungsbereich

Wenn die Länder wie bislang unter Art. 9 DSRL an dem Personenkreis der „Unternehmen und Hilfsunternehmen der Presse“ festhalten wollen, sollte jedenfalls in der Begründung festgehalten werden, dass ein weiter Pressebegriff zugrunde gelegt wird.

Vgl. dazu Erwgg. 153 DSGVO a. E.: „Um der Bedeutung des Rechts auf freie Meinungsäußerung in einer demokratischen Gesellschaft Rechnung zu tragen, müssen Begriffe wie Journalismus, die sich auf diese Freiheit beziehen, weit ausgelegt werden.“

Für die Presse würde es – bei sorgfältiger Umsetzung – auch kein Problem sein, die Tatbestandsmerkmale „Unternehmen und Hilfsunternehmen der Presse“ aufzugeben und bspw. genügen zu lassen: „Soweit Anbieter von Telemedien personenbezogene Daten zu journalistisch-redaktionellen oder literarischen Zwecken verarbeiten“. Das schafft auch keine Probleme für § 57 Abs. 2 S. 4 und § 59 Abs. 1 S. 3, da dort nach wie vor nur diejenigen Telemedienanbieter erfasst werden, die dem Pressekodex unterliegen.

2. Erfasste Daten:

Mit der Zweckbestimmung auf „journalistisch-redaktionelle oder literarische Zwecke“ wird sichergestellt, dass die journalistische Datenverarbeitung von der Beschaffung der Information über die Verarbeitung in der Redaktion bis hin zur Veröffentlichung, auch in digitalen Archiven, erfasst wird. Angesichts immer wieder vorgetragener Angriffe sollte insbesondere letzteres in der Begründung zweifelsfrei wiederholt werden.

Es werden also nicht nur die für die Veröffentlichung der Artikel unmittelbar nötigen Datenverarbeitungen, sondern auch das nur der Redaktion zugängliche Redaktionsarchiv und die öffentlichen Pressearchive geschützt.

3. Streichung von ausschließlich:

Das „allein“ zu journalistischen Zwecken in Art. 9 DSRL wurde in Art. 85 Abs. 2 DSGVO gestrichen; das kann in der Umsetzung nachvollzogen werden. Damit sollte es nun möglich sein, bspw. die Spesenabrechnung über die Bewirtung eines Informanten, deren Verarbeitung immer auch steuerlichen Zwecken dient, als geschützt anzusehen. Verarbeitung von Daten, die nicht journalistischen Zwecken dient, bleibt ausgeschlossen.

4. Streichung von „eigenen“

Streichung von „eigenen“: Warum soll nicht ein Rechercheverbund unter Presseverlagen möglich sein, bei dem die Daten bspw. bei der Weitergabe an den Partner nicht für eigene Zwecke verarbeitet werden?

5. Erfasste Datenverarbeitung: „verarbeiten“

„Verarbeiten“ ist nun gemäß Art. 4 Abs. 2 DSGVO der Oberbegriff für alle denkbaren Formen des datenschutzrechtlich relevanten Umgangs mit Daten. Wenn die Länder dennoch an der Aufzählung von drei Verben festhalten wollen, sollte es auch nicht stören.

6. Anwendbares und nicht anwendbares Datenschutzrecht.

In der Sache ist wie bislang alles Datenschutzrecht unanwendbar mit Ausnahme von Vorschriften zur Datensicherheit und zum Datengeheimnis und darauf bezogenen Schadensersatzansprüchen.

a) Anwendbar sind unverändert nur die Vorschriften über die Datensicherheit und das Datengeheimnis sowie der entsprechend begrenzte Schadensersatzanspruch

Das **Datengeheimnis**, bislang § 5 BDSG, findet in der DSGVO keine entsprechend spezielle und passende Norm, wird aber im BDSG (neu) in § 53 explizit geregelt. Deshalb ist § 9 BDSG (alt) durch § 53 BDSG (neu) zu ersetzen. Es handelt sich um einen Rechtsfolgenverweisung, für die unerheblich ist, dass § 53 BDSG (neu) im Übrigen nur öffentliche Stellen erfasst.

Technische und organisatorische Maßnahmen zur Datensicherheit. Solche Maßnahmen enthält bislang § 9 BDSG. Sie finden sich in Art. 5 I f) DSGVO, ergänzt um Detailvorgaben in Art. 32 DSGVO, die aber vielfach nicht passen oder unangemessen erscheinen (Pseudonymisierung, Datenverarbeitung nur auf Anweisung oder bei Verpflichtung etc.). Deshalb wird hier auf Art. 5 I f) verwiesen, der dann im Wege der Auslegung auf den einzig sinnvoll möglichen Aspekt, die Absicherung gegen Zweckentfremdung für nicht journalistische Zwecke hin konkretisiert wird. Das ließe sich zur Klarstellung – anders als in diesem Vorschlag – auch in den Gesetzestext hineinschreiben, wäre aber ein größerer gesetzgebungstechnischer Aufwand als die bloße Ersetzung des § 9 BDSG durch Art. 5 I f) DSGVO

Schadensersatz, bislang § 7 BDSG, findet sich nun in § 83 BDSG (neu), und zwar im Falle der Verletzung von Vorschriften des BDSG (neu) und damit auch bei Verstößen gegen das Datengeheimnis gemäß § 53 BDSG (neu). Art. 82 DSGVO regelt den Schadensersatz im Fall der Verletzung von Pflichten aus der DSGVO, wird also für Art. 5 Abs. 1 f) DSGVO benötigt. Wie im geltenden Recht wird Schadensersatz auf die Verletzung dieser Pflichten begrenzt.

b) Nicht anwendbar sind damit die in Art. 85 Abs. 2 DSGVO genannten Kapitel II bis VII und IX. So wie die geltenden Bereichsausnahmen der Pressegesetze und des § 57 Abs. 1 RfTmStV die Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes zu den in Art. 9 DSRL genannten Richtlinien-Kapiteln für unanwendbar erklärt hatten, werden nun die unmittelbar geltenden Verordnungs-Kapitel für unanwendbar erklärt. Kapitel I spielt keine Rolle, da es nur Definitionen enthält.

c) Nichtanwendbarkeit der Art. 77 - 80 und 83 (aus Kapitel VIII DSGVO)

Kapitel VIII der Datenschutzgrundverordnung (Rechtsbehelfe, Haftung und Sanktionen) findet sich zwar nicht in Art. 85 Abs. 2 DSGVO mit seiner **Verpflichtung** zu Ausnahmen oder Befreiungen. Insoweit gilt aber der Art. 85 Abs. 1 DSGVO, der zwar keine Pflicht zu Ausnahmen vorsieht, aber auch nicht ausschließt, indem er den Mitgliedsstaaten insoweit die Möglichkeit zu angemessenen Regeln überlässt (vgl. oben unter A IV. 2.).

Aus Kapitel X wird die Schadensersatzverpflichtung des Art. 82 für die Datensicherheitsverpflichtung für anwendbar erklärt.

Die übrigen Artikel enthalten Vorgaben, die auf die redaktionelle Datenverarbeitung gerade nicht passen. Artikel 77 und 78 (Beschwerde bei und gegen eine Aufsichtsbehörde) machen keinen Sinn, da die Datenschutzaufsicht nicht greift. Das Gleiche gilt für Art. 83 f. (Geldbußen etc.). Die Vorschrift über Verbandsklagen etc. (Art. 80) ist ebenfalls nicht angemessen.

Die Bundesregierung hat 2014 im EU-Ministerrat vorgeschlagen, hier ausgenommene Artikel des VIII. Kapitels in Art. 85 Abs. 2 DSGVO aufzunehmen. Das wurde deshalb nicht weiter verfolgt, weil in diesem Stadium des Verfahrens keine Zeit mehr für solche neuen Diskussionen schien. Damals war aber auch noch völlig unsicher, ob es einen zusätzlichen Art. 85 Abs. 1 geben wird, der diese Ausnahmen wenn nicht verlangt, so doch ermöglicht. Mit der Einführung des Art. 85 Abs. 1 DSGVO war es letztlich auch nicht mehr erforderlich, auf dieser Erweiterung des Art. 85 Abs. 2 DSGVO zu bestehen.

d) Nichtanwendbarkeit des BDSG (neu): Der größte Teil des Datenschutzrechts wird unmittelbar durch die DSGVO geregelt werden. Deshalb wird das BDSG (alt) zum 25. Mai 2018 außer Kraft gesetzt. Nur noch aufgrund spezifischer und begrenzter Öffnungsklauseln erlaubt die DSGVO den Mitgliedsstaaten, für bestimmte Bereiche ergänzendes Datenschutzrecht zu erlassen. Das geschieht aber auch durch das BDSG (neu) in erheblichem Umfang. Deshalb ist auch das BDSG (neu) in die Bezugsnormen aufzunehmen.

7. Art. 40 ff. DSGVO als Nachfolger des § 38a BDSG weglassen

§ 38a BDSG, Verhaltenskodizes, findet sich nun unter Art. 40 ff. DSGVO. Die Vorschriften über von Aufsichtsbehörden genehmigte Verhaltensregeln passen aber für die redaktionelle Verarbeitung in keiner Weise. Die Überwachung durch Datenschutzaufsichtsbehörden wäre genau das Gegenteil der Freiheit von datenschutzbehördlicher Aufsicht. Deshalb sollten die Art. 40 ff. DSGVO nicht erwähnt werden. Art. 40 ff. DSGVO findet sich in Kapitel IV der DSGVO, das in Art. 85 Abs. 2 DSGVO genannt wird. Demgegenüber war Art. 27 RiLi 95/46/EG, der die europäische Vorgabe zu § 38a BDSG darstellt, in Kapitel V der Richtlinie enthalten, das in Art. 9 RiLi nicht genannt wurde. Die Vorschriften über optionale Verhaltensregeln konnten also unter Art. 9 RiLi nicht ausgenommen werden, sind aber nun in Art. 85 Abs. 2 DSGVO enthalten.

**VI. Anpassung für die digitale Presse, § 57 Abs. 1 RfTmStV
Kein Änderungsbedarf für § 57 Abs. 2 S. 4. und § 59 Abs. 1 S. 3 RfTmStV**

Ausgangslage:

§ 57 Datenschutz bei journalistisch-redaktionellen Zwecken

(1) Soweit Unternehmen und Hilfsunternehmen der Presse als Anbieter von Telemedien personenbezogene Daten ausschließlich zu eigenen journalistisch-redaktionellen oder literarischen Zwecken erheben, verarbeiten oder nutzen, gelten nur die §§ 5, 7, 9 und 38a des Bundesdatenschutzgesetzes mit der Maßgabe, dass nur für Schäden haftet wird, die durch Verletzung des Datengeheimnisses nach § 5 des Bundesdatenschutzgesetzes oder durch unzureichende technische oder organisatorische Maßnahmen im Sinne des § 9 des Bundesdatenschutzgesetzes eintreten. Besondere staatsvertragliche oder landesrechtliche Bestimmungen für den Rundfunk bleiben unberührt.

(2) Werden über Angebote personenbezogene Daten von einem Anbieter von Telemedien ausschließlich zu eigenen journalistisch-redaktionellen Zwecken verarbeitet und wird der Betroffene dadurch in seinen schutzwürdigen Interessen beeinträchtigt, kann er Auskunft über die zugrunde liegenden, zu seiner Person gespeicherten Daten verlangen. Die Auskunft kann nach Abwägung der schutzwürdigen Interessen der Beteiligten verweigert werden, soweit durch die Mitteilung die journalistische Aufgabe des Veranstalters durch Ausforschung des Informationsbestandes beeinträchtigt würde oder aus den Daten

1. auf Personen, die bei der Vorbereitung, Herstellung oder Verbreitung mitgewirkt haben oder
2. auf die Person des Einsenders oder des Gewährsträgers von Beiträgen, Unterlagen und Mitteilungen für den redaktionellen Teil

geschlossen werden kann. Der Betroffene kann die Berichtigung unrichtiger Daten oder die Hinzufügung einer eigenen Darstellung von angemessenem Umfang verlangen. Die Sätze 1 bis 3 gelten nicht für Angebote von Unternehmen und Hilfsunternehmen der Presse, soweit diese der Selbstregulierung durch den Pressekodex und der Beschwerdeordnung des Deutschen Presserates unterliegen.

(3) Führt die journalistisch-redaktionelle Verwendung personenbezogener Daten zur Verbreitung von Gegendarstellungen des Betroffenen oder zu Verpflichtungserklärungen, Verfügungen oder Urteilen über die Unterlassung der Verbreitung oder über den Widerruf des Inhalts der Daten, sind diese Gegendarstellungen, Unterlassungserklärungen oder Widerrufe zu den gespeicherten Daten zu nehmen und dort für dieselbe Zeitdauer aufzubewahren wie die Daten selbst sowie bei einer Übermittlung der Daten gemeinsam mit diesen zu übermitteln.

§ 59 Aufsicht

(1) ¹Die nach den allgemeinen Datenschutzgesetzen des Bundes und der Länder zuständigen Kontrollbehörden überwachen für ihren Bereich die Einhaltung der Datenschutzbestimmungen des Telemediengesetzes sowie des § 57. ²Die für den Datenschutz im journalistisch-redaktionellen Bereich beim öffentlich-rechtlichen Rundfunk zuständigen Stellen überwachen für ihren Bereich auch die Einhaltung der Datenschutzbestimmungen für journalistisch-redaktionelle Angebote bei Telemedien. ³Satz 1 gilt nicht, soweit Unternehmen und Hilfsunternehmen der Presse der Selbstregulierung durch den Pressekodex und der Beschwerdeordnung des Deutschen Presserates unterliegen.

Umstellung auf DSGVO und BDSG (neu) ab 25.5.2018

§ 57 Datenschutz bei journalistisch-redaktionellen Zwecken

(1) Soweit Unternehmen und Hilfsunternehmen der Presse als Anbieter von Telemedien personenbezogene Daten ~~ausschließlich zu eigenen~~ journalistisch-redaktionellen oder literarischen Zwecken ~~erheben, verarbeiten und nutzen~~, gelten nur die §§ **53¹, 83² des Bundesdatenschutzgesetzes (BGBl. I 2017, S. XXX) sowie Art. 5 Abs. 1 f³**, und **Artikel 82⁴ der Verordnung (EU) 2016/679** mit der Maßgabe, dass nur für Schäden gehaftet wird, die durch Verletzung des Datengeheimnisses nach **§ 53** des Bundesdatenschutzgesetzes oder durch unzureichende technische oder organisatorische Maßnahmen im Sinne des **Art. 5 Abs. 1 f) der Verordnung (EU) 2016/679** eintreten. Besondere staatsvertragliche oder landesrechtliche Bestimmungen für den Rundfunk bleiben unberührt.

(2) Werden über Angebote personenbezogene Daten von einem Anbieter von Telemedien ausschließlich zu eigenen journalistisch-redaktionellen Zwecken verarbeitet und wird der Betroffene dadurch in seinen schutzwürdigen Interessen beeinträchtigt, kann er Auskunft über die zugrunde liegenden, zu seiner Person gespeicherten Daten verlangen. Die Auskunft kann nach Abwägung der schutzwürdigen Interessen der Beteiligten verweigert werden, soweit durch die Mitteilung die journalistische Aufgabe des Veranstalters durch Ausforschung des Informationsbestandes beeinträchtigt würde oder aus den Daten

1. auf Personen, die bei der Vorbereitung, Herstellung oder Verbreitung mitgewirkt haben oder
2. auf die Person des Einsenders oder des Gewährsträgers von Beiträgen, Unterlagen und Mitteilungen für den redaktionellen Teil

geschlossen werden kann. Der Betroffene kann die Berichtigung unrichtiger Daten oder die Hinzufügung einer eigenen Darstellung von angemessenem Umfang verlangen. Die Sätze 1 bis 3 gelten nicht für Angebote von Unternehmen und Hilfsunternehmen der Presse, soweit diese der Selbstregulierung durch den Pressekodex und der Beschwerdeordnung des Deutschen Presserates unterliegen.

§ 59 Aufsicht

(1) ¹Die nach den allgemeinen Datenschutzgesetzen des Bundes und der Länder zuständigen Kontrollbehörden überwachen für ihren Bereich die Einhaltung der Datenschutzbestimmungen des Telemediengesetzes sowie des § 57. ²Die für den Datenschutz im journalistisch-redaktionellen Bereich beim öffentlich-rechtlichen Rundfunk zuständigen Stellen überwachen für ihren Bereich auch die Einhaltung der Datenschutzbestimmungen für journalistisch-redaktionelle Angebote bei Telemedien. ³Satz 1 gilt nicht, soweit Unternehmen und Hilfsunternehmen der Presse der Selbstregulierung durch den Pressekodex und der Beschwerdeordnung des Deutschen Presserates unterliegen.

¹ § 53 BDSG (neu) regelt wie § 5 BDSG (alt) das sog. Datengeheimnis. Es handelt sich hier um eine Rechtsfolgenverweisung. Sie regelt die Verpflichtung der Redaktionsmitarbeiter, die Daten nicht unbefugt zu verarbeiten, also nicht zu anderen als redaktionellen Zwecken zu verarbeiten.

² § 83 BDSG (neu) regelt wie § 7 BDSG (alt) den Schadensersatz, und zwar im Falle der Verletzung von Vorschriften des BDSG (neu), hier also des § 53 BDSG (Datengeheimnis).

³ Art. 5 Abs. 1 f) DSGVO regelt entsprechend § 9 BDSG (alt) die Verpflichtung zur Datensicherheit durch technische und organisatorische Maßnahmen, hier also die Verpflichtung, durch technische und organisatorische Maßnahmen sicherzustellen, dass die Redaktionsdaten nicht zu anderen als journalistisch-redaktionellen Zwecken verarbeitet werden.

⁴ Art. 82 DSGVO regelt wie § 7 BDSG (alt) den Schadensersatz, und zwar im Falle der Verletzung von Vorschriften der DSGVO, hier also des Art. 5 Abs. 1 f) DSGVO (Datensicherheit).

1. Personaler Anwendungsbereich des § 57 Abs. 1

Es empfiehlt sich, in der Begründung klarzustellen, dass Unternehmen und Hilfsunternehmen der Presse weit zu verstehen sind, vgl. Erwgg. 153 DSGVO a. E.: „Um der Bedeutung des Rechts auf freie Meinungsäußerung in einer demokratischen Gesellschaft Rechnung zu tragen, müssen Begriffe wie Journalismus, die sich auf diese Freiheit beziehen, weit ausgelegt werden.“

Für die Presse würde es – bei sorgfältiger Umsetzung – auch kein Problem sein, die Tatbestandsmerkmale „Unternehmen und Hilfsunternehmen der Presse“ aufzugeben und bspw. genügen zu lassen: „Soweit Anbieter von Telemedien personenbezogene Daten zu journalistisch-redaktionellen oder literarischen Zwecken verarbeiten“. Das schafft auch keine Probleme für § 57 Abs. 2 S. 4 und § 59 Abs. 1 S. 3, da dort nach wie vor nur diejenigen Telemedienanbieter erfasst werden, die dem Pressekodex unterliegen.

2. Erfasste Daten:

Mit der Zweckbestimmung auf „journalistisch-redaktionelle oder literarische Zwecke“ wird sichergestellt, dass die journalistische Datenverarbeitung von der Beschaffung der Information über die Verarbeitung in der Redaktion bis hin zur Veröffentlichung, auch in digitalen Archiven, erfasst wird. Angesichts immer wieder vorgetragener Angriffe sollte insbesondere letzteres in der Begründung zweifelsfrei wiederholt werden.

Es werden also nicht nur die für die Veröffentlichung der Artikel unmittelbar nötigen Datenverarbeitungen, sondern auch das nur der Redaktion zugängliche Redaktionsarchiv und die öffentlichen Pressearchive geschützt.

3. Streichung von ausschließlich:

Das „allein“ zu journalistischen Zwecken in Art. 9 DSRL wurde in Art. 85 Abs. 2 DSGVO gestrichen; das kann in der Umsetzung nachvollzogen werden. Damit sollte es nun möglich sein, bspw. die Spesenabrechnung über die Bewirtung eines Informanten, deren Verarbeitung immer auch steuerlichen Zwecken dient, als geschützt anzusehen. Verarbeitung von Daten, die nicht journalistischen Zwecken dient, bleibt ausgeschlossen.

4. Streichung von „eigenen“

Streichung von „eigenen“: Warum soll nicht ein Rechercheverbund unter Presseverlagen möglich sein, bei dem die Daten bspw. bei der Weitergabe an den Partner nicht für eigene Zwecke verarbeitet werden?

5. Erfasste Datenverarbeitung: „verarbeiten“

„Verarbeiten“ ist nun gemäß Art. 4 Abs. 2 DSGVO der Oberbegriff für alle denkbaren Formen des datenschutzrechtlich relevanten Umgangs mit Daten. Wenn die Länder dennoch an der Aufzählung von drei Verben festhalten wollen, sollte es auch nicht stören.

6. Anwendbares und nicht anwendbares Datenschutzrecht.

In der Sache ist wie bislang alles Datenschutzrecht unanwendbar mit Ausnahme von Vorschriften zur Datensicherheit und zum Datengeheimnis und darauf bezogenen Schadensersatzansprüchen.

a) Anwendbar sind unverändert nur die Vorschriften über die Datensicherheit und das Datengeheimnis sowie der entsprechend begrenzte Schadensersatzanspruch

Das **Datengeheimnis**, bislang § 5 BDSG, findet in der DSGVO keine entsprechend spezielle und passende Norm, wird aber im BDSG (neu) nach dem Stand des 2. Referentenentwurfes vom 23.11.2016 in § 49 explizit geregelt. Deshalb ist § 9 BDSG (alt) durch § 49 BDSG (neu) zu ersetzen.

Technische und organisatorische Maßnahmen zur Datensicherheit. Solche Maßnahmen enthält bislang § 9 BDSG. Sie finden sich in Art. 5 I f) DSGVO, ergänzt um Detailvorgaben in Art. 32 DSGVO, die aber vielfach nicht passen oder unangemessen erscheinen (Pseudonymisierung, Datenverarbeitung nur auf Anweisung oder bei Verpflichtung etc.). Deshalb wird hier auf Art. 5 I f) verwiesen, der dann im Wege der Auslegung auf den einzig sinnvoll möglichen Aspekt, die Absicherung gegen Zweckentfremdung für nicht journalistische Zwecke hin konkretisiert wird. Das ließe sich zur Klarstellung – anders als in diesem Vorschlag – auch in den Gesetzestext hineinschreiben, wäre aber ein größerer gesetzgebungstechnischer Aufwand als die bloße Ersetzung des § 9 BDSG durch Art. 5 I f) DSGVO

Schadensersatz, bislang § 7 BDSG, findet sich nun in § 78 BDSG (neu), und zwar im Falle der Verletzung von Vorschriften des BDSG (neu) und damit auch bei Verstößen gegen das Datengeheimnis gemäß § 49 BDSG (neu). Art. 82 DSGVO regelt den Schadensersatz im Fall der Verletzung von Pflichten aus der DSGVO, wird also für Art. 5 Abs. 1 f) DSGVO benötigt. Wie im geltenden Recht wird Schadensersatz auf die Verletzung dieser Pflichten begrenzt.

b) Nicht anwendbar sind damit die in Art. 85 Abs. 2 DSGVO genannten Kapitel II bis VII und IX. So wie die geltenden Bereichsausnahmen der Pressegesetze und des § 57 Abs. 1 RfTmStV die Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes zu den in Art. 9 DSRL genannten Richtlinien-Kapiteln für unanwendbar erklärt hatten, werden nun die unmittelbar geltenden Verordnungs-Kapitel für unanwendbar erklärt. Kapitel I spielt keine Rolle, da es nur Definitionen enthält.

c) Nichtanwendbarkeit der Art. 77 - 80 und 83 (aus Kapitel VIII DSGVO).

Kapitel VIII der Datenschutzgrundverordnung (Rechtsbehelfe, Haftung und Sanktionen) findet sich zwar nicht in Art. 85 Abs. 2 DSGVO mit seiner **Verpflichtung** zu Ausnahmen oder Befreiungen. Insoweit gilt aber der Art. 85 Abs. 1 DSGVO, der zwar keine Pflicht

zu Ausnahmen vorsieht, aber auch nicht ausschließt, indem er den Mitgliedsstaaten insoweit die Möglichkeit zu angemessenen Regeln überlässt (vgl. oben unter A IV. 2.).

Aus Kapitel X wird die Schadensersatzverpflichtung des Art. 82 für die Datensicherheitsverpflichtung für anwendbar erklärt.

Die übrigen Artikel enthalten Vorgaben, die auf die redaktionelle Datenverarbeitung gerade nicht passen. Artikel 77 und 78 (Beschwerde bei und gegen eine Aufsichtsbehörde) machen keinen Sinn, da die Datenschutzaufsicht nicht greift. Das Gleiche gilt für Art. 83 f. (Geldbußen etc.). Die Vorschrift über Verbandsklagen etc. (Art. 80) ist ebenfalls nicht angemessen.

Die Bundesregierung hat 2014 im EU-Ministerrat vorgeschlagen, hier ausgenommene Artikel des VIII. Kapitels in Art. 85 Abs. 2 DSGVO aufzunehmen. Das wurde deshalb nicht weiter verfolgt, weil in diesem Stadium des Verfahrens keine Zeit mehr für solche neuen Diskussionen schien. Damals war aber auch noch völlig unsicher, ob es einen zusätzlichen Art. 85 Abs. 1 geben wird, der diese Ausnahmen wenn nicht verlangt, so doch ermöglicht. Mit der Einführung des Art. 85 Abs. 1 DSGVO war es letztlich auch nicht mehr erforderlich, auf dieser Erweiterung des Art. 85 Abs. 2 DSGVO zu bestehen.

d) Nichtanwendbarkeit des BDSG (neu): Der größte Teil des Datenschutzrechts wird unmittelbar durch die DSGVO geregelt werden. Deshalb wird das BDSG gemäß Art. 10 Abs. 1 des Entwurfes eines Datenschutzanpassungs- und -Umsetzungsgesetzes EU v 23.11.2016 zum 25. Mai 2018 außer Kraft gesetzt. Nur noch aufgrund spezifischer und begrenzter Öffnungsklauseln erlaubt die DSGVO den Mitgliedsstaaten, für bestimmte Bereiche ergänzendes Datenschutzrecht zu erlassen. Das soll bspw. durch § 22 BDSG (neu)-Entwurf i. V. m. Art. 9 DSGVO und andere Bestimmungen des BDSG (neu) geschehen. Deshalb ist auch das BDSG (neu) in die Bezugsnormen aufzunehmen.

7. Art. 40 ff. DSGVO als Nachfolger des § 38a BDSG weglassen

§ 38a BDSG, Verhaltenskodizes, findet sich nun unter Art. 40 ff. DSGVO. Die Vorschriften über von Aufsichtsbehörden genehmigte Verhaltensregeln passen aber für die redaktionelle Verarbeitung in keiner Weise. Die Überwachung durch Datenschutzaufsichtsbehörden wäre genau das Gegenteil der Freiheit von datenschutzbehördlicher Aufsicht. Deshalb sollten die Art. 40 ff. DSGVO nicht erwähnt werden. Art. 40 ff. DSGVO findet sich in Kapitel IV der DSGVO, das in Art. 85 Abs. 2 DSGVO genannt wird. Demgegenüber war Art. 27 RiLi 95/46/EG, der die europäische Vorgabe zu § 38a BDSG darstellt, in Kapitel V der Richtlinie enthalten, das in Art. 9 RiLi nicht genannt wurde. Die Vorschriften über optionale Verhaltensregeln konnten also unter Art. 9 RiLi nicht ausgenommen werden, sind aber nun in Art. 85 Abs. 2 DSGVO enthalten.

Normen wie § 57 Abs. 2 S. 4 RTmStV oder § 59 Abs. 1 S. 3 RTmStV, nach denen die Teilnahme an der Selbstkontrolle des Presserates zu Ausnahmen von gesetzlichen Ansprüchen bzw. behördlicher Aufsicht führt, sind spezielle Abweichungen von Art. 40 ff.

DSGVO auf der Grundlage des Art. 85 Abs. 2 DSGVO. Sie sind sogar dringend erforderlich, um die Pressefreiheit zu wahren.

8. Zu § 57 Abs. 2 S. 4 besteht kein Änderungsbedarf. Man muss nur sehen, dass es sich um Ausnahmen bzw. Abweichungen im Sinne des Art. 85 Abs. 2 DSGVO von der DSGVO handelt.

9. Zu § 59 Abs. 1 S. 3 besteht kein Änderungsbedarf. Ebenfalls Abweichung von der DSGVO aufgrund von Art. 85 Abs. 2 DSGVO.

Das dürfte auch für den in Bezug genommenen § 59 Abs. 1 S. 1 jedenfalls insoweit gelten, als nach wie vor Bund und Länder in allgemeinen Datenschutzgesetzen die zuständigen Behörden bestimmen müssen.

Soweit § 59 Abs. 1 S. 1 den Datenschutzaufsichtsbehörden neben der Überwachung des § 57 RfTmStV auch die Überwachung der Datenschutzbestimmungen des Telemediengesetzes aufgibt, mag dieser Punkt entfallen, wenn und soweit das TMG keine datenschutzrechtlichen Bestimmungen mehr enthalten wird. Es verbliebe dann jedoch der § 57.

VII. Anpassung des § 41 Abs. 1 BDSG

Ausgangslage: § 41 Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten durch die Medien

(1) Die Länder haben in ihrer Gesetzgebung vorzusehen, dass für die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten von Unternehmen und Hilfsunternehmen der Presse ausschließlich zu eigenen journalistisch-redaktionellen oder literarischen Zwecken den Vorschriften der §§ 5, 9 und 38a entsprechende Regelungen einschließlich einer hierauf bezogenen Haftungsregelung entsprechend § 7 zur Anwendung kommen.

1. Möglichkeit der Umstellung: Neue Vorschrift mit Regelungsgehalt des § 41 BDSG

§ XX Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten durch die Medien

(1) Die Länder haben in ihrer Gesetzgebung vorzusehen, dass für die ~~Erhebung, Verarbeitung und Nutzung~~ personenbezogener Daten von Unternehmen und Hilfsunternehmen der Presse ~~ausschließlich~~ zu ~~eigenen~~ journalistisch-redaktionellen oder literarischen Zwecken den Vorschriften des § 5¹ und ~~des Art. 5 Abs. 1 f)~~² **der Verordnung (EU) 2016/679** entsprechende Regelungen einschließlich von hierauf bezogenen Haftungsregelungen entsprechend § 7³ **und Artikel 82⁴ der Verordnung (EU) 2016/679** zur Anwendung kommen.

2. Möglichkeit: Neue eigene Bereichsausnahme

Soweit Unternehmen und Hilfsunternehmen der Presse personenbezogene Daten ~~ausschließlich~~ zu ~~eigenen~~ journalistisch-redaktionellen oder literarischen Zwecken ~~erheben, verarbeiten und nutzen~~, kommen **nur §§ 53, 78 sowie Art. 5 Abs. 1 f), und Artikel 82 der Verordnung (EU) 2016/679 mit der Maßgabe zur Anwendung, dass nur für Schäden haftet wird, die durch Verletzung des Datengeheimnisses nach § 53 des Bundesdatenschutzgesetzes oder durch unzureichende technische oder organisatorische Maßnahmen im Sinne des Art. 5 Abs. 1 f) der Verordnung (EU) 2016/679 eintreten.**

1. und 2. Möglichkeit: In der Gesetzesbegründung sollte ein Hinweis enthalten sein, dass die Norm für den Fall notwendig ist, dass die Gesetzgebungskompetenz für den redaktionellen Datenschutz der Presse dem Sachzusammenhang einer Bundesgesetzgebungskompetenz zugeschlagen wird.

¹ § 53 BDSG (neu) regelt wie § 5 BDSG (alt) das sog. Datengeheimnis. Geregelt wird die Verpflichtung der Mitarbeiter, hier der Redaktionsmitarbeiter, die Daten nicht unbefugt zu verarbeiten, hier also nicht zu anderen als redaktionellen Zwecken zu verarbeiten.

² Art. 5 Abs. 1 f) DSGVO regelt entsprechend § 9 BDSG (alt) die Verpflichtung zur Datensicherheit durch technische und organisatorische Maßnahmen, hier also die Verpflichtung, durch technische und organisatorische Maßnahmen sicherzustellen, dass die Redaktionsdaten nicht zu anderen als journalistisch-redaktionellen Zwecken verarbeitet werden.

³ § 83 BDSG (neu) regelt wie § 7 BDSG (alt) den Schadensersatz, und zwar im Falle der Verletzung von Vorschriften des BDSG (neu), hier also des § 53 BDSG (Datengeheimnis).

⁴ Art. 82 DSGVO regelt wie § 7 BDSG (alt) den Schadensersatz, und zwar im Falle der Verletzung von Vorschriften der DSGVO, hier also des Art. 5 Abs. 1 f) DSGVO (Datensicherheit).

1. Personaler Anwendungsbereich

Wenn der Bund wie bislang unter Art. 9 DSRL an dem Personenkreis der „Unternehmen und Hilfsunternehmen der Presse“ festhalten will, sollte jedenfalls in der Begründung festgehalten werden, dass ein weiter Pressebegriff zugrunde gelegt wird.

Vgl. dazu Erwgg. 153 DSGVO a. E.: „Um der Bedeutung des Rechts auf freie Meinungsäußerung in einer demokratischen Gesellschaft Rechnung zu tragen, müssen Begriffe wie Journalismus, die sich auf diese Freiheit beziehen, weit ausgelegt werden.“

Für die Presse würde es – bei sorgfältiger Umsetzung – auch kein Problem sein, die Tatbestandsmerkmale „Unternehmen und Hilfsunternehmen der Presse“ aufzugeben und bspw. genügen zu lassen: „Soweit Anbieter von Telemedien personenbezogene Daten zu journalistisch-redaktionellen oder literarischen Zwecken verarbeiten“.

2. Erfasste Daten:

Mit der Zweckbestimmung auf „journalistisch-redaktionelle oder literarische Zwecke“ wird sichergestellt, dass die journalistische Datenverarbeitung von der Beschaffung der Information über die Verarbeitung in der Redaktion bis hin zur Veröffentlichung, auch in digitalen Archiven, erfasst wird. Angesichts immer wieder vorgetragener Angriffe sollte insbesondere letzteres in der Begründung zweifelsfrei wiederholt werden.

Es werden also nicht nur die für die Veröffentlichung der Artikel unmittelbar nötigen Datenverarbeitungen, sondern auch das nur der Redaktion zugängliche Redaktionsarchiv und die öffentlichen Pressearchive geschützt.

3. Streichung von ausschließlich:

Das „allein“ zu journalistischen Zwecken in Art. 9 DSRL wurde in Art. 85 Abs. 2 DSGVO gestrichen; das kann in der Umsetzung nachvollzogen werden. Damit sollte es nun möglich sein, bspw. die Spesenabrechnung über die Bewirtung eines Informanten, deren Verarbeitung immer auch steuerlichen Zwecken dient, als geschützt anzusehen. Verarbeitung von Daten, die nicht journalistischen Zwecken dient, bleibt ausgeschlossen.

4. Streichung von „eigenen“

Streichung von „eigenen“: Warum soll nicht ein Rechercheverbund unter Presseverlagen möglich sein, bei dem die Daten bspw. bei der Weitergabe an den Partner nicht für eigene Zwecke verarbeitet werden?

5. Erfasste Datenverarbeitung: „verarbeiten“

„Verarbeiten“ ist nun gemäß Art. 4 Abs. 2 DSGVO der Oberbegriff für alle denkbaren Formen des datenschutzrechtlich relevanten Umgangs mit Daten. Wenn die Länder dennoch an der Aufzählung von drei Verben festhalten wollen, sollte es auch nicht stören.

6. Anwendbares und nicht anwendbares Datenschutzrecht.

In der Sache ist wie bislang alles Datenschutzrecht unanwendbar mit Ausnahme von Vorschriften zur Datensicherheit und zum Datengeheimnis und darauf bezogenen Schadensersatzansprüchen.

a) Anwendbar sind unverändert nur die Vorschriften über die Datensicherheit und das Datengeheimnis sowie der entsprechend begrenzte Schadensersatzanspruch

Das **Datengeheimnis**, bislang § 5 BDSG, findet in der DSGVO keine entsprechend spezielle und passende Norm, wird aber im BDSG (neu) nach dem Stand des 2. Referentenentwurfes vom 23.11.2016 in § 49 explizit geregelt. Deshalb ist § 9 BDSG (alt) durch § 49 BDSG (neu) zu ersetzen.

Technische und organisatorische Maßnahmen zur Datensicherheit. Solche Maßnahmen enthält bislang § 9 BDSG. Sie finden sich in Art. 5 I f) DSGVO, ergänzt um Detailvorgaben in Art. 32 DSGVO, die aber vielfach nicht passen oder unangemessen erscheinen (Pseudonymisierung, Datenverarbeitung nur auf Anweisung oder bei Verpflichtung etc.). Deshalb wird hier auf Art. 5 I f) verwiesen, der dann im Wege der Auslegung auf den einzig sinnvoll möglichen Aspekt, die Absicherung gegen Zweckentfremdung für nicht journalistische Zwecke hin konkretisiert wird. Das ließe sich zur Klarstellung – anders als in diesem Vorschlag – auch in den Gesetzestext hineinschreiben, wäre aber ein größerer gesetzgebungstechnischer Aufwand als die bloße Ersetzung des § 9 BDSG durch Art. 5 I f) DSGVO

Schadensersatz, bislang § 7 BDSG, findet sich nun in § 83 BDSG (neu), und zwar im Falle der Verletzung von Vorschriften des BDSG (neu) und damit auch bei Verstößen gegen das Datengeheimnis gemäß § 53 BDSG (neu). Art. 82 DSGVO regelt den Schadensersatz im Fall der Verletzung von Pflichten aus der DSGVO, wird also für Art. 5 Abs. 1 f) DSGVO benötigt. Wie im geltenden Recht wird Schadensersatz auf die Verletzung dieser Pflichten begrenzt.

b) Nicht anwendbar sind damit die in Art. 85 Abs. 2 DSGVO genannten Kapitel II bis VII und IX. So wie die geltenden Bereichsausnahmen der Pressegesetze und des § 57 Abs. 1 RfTmStV die Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes zu den in Art. 9 DSRL genannten Richtlinien-Kapiteln für unanwendbar erklärt hatten, werden nun die unmittelbar geltenden Verordnungs-Kapitel für unanwendbar erklärt. Kapitel I spielt keine Rolle, da es nur Definitionen enthält.

c) Nichtanwendbarkeit der Art. 77 - 80 und 83 (aus Kapitel VIII DSGVO).

Kapitel VIII der Datenschutzgrundverordnung (Rechtsbehelfe, Haftung und Sanktionen) findet sich zwar nicht in Art. 85 Abs. 2 DSGVO mit seiner **Verpflichtung** zu Ausnahmen oder Befreiungen. Insoweit gilt aber der Art. 85 Abs. 1 DSGVO, der zwar keine Pflicht zu Ausnahmen vorsieht, aber auch nicht ausschließt, indem er den Mitgliedsstaaten insoweit die Möglichkeit zu angemessenen Regeln überlässt (vgl. oben unter A IV. 2.).

Aus Kapitel X wird die Schadensersatzverpflichtung des Art. 82 für die Datensicherheitsverpflichtung für anwendbar erklärt.

Die übrigen Artikel enthalten Vorgaben, die auf die redaktionelle Datenverarbeitung gerade nicht passen. Artikel 77 und 78 (Beschwerde bei und gegen eine Aufsichtsbehörde) machen keinen Sinn, da die Datenschutzaufsicht nicht greift. Das Gleiche gilt für Art. 83 f. (Geldbußen etc.). Die Vorschrift über Verbandsklagen etc. (Art. 80) ist ebenfalls nicht angemessen.

Die Bundesregierung hat 2014 im EU-Ministerrat vorgeschlagen, hier ausgenommene Artikel des VIII. Kapitels in Art. 85 Abs. 2 DSGVO aufzunehmen. Das wurde deshalb nicht weiter verfolgt, weil in diesem Stadium des Verfahrens keine Zeit mehr für solche neuen Diskussionen schien. Damals war aber auch noch völlig unsicher, ob es einen zusätzlichen Art. 85 Abs. 1 geben wird, der diese Ausnahmen wenn nicht verlangt, so doch ermöglicht. Mit der Einführung des Art. 85 Abs. 1 DSGVO war es letztlich auch nicht mehr erforderlich, auf dieser Erweiterung des Art. 85 Abs. 2 DSGVO zu bestehen.

d) Nichtanwendbarkeit des BDSG (neu): Der größte Teil des Datenschutzrechts wird unmittelbar durch die DSGVO geregelt werden. Deshalb wird das BDSG gemäß Art. 10 Abs. 1 des Entwurfes eines Datenschutzanpassungs- und -Umsetzungsgesetzes EU v 23.11.2016 zum 25. Mai 2018 außer Kraft gesetzt. Nur noch aufgrund spezifischer und begrenzter Öffnungsklauseln erlaubt die DSGVO den Mitgliedsstaaten, für bestimmte Bereiche ergänzendes Datenschutzrecht zu erlassen. Das soll bspw. durch § 22 BDSG (neu)-Entwurf i. V. m. Art. 9 DSGVO und andere Bestimmungen des BDSG (neu) geschehen. Deshalb ist auch das BDSG (neu) in die Bezugsnormen aufzunehmen.

7. Art. 40 ff. DSGVO als Nachfolger des § 38a BDSG weglassen

§ 38a BDSG, Verhaltenskodizes, findet sich nun unter Art. 40 ff. DSGVO. Die Vorschriften über von Aufsichtsbehörden genehmigte Verhaltensregeln passen aber für die redaktionelle Verarbeitung in keiner Weise. Die Überwachung durch Datenschutzaufsichtsbehörden wäre genau das Gegenteil der Freiheit von datenschutzbehördlicher Aufsicht. Deshalb sollten die Art. 40 ff. DSGVO nicht erwähnt werden. Art. 40 ff. DSGVO findet sich in Kapitel IV der DSGVO, das in Art. 85 Abs. 2 DSGVO genannt wird. Demgegenüber war Art. 27 RiLi 95/46/EG, der die europäische Vorgabe zu § 38a BDSG darstellt, in Kapitel V der Richtlinie enthalten, das in Art. 9 RiLi nicht genannt wurde. Die Vorschriften über optionale Verhaltensregeln konnten also unter Art. 9 RiLi nicht ausgenommen werden, sind aber nun in Art. 85 Abs. 2 DSGVO enthalten.

B Nicht-journalistische Datenverarbeitung

I. Sog. „Laienäußerung“ = echte geistige Meinungsäußerung, aber nicht journalistisch-redaktionell und damit auch nicht unter journalistischen Sorgfaltspflichtenanforderungen

Auch wenn diese Veröffentlichungen, bspw. Leserkommentare oder Forumsbeiträge etc. nicht unmittelbar die journalistisch-redaktionelle Arbeit der Mitglieder der unterzeichnenden Verleger- und Journalistenorganisationen betreffen, erlauben wir uns einige Anmerkungen zu diesem Bereich.

a) Ohne gesonderte Ausnahme für nicht-journalistische öffentliche Äußerungen findet auf solche Äußerungen zusätzlich zum zivil- und strafrechtlichen Äußerungs- und Persönlichkeitsrecht das schärfere materielle Datenschutzrecht Anwendung, das eine Sonderordnungsbehörde, die staatliche Datenschutzaufsicht, mit behördlichen Verboten anwenden und durchsetzen kann.

In der Sache dürfte klar sein, dass die Anwendung des Datenschutzrechts und der Datenschutzaufsicht auch auf die öffentliche Äußerung von Nicht-Journalisten nicht sachgerecht ist.

Auch die bloße Meinungsäußerungsfreiheit darf nicht durch ein Verbot der Behauptung personenbezogener Tatsachen bis zum Nachweis der Einwilligung oder dem Eingreifen einer gesetzlichen Grundlage in ihr Gegenteil verkehrt werden.

Die dann bestehenden Äußerungsverbote der DSGVO sind unverhältnismäßig. Eine staatliche Gefahrenabwehrbehörde als Meinungsäußerungspolizei scheint nicht der richtige Weg.

Typische und zentrale Aussagen des Äußerungsrechts wie etwa „Wahre Tatsachenbehauptungen über Vorgänge aus der Sozialsphäre sind grundsätzlich hinzunehmen“ (BVerfG, B. v. 29.6.2016 – 1 BvR 3487/14) können dann schnell dahingehend in ihr Gegenteil verkehrt werden, dass personenbezogene Tatsachen gegen den Willen des in seinem Recht auf informationelle Selbstbestimmung Betroffenen nur ausnahmsweise bei überwiegendem öffentlichen Interesse verbreitet werden dürfen.

Das gesamte nicht-journalistische Äußerungsrecht gerät dann in die Datenschutzlogik, die eben nicht die ausnahmsweise beschränkte Freiheit, sondern die nur ausnahmsweise gerechtfertigte Äußerung über personenbezogene Daten als Ziel, Grundlage und Motivation kennt.

Im Moment geht die Äußerungsfreiheit der nicht-journalistischen Bürger und Laien im Bereich der Veröffentlichung personenbezogener Tatsachenbehauptungen mit dem sog. Laienprivileg in mancher Hinsicht inhaltlich sogar etwas weiter als die Pressefreiheit. Wenn

Laien Tatsachen bspw. über einen Politiker etc. behaupten, genügen sie ihrer Sorgfaltspflicht zur Ermittlung der Wahrheit, wenn sie sich auf unwidersprochen gebliebene Medienberichte berufen können.

Im Bereich der unsachlichen und provokativen Meinungsäußerung steht Bürgern die gleiche Freiheit zu wie der Presse. Evtl. geht die Freiheit faktisch sogar etwas weiter, da man insbesondere ideologisch eingegrabenen Privatmenschen (bspw. gewissen Tierschützern etc.) einen Sonderbonus zu gewähren scheint.

b) Mittelbar droht zudem die Gefahr, dass eine vermehrte datenschutzrechtliche Beschneidung der Äußerungsfreiheit für nicht-journalistische Bürger und Organisationen, die derzeit die Presse wie jeden anderen gleichermaßen schützt, dazu führt, dass die an sich einem jeden zustehende Freiheit nur noch die Presse schützt und letztlich als – in der Sache nur schwer zu rechtfertigendes – Presseprivileg wahrgenommen wird. Damit wäre die Beschneidung der Äußerungsfreiheit durch Datenschutz der Einstieg in die Beschneidung auch der Presse- und Medienfreiheit.

c) Es könnte zu weit gehen bzw. nicht durchzusetzen sein, jede Datenverarbeitung **für den Zweck von Meinungsäußerungen oder Tatsachenbehauptungen** vom Datenschutz auszunehmen. Denn ohne journalistisch-redaktionelle Verfestigung der publizistischen Tätigkeit wird die Politik womöglich keine Ausnahmen für die Äußerung vorbereitende Datensammlungen (Redaktionsarchive etc.) einführen wollen?

Jedenfalls richtig wäre aber wohl eine Regelung im Sinne des Art. 85 Abs. 1 DSGVO für die Datenverarbeitung, die Teil der Meinungsäußerung oder Tatsachenbehauptung ist.

Art. 2 Abs. 2 c) DSGVO dürfte häufig nicht weiter helfen, da öffentliche Äußerungen keine „ausschließlich persönliche“ „Tätigkeit“ sind.

Die Regelung müsste die Unanwendbarkeit von DSGVO und BDSG (neu) für die Verarbeitung personenbezogener Daten festschreiben, die Teil einer nicht-journalistischen Meinungsäußerung sind. Sie könnte bspw. wie folgt lauten:

„Soweit Meinungsäußerungen die Verarbeitung personenbezogener Daten zu anderen als journalistisch-redaktionellen oder literarischen Zwecken beinhalten, finden nur [die oben dargestellten Vorschriften zu Datensicherheit und Datengeheimnis] Anwendung.“

Fraglich ist, ob eine solche Regelung für nicht-journalistische und in diesem Sinne nicht-mediale Äußerungen eher einer Länder- oder eine Bundesgesetzgebungskompetenz zuzuordnen ist.

Ferner könnte überlegt werden, ob Bedarf für eine ähnliche Regelung auch in den Pressegesetzen besteht? Allerdings führen Flugblätter heute zu weniger Fällen als im Vor-

Internetzeitalter. Und Datenschutzaufsichtsbehörden könnten bei bedrucktem Papier mit der Annahme einer Datenverarbeitung durch die Veröffentlichung eventuell vorsichtiger sein. Deshalb besteht womöglich schon kein praktisches Bedürfnis.

II. Datenverarbeitung nicht-journalistischer Dritter, bspw. von Suchmaschinen, zur Auffindbarkeit journalistischer Angebote

a) Zur Abgrenzung: Wenn eine digitale Zeitung oder Zeitschrift aus anderen Zeitschriften oder Zeitungen zitiert oder eine Presseschau erstellt, handelt es sich immer um Datenverarbeitung im Sinne des § 57 Abs. 1 RfTmStV.

Wenn es um die Frage der Zulässigkeit von digitalen Onlinearchiven einer Zeitschrift oder Zeitung geht, ist dieses Online-Archiv journalistisch-redaktionelle Datenverarbeitung (vgl. auch Erwgg. 153 der DSGVO). Die Rechtsfragen werden nach Äußerungsrecht gelöst, nicht nach Datenschutzrecht! Auch und gerade die Artikel der DSGVO zum Recht auf Vergessen greifen nicht.

Ebenso verhält es sich, wenn ein menschlicher Schnipseldienst mit selbst geschriebenen Ausschnitten journalistisch-redaktionelle Qualität hat (vgl. bspw. turi2.de).

b) Wenn aber ein technischer Aggregator wie etwa eine Suchmaschine Presseveröffentlichungen im Internet durchsucht und Ausschnitte mit Link anzeigt, ist diese Verarbeitung nicht journalistisch-redaktionell und deshalb nicht von Art. 85 Abs. 2 DSGVO, § 57 I RfTmStV erfasst. Es greift zusätzlich zum allgemeinen Persönlichkeitsrechtsrechtsschutz das Datenschutzrecht.

Kontakt:

Prof. Dr. Christoph Fiedler
VDZ
Markgrafenstr. 15
10969 Berlin
Tel.: 030 72 62 98 120
c.fiedler@vdz.de

Benno H. Pöppelmann
DJV
Torstraße 49
10119 Berlin
Tel.: 030 72 62 79 212
poep@djv.de

**Baden-Württemberg**

DER LANDESBEAUFTRAGTE FÜR DEN DATENSCHUTZ UND DIE INFORMATIONSFREIHEIT

LfDI Baden-Württemberg · Postfach 10 29 32 · 70025 Stuttgart

Staatsministerium
Baden-Württemberg
Richard-Wagner-Straße 15
70184 StuttgartDatum 12. Dezember 2017
Name Herr Broo
Durchwahl 0711/615541-39
Aktenzeichen P 3100/35
(Bitte bei Antwort angeben)

Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Medien-Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679

Ihr Schreiben vom 22. November 2017, Az.: II-3433.10

Anlage: Entschließung der Konferenz der unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder „Umsetzung der DSGVO im Medienrecht“

Sehr geehrte Damen und Herren,

für die Beteiligung im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens bedanken wir uns.

Zunächst verweisen wir auf die Entschließung der Konferenz der unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder „Umsetzung der DSGVO im Medienrecht“ vom 9. November 2017. Die darin beschriebenen Anforderungen an die Umsetzung des Art. 85 der Datenschutz-Grundverordnung (DS-GVO) gelten auch hinsichtlich des Landesmedien- und des Landespressegesetzes. Ergänzend meinen wir Folgendes:

Zu Artikel 2 – Änderung des Landesmediengesetzes

Es wird begrüßt, dass in § 50 Absatz 2 die Bestellung eines Datenschutzbeauftragten zur Pflicht erhoben wird. Gleichfalls wird begrüßt, dass die Zuständigkeit des Datenschutzbeauftragten auf die Datenverarbeitung im journalistischen Bereich erstreckt wird. Fraglich ist indes, aus welchem Grund die Zuständigkeit des Daten-



Staatsministerium

Pos 13 Dez 2017
Akten

3420.00

Königsstraße 10a · 70173 Stuttgart · Telefon 0711 615541-0 · Telefax 0711 615541-15 · poststelle@lfdi.bwl.de
www.baden-wuerttemberg.datenschutz.de · PGP Fingerprint: B4FA 428C B315 2248 83BB F6FB 0FC3 48A6 4A32 5962

- 2 -

schutzbeauftragten auf diesen Bereich beschränkt wird. Sachlich geboten ist es aus unserer Sicht vielmehr, dass der Datenschutzbeauftragte allgemein für die Überwachung der Datenverarbeitung im Medienunternehmen zuständig ist, wobei sich seine Zuständigkeit im journalistischen Bereich auf die Überwachung der speziell für diesen Bereich geltenden eingeschränkten Regelungen beschränken kann. Des Weiteren halten wir die Formulierung in § 50 Absatz 2 Satz 2, wonach die Art. 38 und 39 nur „entsprechend“ gelten sollen, vor dem Hintergrund der unmittelbaren Geltung der DS-GVO für problematisch. Wenn der Gesetzgeber die Benennung eines Datenschutzbeauftragten „nach Artikel 37“ vorsieht, ist es aus unserer Sicht zwingend, dass Art. 38 und 39 DS-GVO unmittelbar gelten. Wir schlagen folgenden Wortlaut vor: „Stellung und Aufgaben des Datenschutzbeauftragten ergeben sich aus Art. 38 und 39 der Verordnung (EU) 2016/679.“

Zu Artikel 3 – Änderung des Landespressegesetzes

Zunächst: in § 12 Absatz 2 Satz 1 dürften nach der Angabe „§ 83“ die Wörter „in ihrer“ durch die Wörter „in seiner“ zu ersetzen und in Satz 2 dürfte nach der Angabe „§ 83 BDSG“ das Wort „gilt“ einzufügen sein.

Im Gegensatz zum Entwurf des Landesmediengesetzes sieht der Entwurf des Landespressegesetzes weder die Pflicht zur Benennung von Datenschutzbeauftragten, noch eine Datenschutzaufsicht für den journalistischen Bereich vor. Inwieweit dies sachlich begründet werden kann, ist zu hinterfragen. Da das „Medienprivileg“ auch für Einzelpersonen ohne unmittelbare Anbindung an ein Presseunternehmen gelten soll, ist es nachvollziehbar, dass jedenfalls für solche „Ein-Mann-Unternehmen“ ein Datenschutzbeauftragter entbehrlich ist. Gleiches gilt für Kleinstpresseunternehmen. Wir halten es jedoch für erforderlich, zumindest eine Regelung zu internen Datenschutzbeauftragten sowohl für den nicht journalistischen wie für den journalistischen Bereich für Presseunternehmen ab einer bestimmten Größenordnung vorzusehen. Als Maßstab könnte etwa § 38 Absatz 1 Satz 1 BDSG (Fassung vom 30. Juni 2017) herangezogen werden.

Mit freundlichen Grüßen
In Vertretung
gez. Volker Broo



zu

Oldenburg, 09.11.2017

**Entschließung
der Konferenz der unabhängigen Datenschutzbehörden
des Bundes und der Länder**

Umsetzung der DSGVO im Medienrecht

Das Inkrafttreten der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) und deren Geltungsbeginn im Mai 2018 verlangt eine Anpassung der medienrechtlichen Datenschutzbestimmungen an die neuen Vorgaben. Dabei muss dem hohen Stellenwert der Meinungs- und Informationsfreiheit sowie der Presse-, Rundfunk- und Medienfreiheit gemäß Art. 5 Grundgesetz (GG) und Art. 11 EU-Grundrechtecharta (GRCh) für die freiheitliche demokratische Grundordnung ebenso Rechnung getragen werden wie dem Recht auf Informationelle Selbstbestimmung gemäß Art. 1 i.V.m. Art. 2 GG und dem Recht auf Schutz personenbezogener Daten gemäß Art. 8 GRCh. Kollisionen der Schutzbereiche der Grundrechte sind im Sinne einer praktischen Konkordanz aufzulösen.

Die Konferenz der unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder weist daher auf die Anpassungsklausel des Art. 85 DSGVO hin. Danach können die Mitgliedstaaten Ausnahmen und Abweichungen von bestimmten Vorgaben der DSGVO normieren, wenn *„dies erforderlich ist, um das Recht auf Schutz der personenbezogenen Daten mit der Freiheit der Meinungsäußerung und der Informationsfreiheit in Einklang zu bringen“*. Das sich daraus ergebende Regel-Ausnahme-Verhältnis bedeutet, dass die Vorgaben der DSGVO grundsätzlich auch auf sämtliche Verarbeitungen personenbezogener Daten zu grundrechtlich besonders geschützten journalistischen, wissenschaftlichen, künstlerischen oder literarischen Zwecken angewendet werden sollen.

zu 3420.00 v. 12.12.17 (LFDI)

Bei der Umsetzung von Art. 85 DSGVO gilt es insbesondere folgende Anforderungen zu beachten:

- Ausnahmen oder Abweichungen von der Anwendung der DSGVO auf die Verarbeitung personenbezogener Daten im journalistischen Bereich müssen notwendig sein, um freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit gemäß Art. 11 GRCh sicherzustellen.
- Einen regelhaften Vorrang der Presse-, Rundfunk- und Medienfreiheit sieht die DSGVO nicht vor. Sie verlangt vielmehr, einen angemessenen Ausgleich zwischen den Grundrechten herzustellen, wenn diese in Widerstreit geraten (vgl. 153. Erwägungsgrund der DSGVO).
- Die Grundsätze des Datenschutzes (Art. 5 DSGVO) müssen hinreichend Beachtung finden. Jedenfalls steht es nicht im Einklang mit dem Recht auf Schutz personenbezogener Daten, wenn die Grundsätze des Datenschutzes im Journalismus in weitem Umfang ausgeschlossen werden. Eine Regelung kann keinesfalls als notwendig i. S. d. DSGVO angesehen werden, wenn sie zum Zwecke der Abwägung mit der Meinungs- und Informationsfreiheit die Transparenzrechte und Interventionsmöglichkeiten für betroffene Personen sowie Verfahrensgarantien über eine unabhängige Aufsicht missachtet.
- Über den eingeräumten Gestaltungsspielraum geht es hinaus, wenn die Verarbeitung personenbezogener Daten durch Hilfsunternehmen zu undifferenziert vom Geltungsbereich der DSGVO ausgenommen wird, ohne dass diese Aktivitäten unmittelbar der journalistischen Tätigkeit dienen. Die Reichweite der journalistischen Tätigkeit bedarf zudem einer Konkretisierung.
- Die künftige Aufsicht über den Datenschutz beim Rundfunk ist unabhängig auszugestalten. Sie bedarf wirksamer Abhilfebefugnisse bei Datenschutzverstößen.

Die Konferenz der unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder fordert daher für die Anpassung von Rundfunk-Staatsverträgen, Presse- und Mediengesetzen:

- Die gesetzlichen Anpassungen i. S. d. Art. 85 DSGVO müssen konkret und spezifisch - bezogen auf die jeweiligen Normen und Vorgaben der DSGVO - Ausnahmen und Abweichungen regeln und diese begründen.
- Bei der Ausübung der jeweiligen Regelungskompetenz ist das europäische Datenschutzrecht zwingend zu beachten. Eine faktische Beibehaltung der bisherigen nationalen Rechtslage würde dem nicht gerecht.



Landesanstalt für Kommunikation Baden-Württemberg
Postfach 102927 · 70025 Stuttgart

Staatsministerium Baden-Württemberg

Richard-Wagner-Str. 15
70184 Stuttgart

Präsident

Dr. Wolfgang Kreißig
Fon: 0711/ 6 69 91-21
Fax: 0711/ 6 69 91-11

Stuttgart, 08.01.2018

Stellungnahme der Landesanstalt für Kommunikation zu dem Entwurf eines Gesetzes zum 21. Rundfunkänderungsstaatsvertrag und zur Anpassung des Medien-Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679

Sehr geehrter Herr

vielen Dank für die Gelegenheit, zu dem oben genannten Gesetzentwurf Stellung nehmen zu können.

Im Bereich des Medien-Datenschutzrechts lässt Art. 85 Abs. 2 der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) für die Datenverarbeitung zu journalistischen, wissenschaftlichen, künstlerischen oder literarischen Zwecken Abweichungen bzw. Ausnahmen von der DSGVO zu, um das Recht auf Schutz der personenbezogenen Daten mit der Freiheit der Meinungsäußerung und der Informationsfreiheit in Einklang bringen zu können (sog. Medienprivileg).

Soweit der LFK Aufsichtsaufgaben im Bereich des Datenschutzes nun erstmalig zugewiesen werden sollen, ist im Rahmen der Ausgestaltung der zukünftigen Aufsicht insbesondere auch dem bisherigen strukturellen Zuschnitt der LFK, ihrer Funktion sowie den spezifischen Anforderungen und dem Umfang der neuen Aufgabe Rechnung zu tragen. Wir begrüßen daher, dass unsere Anregungen für eine Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Erfordernisse an eine Medienaufsicht in den Gesetzentwurf aufgenommen wurden.

Im Einzelnen:

1. Die verfassungsrechtliche Konfliktlage

Der mitgliedstaatliche Regelungsauftrag des Art. 85 Abs. 2 DSGVO erfordert für die Datenverarbeitung zu journalistischen Zwecken eine Abwägung zwischen dem Recht auf Schutz der personenbezogenen Daten (Recht auf informationelle Selbstbestimmung gemäß Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 8 Grundrechtscharta) mit der Freiheit der Meinungsäußerung und der Informationsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG; Art. 11 Grundrechtscharta) zur Lösung der Grundrechtskollision. Im Rahmen dieser Abwägung ist zu berücksichtigen, dass der Begriff des Journalismus weit auszulegen ist, um „*der Bedeutung des Rechts auf freie Meinungsäußerung in einer demokratischen Gesellschaft Rechnung zu tragen*“ (ErwGr. 153).



LFK - Landesanstalt für Kommunikation
Baden-Württemberg
Anstalt des öffentlichen Rechts

Dienstgebäude: Reinsburgstraße 27 · 70178 Stuttgart
Fon: 0711.66991-0 · Fax: 0711.66991-11
E-Mail: info@lfk.de · Internet: www.lfk.de

Bankverbindung:
Landesbank Baden-Württemberg
Konto 2 156 622 · BLZ 600 501 01
IBAN DE72 6005 0101 0002 1566 22 / BIC SOLADEST600

- 2 -

Daneben hat der deutsche Gesetzgeber mit Blick auf die Rundfunkfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 2 GG) einen weiteren Regelungsauftrag zu erfüllen, um den kommunikationsverfassungsrechtlichen Anforderungen zu entsprechen. Er hat eine positive Rundfunkordnung zu schaffen, in der die Vielfalt der bestehenden Meinungen im Rundfunk möglichst breit und umfassend vermittelt werden. Dies erfordert auch geeignete organisatorische Vorkehrungen, um den Rundfunk nicht einseitig dem Staat oder einer gesellschaftlichen Gruppe auszuliefern (stRSpr, etwa BVerfGE 57, 295, 320 ff.). Die strukturelle Sicherung der Rundfunkfreiheit verlangt daher auch die Gewährleistung einer unabhängigen Medienaufsicht, die staatsfern organisiert ist und nicht in verfassungswidriger Weise in die Freiheit der Veranstalter einzugreifen vermag.

In dieser Konfliktlage stehen sich somit die Träger der Rundfunkfreiheit sowie die Träger des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung gegenüber. Die zu treffende Abwägung weist daher eine nicht unerhebliche verfassungsrechtliche Relevanz auf. Denn wegen seines Menschenwürdegehalts genießt das Recht auf informationelle Selbstbestimmung einen hohen Schutz. Der Schutzbereich der Rundfunkfreiheit umfasst - ebenso wie die Pressefreiheit - das gesamte Tätigkeitsspektrum von der Informationsbeschaffung über die Informationsbearbeitung bis hin zur Informationsverbreitung. Gerade der Datenverarbeitung zu journalistischen Zwecken, die insbesondere eine kritische Berichterstattung ermöglicht, kommt als Faktor des demokratischen Willensbildungsprozesses ein besonderes Gewicht zu.

Eine uneingeschränkte Anwendung der Regelungen des allgemeinen Datenschutzrechts würde eine kritische Berichterstattung unmöglich machen. Denn personenbezogene Daten dürften nur mit Zustimmung der Betroffenen im Rahmen der journalistischen Tätigkeit genutzt werden, Betroffene könnten bereits im Vorfeld über Auskunfts-, Berichtigungs- und Sperrungsansprüche nach den Datenschutzgesetzen eine Veröffentlichung unterbinden. Hierbei ist das Zensurverbot des Art. 5 Abs. 1 S. 3 GG zu beachten, dass eine Vorzensur und damit einen präventiven Datenschutz untersagt. Dies erfordert eine Modifizierung des Datenschutzrechts für den Rundfunk.

2. Aufsicht über die journalistische Datenverarbeitung, § 50 LMedienG (neu)

Durch den Gesetzentwurf wird die journalistische Datenverarbeitung im Bereich des privaten Rundfunks einer externen Aufsicht durch die LFK unterworfen. Bislang mussten die privaten Rundfunkveranstalter für die Datenverarbeitung im journalistisch-redaktionellen Bereich lediglich einen internen Datenschutzbeauftragten bestellen. Mit dieser Regelung, die durch die Novelle des LMedienG 1991 eingeführt wurde, sollte den privaten Rundfunkveranstaltern im Bereich der journalistisch-redaktionellen Datenverarbeitung die gleiche Rechtsposition eingeräumt werden wie den öffentlich-rechtlichen Rundfunkanstalten und der Presse, die „*keiner externen Datenschutzkontrolle unterliegen, soweit sie Daten ausschließlich zu eigenen journalistisch-redaktionellen Zwecken verarbeiten*“ (Landtag v. Baden-Württemberg, Drs. 10/5420, S. 74). Lediglich die sonstige Datenverarbeitung unterlag einer externen Kontrolle durch den Landesbeauftragten für den Datenschutz.

Wir unterstützen den Ansatz, die Aufsicht im Bereich der journalistischen Datenverarbeitung zukünftig dem Vorsitzenden des Vorstandes der LFK zuzuweisen (§ 50 Abs. 3 LMedienG (neu)). Dies berücksichtigt die Struktur sowie die bereits bestehenden Mechanismen zur Sicherstellung der Unabhängigkeit der LFK und des Vorsitzenden des Vorstandes. Es wird angeregt, im Gesetzentwurf einheitlich die auch ansonsten im LMedienG gewählte Begrifflichkeit des „Vorsitzenden des Vorstandes“ zu verwenden.

Die LFK befürwortet die Nichtanwendung des VI. und VII. Kapitels der Verordnung (§ 50 Abs. 3 S. 6 LMedienG (neu)). Die an eine unabhängige Aufsicht im Bereich des Datenschutzes erforderlichen Voraussetzungen werden ohnehin erfüllt. Die Übertragung der medienrechtlich zulässigen

- 3 -

Aufsichtsmaßnahmen auf den Bereich des Datenschutzes (§ 50 Abs. 3 S. 2 LMedienG (neu)) trägt gleichermaßen dem Schutzniveau der Rundfunkfreiheit als auch des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung Rechnung. Vor dem Hintergrund der nach der Rundfunkfreiheit erforderlichen Staatsferne und Unabhängigkeit einer Medienaufsicht stellen sich die Möglichkeit des Europäischen Datenschutzausschusses nach Art. 65 Abs. 1 DSGVO verbindliche Beschlüsse für die Aufsichtsbehörden zu erlassen bzw. die die Pflicht der Aufsichtsbehörden zur Zusammenarbeit mit der Kommission (Art. 64 Abs. 2 DSGVO) dagegen als rundfunkverfassungsrechtlich bedenklich dar.

Für die journalistische Datenverarbeitung kommt es auf den Zweck der jeweiligen Datenverarbeitung, nicht auf die Art der Daten an. Insofern ist es zutreffend, auch den Bereich der sog. „Mischdatenverarbeitung“, die einen medienspezifischen Bezug aufweist, dem staatsfernen Vorsitzenden des Vorstandes zu übertragen (S. 20 des Gesetzentwurfs). Denn das Beispiel der Verarbeitung der Reisedaten von Journalisten zeigt, dass sich die journalistische Datenverarbeitung in der Regel nicht von einer reinen administrativen Datenverarbeitung trennen lässt. Durch die neue Regelung, die durch die Streichung des Wortes „ausschließlich“ in § 50 Abs. 1 S. 1 LMedienG (neu) zum Ausdruck kommt, werden insoweit komplexe Abgrenzungsfragen vermieden.

3. Medienprivileg, § 49 LMedienG (neu)

Das Medienprivileg des § 49 Abs. 2 LMedienG (neu) enthält in Anpassung an die Verordnung nicht mehr die Voraussetzungen, dass die Datenverarbeitung „ausschließlich zu eigenen journalistisch-redaktionellen Zwecken“ erfolgen muss. Der Wortlaut wird vielmehr auf die Datenverarbeitung „zu journalistischen Zwecken“ geändert. Dies entspricht der nach der Verordnung weiten Auslegung des Begriffes des Journalismus (ErwGr. 153). Zudem sollen Kooperationen mit anderen journalistischen Einheiten, z.B. Rechercheverbände, dem Medienprivileg unterfallen. Die LFK unterstützt diesen Vorschlag, bildet er doch die mediale Wirklichkeit ab, in der diese Formen der Zusammenarbeit häufig stattfinden. Der Vorschlag zu § 50 LMedienG (neu) spricht jedoch weiterhin von einer Datenverarbeitung „zu eigenen“ journalistischen Zwecken. Nach diesseitigem Verständnis bedeutet dies, dass die Aufsicht im Bereich der journalistischen Datenverarbeitung diese Kooperationen ausklammert. Gegebenenfalls sollte daher erwogen werden, diese Regelungslücke zu schließen.

4. Auswirkungen auf die LFK

Durch die Zuweisung der künftigen Aufsichtsfunktion im Bereich des Datenschutzes wird die LFK verpflichtet, einschlägiges Fachwissen aufzubauen und die neuen Aufgaben, einschließlich der Zeiten für regelmäßige Fortbildungen, einer Personalstelle dauerhaft zuzuweisen. Zudem erwartet die LFK durch die neuen Regelungen der Verordnung sowohl einen gesteigerten Beratungsbedarf seitens der privaten Rundfunkveranstalter im Land als auch einen erhöhten internen Beratungsbedarf in allen Angelegenheiten der LFK aufgrund der höheren Anforderungen der DSGVO. Angesichts des sehr schlanken Personalkörpers der LFK mit einer hohen Auslastung ist daher von der Notwendigkeit auszugehen, den Stellenplan moderat anzuheben.

Mit freundlichen Grüßen


Dr. Wolfgang Kreißig



Verband Privater Rundfunkanbieter Baden-Württemberg e.V.

VPRA, Königstraße 26, 70173 Stuttgart

Staatsministerium Baden-Württemberg
Referat 26

Richard-Wagner-Str. 15
70184 Stuttgart

we

8.1.2018

Anhörung zum Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Medien-Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679, hier Landesmediengesetz

Sehr geehrter Herr

wir danken Ihnen für die Gelegenheit, zum Entwurf des Gesetzes zur Anpassung des Medien-Datenschutzrechts an die Verordnung EU 2016/679, hier im Besonderen der Anpassung des Landesmediengesetzes, Stellung nehmen zu können. Der vorliegende Gesetzentwurf ist ein sog. Artikelgesetz. Er befasst sich mit den zum 25.5.2018 umzusetzenden datenschutzrechtlichen Änderungen in den Vorschriften des Landespressegesetzes sowie des Landesmediengesetzes.

An dieser Stelle gehen wir auf die geplanten Änderungen in **Artikel 2 des Gesetzes, Landesmediengesetz, §§ 49 ff**, ein.

Die zu ändernden Bestimmungen des Landesmediengesetzes vom 19. Juli 1999 (GBl. S. 273, ber. S. 387), das zuletzt durch Artikel 1 des Gesetzes vom 17. Dezember 2015 (GBl. S.

VPRA, Königstraße 26, 70173 Stuttgart, Tel. 0711/18567-180, Fax 0711/18567-304, e-mail: vpra@vszv.de
Bankverbindung: Bankhaus Bauer, Konto 81700075, BLZ 600 301 00, IBAN DE72 6003 0100 0081 7000 75, BIC BHBADES1

Verband Privater Rundfunkanbieter Baden-Württemberg e.V.

- 2 -

1201) geändert worden ist, **lauten**:

§ 49 Datenschutz im Bereich des privaten Rundfunks

(1) Soweit in diesem Gesetz nichts Anderes bestimmt ist, gelten im Bereich des privaten Rundfunks die Datenschutzbestimmungen des Rundfunkstaatsvertrages in seiner jeweils geltenden Fassung.

(2) Soweit private Veranstalter oder Hilfsunternehmen des Rundfunks personenbezogene Daten ausschließlich zu eigenen journalistisch-redaktionellen Zwecken verarbeiten, gelten die §§ 5, 9 und 38 a sowie § 7 des Bundesdatenschutzgesetzes mit der Maßgabe, dass nur für Schaden haftet wird, die durch eine Verletzung von §§ 5 und 9 des Bundesdatenschutzgesetzes eintreten. Führt die journalistisch-redaktionelle Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten im Rundfunk zur Verbreitung einer Gegendarstellung des Betroffenen, so ist diese zu den gespeicherten Daten zu nehmen und für dieselbe Zeitdauer aufzubewahren wie die Daten selbst.

§ 50 Datenschutzkontrolle

(1) Zuständige Aufsichtsbehörde zur Überwachung der Einhaltung der Datenschutzbestimmungen im Bereich des privaten Rundfunks ist, soweit die Datenverarbeitung nicht ausschließlich zu eigenen journalistisch-redaktionellen Zwecken nach § 47 Abs. 2 des Rundfunkstaatsvertrages und § 49 Abs. 2 erfolgt, der Landesbeauftragte für den Datenschutz.

(2) Die Aufsichtsbehörde hat die Befugnisse nach § 38 des Bundesdatenschutzgesetzes. Verstöße teilt die Aufsichtsbehörde der Landesanstalt mit.

(3) Der Veranstalter hat einen Beauftragten für den Datenschutz zu bestellen, der im journalistisch-redaktionellen Bereich die Einhaltung dieser Vorschrift überwacht; §§ 4f und 4g des Bundesdatenschutzgesetzes gelten entsprechend.

Der **Entwurf** zu den zu **ändernden** Bestimmungen des Landesmediengesetzes (LMedi-enG) lautet:

„§ 49 Datenschutz im Bereich des privaten Rundfunks

(1) Im Bereich des privaten Rundfunks gelten die allgemeinen Vorschriften über den Schutz personenbezogener Daten, soweit in diesem Gesetz oder im Rundfunkstaatsvertrag in seiner jeweils geltenden Fassung nichts Anderes bestimmt ist.

(2) Soweit private Rundfunkveranstalter personenbezogene Daten zu journalistischen Zwecken verarbeiten, ist es den hiermit befassten Personen untersagt, diese personenbezogenen Daten zu anderen Zwecken zu verarbeiten (Datengeheimnis). Diese Personen sind bei der Aufnahme ihrer Tätigkeit auf das Datengeheimnis zu verpflichten. Das Datengeheimnis besteht auch nach Beendigung ihrer Tätigkeit fort. Im Übrigen finden für die Datenverarbeitung zu journalistischen Zwecken von der Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung) (ABI. L 119 vom 4.5.2016, S. 1, ber. ABI. L 314

Verband Privater Rundfunkanbieter Baden-Württemberg e.V.

- 3 -

vom 22.11.2016, S. 72) außer den Kapiteln I, VIII, X und XI nur die Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe f in Verbindung mit Absatz 2, Artikel 24 und Artikel 32 Anwendung. Artikel 82 und 83 der Verordnung (EU) 2016/679 gelten mit der Maßgabe, dass nur für eine Verletzung des Datengeheimnisses gemäß der Sätze 1 bis 3 sowie für unzureichende Maßnahmen nach Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe f, Artikel 24 und 32 der Verordnung (EU) 2016/679 gehaftet wird. Die Sätze 1 bis 5 gelten entsprechend für die zu den in Satz 1 genannten Stellen gehörenden Hilfs- und Beteiligungsunternehmen. Private Rundfunkveranstalter sowie ihre Verbände und Vereinigungen können sich Verhaltenskodizes geben, die in einem transparenten Verfahren erlassen und veröffentlicht werden. Den betroffenen Personen stehen nur die in den Absätzen 3 und 4 genannten Rechte zu.

(3) Führt die journalistische Verarbeitung personenbezogener Daten zur Verbreitung von Gegendarstellungen der betroffenen Person oder zu Verpflichtungserklärungen, Beschlüssen oder Urteilen über die Unterlassung der Verbreitung oder über den Widerruf des Inhalts der Daten, so sind diese Gegendarstellungen, Verpflichtungserklärungen und Widerrufe zu den gespeicherten Daten zu nehmen und dort für dieselbe Zeitdauer aufzubewahren wie die Daten selbst sowie bei einer Übermittlung der Daten gemeinsam mit diesen zu übermitteln.

(4) Wird jemand durch eine Berichterstattung in seinem Persönlichkeitsrecht beeinträchtigt, kann die betroffene Person Auskunft über die der Berichterstattung zu Grunde liegenden zu ihrer Person gespeicherten Daten verlangen. Die Auskunft kann nach Abwägung der schutzwürdigen Interessen der Beteiligten verweigert werden, soweit

1. aus den Daten auf Personen, die bei der Vorbereitung, Herstellung oder Verbreitung von Rundfunksendungen mitwirken oder mitgewirkt haben, geschlossen werden kann,
2. aus den Daten auf die Person des Einsenders oder des Gewährsträgers von Beiträgen, Unterlagen und Mitteilungen für den redaktionellen Teil geschlossen werden kann,
3. durch die Mitteilung der recherchierten oder sonst erlangten Daten die journalistische Aufgabe durch Ausforschung des Informationsbestandes beeinträchtigt würde.

Die betroffene Person kann die unverzügliche Berichtigung unrichtiger personenbezogener Daten im Datensatz oder die Hinzufügung einer eigenen Darstellung von angemessenem Umfang verlangen. Die weitere Speicherung der personenbezogenen Daten ist rechtmäßig, wenn dies für die Ausübung des Rechts auf freie Meinungsäußerung und Information oder zur Wahrnehmung berechtigter Interessen erforderlich ist."

„§ 50 Datenschutzkontrolle

(1) Zuständige Aufsichtsbehörde zur Überwachung der Einhaltung der Datenschutzbestimmungen im Bereich des privaten Rundfunks ist, soweit die Datenverarbeitung nicht zu eigenen journalistischen Zwecken erfolgt, der Landesbeauftragte für den Datenschutz. Verstöße teilt die Aufsichtsbehörde der Landesanstalt mit.

Verband Privater Rundfunkanbieter Baden-Württemberg e.V.

- 4 -

(2) Der Veranstalter hat nach Artikel 37 der Verordnung (EU) 2016/679 einen Datenschutzbeauftragten zu benennen, der bei der Datenverarbeitung zu eigenen journalistischen Zwecken die Einhaltung der in diesem Bereich anwendbaren Datenschutzbestimmungen überwacht. Er hat die Stellung entsprechend Artikel 38 und die Aufgaben entsprechend Artikel 39 der Verordnung (EU) 2016/679.

(3) Im Bereich der Datenverarbeitung zu eigenen journalistischen Zwecken erfolgt die Aufsicht durch den Vorsitzenden des Vorstands der Landesanstalt. Er hat die Befugnisse entsprechend den §§ 31 und 32 Absatz 1. Bei der Ausübung des pflichtgemäßen Ermessens ist insbesondere den durch Artikel 5 Absatz 1 des Grundgesetzes geschützten Belangen der Veranstalter Rechnung zu tragen. In Ausübung der Aufsicht über die Datenverarbeitung zu eigenen journalistischen Zwecken ist der Vorsitzende des Vorstands unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen. Er unterliegt in diesem Bereich weder einer Dienstaufsicht nach § 40 Absatz 1 noch einer Rechtsaufsicht nach § 48. Kapitel VI und VII der Verordnung (EU) 679/16 finden auf den Vorsitzenden des Vorstands keine Anwendung."

3. § 51 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 1 wird wie folgt geändert:

- aa) Die Angabe „28“ wird durch die Angabe „22“ ersetzt.
- bb) Die Wörter „§ 11 Abs. 1 und 3 sowie § 49 Abs. 1“ werden durch die Wörter „sowie § 11 Abs. 1 und 3“ ersetzt.
- cc) Die Wörter „Teleshopping und Datenschutz“ werden durch die Wörter „und Teleshopping“ ersetzt.

b) Absatz 4 wird wie folgt geändert:

Die Wörter „nach § 49 Absatz 1 Satz 1 Nummer 23 bis 28 des Rundfunkstaatsvertrages das durch Rechtsverordnung des Innenministeriums bestimmte Regierungspräsidium“ werden durch die Wörter „im Zusammenhang mit dem Datenschutz im Rahmen seiner Zuständigkeit nach § 50 Absatz 1 der Landesbeauftragte für den Datenschutz“ ersetzt.

Wir appellieren an den Gesetzgeber, die Absicherung des Medienprivilegs in den neuen Bestimmungen des Landesmediengesetzes fortzuschreiben. Wir sind uns bewusst, dass dieses Gesetzgebungsverfahren mit der gegenwärtig ebenfalls fortschreitenden Reform der einschlägigen datenschutzrechtlichen Bestimmungen des Rundfunkstaatsvertrages (Umsetzungsgesetz zum 21. Rundfunkänderungsstaatsvertrag) in enger Verbindung steht. So ist laut Gesetzesbegründung zum Landesmediengesetz E unter anderem vorgesehen, die Betroffenenrechte (bisher § 47 Abs. 2 Rund-

Verband Privater Rundfunkanbieter Baden-Württemberg e.V.

- 5 -

funktstaatsvertrag) bis zum Inkrafttreten einer einheitlichen Regelung im Rundfunkstaatsvertrag nun in den neu gestalteten § 49 Abs. 4 LMedienG E aufzunehmen.

Gleichwohl seien an dieser Stelle einige Anmerkungen grundsätzlicher Art erlaubt: Unübersichtlich und komplex erscheint generell die unterschiedliche Behandlung einzelner Mediengattungen nicht nur auf der Ebene der Aufsicht, sondern bereits auf normativer Ebene. Das Reglement im Landesmediengesetz und in den zu erwartenden Regelungen im neuen Rundfunkstaatsvertrag legt den betroffenen Unternehmen unter dem Mantel des Datenschutzrechts Verpflichtungen zum Schutz von Persönlichkeitsrechten auf, welche bereits auf der Ebene allgemeiner zivilrechtlicher und strafrechtlicher Schutz- und Abwehransprüche in einem gut austarierten System wirksam und in ausreichendem Maße geschützt sind. Unterlassungs- und Schadenersatzansprüche stellen unter Berücksichtigung der Normen der §§ 823 Abs. 1, Abs. 2 und 1004 BGB analog sowohl bei Verletzung datenschutzrechtlicher Verpflichtungen als auch im inhaltsbezogenen Äußerungs- und Persönlichkeitsrecht scharfe Sanktionen dar, über die jedoch die Gerichte und nicht die Datenschutzaufsichtsbehörden entscheiden. Es sei an dieser Stelle bereits auf die in § 49 Abs. 3 und Abs. 4 LMedienG E vorgesehenen Verpflichtungen hingewiesen.

Fakt ist, dass unter dem Lichte des Art 85 DSGVO sowohl eine europarechtliche Zulässigkeit als auch eine medienpolitische Notwendigkeit der Beibehaltung der geltenden Pressefreiheit (innerhalb der Medien- und Kommunikationsfreiheit) in Ausprägung eines **Medienprivilegs** besteht.

Die Medienkommunikationsfreiheit (Presse-/Rundfunk/Telemedien) in Art 5 Abs. 1 S. 2 GG setzt voraus, dass **weder Datenschutzrecht noch Datenschutzaufsicht** auf die redaktionelle Verarbeitung personenbezogener Daten Anwendung finden.

Möglich sind demnach **allein Vorgaben zu Datensicherheit und Datengeheimnis**, die die Verarbeitung journalistischer Daten zu anderen als eben journalistischen Zwecken untersagen. Das Inkrafttreten der DSGVO im Mai 2018 verlangt eine Umstellung des geltenden § 49 Abs. 2 LMedienG von einer Ausnahme vom BDSG hin zu einer Ausnahme von der DSGVO und vom BDSG (neu).

§ 49 LMedienG E

Nachdem die Datenschutzgrundverordnung keine spezifische Regelung zum Datengeheimnis enthält, verpflichtet der Gesetzgeber die Rundfunkveranstalter im Entwurf **§ 49 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 und Satz 3** weiterhin explizit darauf, das Datengeheimnis zu wahren. Das ist Gegenstand auch der

Verband Privater Rundfunkanbieter Baden-Württemberg e.V.

- 6 -

alten Regelung und ist nicht zu beanstanden, das entspricht den Maßgaben des Art 85 DS GVO zum Erhalt des Medienprivilegs.

Minimales Erfordernis für den Schutz des Status Quo redaktioneller Pressefreiheit ist dabei, dass innerhalb der Bereichsausnahme des § 49 Abs. 2 LMedienG im Zuge der Anpassung **höchstens** Anforderungen an **Datensicherheit** und **Datengeheimnis** gestellt werden und **keine** weiteren materiellen datenschutzrechtliche Verpflichtungen für die Redaktionen der Rundfunkveranstalter aufgestellt werden, die möglicherweise das Medienprivileg aushöhlen oder die Ausübung redaktioneller Arbeit etwa **einer behördlicher Aufsicht unterwirft**.

Es sollte demnach im Entwurf klargestellt werden, dass es im Bereich der redaktionellen Datenverarbeitung **nicht** zu einer **Erweiterung der behördlichen Aufsicht** über den Bereich der Datensicherheit oder der Sicherstellung des Datengeheimnisses hinaus kommt. Ein klarstellender Hinweis wäre unseres Erachtens deswegen erforderlich, da die Bestimmung des **§ 49 Abs. 2 S. 4 LMedienG E** grundsätzlich die vollumfängliche Anwendung des **Kapitel VIII** (Art 77 bis 84) der DS GVO vorsieht und lediglich in **§ 49 Abs.2 Satz 5 LMedienG E**, nämlich bei Erwähnung der Art. 82 und 83 DS GVO, die Beschränkung auf die Grenzen von Datengeheimnis und Datensicherheit gem. Art 5 Abs. 1 lit. f (Sicherheit personenbezogener Daten), Art 24, 32 DS GVO ausdrücklich formuliert.

Man mag aus Sicht des Gesetzgebers argumentieren, dass die vollumfängliche Einbeziehung des Pflichtenkatalogs des **Kapitel VIII** DS GVO mit den Verpflichtungen aus den Bestimmungen in § 49 Abs. 3 und 4 LMedienG E in Einklang zu bringen ist, deren Einhaltung durch ein Beschwerderecht bei einer Aufsichtsbehörde abgesichert werden soll.

Aber gerade deswegen besteht hier die Gefahr, dass es durch die vollumfängliche Anwendung des Pflichtenkataloges des **Kapitel VIII DS GVO** (hier bspw. auch Anwendung des § 77 DS GVO, Beschwerderecht bei einer Aufsichtsbehörde) zu einer Ausdehnung der aufsichtsrechtlichen Aufgaben (diese ist beschränkt auf Datensicherheit und Datengeheimnis) auch auf die Bereiche journalistisch-redaktioneller Arbeit kommt. Es ist nicht auszuschließen, dass sich die zuständige Aufsichtsbehörde zur Prüfung von Beschwerden intensiv mit Sachverhalten befassen muss, die dem grundrechtlich geschützten Redaktionsgeheimnis unterliegen und jenseits der durch Vorgabe des Art. 85 DS GVO lediglich geforderten Wahrung der Bereiche Datensicherheit und Datengeheimnis liegen.

Verband Privater Rundfunkanbieter Baden-Württemberg e.V.

- 7 -

Im Grunde ist diese Gefahr schon allein deswegen nicht von der Hand zu weisen, da die Veranstalter ja ebenfalls einen Beauftragten für den journalistischen Datenschutz nach § 50 Abs. 2 LMEdienG E zu bestellen haben, der unter „entsprechendem“ Verweis auf Art 39 der DS GVO gerade auch mit der Aufsichtsbehörde zusammenarbeiten soll (siehe Art 39 Abs. 1 lit d der DS GVO).

Die Prüfung des Beschwerderechts erfordert realistischerweise auch eine Bewertung von redaktionell relevanten Sachverhalten durch die zuständigen Datenschutzbehörden (siehe hierzu § 50 LMEdienG E, dazu noch unten). Dies ist allerdings ein Bereich, der gerade zum Schutz des Medienprivilegs aus Art 85 DS GVO den Aufsichtsbehörden **entzogen** ist.

Was die vollumfängliche Anwendung der Bestimmungen des **VIII Kapitels der DS GVO** aus der **Perspektive des Medien- und Kommunikationsrechtes** bedeutet, hat Prof. Dr. Matthias Cornils, Johannes Gutenberg-Universität Mainz, in seinem Rechtsgutachten „Das datenschutzrechtliche Medienprivileg unter Behördenaufsicht? – Der unionsrechtliche Rahmen für die Anpassung der medienrechtlichen Bereichsausnahmen (in § 9c, § 57 RStV-E und den Landespressegesetzen) an die EU-Datenschutz-Grundverordnung“, siehe Anlage, überzeugend dargelegt (im Einzelnen siehe dort S. 53 ff m.w.N):

„Die Anerkennung einer unabdingbaren Pflicht zur Anwendung der Art 77 f und Art 83 DS-GVO bedeutet einen einschneidenden Bruch mit den gefestigten Traditionen dieser Teilrechtsordnungen. Besonders gilt dies für das moderne Presserecht, das eine Verwaltungsaufsicht über die Presse nicht kennt (mit ihrerseits stark eingeschränkten ausnahmen hinsichtlich der staatsanwaltschaftlichen Ermittlungen im Strafverfahren und polizeilicher Befugnisse außerhalb des Kernbereichs der Inhaltskontrolle von Presserzeugnissen). Die Annahme, das Unionsrecht, welches in Rechtsetzung und EuGH-Rechtsprechung die unionsgrundrechtliche Freistellungsbedürftigkeit publizistischer Berichterstattung und Meinungsäußerung vom Datenschutz stets und bis heute anerkannt hat, erstrecke nun selbst mit der DS-GVO erstmals zwingend die Zuständigkeit staatlicher Aufsichtsbehörden auf die Medien, ist kaum vorstellbar.“

Cornils kommt in seinem Gutachten weiterhin zu folgendem Ergebnis:

„Die Unklarheit, Inkohärenz und daraus entstehende Rechtsunsicherheit einer auf das VIII. Kapitel der DS-VO verweisenden Anwendbarkeits-Deklaration stehen im Widerspruch zu den Anforderungen an eine normenklare Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben, wie sich allgemein schon aus Art. 288 AEUV und besonders aus dem Regelungsauftrag des Art. 85 DS-GVO ergeben. Von der Nennung des Kapitel VIII und der anderen in Art. 85 Abs. 2

Verband Privater Rundfunkanbieter Baden-Württemberg e.V.

- 8 -

DS-GVO genannten Kapiteln in den neu zu fassenden Vorschriften über das Medienprivileg in § 9c, § 57 RStV und den **Landesmediengesetzen** sollte daher Abstand genommen werden.“

Wir verkennen dabei nicht, dass sowohl der Datenschutz als auch das Äußerungsrecht dem Schutz der Persönlichkeitsrechte von Betroffenen dienen. Dies allerdings in **unterschiedlicher** Weise. Die Unterschiede bei den rechtlichen Grundlagen und dem Procedere sollten bei der Präzisierung der Verpflichtungen aus Art. 85 DS GVO benannt und nicht eingeebnet werden. Das Äußerungsrecht ist sowohl auf der Ebene des Zivil- als auch des Strafrechts durch ein wohl austarier-tes System an Rechtsverfolgungsmöglichkeiten abgesichert (hierzu schon oben). Einer Gefahr der Aushöhlung des Medienprivilegs muss an dieser Stelle begegnet werden.

§ 49 Abs. 3 LMedienG E: Verpflichtung zur Aufbewahrung und Übermittlungsanspruch: Der Katalog der verpflichtenden Hinzuspeicherungen soll im Zuge der Gesetzesreform in § 49 Abs. 3 LMedienG E über den bisher geregelten Komplex der Gegendarstellung hinaus um sog. Verpflichtungserklärungen, Beschlüsse, Urteile über die Unterlassung der Verbreitung oder den Widerruf des Inhalts erweitert werden. Wir halten diese Anforderungen für überzogen. Jedes Medienunternehmen, jeder Rundfunkveranstalter wird in persönlichkeitsrechtlichen Streitigkeiten die streitgegenständlichen Schriftsätze/Quellen angemessen verwalten. Es zählt zu den selbstverständlichen journalistischen Sorgfaltspflichten und ist zur Vermeidung von Vertragsstrafen und gerichtlich verhängten Ordnungsgeldern ohnehin erforderlich, Unterlassungserklärungen, Gegendarstellungen, Unterlassungsurteile etc. bei weiterer Redaktionsarbeit zu den jeweiligen Tatsachen zu berücksichtigen. Die zusätzliche Normierung der gleichen Pflichten in § 49 Abs. 3 LMedienG E ist daher u.E. obsolet.

Es kann, soweit diese Quellen personenbezogene Daten enthalten, hier wiederum nur um Fragen der allgemeinen Datensicherheit und Verhinderung des Zugriffes Unbefugter auf persönlichkeitsrechtlich relevante Daten (Datengeheimnis) gehen. Hierzu sei angemerkt, dass sich bereits aus den Vorschriften zum Schutz des Persönlichkeitsrechts (§§ 823, 1004 analog BGB) die Verpflichtungen eines jeden Journalisten und jeder Redaktion ergeben, personenbezogene Redaktionsdaten gegen unbefugte Kenntnisnahme Dritter zu schützen (Datensicherheit) und solche Daten nicht unbefugt Dritten zugänglich zu machen (Datengeheimnis). Diese Verpflichtungen sind wiederum durch Unterlassungs- und Schadenersatzklagen vor den Zivilgerichten effektiv durchsetzbar.

Verband Privater Rundfunkanbieter Baden-Württemberg e.V.

- 9 -

Durch die vollständige Einbeziehung des Pflichtenkataloges des Kapitel VIII (wie bereits oben erwähnt) werden diesbezüglich auch die Beschwerderechte des Kapitel VIII der DS GVO anwendbar erklärt, was zur dem Wesen des Medienprivilegs abträglichen Ausdehnung datenschutzrechtlicher Normen führt, s.o.

In **§ 49 Abs. 4 LMedienG E** soll der bereits in § 47 Abs. 2 Rundfunkstaatsvertrag normierte Auskunftsanspruch unter dem immens wichtigen und nicht zu vernachlässigenden Gesichtspunkt des Informantenschutzes in seinen Einschränkungen weiter präzisiert werden.

Allerdings wird hierzu die Bestimmung, insbesondere was die Formulierung des Auskunftsrechts angeht, verändert. Die Norm verlangt lediglich noch eine „Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechtes“, um den Betroffenen den Auskunftsanspruch zu gewähren. Die anzustellende Abwägung der schutzwürdigen Interessen der Beteiligten, sollte das Medienunternehmen die Auskunft verweigern, wird erwartungsgemäß dazu führen, dass über den in den Gesetzesentwurf einbezogenen Maßnahmenkatalog des Kapitel VIII DS GVO die zuständige Aufsichtsbehörde mit der Materie zu befassen sein wird (die Bestimmungen der geplanten §§ 49 Abs. 3 und 4 LMedienG E sind ja medienspezifisches Datenschutzrecht), womit den datenschutzrechtlichen Verpflichtungen zur Umsetzung des Medienprivilegs, so wie in § 85 DVS GVO festgelegt (Beschränkung auf Datensicherheit und Datengeheimnis), nicht entsprochen wird.

Weiterhin wird in **§ 49 Abs. 4 Satz 3 LMedienG E** ein Berichtigungsanspruch unrichtiger personenbezogener Daten im Datensatz normiert, ergänzt durch den Anspruch auf „Hinzufügung einer eigenen Darstellung von angemessenem Umfang“.

Die Normierung einer solchen Verpflichtung halten wir für überzogen: Soweit es um etwaige Ansprüche auf Berichtigung personenbezogener Angaben in veröffentlichten Rundfunkbeiträgen geht, ist das Äußerungs-, und medienspezifische Presserecht mit Unterlassungs-, Gegendarstellungs-, Widerrufs- und Berichtigungsansprüchen das richtige Rechtsregime, um die widerstreitenden Interessen Betroffener und der Kommunikationsfreiheit gegeneinander abzuwägen. Es bedarf hierzu keiner gesonderten datenschutzrechtlich begründeten Ansprüche in den Landesmediengesetzen.

Die Ergänzung der Norm durch den Passus „oder Hinzufügen einer eigenen Darstellung von angemessenem Umfang“ ist in dieser unpräzisen Formulierung bereits als unzulässiger Eingriff in die redaktionelle Freiheit der Rundfunkunternehmen zu werten und abzulehnen. So bleibt im Gesamtkontext unklar, auf was sich der Anspruch auf Hinzufügen denn genau bezieht. Es soll sich wohl um ergänzende Angaben zu unrichtigen Datensätzen handeln. Im Grunde werden hier unter dem

Verband Privater Rundfunkanbieter Baden-Württemberg e.V.

- 10 -

Deckmantel des Datenschutzrechts neue „medienrechtliche Anspruchsgrundlagen“ eingeführt, quasi ein Gegendarstellungsrecht bezogen auf personenbezogene Daten. Der Erwägungsgrund Nr. 65 Der DS GVO selbst geht aber allenfalls von einem Berichtigungsanspruch aus.

Was wir, um auf § 49 Abs. 2 LMedienG E nochmals zurückzukommen, grundsätzlich begrüßen, ist die **§ 49 Abs. 2 Satz 6 LMedienG E** zu entnehmende Klarstellung, dass auch die zu den adressierten privaten Rundfunkveranstaltern gehörenden **Hilfs-** (wie bisher) und **Beteiligungsunternehmen** (neu) sich auf das Medienprivileg berufen können. Die Gesetzesbegründung stellt darüber hinaus klar, dass weiterhin Hilfsunternehmen erfasst werden, die als unabhängige Unternehmen für private Rundfunkveranstalter journalistische Aufgaben wahrnehmen.

Richtigerweise hebt die Gesetzesbegründung darauf ab, dass Kooperationen mit anderen journalistischen Einheiten in der Praxis zunehmend an Bedeutung gewinnen und aufgrund der verfassungsrechtlich vorgegebenen Reichweite der Rundfunkfreiheit - von der Vorarbeit (Informationsbeschaffung) über die Verarbeitung bis zur Veröffentlichung (auch in digitalen Archiven) - alle damit zusammenhängenden Tätigkeiten erfasst sind und nicht erst die Gestaltung der Angebote.

§ 49 Abs. 2 Satz 7 LMedienG E eröffnet die Möglichkeit, dass private Rundfunkveranstalter sowie deren Verbände und Vereinigungen **Verhaltenskodizes** zu datenschutzrechtlichen Verpflichtungen aufstellen können, die gerade nicht den strengen Voraussetzungen des Art 40 f DS GVO unterliegen sollen. Der Gesetzesentwurf nimmt im Übrigen in § 49 Abs. 2 Satz 4 das **Kapitel IV** DS GVO bis auf die darin enthaltenen Normen der Art. 24 und des Art. 32 der DS GVO von der Anwendung aus. Dabei ist in der Begründung klargestellt, dass die §§ 40 f DS GVO für private Rundfunkveranstalter im **journalistischen** Bereich keine Anwendung finden. Das ist zu begrüßen.

§ 50 Datenschutzkontrolle

§ 50 Abs. 1 LMedienG E: Die Regelung bestimmt, dass zuständige Aufsichtsbehörde für die Überwachung der Einhaltung der Datenschutzbestimmungen im Bereich sog. Verwaltungsdaten (z. B. Kundendaten, Mitarbeiterdaten etc.) weiterhin der Landesbeauftragte für den Datenschutz ist. Das entspricht der alten Regelung. Zu begrüßen ist die Streichung des Wortes „ausschließlich“, um sicherzustellen, dass auch im Bereich sog. „Mischdatenverarbeitung“, also einer Mischdatenverarbeitung sowohl zu journalistischen als auch zu Verwaltungszwecken, **keine** Zuständigkeit des Landesbeauftragten für den Datenschutz besteht, sondern die Zuständigkeit des „staatsfernen“ Präsidenten der Landesanstalt für Kommunikation.

Verband Privater Rundfunkanbieter Baden-Württemberg e.V.

- 11 -

§ 50 Abs. 2 LMedienG E legt dem Veranstalter die Verpflichtung auf, einen **internen** Datenschutzbeauftragten nach § 37 DS GVO für die Datenverarbeitung zu eigenen journalistischen Zwecken zu bestellen, der bei der Datenverarbeitung zu eigenen journalistischen Zwecken die Einhaltung der in diesem Bereich anwendbaren Vorschriften überwacht. Das entspricht im Grunde den bisherigen Verpflichtungen. Dabei sollen die Vorschriften der Art 38 und 39 DS GVO (die ebenfalls wie Art 37 in Kapitel IV der DS GVO) enthalten sind, entsprechend geltend.

Davon unberührt bleibt die Verpflichtung, entsprechend den Anforderungen der § 37 ff. DS GVO für den nicht-journalistischen Bereich einen Datenschutzbeauftragten zu bestellen, der, wie bisher auch, durch eine externe Kraft gestellt werden kann.

Die Datenschutzgrundverordnung stellt allerdings hier, was die Anforderungen an den klassischen (nicht journalistischen) Datenschutzbeauftragten angeht, geringere Anforderungen als bisher das (noch) geltende (alte) Bundesdatenschutzgesetz. Die DS GVO beinhaltet als roten Faden unter anderem die Differenzierung zwischen großen und kleinen Unternehmen beim Verwaltungsaufwand. Das wird im Regelungsgefüge des neuen § 50 LMedienG E leider nicht beachtet: So gelten nach den Bestimmungen des § 50 LMedienG E für große wie kleine Unternehmen dieselben Grundsätze. Der Verwaltungsaufwand für die Unternehmen wird sich erwartungsgemäß erhöhen, darüber hinaus wird sich die schon bisher nicht immer leicht lösbare Frage der Abgrenzung der Zuständigkeitsbereiche der in den Unternehmen tätigen Datenschutzbeauftragten (journalistischer Bereich und Verwaltungsbereich) weiterhin ergeben. Es würde sich anbieten, in den Regeln des Landesmediengesetzes die Anforderungen für die Unternehmen zurückzufahren.

§ 50 Abs. 3 LMedienG E: Mit Neufassung der Norm soll zum einen die Aufsicht über den journalistischen Datenschutz gewährleistet sowie der Ansprechpartner für ein Beschwerderecht der betroffenen Personen im Falle von Verstößen gegen die Verpflichtungen aus § 49 Abs. 3 und Abs. 4 i.V.m. § 49 Abs. 2 Satz 8 LMedienG E zu einer unabhängigen staatsfernen Stelle geschaffen werden.

Auf die grundsätzliche Frage der Anwendbarkeit der Bestimmungen des **Kapitel VIII** der DS GVO, unter die gerade auch die Regelung des Art 77 DS GVO fällt, ist an obiger Stelle bereits eingegangen worden.

Was die Aufsicht über die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Verpflichtungen unter Beachtung der Grenzen des Art 85 DS GVO angeht (Datengeheimnis, Datensicherheit) dürfte die Benennung des Präsidenten der staatsfernen Landesanstalt für Kommunikation die sachgerechteste Lösung sein. Eine Zuständigkeit des (allgemeinen) Landesbeauftragten für den Datenschutz für die unter

Verband Privater Rundfunkanbieter Baden-Württemberg e.V.

- 12 -

dem Lichte des Medienprivilegs zu bewertenden Sachverhalte wäre nicht zielführend, dessen Zuständigkeitsbereich ist auf allgemeinen unternehmerischen Verwaltungsbereich beschränkt.

Insofern erscheint es sachgerechter, den Präsidenten der Landesanstalt mit der datenschutzrechtlichen Aufsicht zu betrauen, der kraft seiner Medienexpertise am besten geeignet ist, die Aufgaben des Datenschutzes im journalistischen Bereich zu erfüllen.

Aus unterschiedlichen Blickwinkeln ist die Absicht des Gesetzgebers zu betrachten, zur Sicherung der Unabhängigkeit die Wahrnehmung seiner Funktion **im datenschutzrechtlichen Bereich** von Dienst- und Rechtsaufsicht zu befreien. Einerseits verhindert dies das Durchgreifen staatlicher Aufsichtsbehörden auf die Regelung datenschutzrechtlicher Sachverhalte, die unter dem Wirkungsbereich des Medienprivilegs grundsätzlich der staatlichen Aufsicht so weit wie möglich entzogen werden sollen, was uneingeschränkt zu begrüßen ist. Andererseits schränkt dies ggf. auch die Handlungsmöglichkeiten betroffener Medienunternehmen ein, im Falle von Streitigkeiten über angeordnete Maßnahmen des Aufsichtsorgans ggf. auch Rechtshilfe Einbeziehung einer übergeordneten Behörde beantragen könnten. Vor dem Hintergrund, dass aber effektiver Rechtsschutz über die Anrufung der Verwaltungsgerichte gewährleistet ist, ist die vom Gesetzgeber hier vorgesehene Regelung zu bevorzugen.

§ 51 LMedienG E: Keine Anmerkungen.

Für Rückfragen oder ein Gespräch stehen wir jederzeit zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Valdo Lehari jr.
Vorsitzender



Stephan Bourauel
Geschäftsführer

Anlage

Das datenschutzrechtliche Medienprivileg unter Behördenaufsicht?

Der unionsrechtliche Rahmen für die Anpassung der medienrechtlichen Bereichsausnahmen (in § 9c, § 57 RStV-E und den Landespressegesetzen) an die EU-Datenschutz-Grundverordnung

Rechtsgutachten

erstattet den Bestellern:

BDZV Bundesverband Deutscher Zeitungsverleger e. V.

dju Deutsche Journalisten- und Journalistinnen-Union

DJV Deutscher Journalisten-Verband

VDZ Verband Deutscher Zeitschriftenverleger e. V.

von Universitätsprofessor Dr. Matthias Cornils

Johannes Gutenberg-Universität Mainz, stv. Direktor des Mainzer Medieninstituts

August 2017

Inhalt

I. Problem- und Fragestellung	4
1. Einführung.....	4
2. Neuformulierung der Bereichsausnahme für Rundfunk bzw. Telemedien in § 9c Abs. 1, § 57 Abs. 1 RStV-E	6
3. Einwände und Gutachtenfrage	11
II. Das Medienprivileg als kommunikationsrechtliches essentielle.....	13
1. Verfassungsrechtliche Fundierung der Freistellung von datenschutzrechtlichen Bindungen	13
2. Unionsrechtliche Anerkennung des Medienprivilegs.....	18
a) Art. 9 DSRL	18
b) Ausweitung der Freistellung in Art. 85 DS-GVO.....	19
c) Kontinuität in der Kapitel-Enumeration	22
d) Partielle Abweichung bei Kapitel VIII DS-GVO	23
III. Verhältnis von Art. 85 Abs. 1 und 2 DS-GVO.....	25
1. Von dem Abweichungs- und Ausnahmenvorbehalt zur doppelten Öffnungsklausel: entstehungsgeschichtlicher Abriss.....	25
a) Kommissionsvorschlag: Abweichungs- und Ausnahmenvorbehalt.....	25
b) Vorschlag des Europäischen Parlaments, 1. Lesung: tatbestandlich erweiterter Abweichungs- und Ausnahmenvorbehalt.....	26
c) Vorschlag der Ratspräsidentschaft 2013: allgemeine Abwägungsklausel	27
d) Kompromissvorschlag des Rates 2015: Doppel-Klausel	28
e) Endfassung: Doppel-Klausel mit Mitteilungspflicht.....	29
2. Erkenntnisse aus der Genese des Art. 85 DS-GVO.....	29
a) Die Doppel-Klausel als interessenverbindender Kompromiss.....	30
b) Auslegungsleitlinie: Vermutung für die Normativität aller Bestimmungen des Art. 85 DS-GVO	32
3. Systematik des Art. 85 DS-GVO: Verständnismöglichkeiten.....	33
a) „Unechte Öffnungsklausel“	34
b) Art. 85 Abs. 2 DS-GVO als lex specialis?	44
c) Nur deklaratorisch-veranschaulichende Bedeutung des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO?	45
d) Vorzugswürdige Interpretation: generelle Öffnungsklausel mit Mindestgarantie in Abs. 2.....	46
IV. Kapitel VIII und Art. 85	49
1. Problematik der textfixierten Auslegung des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO.....	50
a) Gegenargument aus Art. 85 Abs. 2 i.V.m. Kapitel VI DS-GVO	50
b) Unplausibilität der scheinbar unabdingbaren Bindung gerade an Art. 77, 78, 83 DS-GVO.....	52
c) Vorbehalte gegen eine Behördenaufsicht der Medien im Gesetzgebungsverfahren	53
d) Rechtliche Möglichkeit einer Art. 77, 78 und 83 DS-GVO erfassenden Auslegung des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO	56
2. Art. 85 Abs. 1 als generelle Öffnungsklausel: Erweiterung der Freistellungsbefugnis in Tatbestand und Rechtsfolgen	61

	3
a) Tatbestandliche Erweiterung.....	61
b) Rechtsfolgenerweiterung: Freistellung von nicht schon durch Art. 85 Abs. 2 erfassten Regelungen des Datenschutzes.....	61
V. Folgerungen für die Reform der Medienprivilegien in Deutschland.....	65
1. Datengeheimnis.....	66
2. Datensicherheit.....	66
3. Erwähnung der „Kapitel I, VIII, X und XI“.....	67
a) Unionsrechtliche Fragwürdigkeit der Nennung von Kapitel VIII in der Rückausnahme des Medienprivilegs.....	67
b) Inkohärenz von § 57 Abs. 1 Satz 5 und § 59 Abs. 1 RStV-E v. 2. Juni 2017.....	70
c) Art. 79, Art. 82 und Art. 84 DS-GVO.....	70
d) Fazit.....	73
VI. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse.....	74

I. Problem- und Fragestellung

1. Einführung

In der rechtspolitischen Diskussion um die notwendige Anpassung der deutschen medienrechtlichen Regelungen über die (weitgehende) Freistellung der Medientätigkeit von datenschutzrechtlichen Anforderungen (sog. datenschutzrechtliches Medienprivileg) werden derzeit verschiedene Konzepte und konkrete Vorschläge erörtert, denen jeweils unterschiedliche Einschätzungen der dafür maßgeblichen unionsrechtlichen Rechtslage zugrunde liegen. Daraus ergibt sich dringender rechtlicher Klärungsbedarf, dem die hier niedergelegten Überlegungen genügen wollen.

Die Rundfunkkommission der Länder hat am 2. Juni 2017 einen Entwurf zur Änderung der rundfunkrechtlichen Regelungen über das datenschutzrechtliche Medienprivileg für den Rundfunk und journalistische Telemedienangebote vorgelegt und zur Konsultation gestellt. Beabsichtigt ist eine Umsetzung der Änderung im Rahmen des 21. Rundfunkänderungsstaatsvertrags.

Bei dem verbreitet sogenannten „Medienprivileg“, handelt es sich um die griffige Kurzbezeichnung für den Regelungsgehalt von Vorschriften die in Deutschland seit Jahrzehnten zum Bestand des Presse-, Rundfunk- und Telemedienrechts gehören und die Anwendbarkeit datenschutzrechtlicher Regelungen auf die Tätigkeit der Medien (insb.: § 41 BDSG a.F., § 57 RStV, Regelungen in den Landespresse- bzw. -mediengesetzen, z.B. § 12 LMG Rh.-Pf.) einschränken. Bei Unterschieden im Einzelnen ist diesen Vorschriften gemeinsam, dass sie die Anwendbarkeit des Datenschutzrechts auf nur wenige verbleibende Anforderungen beschränken (namentlich: Datensicherheit, teilweise Datengeheimnis und Schadensersatzsanktion), die Medientätigkeit aber im Übrigen von den Bindungen des Datenschutzrechts – in materieller wie institutioneller (d.h.: behördliche Datenschutzaufsicht) Hinsicht – freistellen.¹

Der Änderungsvorschlag der Rundfunkkommission vom 2. Juni 2017 zielt erstens auf eine Zusammenfassung der bisher in verschiedenen Landesmedien- und -anstaltsgesetzen verstreuten Regelungen dieser Freistellung für den (öffentlich-rechtlichen und privaten) Rundfunk in einem neuen § 9c RStV; die bisherigen partikularen rundfunkrechtlichen Regelungen etwa in § 17 ZDF-StV oder in § 17 Deutschlandradio-StV sollen daher entfallen. Zweitens soll der neu zu

¹ S. dazu umfassend *Thomas-Alexander Hubert*, Das datenschutzrechtliche „Presseprivileg“ im Spannungsfeld zwischen Pressefreiheit und Persönlichkeitsrecht, 1993; *Philipp-Christian Thomale*, Die Privilegierung der Medien im deutschen Datenschutzrecht, 2006; ferner die Kommentarliteratur insb. zu § 41 BDSG, etwa *Bergmann/Möhle/Herb*, Datenschutzrecht, Losebl.; *Dix*, in: Simitis, Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz, 7. Aufl. 2011; *Führ*, in: Auernhammer, BDSG, hrsg., v. Eßer/Kramer/v. Lewinski, 4. Aufl. 2014; *Wedde*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, Bundesdatenschutzgesetz, 4. Aufl. 2013.

fassende § 57 RStV das Medienprivileg nun einheitlich für alle journalistischen Telemedienangebote, also sowohl von Rundfunkanstalten und -veranstaltern als auch der Presse, regeln, und zwar inhaltlich übereinstimmend mit der Regelung für den Rundfunk in § 9c RStV-E. Angestrebt ist darüber hinaus – drittens – erklärtermaßen eine Vereinheitlichung auch der Regelungen für die Druckpresse in den Pressegesetzen, und zwar in inhaltlichem Einklang mit den Bestimmungen für die elektronischen Medien.

Unbestritten besteht Handlungsbedarf aufgrund der neuen unionsrechtlichen Rechtslage: Am 25. Mai 2018 wird die Datenschutzgrundverordnung 2016/679/EU in Kraft treten und die bis dahin noch geltende Datenschutzrichtlinie 95/46/EG ablösen. Eine Neuformulierung der landesrechtlichen Regelungen ist aufgrund dessen jedenfalls erforderlich; dies wäre auch dann der Fall, wenn keinerlei inhaltliche Änderung gegenüber dem status quo beabsichtigt wäre: Insofern nun unmittelbar anwendbare Verordnungsregelungen greifen im Hinblick auf Gegenstände, die bisher im nationalen Umsetzungsrecht (BDSG, Landesrecht) geregelt waren, können die landesrechtlichen Bestimmungen diese Gegenstände nicht mehr selbst regeln, müssen sich vielmehr mit einem Verweis auf die entsprechenden Vorschriften der DS-GVO begnügen. Dies betrifft die die vom Medienprivileg nicht umfassten, daher anwendbaren Regelungen über die Datensicherheit (bisher: § 9 BDSG) und den Schadensersatz (§ 7 BDSG), die nun in der DS-GVO getroffen werden (Art. 5 Abs. 1 Buchst. f), Art. 82 DS-GVO). Da allerdings die DS-GVO keine Regelung des gleichfalls in den meisten Landesvorschriften für anwendbar erklärten Datengeheimnisses (§ 5 BDSG a.F.) enthält, bleibt insoweit eine eigene Bestimmung im Landesrecht erforderlich.

Die Rundfunkkommission nimmt indessen mit dem Entwurf vom 2. Juni 2017 darüber hinaus auch eine Notwendigkeit zu inhaltlichen Änderungen an und intendiert daher eine Abweichung vom status quo. Grund dafür ist die Einschätzung, aus dem nun die Bereichsausnahme für die Medien betreffenden Art. 85 DS-GVO ergäben sich von dem bisherigen Rechtszustand abweichende Vorgaben, die zwingend zu berücksichtigen seien.

Diese Einschätzung wird allerdings auch in der medienpolitischen Diskussion keineswegs allgemein geteilt. So geht etwa ein Referentenentwurf eines neu gefassten § 10 des hessischen Landespressegesetzes vom Juli 2017 davon aus, dass die DS-GVO keine inhaltliche Einschränkung der mitgliedstaatlichen Medienprivilegien verlangt, vielmehr deren in der Sache unveränderte Weiterführung erlaubt, so dass sich der Reformbedarf auf Umstellungen beschränkt, die sich aus dem *Verordnungs*charakter der DS-GVO – im Unterschied zur bisherigen *Datenschutzrichtlinie* – ergeben.

Dieser Streit um den (angeblichen) substantiellen unionsrechtlichen Änderungsbedarf im Vergleich mit der bisherigen Regelung der Bereichsausnahme in Art. 9 DSRL ist Anlass und Gegenstand vorliegender Erörterung.

2. Neuformulierung der Bereichsausnahme für Rundfunk bzw. Telemedien in § 9c Abs. 1, § 57 Abs. 1 RStV-E

Der Änderungsvorschlag der Rundfunkkommission vom 2. Juni 2017 sieht in weitgehender Textgleichheit für den Rundfunk (§ 9c Abs. 1) und für die journalistischen Telemedien (§ 57 Abs. 1) eine Ausdehnung der Reichweite auf sämtliche Verarbeitungen personenbezogener Daten zu journalistischen Zwecken vor; die frühere Beschränkung auf eigene journalistisch-redaktionelle Zwecke wird so aufgebrochen, um – entsprechend dem weiten Journalismusbegriff des Unionsrechts (Art. 85 Abs. 2 DS-GVO, aber auch schon bisher Art. 9 DSRL) – auch Verarbeitungen außerhalb institutionalisierter Medienredaktionen einzubeziehen und zudem Kooperationen (Rechercheverbände u. ä.), bei denen Informationen anderer Redaktionen oder Journalisten genutzt werden, dem Privileg zu unterstellen.

§ 9c Abs. 1 Sätze 1-4, § 57 Abs. 1 Sätze 1-4 RStV-E verpflichten die mit der Verarbeitung personenbezogener Daten befassten Personen auf das Datengeheimnis. Abs. 1 Satz 5 beider Bestimmungen enthält – gleichlautend – die Verweisungen auf die DS-GVO, darunter zunächst diejenige auf die Verordnungsregelung über die Datensicherheit (Art. 5 Abs. 1 Buchst. f i.V.m. Abs. 2, Art. 32 DS-GVO) unter Einbeziehung der Bestimmungen über die Verantwortlichkeit (Art. 24 DS-GVO) und die Meldepflicht an die Aufsichtsbehörde (Art. 33 DS-GVO), darüber hinaus aber auch auf Kapitel I, VIII, X und XI der Verordnung.

Die Vorschriften der § 9c Abs. 1, § 57 Abs. 1 RStV-E Juni 2017 lauten:

§ 9c RStV-E Juni 2017	Noch geltende Rechtslage
<p>„¹Soweit die in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten, das ZDF, das Deutschlandradio oder private Veranstalter zugelassener oder angezeigter Rundfunkprogramme personenbezogene Daten zu journalistischen Zwecken verarbeiten, ist es den hiermit befassten Personen untersagt, personenbezogene Daten zu anderen Zwecken zu verarbeiten (Datengeheimnis). ²Diese Personen sind bei der Aufnahme ihrer Tätigkeit auf das Datengeheimnis zu verpflichten. ³Das Datengeheimnis besteht auch nach Beendigung ihrer Tätigkeit fort. ⁴Satz 1 bis 3 gilt entsprechend für die zu den in Satz 1 genannten Stellen gehörenden Hilfs- und Beteiligungsunternehmen. ⁵Im Übrigen finden von der Verordnung (EU) 2016/679 außer den Kapiteln I, VIII, X und XI nur die Art. 5 Abs. 1 Buchst. f i.V.m. Abs. 2, Art. 24, Art. 32 und Art. 33 Anwendung. ⁶ Die in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten, das ZDF, das Deutschlandradio und andere Veranstalter zugelassener oder angezeigter Rundfunkprogramme sowie ihre Verbände und Vereinigungen können sich Verhaltenskodizes geben, die in einem transparenten Verfahren erlassen und veröffentlicht werden. ⁷ Den betroffenen Personen stehen nur die in Abs. 2 und 3 genannten Rechte zu.“</p>	<p><i>z.B.: § 49 Abs. 2 Satz 1 LMedienG BW</i> „Soweit private Veranstalter oder Hilfsunternehmen des Rundfunks personenbezogene Daten ausschließlich zu eigenen journalistisch-redaktionellen Zwecken verarbeiten, gelten die §§ 5, 9 und 38 a sowie § 7 des Bundesdatenschutzgesetzes mit der Maßgabe, dass nur für Schäden gehaftet wird, die durch eine Verletzung von §§ 5 und 9 des Bundesdatenschutzgesetzes eintreten.“</p> <p><i>z.B.: § 17 Abs. 1 ZDF-StV</i> „Soweit personenbezogene Daten durch das ZDF ausschließlich zu eigenen journalistisch-redaktionellen Zwecken verarbeitet werden, gelten nur die für das Datengeheimnis und für die Datensicherung maßgeblichen Vorschriften des Landesgesetzes zum Schutze des Bürgers bei der Verarbeitung personenbezogener Daten des Landes Rheinland-Pfalz in der jeweils geltenden Fassung.“</p>
§ 57 Abs. 1 RStV-E Juni 2017	§ 57 Abs. 1 RStV, geltende Fassung
<p>„¹Soweit die in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten, das ZDF, das Deutschlandradio, private Veranstalter zugelassener oder angezeigter Rundfunkprogramme oder Unternehmen und Hilfsunternehmen der Presse als Anbieter von Telemedien personenbezogene Daten zu journalistischen Zwecken verarbeiten, ist es den hiermit befassten Personen untersagt, personenbezogene Daten zu anderen Zwecken zu verarbeiten (Datengeheimnis). ²Diese Personen sind bei der Aufnahme ihrer Tätigkeit auf das Datengeheimnis zu verpflichten. ³Das Datengeheimnis besteht auch nach Beendigung ihrer Tätigkeit fort. ⁴Satz 1 bis 3 gilt entsprechend für die zu den in Satz 1 genannten Rundfunkveranstaltern gehörenden Hilfs- und Beteiligungsunternehmen. ⁵Im Übrigen finden von der Verordnung (EU) 2016/679 außer den Kapiteln I, VIII, X und XI nur die Art. 5 Abs. 1 Buchst. f i.V.m. Abs. 2, Art. 24, Art. 32 und Art. 33 Anwendung. ⁶ Den betroffenen Personen stehen nur die in Abs. 2 und 3 genannten Rechte zu.“</p>	<p>Soweit Unternehmen und Hilfsunternehmen der Presse als Anbieter von Telemedien personenbezogene Daten ausschließlich zu eigenen journalistisch-redaktionellen oder literarischen Zwecken erheben, verarbeiten oder nutzen, gelten nur die §§ 5, 7, 9 und 38a des Bundesdatenschutzgesetzes mit der Maßgabe, dass nur für Schäden gehaftet wird, die durch Verletzung des Datengeheimnisses nach § 5 des Bundesdatenschutzgesetzes oder durch unzureichende technische oder organisatorische Maßnahmen im Sinne des § 9 des Bundesdatenschutzgesetzes eintreten. Besondere staatsvertragliche oder landesrechtliche Bestimmungen für den Rundfunk bleiben unberührt.</p>

Der Referententwurf zu § 10 HPresseG, d. i. die Vorschrift, die künftig die datenschutzrechtliche Freistellung regeln soll, vom Juli 2017 beschränkt den ausdrücklichen Hinweis auf die Anwendbarkeit der DS-GVO hingegen auf Art. 82 DS-GVO, der den Schadensersatzanspruch wegen Verstoßes gegen Maßgaben der DS-GVO gibt. Der Vorschlag lautet (auszugsweise):

§ 10 HPresseG-E v. Juli 2017	Noch geltendes Recht: § 10 HPresseG
<p>„[...] Im Übrigen finden nur Art. 5 Abs. 1 Buchst. f und Art. 82 der Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung) (ABl. EU Nr. L 119 S. 1) sowie § 83 des Bundesdatenschutzgesetzes vom 30. Juni 2017 (BGBl. I S. 2097) in der jeweils geltenden Fassung mit der Maßgabe Anwendung, dass nur für Schäden nach § 83 des Bundesdatenschutzgesetzes, die durch Verletzung des Datengeheimnisses, oder nach Art. 82 der Verordnung (EU) 2016/679, die durch unzureichende technische oder organisatorische Maßnahmen im Sinne des Art. 5 Abs. 1 Buchst. f der Verordnung (EU) 2016/679 eintreten, gehaftet wird.“</p>	<p>„Soweit Unternehmen oder Hilfsunternehmen der Presse personenbezogene Daten ausschließlich zu eigenen journalistisch-redaktionellen oder literarischen Zwecken erheben, verarbeiten oder nutzen, gelten von den Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes in der jeweils geltenden Fassung nur die §§ 5, 9 und 38a sowie § 7 mit der Maßgabe, dass nur für Schäden gehaftet wird, die durch eine Verletzung des Datengeheimnisses nach § 5 des Bundesdatenschutzgesetzes oder durch unzureichende technische oder organisatorische Maßnahmen im Sinne des § 9 des Bundesdatenschutzgesetzes eintreten.“</p>

Während in der rechtspolitischen Diskussion kein Streit darüber besteht, dass sich aus den im Vorschlag der Rundfunkkommission v. 2. Juni 2017 in Bezug genommenen Kapiteln I, X und XI keine ihrem Inhalt nach kritischen Vorschriften im Hinblick auf die Datenverarbeitung zu journalistischen Zwecken finden, ist der Verweis auf das VIII. Kapitel der DS-GVO von erheblicher Bedeutung und Brisanz: Dieses Kapitel VIII umfasst mit den Artikeln 77 bis 84 die Bestimmungen über die Rechtsbehelfe, die Haftung und die Sanktionen bei Verstößen gegen die datenschutzrechtlichen Pflichten.

Insoweit diese Bestimmungen die Gewährleistung wirksamen gerichtlichen Rechtsschutzes (Art. 79 DS-GVO), die Haftung auf Schadensersatz (Art. 82 DS-GVO) sowie die Verpflichtung auf Statuierung wirksamer Sanktionen (Art. 84 DS-GVO) betreffen, ergibt sich indes noch keine Änderung gegenüber der bisherigen Rechtslage: Auch bisher schon unterlagen Verstöße gegen die durch das Medienprivileg nicht freigestellten datenschutzrechtlichen Bindungen (also: Datengeheimnis und Datensicherheit) diesen Bewehrungen (vgl. § 41 BDSG a.F.: „...einschließlich einer hierauf bezogenen Haftungsregelung entsprechend § 7“, § 57 Abs. 1 RStV: „... gelten nur die §§ 5, 7, 9 und § 38a des Bundesdatenschutzgesetzes mit der Maßgabe,

dass nur für Schäden haftet wird, die durch Verletzung des Datengeheimnisses nach § 5 des Bundesdatenschutzgesetzes oder durch unzureichende technische oder organisatorische Maßnahmen im Sinne des § 9 des Bundesdatenschutzgesetzes eintreten“). Dies entspricht auch der Reichweite der unionsrechtlichen Freistellung der Medien in Art. 9 DSRL, die das Kapitel III der Richtlinie über die Rechtsbehelfe, die Haftung und die Sanktionen – Vorgängerkapitel des nunmehrigen Kapitel VIII der DS-GVO – nicht einschließt.

Ein markanter Unterschied besteht aber insofern, als in das Kapitel VIII DS-GVO nun auch Bestimmungen aufgenommen sind, die über diejenigen des Kapitel III der DSRL hinausgehen und die Datenschutz-Aufsichtsbehörden betreffen: Namentlich geht es dabei um das Beschwerderecht zur Aufsichtsbehörde gem. Art. 77 DS-GVO sowie um den gegen einen Beschluss der Aufsichtsbehörde zu gewährenden gerichtlichen Rechtsschutz (Art. 78 DS-GVO), schließlich auch um die Bestimmung über die Verhängung von Geldbußen (Art. 83 DS-GVO). Während die erst mit der DS-GVO neu eingeführte Bußgeldsanktion in der Datenschutzrichtlinie keinen Vorläufer hatte, ist das Beschwerderecht zur Aufsichtsbehörde bereits in der Richtlinie vorgesehen gewesen, hier jedoch noch im Zusammenhang des Kapitel VI, das die institutionellen Bestimmungen über die mitgliedstaatlichen Kontrollstellen enthält (Art. 28 Abs. 4 DSRL). Mit dieser systematischen Stellung ist es damit aber bisher von der Freistellung durch Art. 9 DSRL, die sich ausdrücklich auch auf dieses Kapitel VI bezieht, umfasst gewesen. Die DS-GVO hat diesen Regelungsgegenstand (nun Art. 77 DS-GVO) und das darauf bezogene Recht auf einen gerichtlichen Rechtsbehelf (Art. 78 DS-GVO) nun in das Kapitel über die Rechtsbehelfe (früher Kapitel III DSRL, heute Kapitel VIII) verschoben, damit aber in ein Kapitel, auf das sich wie schon unter der Richtlinie auch unter der Verordnung die (potentielle) Freistellung durch die Bestimmung über die Bereichsausnahme für die publizistische Kommunikation (nun Art. 85 Abs. 2 DS-GVO) nicht bezieht.

Insofern § 9c Abs. 1 Satz 5, § 57 Abs. 1 Satz 5 RStV-E in der Fassung des Vorschlags der Rundfunkkommission v. 2. Juni 2017 nun ausdrücklich die Anwendung des Kapitel VIII anordnen, erstreckt sich dieser Anwendungsbefehl mithin auch auf die genannten Regelungen, die thematisch zur verwaltungsbehördlichen Aufsicht durch die Landesdatenschutzbeauftragten gehören. Rundfunkveranstalter und Telemedienanbieter unterliegen damit künftig nicht nur wie schon bisher der – nun, anders als bisher (§ 7 BDSG a.F.), unmittelbar aus der Verordnung (Art. 82 DS-GVO) folgenden – Schadensersatz-Verantwortlichkeit, sondern, jedenfalls scheint es so, zusätzlich und weitergehend als bisher auch dem Beschwerderecht zur Datenschutzaufsicht und auch der Bußgeldsanktion des Art. 83 DS-GVO.

Die beabsichtigte Fassung des Medienprivilegs für die elektronischen Medien wird damit im Vergleich mit der bisher geltenden Fassung eingeschränkt; sie anerkennt nun offenbar erstmals eine – angeblich aus Unionsrecht zwingend sich ergebende – Zuständigkeit der Datenschutzaufsichtsbehörden auch im Hinblick auf die journalistische Tätigkeit der Medien.

Prämisse dieses Vorschlags der Rundfunkkommission v. 2. Juni 2017 ist, wie schon skizziert, die Annahme, aus Art. 85 Abs. 2 DS-GVO folge unmittelbar bindend, ohne mitgliedstaatlichen Abweichungsspielraum, die Anwendbarkeit des Kapitel VIII der Verordnung auch im Hinblick auf Tätigkeiten zu journalistischen, wissenschaftlichen, künstlerischen oder literarischen Zwecken. In der Tat führt die Bestimmung des Kapitel VIII nicht in der Auflistung derjenigen Kapitel auf, von denen die Mitgliedstaaten Abweichungen oder Ausnahmen vorsehen dürfen, „wenn dies erforderlich ist, um das Recht auf Schutz der personenbezogenen Daten mit der Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit in Einklang zu bringen“. Sieht Art. 85 Abs. 2 DS-GVO daher im Hinblick auf die Regelungen des Kapitel VIII, ebenso wie auf diejenigen der Kapitel I, X und XI, die gleichfalls nicht in der Auflistung erwähnt sind, keine Ausnahme- oder Abweichungsermächtigung zugunsten der Mitgliedstaaten vor, scheinen diese Vorschriften prima vista aus dem mitgliedstaatlichen Spielraum möglicher Privilegierung ausgeschlossen; sie scheinen sogar, soweit ihrer normativen Struktur nach self executing, als „echte“ Verordnungsnormen unmittelbar anwendbar, eine Eigenschaft, die jedenfalls beim Beschwerderecht des Art. 77 DS-GVO und bei der Bußgeldsanktionsnorm des Art. 83 DS-GVO anzunehmen ist, während Art. 78 DS-GVO (wie Art. 79 DS-GVO) den Charakter einer auf mitgliedstaatliche Bereitstellung von gerichtlichen Rechtsbehelfen zielenden Rechtsschutzgarantie hat. Die Anwendungs-, „Anordnung“ in § 9c Abs. 1 Satz 5, § 57 Abs. 1 Satz 5 RStV-E hat aus dieser Sicht für Art. 77 und Art. 83 DS-GVO nur bekräftigenden, die Reichweite der Bereichsausnahme um die insoweit ohnehin zwingend und unmittelbar Anwendung beanspruchenden Vorgaben der DS-GVO verkürzenden Charakter.

Träfe diese Annahme zu, ginge die beschriebene erhebliche Einschränkung des Medienprivilegs also unmittelbar auf die Änderung der zugrunde liegenden unionsrechtlichen Vorschriften zurück: Die Mitgliedstaaten hätten mit der Folgeregelung zu Art. 9 DSRL in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO die Medien und überhaupt alle journalistische, literarische, künstlerische und wissenschaftliche Tätigkeit dem unmittelbar anwendbaren Beschwerderecht und damit einer Zuständigkeit der mitgliedstaatlichen Datenschutzaufsichtsbehörden unterworfen, der sie zuvor nicht von Unionsrechts wegen unterworfen werden musste – das Kapitel III mit Art. 28 Abs. 4 DSRL gehörte ja zu den gem. Art. 9 DSRL privilegierungsfähigen Vorgaben der Richtlinie. Mit Art. 85 DS-GVO selbst wäre mithin ein Rückbau der Bereichsausnahme im Geltungsbereich der

Verordnung beschlossen worden, die hier in Rede stehende Einschränkung des Privilegs wäre danach eine *unionsrechtliche* Einschränkung, nicht erst eine solche mitgliedstaatlicher Umsetzung.

3. Einwände und Gutachtenfrage

Gegen diese unionsrechtliche Rechtsauffassung, die dem Vorschlag der Rundfunkkommission v. 2. Juni 2017 offensichtlich zu Grunde liegt, drängen sich indes schon auf den ersten Blick Bedenken auf: Eine durchgreifende unionsverordnungsrechtliche Anordnung einer Zuständigkeit der mitgliedstaatlichen Aufsichtsbehörden gegenüber den Medien passt ersichtlich nicht zu der erkennbar dem Art. 85 DS-GVO zu Grunde liegenden Tendenz, die Reichweite des mitgliedstaatlichen Privilegierungsspielraums im Hinblick auf kommunikationsfreiheitsrechtlich geschützte Tätigkeiten zu erhalten, ja sogar zu erweitern. Die zwingende unionsrechtliche Auflegung einer behördlichen Überwachungsaufgabe gegenüber den Medien bräche mit einem bisher unionsrechtlich immer respektierten Kerngehalt der datenschutzrechtlichen Bereichsausnahme für die Medien, mithin der Abschirmung gegen eine staatlich-administrative Aufsicht von Redaktionen (und auch von redaktionsunabhängigen Journalisten). Insbesondere der Presse, zu deren historisch in Jahrhunderten erkämpfter Freiheit in allererster Linie die Freiheit vor behördlicher Aufsicht und Kontrolle (Zensur, Konzessionsvorbehalt und polizeiliche Überwachung) gehört („Verwaltungsfestigkeit der Presse“)², würde damit – wenn auch nur partiell – ein öffentlich-rechtliches Überwachungsregime auferlegt, die bisher anerkannte „Ent-Polizeilichung“ des Presseordnungsrechts für den Bereich datenschutzrechtlicher Maßstäbe insoweit rückgängig gemacht. Für die Telemedien der Presse haben die Länder in § 59 Abs. 1 RStV die Überwachungszuständigkeit der Datenschutzbehörden zwar nicht ausgeschlossen, sie aber doch als gegenüber der Selbstregulierung subsidiär ausgestaltet (§ 59 Abs. 1 Satz 3 RStV). Nur soweit Presseunternehmen sich nicht dieser Selbstregulierung nach Maßgabe des Presskodex und der Beschwerdeordnung des Deutschen Presserates unterwerfen, greift die Zuständigkeit der Landesdatenschutzbehörden ein.

Auch diese Lösung eines Vorrangs der Selbstregulierung durch den Presserat wäre bei einer unmittelbar anwendbaren Behördenzuständigkeit aus der Verordnung rechtlich nicht mehr

² vgl. *Bullinger*, in: Löffler, Presserecht, 5. Aufl. § 1 Rn. 175 ff.; *Cornils*, in: Löffler, Presserecht, 6. Aufl. 2013, § 1 Rn. 28.

möglich; sie kommt überhaupt nur in Betracht, wenn der mitgliedstaatliche Spielraum zu Ausnahmen und Abweichungen eröffnet ist.

Die angebliche unionsrechtliche Anordnung einzelner Behördenzuständigkeiten in Art. 77, 78 und Art. 83 DS-GVO ist des Weiteren auch ohne die Anwendbarkeit der institutionellen Regelungen über die Aufsichtsbehörden, insbesondere auch der insoweit in der Verordnung vorgesehenen Vorschriften über ihre Aufgaben und Befugnisse, nicht denkbar. Das institutionelle Kapitel über die Behördenaufsicht (Kap. VI DS-GVO) gehört aber zu den weiterhin mitgliedstaatlich ausschließbaren Kapiteln; auch der Verordnungsgeber hat ersichtlich (Erwägungsgrund Nr. 153) keineswegs die Unterwerfung des privilegierten Bereichs unter die Datenschutzaufsicht vorschreiben wollen. Die angebliche Anwendbarkeits-Anordnung der Art. 77 f. DS-GVO wäre mithin gar nicht vollziehbar; ihr fehlte der institutionell-kompetentielle Unterbau.

Schon diese sich prima vista erhebenden gravierenden Bedenken gegen die dem Reformvorschlag zu Grunde liegende Rechtsauffassung geben Anlass, den neuen unionsrechtlichen Hintergrund der mitgliedstaatlichen Medienprivilegien in Art. 85 Abs. 1 und 2 DS-GVO einer eingehenderen Prüfung daraufhin zu unterziehen, wie weit hiernach die Freistellung journalistischer Tätigkeit von datenschutzrechtlichen Bindungen, insbesondere auch den Überwachungsbefugnissen der Datenschutzbehörden, nach dem Recht der Mitgliedstaaten zulässig ist. Daraus ergibt sich für die nachfolgende gutachtliche Untersuchung im Genaueren folgende Fragestellung:

Ordnet Art. 85 DS-GVO, indem er unter die ausnahme- oder abweichungsfähigen Kapitel des Abs. 2 nicht das Kapitel VIII fasst, tatsächlich die Anwendbarkeit aller Regelungen dieses Kapitels, insbesondere von Art. 77 f. und Art. 83 DS-GVO, auch im Hinblick auf Tätigkeiten zu journalistischen Zwecken an oder ist eine Interpretation vorzugswürdig oder doch jedenfalls gut vertretbar, die keine solche Regelungswirkung annimmt, vielmehr insoweit von einem dem Mitgliedstaaten belassenen Abweichungsspielraum – in den Grenzen unionsrechtlich geforderter Erforderlichkeit – ausgeht?

II. Das Medienprivileg als kommunikationsrechtliches essentielle

Das datenschutzrechtliche Medienprivileg gehört von Anbeginn des Datenschutzes im nichtöffentlichen Bereich zum Bestand der einschlägigen Regelwerke in Deutschland.³ Es hat, obgleich nie unumstritten⁴, seither alle Reformbestrebungen und Novellierungen überdauert.⁵

1. Verfassungsrechtliche Fundierung der Freistellung von datenschutzrechtlichen Bindungen

Tatsächlich ist das Medienprivileg mit seinen Wirkungen einerseits der Freistellung von den materiell-rechtlichen Bindungen des besonderen Vorfeld-Persönlichkeitsschutzes der informationellen Selbstbestimmung, andererseits der Abschirmung gegenüber datenschutzbehördlicher Aufsicht unabdingbare Voraussetzung der Medientätigkeit und damit auch der verfassungsrechtlich anerkannten öffentlichen Aufgabe von Presse, Rundfunk und (journalistischen) Telemedien. Dies ergibt sich gerade aus der besonderen persönlichkeitsrechtlichen Relevanz medialer Kommunikation: Die Tätigkeit der Medien – und heute auch zunehmend des nicht institutionell eingebundenen Journalismus – auf den verschiedenen Prozessstufen von der Informationsbeschaffung bis zur Verbreitung und Archivierung befasst sich nachgerade zwangsläufig und sehr häufig mit personenbezogenen Daten, und zwar auch, wenn auch nicht allein, im Modus der Datenverarbeitung im (den Anwendungsbereich der Datenschutzgesetze auslösenden) datenschutzrechtlichen Sinn (s. nun Art. 2 Abs. 1 DS-GVO). Der Umgang mit personenbezogenen Daten ist zentraler Bestandteil journalistischer Tätigkeit – und kann, soll diese als freie möglich sein, nicht oder allenfalls eingeschränkt datenschutzrechtlich gebunden sein. Ist die investigative, wertende oder Bericht erstattende Beschäftigung mit dem Verhalten oder den Eigenschaften von Personen wesentlicher Bestandteil des Informationsauftrags der Medien, bewegen diese sich in einem natürlichen und unhintergehbaren Spannungsverhältnis zum Persönlichkeitsschutzanspruch jener Personen. Das Persönlichkeitsrecht der von journalistischer Datensammlung, Berichterstattung und Archivierung betroffenen Personen wird durch den grundrechtlichen Schutz der Kommunikationsfreiheit, darunter besonders der Medienfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG), zwar keineswegs im Sinne einer statischen Vorzugsrelation verdrängt, muss aber

³ Vgl. § 1 Abs. 3 BDSG 1977: „Dieses Gesetz schützt personenbezogene Daten nicht, die durch Unternehmen oder Hilfsunternehmen der Presse, des Rundfunks oder des Films ausschließlich zu eigenen publizistischen Zwecken verarbeitet werden; ...“; § 41 Abs. 1 Satz 1 BDSG 1990; das erste deutsche Datenschutzgesetz, das hessische Datenschutzgesetz vom 7. Oktober 1970, war in einem Anwendungsbereich auf die behördliche Datenverarbeitung beschränkt.

⁴ S. eingehend *Dix*, in: *Simitis*, BDSG, § 41 Rn. 3; *Thomale*, Die Privilegierung der Medien im deutschen Datenschutzrecht, 2006, S. 117 ff.

⁵ Zur älteren Diskussion mit Nachweisen *Thomas-Alexander Hubert*, Das datenschutzrechtliche „Presseprivileg“ im Spannungsfeld zwischen Pressefreiheit und Persönlichkeitsrecht, 1993, S. 37 ff.

in den konventions- und verfassungsrechtlich gebotenen Einzelfall-Interessenabwägungen zurücktreten, wenn und soweit das öffentliche Informationsinteresse den Vorrang verdient. Weite Teile des praktizierten zivilen und strafrechtlichen Äußerungsrechts sowie des Bildnisschutzrechts befassen sich mit diesen Konfliktlagen von Persönlichkeitsschutz und Medienfreiheit.

Die datenschutzrechtliche Variante des Persönlichkeitsschutzes ist demgegenüber mit der Presse- und sonstigen Medienfreiheit in weitem Umfang strukturell unvereinbar,⁶ jedenfalls in der Ausprägung, die der Datenschutz in den geltenden Gesetzen gefunden hat. Datenschutzrechtliche Prinzipien des Einwilligungsvorbehalts, der Direkterhebung, der Transparenz, die Grundsätze datenschutzrechtlicher Verantwortlichkeit (im Vergleich mit denjenigen der zivilrechtlichen Störerhaftung oder §§ 7 ff. TMG) sowie die Begrenztheit der gesetzlichen Erlaubnistatbestände (bisher: §§ 28 ff. BDSG a.F.) sind geeignet, gerade kritische und investigative journalistische Tätigkeit wesentlich zu erschweren, wenn nicht unmöglich zu machen.⁷

Hinzu kommt die schon eingangs angesprochene Errungenschaft der „Verwaltungsfestigkeit“ der Presse: Die – und sei es auch nur partielle – Unterwerfung der journalistischen Tätigkeit unter eine datenschutzbehördliche Aufsicht bedeutete einen tiefen Bruch mit den gefestigten Traditionen des modernen freiheitlichen Presserechts, das eine Verwaltungsaufsicht über die Presse nicht kennt.⁸

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Bundesverwaltungsgerichts haben in dieser Inkompatibilität mit Recht die Legitimation der weitgehenden Freistellung von den datenschutzrechtlichen Anforderungen erkannt:

„Das in § 57 Abs. 1 Satz 1 RStV angeordnete Medienprivileg ist Ausfluss der in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG verankerten Medienfreiheit. Ohne die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten auch ohne Einwilligung der jeweils Betroffenen wäre journalistische Arbeit nicht möglich; die Presse könnte ihre in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG, Art. 10 Abs. 1 Satz 2 EMRK, Art. 11 Abs. 1 Satz 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union zuerkannten und garantierten Aufgaben nicht wahrnehmen.“⁹

⁶ *Eberle*, Medien und Datenschutz – Antinomien und Antipathien, MMR 2008, 508; *Koreng/Feldmann*, Das „Recht auf Vergessen“. Überlegungen zum Konflikt zwischen Datenschutz und Meinungsfreiheit, ZD 2012, 311; *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, Personenbildnisse im Spannungsfeld zwischen Äußerungs- und Datenschutzrecht, NJW 2017, 1057 (1059: „Die Datenschutzgesetze sind nicht auf von der Meinungsäußerungsfreiheit erfasste Publikationsvorgänge zugeschnitten ...“); ansatzweise auch *Paal/Hennemann*, Online-Archive im Lichte der Datenschutz-Grundverordnung, K&R 2017, 18 (19, 22).

⁷ *Lauber-Rönsberg*, Internetveröffentlichungen und Medienprivileg. Verhältnis zwischen datenschutz- und medienzivilrechtlichem Persönlichkeitsschutz, ZD 2014, 177 (insb. 178: „Diese Beispiele verdeutlichen, dass die strikte Anwendung des BDSG grundsätzlich zu einem Publikationsverbot führen würde.“).

⁸ *Cornils*, in: Löffler, Presserecht, 6. Aufl. 2015, LPG § 1 Rn. 29 ff.

⁹ BGH Urteil vom 09. Februar 2010 – VI ZR 243/08 –, Rn. 26, juris – Sedlmayr = NJW 2010, 2432; gleichlautend BVerwG Beschluss vom 29. Oktober 2015 – 1 B 32/15 –, Rn. 5, juris = K&R 2016, 66; s. auch schon BGH, Urteil vom 23. Juni 2009 – VI ZR 196/08 –, BGHZ 181, 328-345, Rn. 20 – „spick-mich“.

In dieser Aussage kommt zugleich zum Ausdruck, dass es sich bei dieser Freistellung um eine jedenfalls im Grundsatz verfassungsrechtlich gebotene Immunsierung handelt. Das „Privileg“ ist nicht – womöglich gar noch unverdiente – gesetzliche Wohltat, sondern Funktionsbedingung der Medientätigkeit. Als solche kann es sich auf die grundgesetzliche Funktionsgewährleistung von Presse, Rundfunk und sonstigen Medien (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG) stützen¹⁰ und verbürgt zudem auch den durch die konventions- und unionsgrundrechtlichen Garantien der Kommunikationsgrundrechte gewährleisteten Freiraum der Medien.¹¹

Der immer wieder – vor allem in der datenschutzrechtlichen Literatur¹² – gegen die (deutsche) Ausgestaltung des Medienprivilegs vorgebrachte Einwand der überschießenden Freistellung der Medien, mithin einer ungerechtfertigten Bevorzugung der Medienfreiheit gegenüber dem Recht der informationellen Selbstbestimmung, überzeugt nicht. Begünstigt möglicherweise durch die verbreitet kritisierte,¹³ wenngleich etablierte Redeweise vom Medien-„Privileg“ liegt ihm das Missverständnis zugrunde, der Persönlichkeitsschutz von durch die Medientätigkeit Betroffenen werde durch diese gesetzliche Freistellung pauschal untergewichtet oder gar verdrängt. Davon kann aber keine Rede sein: Das datenschutzrechtliche Medienprivileg stellt in der Tat weithin von spezifisch datenschutzrechtlichen, der Medientätigkeit aber wie skizziert inadäquaten Bindungen frei, keineswegs jedoch vom rechtlichen Persönlichkeitsschutz. Die grundrechtlich gebotene Einzelfallabwägung zwischen der Kommunikationsfreiheit (Art. 10 EMRK, Art. 5 Abs. 1 GG) und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht Betroffener (Art. 8 EMRK, Art. 2 Abs. 1 iVm mit Art. 1 Abs. 1 GG) wird durch diese Freistellung nicht aufgehoben, vielmehr in der mittlerweile reichhaltigen, konventionsrechtlich geprägten Abwägungsdogmatik, die das gesamte Äußerungsrecht bestimmt, zur Geltung gebracht. Das Medienprivileg hat damit allerdings, dies ist nicht zu bestreiten, eine Begünstigungswirkung im Vergleich mit Datenverarbeitungen im nicht-öffentlichen Bereich zu anderen als (medien-) kommunikativen Zwecken: Diese Begünstigung liegt aber nicht in einer mit den Grundprinzipien der praktischen Konkordanz, des rechtsgüteroptimierenden Ausgleichs im Kollisionsfall unvereinbaren schematischen Bevorzugung der Kommunikationsfreiheit, sondern nur darin, dass der relativ

¹⁰ Statt vieler *Schulz/Heilmann*, in: Löffler, Presserecht, 6. Aufl. 2015, BT Medien Datenschutz Rn. 3: „Das Datenschutzprivileg der Medien ist [...] Ergebnis eines komplexen verfassungsrechtlichen Abwägungsprozesses“; ebd. Rn. 5: „Das Medienprivileg im Datenschutz ist ein Beispiel für den Schutz des massenmedialen Prozesses: es geht darum, den Massenmedien die Möglichkeiten zu sichern, die sie benötigen, um ihre Rolle als Medium und Faktor in der öffentlichen Kommunikation zu erfüllen.“

¹¹ *Führ*, in: Auernhammer, BDSG, 4. Aufl. 2014, § 41 BDSG Rn. 3.

¹² S. nun auch wieder zu Art. 85 DS-GVO: *Buchner/Tinnefeld*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, 2017, Art. 85 Rn. 2, 31; *Specht*, in: Sydow, DS-GVO, 2017, Art. 85 Rn. 19; *Benecke/Wagner*, Öffnungsklauseln in der Datenschutz-Grundverordnung und das deutsche BDSG, DVBl. 2016, 600 (603).

¹³ *Albrecht/Janson*, Datenschutz und Meinungsfreiheit nach der Datenschutzgrundverordnung, CR 2016, 500 (502, 507); *Eberle*, MMR 2008, 508 (510).

formaler und zugleich sehr umfassend konzipierte und mit dem Informationsauftrag der Medien daher strukturell unvereinbare „Vorfeld“-Schutz der informationellen Selbstbestimmung (prinzipielles Bestimmungsrecht des Berechtigten, Rechtfertigungsbedürftigkeit jeder Datenverarbeitung) zurücktritt gegenüber anderen, auf substantielle und konkrete Persönlichkeitsbeeinträchtigungen zugeschnittenen Schutzaspekten des Persönlichkeitsrechts (Recht auf Selbstdarstellung, auf Achtung des personalen und sozialen Geltungsanspruchs, der Intim- und Privatsphäre, des Rechts am eigenen Bild und Wort usw.), wie sie namentlich im Äußerungsrecht, dem Bildnisschutzrecht und Medienordnungsrecht (Standards journalistischer Sorgfalt) umgesetzt werden.

Das Medienprivileg führt damit keineswegs zu einer Ausschaltung des Persönlichkeitsschutzes im Bereich der Medientätigkeit, anerkennt aber, dass andere, seit jeher das Konfliktfeld Presse und Persönlichkeitsrecht bestimmende rechtliche Interessen-Ausgleichsmechanismen problemangemessenere Ausdifferenzierungen ermöglichen und daher besser geeignet sind zur Lösung dieser Konflikte als das Datenschutzrecht. Das datenschutzrechtliche Medienprivileg ist so gesehen nicht Ausdruck einer einseitigen Vorzugsrelation zugunsten der Medienfreiheit und zu Lasten des Persönlichkeitsschutzes, sondern vor allem einfachrechtliche (aber verfassungsrechtlich unterfangene) Konkurrenzregel im Hinblick auf die Anwendbarkeit potentiell verschiedener persönlichkeitschutzrechtlicher Regimes (in materieller und institutioneller Hinsicht) für den Medienbereich: Dass durch das Hinzutreten des immer weiter entwickelten Datenschutzrechts auch für den nicht-öffentlichen Bereich schwierige Überschneidungs- und Konkurrenzprobleme im Verhältnis zu den älteren Persönlichkeitsschutzordnungen des Zivil- und Strafrechts entstanden sind, angefangen schon auf verfassungs- und unionsgrundrechtlicher Ebene mit dem hier keineswegs geklärten Verhältnis des Schutzes informationeller Selbstbestimmung zu den substantiell spezifischeren Schutzaspekten des Ehrschutzes usw.,¹⁴ ist zunehmend in das Bewusstsein getreten und auch in der Rechtsprechung, etwa bei der schwankenden Behandlung kritischer Fälle im Grenzbereich des Medienprivilegs,¹⁵ sichtbar geworden. Das Medienprivileg bisheriger Fassung klärt insoweit immerhin für die klaren Fälle journalistisch-redaktioneller Tätigkeit diese Konkurrenzfrage und verweist die Konfliktbewältigung weitgehend, von den Ausnahmen des Datengeheimnisses und der Datensicherheit abgesehen, unter die Maßstäbe des Äußerungsrechts sowie in die Zuständigkeit der Gerichte, allenfalls darüber hinaus, für die

¹⁴ Prominent geworden sind die interessanten Erwägungen zu diesem Verhältnis in den Schlussanträgen von Generalanwalt *Cruz Villalón* v. 12.12.2013, in: Rs. C-293/12 – Digital-Rights Ireland, Rn. 54 ff.

¹⁵ S. dazu *Schulz/Heilmann*, in: Löffler, Presserecht, 6. Aufl. 2015, BT Mediendatenschutz Rn. 11 f. mit Nachweisen aus der BGH-Rspr. zu Internetveröffentlichungen; *Lauber-Rönsberg*, ZD 2014, 177 (180)

elektronischen Medien, in die Kompetenz der dafür eingerichteten, institutionell besonders gestalteten Medienaufsicht, für den öffentlich-rechtlichen und privaten Rundfunk dazu mit eigenen, indes gerade nicht staatlichen Datenschutzbeauftragten.

Diese gesetzliche Lösung, den Schutz des Persönlichkeitsrechts gegenüber den Medien nicht datenschutzrechtlich, sondern mit den Maßstäben des zivil- und strafrechtlichen Persönlichkeitsrechtsschutzes, unter der Aufsicht der Gerichte (und allenfalls interner Datenschutzbeauftragter) zu sichern, wird bei Licht betrachtet dem von den Kritikern des Medienprivilegs angeführten Argument der Notwendigkeit einer Einzelfallbetrachtung und -abwägung sogar besser gerecht als eine gleichzeitige oder verdrängende Anwendung des Datenschutzrechts. Insofern fällt das Argument nachgerade auf die Kritik zurück: Die strukturelle Mindereignung des Datenschutzrechts für die Übernahme der Persönlichkeitsschutzaufgabe gegenüber den Medien¹⁶ gründet schließlich gerade in seiner relativ schematischeren, gesetzlich stärker vorgeprägten und daher starrerem Mechanik¹⁷ im Vergleich mit der deutlich offeneren Tatbestandsstruktur des zivilrechtlichen und strafrechtlichen Persönlichkeitsschutzes (§ 823 BGB, § 23 Abs. 1 und 2 KUG, §§ 186, 193 StGB), die nur mehr einfachrechtliche Anknüpfungspunkte für die in der Substanz konventions- und verfassungsrechtlich geprägte Abwägungsargumentation im Einzelfall liefert. Hinzu kommt die für das Datenschutzrecht mittlerweile vielfach beobachtete, auch etwa im Google-Spain-Urteil des EuGH sichtbar gewordene¹⁸ Verkürzung der Konfliktbewältigung vornehmlich auf den bipolaren Interessengegensatz von Datenverarbeiter und (unmittelbar) Betroffenen, die weitere Interessen an der Datenverarbeitung tendenziell übersieht oder zumindest untergewichtet.¹⁹ Gerade hierin liegt der tiefere Grund für die verfassungsrechtlich verankerte, einfachrechtlich und auch unionsrechtlich seit jeher anerkannte und nun in der Abwägungsklausel des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO besonders deutlich zum Ausdruck gebrachte Notwendigkeit, die Medien vom öffentlich-rechtlichen Sonder-Persönlichkeitsschutz der informationellen Selbstbestimmung (und nur von diesem!) weitgehend freizustellen.

¹⁶ *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057 (1059): „Die Datenschutzgesetze sind nicht auf von der Meinungsäußerungsfreiheit erfasste Publikationsvorgänge zugeschnitten und bieten außerhalb der Medienprivilegien keinen adäquaten Rahmen für Veröffentlichungen.“

¹⁷ S. im Einzelnen *Lauber-Rönsberg*, ZD 2014, 177 (178 ff.); der BGH hat sich daher genötigt gesehen, für Bewertungsplattformen, d.h. außerhalb der Reichweite des Medienprivilegs, den zu eng geschnittenen Erlaubnistatbestand des § 29 BDSG a.F. verfassungskonform auszuweiten und so im Ergebnis dem zivilrechtlichen Abwägungsmodell (§ 823 BGB) anzugleichen, BGH Urt. v. 23.6.2009, VI ZR 196/088 – „spick mich“, BGHZ 191, 328, Rn. 26 ff.

¹⁸ EuGH, Urt. v. 13.5.2014, Rs. C-131/12 – Google Spain, Rn. 97 f.; zur Kritik *Masing*, VerfBlog v. 14.8.2014.

¹⁹ *Paal/Hennemann*, K&R 2017, 18 (19).

2. Unionsrechtliche Anerkennung des Medienprivilegs

Auch das unionale Datenschutzrecht hat schon in der DSRL die Notwendigkeit einer wesentlichen Anforderungen des Datenschutzes erfassenden Freistellung der Kommunikation zu bestimmten, insbesondere journalistischen Zwecken anerkannt, und zwar mit ausdrücklichem Bezug auf die Wahrung der diese Kommunikation schützenden höherrangigen Rechte (Art. 9 DSRL mit Erwägungsgrund Nr. 37²⁰):

a) Art. 9 DSRL

Schon diese Regelung in Art. 9 DSRL – wie nun auch die Nachfolgeregelung in Art. 85 DSGVO – fasst die Kompetenz der Mitgliedstaaten, Ausnahmen und Einschränkungen festzulegen als unionsrechtliche Pflicht,²¹ bindet sie mithin zwar an die tatbestandliche Voraussetzung der Erforderlichkeit, stellt sie aber nicht in das mitgliedstaatliche Ermessen. Schon die Richtlinie und nunmehr auch die Verordnung gehen also davon aus, dass die Freistellung grundrechtlich aus der Gewährleistung der Kommunikationsfreiheit geboten ist. Dies bedeutet zugleich auch die Anerkennung der Einsicht, dass die datenschutzrechtlichen Regelungen aus Richtlinie und Verordnung als solche nicht geeignet sind, den Interessen- und Grundrechtskonflikt von Kommunikationsfreiheit und Persönlichkeitsrecht abschließend und angemessen zu verarbeiten; ansonsten bedürfte es keiner obligatorischen Freistellung von den im Übrigen gerade vorgesehenen datenschutzrechtlichen Vorgaben. Erst die Ausnahmen und Abweichungen, also die Freistellung (vulgo: das „Privileg“), sorgen dafür, dass „die beiden Grundrechte [...], nämlich zum einen der Schutz der Privatsphäre und zum anderen die Freiheit der Meinungsäußerung“, „miteinander in Einklang“ gebracht werden, so die Formulierung des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache Tietosuojavaltuutettu.²² Schon nach der Richtlinie, erst recht gilt dies nun, nachdem der Abwägungsauftrag ausdrücklich in Art. 85 Abs. 1 DS-GVO aufgenommen worden ist, von der Verordnung, ist die Herstellung dieses „Einklangs“ „Gegenstand von Art. 9“

²⁰ Erwägungsgrund Nr. 37 RL 95/346/EG: „Für die Verarbeitung personenbezogener Daten zu journalistischen, literarischen oder künstlerischen Zwecken, insbesondere im audiovisuellen Bereich, sind Ausnahmen von bestimmten Vorschriften dieser Richtlinie vorzusehen, soweit sie erforderlich sind, um die Grundrechte der Person mit der Freiheit der Meinungsäußerung und insbesondere der Freiheit, Informationen zu erhalten oder weiterzugeben, die insbesondere in Artikel 10 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und der Grundfreiheiten garantiert ist, in Einklang zu bringen. Es obliegt deshalb den Mitgliedstaaten, unter Abwägung der Grundrechte Ausnahmen und Einschränkungen festzulegen, die bei den allgemeinen Maßnahmen zur Rechtmäßigkeit der Verarbeitung von Daten, bei den Maßnahmen zur Übermittlung der Daten in Drittländer sowie hinsichtlich der Zuständigkeiten der Kontrollstellen erforderlich sind, ohne daß jedoch Ausnahmen bei den Maßnahmen zur Gewährleistung der Sicherheit der Verarbeitung vorzusehen sind. [...]“

²¹ Art. 9 DSRL: „Die Mitgliedstaaten sehen [...] vor, [...]“; Art. 85 Abs. 1 DS-GVO: die Mitgliedstaaten bringen durch Rechtsvorschriften [...] in Einklang“; Art. 85 Abs. 2 DS-GVO: [...] sehen die Mitgliedstaaten Abweichungen oder Ausnahmen [...] vor, [...]“; zum obligatorischen Charakter *beider* Gebote der Verordnung: Albrecht/Janson, CR 2016, 500 (502); *Specht*, in: Sydow, Europäische Datenschutz Grundverordnung, 2017, Artikel 85 Rn. 7, 9; von *Lewinski*, in: Auernhammer, DS-GVO/BDSG, 5. Aufl. 2017, Art. 85 Rn. 12, 20 („Regelungsauftrag“).

²² EuGH, Urt. v. 16.12.2008, Rs. C-73/07 – Tietosuojavaltuutettu gegen Satakunnan Markkinapörssi Oy, Satamedia Oy, Rn. 54.

und „Aufgabe“ der Mitgliedstaaten.²³ Das Unionsrecht bestätigt mithin die oben für das deutsche Recht skizzierte, verfassungsrechtlich begründete Wertung; es anerkennt die Notwendigkeit der partiellen Freistellung vom Datenschutz gerade als Voraussetzung einer sachangemessenen Bewältigung des Grundrechtskonflikts.

b) Ausweitung der Freistellung in Art. 85 DS-GVO

Die Neufassung der unionsrechtlichen Bereichsausnahme in Art. 85 DS-GVO führt diese Freistellungsermächtigung der Mitgliedstaaten nicht nur fort, sondern gestaltet sie in Wortwahl und Inhalt in mehrfacher Hinsicht großzügiger aus. In dieser noch großzügigeren Ausgestaltung der (hier zunächst als Gesamtheit betrachteten, tatsächlich aber aus zwei Aufträgen mit je eigenständiger Bedeutung – Art. 85 Abs. 1 und 2 DS-GVO bestehenden²⁴) Öffnungsklausel, die die rechtliche Kollisionslösung im Interessenkonflikt von Kommunikationsfreiheit und Persönlichkeitsschutz weitgehend den Mitgliedstaaten überantwortet, wird das Ergebnis der Gesetzesberatungen deutlich, dass nämlich zumindest etliche Mitgliedstaaten einen weitergehenden Vereinheitlichungsanspruch des Unionsrechts mit direkten Auswirkungen auf die mitgliedstaatlichen Reservatsbereiche des inhaltlichen Medien- und (allgemeiner) Äußerungsrechts keinesfalls akzeptiert hätten.²⁵ Die Verordnungsregelung des Medienprivilegs erhebt mithin ebenso wenig wie diejenige der Richtlinie einen Vollharmonisierungsanspruch²⁶; sie nimmt ihn tatsächlich sogar noch weiter zurück als die Richtlinie. Dies ist eine für die Interpretation der Vorschriften wichtige und bedeutsame Einsicht.

Ein besonders markanter Unterschied ist ersichtlich die Einfügung des allgemeinen Regelungsauftrags in Art. 85 Abs. 1 DS-GVO, der im Regelungsteil der DSRL, also in deren Art. 9, noch nicht enthalten war und der zur schon bisher vorgesehenen Öffnungsklausel, die nunmehr, in veränderter Form, in Abs. 2 statuiert ist, hinzu tritt. Der neue Art. 85 Abs. 1 DS-GVO nimmt damit jene bisher nur in Erwägungsgrund Nr. 37 zur DSRL und in der EuGH-Rechtsprechung formulierte allgemeine Abwägungsklausel („in Einklang bringen“) in modifizierter Gestalt in den Regelungsteil auf und verschafft ihr damit die Normativität einer die Mitgliedstaaten adressierenden Regelungspflicht. Mit Abs. 1 ist zudem auch eine thematische Ausweitung verbunden: Die Bestimmung erfasst nun umfassend das Verhältnis des Schutzes informationeller

²³ EuGH, Urt. v. 16.12.2008, Rs. C-73/07 – Tietosuoja- ja valtuutettu gegen Satakunnan Markkinapörssi Oy, Satamedia Oy, Rn. 54; s. zur mitgliedstaatlichen Kompetenz dieser Konkordanzaufgabe, die mithin gerade nicht in der Determinationsreichweite des unional geprägten Datenschutzrechts liegt, auch schon EuGH, Urt. vom 6.11.2003 – Rs. C-101/01 – Lindquist, Rn. 90.

²⁴ S. dazu u., III. 3.

²⁵ Albrecht/Janson, CR 2016, 500 (503); Buchner/Tinnefeld, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, 2017, Art. 85 Rn. 4.

²⁶ Benecke/Wagner, DVBl. 2016, 600 (603); Lauber-Rönsberg/Hartlaub, NJW 2017, 1057 (1060).

Selbstbestimmung zum Recht auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit. Der qualifizierende Zweckbezug der Datenverarbeitung (auf journalistische, wissenschaftliche, künstlerische und literarische Zwecke) ist hier zwar auch noch ausdrücklich, aber doch nur beispielhaft („einschließlich“) und also nicht mehr ausschließlich, einbezogen. Welche Bedeutung dieser Aufwertung und damit Anreicherung der Bereichsausnahme für die Kommunikations- und Medienfreiheiten zukommt, ist ersichtlich eine Schlüsselfrage für das Verständnis der Vorschriften des Art. 85 DS-GVO in ihrer Gesamtheit; darauf wird zurückzukommen sein.

Auch der in der Tradition des Art. 9 DSR stehende Ausnahme- und Abweichungsvorbehalt des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO erscheint gegenüber der Vorgängerbestimmung erweitert:

Erstens erfasst der Vorbehalt gegenständlich nun auch wissenschaftliche Verarbeitungszwecke, nicht mehr nur solche journalistischer, künstlerischer oder literarischer Art.

Zweitens verzichtet die Formulierung in der Verordnung auf die noch in Art. 9 DSRL enthaltene Beschränkung auf „allein“ journalistische, künstlerische oder literarische Zwecke. Komplexere Motivationsbündel einer Datenverarbeitung sind daher mit erfasst. Schon zu Art. 9 DSRL hatte der EuGH entschieden, dass jedenfalls eine zu dem publizistischen Zweck hinzutretende Gewinnerzielungsabsicht die Anwendbarkeit der Vorschrift nicht ausschließen kann, eine ersichtlich für den privaten Mediensektor eminent wichtige und auch allein sinnvolle Auslegung.²⁷

Drittens erscheint die Formulierung der Erforderlichkeits-Voraussetzung zurückhaltender als in Art. 9 DSRL: Hieß es dort, dass Abweichungen und Ausnahmen „nur insofern“ vorzusehen seien, „als sich dies als notwendig erweist“ (engl. Fassung: „only if they are necessary“; frz. Fassung: „dans la seule mesure où elles s'avèrent nécessaires“), lautet die Formulierung nun weniger streng: „wenn dies erforderlich ist, um das Recht auf Schutz der personenbezogenen Daten mit der Freiheit der Meinungsäußerung und der Informationsfreiheit in Einklang zu bringen“ („if they are necessary to reconcile“, „si celles-ci sont nécessaires pour concilier“). Sicherlich ist es unangebracht, dieser geringfügigen Änderung über den eher atmosphärischen Eindruck geringerer Strenge hinaus große substantiell-normative Bedeutung zuzumessen. Immerhin kann aber doch die Abweichung (auch in den ausländischen Sprachfassungen), die gerade auf die einschränkenden Anforderungen des „insofern“ („only“, „dans la seule mesure“) verzichtet, dahin verstanden werden, dass die Erforderlichkeit nicht mehr so streng auch auf das quantitative Maß (d.h. den Umfang) der Freistellung bezogen werden muss, wenn sie einmal

²⁷ EuGH, Urt. v. 16.12.2008, Rs. C-73/07 – Tietosuoja- ja valtuutettu gegen Satakunnan Markkinapörssi Oy, Satamedia Oy, Rn. 59.

dem Grunde nach als gerechtfertigt erscheint. Dieses textliche Argument unterstützt mithin ein Verständnis der Ausnahmen-Befugnis (und -pflicht!) der Mitgliedstaaten, demzufolge Datenverarbeitungen zu den in der Bestimmung genannten Zwecken wie in den deutschen Regelungen des Medienprivilegs auch durchaus kraft normativer Bereichsausnahme, d. h. generell-abstract freigestellt werden dürfen, nicht etwa nur im Ergebnis einer – kaum praktikablen und die Schutzzwecke der Freistellung jedenfalls verfehlenden – Einzelfallabwägung in jedem konkreten Fall einer Datenverarbeitung durch einen Berechtigten im Sinne der Vorschrift. Festzuhalten ist in aller Deutlichkeit, dass die textlichen Unterschiede in der Fassung des Art. 85 DSGVO im Verhältnis zu Art. 9 DSRL keinerlei Anlass geben können, nun die Erforderlichkeit der mitgliedstaatlichen Medienprivilegien für die Gewährleistung der Kommunikationsfreiheit (neuerlich) in Frage oder gar Abrede zu stellen, im Gegenteil: Wenn nach Auffassung der deutschen Gesetzgeber, Gerichte und der überwiegenden Schrifttumsauffassung die bisherigen Medienprivilegien mit ihrem weitgehenden Ausschluss des Datenschutzrechts der „Notwendigkeits“-Voraussetzung des Art. 9 DSRL entsprachen, so müssen sie in unveränderter Gestalt nunmehr erst recht der sogar großzügiger formulierten „Erforderlichkeits“-Bedingung in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO entsprechen.

Auch der Vergleich der beiden einschlägigen Erwägungsgründe zur Richtlinie (Nr. 37) bzw. zur Verordnung (Nr. 153) ergibt – bei überwiegender Übereinstimmung – in den Abweichungen eine gewisse Tendenz zur Bekräftigung der Bedeutung der Kommunikationsfreiheiten. Dieser Eindruck entsteht schon aus der deutlich ausladenderen Formulierung, die das in Einklang zu bringende Spannungsverhältnis zwischen Datenschutz und Kommunikationsfreiheit ebenso gleich dreimal hintereinander erwähnt wie die Ausnahme- und Abweichungsbefugnis der Mitgliedstaaten. Ersichtlich hat die Anreicherung der Bereichsausnahme im Regelungsteil um die allgemeine Abwägungsklausel (Art. 85 Abs. 1 DS-GVO) auch zu einer Ausweitung der Fassung des darauf bezogenen Erwägungsgrundes geführt.

In der Sache bedeutsamer ist die Streichung des Rück-Vorbehalts in Erwägungsgrund Nr. 37 zu Art. 9 DSRL betreffend die Datensicherheit.²⁸ Diese Streichung führt im Ergebnis dazu, dass auch die in den deutschen Fassungen des Medienprivilegs vom Privilegierungsumfang bisher nicht erfassten datenschutzrechtlichen Anforderungen an die Datensicherheit (§ 41 BDSG a.F. iVm § 9 BDSG, Art. 17 DSRL) nun von Unionsrechts wegen nicht mehr zwingend ausgeklammert werden müssen: Art. 5 Abs. 1 Buchst. f DS-GVO, der nun die Anforderungen an die Da-

²⁸ EG Nr. 37: „[...] ohne dass jedoch Ausnahmen bei den Maßnahmen zur Gewährleistung der Sicherheit der Verarbeitung vorzusehen sind.“

tensicherheit regelt, ist als Vorschrift im Kapitel II („Grundsätze“) von der Ausnahmen-Befugnis gem. Art. 85 Abs. 2 DS-GVO vielmehr unzweifelhaft erfasst. Da die weitere von den deutschen Medienprivilegien überwiegend „verschonte“ Anforderung des Datengeheimnisses (§ 5 BDSG a.F.) ohnehin nicht unionsrechtlich vorgegeben ist, verbleiben nach der Verordnung (anders als nach der DSRL in Hinsicht auf die Datensicherheit) nun überhaupt keine der Öffnungsklausel jedenfalls entzogenen Vorschriften des materiellen Datenschutzes mehr. Die Mitgliedstaaten sind mithin nunmehr grundsätzlich berechtigt, sogar sämtliche materiell-rechtlichen Anforderungen der DS-GVO in ihre Ausnahmebestimmungen aufzunehmen, das Medienprivileg also noch weiter auszudehnen.

Erwägungsgrund Nr. 153 zur DS-GVO hat ferner auch den Schlusssatz aus Erwägungsgrund Nr. 37 zur DSRL nicht übernommen, in dem es hieß, dass „mindestens die in diesem Bereich zuständige Kontrollstelle bestimmte nachträgliche Zuständigkeiten erhalten [solle], beispielsweise zur regelmäßigen Veröffentlichung eines Berichts oder zur Befassung der Justizbehörden“. Sollte dieser Erwägungsgrund so zu verstehen gewesen sein, dass den unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden trotz des nach Art. 9 DSRL möglichen Ausschlusses des die Datenschutzbehörden betreffenden Kapitels VI gewisse Befugnisse verbleiben sollten, so ist diese Aussage für die DS-GVO jedenfalls entfallen.

c) Kontinuität in der Kapitel-Enumeration

Was schließlich die aus Sicht des hier verfolgten Untersuchungsanliegens besonders interessierende Rechtsfolgenfrage angeht, ist zu konstatieren, dass die DS-GVO in Art. 85 Abs. 2 alle diejenigen Regelungs-Kapitel dem Abweichungs- und Ausnahmenvorbehalt unterwirft, die auch schon in der DSRL einbezogen waren, wenn auch dort teilweise in anderer Anordnung und Nummerierung. Der Vorbehalt in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO hat den Katalog der ausnahmfähigen Kapitel um die neu gefassten Kapitel III [Rechte der betroffenen Person], IV [Verantwortlicher und Auftragsverarbeiter], VII [Zusammenarbeit und Kohärenz] und IX [Vorschriften für besondere Verarbeitungssituationen] erweitert. In der Vergleichsperspektive aus dem Blickwinkel des Medienprivilegs bedeutet dies aber nur, dass diejenigen Regelungsgegenstände, die bisher in anderen – vom Ausnahmenvorbehalt in Art. 9 DSRL erfassten – Kapiteln untergebracht waren, nun weiterhin vom Ausnahmenvorbehalt des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO erfasst bleiben, so etwa die aus dem alten Kapitel II DSRL (Abschnitte IV-VII) in das neue Kapitel III DS-GVO verlagerten Bestimmungen über die Rechte der betroffenen Person (Art. 10-15 DSRL), die ebenfalls aus Kap. II DSRL (Abschn. VIII und IX) in das neue Kap. IV DS-GVO verlagerten Bestimmungen der Art. 16 ff. DSRL, den bisher in der DSRL einem eigenen Kapitel V zugewiesenen Art. 27 DSRL betreffend die Verhaltensregeln, der nun im Abschnitt

5. des Kapitel IV DS-GVO aufgegangen ist. Es sind insoweit also keine Regelungsinhalte der DSRL ersichtlich, die gem. Art. 9 dieser Richtlinie vom Ausnahmenvorbehalt, also der Möglichkeit einer mitgliedstaatlichen Freistellung, erfasst gewesen sind, nun aber aus der Reichweite des Vorbehalts in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO herausgefallen wären.

d) Partielle Abweichung bei Kapitel VIII DS-GVO

Anders scheint es allein mit den Vorschriften zu liegen, die nun dem vom Ausnahmenvorbehalt des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO nicht erfassten Kapitel VIII DS-GVO [Rechtsbehelfe, Haftung und Sanktionen] zugeordnet sind, deren Entsprechungs-Normen in der Richtlinie jedoch in deren Kapitel VI über die Aufsichtsbehörden platziert sind, einem Kapitel, das ebenso wie in der DS-GVO (auch hier Kapitel VI) ausnahmefähig gem. Art. 9 DSRL war (und noch ist). Allerdings ist auch hier im Ausgangspunkt zunächst festzuhalten, dass die Nichtberücksichtigung des Kapitels VIII in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO dem Ansatz von Art. 9 DSRL durchaus entspricht. Auch diese Bestimmung hat das gleichklingend überschriebene Kapitel über die „Rechtsbehelfe, Haftung und Sanktionen“ (Kap. III DSRL) nicht in die Privilegierungsreichweite des Art. 9 einbezogen. Die von den in diesem Kapitel normierten Art. 22, 23 und 24 DSRL geregelten Gegenstände des gerichtlichen Rechtsbehelfs, der Schadensersatzhaftung und der mitgliedstaatlichen Sanktionen sind nach der Richtlinie nicht privilegiert und es fallen auch ihre Entsprechungsvorschriften im Kapitel VIII DS-GVO (Art. 79, 82 und 84) nicht in die Reichweite der Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO. Insofern bestätigt die Fortführung dieser Nichtberücksichtigung zunächst nur den bisher ermittelten Befund der Regelungs-Kontinuität auf der Rechtsfolgendeite. Was den Katalog der ausnahmefähigen Kapitel angeht, bricht die DS-GVO mit der Nichterwähnung des Kap. VIII also keineswegs aus dem Konzept der Richtlinie aus, führt dieses vielmehr fort.

Eine Abweichung ergibt sich, so scheint es jedenfalls nach dem Textbefund, allein daraus, dass das Kapitel VIII nun Bestimmungen enthält, die in den nur drei Artikeln des entsprechenden Kapitel III DSRL nicht enthalten sind. Dies betrifft zum einen zwei Bestimmungen mit schon in der DSRL aufgenommenen, dort aber im gem. Art. 9 DSRL ausnahmefähigen Kapitel über die Kontrollstellen platzierten Regelungsgegenständen: Art. 77 DS-GVO, der das Beschwerderecht gegenüber der Aufsichtsbehörde gibt und Art. 28 Abs. 4 DSRL entspricht, sowie Art. 78 DS-GVO, der gerichtliche Rechtsbehelfe gegen belastende Entscheidungen oder bei Untätigkeit der Aufsichtsbehörde vorsieht und Art. 28 Abs. 3 UA 2 DSRL entspricht. Hinzu kommen neue Vorschriften in Kapitel VIII DS-GVO, die keine Entsprechung in der DSRL haben, insbesondere die Vorschrift über die Bußgeldsanktion, Art. 83 DS-GVO, ferner diejenigen des Art. 80 DS-GVO [Rechtsverfolgung durch eine beauftragte Organisation und Verbandsklage]

und Art. 81 DS-GVO [Aussetzung gerichtlicher Verfahren]²⁹. Diesen Bestimmungen ist sämtlich ein Bezug zu den Datenschutzaufsichtsbehörden gemeinsam. Namentlich Art. 77, 78, 81 und 83 DS-GVO setzen, sollen sie Anwendung finden, Befugnisse der Aufsichtsbehörden voraus. Anders als das bisherige Rechtbehelfskapitel III der DSRL hat das neue Kapitel VIII der DS-GVO also nun auch Regelungsgegenstände übernommen, die Rechte gegenüber der Datenschutzaufsichtsbehörde und Kompetenzen der Datenschutzaufsichtsbehörden betreffen. Damit scheint es so, als ob nun die Datenschutzaufsicht in ihren Funktionen der Überwachung und der Bußgeldsanktion nicht mehr von den mitgliedstaatlichen Abweichungen und Ausnahmen umfasst und also aus dem Bereich der Datenverarbeitung zu journalistischen (usw.) Zwecken ausgeschlossen werden dürfte.

Wäre diese Regelung des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO tatsächlich so zu verstehen, fände sich hier – und nur hier – in der Tat eine Abweichung von dem sonst zu beobachtenden und hier vorstehend wiedergegebenen Muster, demzufolge die DS-GVO in Art. 85 Abs. 2 die Reichweite der unionsrechtlichen Freistellungspflicht zum Schutz der Kommunikationsfreiheit im Vergleich mit der DSRL partiell – in den privilegierten Zwecken und dem Verzicht auf die Rückausnahme der Datensicherheit – sogar erweitert, im Übrigen aber – in den in Bezug genommenen Regelungsinhalten – jedenfalls aufrechterhalten hat. Die Abweichung erscheint in diesem Kontext als merkwürdige Anomalie: Warum sollte die DS-GVO den Mitgliedstaaten ein weitgespanntes Recht auf Freistellung der Medien von allen materiellen Bindungen des Datenschutzes einräumen und insoweit sogar über die DSRL hinausgehen, sodann aber erstmals und anders als die DSRL unabdingbar eine datenschutzbehördliche Aufsicht über die Medien fordern?

Diese offenkundige Ungereimtheit wirft sofort die Frage auf, ob dieses Normverständnis, das dem sonst überdeutlich erkennbaren Anliegen der kontinuierlichen Erhaltung (und sogar Fortentwicklung) des unionsrechtlichen Medienprivilegs zuwiderläuft, richtig sein kann – oder sich nicht eine sinnvollere, zu jener Tendenz besser passende Deutung anbietet. Dieser Frage wird im Folgenden weiter nachzugehen sein. Festzuhalten bleibt aber schon hier, dass eine Interpretation, die Art. 77, 78, 81 und 83 DS-GVO als unionsrechtlich zwingende, in den Medienprivilegien der Mitgliedstaaten auszusparende Vorgaben begreift, nicht zu Geist und erkennbarer Konzeption der Neuregelung des Regelungsauftrags in Art. 85 DS-GVO passt.

²⁹ Art. 81 DS-GVO bezieht sich auf verwaltungsgerichtliche Klagen gegen Entscheidungen der Aufsichtsbehörde, also solche im Sinne des Art. 78 DS-GVO, vgl. Erwägungsgrund Nr. 144.

III. Verhältnis von Art. 85 Abs. 1 und 2 DS-GVO

Art. 85 DS-GVO ist eine im Vergleich mit der Vorgängerregelung des Art. 9 DSRL komplexer gebaute Bestimmung: Namentlich ist an die Seite des alten kapitelbezogenen Ausnahmenvorbehalts, der sich heute in der Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO wieder findet, die allgemeine Öffnungsklausel in Abs. 1 getreten. Hinzu kommt noch die gleichfalls neue Mitteilungspflicht in Abs. 3. Diese endgültige Gestalt der Bestimmung wirft zuallererst Fragen nach dem Verhältnis der verschiedenen Klauseln (vor allem von Abs. 1 und 2) zueinander auf. Diese Verhältnisbestimmung ist für die hier erörterte Frage ersichtlich von ganz wesentlicher Bedeutung; auch die Deutung des Regelungsinhalts der beiden Klauseln je für sich ist ohne eine Erfassung des systematischen Zusammenhangs, in dem sie stehen, nicht möglich.

1. Von dem Abweichungs- und Ausnahmenvorbehalt zur doppelten Öffnungsklausel: entstehungsgeschichtlicher Abriss

Das Zustandekommen der Doppel-Öffnungsklausel von Art. 85 Abs. 1 und 2 DS-GVO ist, wie bei anderen Regelungsgegenständen der Verordnung auch, das Ergebnis langwieriger Beratungen und Verhandlungen, in deren Verlauf verschiedene Varianten einer Sonderregelung im Konfliktbereich mit der Medien- und Kommunikationsfreiheit eingeführt und erörtert worden sind. Dies gilt explizit auch für die hier untersuchte Frage der Erstreckung der Freistellungsmöglichkeit auf das Kapitel VIII der Verordnung – oder doch zumindest auf diejenigen kritischen Vorschriften, die die Datenschutzaufsicht betreffen und nun, anders als noch in der Richtlinie, wegen ihrer Verlagerung in dieses Kapitel VIII nicht mehr unter die Öffnungsklausel fallen, also Art. 77, 78 und 83 DS-GVO.

a) Kommissionsvorschlag: Abweichungs- und Ausnahmenvorbehalt

Der Kommissionsvorschlag vom 25. Januar 2012³⁰ sah in Art. 80 DS-GVO-E³¹ noch keine allgemeine Abwägungsklausel wie heute in Art. 85 Abs. 1 DS-GVO vor, vielmehr nur, in Anknüpfung an Art. 9 des RL, in Abs. 1 die mit der Enumeration ausnahmefähiger Kapitel arbeitende Öffnungsklausel, die sich heute leicht abweichend formuliert in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO findet. Die Fassung des Vorschlags enthielt allerdings noch nicht die Erweiterung auf den wissenschaftlichen Verarbeitungszweck und auch noch nicht den Verzicht auf das Erfordernis ausschließlicher Zweckrichtung, bewegte sich mithin noch ganz in den engeren Bahnen des Art. 9

³⁰ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation) v. 25.1.2012, COM(2012) 11 final.

³¹ Art. 80 E-DS-GVO entspricht von der Vorschlagsfassung der Kommission bis zur Einigung im Ergebnis der Trilogverhandlungen im Dezember 2015 dem Art. 85 DS-GVO in der konsolidierten Fassung der Verordnung.

DSRL. In einem Absatz 2 enthielt der Vorschlag indes schon die heute in Abs. 3 formulierte neue Mitteilungspflicht.³²

b) Vorschlag des Europäischen Parlaments, 1. Lesung: tatbestandlich erweiterter Abwechungs- und Ausnahmenvorbehalt

Der Änderungsvorschlag (Nr. 189) des Europäischen Parlaments zu Art. 80, festgelegt im Standpunkt in erster Lesung am 12. März 2014³³ übernahm die Fassung des Änderungsantrags 324 im Berichtsentwurf des Berichterstatters im federführenden Ausschuss für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres Jan Philipp Albrecht vom 16. Januar 2013. Danach rückte das Parlament von der aus Art. 9 DSRL übernommenen tatbestandlichen Beschränkung der Freistellung im Kommissionsvorschlag auf bestimmte qualifizierte Verarbeitungszwecke ab und öffnete die Klausel stattdessen für potentiell alle Verarbeitungen, sofern dies zum Schutz der Kommunikationsfreiheit in der gebotenen Abwägung mit dem Persönlichkeitsschutz erforderlich ist („whenever this is necessary“). Die knappe Begründung dafür lautete: „Mit diesem Änderungsantrag wird klargestellt, dass alle Aspekte der Meinungsfreiheit erfasst werden, nicht nur die der Journalisten, Künstler oder Schriftsteller.“³⁴

Auf der Rechtsfolgenseite hielt dieser im Standpunkt sodann verabschiedete Änderungsvorschlag indes an der enumerativen Verweisung auf bestimmte ausnahmefähige Kapitel entsprechend dem Kommissionvorschlag fest, d. h. also auch an der Nichtberücksichtigung des Kapitel VIII über die Rechtsbehelfe, Haftung und Sanktionen. Das Problem einer der Kommunikationsfreiheit inadäquaten Nicht-Abdingbarkeit der nun im Kapitel VII enthaltenen Vorschriften

³² Text des Kommissionsvorschlags: „Article 80 Processing of personal data and freedom of expression

1. Member States shall provide for exemptions or derogations from the provisions on the general principles in Chapter II, the rights of the data subject in Chapter III, on controller and processor in Chapter IV, on the transfer of personal data to third countries and international organisations in Chapter V, the independent supervisory authorities in Chapter VI and on co-operation and consistency in Chapter VII for the processing of personal data carried out solely for journalistic purposes or the purpose of artistic or literary expression in order to reconcile the right to the protection of personal data with the rules governing freedom of expression.

2. Each Member State shall notify to the Commission those provisions of its law which it has adopted pursuant to paragraph 1 by the date specified in Article 91(2) at the latest and, without delay, any subsequent amendment law or amendment affecting them.“

³³ Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 12. März 2014 zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (allgemeine Datenschutzverordnung) (COM(2012)0011, P7_TA(2014)0212:

„Article 80 Processing of personal data and freedom of expression

1. Member States shall provide for exemptions or derogations from the provisions on the general principles in Chapter II, the rights of the data subject in Chapter III, on controller and processor in Chapter IV, on the transfer of personal data to third countries and international organisations in Chapter V, the independent supervisory authorities in Chapter VI, on cooperation and consistency in Chapter VII and specific data processing situations in this Chapter whenever this is necessary in order to reconcile the right to the protection of personal data with the rules governing freedom of expression in accordance with the Charter.“

³⁴ Europäisches Parlament, Ausschuss für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres, Berichtsentwurf v. 16.1.2013, Änderungsantrag 324.

über die Datenschutzaufsicht ist indes im Parlament deutlich gesehen worden. So hatten zwei beteiligte Ausschüsse des Parlaments vorgeschlagen, die Regelungen der Art. 73, 74, 76 und 79 DS-GVO-E (entspr. Art. 77, 78, 80 und 83 DS-GVO), also gerade diejenigen Vorschriften, die Befugnisse der Datenschutzaufsichtsbehörden voraussetzen, ausdrücklich in die Enumeration der Öffnungsklausel aufzunehmen.³⁵ Darauf wird noch näher zurückzukommen sein (u. IV. 2. b).

c) Vorschlag der Ratspräsidentschaft 2013: allgemeine Abwägungsklausel

Unter den Mitgliedstaaten formierte sich indes Widerstand gegen dieses in der Rechtsfolge auf enumerierte Ausnahmen fokussierte Konzept, wie es schon Art. 9 der Richtlinie zugrunde lag: Der Abweichungs- und Ausnahmeverbehalt geht, so weit er auch inhaltlich gefasst sein mag, doch strukturell vom Ausgangspunkt der Anwendbarkeit des Datenschutzrechts aus. Ausnahmen und Abweichungen erscheinen daher als Durchbrechungen des Prinzips und sind als solche rechtfertigungsbedürftig: Die Ausnahmen müssen sich gegenüber dem Prinzip als erforderlich rechtfertigen, nicht umgekehrt die Anwendbarkeit datenschutzrechtlicher Maßstäbe gegenüber der Kommunikationsfreiheit. Dieses Bedenken der Einseitigkeit – zumindest in der rechtstechnischen Struktur – der Prinzipienkollisionslage von informationeller Selbstbestimmung einerseits und Kommunikationsfreiheit andererseits ist im April 2013 von der Ratspräsidentschaft aufgegriffen und in den Vorschlag umgesetzt worden, das Konzept eines Abweichungs- und Ausnahmeverhalts mit enumerativ in Bezug genommenen Kapiteln des Unionsrechtsakts aufzugeben und durch eine allgemeine Abwägungsklausel zu ersetzen.³⁶ Die heute in Art. 85 Abs. 1 DS-GVO formulierte Abwägungsklausel geht also auf diesen Vorschlag in den Ratsberatungen zurück. Art. 80 (85) sollte danach folgende Gestalt erhalten:

„Article 80 Processing of personal data and freedom of expression Member State law shall provide for rules (...) in order to reconcile the right to the protection of personal data pursuant to this Regulation with the rules governing freedom of expression, including artistic and or literary expression“

³⁵Text der Änderungsanträge beider Ausschüsse in: Bericht des Europäischen Palaments über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Warenverkehr (allgemeine Datenschutzverordnung) v. 21.11.2013, A7-0402/2013:

Änderungsantrag 399 des Ausschusses für Industrie, Forschung und Energie: „1. Chapter II (General principles), Chapter III (Rights of the data subject), Chapter IV (Controller and processor), Chapter V (Transfer of personal data to third countries and international organisations), Chapter VI (Independent supervisory authorities), Chapter VII (Co-operation and consistency) as well as Articles 73, 74, 76 and 79 of Chapter VIII (Remedies, liability and sanctions) shall not apply to the processing of personal data carried out solely for journalistic purposes or the purpose of artistic or literary expression in order to reconcile the right to the protection of personal data with the rules governing freedom of expression.“; Der *Änderungsantrag 181 des Rechtsausschusses* ging noch insofern darüber hinaus, als auch die Streichung der Beschränkung „allein“ auf journalistische usw. Zwecke vorgeschlagen wurde, eine Position, die sich in der endgültigen Fassung schließlich auch durchgesetzt hat.

³⁶ Council of the European Union, Vorschlag Ratspräsidentschaft (IRL) v. 4.4.2013 (Dok.-Nr. 8825/13).

Zur Begründung führte die Ratspräsidentschaft aus:

„33. The right to the protection of personal data co-exists with other fundamental rights, notably the right to freedom of expression which is also included in the Charter. The relationship between these rights is recognised in Article 80. However, many Member States consider that the references to exemptions or derogations from data protection rules in this article may give a false impression that freedom of expression ranks lower than protection of personal data. [...]

35. In light of these concerns, the Presidency has redrafted Article 80 to make it clear that the law of Member States shall contain rules to reconcile the right to protection of personal data with the right to freedom of expression.“

In den weiteren Beratungen des Rates bis in das Jahr 2014 hinein ist diese auf die allgemeine Abwägungsklausel umgestellte und beschränkte Fassung zunächst offenbar nicht weiter diskutiert worden, jedenfalls blieb sie Grundlage dieser Beratungen.³⁷

d) Kompromissvorschlag des Rates 2015: Doppel-Klausel

Erst 2015 kam es dann im Rat zu einer neuerlichen Änderung des Vorschlags für die auf die Kommunikationsfreiheit bezogene Öffnungsklausel, und zwar im Sinn der heutigen Doppel-Klausel:³⁸ Der Abweichungs- und Ausnahmenvorbehalt aus dem Kommissionsentwurf ist wieder aufgenommen, nun aber als Abs. 2 hinter die allgemeine Abwägungsklausel, an der der Ratsvorschlag festhält, gesetzt worden. Sowohl in die allgemeine Abwägungsklausel des Abs. 1 als auch in den Abweichungs- und Ausnahmenvorbehalt des Abs. 2 fand nun auch der Zweck der wissenschaftlichen Meinungsäußerung als vierter Qualifizierungszweck (neben den schon im Kommissionsentwurf vorgesehenen journalistischen, künstlerischen und literarischen Zweck) Eingang. Auch aus den Ratsberatungen (wie schon im Europäischen Parlament) sind Bedenken einiger Mitgliedstaaten, darunter Deutschland, gegen die Nichterwähnung des Kapitel VIII in der Liste der ausnahmefähigen Kapitel dokumentiert, ebenso auch, dass die Kom-

³⁷ S. zB. Council of Europe, Dok. v. 16. 12.2013, Nr. 17831/13, S. 213, mit einer nur mehr stilistischen Vereinfachung: „Member State law shall reconcile the right to the protection of personal data with the right to freedom of expression, including the processing of personal data for journalistic purposes and the purposes of artistic or literary expression.“; gleichlautend Dok. v. 30. 6. 2014, Nr. 11028/14, S. 240.

³⁸ Vorschlag in Vorbereitung einer allgemeinen Ausrichtung, die sodann am 15.6.2015 beschlossen worden ist, Council of Europe, Dok. v. 8.6.2015, Nr. 9657/15, S. 257; deutsche Fassung vom 11.6. 2015, Dok. Nr. 9565/15.

mission gegen den Wunsch dieser Länder auf der Nicht-Einbeziehung dieses Kapitel VIII bestanden hat, sowie die dazu formulierte Erwägung der Ratspräsidentschaft.³⁹ Auch dieses für die hier erörterte Frage naturgemäß wichtige Detail wird aufzugreifen sein (u. 2. und IV. 2. b).

e) Endfassung: Doppel-Klausel mit Mitteilungspflicht

Dieser Vorschlag des Rates hat sich dann in den Trilog-Verhandlungen durchgesetzt;⁴⁰ in der endgültigen Einigung⁴¹ ist schließlich die bis dahin noch streitig gebliebene⁴² Mitteilungspflicht aufgenommen und nun als Abs. 3 des Art. 85 DS-GVO gefasst worden.

Die danach beschlossene Fassung des Art. 80 (konsolidiert: Art. 85) DS-GVO lautet mithin:

Article 80 Processing of personal data and freedom of expression and information

1. Member States shall by law reconcile the right to the protection of personal data pursuant to this Regulation with the right to freedom of expression and information, including the processing of personal data for journalistic purposes and the purposes of academic, artistic or literary expression.

2. For the processing of personal data carried out for journalistic purposes or the purpose of academic artistic or literary expression, Member States shall provide for exemptions or derogations from the provisions in Chapter II (principles), Chapter III (rights of the data subject), Chapter IV (controller and processor), Chapter V (transfer of personal data to third countries or international organizations), Chapter VI (independent supervisory authorities), Chapter VII (co-operation and consistency) and Chapter IX (specific data processing situations) if they are necessary to reconcile the right to the protection of personal data with the freedom of expression and information.

3. Each Member State shall notify to the Commission those provisions of its law which it has adopted pursuant to paragraph 2 and, without delay, any subsequent amendment law or amendment affecting them.

2. Erkenntnisse aus der Genese des Art. 85 DS-GVO

Gegenüber weitreichenden, immer in der Gefahr unzulässiger Spekulation stehenden Schlussfolgerungen aus entstehungsgeschichtlichen Abläufen eines Rechtsetzungsprozesses ist grundsätzlich Zurückhaltung geboten, zumal auf unionaler Ebene mit ihren überaus komplexen und auch nicht immer transparenten Beteiligungsstrukturen. Gerade die langwierigen Verhandlungsprozesse im Zuge der Beratung der Datenschutz-Grundverordnung mahnen hier zur Vor-

³⁹ Council of the European Union, Dok. v. 11.6.2015, Nr. 9788/15, S. 255 Fn. 627: „BE, DE, FR, IE and SE had requested to include also a reference to Chapter VIII. This was opposed to by COM. The Presidency points out that in case the freedom of expression prevails over the right to data protection, there will obviously no infringement to sanction. Where an infringement is found to have place, the interference with the freedom of expression will have to taken into account as an element in the determination of the sanction. This application of the proportionality principle should be reflected in Chapter VIII.“

⁴⁰ Council of the European Union, Dok. v. 20.11.2015, Nr. 14319/15, S. 318 ff.

⁴¹ Council of the European Union, Dok. v. 15.12.2015, Nr. 15039/15, S. 200.

⁴² Council of the European Union, Dok. v. 20.11.2015, Nr. 14318/15, S. 10.

sicht; nicht wenige am Ende beschlossene Regelungen tragen offenkundig Kompromisscharakter. Es kann angesichts der Bedingungen des politischen Aushandlungsverfahrens auch nicht davon ausgegangen werden, dass alle Bestimmungen der Endfassung noch präzise aufeinander abgestimmt sind. Dies befreit allerdings nicht von der Aufgabe, die Bestimmungen gleichwohl möglichst sinngemäß zu interpretieren. Und bedeutungslos ist die Entstehungsgeschichte für diese Interpretationsaufgabe gerade bei Art. 85 DS-GVO keineswegs: Die Einführung der verschiedenen Vorschläge zur Gestalt dieser Bereichsausnahme für die Medien- und Kommunikationsfreiheit sowie der am Ende stehende Beschluss der Fassung als Doppel-Klausel lassen durchaus wichtige Einsichten zu:

a) Die Doppel-Klausel als interessenverbindender Kompromiss

Die verabschiedete gültige Fassung des Art. 85 DS-GVO setzt zum einen Kernelemente des *Kommissionsvorschlags* um; das gilt namentlich für das aus der Richtlinie übernommene Konzept der Abweichungs- und Ausnahmenklausel, die die Freistellungspflicht der Mitgliedstaaten auf sehr viele, aber nicht alle Vorschriften der Verordnung bezieht, ferner die tatbestandliche Bindung dieser Freistellungskompetenz an bestimmte qualifizierte Zwecke einer Datenerhebung (anders als im Parlamentsvorschlag), schließlich für die am Ende durchgesetzte Mitteilungspflicht.

Zweitens lässt sich auch von dem *Parlamentsvorschlag* (tatbestandlich nicht mehr an bestimmte qualifizierte Zwecke, sondern nur noch an eine offene Abwägung gebundene Freistellungskompetenz) sagen, dass er immerhin insoweit in der Endfassung Verwirklichung gefunden hat, als in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO die qualifizierten Zwecke erweitert (Wissenschaftskommunikation) und die Zweckbindung gelockert worden ist (nicht mehr nur bei ausschließlicher Zweckverfolgung für die qualifizierten Zwecke). Vor allem aber findet sich eine der weiten Tatbestandsfassung des Parlamentsvorschlags entsprechende allgemeine Abwägungsklausel nun in Art. 85 Abs. 1 DS-GVO, die ja die vier qualifizierten Zwecke nur noch beispielhaft nennt.

Der *Rat* hat sich – drittens – im Hinblick auf die Abs. 1 und 2 mit seinem Vorschlag durchgesetzt; dies gilt zunächst und vor allem für die genuin auf ihn selbst zurückgehende allgemeine Abwägungsklausel, sodann auch für die 2015 in den Ratsvorschlag wieder aufgenommene Abweichungs- und Ausnahmenklausel, diese allerdings in gegenüber dem *Kommissionsvorschlag* wie dargelegt modifizierter Gestalt.

Die Spiegelung der Konzepte und Interessen der Rechtsetzungsbeteiligten auf das Ergebnis der endlich verabschiedeten Bestimmung erhellt zunächst, dass dieses Ergebnis so ausgefallen ist,

dass sich alle Parteien darin wiederfinden können. Offenkundig bestand die Lösung von Interessenkonflikten der Beteiligten im Hinblick auf diese Vorschrift darin, in der Endfassung die verschiedenen Ansätze von Kommission, Parlament und Rat zu *kumulieren* und ihnen so sämtlich Geltung zu verschaffen. Dies erleichtert einerseits zwar nicht die Aufgabe, den kumulierten Bestimmungen systematisch kohärente Normbedeutungen abzugewinnen. Andererseits muss es gerade darum aber gehen: Nur so kann eine überzeugende Deutung des Regelungsinhalts der Bestimmungen gelingen. Überzeugend kann sie nur sein, wenn sie sich des entstehungsgeschichtlichen Kontextes und des nur daraus erklärbaren kumulativen Charakters des Regelungsgefüges in Art. 85 DS-GVO bewusst ist. Dies bedeutet vor allem, dass alle Teilelemente des Regelungsgefüges normativ Ernst zu nehmen sind, sie also so verstanden werden müssen, dass ihnen jeweils eigenständige normative Bedeutung zukommt. Die Beteiligten des Gesetzgebungsverfahrens haben am Ende der kumulierten Fassung zugestimmt und gerade nicht einer Version, die nur entweder den Ausnahmenvorbehalt nach dem Muster des Kommissionsvorschlages oder die allgemeine Abwägungsklausel im Sinne des Vorschlages der Ratspräsidentenschaften von 2013 und 2014 beinhaltete. Das legt aber nahe, dass die Beteiligten sich mit demjenigen Teil des Regelungsgefüges, der ihrem eigenen Konzept oder Anliegen an sich *nicht* oder weniger entspricht, nur deswegen einverstanden erklärt haben, weil sie ihre Interessen in dem *anderen* Element und so daher in der Gesamtregelung gewahrt sahen.

Es spricht viel dafür, dass diese Überlegung auch für diejenigen im Gesetzgebungsverfahren eingebrachten Änderungsvorschläge und darin ausgedrückten Interessen gilt, die sich nicht unmittelbar im Text der Endfassung des Art. 85 DS-GVO niedergeschlagen haben. Für den Vorschlag des Parlaments 1. Lesung ist dies oben schon angesprochen worden: Zwar ist dieser Vorschlag einer von den vier qualifizierten Verarbeitungszwecken abgekoppelten und stattdessen offenen Version des Abweichungs- und Ausnahmenvorbehalts so nicht Gesetz geworden. In der Sache aber entspricht die vom Rat eingeführte allgemeine Abwägungsklausel in Art. 85 Abs. 1 DS-GVO vollauf dem Anliegen des Parlaments.

Vergleichbar lässt sich aber auch für die in Parlament und Rat diskutierten Vorschläge zur Einbeziehung des VIII. Kapitels (Deutschland, Frankreich, Belgien, Irland, Schweden) – oder doch jedenfalls der darin enthaltenen, besonders problematischen Regelungen mit Bezug zur datenschutzbehördlichen Aufsicht (EP-Ausschuss für Industrie, Forschung und Energie, EP-Rechtsausschuss) – argumentieren: Offenkundig ist das Problem des Kapitels VIII und hier vor allem der sogar hinter die bisherige Rechtslage nach Art. 9 DSRL zurückfallenden Nicht-Ausschließbarkeit von Bestimmungen über die Datenschutz-Behördenaufsicht im Gesetzgebungsverfahren

ren präsent gewesen. Nicht nur vereinzelt, sondern von einer Reihe (auch großer) Mitgliedstaaten und in zwei Parlamentsausschüssen ist das Interesse formuliert worden, die Öffnungsklausel so zu fassen, dass auch diese Regelungen des VIII. Kapitels, zumindest diejenigen über die Datenschutzaufsicht, von den Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer Medienprivilegien abgedungen werden können. Es ist unplausibel anzunehmen, dass diese Position im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens einfach aufgegeben worden ist, wenn die am Ende beschlossene Fassung doch so verstanden werden kann, dass sie darin gerade Berücksichtigung findet. Gibt es eine solche Interpretationsmöglichkeit, erscheint diese allemal überzeugender als eine Deutung, die sich über jene im Gesetzgebungsverfahren eingebrachten Bedenken und Vorschläge hinwegsetzt und sie schlicht als „überstimmt“ ansieht. Zu dem an so vielen Stellen und eben auch mit der Doppel-Klausel in Art. 85 DS-GVO sichtbar werdende Kompromisscharakter der Verordnung passt ein auslegungsleitender Grundsatz interessenwahrender Interpretation sehr viel besser.

b) Auslegungsleitlinie: Vermutung für die Normativität aller Bestimmungen des Art. 85 DS-GVO

Allein eine an dieser Einsicht orientierte Interpretation kann gewährleisten, dass die hinter den verschiedenen Normvorschlägen stehenden, im Gesetzgebungsverfahren sichtbar gewordenen Interessen und Anliegen auch im Auslegungsergebnis Niederschlag finden. Dass dies Leitlinie der Interpretation sein sollte, ergibt sich mit hoher Plausibilität aus der jene unterschiedlichen Konzepte und Änderungsvorschläge zusammenführenden kumulativen Fassung. Art. 85 DS-GVO ist daher so zu interpretieren, dass allen Absätzen des Art. 85 DS-GVO und den darin formulierten Bestimmungen rechtlich eigenständige Regelungsbedeutung zukommt. Mit dieser – und nur mit dieser – Fassung sind die Beteiligten im Gesetzgebungsverfahren davon ausgegangen, dass ihre Standpunkte hinreichende Verwirklichung gefunden haben.

Nicht vereinbar wäre damit also etwa, so viel lässt sich jetzt schon festhalten, ein Verständnis, das nur dem Art. 85 Abs. 2 DS-GVO Normativität zuspräche, die allgemeine Abwägungsklausel hingegen zu einer bloßen Programmformel ohne eigenständige Bedeutung degradierte.

Im Sinne dieser historisch aufgeklärten Interpretationsleitlinie ist daher nun im Folgenden ein systematisch kohärentes Verständnis der Vorschriften in Art. 85 DS-GVO zu entwickeln. Der bisher vorliegenden Kommentar- und Aufsatzliteratur zu diesen Bestimmungen sind Ausführungen zu diesem Interpretationsproblem überwiegend allenfalls ansatzweise zu entnehmen;⁴³

⁴³ S. namentlich *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500 (502 ff.); *Benecke/Wagner*, DVBl. 2016, 600 (602 f.); v. *Lewinski*, in: Auernhammer, DS-GVO BDSG, hrsg. v. Eßer/Kramer/v. Lewinski, 5. Aufl. 2017, Rn. 12 ff.; *Pauly*, in: Paal/Pauly, Datenschutzgrundverordnung, 2017, Art. 85 Rn. 4 ff.; *Schiedermaier*, in: Ehmann/Selmayr, Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Art. 85 Rn. 3 ff.; *Specht*, in: Sydow (Hrsg.), DS-GVO, 2017, Artikel 85 Rn. 5 ff.;

eine substantiellere Analyse der Regelungsgehalte beider Klauseln (Art. 85 Abs. 1 und 2 DS-GVO) sowie ihres Verhältnisses findet sich nur selten.⁴⁴

3. Systematik des Art. 85 DS-GVO: Verständnismöglichkeiten

Grundsätzlich kommen für das systematische Verhältnis beider Klauseln (Art. 85 Abs. 1 und 2 DS-GVO) vier Möglichkeiten in Betracht; weitere Optionen sind nicht ersichtlich.

Erstens könnte es sich bei Art. 85 Abs. 1 DS-GVO um eine Bestimmung handeln, die keinen eigenständigen Ermächtigungs- (und Verpflichtungs-)Gehalt gegenüber den Mitgliedstaaten hat. In einem solchen Verständnis handelt es sich also allenfalls um eine „unechte“ Öffnungsklausel oder gar nicht um eine Öffnungsklausel, stattdessen lediglich um eine Bestimmung deklaratorischen oder programmatischen Charakters. Freistellungen von den Bindungen des Datenschutzes aus Gründen des Schutz der Kommunikationsfreiheit könnten (bzw. müssten) die Mitgliedstaaten daher allein auf Art. 85 Abs. 2 DS-GVO stützen (a).

Zweitens ließe sich das Verhältnis beider Vorschriften als Spezialitätsverhältnis bestimmen: Der allgemeinere Tatbestand des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO umschließt als einen Teilausschnitt den engeren Tatbestand des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO. In der Reichweite des engeren Tatbestandes, also bei Datenverarbeitungen zu journalistischen, künstlerischen, literarischen und wissenschaftlichen Zwecken, ginge die in Abs. 2 statuierte Regelung derjenigen des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO vor, könnten also nur die hier angeordneten Rechtsfolgen eingreifen, mithin die Verpflichtung auf Abweichungen oder Ausnahmen von den Regelungen, die in den in der Bestimmung genannten Kapiteln aufgeführt werden. Nur Datenverarbeitungen, die von den grundrechtlichen Gewährleistungen der Kommunikationsfreiheit erfasst werden (Art. 10 EMRK, Art. 11 GrCh), jedoch nicht einem der in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO ausschließlich und den Art. 85 Abs. 1 DS-GVO beispielhaft aufgeführten qualifizierten Zwecke zugeordnet werden können, können (oder sogar: müssen) bei relativem Vorrang der Kommunikationsfreiheit in der Grundrechtsabwägung Kraft der allgemeinen Abwägungsklausel (Art. 85 Abs. 1 DS-GVO) von den datenschutzrechtlichen Bindungen freigestellt werden; der Vorrang der *lex specialis* greift insofern nicht (b).

nur geringfügig aussagekräftiger *Pötters*, in: Gola, DS-GVO, 2017, Art. 85 Rn. 5: „Die eigentliche Öffnungsklausel enthält hingegen Abs. 2. Diese ist auf bestimmte Zwecke begrenzt, sodass sich aus systematischen Gründen nicht aus Abs. 1 eine allgemeine Öffnungsklausel zum Schutz der Meinungs- und Informationsfreiheit ableiten lässt.“

⁴⁴ S. allerdings *Kühling/Martini et al.*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht. Erste Überlegungen zum innerstaatlichen Regelungsbedarf, 2016, insb. S. 285 ff.; im Anschluss daran auch *Buchner/Tinnefeld*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, 2017, Art. 85 Rn. 2, 11 ff.

Drittens wäre umgekehrt ein Vorrang des Art. 85 Abs. 1 gegenüber Abs. 2 denkbar. Spezialität des Abs. 1 scheidet angesichts seiner größeren tatbestandlichen Weite allerdings aus. So bliebe insofern nur die Möglichkeit, dass die Aufzählung in Abs. 2 nur veranschaulichenden Charakter hätte, die Regelungswirkung, also Ermächtigung und Verpflichtung der Mitgliedstaaten, sich indes allein schon aus Abs. 1 herleitete (c).

Viertens ist an eine im Ausgangspunkt vergleichbare, aber doch in der rechtlichen Bedeutung andersartige Aufeinander-Bezogenheit beider Vorschriften zu denken: Die eigentliche Grundnorm, aus der sich die Freistellungsbefugnis und -pflicht der Mitgliedstaaten für den Bereich der Kommunikationsfreiheit ergibt, wäre danach hier die allgemeine Abwägungsklausel des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO. Art. 85 Abs. 2 DS-GVO käme aber sehr wohl eigenständige Regelungswirkung zu. Die Vorschrift regelte ausschnitthaft besondere Fälle dieser Freistellung, jedoch nicht als insoweit verdrängende *lex specialis*, sondern als „Mindestgarantie“: Jedenfalls von den in der Bestimmung genannten Kapitel mit den darin enthaltenen Regelungen der Datenschutz-Grundverordnung haben die Mitgliedstaaten, soweit erforderlich, Abweichungen und Ausnahmen vorzusehen, ohne dass indessen darüber hinausgehende, auf Abs. 1 gestützte Freistellungen von Regelungen, die in der Enumeration des Abs. 2 nicht genannt sind, ausgeschlossen sind, sofern die Grundrechtsabwägung gemäß der allgemeinen Öffnungsklausel auch eine solche Freistellung fordert oder zumindest, im Rahmen mitgliedstaatlicher Bewertungsspielräume, legitimiert (d).

a) „Unechte Öffnungsklausel“

Das erstgenannte Verständnis des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO als einer allenfalls „unechten Öffnungsklausel“, der keine Ermächtigungswirkung gegenüber den Mitgliedstaaten zukommt, ist in der Literatur namentlich von *Kühling, Martini et al.* behauptet worden.⁴⁵ Danach handle es sich bei Art. 85 Abs. 1 DS-GVO nur *prima facie* um eine (echte) Öffnungsklausel, bei genauem Hinsehen hingegen nur um einen „Anpassungsauftrag“ an die Mitgliedstaaten, der „inhaltlich das Niveau des einzuhaltenden Persönlichkeitsschutzes ohne Abweichungsmöglichkeit vorgibt“.⁴⁶ Dies ergebe sich zwar nicht aus der Formulierung der Bestimmung, die vielmehr,

⁴⁵ *Kühling/Martini et al.*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht. Erste Überlegungen zum innerstaatlichen Regelungsbedarf, 2016, insb. S. 285 ff.

⁴⁶ *Kühling/Martini et al.*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht. Erste Überlegungen zum innerstaatlichen Regelungsbedarf, 2016, S. 286; s. auch *Buchner/Tinnefeld*, in: *Kühling/Buchner*, DS-GVO, 2017, Art. 85 Rn. Rn. 1, 12: „Regelungsauftrag“; *Pöppers*, in: *Gola*, DS-GVO, 2017, Art. 85 Rn. 5: Abs.1: „Auftrag“, Abs. 2: „eigentliche Öffnungsklausel“.

das räumen die Autoren selbst ein, „zweifelsfrei“ auf den Charakter als Öffnungsklausel hindeute,⁴⁷ wohl aber aus der „inneren Systematik der Vorschrift“, dem Regelungszweck der DS-GVO sowie dem Erwägungsgrund Nr. 153.

Unplausibel bleibt bei diesem Ansatz schon, worin eigentlich die zugestandene, gegen den insoweit eindeutigen Text der Bestimmung auch nicht zu bestreitende Regelungsbefugnis und sogar -pflicht (Auftrag der Mitgliedstaaten!) aus Abs. 1 bestehen soll, wenn die Vorschrift doch dieser Vorstellung zufolge inhaltlich gerade keinen Befugnispielraum eröffnet, die darauf gestützten Regelungen vielmehr ohne Modifikation an die Maßstäbe der DS-GVO gebunden, Lockerungen und Durchbrechungen der Bindungen der DS-GVO hingegen ausschließlich im Rahmen und in den Grenzen des Abs. 2 möglich sein sollen.⁴⁸ Diesen zentralen Widerspruch kann dieser Ansatz nicht auflösen.

Darüber hinaus kann er auch inhaltlich nicht überzeugen,⁴⁹ und zwar weder substantiell-grundsätzlich (1) noch in seiner juristischen Beweisführung (2):

(1) Grundsätzliche Einwände

Die Annahme, Art. 85 Abs. 1 DS-GVO gehe es nur darum, die Mitgliedstaaten zu verpflichten, ihre Regelungen den Vorgaben der Datenschutzgrundverordnung „anzupassen“, beraubt die Vorschrift eigenständiger Bedeutung und darüber hinaus eines jeden vernünftigen Sinns: Wenn und soweit die Datenschutzgrundverordnung in ihren Vorschriften Vorgaben enthält, beanspruchen diese aus sich heraus Beachtung durch die Mitgliedstaaten und sind dafür nicht auf einen zusätzlichen „Anpassungsauftrag“ angewiesen. Dies gilt unabhängig davon, ob unmittelbar anwendbare Vorschriften in Rede stehen, bei denen mitgliedstaatliche Regelungen ohnehin grundsätzlich durch das Normwiederholungsverbot⁵⁰ ausgeschlossen sind, oder ob es sich um

⁴⁷ Kühling/Martini et al., Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht. Erste Überlegungen zum innerstaatlichen Regelungsbedarf, 2016, S. 11: „ergibt sich zweifelsfrei aus der Handlungsoptionen eröffnenden oder Handlungspflichten auferlegenden Formulierung“

⁴⁸ Kühling/Martini et al., Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht. Erste Überlegungen zum innerstaatlichen Regelungsbedarf, 2016, S. 288: „Art. 85 Abs. 1 DS-GVO [...] gibt den Mitgliedstaaten einen unionsrechtlichen Anpassungsauftrag mit auf den Weg: Er eröffnet ihnen – außerhalb des Abs. 2 – jedoch keine regulatorische Gestaltungsfreiheit.“

⁴⁹ Wie hier für eine eigenständige Öffnungsklausel: Hoidn, in: Roßnagel, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2017, § 4 Rn.180; Lauber-Rönsberg/Hartlaub, NJW 2017, 1057 (1061 f.).

⁵⁰ EuGH, Urt. v. 7.2.1973, Rs. 39/72 – Kommission/Italien, Rn. 17; Urt. v. 10.10.1973, Rs. 34/73 – Variola, Rn. 10; für den Kontext der DS-GVO: Selmayr/Ehmann, in: Ehmann/Selmayr, Datenschutz-Grundverordnung, Einführung Rn. 80; Kühling/Martini et al., Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht. Erste Überlegungen zum innerstaatlichen Regelungsbedarf, 2016, S. 6 f.

auf mitgliedstaatliche Durchführung oder Ergänzung angewiesene Verordnungsnormen (im unechten Sinn: „hinkende“ Verordnungsnormen⁵¹) handelt: Auch bei letzteren folgt die mitgliedstaatliche Regelungsoption oder -pflicht, d.h. aber auch die Berechtigung oder (je nach Fassung) Pflicht zur Anpassung der nationalen Rechtslage, jeweils aus der in Rede stehenden Norm (z.B.: Art. 6 Abs. 2, Abs. 3 Buchst. b) oder andere Öffnungsklauseln), nicht erst aus Art. 85 Abs. 1 DS-GVO.

Die These, Art. 85 Abs. 1 DS-GVO fordere von den Mitgliedstaaten nur das, was ohnehin selbstverständlich ist, nämlich die Kompatibilisierung ihres Rechts mit der DS-GVO, soweit diese bindet, setzt sich in Widerspruch zu dem erkennbaren Sinn des Abwägungsgebots, wie er sich aus dessen Formulierung, seiner systematischen Stellung im eigenen (IX.) Kapitel über bereichsspezifische Sonderregelungen (und gerade nicht im Zusammenhang der DS-GVO-Vorschriften, an die das nationale Recht angeblich „anzupassen“ wäre), und dem entstehungsgeschichtlich klar nachweisbaren Motiv seiner Einfügung in den Regelungszusammenhang der datenschutzrechtlichen Bereichsausnahme für die Kommunikationsfreiheit ergibt. Dazu im Einzelnen:

Die Vorschrift gibt *den Mitgliedstaaten* auf, durch *ihr* Recht („Member states shall by law reconcile...“) die Grundrechtspositionen informationeller Selbstbestimmung und Kommunikationsfreiheit miteinander in Einklang zu bringen. Die damit ausgesprochene Regelungsverpflichtung setzt notwendigerweise eine *eigene* Regelungsbefugnis der Mitgliedstaaten voraus, also auch eine Entbindung von den sekundärrechtlichen Normen der Verordnung selbst.⁵² Besonders klar wird dies bei den unmittelbar anwendbaren Verordnungsnormen, etwa den zentralen Erlaubnistatbeständen des Art. 6 Abs. 1 DS-GVO, insbesondere auch dem Abwägungstatbestand in Buchst. f) dieser Vorschrift: Solange und soweit diese Vorschrift anwendbar ist, ist eine eigenständige mitgliedstaatliche Regelung ausgeschlossen (insoweit auch nicht durch Art.

⁵¹ Constantinesco, Das Recht der Europäischen Gemeinschaften, Bd. I: Das institutionelle Recht, 1977, S. 562; Heberlein, in: Ehmann/Selmayr, Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Art. 6 Rn. 31; Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 288 AEUV Rn. 21; Schroeder, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 288 AEUV Rn. 61.

⁵² Selmayr/Ehmann, in: Ehmann/Selmayr, Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Einführung Rn. 85: „Die obligatorische Spezifizierungsklausel des Art. 85 DS-GVO erklärt sich dadurch, dass anders als im Datenschutzrecht, wo es seit dem Vertrag von Lissabon eine Kongruenz zwischen EU-rechtlichem Grundrechtsschutz und EU-rechtlicher Rechtsetzungskompetenz gibt, die Grundrechte der Meinungs-, Presse-, Informations-, Wissenschafts- und Kunstfreiheit nach wie vor im Wesentlichen vom Gesetzgeber auf nationaler Ebene zu schützen sind; daher müssen spezifizierende Vorschriften auch vom nationalen Gesetzgeber erlassen werden.“

6 Abs. 2, 3 DS-GVO ermöglicht)⁵³. Die (unions-grundrechtlich geprägte⁵⁴) Interessenabwägung wird hier durch die unionsrechtliche Verordnungsnorm selbst abschließend angeordnet und gerade nicht dem Recht der Mitgliedstaaten überantwortet, wie dies Art. 85 Abs. 1 DS-GVO aber vorsieht. Der Regelungsauftrag des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO will also offenkundig etwas anderes als die unionale Abwägungsklausel des Art. 6 Abs. 1 Buchst. f), die jedenfalls eine unionsrechtlich dirigierte Einzelfallabwägung verlangt:⁵⁵ Er fordert eine *mitgliedstaatlich-normative Regelung der Kollisionslage*.⁵⁶ Diese ist aber ohne eine Befugnis der Mitgliedstaaten zur Freistellung dieser Regelungssituation vom Bindungsanspruch des Art. 6 DS-GVO gar nicht denkbar. Art. 85 Abs. 1 DS-GVO muss also notwendig mit einer Freistellungsermächtigung verbunden sein, also eine Öffnungsklausel enthalten.

Art. 85 Abs. 1 DS-GVO gibt mithin, dies anerkennen sogar *Kühling/Martini et. al.*⁵⁷ und entspricht allgemeiner Auffassung in der Kommentarliteratur,⁵⁸ einen *Regelungsauftrag* – d.h. einen Auftrag zu mitgliedstaatlich-gesetzlicher Normierung – und kann daher nicht so verstanden werden, dass er nur den unmittelbar anwendbaren Einzelfall-Abwägungsbefehl des Art. 6 Abs. 1 Buchst. f) DS-GVO deklaratorisch bekräftigt. Gleiches gälte für alle anderen unmittelbar anwendbaren Vorschriften, bei denen eine mitgliedstaatliche (normwiederholende) Regelung ebenso ausgeschlossen wäre.

Art. 85 Abs. 1 DS-GVO deutet darauf sogar schon in seiner textlichen Fassung hin, die nicht von der Abwägung zwischen Persönlichkeitsrecht und Kommunikationsfreiheit spricht, son-

⁵³ *Heberlein*, in: Ehmann/Selmayr, Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Art. 6 Rn. 32.

⁵⁴ S. die Rspr. des EuGH zu Art. 7 Buchst. f) DSRL, zB Urt. v. 24.11.2011, verb. Rs. C-468/10, C-469/10 – ASNEF, Rn. 40 ff.; Urt. v. 13.5.2014, C-131/12 – Google Spain, Rn. 73 ff.; näher *Cornils*, Der grundrechtliche Rahmen für ein (trans-)nationales Datenschutzrecht im digitalen Zeitalter. In: Datenschutz im digitalen Zeitalter – global, europäisch, national, Schriftenreihe des Instituts für Rundfunkrecht an der Universität zu Köln, Bd. 111. München 2015, S. 11 ff.

⁵⁵ So schon zur weitgehend identischen Vorgängerregelung in Art. 7 Buchst. f) DSRL EuGH, Urt. v. 24.11.2011, verb. Rs. C-468/10, C-469/10 – ASNEF, Rn. 40, 48.

⁵⁶ Dies schließt noch nicht aus, dass auch im Rahmen dieser mitgliedstaatlichen Regelungsbefugnis Unionsgrundrechte zu beachten sind (in diesem Sinn etwa *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500). Ob der durch Art. 85 Abs. 1 DS-GVO sekundärrechtlich eröffnete mitgliedstaatliche Regelungsspielraum (nur) durch mitgliedstaatlich-verfassungsrechtliche Grundrechte (so die auch vom BVerfG zugrunde gelegte Trennungsthese, BVerfGE 133, 277 - Antiterrordatei) oder (auch) die Unionsgrundrechte (so die vom EuGH vertretene Kumulationsthese, EuGH, Urt. v. 26.2.2013, C-399/11 – Melloni; Urt. v. 26.2.2013, C-617/10, Akerberg/Fransson, Rn. 21.) begrenzt und hinsichtlich seiner Nutzung gesteuert wird, ist umstritten (s. zu dieser Diskussion etwa *Kingreen*, EuR 2013, 446; *ders.*, JZ 2013, 801; *Thym*, DÖV 2014, 941; *ders.*, JZ 2015, 53; *Ludwigs*, EuGRZ 2014, 273; *ders.*, NVwZ 2016, 1; *Scholz*, DVBl 2014, 197 [201]), *Cornils*, in: Menzel/Müller-Terpitz (Hrsg.), Verfassungsrechtsprechung, 3. Aufl. 2017, S. 252 ff.) und hier nicht zu klären.

⁵⁷ *Kühling/Martini et al.*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht. Erste Überlegungen zum innerstaatlichen Regelungsbedarf, 2016, S. 287.

⁵⁸ *Buchner/Tinnefeld*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, 2017, Art. 85 Rn. 1; *Pauly*, in: Paal/Pauly, Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Art. 85 Rn. 4.; *von Lewinski*, in: Auernhammer, DS-GVO, BDSG, 5. Aufl. 2017, Art. 85 Rn. 12 f.

dem spezifischer von dem „Recht auf den Schutz personenbezogener Daten gemäß dieser Verordnung“ („Right to the Protection of personal data pursuant to this Regulation“), das die *Mitgliedstaaten* in Einklang zu bringen hätten mit dem Recht auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit. Wenn die Mitgliedstaaten das Recht auf Datenschutz (informationelle Selbstbestimmung), wie es an sich die Verordnung vorsieht, nun stattdessen für die Herstellung praktischer Konkordanz mit der Kommunikationsfreiheit selbst in *ihre* regelnde Hand nehmen sollen, ist dies ohne Freistellung von den Regelungen der Datenschutzgrundverordnung nicht vorstellbar. Art. 85 Abs. 1 DS-GVO enthält daher keineswegs nur keinen „Anpassungsauftrag“ zur Durchsetzung der Regelungen der DS-GVO im mitgliedstaatlichen Recht, sondern im Gegenteil einen Derogationsauftrag, gerichtet auf „Abwendung“ jener Regelungen, soweit dies zum Schutz der Kommunikationsfreiheit erforderlich ist.

Für die also notwendige Freistellungsbefugnis kann auch nicht wiederum nur auf Art. 85 Abs. 2 DS-GVO verwiesen werden, weil dann Abs. 1 jede eigenständige Bedeutung als Regelungsauftrag verlöre: Art. 85 Abs. 2 DS-GVO enthält selbst eine Regelungsverpflichtung und er enthält auch selbst bis in den Wortlaut hinein identisch noch einmal das Abwägungsgebot („in Einklang zu bringen“); es handelt sich also bei Art. 85 Abs. 1 und 2 DS-GVO ersichtlich nicht um einen „zusammengesetzten“ Tatbestand mit je unselbständigen Teilen, sondern um zwei in sich geschlossene Ermächtigungen (mit Verpflichtungsgehalt) gegenüber den Mitgliedstaaten.

Nur dieses Verständnis des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO als eigenständiger Öffnungsklausel entspricht auch ihrem konkreten Entstehungsgrund und – allgemeiner – der oben aus der Entstehungsgeschichte hergeleiteten Auslegungsleitlinie: Die Einführung der allgemeinen Abwägungsklausel – zunächst sogar anstelle des Abweichungs- und Ausnahmenvorbehalts im Sinne des Kommissionsvorschlags – durch die Ratspräsidentschaft im Frühjahr 2013 trug, wie oben dargelegt, den Bedenken „vieler Mitgliedstaaten“ Rechnung, die mit dem Enumerationskonzept des Abweichungs- und Ausnahmenvorbehalts das Risiko eines zu schwachen Schutzes der Kommunikationsfreiheit verbanden („many Member States consider that the references to exemptions or derogations from data protection rules in this article may give a false impression that freedom of expression ranks lower than protection of personal data. [...]). Die Abwägungsklausel sollte dieses Risiko ausschalten. Dies ist aber überhaupt nur vorstellbar, wenn sie eine Bedeutung hat, die über den Regelungsinhalt des Abweichungs- und Ausnahmenvorbehalts hinausgeht. Die vom Muster des Art. 9 DSRL abrückende Einführung der Abwägungsklausel in die Bereichsausnahme für die Kommunikationsfreiheit sollte, daran kann kein Zweifel bestehen, deren Stellenwert und Schutz gegenüber dem Anwendungsanspruch des Datenschutzrechts im Vergleich mit der Kommissionsfassung stärken.

Dieses Anliegen kann nicht dadurch entfallen sein, dass später im Zuge der Kompromissuche und Verhandlungen mit den anderen Gesetzgebungsbeteiligten der Abweichungs- und Ausnahmenvorbehalt zusätzlich wieder in die Endfassung aufgenommen worden ist; es wäre sonst nicht erklärbar, weshalb die Abwägungsklausel die Verhandlungen überstanden hat und in die Endfassung eingegangen ist. Daher muss Art. 85 Abs. 1 DS-GVO einen normativen Sinn haben, der nicht ohnehin schon im Kommissionsvorschlag und späteren Art. 85 Abs. 2 DS-GVO aufgeht. Damit unvereinbar ist die hier diskutierte Auffassung, die ersichtlich von dem Bestreben geleitet ist, die Anwendbarkeit des unionalen Datenschutzes möglichst weitgehend zu sichern und die dazu nicht passende Abwägungsklausel des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO möglichst weitgehend in ihrer Wirkung zu neutralisieren. Insofern dieser Ansatz darauf hinausläuft, nur den Abweichungs- und Ausnahmenvorbehalt des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO als „eigentlich“ normativ bedeutsam anzuerkennen, fällt er einseitig auf die Position des Kommissionsvorschlags zurück und ignoriert so die von Parlament und Rat in die Endfassung eingebrachten Erweiterungen im Hinblick auf Tatbestand und Rechtsfolge einer mitgliedstaatlichen Freistellungsbefugnis, wie sie mit der – als eigenständig begriffenen – Abwägungsklausel des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO verbunden sind.

(2) Nicht stichhaltige Begründung der These von der „unechten Öffnungsklausel“

Keiner näheren Betrachtung Stand halten auch die im engeren Sinn juristischen Argumente, die *Kühling/Martini et al.* für die These von der unechten Öffnungsklausel ins Feld geführt haben. Dies gilt für die Überlegungen zur Systematik ebenso wie für den Verweis auf den Erwägungsgrund Nr. 153 und schließlich das teleologische Argument aus dem Regelungszweck der DS-GVO

Aus der „inneren Systematik“ sollen sich zwei Argumente für das reduzierende Verständnis des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO herleiten lassen, zum einen ein „Umkehrschluss aus Art. 85 Abs. 1 DS-GVO“ und zum anderen die Meldepflicht aus Art. 85 Abs. 3 DS-GVO. Mit dem ersten Argument ist offenbar gemeint, dass nicht Abs. 1 eine allgemeine Öffnungsklausel enthalten könne, wenn Abs. 2 eine besondere für (nur) vier spezifische Verarbeitungszwecke enthalte. Was das methodologisch mit einem „Umkehrschluss“ zu tun haben soll, bleibt allerdings unerfindlich, schon gar nicht geht es hier um einen Schluss *aus* Abs. 1, *auf* den ja, wenn überhaupt, zu schließen wäre. In der Sache ist das Argument tautologisch: In welchem Verhältnis beide Vorschriften zueinander stehen, ist schließlich gerade die Frage, und man kann sich, wie schon skizziert, sehr wohl Deutungen vorstellen, die Abs. 1 als eigenständige Öffnungsklausel neben Abs. 2 erklären. Allein aus der Existenz beider Klauseln ergibt sich für eine Bedeutungsreduktion der allgemeinen Klausel auf einen bloßen „Anpassungsauftrag“ in Abs. 1 mithin nichts.

Dass die ganz am Ende der Trilog-Verhandlungen noch durchgesetzte *Mitteilungspflicht* in Abs. 3 in der Tat nur auf mitgliedstaatliche Regelungen nach Abs. 2 verweist, scheint auf den ersten Blick schon eher darauf hindeuten, dass die Mitgliedstaaten nicht auch schon auf der Grundlage von Art. 85 Abs. 1 DS-GVO Freistellungen oder Lockerungen vom Datenschutz regeln können, die ja dann von der Mitteilungspflicht nicht erfasst würden. Allein, stichhaltig ist auch dieses Argument nicht: Die Melderegelung war zwischen den Beteiligten stark umstritten und ist erst gleichsam in letzter Minute noch in die Endfassung aufgenommen worden,⁵⁹ und zwar im Wesentlichen in der Gestalt, die sie schon im Kommissionsentwurf hatte. In dieser Gestalt bezog sich die Mitteilungspflicht aber selbstverständlich nur auf die mitgliedstaatlichen Abweichungs- und Ausnahmeregelungen im Sinne der Freistellungs-Klausel des Kommissionsentwurfs und konnte sich auch nur darauf beziehen, da letzterem die allgemeine Abwägungsklausel des Ratsvorschlages unbekannt war. Die Mitteilungspflicht aus dem Kommissionsvorschlag ist mithin offenkundig immer nur mit Bezug auf den Abweichungs- und Ausnahmenvorbehalt aus dem Kommissionsvorschlag diskutiert worden,⁶⁰ das Verhältnis zu der im Ergebnis der Trilog-Verhandlung hinzugetretenen allgemeinen Abwägungsklausel (nun Abs. 1) dabei aller Wahrscheinlichkeit nach gar nicht in den Blick geraten. Schlüsse auf die Bedeutung und den Regelungsgehalt des neuen Abs.1 der Endfassung können daraus daher nicht gezogen werden.

Auch aus den Sätzen des Erwägungsgrundes Nr. 153 lässt sich für eine Art. 85 Abs.1 DS-GVO marginalisierende Lesart nichts gewinnen, denn in Struktur und Formulierung entsprechen jedenfalls die ersten Sätze nur in etwa den Aussagen des Art. 85 selbst: Hinter dem allgemeinen Abwägungsauftrag an die Mitgliedstaaten (Satz 1 EG Nr. 153), der auf Vorschlag des Rates in den damaligen Erwägungsgrund Nr. 121 der Entwurfsfassung eingeführt worden ist,⁶¹ folgt in Satz 2 die Erwähnung der zweckbezogenen Abweichungs- und Ausnahmenermächtigung. Die „Anreicherung“ der Erwägungsgründe gegenüber dem Kommissionsvorschlag im Gesetzgebungsverfahren spiegelt insofern ziemlich genau die Erweiterung der Vorschrift im Gesetzgebungsverfahren, trägt aber darüber hinaus nichts aus.

⁵⁹ Im Vorschlag der Ratspräsidentschaft v. 27.11.2015 war die Meldepflicht noch nicht enthalten, Dok. Nr. 14481/15, in der finalen Kompromissfassung v. 15.12.2015, Dok. Nr. 15039/15 dann schon (S. 200).

⁶⁰ S. z.B. Council of the European Union, Dok. v. 20. 11.2015, Nr. 14388/15: „The European Parliament insists on a provision obliging Member States to notify those provisions of its law which it has adopted pursuant to Article 80(1)“ – gemeint ist damit entsprechend der Logik der Änderungsvorschläge hier – wie auch sonst immer – die Absatzzählung des Kommissionsvorschlages, hier also der Abweichungs- und Ausnahmenvorbehalt! Bei diesem Zusammenhang von Mitteilungspflicht und Abweichungsvorbehalt ist es bis zum Schluss geblieben.

⁶¹ Council of the European Union, Dok. v. 20.11.2015, Nr. 14319/15, S. 88.

Auch die weiteren Sätze des Erwägungsgrundes Nr. 153 bestätigen diesen Befund: Sie können sogar umgekehrt auch für ein eigenständiges mitgliedstaatliches Regelungsrecht aus Art. 5 Abs. 1 DS-GVO in Anspruch genommen werden: Angesichts der Abfolge der Sätze, in denen das Regelungsmandat der Mitgliedstaaten gleich mehrfach hintereinander, indes in engerer (Satz 5) und weiterer Fassung (Satz 4), angesprochen wird, ließe sich namentlich Satz 4 sogar als Bekräftigung eines sich aus Satz 1 des Erwägungsgrundes, d.h. also Art. 85 Abs. 1 DS-GVO ergebenden allgemeinen Freistellungsrechts der Mitgliedstaaten lesen, während Satz 5 in Verbindung mit Satz 2 und 3 die besonderen Fälle einer Abweichung oder Ausnahme im Sinne der Enumerationsklausel meint. Auch wenn man dem nicht folgt, kann doch jedenfalls von einer Stützung der These von der unechten Öffnungsklausel aus den Erwägungsgründen keine Rede sein.

Auch das Argument des „Regelungszwecks“ der Verordnung überzeugt nicht. Danach dürfe Art. 85 Abs. 1 DS-GVO nicht als eigenständige Öffnungsklausel verstanden werden, weil sonst das „fein ausisellierte [!]“ Regelungssystem des Art. 6 Abs. 1-3 DS-GVO obsolet“ würde. Es ließe sich so „leicht unterwandern“.⁶² Dieser Einwand kann schon deswegen nicht richtig sein, weil Art. 6 DS-GVO als zentrale materiell-rechtliche Regelung der Erlaubnistatbestände im II. Kapitel schon aufgrund des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO für den weiten Bereich der Datenverarbeitung zu journalistischen, künstlerischen, wissenschaftlichen und literarischen Zwecken ausgeschlossen werden kann und in den Medienprivilegien (jedenfalls in Deutschland) für den journalistischen Bereich auf der Grundlage von Art. 9 DSRL auch seit jeher ausgeschlossen worden ist. Der Einwand zielt daher in Wahrheit gar nicht nur und erst gegen Art. 85 Abs. 1 DS-GVO, sondern richtet sich in der Tradition der datenschutzrechtlichen Kritik am angeblich zu weit gehenden Medienprivileg⁶³ gegen die Befugnis zu mitgliedstaatlicher Freistellung durch die unionsrechtliche Bereichsausnahme (also einschließlich Art. 85 Abs.2 DS-GVO) schlechthin. Er setzt sich damit jedoch in Widerspruch zur geltenden unionsrechtlichen Rechtslage. Er bewahrt nicht den Regelungszweck der DS-GVO vor Unterwanderung, sondern verkennt ihn gerade: Der zentrale materiell-datenschutzrechtliche Schutzmechanismus aus präventivem Verbot und Erlaubnistatbeständen gehört zu den wichtigsten und anerkannten Regelungskomplexen, die vom Medienprivileg erfasst sein müssen, weil dieser datenschutzrechtliche Mechanismus zu publizistischer Tätigkeit in ihren konventions- und verfassungsrechtlich gewährleisteten Funktionen für die private und öffentliche Meinungsbildung nicht passt, die Freiheit aus

⁶² Kühling/Martini *et al.*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht. Erste Überlegungen zum innerstaatlichen Regelungsbedarf, 2016, S. 297.

⁶³ Deutlich Buchner/Tinnefeld, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, 2017, Art. 85 Rn. 2, 27, 31.

Art. 10 EMRK, Art. 11 GrCh und Art. 5 Abs. 1 und III GG vielmehr unzumutbar einschränken würde. Die aus Art. 7 DSRL übernommene Fassung der Erlaubnistatbestände in Art. 6 DS-GVO, die überdies verbreitet als unterkomplex und undifferenziert kritisiert wird⁶⁴, deren „Ziselertheit“ daher bestritten werden kann, liefert keinen geeigneten Regelungsrahmen für die Lösung des Güterkonflikts von Persönlichkeitsrechten und Kommunikationsfreiheit. Diese Lösung muss vielmehr im Koordinatensystem und mit den Maßstäben des konventionsrechtlich harmonisierten Äußerungsrechts, nicht des Datenschutzrechts, gefunden werden. Es ist gerade der Sinn und also „Regelungszweck“ der besonderen Bereichsausnahme in Art. 85 DS-GVO, die Kollisionslagen mit der Kommunikationsfreiheit dem Regelungsanspruch der Datenschutz-Grundverordnung zu entziehen, soweit dies – von den Mitgliedstaaten zu beurteilen – erforderlich ist.

Diesem in Art. 85 DS-GVO positiv-rechtlich ausgedrückten Sinn kann kein „Regelungszweck“ der Verordnung entgegengehalten werden: Der Zweck des Art. 85 DS-GVO kann nicht durch den Zweck des Art. 6 DS-GVO, dem erstere Norm gerade derogiert, unterlaufen werden.

Dass Art. 85 Abs. 1 DS-GVO das mitgliedstaatliche Regelungsmandat mit der diesem inhärenten Freistellungsbefugnis nun noch, über den ohnehin schon auf die Wissenschaft ausgeweiteten Bereich des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO hinaus, auch auf andere als journalistische, literarische, künstlerische und wissenschaftliche Kommunikationen erstreckt, führt allerdings zu einer relativen Erweiterung der potentiell freistellungsfähigen Kollisionslagen, also potentiell zu einer weiteren Einschränkung des Geltungsanspruchs der datenschutzrechtlichen Bewältigung des Konflikts von Persönlichkeitsrechten und Kommunikationsfreiheit im nichtöffentlichen Bereich zugunsten anderer, mitgliedstaatlich zu verantwortende Konfliktbewältigungskonzepte (etwa des Äußerungsrechts). Auch darin liegt aber kein „Unterwandern“ des Regelungszwecks der DS-GVO,⁶⁵ sondern eine bewusste Entscheidung des Unionsgesetzgebers, der, entstehungsgeschichtlich wie gezeigt deutlich nachweisbar, den Schutz der Kommunikationsfreiheit vor inadäquaten datenschutzrechtlichen Restriktionen als wichtiges Anliegen erkannt und darum Art. 85 DS-GVO in Abweichung vom Modell der Datenschutzrichtlinie und des Kommissionsvorschlag um eine zusätzliche Öffnungsklausel ergänzt hat. Aus einer an möglichst weitreichender und lückenloser Geltung datenschutzrechtlicher Bindungen interessierten rechtspolitischen Position mag man diese Entscheidung bedauern können. „Die Mitgliedstaaten hätten“

⁶⁴ Schulz, in: Gola, DS-GVO, 2017, Art. 6 Rn. 6: „generalklauselartiger, maximalabstrahierender Ansatz des Art. 6“; s. auch *Roßnagel/Nebel/Richter*, ZD 2015, 455 (460): Unterkomplexität der DS-GVO.

⁶⁵ So aber auch *Buchner/Tinnefeld*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, 2017, Art. 85 Rn. 12: „Einfallstor für eine praktisch grenzenlose Rechtszersplitterung im europäischen Datenschutzrecht“; *Specht*, in: Sydow, DS-GVO, 2017, Artikel 85 Rn. 16.

aber, so die zweifellos informierte Beobachtung von *Albrecht/Janson* „[in den Regelungsbereichen der mitgliedstaatlich regulierten Meinungs-, Presse-, und Informationsfreiheit] keine weitergehenden inhaltlichen Bestimmungen [...] im Rahmen einer verbindlichen gesamteuropäischen Datenschutzgesetzgebung akzeptiert.“⁶⁶

Dass dies den Anwendungsbereich des unionalen Datenschutzrechts im nicht-öffentlichen Bereich⁶⁷ einschränken kann (soweit die Grundrechtsabwägung eine Freistellung rechtfertigt), ist mithin hinzunehmende Konsequenz der Neuregelung, die sich mit der erweiterten Bereichsausnahme Zurückhaltung auferlegt und die Aufgabe des Persönlichkeitsschutzes insoweit anderen Regulierungsmustern (des mitgliedstaatlichen Zivil- und Strafrechts) und Verfahren (vor den Gerichten, nicht bei den [Datenschutz-] Behörden) überlässt. Dass sich diese Zurückhaltung nicht mehr nur auf die Medientätigkeit und überhaupt bestimmte privilegierte Zwecke bezieht, sondern über Art. 85 Abs. 1 DS-GVO auch potentiell alle anderen durch Art. 10 EMRK, Art. 11 GrCh geschützten Kommunikationen einbezieht, soweit die Grundrechtsabwägung einen solchen Schutz fordert, entsprach schon dem Änderungsvorschlag des Europäischen Parlaments (s.o.). Diese Abkoppelung von den spezifischen Zwecken – nun in Art. 85 Abs. 1 DS-GVO – trägt der Einsicht Rechnung, dass sich schutzbedürftige und daher sinnvollerweise nicht datenschutzrechtlichen, sondern äußerungsrechtlichen Maßstäben zu unterwerfende Kommunikation nicht unelastisch auf die „Meinungsfreiheit [nur] der Journalisten, Künstler oder Schriftsteller“ begrenzen lässt,⁶⁸ eine offene Abwägungsklausel diesem Schutzbedürfnis vielmehr besser gerecht wird. Es ist eine nahe liegende, der oben herausgearbeiteten Auslegungslinie entsprechende Folgerung, dass diese Auffassung nun im Rahmen des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO Verwirklichung gefunden hat, wenn auch in anderer Gestalt als im ursprünglichen Änderungsvorschlag des Parlaments.

Dem Regelungszweck der DS-GVO entspricht in Übereinstimmung mit der Entstehungsgeschichte nach alledem keineswegs eine reduzierende, sondern gerade eine „weite Deutung“ des

⁶⁶ *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500 (503);

⁶⁷ Nur um diesen geht es, nur hier können die Kommunikationsgrundrechte überhaupt ihre Schutzwirkung entfalten und ist daher Raum für eine mitgliedstaatliche Freistellung aufgrund der Abwägungsklausel. Soweit die Datenschutz Grundverordnung hoheitliche Datenschutzverarbeitungen regelt, kommt eine Freistellung aufgrund von Art. 85 DS-GVO mithin schlechthin nicht in Betracht und bleibt der Anwendungsanspruch der Verordnung gänzlich unberührt.

⁶⁸ Europäisches Parlament, Ausschuss für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres, Berichterstatter: Jan Philipp Albrecht, Entwurf eines Berichts über den Vorschlag für eine Verordnung des europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung) v. 16.1.2013, Begründung zum Änderungsantrag 324, S. 212.

Art. 85 Abs. 1 DS-GVO als eigenständige Öffnungsklausel mit Ermächtigungsgehalt, eine Deutung, die immerhin sogar auch *Kühling/Martini et.al.* für möglich halten.⁶⁹

b) Art. 85 Abs. 2 DS-GVO als *lex specialis*?

Verdient daher eine Interpretation des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO als eigenständige Öffnungsklausel den Vorzug, ist damit die Frage nach dem systematischen Verhältnis zu Art. 85 Abs. 2 DS-GVO noch nicht abschließend beantwortet. Im Sinne der oben skizzierten Möglichkeiten könnte immerhin ein Konkurrenzverhältnis zwischen beiden Vorschriften im Sinne des Spezialitätsgrundsatzes (*lex specialis derogat legi generali*) vorliegen. Dass Art. 85 Abs. 2 DS-GVO tatbestandlich enger gefasst ist als Abs. 1 und in dessen weiterem Tatbestand aufgeht – Voraussetzung des Vorrangs kraft Spezialität –, ist angesichts der ausdrücklichen beispielhaften Aufzählung der vier qualifizierten Zwecke in Art. 85 Abs. 1 DS-GVO offensichtlich.

Gleichwohl sprechen gegen die Spezialitätsvorstellung durchgreifende Bedenken. Sie würde bedeuten, dass in den Fällen einer Datenverarbeitung zu einem der qualifizierten Zwecke vorrangig (und also ausschließlich) die Regelung des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO zur Anwendung käme und eine auf Art. 85 Abs. 1 DS-GVO mitgliedstaatliche Regelung (verbunden mit der damit einhergehenden Freistellung von den Bindungen der Datenschutz-Grundverordnung) nur in sonstigen Fällen kommunikationsgrundrechtlich geschützter Verarbeitung möglich wäre, also etwa bei publizistischer Tätigkeit, die nicht mehr dem (allerdings ohnehin weiten) Journalismus-Begriff des Art. 85 DS-GVO zuzuordnen ist. Damit würde aber Art. 85 Abs. 1 DS-GVO gerade bei den besonders wichtigen und jedenfalls schutzbedürftigen Verarbeitungen zu journalistischen usw. Zwecken durch Abs. 2 verdrängt. Dies passt schon nicht zu der ausdrücklichen Erwähnung der Datenverarbeitung zu den qualifizierten Zwecken auch in Art. 85 Abs. 1 DS-GVO („einschließlich der Verarbeitung zu journalistischen Zwecken usw.“). Explizit bezieht Art. 85 Abs. 1 DS-GVO den Regelungsauftrag *dieser* Vorschrift (und nicht nur des Abs. 2) auch auf die journalistische, wissenschaftliche, künstlerische oder literarische Datenverarbeitung. Dies wäre nicht verständlich, wären diese Verarbeitungen allein der Abweichungs- und Ausnahmenklausel des Abs. 2 vorbehalten.

Vor allem aber spricht dagegen, dass bei einem solchen Verständnis gerade für die seit jeher geschützten, unabdingbar schutzwürdigen, nicht nur individuell-freiheitsrechtlich, sondern

⁶⁹ *Kühling/Martini et al.*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht. Erste Überlegungen zum innerstaatlichen Regelungsbedarf, 2016, S. 287: „Art. 85 Abs. 1 (ex Art. 80 Abs. 1) DS-GVO lässt sich – jedenfalls bei weiter Deutung – speziell für den Konflikt zwischen der grundrechtlich geschützten Informationsfreiheit und dem Persönlichkeitsschutz aber als spezialgesetzliche Öffnungsklausel im Verhältnis zu Art. 6 DS GVO verstehen.“

auch demokratisch-funktional besonders wichtigen Tätigkeiten der Medien (und in den anderen qualifizierten Bereichen) der unionsrechtlich engere, enumerativ gefasste Rechtsfolgen-Rahmen des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO eingriffe, während die Mitgliedstaaten bei den weiteren, nur von Art. 85 Abs. 1 DS-GVO erfassten Verarbeitungen keinen spezifischen unionsrechtlichen Begrenzungen unterlägen, ihre rechtliche Regelung der Grundrechtskollision vielmehr nur an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebunden wäre. Kurz gefasst: Die Mitgliedstaaten stünden unionsrechtlich bei den nur zusätzlich und ergänzend in ihren Regelungsauftrag eingeführten Tätigkeiten freier als im Kernbereich des Medienprivilegs.

Das kann nicht überzeugen. Gäbe es keine andere Möglichkeit, dieses widersinnige Ergebnis zu vermeiden als diejenige, doch der Abwägungsklausel des Art. 85 Abs.1 DS-GVO eigene Normativität (s.o.) abzuspreehen, erschiene diese Deutung ungeachtet aller vorstehend aufgeführten Einwände gegen eine solche Reduktion der Vorschrift auf eine bloß deklaratorische Bekräftigung des ohnehin Selbstverständlichen („Anpassungsauftrag“, Bindung an Grundrechte) wohl doch unausweichlich.

Dies ist aber nicht der Fall: Art. 85 Abs. 1 DS-GVO lässt sich als eigener konstitutiver Regelungsauftrag und Freistellungsermächtigung *neben* Art. 85 Abs. 2 DS-GVO verstehen, ohne in die unhaltbare Deutung eines Anwendungsvorrangs des Abs. 2 kraft Spezialität zu geraten.

c) Nur deklaratorisch-veranschaulichende Bedeutung des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO?

Allerdings kann dies nicht in der Weise geschehen, dass umgekehrt der Regelungsgehalt des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO negiert und diese Vorschrift als bloß veranschaulichende Bekräftigung der schon in Art. 85 Abs. 1 DS-GVO normierten Öffnungsklausel für die Fälle der auf die vier qualifizierten Zwecke gerichteten Verarbeitung begriffen wird. Auch wenn Art. 85 Abs. 1 DS-GVO aus den vorstehend dargestellten Gründen selbst konstitutive Öffnungsklausel ist und zudem mit seinem (insoweit nicht verdrängten) Regelungsgehalt auch die Ermächtigung an die Mitgliedstaaten im Hinblick auf die regulatorische Bewältigung von Verarbeitungen zu journalistischen, wissenschaftlichen, künstlerischen und literarischen Zwecken umfasst, muss doch daneben auch Art. 85 Abs. 2 DS-GVO eine eigene rechtliche Bedeutung haben. Anders wäre nicht verständlich, dass diese schon aus den Kommissionsvorschlag stammende Öffnungsklausel im Gesetzgebungsverfahren beibehalten, insbesondere auch wieder in den Vorschlag des

Rates aufgenommen worden ist, nachdem sie hier zunächst durch die allgemeine Abwägungsklausel ersetzt worden war.

Auch Art. 85 Abs. 2 DS-GVO muss im Sinn der hier zugrunde gelegten Auslegungsleitlinie interpretatorisch zu praktischer Wirksamkeit gebracht werden. Dafür spricht auch die Kontinuität zur Vorgängerregelung in Art. 9 DSRL, welche schließlich in der Richtlinie allein die Funktion der Öffnungsklausel für den Bereich der Kommunikationsfreiheit übernommen hat. Es kann nicht angenommen werden, dass die zwar leicht modifizierte, aber in Struktur und Regelungskern übereinstimmende Nachfolgeregelung nun die damit bisher verbundene Bedeutung als Regelungsverpflichtung der Mitgliedstaaten verloren hätte.

d) Vorzugswürdige Interpretation: generelle Öffnungsklausel mit Mindestgarantie in Abs. 2
Von diesen Ausgangspunkten aus bietet sich als bestmögliche Erklärung der Regelungssystematik des Art. 85 DS-GVO folgende Deutung an: Art. 85 Abs. 1 DS-GVO ist nach (allgemeiner) Formulierung, systematischer Stellung (vor Abs. 2) und tatbestandlicher Weite (die über die Öffnungsklausel des Abs. 2 hinausgeht) generalklauselartige Basisnorm mit dem normativen Gehalt einer Regelungsverpflichtung der Mitgliedstaaten, die – wie gezeigt notwendig – zugleich mit einer Ermächtigung zur Freistellung von kommunikationsfreiheitsrechtlich geschützten Datenverarbeitungen von den Bindungen der Datenschutz-Grundverordnung verbunden ist, soweit die grundrechtliche Abwägung dies erfordert. Art. 85 Abs. 2 DS-GVO ist demgegenüber eine nach Tatbestand und Rechtsfolgen spezifischer und enger gefasste Öffnungsklausel, die in der Tradition des Art. 9 DSRL die besonders schutzbedürftigen Situationen kommunikativer Betätigung erfasst, welche typischerweise einer Freistellung von den datenschutzrechtlichen Bindungen bedürfen, und diese Sachverhalte in der Rechtsfolge mit den *jedenfalls* bei der mitgliedstaatlichen Freistellungsentscheidung zu berücksichtigenden Vorschriften der DS-GVO verknüpft.

Art. 85 Abs. 2 DS-GVO übernimmt also weiterhin, in Regelungskontinuität zum bisherigen Recht, die hauptsächliche Funktion der datenschutzrechtlichen Bereichsausnahme für die Kommunikationsfreiheit. Er schreibt offenkundig den – tatbestandlich noch weiter entwickelten – Stand der Bereichsausnahme nach der Datenschutzrichtlinie fort.

Die entstehungsgeschichtlich nachweisbare Wieder-Aufnahme des Abweichungs- und Ausnahmenvorbehalts in die – nun beide Konzepte der Kommissionsvorschlags und des Vorschlags der Ratspräsidentschaft 2013 kombinierende – endgültige Fassung des Art. 85 DS-GVO lässt sich daher so verstehen, dass damit jedenfalls der bisher in Art. 9 DSRL erreichte Rechtszustand

des unionsrechtlichen Kommunikationsfreiheits-„Privilegs“ erhalten werden sollte: Die Ersetzung allein durch die konturenschwächere allgemeine Abwägungsklausel hätte immerhin von interessierter Seite auch (wenn auch entgegen der ihre Einführung im Gesetzgebungsverfahren tragenden Intention) als Argument für eine interpretative Einschränkung der Freistellungsermächtigung der Mitgliedstaaten aufgegriffen werden können; schließlich ist die weitgehende Freistellung von datenschutzrechtlichen Maßstäben aufgrund des Abweichungs- und Ausnahmenvorbehalts etwa durch § 41 BDSG a.F. schon im bisherigen Recht bekanntlich auf Kritik im datenschutzrechtlichen Schrifttum gestoßen. Die Beibehaltung der ausdrücklichen Aufzählung ausnahmefähiger Kapitel im Art. 85 Abs. 2 DS-GVO, die fast alle – und mit der noch zu behandelnden Ausnahme des Kapitel VIII alle wesentlichen – Kapitel der Verordnung umfasst, bedeutet insofern zunächst einmal ein Bekenntnis des Unionsgesetzgebers zu einer sehr umfassenden, grundsätzlich das gesamte Datenschutzrecht ergreifenden Bereichsausnahme. Art. 85 Abs. 2 DS-GVO ist daher nicht etwa Einschränkung, sondern Bekräftigung der Bedeutung und Schutzwürdigkeit der grundrechtlichen Kommunikationsfreiheit. Er beschreibt, gleichsam als Kernbereich dieser Bereichsausnahme, die schon nach bisherigen Recht anerkannten Fälle jedenfalls für eine Freistellung mitgliedstaatlich in Betracht zu nehmender Datenverarbeitungszwecke, nun erweitert noch um die Wissenschaftskommunikation. Dieser Kernbereich bildet den unionsrechtlich gesicherten und daher besonders hervorgehobenen Mindeststandard einer Freistellung besonders wichtiger Fälle der Kommunikationsfreiheit. Insofern diese Verarbeitungen zu den vier qualifizierten Zwecken nach wie vor die wichtigsten und auch quantitativ weitreichenden Felder einer Kommunikation abdeckt, die zum Schutz ihrer Freiheit und Funktion gegenüber dem Geltungsanspruch des Datenschutzrechts im Rahmen des Erforderlichen abgeschirmt werden müssen, kommt der Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO weiterhin auch praktischer Vorrang gegenüber der Basisnorm des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO zu.

Er schließt aber aus den dargelegten Gründen letztere nicht im Sinne des Spezialitätsgrundsatzes aus: Der Regelungsauftrag des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO wirkt konstitutiv dort, wo die enger gefasste Verpflichtung des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO nicht greift, und zwar im Hinblick auf die tatbestandlich erfassten grundrechtlich geschützten Datenverarbeitungen ebenso wie hinsichtlich der Reichweite der Freistellung. Auch letztere wird hier offen gehalten, insbesondere nicht auf die enumerativ aufgeführten Kapitel der DS-GVO beschränkt. Im Zusammenwirken beider Öffnungsklauseln ist auf Art. 85 Abs. 1 DS-GVO mithin nur, aber immerhin dort zurückzugreifen, wo und soweit die grundrechtliche Abwägung eine Freistellung erfordert, die noch nicht von Art. 85 Abs. 2 DS-GVO erfasst ist.

Angesichts des sowieso schon breiten Wirkungsfeldes des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO kann es sich dabei freilich nur um eine Ergänzung handeln, die den Schutz der Kommunikationsfreiheit vervollständigt in Fällen, die in ihrer Schutzwürdigkeit denjenigen des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO gleichkommen, dort aber nicht genannt sind.⁷⁰ Es ist mit diesem Verständnis daher auch keineswegs die Gefahr einer uferlosen Ausweitung der Bereichsausnahme im Sinne eines umfassenden „Meinungsfreiheitsprivilegs“ zulasten des Datenschutzes verbunden.⁷¹ Die Freistellung ist – wie bei Art. 85 Abs. 2 DS-GVO – nur, aber immerhin dort möglich, dann aber auch obligatorisch, wo der grundrechtliche Schutz der Kommunikation eine solche Freistellung vom datenschutzrechtlichen Persönlichkeitsschutz fordert.

Diese Freistellung ist, um diesen wichtigen Gesichtspunkt noch einmal zu betonen, auch nicht gleichbedeutend mit einem Zurücktreten des Persönlichkeitsschutzes, mit einem pauschalen Vorrang der Kommunikationsfreiheit vor dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht. Die Anerkennung des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO als eigenständige, auch über Art. 85 Abs. 2 DS-GVO hinausführende Öffnungsklausel führt also nicht zu einer unannehmbaren Hintanstellung des Integritätsschutzes der Person (Art. 8 EMRK, Art. 7 GrCh, Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG). Art. 85 Abs. 1 DS-GVO gestattet und fordert nur, um der Kommunikationsfreiheit willen, die Freistellung vom spezifisch *datenschutzrechtlichen*, d.h. abstrakt schon im Vorfeld konkreter Gefahren jede Verarbeitung personenbezogener Daten erfassenden Persönlichkeitsschutz. Der klassische, zivil-, straf- und (bei den elektronischen Medien) ordnungsrechtliche Schutz des Persönlichkeitsrechts nach mitgliedstaatlichem Recht bleibt davon unberührt. Die Formulierung in Art. 85 Abs. 1 DS-GVO macht dies mit ihrer Beschränkung auf das Schutzgut des „Rechts auf den Schutz personenbezogener Daten gemäß dieser Verordnung“ auch textlich deutlich: Die datenschutzrechtliche Öffnungsklausel betrifft eben nur den (unionsrechtlichen) Datenschutz und *dessen* Zurücktreten gegenüber der Kommunikationsfreiheit, nicht die ohnehin in mitgliedstaatlich-grundrechtlicher Verantwortung liegende Abwägung von Kommunika-

⁷⁰ Für dieses Verständnis der Regelungssystematik finden sich im Kommunikationsrecht durchaus Parallelen: Bei aller inhaltlichen Verschiedenheit lässt sich so doch eine strukturelle Vergleichbarkeit mit der inzwischen auch obergerichtlich anerkannten herrschenden Interpretation des § 26 RStV (medienrechtliche Konzentrationskontrolle) erkennen: Auch hier fungiert die Generalklausel des § 26 Abs. 1 RStV als Auffangtatbestand für Fälle vorherrschender Meinungsmacht, die nicht von den Regelbeispielen mit Leitbildcharakter des Art. 26 Abs. 2 RStV erfasst sind, s. nur BVerwGE 138, 186, Rn. 31 ff.; 149, 52, Rn. 29; *Cornils*, Medienkonzentrationsrechtliche Entwicklungen in Bezug auf die Veranstaltung bundesweiten Fernsehens. in: Hohlfeld, Ralf/ Müller-Terpitz, Ralf (Hrsg.): Medienkonzentrationskontrolle – Quo vadis?, 2011, S. 25 ff.

⁷¹ Unbegründet daher die Sorge von *Buchner/Tinnefeld*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, 2017, Art. 85 Rn. 12, es drohe bei Anerkennung des Art. 85 Abs. 1 als tatbestandserweiternde Öffnungsklausel eine „praktisch grenzenlose Rechtszersplitterung im europäischen Datenschutzrecht, welche das zentrale Ziel der DS-GVO, die Schaffung eines einheitlichen Datenschutzniveaus in der EU, ad absurdum führen würde.“

tionsfreiheit und Persönlichkeitsrechten schlechthin. Sie verweist daher tatsächlich nur auf einen Teil der umfassenderen, das Persönlichkeitsrecht insgesamt einschließenden Grundrechtsabwägung im Recht der Mitgliedstaaten, mithin auf die Frage, ob zum Schutz der Kommunikationsfreiheit gerade von der Anwendung des Datenschutzrechts abgesehen werden muss. Bei der Beantwortung dieser Frage ist aber von den mitgliedstaatlichen Normgebern selbstverständlich auch der sonstige Schutz des Persönlichkeitsrechts mit zu berücksichtigen: Die Mitgliedstaaten können von dem datenschutzrechtlichen Vorfeldschutz gerade auch darum dispensieren, weil sie einen wirksamen zivil- und strafrechtlichen Schutz vor Persönlichkeitsverletzungen durch die Presse, andere Medien oder Einzelpersonen sicherzustellen haben. Vice versa kann das in horizontal-privatrechtlichen Verhältnissen (d.h. im nichtöffentlichen Bereich) ohnehin grundrechtlich weniger wirkmächtige Datenschutzrecht⁷² seine Anwendbarkeit im Bereich schutzbedürftiger Kommunikationsfreiheit zurücknehmen, weil es auf den im Übrigen wirksamen mitgliedstaatlichen Schutz des Persönlichkeitsrechts vertrauen darf.

Die allgemeine Öffnungsklausel schließt daher eventuelle Lücken im Schutzkonzept der enumerativ formulierten Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO. Diese Lücken können – tatbestandlich – bei Kommunikationen auftreten, die sich nicht einem der qualifizierten Zwecke zuordnen lassen (also nicht journalistisch usw. sind), aber doch vergleichbare grundrechtliche Schutzbedürftigkeit aufweisen. Die lückenschließende Bedeutung kommt aber auch in Betracht, soweit sich das starre Enumerationskonzept der Verweisung auf bestimmte ausnahmefähige Kapitel in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO als sachwidrig zu eng erweist.

Art. 85 Abs. 1 DS-GVO flexibilisiert mithin, darin besteht sein Sinn und seine Funktion, die unionsrechtliche Bereichsausnahme entsprechend den grundrechtlichen Anforderungen der Kommunikationsfreiheit. Seine Öffnungsklausel gibt den Mitgliedstaaten zusätzliche Freistellungsoptionen über den starren (wenngleich schon weiten) Rahmen des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO hinaus, soweit dies grundrechtlich geboten ist.

IV. Kapitel VIII und Art. 85

Diese Funktion des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO ist offenkundig auch für die in dieser Untersuchung zu erörternde spezifische Frage des zwingenden oder abdingbaren Charakters der Vorschriften des VIII. Kapitels der DS-GVO von zentraler Bedeutung: Ermächtigt Art. 85 Abs. 1 DS-GV die Mitgliedstaaten wie gezeigt auch dazu, über die schon in Art. 85 Abs. 2 S-GVO genannten Freistellungsoptionen hinaus von weiteren Bindungen der DS-GVO zu dispensieren, so betrifft

⁷² Eingehend dazu *Bäcker*, Grundrechtlicher Informationsschutz gegen Private, Der Staat 51 (2012), 91 ff.

diese Möglichkeit gerade auch Vorschriften des VIII. Kapitels, das in Abs. 2 nicht aufgeführt ist. Tatsächlich können sich die Mitgliedstaaten für die Aufrechterhaltung ihrer Medienprivilegien auf diese Vorschrift stützen, soweit in den Privilegien Überwachungsbefugnisse der Datenschutzbehörden ausgeschlossen werden, diese aber im nicht schon nach Art. 85 Abs. 2 DS-GVO ausschließbaren VIII. Kapitel der DS-GVO nunmehr vorausgesetzt werden (2.).

Allerdings bedarf auch Art. 85 Abs. 2 DS-GVO – logisch vorrangig (s.o.) – insofern noch einer genaueren Betrachtung (1.): Wie schon eingangs bemerkt führen die systematische Verlagerung der Vorschrift über das Beschwerderecht bei der Aufsichtsbehörde (Art. 77) sowie über den Rechtsbehelf gegen die Aufsichtsbehörde (Art. 78) in das Kapitel über Rechtsbehelfe, Haftung und Sanktionen (nunmehr Kap. VIII DS-GVO) sowie schließlich die Einfügung der Regelung über die Bußgeldsanktion (Art. 83) in dasselbe Kapitel dazu, dass nunmehr die entsprechenden Aufsichtsbefugnisse der Datenschutzbehörden scheinbar nicht mehr kraft Art. 85 Abs. 2 DS-GVO in den Bereichsausnahmen der Mitgliedstaaten zugunsten der Medien und anderer Kommunikatoren ausgeschlossen werden dürfen. Dieses Verständnis entspricht dem starren Enumerationsprinzip des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO, bedeutet aber, dass der Abweichungs- und Ausnahmenvorbehalt nach der Verordnung gegenständlich enger ist als derjenige in der Vorgängernorm des Art. 9 DSRL. Nach dieser Vorschrift konnte die behördliche Datenschutzaufsicht vollständig, auch im Hinblick auf die jetzt in das Kapitel VIII verschobenen Regelungen, in den mitgliedstaatlichen Privilegien ausgeschlossen werden. Angesichts des wie dargelegt deutlich erkennbaren Konzepts des Unionsgesetzgebers, den bisherigen Rechtszustand hinsichtlich der Bereichsausnahme nicht nur zu erhalten, sondern in der Reichweite der Privilegierung sogar zu erweitern, erscheint dieses Ergebnis indes derart ungereimt, dass sich die Frage stellt, ob schon Art. 85 Abs. 2 DS-GVO wirklich in diesem Sinne verstanden werden muss.

1. Problematik der textfixierten Auslegung des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO

Die auf die textliche Formulierung in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO fixierte Interpretation, die aus dieser Formulierung auf die zwingende Anwendbarkeit aller Bestimmungen des Kapitels VIII der Verordnung auch für die Tätigkeit der Medien schließt, namentlich von Art. 77 f. DS-GVO, führt, wie schon eingangs angedeutet, zu bedenklichen Folgeproblemen:

a) Gegenargument aus Art. 85 Abs. 2 i.V.m. Kapitel VI DS-GVO

So macht die isolierte Anwendung einzelner Vorschriften mit Bezug zur Datenschutzaufsicht im journalistischen Bereich ersichtlich keinen Sinn, wenn die Anwendbarkeit der institutionellen Vorschriften über die Datenschutzaufsicht (Kapitel VI DS-GVO, wie schon Kapitel VI DSRL) nach wie vor gem. der Auflistung in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO von den Mitgliedstaaten

ausgeschlossen werden darf. Eine Zuständigkeit der Datenschutzaufsicht ist ohne entsprechende Aufgabenzuweisungen und Handlungsbefugnisse nicht denkbar. Das gilt auch für die Befassungspflicht, die aus dem petitionsähnlichen Beschwerderecht gemäß Art. 77 DS-GVO folgt: Das Beschwerderecht nach Art. 77 DS-GVO ist notwendig mit einer Pflicht der Behörde verbunden, „den Gegenstand der Beschwerde nach pflichtgemäßem Ermessen in angemessenem Umfang zu untersuchen“; damit müssen ferner auch die in der Datenschutz-Grundverordnung vorgesehenen Maßnahmenbefugnisse verbunden sein.⁷³ Die dafür erforderlichen Kompetenzen sind jedoch in Kapitel VI vorgesehen (Art. 57 f. DS-GVO). Dieses Kapitel wird aber von der Privilegierungsreichweite der Öffnungsklausel erfasst, kann daher von den Mitgliedstaaten zum Schutz der Medienfreiheit ausgeschlossen werden und ist bisher durch die Gesetzgebung in Deutschland kategorisch für die Presse, in der Sache aber auch für die elektronischen Medien (§ 59 Abs. 1 Satz 3 RStV) ausgeschlossen worden. Bleibt es künftig bei diesem Ausschluss und haben die Datenschutzbehörden also unionsrechtlich zulässigerweise weiterhin keine Befugnisse im Bereich journalistischer Tätigkeit, können sie ihrer angeblichen Pflicht, Beschwerden gem. Art. 77 DS-GVO nachzugehen, gar nicht genügen. Nur so kann man aber die vorliegenden Entwürfe von Anpassungen der deutschen Medienprivilegien an das neue Datenschutzrecht verstehen, auch denjenigen der Rundfunkkommission v. 2. Juni 2017: Das Kapitel VI DS-GVO wird in keinem dieser Vorschläge als anwendbar benannt, d. h. es wird also seine Anwendbarkeit in Ausschöpfung des Vorbehalts des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO ausgeschlossen. Die Datenschutzbehörden sollen danach also (weiterhin) keine Befugnisse gegenüber den Redaktionen in Rundfunk, Presse und Telemedien erhalten. Dieser Befund wird künftig sogar noch eindeutiger sein als bisher unter der Geltung der Richtlinie, weil sich die Aufgaben und Befugnisse der mitgliedstaatlichen Datenschutzaufsichtsbehörden im Hinblick auf die Überwachung und Durchsetzung der Vorgaben der DS-GVO dann unmittelbar aus Art. 57 f. DS-GVO ergeben werden, nicht mehr aus mitgliedstaatlichen Kompetenznormen.⁷⁴ Bei den hier in Rede stehenden Bestimmungen des VIII. Kapitels geht es aber gerade um solche der DS-GVO, daher bei den in ihnen vorausgesetzten Aufgaben und Befugnissen der Datenschutzaufsichtsbehörden auch notwendig um solche des VI. Kapitels der DS-GVO, nicht etwa um ergänzende zusätzliche Befugnisse aus mitgliedstaatlichem Recht (etwa – für den Bundesbeauftragten: § 14 BDSG 2017). Die Anwendbarkeit der aufsichtsbezogenen Vorschriften des VIII. Kapitels lässt sich mithin nicht isoliert ohne die Anwendbarkeit der *Aufsichtsregeln* des

⁷³ Pötters/Werkmeister, in: Gola, DS-GVO, 2017, Art. 77 Rn. 6

⁷⁴ S. § 14 Abs. 1 BDSG 2017: „Die oder der Bundesbeauftragte hat *neben den in der Verordnung (EU) 2016/679 genannten Aufgaben* die Aufgaben, 1. die Anwendung *dieses Gesetzes und sonstiger Vorschriften* über den Datenschutz, einschließlich der zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 erlassenen Rechtsvorschriften, zu überwachen und durchzusetzen [...]“; Hervorh. M.C.

VI. Kapitels anordnen, eine Konsequenz, die der Entwurf der Rundfunkkommission v. 2. Juni 2017 indes nicht gezogen hat und die das Medienprivileg auch, unionsrechtlich keinesfalls geboten und rechtspolitisch kaum gewollt, offensichtlich hinter den bisherigen aquis zurückwerfen würde. Auch Erwägungsgrund Nr. 153 bezieht die von den Mitgliedstaaten zu erlassenden Abweichungen und Ausnahmen ausdrücklich auch auf die „unabhängigen Aufsichtsbehörden“. Damit erscheint nicht vereinbar, dass über den Hebel des – angeblich unmittelbar anwendbaren – Art. 77 DS-GVO doch eine unionsrechtlich zwingende, von den Mitgliedstaaten nicht abdingbare Aufsichtszuständigkeit der Datenschutzbehörden bestehen soll.

Die Anwendbarkeit einzelner Vorschriften über die Behördenaufsicht und nur deswegen, weil sie sich heute im von der Liste des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO nicht erfassten Rechtsschutz- und Sanktionskapitel der DS-GVO befinden, ist mithin systematisch unschlüssig und inhaltlich unplausibel. Dass die Freistellungsbefugnis der Mitgliedstaaten gerade auch die Regelungen der DS-GVO über die Aufsichtsbehörden und ihre Befugnisse einschließen muss, und zwar vollständig, wird dementsprechend in der Kommentarliteratur klar ausgesprochen: „Insb. kann die Aufsicht der Datenschutzbehörden ausgeschlossen werden. Der publizistische und künstlerische Bereich verträgt sich grundsätzlich nicht mit einer staatlichen Aufsicht, auch und erst recht, wenn diese ‚völlig unabhängig‘ (Art. 52 EU-DatSchGrVO) ist.“⁷⁵

b) Unplausibilität der scheinbar unabdingbaren Bindung gerade an Art. 77, 78, 83 DS-GVO
Die angebliche unbedingte Bindung der Mitgliedstaaten an die in das Rechtsschutz- und Sanktionskapitel VIII hineingekommenen Vorschriften mit Bezug zur Behördenaufsicht macht inhaltlich auch noch aus einem anderen Grund keinen Sinn: Die Rechtsbehelfe und Sanktionen (auch der Schadensersatz!) können sich schließlich nur auf die Verletzung materiell datenschutzrechtlicher Pflichten beziehen, die aber selbst gerade nicht zwingend vorgeschrieben sind. An die Regelungen des Kapitels VIII könnten die Mitgliedstaaten ohnehin nur insofern gebunden sein, als überhaupt noch materiell-rechtliche Maßstäbe des Datenschutzrechts mitgliedstaatlich für anwendbar erklärt werden. Der *datenschutzrechtliche* Rechtsschutz und Schadensersatz ist daher jedenfalls ausgeschlossen, soweit die Mitgliedstaaten die materiell datenschutzrechtlichen Maßstäbe unionsrechtlich zulässigerweise abbedungen haben. Kapitel VIII kann im Hinblick auf den tatbestandlichen Anwendungsbereich des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO mithin sowieso nur insoweit zum Tragen kommen, als die Mitgliedstaaten überhaupt noch Raum für die Anwendung der Anforderungen der Kapitel II ff. DS-GVO gelassen haben.

⁷⁵ Von Lewinski, in: Auernhammer, DS-GVO/BDSG, 5. Aufl. 2017, Art. 85 Rn. 16.

Wenn die Mitgliedstaaten aber nach Art. 85 Abs. 2 DS-GVO, sogar noch weiter gehend als schon nach Art. 9 DSRL, berechtigt sind, den gesamten materiellen Datenschutz in der Reichweite der Bereichsausnahme auszuschließen (auch Regelungen über die Datensicherheit, Art. 5 Abs. 1 Buchst. f DS-GVO, nicht mehr zwingend erforderlich!, s.o.), ist nicht nachzuvollziehen, weshalb ausgerechnet die darauf doch bezogenen Rechtsbehelfe der Art. 77 f. und die Bußgeldbewehrung jeder mitgliedstaatlichen Disposition entzogen sein sollen. Es liegt fern, dass der Unionsgesetzgeber nun ausgerechnet für die grundrechtlich und rechtskulturell besonders heikle Frage der behördlichen Aufsicht über die Medien einen Kurswechsel vorgenommen haben soll also und nur hier nun kraft Verordnungsrechts unmittelbare Zuständigkeitsbegründungen gelten sollen. Die in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO ausgeklammerten Regelungen des VIII. Kapitels können jedenfalls nicht wichtiger sein als der materielle Datenschutz der DS-GVO selbst.

Aus der Perspektive des Medien- und Kommunikationsrechts würde die Anerkennung einer unabdingbaren Pflicht zur Anwendung der Art. 77f. und Art. 83 DS-GVO hingegen einen einschneidenden Bruch mit den gefestigten Traditionen dieser Teilrechtsordnungen bedeuten. Besonders gilt dies für das moderne Presserecht, das eine Verwaltungsaufsicht über die Presse nicht kennt (mit ihrerseits stark eingeschränkten Ausnahmen hinsichtlich der staatsanwaltlichen Ermittlungen im Strafverfahren und polizeilicher Befugnisse außerhalb des Kernbereichs der Inhaltskontrolle von Presseerzeugnissen⁷⁶). Die Annahme, das Unionsrecht, welches in Rechtsetzung und EuGH-Rechtsprechung die unionsgrundrechtliche (!) Freistellungsbedürftigkeit publizistischer Berichterstattung und Meinungsäußerung vom Datenschutz stets und bis heute anerkannt hat, erstrecke nun selbst mit der DS-GVO erstmals zwingend die Zuständigkeit staatlicher Aufsichtsbehörden auf die Medien, ist kaum vorstellbar.

c) Vorbehalte gegen eine Behördenaufsicht der Medien im Gesetzgebungsverfahren

Gegen eine solche Vorstellung spricht auch wiederum die Entstehungsgeschichte: Wie oben schon bemerkt, ist die Nichtaufnahme des Kapitel VIII in die Liste der ausnahmefähigen Kapitel in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO als sowohl im Rat als auch im Parlament als Problem erfasst und daher insoweit Abhilfe in Änderungsvorschlägen formuliert worden. Während die Mitgliedstaaten Deutschland, Frankreich, Belgien, Irland, Schweden im Rat die Aufnahme des gesamten Kapitels VIII in die Liste forderten, beschränkten sich die beiden beteiligten Ausschüsse des Europäischen Parlaments (Ausschuss für Industrie, Forschung und Energie, Rechtsausschuss)

⁷⁶ BVerwGE 143, 74; *Cornils*, in: Löffler, Presserecht, 6. Aufl. 2015, LPG § 1 Rn. 29 ff.

in ihren Stellungnahmen spezifischer auf den Vorschlag, aus diesem Kapitel nur die Bestimmungen der Art. 73, 74, 76 und 79 der Entwurfsfassung (entspr. Art. 77, 78, 80 und 83 DS-GVO) aufzunehmen.

Gerade diese Beschränkung auf die genannten Bestimmungen, die sämtlich Aufsichtsbefugnisse der Datenschutzbehörden voraussetzen, ist bemerkenswert; gleiches gilt für die dokumentierte Stellungnahme der Ratspräsidentschaft zum Änderungsvorschlag der fünf Mitgliedstaaten im Rat im Hinblick auf die Aufnahme des VIII. Kapitels:

Erstens wird hier deutlich, dass im Gesetzgebungsverfahren in der Anwendbarkeit jedenfalls dieser Vorschriften des VIII. Kapitels über die Behördenaufsicht ein mit der ratio des Art. 85 DS-GVO unvereinbarer Rückschritt hinter den Stand des Art. 9 DSRL erkannt worden ist, zudem ein Rückschritt, der eine „ernsthafte Bedrohung der Pressefreiheit“ bedeuten würde:

„[...] If data protection law applies directly, the freedom of the press exception must also be directly applicable. An implementation by Member States should not lower down the current level of protection. Furthermore, the exemption should be extended to Articles 73, 74, 76 and 79 of Chapter VIII (on Remedies, Liabilities and Sanctions) because these Articles include new elements which go far beyond what is foreseen in the current directive and are not suitable for journalistic activities or pose a serious threat to press freedom.“⁷⁷

Es ist, wie schon angemerkt, wenig überzeugend anzunehmen, dass diese schwerwiegenden Bedenken im Parlament und von wichtigen Mitgliedstaaten gegen einen – zu Geist und Formulierung des Art. 85 DS-GVO im Übrigen überhaupt nicht passenden – Rückbau des unionsrechtlichen Medienprivilegs im Verhältnis zur Vorgängerregelung im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens einfach aufgegeben worden sind. Viel näher liegt die Vermutung, dass die Beteiligten im Gesetzgebungsverfahren davon ausgegangen sind, dass diesen Bedenken in der Endfassung des Art. 85 DS-GVO Rechnung getragen werde, die neu gefasste Bereichsausnahme also jedenfalls nicht hinter Art. 9 DSRL zurückfalle und insbesondere nicht die präzedenzlose zwingende Anordnung von Vorschriften über die Behördenaufsicht vorsehe. Dieser Erwartung lässt sich jedenfalls mit dem hier herausgearbeiteten und begründeten Verständnis des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO als eigenständiger Öffnungsklausel gerecht werden: Jedenfalls auf Art. 85 Abs. 1 DS-GVO lässt sich die schon bisher, unter der Freistellungsermächtigung der Richtlinie, unionsrechtlich zulässige Freistellung der Medien von der Behördenaufsicht auch

⁷⁷ Begründung zum Änderungsantrag 399 des Ausschusses für Industrie, Forschung und Energie, in: Bericht des Europäischen Parlaments über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Warenverkehr (allgemeine Datenschutzverordnung) v. 21.11.2013, A7-0402/2013, S. 455; diejenige des Rechtsausschusses (S. 710) ist gleichlautend.

künftig stützen (s. u. sub 2.): Das, was bisher unionsrechtlich zweifelsfrei und unangefochten möglich war, nämlich der Vorrang medienrechtlicher Konfliktentscheidungsmechanismen gegenüber dem institutionellen Datenschutz, ist auch weiterhin unionsrechtlich möglich.

Die angesprochenen entstehungsgeschichtlichen Hinweise deuten aber – *zweitens* – auch noch auf eine andere Möglichkeit, die den Rückgriff auf die ergänzende Basis-Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO sogar entbehrlich macht: Danach liegt schon eine einschränkende Auslegung des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO nahe, die zwar nicht das gesamte VIII. Kapitel, wohl aber die in den Beratungen des Parlaments ausdrücklich angesprochenen Vorschriften mit Bezug zur Behördenaufsicht als ausschussfähig anerkennt. In diesem Sinne lässt sich vor allem auch die Stellungnahme der Ratspräsidentschaft zum Begehren der fünf Mitgliedstaaten, das VIII. Kapitel doch in die Liste der ausnahmefähigen Kapitel aufzunehmen, verstehen:

„BE, DE, FR, IE and SE had requested to include also a reference to Chapter VIII. This was opposed to by COM. The Presidency points out that in case the freedom of expression prevails over the right to data protection, there will obviously no infringement to sanction. Where an infringement is found to have place, the interference with the freedom of expression will have to taken into account as an element in the determination of the sanction. This application of the proportionality principle should be reflected in Chapter VIII.“⁷⁸

Daraus wird zunächst erkennbar, dass sich die Kommission dem Ansinnen, das VIII. Kapitel aufzunehmen, widersetzt hat. Dieser Widerstand verwundert indes nicht: Der Kommission ging es offensichtlich darum, mit der Neufassung der Öffnungsklausel keine Einbußen gegenüber dem Stand der Anwendbarkeit des unionsrechtlichen Datenschutzrechts hinzunehmen, wie er schon in Art. 9 DSRL erreicht war. Dies wäre aber bei einer Aufnahme des VIII. Kapitels in die Enumeration der Fall gewesen, da das entsprechende Kapitel III der DSRL über die Rechtsbehelfe, Haftung und Sanktionen in Art. 9 DSRL gerade nicht aufgeführt ist. Man kann das Insistieren der Kommission auf der Nichtberücksichtigung des Kapitel VIII also ohne weiteres so nachvollziehen, dass damit der status quo der Freistellungsermächtigung – auch in ihren Grenzen – bewahrt werden sollte. Dies betrifft aber nur diejenigen Vorschriften des Kapitel VIII, die schon im alten Rechtsbehelfskapitel III der DSRL enthalten sind, also die Bestimmung über die Gewährleistung gerichtlichen Rechtsschutzes (nach geltender deutscher Rechtslage in der Zivilgerichtsbarkeit, Art. 22 DSRL, nunmehr Art. 79 DS-GVO), die Schadensersatzhaftung (Art. 23 DSRL, Art. 82 DS-GVO) und die Forderung geeigneter Sanktionen, die sich vor allem

⁷⁸ Council of the European Union, Dok. v. 11.6.2015, Nr. 9788/15, S. 255 Fn. 627.

auf eine hinreichende Pönalisierung, aber auch z.B. die Bereitstellung eines im unionalen Datenschutzrecht nicht vorgesehenen Unterlassungsanspruchs im mitgliedstaatlichen Recht (in Deutschland: § 1004 analog iVm § 823 Abs. 2 BGB iVm den datenschutzrechtlichen Verbotsnormen) bezieht (Art. 23 DSRL, Art. 84 DS-GVO).⁷⁹

Dass es der Kommission hingegen darum gegangen wäre, auch den weiteren, nun in das Kapitel VIII verlagerten Vorschriften mit Bezug zur Datenschutzaufsicht zwingende Anwendbarkeit (ohne Dispensmöglichkeit) zu verschaffen, und dass sie damit Akzeptanz bei den Mitgliedstaaten im Rat und im Parlament gefunden hätte, ist angesichts der gerade dagegen geäußerten Widerstände fernliegend. Darauf deutet auch die oben zitierte Stellungnahme der Ratspräsidentschaft hin. Dort ist – in beschwichtigender Absicht – überhaupt nur von den „Sanktionen“ die Rede, bei deren Verhängung die Bedeutung der Kommunikationsfreiheit und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu berücksichtigen seien. Dies lässt sich ohne weiteres auf die auch bisher schon von der Freistellungsmöglichkeit gem. Art. 9 DSRL ausgeschlossenen Regelungen über die Schadensersatzpflicht (nun Art. 82 DS-GVO) und die ergänzenden mitgliedstaatlichen Sanktionen (Art. 84 DS-GVO) beziehen. Von den Befugnissen der Datenschutzaufsicht voraussetzenden Bestimmungen (Art. 77, 78, 83 DS-GVO) ist hingegen in der Stellungnahme mit keinem Wort die Rede. Das bestätigt, dass es auch der Kommission bei der Beibehaltung der Nichterwähnung des VIII. Kapitel um die schon bisher nach Art. 9 DS RL nicht ausschließbaren Vorschriften des bisherigen Kapitel III DSRL ging, nicht aber um die neuen Regelungen mit Bezug zur Behördenaufsicht.

d) Rechtliche Möglichkeit einer Art. 77, 78 und 83 DS-GVO erfassenden Auslegung des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO

Allerdings muss die hier begründete Lesart einer auf den alten Kern der schon im Kapitel III DS RL enthaltenen Vorschriften beschränkten Bedeutung der Nichterwähnung des Kapitel VIII in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO selbstverständlich mit dem Einwand rechnen, diese Einschränkung finde im Text der Bestimmung nun einmal keinen Ausdruck und es bleibe daher rechtlich gar keine andere Möglichkeit als diejenige, die nun neu in Kapitel VIII aufgenommenen Vorschriften mit Bezug zur Behördenaufsicht gleichermaßen so zu behandeln, dass sie von der Dispensbefugnis der Mitgliedstaaten nicht erfasst werden. Dieser Einwand greift aber nicht durch, und

⁷⁹ S. auch die bündige Zusammenfassung bei *Pauly*, in: Paal/Pauly, Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Art. 85 Rn: 8: „Die Rechtsbehelfsgarantien und Haftungsregelungen sowie die Sanktionsvorschriften stehen daher wie schon bei Art. 9 DSRL [...] nicht zur Disposition.“ Dass sich gleichsam „unter der Hand“ nun in Kapitel VIII weitere Regelungen in den scheinbar nicht abdingbaren Bestand „eingeschlichen“ haben, gerät hier (wie auch in den anderen Kommentierungen) gar nicht in den Blick.

zwar aus einem einfachen Grund und sogar ohne, dass auf anspruchsvollere methodologische Figuren einer korrigierenden Auslegung u. ä. zurückgegriffen werden müsste:

Es wäre nämlich kurzschlüssig anzunehmen, dass alle in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO nicht erwähnten Kapitel oder Vorschriften von Unionsrechts wegen immer zwingend durch die mitgliedstaatlichen Instanzen (Gesetzgeber, Gerichte, Aufsichtsbehörden) anzuwenden wären. Das Enumerationsprinzip in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO führt keineswegs zu dieser Konsequenz. Vorschriften der DS-GVO können unanwendbar sein, auch wenn ihre Anwendbarkeit nicht durch Freistellungsentscheidung der Mitgliedstaaten konstitutiv ausgeschlossen ist. Die Anwendungsfrage stellt sich überhaupt nur, wenn die in Rede stehende Norm der DS-GVO ihrem Inhalt nach insoweit (mit Richtung auf die Mitgliedstaaten) anwendungsfähig ist und Anwendung beansprucht. Dies ist nicht bei allen Normen der in dem Abweichungs- und Ausnahmenvorbehalt des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO nicht bezeichneten Kapitel der Fall. Einige dieser Kapitel bzw. Normen haben überhaupt keinen Regelungsgehalt *gegenüber* den Mitgliedstaaten oder gar *in* den Mitgliedstaaten (der also unmittelbare Anwendbarkeit voraussetzen würde).

Dies gilt vollständig für die Kapitel X und XI: Diese enthalten keine entweder in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen unmittelbar anwendbaren oder an die Mitgliedstaaten adressierten Regelungen, richten sich vielmehr nur an die Kommission bzw. das Europäische Parlament bzw. treffen Aussagen zum Verhältnis von Richtlinien und internationalen Abkommen.⁸⁰ Insofern ist eine Freistellung durch die Mitgliedstaaten rechtlich unmöglich, weil diese Vorschriften gar nicht ausgenommen werden können und bedarf es daher auch keiner Freistellungsermächtigung in der Bereichsausnahme. Es ist daher folgerichtig, dass Art. 85 Abs. 2 DS-GVO diese Kapitel nicht auflistet, weil mit einer Nennung eine rechtlich gar nicht bestehende, ins Leere laufende Schein-Kompetenz der Mitgliedstaaten suggeriert würde.

Bei Kapitel I liegen die Dinge etwas anders: So beanspruchen die in Kapitel I statuierten zentralen Aussagen über den sachlichen und räumlichen Anwendungsbereich (Art. 2 f. DS-GVO) und die Begriffsbestimmungen (Art. 4 DS-GVO) an sich sicherlich Beachtung durch mitgliedstaatliche Instanzen. Namentlich der Schlüsselbegriff der Datenverarbeitung (Art. 2 Abs. 1 DS-GVO) ist ja Basis-Voraussetzung der Anwendung aller datenschutzrechtlichen Maßstäbe der Verordnung. Allerdings sind die Öffnungsklauseln des Art. 85 DS-GVO selbst gerade auch und zwar speziellere Vorschriften über den Anwendungsbereich der Verordnung in der Reichweite der Bereichsausnahme:⁸¹ Sie überantworten die Frage, ob und in welchem Umfang Regelungen

⁸⁰ So die zutreffende Begründung im vorliegenden Referentenentwurf zu einer Änderung von § 10 HPresseG, S. 5.

⁸¹ Pötters, in: Gola, DS-GVO, 2017, Art. 85 Rn. 15.

der Verordnung Anwendung finden sollen, (unter der Voraussetzung der Erforderlichkeit) gerade den Mitgliedstaaten. Aus diesem binnensystematischen Grund muss die verordnungsrechtliche Selbst-Definition des Anwendungsbereichs in Kapitel I gegenüber der Ermächtigung zur heteronomen Definition des verbleibenden Anwendungsbereichs der Verordnung durch die Mitgliedstaaten zurücktreten. Die Verordnung kann nicht mit Wirkung für die Bereichsausnahme des Art. 85 S-GVO in Art. 2 ff. DS-VO regeln, in welchen Situationen der unionale Datenschutz eingreift, und die Kompetenz zur Beantwortung dieser Frage zugleich den Mitgliedstaaten überlassen. Der Bereichsausnahme ist mithin die Verdrängungswirkung gegenüber Art. 2 ff. DS-GVO immanent – auch insoweit bedarf es nicht erst einer Freistellung durch die Mitgliedstaaten.

Etwas komplexer, aber im Kern vergleichbar verhält es sich mit den Vorschriften des Kapitels VIII. Hier fehlt es den Vorschriften zwar nicht an ihrer Anwendungsfähigkeit – in der Weise unmittelbarer Anwendbarkeit in den Mitgliedstaaten (z. B.: Anspruch aus Art. 82 S-GVO) oder eines an die Mitgliedstaaten adressierten (richtlinienartigen) Durchführungsauftrags (Art. 84 DS-GVO). Jedoch ist diese Anwendungsfähigkeit nur eine bedingte, d. h. abhängig von der Anwendbarkeit anderer Regelungen der DS-GVO, über die indes gem. Art. 85 Abs. 2 DS-VO die Mitgliedstaaten zu entscheiden haben. Mittelbar hängt daher auch die Anwendbarkeit dieser Regelungen des Kapitel VIII von der mitgliedstaatlichen Disposition gem. Art. 85 Abs. 2 DS-GVO ab, auch wenn dieses Kapitel nicht selbst in der Liste der abdingbaren Kapitel aufgeführt ist. So stehen tatsächlich alle Anforderungen des VIII. Kapitels in einem strukturell vergleichbaren Abhängigkeitsverhältnis und sind in diesem Sinne akzessorisch: Sie beanspruchen sämtlich Beachtung durch die Mitgliedstaaten (dann in der Tat ohne Ausschlussmöglichkeit) unter der Voraussetzung, dass die Mitgliedstaaten in ihrem Recht diejenigen datenschutzrechtlichen Regelungen für anwendbar erklären bzw. einführen, auf die sie notwendig bezogen und von denen sie abhängig sind.

Bei den bisher schon nach Art. 9 DSRL nicht abdingbaren Vorschriften über den Gerichtsschutz und Schadensersatz sind diese bedingenden Normen diejenigen des materiellen Datenschutzrechts: Gerichtliche Rechtsbehelfe (Art. 79 DS-GVO) und Schadensersatz (Art. 82 DS-GVO), ebenso auch eine Strafbarkeit oder ein Unterlassungsanspruch (Art. 84 DS-GVO) wegen Verletzung datenschutzrechtlicher Pflichten müssen die Mitgliedstaaten selbstverständ-

lich nur und insoweit vorsehen, als sie solche datenschutzrechtlichen Pflichten überhaupt zugelassen oder errichtet haben.⁸² Haben sie sie (gemäß Art. 85 Abs. 2 DS-GVO zulässigerweise) gänzlich ausgeschlossen, besteht auch keine Verpflichtung zur Errichtung darauf bezogener Rechtsschutzmöglichkeiten und Sanktionen.

Für die hier in Rede stehenden Vorschriften des VIII. Kapitels mit Bezug zu den staatlichen Aufsichtsbehörden (Art. 77, 78, 81, 83 DS-GVO) besteht eine inhaltlich andersartige Abhängigkeit im Verhältnis zum VI. Kapitel: Eine Anwendung dieser Regelungen durch die Mitgliedstaaten muss mangels Anwendungsfähigkeit ausscheiden, wenn diese Mitgliedstaaten von ihrer durch Art. 85 Abs. 2 DS-GVO eingeräumten Befugnis Gebrauch gemacht haben, von den Regelungen des Kapitel VI DS-GVO über die Aufsichtsbehörden zu dispensieren. Der oben diagnostizierte irritierende Widerspruch, der in der Ausschließbarkeit des Kapitel VI über die unabhängigen Aufsichtsbehörden bei scheinbarer Nichtausschließbarkeit der jene Aufgaben und Befugnisse der Behörden doch voraussetzenden Regelungen der Art. 77 f. und 83 in Kapitel VIII DS-GVO liegt, löst sich so tatsächlich auf: Wenn und soweit die Mitgliedstaaten zulässigerweise gemäß Art. 85 Abs. 2 DS-GVO für den Bereich der privilegierten Datenverarbeitungen die Vorgaben des VI. Kapitels über die Aufsichtsbehörden ausgeschlossen haben, erstreckt sich dieser Ausschluss notwendigerweise auch auf die davon abhängigen Vorschriften des VIII. Kapitels – ohne dass dies noch einer ausdrücklichen Ermächtigung in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO bedurft hätte. Denn Art. 77, 78 und 83 DS-GVO sind ohne die in diesen Regelungen vorausgesetzten Aufgabenzuweisungen und Befugnisse gem. dem VI. Kapitel nicht vollzugsfähig. Ist die Zuständigkeit der Datenschutzaufsicht generell für die Reichweite der Bereichsausnahme abbedungen, kann sie nicht dem zuwiderlaufend über die Ansprüche aus Art. 77 f. und die Bußgeldnorm des Art. 83 DS-GVO als zwingende Zuständigkeit gleichwohl behauptet werden. Jede andere Sicht der Dinge unterliefe demgegenüber die in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO ausdrücklich angeordnete Freistellungsermächtigung hinsichtlich des VI. Kapitels.

Es ergibt sich also ein gegenüber dem ersten, nur aus der textlichen Kapitelaufzählung sich ergebenden Anschein umgekehrtes Ergebnis: Gerade die Annahme einer unabdingbar zwingenden Anwendbarkeit der Art. 77 f., 83 DS-GVO erwiese sich als mit Art. 85 Abs. 2 DS-GVO inkompatibel. Nur die hier begründete Lösung einer *akzessorischen Einbeziehung* dieser vom *VI. Kapitel abhängigen Vorschriften* der Art. 77, 78, 81 und 83 DS-GVO in die Reichweite der

⁸² Art. 82 Abs. 1 DS-GVO: „Jede Person, der wegen eines Verstoßes gegen diese Verordnung ein materieller oder immaterieller Schaden entstanden ist, hat Anspruch auf Schadensersatz“ (Hervorh. nur hier); Pauly, in: Paal/Pauly, Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Art. 85 Rn. 8

Freistellungsermächtigung entspricht hingegen dem Sinn und Regelungsgehalt der Öffnungsklausel. Die behördenbezogenen Ansprüche der Art. 77 f. DS-GVO und die Behördenbefugnis in Art. 83 DS-GVO nehmen rechtlich notwendig an der Entscheidung der Mitgliedstaaten über die Zuständigkeit (oder Nichtzuständigkeit) der Datenschutzaufsichtsbehörden in der Reichweite der Bereichsausnahme teil: Die Ausschlussbefugnis im Hinblick auf das VI. Kapitel schließt die genannten Vorschriften des VIII. Kapitels notwendig ein und hat also insoweit überwirkende Bedeutung auch für das Kapitel VIII der DS-GVO.

Diese einfache Erklärung räumt mithin schon im Rahmen des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO das offenkundige und im Gesetzgebungsverfahren erkannte Problem einer neuartigen, inhaltlich ganz unangemessenen und ziemlich sicher auch von den Beteiligten im Gesetzgebungsverfahren nicht beabsichtigten unionsrechtlichen Verpflichtung der Mitgliedstaaten auf datenschutzbehördliche Zuständigkeiten im Bereich des Medienprivilegs aus. Zugleich wird auch plausibel, weshalb das Kapitel VIII nicht insgesamt in die Liste der ausnahmefähigen Kapitel aufgenommen worden ist:

Es entsprach diese Nichtberücksichtigung zunächst dem status quo und dem insoweit erkennbaren Willen des Gesetzgebers – nicht nur der Kommission, sondern am Ende auch der anderen Beteiligten –, die schon bisher obligatorische Vorgabe eines von den Mitgliedstaaten vorzusehenden gerichtlichen Rechtsschutzes (nun: Art. 79 DS-GVO) sowie einer Schadensersatzhaftung (Art. 82 DS-GVO), gegebenenfalls auch weiterer sachgerechter Sanktionen (Art. 84 DS-GVO) bei Verstößen gegen (ihrerseits nicht abbedungene!) materiell-datenschutzrechtliche Verpflichtungen (in Deutschland: Datengeheimnis, Datensicherheit) aufrechtzuerhalten.

Aber es macht auch darüber hinaus sogar die Nichterwähnung der Art. 77, 78 und 83 DS-GVO Sinn und handelt sich dabei keineswegs um einen zu korrigierenden Fehler: Die (obligatorische) Anwendbarkeit dieser Vorschriften kommt zum Zuge, *wenn* sich die Mitgliedstaaten im Zuge ihrer Erforderlichkeitsprüfung nach Art. 85 Abs. 2 DS-GVO für die Anwendung des Kapitel VI, das heißt aber für die Einführung einer datenschutzbehördlichen Aufsicht auch über die Medien und die anderen privilegierten Datenverarbeitungen entschieden haben. Aus deutscher Sicht ist diese Option rechtskulturell und freiheitsrechtlich zwar kaum vorstellbar; schlechthin ausgeschlossen, also unionsrechtlich für alle Mitgliedstaaten verboten muss sie aber nicht sein: Sind die Datenschutzaufsichtsbehörden nach mitgliedstaatlichen Recht aber zuständig für die Kontrolle der Einhaltung der auch auf die Medientätigkeit anwendbaren materiell-datenschutzrechtlichen Anforderungen (und nur dieser!), ist es folgerichtig, insoweit auch die Ansprüche aus Art. 77 und 78 DS-GVO gewähren zu müssen.

Das bedeutet aber umgekehrt eben auch: Schließen die Mitgliedstaaten, wie in den deutschen Medienprivilegien (absolut für die Presse, relativ, über den Vorrang der Selbstregulierung, auch für die Telemedien), die Zuständigkeit der Datenschutzaufsichtsbehörden aus, erstreckt sich dieser Ausschluss notwendig auch auf die akzessorischen Regelungen des VIII. Kapitels. Art. 85 Abs. 2 DS-GVO ermächtigt daher mit der Befugnis zum Ausschluss des VI. Kapitels auch, ohne dies noch explizit formulieren zu müssen, zu einem Ausschluss der Art. 77, 78, 81 und 83 DS-GVO.

2. Art. 85 Abs. 1 als generelle Öffnungsklausel: Erweiterung der Freistellungsbefugnis in Tatbestand und Rechtsfolgen

Ergibt sich die Befugnis der Mitgliedstaaten, in ihren Regelungen über das (ggf. erweiterte) Medienprivileg auch von den in Art. 77, 78 und 83 DS-GVO statuierten Anforderungen freizustellen, nach alledem schon aus der Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO, kommt es insoweit auf die Basisnorm des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO nicht mehr an.

Eine engere, starr der Kapitelaufzählung in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO verhaftete Lesart müsste indes dann aus Art. 85 Abs. 1 DS-GVO zu dem gleichen Ergebnis kommen. Dies ergibt sich aus der oben herausgearbeiteten rechtlichen Bedeutung des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO als ergänzende allgemeine Öffnungsklausel, die auch im tatbestandlichen Anwendungsbereich des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO, also bei den in Abs. 1 beispielhaft genannten vier qualifizierten Verarbeitungszwecken, nicht durch die spezifischere Öffnungsklausel des Abs. 2 verdrängt wird.

a) Tatbestandliche Erweiterung

Dass Art. 85 Abs. 1 DS-GVO im Tatbestand über Abs. 2 hinausgeht und also, entsprechend schon dem Vorschlag des Europäischen Parlaments, einen eigenständigen und weitergehenden Regelungsauftrag an die Mitgliedstaaten formuliert,⁸³ der Freistellungen auch über die vier qualifizierten Verarbeitungszwecke hinaus ermöglicht – und bei grundrechtlicher Erforderlichkeit – vorsieht, ist nach den oben dargelegten Erläuterungen eindeutig und bedarf hier keiner weiteren Ausführungen.

b) Rechtsfolgenerweiterung: Freistellung von nicht schon durch Art. 85 Abs. 2 erfassten Regelungen des Datenschutzes

Die über Art. 85 Abs. 2 DS-GVO hinausgehende Ergänzungsfunktion der generellen Öffnungsklausel in Art. 85 Abs. 1 DS-GVO muss sich aber, wie ebenfalls schon oben begründet, auch

⁸³ *Albrecht/Joitzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, 2017, S. 134: „Aufgrund des eindeutigen Wortlauts von Art. 85 Abs. 1 DS GVO besteht eine entsprechende Regelungspflicht der Mitgliedstaaten.“; *Feiler/Forgó*, EU-DS-GVO, 2016, Art. 85 Rn. 2: „Dass die Regelungsbefugnis der Mitgliedstaaten über Abs. 2 hinausgeht, wird auch durch Erwägungsgrund 153 Abs. 1 bestätigt, ...“

auf die Rechtsfolgen beziehen, mithin auf die Reichweite der Freistellungsbefugnis (und ggf. -pflicht). Eben darum geht es bei den mitgliedstaatlichen Medienprivilegien, also für Deutschland denjenigen in den deutschen Landes-Pressegesetzen sowie in den Entwürfen zu § 9c und § 57 RStV. Diese betreffen den in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO erfassten klassischen Kernbereich der Bereichsausnahme, also die öffentliche Aufgabe von Presse, Rundfunk und Telemedien. Wird nicht schon Art. 85 Abs. 2 DS-GVO aus den vorstehend dargelegten Gründen so verstanden, dass die *danach* mögliche Freistellung auch die Art. 77 f. und 83 DS-GVO erfasst, kommt insoweit jedenfalls die ergänzende und weitergehende Freistellungsbefugnis aus Art. 85 Abs. 1 DS-GVO zum Tragen.

Diese ergibt sich schon aus der textlichen Formulierung, die auch in der Rechtsfolge offen („[...] bringen durch Rechtsvorschriften das Recht [...] in Einklang“) und nicht, wie Art. 85 Abs. 2 DS-GVO, auf definierte Kapitel festgelegt ist, sowie – damit zusammenhängend – aus der systematischen Entscheidung des Gesetzgebers für eine eigene zusätzliche Öffnungsklausel: Hätte der Gesetzgeber die Freistellungsbefugnis der Mitgliedstaaten jedenfalls nur auf die in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO aufgelisteten Kapitel beschränken wollen, wäre die Einfügung der zusätzlichen Öffnungsklausel des Abs. 1 unverständlich. Es hätte dann nahegelegen, auf eine allgemeine Klausel in Abs. 1 zu verzichten und stattdessen einfach den Vorschlag des Europäischen Parlaments zu übernehmen, der die tatbestandliche Erweiterung auf alle (nicht mehr nur einige ausdrücklich benannte) Verarbeitungszwecke („whenever it ist necessary“) mit dem aus Art. 9 DSRL und dem Kommissionsvorschlag überkommenen Enumerationsprinzip (Auflistung bestimmter Kapitel) verbunden hatte.

Auch dass der offene Regelungs- und Derogationsauftrag des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO nicht im Sinne eines verdrängenden Vorrangs des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO (als *lex specialis*) nur auf die Fälle von Verarbeitungen außerhalb der vier besonders qualifizierten Verarbeitungszwecke beschränkt sein kann, ist oben dargelegt worden: Eine solche Spezialitätsannahme würde zu dem widersinnigen Ergebnis führen, dass die besonders schutzwürdigen Verarbeitungen zu publizistischen Kommunikationszwecken engeren unionsrechtlichen Bindungen unterlägen als die nun mit in Art. 85 Abs. 1 DS-GVO in die Bereichsausnahme einbezogenen weiteren Kommunikationen (nicht journalistischer usw. Art).

Auch für die sachliche Notwendigkeit der Freistellungsbefugnis für Art. 77, 78 und 83 DS-GVO kann auf die Darlegungen zur Entstehungsgeschichte und oben zu Art. 85 Abs. 2 DS-GVO verwiesen werden. Es ist unabweisbar, dass die Mitgliedstaaten im Rat mit der Einführung der allgemeinen Öffnungsklausel ihren Gestaltungsspielraum zumindest auf dem Niveau

der bisherigen Bereichsausnahme des Art. 9 DSRL sichern wollten; die dokumentierte Begründung zur Umstellung auf die allgemeine Klausel im Vorschlag der Ratspräsidentschaft deutet, wie oben dargelegt, sogar weitergehend auf das Ziel einer relativen Stärkung des Schutzes der Kommunikationsfreiheit in der Bereichsausnahme hin. Dieser Befund zumindest der Erhaltung des status quo der Bereichsausnahme entspricht, soweit erkennbar, auch der Einschätzung in der Literatur, und zwar selbst bei denjenigen, die auf die Nichtausschließbarkeit des VIII. Kapitels hinweisen.⁸⁴ Auch der Bundesgesetzgeber des neuen BDSG 2017 hat, dokumentiert in der Begründung des Gesetzentwurfs, keinen Änderungsbedarf hinsichtlich der nun allein von den Ländern auszuförmulierenden Bereichsausnahmen für die Medien gesehen und ist also offenkundig von einer diese Kontinuität tragenden Legitimationswirkung des Art. 85 DS-GVO ausgegangen.⁸⁵

Soweit von einigen Autoren nun auch unter der (künftigen) Geltung des Art. 85 DS-GVO Kritik an dem angeblich zu weitgehenden, pauschalen Ausschluss des Datenschutzrechts durch die deutschen Medienprivilegien geübt und eine differenziertere Regelung angemahnt wird,⁸⁶ stützt diese Kritik sich keineswegs auf Änderungen in der neuen Vorschrift,⁸⁷ erneuert vielmehr nur den alten, bekannten, aber unzutreffenden Vorwurf, der von Teilen der datenschutzrechtlichen Literatur schon immer gegen die Fassung der deutschen Medienprivilegien erhoben worden ist.

⁸⁴ Pötters, in: Gola, DS-GO, 2017, Art. 85 Rn. 22: „Die genannten nationalen Regelungen können auf Grundlage von Art. 85 DS-GVO grundsätzlich beibehalten werden; eine Erweiterung oder Anpassung ist nicht zwingend, aber möglich.“; bezogen auf den Datenschutz; Lauber-Rönsberg/Hartlaub, NJW 2017, 1057 (1060); Albrecht/Janson, CR 2016, 500 (508): die in § 41 BDSG i.V. m. § 57 RStV bestehende, sehr abstrakt gehaltene deutsche Regelung [...] Wird den aufgezeigten Vorgaben bislang schon zu großen Teilen gerecht, weswegen aus Perspektive des deutschen Gesetzgebers hier nur ein geringer Handlungsbedarf besteht. Insbesondere aus Klarheitserwägungen bedürfte es einer Überführung in der neuen Regelungskontext. Dabei gilt es die verfassungsrechtliche Kompetenzordnung zu beachten. [...]“; Hoidn, in Roßnagel (Hrsg.), Europäische Datenschutz-Grundverordnung, 2017, § 4 Rn. 181 (S. 269): „Auch die Verordnung ermöglicht es den Mitgliedstaaten, weitgehende Ausnahmen für Medien von ihren Regelungsvorzusehen oder beizubehalten. Insoweit kann es bei den deutschen Regelungen inhaltlich bleiben.“. Mit besonderem Bezug zur Datenschutzaufsicht: v. Lewinski, in: Auernhammer, DS-GVO, BDSG, 5. Aufl. 2017, Art. 85 Rn. 16: „Insbesondere kann die Aufsicht der Datenschutzbehörden ausgeschlossen werden.“;

⁸⁵ Begründung zum Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 (Datenschutz-Anpassungs- und -Umsetzungsgesetz EU – DSAnpUG-EU), BT-Drs. 18/11325, S. 79: „Der Bundesgesetzgeber geht aber davon aus, dass die insofern zuständigen Landesgesetzgeber das Presseprivileg wie bisher absichern werden.“

⁸⁶ Buchner/Tinnefeld, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, 2017, Art. 85 Rn. 2, 31; Specht, in: Sydow, DS-GVO, 2017, Artikel 85 Rn. 19.

⁸⁷ S. insofern allerdings Buchner/Tinnefeld, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, 2017, Art. 85 Rn. 2, mit der unverständlichen Behauptung, Art. 85 Abs. 2 bringe die unionsrechtlichen Vorgaben „nochmals deutlicher, weil ausdifferenzierter zum Ausdruck“ als die Richtlinie und zwingt daher [umso mehr?] zu einer differenzierteren Regelung als bisher in § 41 Abs. 1 BDSG a. F. normiert. Wie oben gezeigt, entspricht die Auflistung der ausnahmefähigen Regelungsbereiche in der Sache derjenigen in Art. 9 DSRL; bei den Kapiteln ergibt sich mithin keineswegs eine Verschärfung gegenüber der Richtlinie; im Übrigen erscheint das neu gefasste Medienprivileg aus den oben dargelegten Gründen eher großzügiger als dasjenige in der Richtlinie.

Dieser Vorwurf bezieht sich auch gar nicht auf die unionsrechtliche Reichweite der Freistellungsermächtigung (also der potentiell ausnahmefähigen Normen), sondern allein auf die Handhabung der Erforderlichkeits-Voraussetzung durch die deutschen Gesetzgeber. Diese nun „bei Gelegenheit“ der Reform des europäischen Datenschutzrechts erneuerte Grundsatzkritik hat daher für die hier erörterte Frage der Reichweite der unionsrechtlichen Freistellungsermächtigung in Art. 85 DS-GVO (im Vergleich mit derjenigen in Art. 9 DSRL) keine Bedeutung.

Art. 85 DS-GVO muss daher in einer Gesamtheit jedenfalls so verstanden werden, dass er in der Reichweite seiner Freistellungsermächtigung nicht noch hinter Art. 9 DSRL zurückbleibt. Insofern Art. 85 Abs. 1 DS-GVO die normative Funktion hat, den grundrechtlich gebotenen Schutz der Kommunikationsfreiheit gegen den Geltungsanspruch des Datenschutzrechts abzusichern auch für die Fälle, in denen er nicht schon durch die Öffnungsklausel Art. 85 Abs. 2 DS-GVO gewährleistet ist, muss er mithin gerade auch Freistellungen ermöglichen, die nach Art. 85 Abs. 2 DS-GVO wegen des dort verankerten Enumerationsprinzips – wie gezeigt nur scheinbar – versperrt sind, die aber grundrechtlich geboten sind und daher schon bisher gemäß Art. 9 DSRL anerkannt waren.

Dies gilt insbesondere für das Recht der Mitgliedstaaten, die Medien vom institutionellen Datenschutz durch die staatlichen Aufsichtsbehörden freizustellen und sie stattdessen allein gerichtlicher Kontrolle (bzw. allenfalls spezifischen medienaufsichtlichen Instanzen) zu unterwerfen, und zwar auch insoweit, als materielles Datenschutzrecht (in Deutschland: Anforderungen des Datengeheimnisses und der Datensicherheit) noch Anwendung auch auf die Datenverarbeitung durch Medien finden. Wird dieses Recht nicht schon, vorzugswürdig, durch sachgerechte Interpretation des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO anerkannt, muss daher insofern auf Art. 85 Abs. 1 DS-GVO zurückgegriffen werden. Jedenfalls diese allgemeine Öffnungsklausel gewährt den Mitgliedstaaten weiterhin die bisher nie in Frage gestellte Befugnis zur vollständigen Abschirmung der Medien vor dem Zugriff datenschutzbehördlicher Kontrolle.

Gerade diese institutionelle Facette des Medienprivilegs sollte auch in der Sache außer Streit stehen: Die Entscheidung, ob die Medien einer Behördenaufsicht unterstellt werden sollen oder die Durchsetzung materieller Bindungen (der allgemeinen Gesetze und eben ggf. auch des „Rest“-Datenschutzrechts) den Gerichten überlassen bleiben soll, ist eine selbstständig bedeutende, strukturprägende Entscheidung des (heute allein noch Landes-) Medienrechts, die der mitgliedstaatlichen Abwägung nach dem Sinn der unionalen Ermächtigung in Art. 85 Abs. 1 DS-GVO überlassen bleiben muss. Im Presserecht wird dies besonders deutlich, deutlicher

noch als im deutschen Rundfunkrecht, das immerhin medienaufsichtliche Befugnisse, allerdings ganz überwiegend von staatsfern ausgestalteten besonderen Einrichtungen kennt. Gerade bei der Presse stand vor allem immer die Abwehr behördlicher Überwachungsrechte (Vorzensur, später noch Konzessionswesen) im Zentrum des historischen Kampfes um ihre Freiheit. Aber auch bei den Telemedien von Rundfunk und Presse müsste der Verlust der Möglichkeit, die Einhaltung datenschutzrechtlicher Verpflichtungen wie bisher allein der Selbstregulierung des Presserates zu überantworten, als gravierender Einschnitt begriffen werden. Insofern geht es auch bei der überhaupt nur in Rede stehenden akzessorischen Bewehrung anerkannter materiell-datenschutzrechtlicher Bindungen durch eine unionsrechtlich als zwingend verstandene Zuständigkeit der Datenschutzaufsicht keineswegs um eine Folge minderer Bedeutung, hinsichtlich derer ein mitgliedstaatliches Abwägungs- und Bestimmungsrecht im Sinne von Art. 85 DS-GVO verzichtbar wäre. Gerade hier, in der mitgliedstaatlichen Befugnis zur Abkoppelung der (im Zuge der Erforderlichkeitsprüfung noch anerkannten) materiellen Maßstäbe des Datenschutzrechts von der Behördenaufsicht beweist sich die Wirkmacht des Medienprivilegs, dessen Ausgestaltung der Unionsgesetzgeber in Art. 85 Abs. 1 und 2 DS-GVO weiterhin in die Hände der Mitgliedstaaten gelegt hat.

V. Folgerungen für die Reform der Medienprivilegien in Deutschland

Die Folgerungen aus dem erarbeiteten unionsrechtlichen Befund für die anstehende Reformaufgabe im deutschen Medienrecht (§ 9c, § 57 RStV-E, Landespressegesetze) sind klar und sie sind einfach: Ein substantieller Änderungsbedarf aufgrund der Umstellung der unionsrechtlichen Bereichsausnahme von Art. 9 DSRL auf Art. 85 DS-GVO besteht nicht. Insbesondere ist die dem Entwurf der Rundfunkkommission v. 2. Juni 2017 zugrunde liegende Annahme, die Mitgliedstaaten seien unionsrechtlich verpflichtet, der Nichterwähnung des Kapitel VIII in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO dadurch Rechnung zu tragen, dass dieses Kapitel in den Fassungen der datenschutzrechtlichen Medienprivilegien (insb. in § 9c und § 57 Abs. 5 RStV) ausdrücklich für anwendbar erklärt wird, rechtlich unzutreffend. Die Länder können sich bei der Neufassung der einschlägigen Regelungen des Rundfunkstaatsvertrages und der Landesmediengesetze darauf beschränken, diejenigen Änderungen vorzunehmen, die sich aus der Änderung der innerstaatlich-deutschen Rechtslage – namentlich Wegfall des Bundesrechts (BDSG a.F.) – sowie aus der nun unmittelbaren Anwendbarkeit der die Schadensersatzpflicht anordnenden Verordnungsnorm des Art. 82 DS-GVO ergeben. Eine Modifikation, insbesondere Verkürzung der inhaltlichen Reichweite des Medienprivilegs, etwa im Hinblick auf Befugnisse der Datenschutzbehörden, ist damit nicht verbunden; sie ist unionsrechtlich jedenfalls nicht gefordert.

Im Einzelnen bedeutet dies:

1. Datengeheimnis

Die Bestimmungen in § 9c, § 57 RStV, gleiches gilt für die entsprechenden Regelungen der Landesmediengesetze, können weiterhin Regelungen über das *Datengeheimnis* treffen; in Betracht kommt insoweit, so wie es die Rundfunkkommission in ihrem Entwurf v. 2. Juni 2017 vorschlägt (§ 57 Abs. 1 Sätze 1-4 RStV-E), eine der Formulierung des früheren § 5 BDSG oder des heutigen § 53 BDSG 2017 entsprechende eigenständige Ausformulierung des Datengeheimnisses oder auch eine Verweisung auf § 53 BDSG n.F. Unionsrechtlich geboten ist eine solche Regelung nach wie vor nicht, da die DS-GVO insoweit gar keine Vorgaben macht.

2. Datensicherheit

Die Bestimmungen in § 9c, § 57 RStV, gleiches gilt für die entsprechenden Regelungen der Landesmediengesetze, können weiterhin Regelungen über die *Datensicherheit* treffen, ohne aber dazu aus der DS-GVO noch zwingend verpflichtet zu sein: Die Regelungen der DS-GVO über die Gewährleistung der Datensicherheit (Art. 5 Abs. 1 Buchst. f), Art. 32 DS-GVO) befinden sich in ausnahmefähigen Kapiteln gem. Art. 85 Abs. 2 DS-GVO; Erwägungsgrund Nr. 153 zur DS-GVO erwähnt anders als bisher Erwägungsgrund Nr. 37 zur DSRL die Datensicherheit nicht mehr als verpflichtende Vorgabe. Grundsätzlich unterfällt daher nun auch diese Anforderung der Freistellungsbefugnis der Mitgliedstaaten – auch hier freilich unter der Voraussetzung der Erforderlichkeit für den Schutz der Kommunikationsfreiheit. Sollen die datenschutzrechtlichen Anforderungen an die Datensicherheit auch für die Zukunft gelten, also nicht abbedungen werden, sind die Regelungen des Medienprivilegs mit einem klarstellenden Verweis auf die insoweit unmittelbar anwendbare Grundsatz-Vorschrift der DS-GVO auszustatten, also auf Art. 5 Abs. 1 Buchst. f DS-GVO. Nähere Vorgaben zur Wahrung der Datensicherheit, insbesondere modaler Art (Verpflichtung zur Pseudonymisierung usw.) enthält nun Art. 32 DS-GVO, der im Konkretisierungsgrad deutlich über den bisherigen Art. 17 DSRL und auch über die bisherige deutsche Umsetzungsnorm in § 9 BDSG hinausgeht. Es besteht angesichts der Freistellungsbefugnis aus Art. 85 Abs. 2 DS-GVO, die mit dem IV. Kapitel auch Art. 32 DS-GVO erfasst, keine unionsrechtliche Verpflichtung, auch diese neue, detailscharfe Regelung der Datensicherheit in die Nennung der anzuwendenden DS-GVO-Vorschriften in den mitgliedstaatlichen Regelungen über den Datenschutz in den Medien aufzunehmen und so das bisherige Medienprivileg zu verkürzen – wie dies indessen der Vorschlag der Rundfunkkommission v. 2. Juni 2017 in § 9c Abs. 1 Satz 5 und § 57 Abs. 1 Satz 5 RStV-E tut. Erst recht muss

und sollte nicht Art. 33 DS-GVO für anwendbar erklärt werden, weil damit, entgegen dem bisherigen Rechtszustand und ohne unionsrechtliche Notwendigkeit eine Zuständigkeit der Datenschutzaufsichtsbehörden begründet würde.

3. Erwähnung der „Kapitel I, VIII, X und XI“

Unionsrecht gebietet nicht die Erwähnung der „Kapitel I, VIII, X und XI“ als Rückausnahme in der Formulierung der medienrechtlichen Bereichsausnahmen, wie dies aber in dem Vorschlag der Rundfunkkommission v. 2. Juni 2017 zu § 9c Abs. 1 Satz 5 und § 57 Abs. 1 Satz 5 RStV-E geschieht. Eine solche „Angstklausel“, die bestrebt ist, dem vermeintlichen Anwendungsanspruch der DS-GVO gerecht zu werden, indem sie die in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO nicht genannten Kapitel auflistet, ist unionsrechtlich nicht nur überflüssig, sondern sogar problematisch:

Bei Kapitel X und XI läuft die Bekräftigung ihrer Anwendbarkeit leer, insofern diese Kapitel keine Vorschriften enthalten, die in den Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbar oder durch die Mitgliedstaaten umzusetzen oder zu beachten wären.

Auch die Regelungen des Kapitel I über den Anwendungsbereich (Art. 2f DS-GVO) und wohl auch über die Begriffsbestimmungen (Art. 4 DS-GVO) beanspruchen in der Reichweite der Bereichsausnahme des Art. 85 DS-GVO nicht zwingend Anwendung, da Art. 85 DS-GVO den Mitgliedstaaten insoweit gerade eine vorrangige eigene Befugnis zur Entscheidung über die Anwendbarkeit einräumt (s.o., IV. 1. d)). Eine danach also in der Entscheidungsfreiheit der Landesgesetzgeber stehende Bezugnahme auf das Kapitel I mit Blick auf die darin statuierten Definitionen ist zwar möglich, erscheint aber mit Blick auf die nur punktuell auf die Datensicherheit (Art. 5 Abs. 1 Buchst. f DS-GVO) beschränkte Anordnung der Verbindlichkeit unionsdatenschutzrechtlicher Maßstäbe nicht erforderlich.

a) Unionsrechtliche Fragwürdigkeit der Nennung von Kapitel VIII in der Rückausnahme des Medienprivilegs

Auch auf das Kapitel VIII in seiner Gesamtheit als solches muss aus den oben dargelegten Gründen nicht hingewiesen werden. Dies ergibt sich, wie gezeigt schon aus einem richtigen Verständnis des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO. Jedenfalls aber berechtigt dazu die allgemeine Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO.

Hinsichtlich der Ansprüche (Art. 77, 78 DS-GVO) und Befugnisse (Art. 83 DS-GVO) mit Bezug zur behördlichen Datenschutzaufsicht ist die Anordnung der Anwendbarkeit des VIII. Kapitels überflüssig und darüber hinaus unionsrechtlich sogar prekär: Da diese Vorschriften Auf-

gaben und Befugnisse der Datenschutzbehörden voraussetzen, die in Kapitel VI DS-GVO geregelt sind, und zwar mit dem Gehalt unmittelbarer Anwendbarkeit (s. insb. Art. 58 Abs. 1-3 DS-GVO), diese Regelungen aber in den vorgeschlagenen Fassungen der § 9c, § 57 RStV gerade nicht für anwendbar erklärt werden, ist das Ergebnis perplex: Die Gesetze scheinen einerseits nicht darauf abzuzielen, die Medien in ganz neuartiger Weise der Datenschutz-Behördenaufsicht zu unterstellen – dies wird auch durch § 59 RStV-E bestätigt (s. dazu noch u.) –, sehen andererseits aber mit dem Verweis auf das VIII. Kapitel die Anwendbarkeit der in der DS-GVO vorgesehenen Rechtsbehelfe und der Bußgeldsanktion vor, die doch ohne jene Aufsichtsbefugnisse gar nicht denkbar sind.

Die mit der Nennung des VIII. Kapitels einhergehende Deklaration der Anwendbarkeit der Artikel 77, 78, 81 und 83 DS-GVO schafft daher eine unklare, ja in sich unschlüssige Rechtslage: Der Datenschutzaufsicht werden rechtlich Befugnisse auch gegenüber den Medien unterstellt, die sie aber gar nicht hat (oder haben soll). Die – unnötige – Nennung des Kapitel VIII erweist sich so als zumindest missverständlich. Im besten Fall läuft sie rechtlich leer, weil die in Bezug genommenen Vorschriften wie gezeigt inhaltlich ohne den institutionellen Unterbau aus Kapitel VI DS-GVO gar nicht anwendungsfähig sind. Die Unklarheit trägt aber eben auch das Risiko von Auslegungsversuchen in sich, die aus dieser Rechtslage nun doch Befugnisse der Datenschutzaufsicht herleiten mögen, insbesondere mittelbar solche aus Kapitel VI zu „erschließen“ bestrebt sind.⁸⁸

Diese Unklarheit, Inkohärenz und daraus entstehende Rechtsunsicherheit stehen jedoch im Widerspruch zu den Anforderungen an eine normenklare Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben, wie sich allgemein schon aus Art. 288 AEUV und besonders aus dem Regelungsauftrag des Art. 85 DS-GVO ergeben.⁸⁹ So hat der EuGH schon früh betont:

„Die Mitgliedstaaten dürfen aufgrund der ihnen aus dem Vertrag obliegenden Verpflichtungen nicht die unmittelbare Geltung vereiteln, die Verordnungen und sonstige Vorschriften des Gemeinschaftsrechts äußern. Die gewissenhafte Beachtung dieser Pflicht ist eine unerlässliche Voraussetzung für die gleichzeitige und einheitliche Anwendung der Gemeinschaftsverordnungen in der gesamten Gemeinschaft. *Die Mitgliedstaaten dürfen deshalb keine Handlung vornehmen oder deren Vornahme durch eine mit Rechtsetzungsbefugnissen ausgestattete nationale Körperschaft erlauben, durch die die Normadressaten über den Gemeinschaftscharakter*

⁸⁸ Wohin diese vermeintliche Anwendungspflicht des VIII. Kapitels führen kann, deutet sich bei *Pötters*, in: Gola, DS-GVO, Art. 85 Rn. 15 an: „Auch Presseunternehmen sind somit bei Datenschutzverstößen künftig dem Risiko gravierender Sanktionen ausgesetzt“.

⁸⁹ S. zu den Pflichten der mitgliedstaatlichen Gesetzgeber im Hinblick auf unionales Ordnungsrecht *Selmayr/Ehmann*, in: Ehmann/Selmayr, Datenschutz-Grundverordnung 2017, Einführung Rn. 8 ff. mit weiteren Nachweisen.

*einer Rechtsnorm und die sich daraus ergebenden Folgen im Unklaren gelassen werden.*⁹⁰

Zwar können die Mitgliedstaaten auch im Anwendungsbereich von Verordnungen berechtigt und sogar verpflichtet sein, Durchführungsregelungen zu erlassen, um dem Verwaltungsrecht zu Wirksamkeit zu verhelfen.⁹¹ Ersichtlich ist dies im Rahmen der Öffnungsklauseln in der Datenschutz- Grundverordnung der Fall, namentlich auch in Art. 85 Abs. 1 und 2 DS-GVO, die gerade Regelungsaufträge gegenüber den Mitgliedstaaten erteilen. Jedoch ist auch in diesem Fall von den Mitgliedstaaten der von der Verordnung gesetzte Rahmen einzuhalten.⁹² „Das Durchführungsrecht darf nicht den Zweck oder die Wirkung haben, die Tragweite der Verordnungsbestimmung zu ändern.“⁹³ Das unionsrechtliche, vor allem für das Normwiederholungsverbot bei Unions-Verordnungen entwickelte Gebot der Normenklarheit des mitgliedstaatlichen Rechts gilt mithin selbstverständlich gerade auch im Bereich der Öffnungsklauseln und daraus sich ergebenden mitgliedstaatlichen Regelungsspielräume: Auch und gerade das in Ausfüllung dieser Regelungsspielräume erlassene mitgliedstaatliche Recht darf keine Unklarheiten im Hinblick auf die Geltung des Verwaltungsrechts schaffen. Eben dies ist aber der Fall, wenn über die Anwendbarkeitserklärung des „Kapitel VIII“ in § 9c Abs. 1 Satz 5 und § 57 Abs. 1 Satz 5 RStV-E Unklarheit darüber erzeugt wird, ob und inwieweit die deutschen Landesdatenschutzbehörden Aufgaben und Befugnisse auch im Hinblick auf die Tätigkeit der Medien gem. den Vorschriften des VI. Kapitels i.V.m. Art. 77, 78, 81 und 83 DS-GVO haben – oder nicht haben.

Unterstellt, dass die Landesgesetzgeber in der Sache keine Erstreckung der behördlichen Datenschutzaufsicht in den Geltungsbereich der Medienprivilegien hinein anstreben, vielmehr den bisherigen Rechtszustand rechtspolitisch im Rahmen des unionsrechtlich Möglichen aufrechterhalten wollen, es sich also bei der Kapitel-Nennung in § 9c Abs. 1 Satz 5 und § 57 Abs. 1 Satz 5 RStV-E in der Tat nur um eine auf ein Fehlverständnis des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO zurückzuführende „Angstklausele“ handelt, sollte auf diese Nennung des Kapitel VIII als unbedingt verzichtet werden: Unionsrecht *erlaubt* diesen Verzicht nicht nur, sondern *fordert* ihn um der gebotenen Eindeutigkeit der mitgliedstaatlichen Regelung willen.

⁹⁰ EuGH, Urt. v. 22.1977, Rs. 50//76 – Amsterdam Bulb, Rn. 4/7, (Hervorh. M.C.).

⁹¹ EuGH, Urt. v. 28.3.1985, Rs. 272/83 – Kommission/Italien, Rn. 27: „[...] Das Zusammenreffen einer ganzen Reihe gemeinschaftsrechtlicher, einzelstaatlicher und regionaler Vorschriften. In einem solchen besonderen Fall kann es nicht als ein Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht angesehen werden, das Regionalgesetze im Interesse ihres inneren Zusammenhangs und ihrer Verständlichkeit für die Adressaten bestimmte Punkte der Gemeinschaftsverordnungen wiederholen.“

⁹² *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 288 AEUV Rn. 101 (Stand: 2016).

⁹³ Generalanwalt *Lamothe*, Rs. 39/70, *Fleischkontor/Hamburg*, Slg. 1971, Schlussanträge, S. 49 (67).

b) Inkohärenz von § 57 Abs. 1 Satz 5 und § 59 Abs. 1 RStV-E v. 2. Juni 2017

Dass diese Eindeutigkeit und Rechtssicherheit mit der Nennung des Kapitel VIII in § 57 Abs. 1 Satz 5 RStV verfehlt wird, springt vor allem auch ins Auge, wenn der Zusammenhang mit § 59 RStV erfasst wird: Die mit dem Vorschlag der Rundfunkkommission v. 2. Juni 2017 möglicherweise gar nicht wirklich intendierte, aber doch „riskierte“ unmittelbar durchgreifende Anwendbarkeit der Art. 77, 78, 83 DS-GVO steht in offenem Widerspruch zu § 59 RStV. Die in § 59 Abs. 1 Satz 1 und 3 RStV-E weiterhin (wie bisher) vorgesehene Subsidiarität der Überwachungszuständigkeit der Landesdatenschutz-Aufsichtsbehörden gegenüber der Selbstregulierung durch den Presserat ist mit der angenommenen Durchgriffswirkung des Art. 77 DS-GVO offensichtlich nicht vereinbar. Der Presserat mit seinem Beschwerdeverfahren genügt, daran ist nicht zu zweifeln, nicht den institutionellen Voraussetzungen des Unionsrechts im Hinblick auf die mitgliedstaatlichen Aufsichtsbehörden, kann also nicht an die Stelle der staatlichen Datenschutzbehörden treten. Wird aber ein Beschwerderecht gemäß Art. 77 DS-GVO zu den staatlichen Datenschutzbehörden angenommen, und sei es auch nur im Hinblick auf Beschwerden hinsichtlich der vom Medienprivileg nicht erfassten materiellen Maßstäbe des Datengeheimnisses und der Datensicherheit, bedeutet dies die Anerkennung einer Handlungszuständigkeit dieser Behörden entgegen der in § 59 Abs. 1 Satz 3 vorgesehenen Subsidiarität. § 57 Abs. 1 Satz 5 RStV und § 59 Abs. 1 RStV passen in der von der Kommission vorgeschlagenen Gestalt nicht zusammen.

c) Art. 79, Art. 82 und Art. 84 DS-GVO

Das VIII. Kapitel der DS-GVO enthält indes nicht nur die vorstehend „neuen“ (d.h. dem Vorgängerkapitel III der DSRL noch fremden) Bestimmungen mit Bezug zur Datenschutzaufsicht, sondern auch diejenigen Regelungen, die schon bisher – als Regelungen des III. Kapitels – nicht von der Freistellungsmöglichkeit gemäß Art. 9 DS RL erfasst waren und dementsprechend auch im deutschen Recht beachtet und gemäß Verpflichtung aus der Richtlinie umgesetzt worden sind. Dabei handelte sich namentlich um die Bestimmungen über den gerichtlichen Rechtsschutz wegen Verletzung datenschutzrechtlicher Maßstäbe (nunmehr Art. 79 DS-GVO), über die Schadensersatz-Haftung (Art. 82 DS-GVO) sowie die von den Mitgliedstaaten zu ergreifenden weiteren Sanktionen (Art. 84 DS-GVO).

Diese Vorschriften des VIII. Kapitels teilen, wie dargelegt, nicht das (von einer In-Anwendungsetzung des VI. Kapitels abhängige) Akzessorietäts-Schicksal der Bestimmungen mit Bezug zur Datenschutzaufsicht. Sie beanspruchen daher, insoweit materielle Maßstäbe der Datenschutz-Grundverordnung für anwendbar erklärt werden (und nur insoweit!), in der Tat Anwen-

dung; von ihnen kann nicht nach Art. 85 Abs. 2 DS-GVO freigestellt werden. Unter der Annahme, dass die rechtspolitische Anpassung der landesrechtlichen Medienprivilegien dies auch gar nicht anstrebt, vielmehr auch insoweit den bisherigen Rechtszustand aufrechterhalten will, ergibt sich daraus folgendes:

Art. 82 DS-GVO als (anders als Art. 23 DSRL) nunmehr unmittelbar anwendbare Schadenersatz-Anspruchsgrundlage für Schäden aus dem Verstoß gegen Vorschriften der DS-GVO muss in den Formulierungen der Landesgesetze (§ 9c Abs. 1 Satz 5, § 57 Abs. 1 Satz 5 RStV-E, reformierte Landespressegesetze) in der Tat als Ausnahme von der Freistellung („nur ...“) ausdrücklich erwähnt werden, wenn und insoweit, wie beabsichtigt, die Bindung an den Grundsatz der Datensicherheit aus der DS-GVO (Art. 5 Abs. 1 Buchst. f DS-GVO) aufrechterhalten werden soll. Nur auf etwaige Schäden aus der Verletzung dieser Vorschrift kann sich, um dies noch einmal klarzustellen, der unionsrechtliche Schadenersatzanspruch beziehen. Soll auch (über den wohl ohnehin eingreifenden § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. der Normierung des Datengeheimnisses hinaus) ein datenschutzrechtlicher Schadenersatz- oder Entschädigungsanspruch wegen Verletzung des Datengeheimnisses besonders geregelt werden, bedarf dies einer zusätzlichen eigenständigen Regelung (gegebenenfalls durch Verweis auf § 83 BDSG n.F.).

Im Hinblick auf die Vorgaben der Artikel 79, 84 DS-GVO ist hingegen eine ausdrückliche Anwendbarkeitsanordnung oder -bekräftigung nicht erforderlich. Zwar beanspruchen auch diese Vorschriften Geltung, sind also gegenüber den Mitgliedstaaten verbindlich und können insbesondere nicht aufgrund von Art. 85 Abs. 2 DS-GVO abbedungen werden. Sie sind aber nicht ohne mitgliedstaatliches Umsetzungsrecht in den Mitgliedstaaten anwendbar, so dass sich der unionsrechtliche Geltungsbefehl gerade nicht darin erschöpfen kann, die Sicherstellung der Anwendbarkeit dieser Vorschriften in den Mitgliedstaaten zu fordern. Für Art. 84 DS-GVO ist dies ganz offensichtlich: Die Vorschrift ist auf Umsetzung durch die Mitgliedstaaten angelegt: Diese sind verpflichtet, wirksame Sanktionen zu schaffen (die Art. 85 DS-VO keineswegs schon aus sich heraus bereithält), etwa durch Schaffung entsprechender Straftatbestände im datenschutzrechtlichen Nebenstrafrecht⁹⁴ oder durch Anordnung weiterer zivilrechtlicher, im unionsrechtlichen Datenschutz nicht vorgesehener Rechtsfolgen, wie etwa den Unterlassungsanspruch (§ 1004 analog i.V.m. § 823 Abs. 2 i.V.m. den datenschutzrechtlichen Schutznormen).

⁹⁴ Gola, in: Gola, DS-GVO, 2017, Art. 84 Rn. 1 f.

Es handelt sich hier gerade nicht um eine unmittelbar anwendbare Norm, auf die daher im mitgliedstaatlichen Recht verwiesen werden könnte, sondern wiederum um einen Regelungsauftrag an die Mitgliedstaaten.⁹⁵

Aber auch Art. 79 Abs. 1 DS-VGO, der die Bereitstellung eines wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelfs verlangt, ist nur eine Rechtsschutzgewährleistung, die im mitgliedstaatlichen Gerichtsverfahrensrecht erst operationalisiert werden muss.⁹⁶ Dieser Bereitstellungspflicht genügen die Mitgliedstaaten erst durch prozessrechtliche Eröffnung nationaler Rechtsschutzmöglichkeiten – im deutschen Recht also namentlich durch die zivilprozessualen Klagen in der Hauptsache und im einstweiligen Rechtsschutz; eine Verweisung auf Art. 79 Abs. 1 DS-GVO kann dem naturgemäß nicht genügen und ist daher auch unnötig.

Nur die besondere Regelung der internationalen Gerichtszuständigkeit in Art. 79 Abs. 2 DS-GVO beansprucht wohl an sich unmittelbare, und gem. Art. 85 Abs. 2 DS-GVO nicht abdingbare Anwendbarkeit. Angesichts der überhaupt nur punktuellen Anwendbarkeit des unionalen Datenschutzrechts (nur Datensicherheit) in der Reichweite der Bereichsausnahme für die Medien sowie mit Blick auf die zusätzliche Belastung der Medien durch das durch Art. 79 Abs. 2 DS-GVO eingeräumte Gerichtsstands-Wahlrecht (auch: Gerichte des Mitgliedstaats des Aufenthaltsorts der betroffenen Person) kommt indes insoweit eine Freistellung aufgrund von Art. 85 Abs. 1 DS-GVO in Betracht. Geht man von letzterem aus, kann auch auf die Nennung des Art. 79 DS-GVO in der Rückausnahme vom Medienprivileg verzichtet werden.

Art. 80 DS-GVO verweist auch für die überhaupt nur in Betracht kommende Beauftragung und Verbandsklage im Hinblick auf den gerichtlichen Rechtsschutz (Art. 79 DS-GVO) – die durch die Vorschrift auch in Bezug genommenen Rechtsbehelfe des Art. 77 f. DS-GVO kommen wegen ihres Bezugs zur Aufsichtsbehörde nicht in Betracht – auf mitgliedstaatliche prozessrechtliche Regelungen⁹⁷ und entfaltet daher aus sich heraus keine zwingende Bindungswirkung.⁹⁸

⁹⁵ Erwägungsgrund Nr. 149 DS-GVO; *Gola*, in: *Gola*, DS-GVO, 2017, Art. 84 Rn. 2.

⁹⁶ *Werkmeister*, in: *Gola*, DS-GVO, 2017, Art. 79 Rn. 1: „Angesichts der bereits vorhandenen Rechtsschutzmöglichkeit nach deutschem Recht hat Abs. 1 aber keine praktischen Auswirkungen.“; *Martini*, in: Paal/Pauly, Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Art. 79 Rn. 32 f.: „primär klarstellenden Charakter“, „Handlungsauftrag“, „Verpflichtung, die entspr. gerichtlichen Rechtsbehelfe bereitzuhalten“; „Da das bestehende Prozessrecht die notwendigen Klagemöglichkeiten bereits vorsieht, besteht im nationalen Recht jedoch kein Anpassungsbedarf.“; nicht dazu passend freilich die (unzutreffende) Aussage ebd.: „Art. 79 versteht sich als grundsätzlich abschließende, unmittelbar geltende Regelung des Unionsrechts“. ...

⁹⁷ Art. 80 Abs. 1: „[...] sofern dieses im Recht der Mitgliedstaaten vorgesehen ist“; s. auch Erwägungsgrund Nr. 142.

⁹⁸ *Nemitz*, in: *Ehmann/Selmayr*, Art. 80 Rn. 10; *Frenzel*, in: *Pauly*, DS-GVO, Art. 80 Rn. 13.

d) Fazit

Insgesamt erweist sich mithin Art. 82 DS-GVO als einzige Vorschrift des VIII. Kapitels der DS-GVO, die infolge der Umstellung des unionsrechtlichen Datenschutzrechts auf den Verordnungsmodus nun bei der Regelung der Bereichsausnahme für die Medien in den Landesgesetzen und im Rundfunkstaatsvertrag ausdrücklich benannt werden muss. Im Hinblick auf die übrigen in Kapitel VIII DS-GVO enthaltenen Bestimmungen wären eine Auflistung dieser Artikel oder eine pauschale Bezeichnung des ganzen Kapitels wie im Vorschlag der Rundfunkkommission v. 2. Juni 2017 teilweise überflüssig, wenn auch unschädlich (in Bezug auf die Art. 79, 80, 84 DS-GVO), teilweise aber unionsrechtlich sogar kritisch (in Bezug auf Art. 77, 78, 81, 83 DS-GVO), insofern damit eine mit dem Gebot normenklarer Anpassung des mitgliedstaatlichen Rechts an die Unionsrechtssetzung unvereinbare Regelung geschaffen würde. Von der Nennung des Kapitel VIII und der anderen in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO genannten Kapitel sollte daher Abstand genommen werden. Der Vorschlag eines § 10 des Hessischen Pressegesetzes im Referentenentwurf vom Juli 2017 entspricht hingegen den Vorgaben der DS-GVO und kann als Muster für eine Änderung der entsprechenden Regelungen im RStV zugrunde gelegt werden.

VI. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

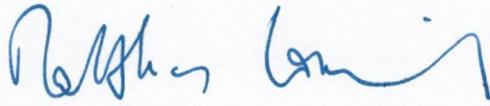
1. Die datenschutzrechtliche Bereichsausnahme für die Medien („Medienprivileg“) ist unabdingbare Voraussetzung der Medientätigkeit und damit der verfassungsrechtlich anerkannten öffentlichen Aufgabe von Presse, Rundfunk und (journalistischen) Telemedien. Sie ist daher selbst kommunikationsgrundrechtlich gefordert (Art. 5 Abs.1 und 3 GG, Art. 10 EMRK, Art. 11 GrCh).
2. Das „Medienprivileg“ führt keineswegs zu einer Ausschaltung des Persönlichkeitschutzes im Bereich der Medientätigkeit, anerkennt aber, dass andere, seit jeher das Konfliktfeld Presse und Persönlichkeitsrecht bestimmende rechtliche Interessen-Ausgleichsmechanismen problemangemessenere Ausdifferenzierungen ermöglichen und daher besser geeignet sind zur Lösung dieser Konflikte als das Datenschutzrecht.
3. Die – und sei es auch nur partielle – Unterwerfung der journalistischen Tätigkeit unter eine datenschutzbehördliche Aufsicht bedeutete einen tiefen, verfassungsrechtlich bedenklichen Bruch mit den gefestigten Traditionen des modernen freiheitlichen Presserechts, das eine Verwaltungsaufsicht über die Presse nicht kennt. Auch die Sonderregelungen zum Datenschutz für Rundfunk und Telemedien schirmen die journalistische Tätigkeit dieser Medien bisher wirksam gegenüber einer Kontrolle durch die staatlichen Datenschutzbehörden ab (Vorrang der Selbstregulierung).
4. Die Neufassung der unionsrechtlichen Bereichsausnahme für die publizistische Kommunikation in Art. 85 DS-GVO führt die Freistellungsermächtigung der Mitgliedstaaten nicht nur – in Regelungskontinuität zu Art. 9 DSRL – fort, sondern gestaltet sie in Wortwahl und Inhalt in mehrfacher Hinsicht sogar großzügiger aus.
5. Die Nichtberücksichtigung des Kapitels VIII der DS-GVO in der Enumeration der ausnahmsfähigen Kapitel in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO entspricht derjenigen des Kapitel III in Art. 9 DSRL und bestätigt daher den Ansatz der Regelungskontinuität der neuen Regelung der Bereichsausnahme.
6. Eine entstehungsgeschichtlich informierte Interpretation des Art. 85 DS-GVO kann und muss gewährleisten, dass die hinter den verschiedenen im Gesetzgebungsverfahren diskutierten Formulierungsvorschlägen stehenden Interessen und Anliegen, die sich in der kumulierten Öffnungsklausel mit Meldepflicht niedergeschlagen haben (Art. 85 Abs. 1-3 DS-GVO), auch im Auslegungsergebnis Berücksichtigung finden (Grundsatz interessenwahrender Auslegung). Art. 85 DS-GVO ist daher so zu interpretieren, dass allen

Absätzen des Art. 85 DS-GVO und den darin formulierten Bestimmungen rechtlich eigenständige Regelungsbedeutung zukommt.

7. Art. 85 Abs. 1 DS-GVO ist nicht bloße Anpassungsklausel oder „unechte“ Öffnungsklausel, sondern eigenständige Öffnungsklausel mit über Art. 85 Abs. 2 DS-GVO hinausreichendem Regelungsauftrag und Freistellungs-Ermächtigungsgehalt.
8. Die spezifizierte Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO ist nicht *lex specialis* gegenüber der allgemeinen Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO, verdrängt mithin diese nicht in dem Tatbestandsbereich der vier qualifizierten Verarbeitungszwecke (journalistische, künstlerische, literarische und wissenschaftliche Zwecke).
9. Entstehungsgeschichtlich nachweisbarer Sinn der endgültigen Fassung des Art. 85 DS-GVO mit seiner Doppel-Klausel ist jedenfalls, dass damit die bisher schon in Art. 9 DSRL erreichte Reichweite der unionsrechtlichen Freistellungsermächtigung (und -verpflichtung) der Mitgliedstaaten erhalten, sie – umgekehrt formuliert – keinesfalls verkürzt werden sollte.
10. Der Regelungsauftrag des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO wirkt konstitutiv dort, wo die enger gefasste Verpflichtung des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO nicht greift, und zwar im Hinblick auf die tatbestandlich erfassten grundrechtlich geschützten Datenverarbeitungen ebenso wie hinsichtlich der Reichweite der Freistellung.
11. Art. 85 Abs. 1 DS-GVO flexibilisiert mithin, darin besteht sein Sinn und seine Funktion, die unionsrechtliche Bereichsausnahme entsprechend den grundrechtlichen Anforderungen der Kommunikationsfreiheit. Seine Öffnungsklausel gibt den Mitgliedstaaten zusätzliche Freistellungsoptionen über den starren (wenngleich schon weiten) Rahmen des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO hinaus, soweit dies grundrechtlich geboten ist.
12. Die – tatsächlich nur scheinbar – gem. Art. 85 Abs. 2 DS-GVO zwingende Anwendung einzelner Rechtsbehelfs- und Sanktionsvorschriften des Kapitel VIII mit Bezug zur behördlichen Datenschutzaufsicht auch im journalistischen Bereich (Art. 77, 578, 81, 83 DS-GVO) macht keinen Sinn, wenn die Anwendbarkeit der institutionellen Vorschriften über die Datenschutzaufsicht (Kapitel VI DS-GVO, wie schon Kapitel VI DSRL) nach wie vor von den Mitgliedstaaten ausgeschlossen werden darf. Die These von der zwingenden Bindung an diese Vorschriften des Kapitel VIII ist systematisch unschlüssig und inhaltlich unplausibel.

13. Da die Mitgliedstaaten nach Art. 85 Abs. 2 DS-GVO berechtigt sind, den gesamten materiellen Datenschutz in der Reichweite der Bereichsausnahme auszuschließen, wäre nicht nachzuvollziehen, weshalb ausgerechnet die ohnehin nur akzessorischen Rechtsbehelfe der Art. 77 f. und die Bußgeldbewehrung jeder mitgliedstaatlichen Disposition entzogen sein sollten.
14. Auch schon aus Art. 85 Abs. 2 DS-GVO ergibt sich keine unabdingbare Pflicht der Mitgliedstaaten, die Anwendbarkeit der Vorschriften des VIII. Kapitels, welche Befugnisse der Datenschutzbehörden voraussetzen, aufrecht zu erhalten: Die Ausschlussbefugnis im Hinblick auf das VI. Kapitel schließt die Vorschriften des VIII. Kapitels mit Bezug zu den Datenschutzaufsichtsbehörden notwendig ein und hat also insoweit überwirkende Bedeutung auch für das Kapitel VIII der DS-GVO, ohne dass dies noch einer ausdrücklichen Ermächtigung in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO bedurft hätte. Denn die Artikel 77, 78, 81 und 83 DS-GVO sind ohne die in diesen Regelungen vorausgesetzten Aufgabenzuweisungen und Befugnisse gem. dem VI. Kapitel nicht anwendungsfähig.
15. Schließen die Mitgliedstaaten, wie in den deutschen Medienprivilegien (absolut für die Presse, relativ, über den Vorrang der Selbstregulierung, auch für die Telemedien), die Zuständigkeit der Datenschutzaufsichtsbehörden aus, erstreckt sich dieser Ausschluss notwendig auch auf die akzessorischen Regelungen des VIII. Kapitels der DS-GVO.
16. Wird nicht schon richtigerweise Art. 85 Abs. 2 DS-GVO so verstanden, dass die *danach* mögliche Freistellung auch die Art. 77 f. und 83 DS-GVO erfasst, kommt insoweit jedenfalls die ergänzende und weitergehende Freistellungsbefugnis aus Art. 85 Abs. 1 DS-GVO zum Tragen. Jedenfalls auf Art. 85 Abs. 1 DS-GVO lässt sich die schon bisher, unter der Freistellungsermächtigung der Richtlinie, unionsrechtlich zulässige Freistellung der Medien von der Behördenaufsicht auch künftig stützen: Das, was bisher unionsrechtlich zweifelsfrei und unangefochten möglich war, nämlich der Vorrang medienrechtlicher Konfliktscheidungsmechanismen und Kontrollzuständigkeiten gegenüber dem institutionellen Datenschutz, ist daher auch weiterhin unionsrechtlich möglich.
17. Die Folgerungen aus dem unionsrechtlichen Befund für die anstehende Reformaufgabe im deutschen Medienrecht (§ 9c, § 57 RStV-E, Landespressegesetze) sind klar und sie sind einfach: Ein substantieller Änderungsbedarf aufgrund der Umstellung der unionsrechtlichen Bereichsausnahme von Art. 9 DSRL auf Art. 85 DS-GVO besteht nicht.

18. Die Länder können sich bei der Neufassung der einschlägigen Regelungen des Rundfunkstaatsvertrages und der Landesmediengesetze darauf beschränken, diejenigen Änderungen vorzunehmen, die sich aus der Änderung der innerstaatlich-deutschen Rechtslage – namentlich Wegfall des Bundesrechts (BDSG a.F.) – sowie aus der nun unmittelbaren Anwendbarkeit der die Schadensersatzpflicht anordnenden Verordnungsnorm des Art. 82 DS-GVO ergeben. Eine Modifikation, insbesondere Verkürzung der inhaltlichen Reichweite des Medienprivilegs, etwa im Hinblick auf Befugnisse der Datenschutzbehörden, ist damit nicht verbunden; sie ist unionsrechtlich jedenfalls nicht gefordert.
19. Eine „Angstklausel“ in den Neufassungen der deutschen Bestimmungen über das Medienprivileg, die durch Auflistung der in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO nicht genannten Kapitel versucht, dem vermeintlichen Anwendungsanspruch der DS-GVO gerecht zu werden, ist unionsrechtlich nicht nur überflüssig, sondern sogar problematisch: Die mit der Nennung des VIII. Kapitels einhergehende Deklaration der Anwendbarkeit der Artikel 77, 78, 81 und 83 DS-GVO schafft eine unklare, in sich un schlüssige Rechtslage.
20. Die Unklarheit, Inkohärenz und daraus entstehende Rechtsunsicherheit einer auf das VIII. Kapitel der DS-VO verweisenden Anwendbarkeits-Deklaration stehen im Widerspruch zu den Anforderungen an eine normenklare Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben, wie sich allgemein schon aus Art. 288 AEUV und besonders aus dem Regelungsauftrag des Art. 85 DS-GVO ergeben. Von der Nennung des Kapitel VIII und der anderen in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO genannten Kapitel in den neu zu fassenden Vorschriften über das Medienprivileg in § 9c, § 57 RStV und den Landesmediengesetzen sollte daher Abstand genommen werden.
21. Art. 82 DS-GVO ist die einzige Vorschrift des VIII. Kapitels der DS-GVO, die infolge der Umstellung des unionsrechtlichen Datenschutzrechts auf den Verordnungsmodus nun bei der Regelung der Bereichsausnahme für die Medien in den Landesgesetzen und im Rundfunkstaatsvertrag ausdrücklich benannt werden muss.





VSZV, Königstraße 26, 70173 Stuttgart

Staatsministerium Baden-Württemberg
Referat 26

Richard-Wagner-Str. 15
70184 Stuttgart

vorab per E-Mail

we

8. Januar 2018

Anhörung zum Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Medien-Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679, hier Landespressegesetz

Sehr geehrter Herr

wir danken Ihnen für die Gelegenheit, zum Entwurf des Gesetzes zur Anpassung des Medien-Datenschutzrechts an die Verordnung EU 2016/679, hier im Besonderen der Anpassung des Landespressegesetzes Stellung nehmen zu können. Der vorliegende Gesetzentwurf ist ein sog. Artikelgesetz. Er befasst sich mit den zum 25.5.2018 umzusetzenden datenschutzrechtlichen Änderungen in den Vorschriften des Landespressegesetzes sowie des Landesmediengesetzes.

Bereits in der vom Staatsministerium am 11.10.2017 durchgeführten Expertenrunde haben die Verlegerverbände zu den in der Stellungnahme nochmals ausführlich dargestellten Einzelfragen Position bezogen. Mit der unter den Verleger- und Journalistenverbänden abgestimmten gemeinsamen Stellungnahme (**siehe Anlage 1**) begrüßen wir den uns vorgelegten Entwurf zum neuen § 12 Landespressegesetz Baden-Württemberg mit Nachdruck. Hinsichtlich der Einzelheiten dürfen wir auf die Stellungnahme verweisen.

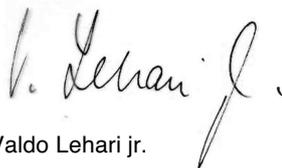
Verband Südwestdeutscher Zeitungsverleger e.V.

- 2 -

Ebenfalls liegen zwei weitere Dokumente zur Kenntnisnahme bei, auf die in der Stellungnahme unmittelbar Bezug genommen wurde: Das Gutachten „Das datenschutzrechtliche Medienprivileg unter Behördenaufsicht?“ von Prof. Dr. Matthias Cornils Johannes Gutenberg-Universität Mainz (Anlage 2) sowie das gemeinsame Arbeitspapier der Verleger- und Journalistenverbände vom 18. Mai 2017 (Anlage 3).

Für Rückfragen stehen wir zur Verfügung.

Mit freundlichen Grüßen



Valdo Lehari jr.
Vorsitzender



Stephan Bourauel
Geschäftsführer

Anlagen



SÜDWESTDEUTSCHER
ZEITSCHRIFTENVERLEGER-
VERBAND E.V.



**DJV-Landesverband Baden-Württemberg e.V.
Landesfachbereich Medien ver.di Baden-Württemberg
SZV Südwestdeutscher Zeitschriftenverlegerverband e.V.
Verband Südwestdeutscher Zeitungsverleger e.V.**

**BDZV Bundesverband Deutscher Zeitungsverleger e. V.
dju Deutsche Journalisten- und Journalistinnen-Union
DJV Deutscher Journalisten-Verband
Deutscher Presserat
VDZ Verband Deutscher Zeitschriftenverleger e. V.**

**Stellungnahme (Stand: 8. Januar 2018)
zum**

**Entwurf zur Änderung des § 12 des Baden-Württembergischen Landespres-
sesgesetzes durch Art. 3 des Entwurfs für ein Gesetz zum Einundzwanzigsten
Rundfunkänderungsstaatsvertrag und zur Anpassung des Medien-
Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 vom 30.10.2017 – im
Folgenden: Gesetzentwurf**

§ 12 des Baden-Württembergischen Pressegesetzes vom 14. Januar 1964 (GBl. S. 11), das zuletzt durch Art. 16 des Gesetzes vom 29. Juli 2014 (GBl. S. 378, 381) geändert worden ist – im Folgenden § 12 PrG BW –, lautet:

§ 12 PrG BW Anwendbarkeit des Bundesdatenschutzgesetzes

Soweit Unternehmen oder Hilfsunternehmen der Presse personenbezogene Daten ausschließlich zu eigenen journalistisch-redaktionellen oder literarischen Zwecken erheben, verarbeiten oder nutzen, gelten von den Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes vom 20. Dezember 1990 (BGBl. I S. 2955), zuletzt geändert durch Artikel 12 des Gesetzes vom 21. August 2002 (BGBl. I S. 3322), in seiner jeweils gültigen Fassung nur die §§ 5, 9 und 38a sowie § 7 mit der Maßgabe, dass nur für Schäden gehaftet wird, die durch eine Verletzung von § 5 oder § 9 des Bundesdatenschutzgesetzes eintreten.

Der Entwurf zur Änderung des § 12 PrG BW durch Art. 3 des Gesetzentwurfes vom 30.10.2017 – im Folgenden § 12 PrG BW-Entwurf – lautet:

§ 12 PrG BW-Entwurf

Datenverarbeitung zu journalistischen und literarischen Zwecken

(1) ¹Soweit Unternehmen der Presse und deren Hilfsunternehmen personenbezogene Daten zu journalistischen oder literarischen Zwecken verarbeiten, ist es den hiermit befassten Personen untersagt, diese personenbezogenen Daten zu anderen Zwecken zu verarbeiten (Datengeheimnis). ²Bei der Aufnahme ihrer Tätigkeit sind diese Personen auf das Datengeheimnis zu verpflichten. ³Das Datengeheimnis besteht auch bei Beendigung der Tätigkeit fort.

(2) ¹Im Übrigen finden für die Datenverarbeitung zu journalistischen oder literarischen Zwecken durch Unternehmen der Presse und deren Hilfsunternehmen von den Kapiteln II bis VII und IX der Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (ABl. L 119 vom 4.5.2016, S. 1) nur Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe f in Verbindung mit Absatz 2, Artikel 24 und 32 sowie von den Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) vom 30. Juni 2017 (BGBl. I S. 2097) nur § 83 in ihrer jeweils geltenden Fassung Anwendung. ²Art. 82 der Verordnung (EU) 2016/679 gilt mit der Maßgabe, dass nur für unzureichende Maßnahmen nach Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe f in Verbindung mit Absatz 2, Artikel 24 und 32, § 83 BDDSG mit der Maßgabe, dass nur für eine Verletzung des Datengeheimnisses nach Absatz 1 gehaftet wird.

(3) Führt die journalistische oder literarische Verarbeitung personenbezogener Daten zur Verbreitung von Gegendarstellungen der betroffenen Person oder zu Verpflichtungserklärungen, Beschlüssen oder Urteilen über die Unterlassung der Verbreitung oder über den Widerruf des Inhalts der Daten, so sind diese Gegendarstellungen, Verpflichtungserklärungen und Widerrufe zu den gespeicherten Daten zu nehmen und dort für dieselbe Zeitdauer aufzubewahren wie die Daten selbst sowie bei einer Übermittlung der Daten gemeinsam mit diesen zu übermitteln.

A Zusammenfassung wesentlicher Aussagen

Die Verbände der Presseverleger und Journalisten begrüßen § 12 PrG BW-Entwurf mit Nachdruck. Der Entwurf soll den bestehenden und unverzichtbaren Schutz der redaktionellen Pressefreiheit durch Umstellung auf die ab Mai 2018 geltende sog. Datenschutzgrundverordnung (EU) 2016/679 – im Folgenden DSGVO – in der Sache ohne Abstriche fortschreiben:

Unverändert gelten nach § 12 PrG BW-Entwurf für die redaktionelle Datenverarbeitung nur Datengeheimnis und Datensicherheit. Und ebenso unverändert sind diese beiden Verpflichtungen nur durch Gerichte im Wege der Unterlassungs- oder Schadensersatzklage durchsetzbar, nicht aber durch behördliche Aufsicht. Das stellt jedenfalls die Begründung zu § 12 PrG BW-Entwurf klar (Begründung zu Absatz 2 des § 12 PrG BW-Entwurf, dort 6. bis 12. Absatz und insbesondere 9. Absatz). Die Beschwerde bei der redaktionellen Selbstkontrolle des Presserates kommt als von Verlagen und Journalisten freiwillig eingeräumte Möglichkeit der Selbstkorrektur hinzu, ist aber keine rechtliche Bedingung der Freiheit von behördlicher Aufsicht.

Der so skizzierte Schutz der Redaktionen gegen Datenschutzrecht und datenschutzbehördliche Aufsicht ist unverzichtbar für den Schutz der Pressefreiheit in Deutschland und Europa.

Insbesondere ist die Klarstellung in der Gesetzesbegründung zu begrüßen, nach der „für den Bereich des Presseprivilegs eine datenschutzrechtliche Aufsichtsbehörde ausgeschlossen wird“ und deshalb auch die Artikel 77 (Beschwerde bei einer Aufsichtsbehörde), Artikel 78 (Rechtsbehelf gegen Aufsichtsbeschwerde) und Artikel 83 (Aufsichtsbehördliche Geldbußen) der DSGVO, die „die Existenz einer Aufsichtsbehörde voraussetzen“, „tatbestandlich nicht anwendbar“ sind. Das gilt, wie die Begründung ausdrücklich und zu Recht erklärt, obwohl § 12 PrG BW-Entwurf das Kapitel VIII der DSGVO, in dem sich die Artikel 77, 78 und 83 finden, nicht für unanwendbar erklärt, sondern unerwähnt lässt.

Wir erlauben uns zu der Frage der Gesetzestechnik lediglich den Hinweis, dass eine leicht geänderte Fassung des § 12 PrG BW-Entwurf das vom baden-württembergischen Gesetzgeber Gewollte auch schon im Gesetzestext – und nicht erst in der Gesetzesbegründung – noch deutlicher zum Ausdruck bringen würde. Tatbestandliche Nichtanwendbarkeit ist eine Nichtanwendbarkeit, so dass schon deshalb diese Frage im Gesetzestext des § 12 PrG BW-Entwurf noch klarer behandelt werden kann (Vorschlag unten unter 2.).

Zudem muss daran festgehalten werden, dass Art. 85 Abs. 1 und 2 DSGVO sehr wohl auch Abweichungen und Befreiungen von Kapitel VIII der DSGVO erlauben, jedenfalls aber dass eine solche pressefreiheitsfreundliche und das Normierungsermessen der Mitgliedsstaaten betonende Auslegung des Art. 85 Abs. 1 DSGVO die sehr viel besseren Gründe für sich hat und damit eine Option ist, die jeder auf der Seite der Pressefreiheit

stehende deutsche Gesetzgeber guten Gewissens wählen kann und muss (näher unten unter 3. und B).

1. Die Freiheit der Presse setzt voraus, dass weder Datenschutzrecht noch Datenschutzaufsicht auf die redaktionelle Arbeit von der Recherche bis zur Veröffentlichung Anwendung finden¹.

Das stellt § 12 des geltenden PrG BW ebenso wie § 12 PrG BW-Entwurf sicher, indem beide Normen die redaktionelle Datenverarbeitung nur zu Datensicherheit und Datengeheimnis verpflichten, d. h. zum Schutz der Redaktionsdaten gegen Zweckentfremdung und gegen unbefugte Kenntnisnahme durch Dritte. Dabei besteht im Falle einer Pflichtverletzung die – scharfe – Sanktion gerichtlich durchsetzbarer Schadensersatz- und Unterlassungsansprüche. Das wird de lege lata durch § 12 PrG BW i. V. m. § 7 BDSG bzw. §§ 823 Abs. 2, 1004 BGB angeordnet. Und es bleibt auch de lege ferenda so, wobei § 12 Absatz 2 Satz 2 PrG BW-Entwurf allein die Anspruchsgrundlage für den Schadensersatzanspruch von § 7 BDSG auf Art. 82 DSGVO (Datensicherheitsverletzungen) bzw. auf § 83 BDSG neu (Datengeheimnisverletzungen) umstellen müssen.

Hingegen gibt es keine Zuständigkeit von Datenschutzaufsichtsbehörden zur Überwachung der Redaktionen, was ein wesentliches Element der Pressefreiheit ausmacht. Wie die Gesetzesbegründung zu § 12 PrG BW-Entwurf zur Recht ausführt, wird die staatliche Datenschutzaufsicht auch nicht dadurch zuständig, dass das Kapitel VIII DSGVO, in dem sich die Artikel 77, 78 und 83 finden, in § 12 Absatz 2 Satz 1 PrG BW-Entwurf unerwähnt bleibt. Denn auch wenn das Kapitel VIII nicht *formal* für *unanwendbar* erklärt wird, sind all diejenigen Normen, die die Existenz einer zuständigen Aufsichtsbehörde im Bereich von redaktioneller Datensicherheit und Datengeheimnis voraussetzen, durch den Ausschluss eben dieser Aufsichtsbehörde *tatbestandlich unanwendbar* (Begründung zu Absatz 2 des § 12 PrG BW-Entwurf, dort Absätze 7 bis 9). Auch eine solche Unanwendbarkeit könnte allerdings schon im Gesetzestext noch deutlicher gemacht werden (unten 2.).

Gemäß §12 PrG BW ebenso wie gemäß § 12 PrG BW-Entwurf ist diese Freiheit der gedruckten Presse von staatlicher Aufsicht auch im Bereich von Datensicherheit und Datengeheimnis unbedingt. Die freiwillige Selbstkontrolle des Presserates kommt – wie im Bereich des Streitens um Verletzung von Persönlichkeitsrechten im Falle der Veröffentlichung personenbezogener Daten durch Presseartikel – als Möglichkeit hinzu, ist aber natürlich keine Bedingung der Freiheit von staatlicher Aufsicht über die Redaktionen (vgl. auch 5. Absatz der Begründung zu Absatz 2 des § 12 PrG BW-Entwurf). Diese Freiheit der redaktionellen Arbeit der Presse von behördlicher Aufsicht ist wesentliches Element der Pressefreiheit seit dem Inkrafttreten des Reichspressegesetzes im Jahre 1874.

2. Wie bereits erwähnt, plädieren wir dafür, die tatbestandliche Unanwendbarkeit der Art. 77, 78 und 83 DSGVO auf die redaktionelle Datenverarbeitung auch schon im Gesetzestext – und nicht nur in der Begründung – des § 12 PrG BW-Entwurf noch deutlicher zu

¹ Ausführlich dazu das angehängte „Arbeitspapier zur Umsetzung des Art. 85 der DSGVO“ (Stand Mai 2017) unter A.

machen. Auch eine *tatbestandliche Unanwendbarkeit* bedeutet Unanwendbarkeit. Zudem ist die dem bisherigen Recht entsprechende *formale Ausschließung* der fraglichen Regelungen mit Art. 85 DSGVO sehr wohl vereinbar (näher unter 3.).

Diese Verdeutlichung ließe sich durch eine Streichung der Worte „den Kapiteln II bis VII und IX“ in § 12 Absatz 2 Satz 1 PrG BW einfach umsetzen.

§ 12 PrG BW-Entwurf

Datenverarbeitung zu journalistischen und literarischen Zwecken

(1) *[unverändert]*

(2) ¹Im Übrigen finden für die Datenverarbeitung zu journalistischen oder literarischen Zwecken durch Unternehmen der Presse und deren Hilfsunternehmen von ~~den Kapiteln II bis VII und IX~~ der Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (ABl. L 119 vom 4.5.2016, S. 1) nur Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe f in Verbindung mit Absatz 2, Artikel 24 und 32 sowie von den Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) vom 30. Juni 2017 (BGBl. I S. 2097) nur § 83 in ihrer jeweils geltenden Fassung Anwendung. ²Art. 82 der Verordnung (EU) 2016/679 gilt mit der Maßgabe, dass nur für unzureichende Maßnahmen nach Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe f in Verbindung mit Absatz 2, Artikel 24 und 32, § 83 BDSG mit der Maßgabe, dass nur für eine Verletzung des Datengeheimnisses nach Absatz 1 gehaftet wird.

So wäre schon auf der Ebene des Gesetzestextes jedes Missverständnis ausgeschlossen, nach dem mit der Nichterwähnung des Kapitels VIII eventuell trotz Ausschluss des Kapitels VI eine Beschwerde zur Aufsichtsbehörde gegeben sein könnte.

3. § 12 PrG BW-Entwurf ist europarechtskonform. Das gilt auch für die unter 2. vorgeschlagene, leicht geänderte Fassung. Die Freiheit der Redaktionen von behördlicher Aufsicht ist unter der neuen EU-Datenschutzgrundverordnung ebenso europarechtskonform wie unter der noch geltenden EU-RiLi 95/46/EG. Wie das als weiterer Anhang zu dieser Stellungnahme übersandte *Rechtsgutachten von Prof. Dr. Matthias Cornils*, Universität Mainz², ausführlich belegt, räumen Art. 85 Abs. 1 und 2 DSGVO den Mitgliedstaaten sogar weitergehende Regelungsmöglichkeiten ein als das geltende Recht. Demnach ist die unveränderte Beibehaltung des Presseprivilegs nach Art des § 12 PrG BW und insbesondere auch der Ausschluss der Art. 77, 78 und 83 DSGVO europarechtlich zulässig. Zu Recht geht die Begründung zu § 12 PrG BW-Entwurf davon aus, dass die EU-Datenschutzgrundverordnung jedenfalls keinerlei neue Einschränkung des sog. Medienprivilegs verlangt (Begründung, Allgemeiner Teil, 3. Änderung des Landespressegesetzes, am Ende und passim). Insbesondere können unverändert Beschwerderechte zu Aufsichtsbehörden etc. und damit auch die in Kapitel VIII der DSGVO enthaltenen Art. 77, 78 und 83 DSGVO ausgeschlossen werden. Das ist allerdings, anders als die Begründung zu § 12 PrG BW-Entwurf anzunehmen scheint, schon aufgrund des Art. 85 Abs. 2 DSGVO möglich. Es ergibt sich aber darüber hinaus auch aus Art. 85 Abs. 1 DSGVO, den die Gesetzesbe-

² Professor Dr. Matthias Cornils, Johannes Gutenberg-Universität Mainz, stv. Direktor des Mainzer Medieninstituts: „Das datenschutzrechtliche Medienprivileg unter Behördenaufsicht? Der unionsrechtliche Rahmen für die Anpassung der medienrechtlichen Bereichsausnahmen (in § 9c, § 57 RStV-E und den Landespressegesetzen) an die EU-Datenschutz-Grundverordnung“.

gründung – soweit ersichtlich – insoweit nicht in Erwägung zieht (ausführlich zur Europarechtskonformität der Beibehaltung der geltenden bedingungslosen Freiheit der Redaktionen von datenschutzbehördlicher Aufsicht unten unter B).

4. Ebenso zu Recht erkennt der Entwurf auch keine sonstigen, bspw. politischen Gründe, den Schutz der Pressefreiheit gegenüber Datenschutzrecht und Datenschutzaufsicht weiter zu beschneiden als bisher.

5. Insbesondere sieht § 12 PrG BW-Entwurf völlig zu Recht keine Verpflichtung vor, einen redaktionellen Datenschutzbeauftragten – bspw. in Anlehnung an § 38 BDSG (neu) ab einer Redaktionsgröße von zehn redaktionell tätigen Mitarbeitern – zu bestellen.

§ 12 des geltenden PrG BW enthält – wie § 41 BDSG (alt) – keine Verpflichtung zur Bestellung eines redaktionellen Datenschutzbeauftragten. Ebenso finden gemäß § 12 PrG BW-Entwurf die Bestimmungen über den Datenschutzbeauftragten aus § 38 BDSG (neu) und Art. 37 ff. DSGVO auf die journalistische Datenverarbeitung der Presse keine Anwendung. Die entsprechenden Regelungen finden sich in Kapitel IV der DSGVO, von dem schon nach Art. 85 Abs. 2 DSGVO Ausnahmen oder Befreiungen gemacht werden müssen. Auf das noch weitergehende Regelungsermessen des deutschen Gesetzgebers gemäß Art. 85 Abs. 1 DSGVO kommt es insoweit als nicht an.

Es gibt keinerlei nachvollziehbaren Grund, den geltenden Schutz der Redaktionen in diesem Punkt abzuschwächen und stattdessen durch die hoheitliche Einpflanzung einer gesetzlich geregelten internen Kontrollstelle die redaktionelle Freiheit massiv zu beschneiden. Die gesetzliche Einsetzung eines Datenschutzbeauftragten für die redaktionelle Arbeit von Zeitungen und Zeitschriften ist mit der Pressefreiheit nicht vereinbar.

a) Ein redaktioneller Datenschutzbeauftragter wäre gemäß Art. 37 – 39 DSGVO oder gemäß noch zu treffender spezieller Regelung im PrG BW gesetzlich zur Überwachung und Kontrolle aller redaktionellen Mitarbeiter bei ihrer Recherche- und sonstigen redaktionellen Arbeit verpflichtet und befugt. Er müsste mit der Datenschutzaufsichtsbehörde zusammenarbeiten. Selbst mit der Zuständigkeitsbeschränkung auf die Fragen der Datensicherheit und des Datengeheimnisses würde es sich im Ergebnis um einen staatlich geregelten und gesteuerten Kontrolleur jeglicher Redaktionsarbeit handeln. Alle anderen redaktionellen Mitarbeiter müssten dem Beauftragten Auskunft über ihre Recherchearbeit und ggf. Zugang zu ihren recherchierten personenbezogenen Redaktionsdaten geben. Insgesamt ist ein redaktioneller Datenschutzbeauftragter nach Aufgabe, Stellung und Befugnissen mit freier redaktioneller Pressearbeit nicht vereinbar (vgl. für den in mancher Hinsicht ähnlichen Fall unabhängiger richterlicher Tätigkeit Art. 37 Abs. 1 a) DSGVO am Ende). Zu dieser Freiheit gehört auch die Organisation der Redaktionsarbeit und die Organisation des Schutzes des Redaktionsgeheimnisses, insbesondere die freie Entscheidung der Redaktionsleitung darüber, ob und welche vorgesetzten Redakteure in welchem Umfang die redaktionelle Arbeit und Recherche der einzelnen Redakteure überwachen. So ist es beispielsweise vielfach zum Schutz des Redaktionsgeheimnisses und der Integrität der Re-

daktion ein wichtiger Grundsatz, dass Redakteure ihre Quellen und Recherchen einschließlich der entsprechenden Datenverarbeitungsvorgänge mit *keinem* anderen Redaktionsmitglied teilen, soweit das nicht aus redaktionellen Gründen unumgänglich nötig ist. Die Unvereinbarkeit eines redaktionellen Datenschutzbeauftragten mit der Freiheit zur Organisation der Redaktionsarbeit zeigt beispielsweise auch die Vorgabe des Art. 38 Abs. 3 Satz 3 DSGVO, nach der der fragliche Redaktionsmitarbeiter „unmittelbar der höchsten Managementebene des Verantwortlichen“ und damit in aller Regel einer redaktionsexternen Stelle berichten müsste. Denn natürlich zählt es zur Freiheit der Presse und ist es eine wesentliche Regel für ungezählte Verlage, die journalistische Arbeit der Redaktionen vollständig unabhängig von der Verlagsgeschäftsführung auszugestalten. Im Ergebnis ist ein gesetzlich zu systematischer Kontrolle der Sicherheit der Recherchevorgänge etc. berufener Kontrolleur mit der redaktionellen Pressefreiheit nicht vereinbar.

b) Allein dass ein Gesetz ein Redaktionsmitglied verlangen würde, das die übrigen Redaktionsmitglieder bei ihrer Redaktionsarbeit ohne journalistische Veranlassung überwacht und kontrolliert, wäre eine unverhältnismäßige Beschneidung der redaktionellen Freiheit. Deshalb würde es sich auch noch dann um einen nicht hinnehmbaren Eingriff in die redaktionelle Pressefreiheit handeln, wenn die gesetzliche Verpflichtung sich in der Bestellung eines solchen Beauftragten erschöpfen würde, der Beauftragte also keine spezifischen Überwachungsbefugnisse bzw. -verpflichtungen hätte und auch keiner Verpflichtung zur Zusammenarbeit mit der Datenschutzaufsichtsbehörde etc. unterläge. Es ist wesentlicher Teil der redaktionellen Freiheit, über die Organisation und die Abläufe der redaktionellen Arbeit frei bestimmen zu können. Die Begründung zu § 12 Abs. 2 PrG BW-Entwurf erkennt diesen wichtigen Aspekt der Pressefreiheit, wenn sie ausführt: „Wie diese Verpflichtung [zu Datensicherheit und Datengeheimnis] im Einzelfall erfüllt wird, liegt in der Verantwortung des jeweiligen Presseunternehmens“ (Zweiter Absatz der Begründung zu Abs. 2 des § 12 PrG BW-Entwurf). Es gibt keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die Einhaltung der datenschutzrechtlichen Pflichten, die im redaktionellen Bereich bestehen, von den Verlagsunternehmen nicht organisatorisch durch eine angemessene Aufgabenverteilung sichergestellt würde, auch ohne dass regelnd in die Freiheit der Redaktionen eingegriffen wird.

c) Ganz ungeachtet der Ausführungen zu a) und b) ist kein Grund ersichtlich, die in Deutschland bestehende Pressefreiheit durch eine solche weitergehende Beschränkung aufzuweichen. Es würde sich um eine bewusste, durch keinerlei Vorgabe erzwungene Entscheidung des Landesgesetzgebers handeln, die Pressefreiheit durch die gesetzliche Implementierung eines Kontrolleurs in die Redaktionen zu schwächen.

6. Wir begrüßen den Verzicht des § 12 PrG BW-Entwurf auf die Einführung spezifischer datenschutzrechtlicher Berichtigungs- und Löschungsansprüche gegenüber Redaktionsdaten. Beide wären ebenso wie ein entsprechender Auskunftsanspruch unangemessen. Das gilt jedoch letztlich auch für den in § 12 Abs. 3 PrG BW-Entwurf vorgesehenen Aufbewahrungs- und Übermittlungsanspruch.

Für einen solchen gesonderten gesetzlichen Anspruch auf Aufnahme von Gegendarstellungen, Verpflichtungserklärungen etc. in die Redaktionsdaten gibt es keine Notwendigkeit. Es zählt selbstverständlich zur journalistischen Sorgfaltspflicht und ist zur Vermeidung von Vertragsstrafen und gerichtlich verhängten Ordnungsgeldern ohnehin erforderlich, Unterlassungserklärungen, Gegendarstellungen, Unterlassungsurteile etc. bei weiterer Redaktionsarbeit zu den jeweiligen Tatsachen zu berücksichtigen.

7. Der Bundesgesetzgeber, der wegen Wegfalls jeglicher Gesetzgebungskompetenz für die Presse im BDSG (neu) kein dem § 41 BDSG (alt) entsprechendes Medienprivileg mehr normieren kann, hat erklärt, er, der Bundesgesetzgeber, gehe „*davon aus, dass die insofern zuständigen Landesgesetzgeber das Pressprivileg **wie bisher** absichern werden*“³. § 12 PrG BW-Entwurf wird mit seinen Absätzen 1 und 2 diesem Anspruch im Wesentlichen gerecht, indem er die geltenden Vorgaben zu Datensicherheit und Datengeheimnis sowie entsprechende Haftungsregeln durch Verweise auf entsprechende Normen in Datenschutzgrundverordnung (DSGVO) und BDSG (neu) aktualisiert und dabei klarstellt, dass DSGVO und BDSG (neu) im Übrigen auf die Verarbeitung personenbezogener Daten zu journalistischen Zwecken keine Anwendung finden. Im Sinne des zitierten Petittums des Bundesgesetzgebers sollte auch von § 12 Abs. 3 PrG BW-Entwurf wieder Abstand genommen werden (vgl. soeben 6.).

8. Der auf die journalistische Datenverarbeitung für anwendbar erklärte Art. 5 DSGVO befindet sich im Kapitel II der DSGVO, das in Art. 85 Abs. 2 DSGVO enthalten ist und von dem somit Abweichungen auch schon nach dieser Vorschrift ohne jeden Zweifel verpflichtend und möglich sind. Es kann damit die Frage gestellt werden, ob es überhaupt noch sinnvoll erscheint, redaktionelle Datensicherheit und redaktionelles Datengeheimnis nicht nur medien- und äußerungsrechtlich, sondern zusätzlich auch datenschutzrechtlich abzusichern. Denn bereits aus den zivilrechtlichen Vorschriften zum Schutz des Persönlichkeitsrechts (§§ 823, 1004 BGB) ergeben sich die Verpflichtungen eines jeden Journalisten und jeder Redaktion, personenbezogene Redaktionsdaten gegen unbefugte Kenntnisnahme Dritter zu schützen (Datensicherheit) und solche Daten nicht unbefugt Dritten zugänglich zu machen (Datengeheimnis). Diese Verpflichtungen sind selbstverständlich durch Unterlassungs- und Schadensersatzklagen vor den Zivilgerichten effektiv durchsetzbar. Die *zusätzliche* Normierung der gleichen Pflichten in § 12 PrG BW-Entwurf kann deshalb durchaus als unnötig betrachtet werden, zumal diese Verpflichtungen dem ureigenen Interesse der Redaktionen entsprechen, alle Redaktionsdaten – außer im Fall der Publikation – geheim zu halten und gegen den Zugriff Dritter, handele es sich um den Staat oder Private, zu schützen.

³ BT-Drs. 18/11325 vom 24. Februar 2017, S. 79, Hervorhebung nur hier.

B Europarechtliche Zulässigkeit und medienpolitische Notwendigkeit der Beibehaltung der geltenden Pressefreiheit – Anwendbarkeit nur von Datensicherheit, Datengeheimnis und entsprechender Haftungsregelung

Pressefreiheit setzt voraus, dass weder Datenschutzrecht noch Datenschutzaufsicht auf die redaktionelle Verarbeitung personenbezogener Daten Anwendung finden. Diese Existenzbedingung von Pressefreiheit sichert für die gedruckte Presse § 12 des geltenden baden-württembergischen Pressegesetzes.

Möglich sind dabei alleine Vorgaben zu Datensicherheit und Datengeheimnis, die die Verarbeitung journalistischer Daten zu anderen als eben journalistischen Zwecken untersagen. Das Inkrafttreten der DSGVO im Mai 2018 verlangt eine Umstellung des geltenden § 12 PrG BW von einer Ausnahme vom BDSG hin zu einer Ausnahme von der DSGVO und vom BDSG (neu). Minimales Erfordernis für den Schutz des status quo redaktioneller Pressefreiheit ist dabei, dass die Bereichsausnahme des § 12 PrG BW bei der Anpassung inhaltlich unverändert bleibt, insbesondere unverändert höchstens Anforderungen an Datensicherheit und Datengeheimnis stellt und auch die Freiheit von der Aufsicht der Datenschutzaufsichtsbehörden unangetastet bleibt. Beides wird durch § 12 Absatz 1 und 2 PrG BW-Entwurf im Wesentlichen geleistet.

Das ist mit der DSGVO ebenso zulässig wie unter der noch geltenden Richtlinie, wie das mit dieser Stellungnahme übersandte Gutachten von Professor Dr. Matthias Cornils, Universität Mainz, ausführlich bestätigt.

Art. 85 Abs. 1 DSGVO und Art. 85 Abs. 2 DSGVO ermöglichen es problemlos, die bestehenden Bereichsausnahmen zum Schutz der Pressefreiheit ohne Abstriche aufrecht zu erhalten.

1. Tatsächlich ist die *Verpflichtung* der Mitgliedsstaaten in Art. 85 Abs. 2 DSGVO zu Ausnahmen und Abweichung von den dort genannten Kapiteln sogar noch pressefreiheitsfreundlicher als der bis 2018 geltende Art. 9 DSRL (so richtig auch die Begründung des Gesetzentwurfes, Allgemeiner Teil, 3. Änderung des Landespressegesetzes, am Ende und passim). Der zur Ausweitung und Festigung der Kompetenz der Mitgliedsstaaten neu eingeführte Art. 85 Abs. 1 DSGVO, der ebenso wie Art. 85 Abs. 2 DSGVO ausdrücklich auch die journalistische Datenverarbeitung erfasst, *erlaubt* weitergehend sogar freiheitsangemessene Regelungen über den von Art. 85 Abs. 2 DSGVO *zwingend* erfassten Bereich hinaus.

2. Insbesondere müssen nach Art. 85 DSGVO ebenso wenig wie nach Art. 9 der noch geltenden EU-Datenschutzrichtlinie 95/46/EG – im Folgenden: DSRiLi – die Kapitel über „Allgemeine Bestimmungen“, „Rechtsbehelfe, Haftung und Sanktionen“, „Durchführungsmaßnahmen“ oder „Schlussbestimmungen“ für anwendbar erklärt werden.

a) Das ergibt sich schon dann, wenn nur die Verpflichtung zu Ausnahmen von bestimmten Kapiteln in Art. 85 Abs. 2 DSGVO in Betracht gezogen wird. Die hier fraglichen Kapitel, im Falle der Richtlinie die Kapitel I, III und VII, sind in Art. 9 DSRiLi – der Art. 85 Abs. 2 DSGVO entspricht – nicht erwähnt. Dennoch werden die auf diesen Kapiteln beruhenden Bestimmungen des BDSG (alt) zu Recht weder in § 12 PrG BW noch in § 41 BDSG (alt) für anwendbar erklärt. Genauso wenig müssen diese allgemeinen Normen, die im Falle der Datenschutzgrundverordnung in den Kapiteln I, VIII, X und XI stehen, nunmehr für anwendbar erklärt werden⁴. Die entsprechenden Aussparungen der Kapitel I, VIII, X und XI aus § 12 Absatz 2 Satz 1 PrG BW-Entwurf sind schon deshalb unnötig.

b) Jedenfalls aber erlaubt Art. 85 Abs. 1 DSGVO Abweichungen auch von Kapiteln der Datenschutzgrundverordnung, die in Art. 85 Abs. 2 DSGVO nicht genannt sind⁵. Art. 85 Abs. 1 DSGVO erfasst ausdrücklich nicht nur die allgemeine Meinungsäußerung, sondern auch die journalistische Datenverarbeitung. Art. 85 Abs. 1 DSGVO ist sodann im Unterschied zu der tatbestandlich engeren Norm des Art. 85 Abs. 2 DSGVO bei seiner Gestattung mitgliedersstaatlicher Regelung nicht auf bestimmte Kapitel beschränkt. Und er erlaubt zwangsläufig Abweichungen von der DSGVO. Denn alle mitgliedersstaatlichen Rechtsvorschriften, die Meinungsfreiheit und Datenschutz – nach den unterschiedlichen verfassungsrechtlichen und kulturellen Wertsystemen – miteinander in Einklang bringen, ohne die DSGVO zu wiederholen, weichen zwangsläufig von eben dieser DSGVO ab.

Demnach erlaubt es jedenfalls Art. 85 Abs. 1 DSGVO, die Anwendbarkeit insbesondere des VIII. Kapitels und damit die Anwendbarkeit der Art. 77 ff. (Rechtsbehelf zu einer Datenschutzaufsichtsbehörde etc.) auszuschließen. Die datenschutzbehördliche Aufsicht muss auch unanwendbar bleiben, da die Abwesenheit einer Kontrolle der Redaktionsarbeit durch staatliche Datenschutzaufsichtsbehörden ein ganz wesentliches Element der Pressefreiheit ist.

3. Es ist nach alldem ohne weiteres möglich, mit § 12 PrG BW-Entwurf die Pressefreiheit ungeschmälert zu wahren und nur Datensicherheit und Datengeheimnis sowie eine entsprechende Haftungsregelung anzuwenden. Eine gegenteilige restriktive Interpretation, nach der den Mitgliedsstaaten nun weniger als unter der RiLi 95/46/EG möglich wäre, ist mit der Ratio der Norm, der Systematik und der Entstehungsgeschichte nur schwer vereinbar.

Wer dennoch Art. 85 Abs. 1 und Abs. 2 DSGVO in einem Sinne deuten wollte, der die Möglichkeiten der Mitgliedsstaaten zum Schutz der Presse gegenüber Art. 9 RiLi 95/46/EG verschlechtern und europarechtlich zwingend weitergehende Eingriffe des Da-

⁴ Ausführlich dazu *Matthias Cornils* (Fn. 2), ferner Stellungnahme von BDZV, dju, DJV, Presserat und VDZ zum Vorschlag vom 21.6.2017 für eine einheitliche Regelung zum Redaktionsdatenschutz in den Pressegesetzen der Länder unter B I. 1. a), S. 7 f.

⁵ Ausführlich dazu *Matthias Cornils* (Fn. 2), ferner Stellungnahme von BDZV, dju, DJV, Presserat und VDZ zum Vorschlag vom 21.6.2017 für eine einheitliche Regelung zum Redaktionsdatenschutz in den Pressegesetzen der Länder unter B I. 1. b), S. 8 – 12.

tenschutzrechts verlangen würde, würde eine bewusste Entscheidung zur Schwächung der Pressefreiheit hinter einer fernliegenden Interpretation des EU-Rechts verstecken. Auch schon zum geltenden Recht gibt es Stimmen insbesondere aus dem Lager des Datenschutzes, die eine weitergehende Beschneidung und Beseitigung der Pressefreiheit befürworten, zu Recht aber weder vom Gesetzgeber noch von den Gerichten gehört wurden⁶.

4. Es sind keinerlei politische Gründe ersichtlich, die redaktionelle Pressefreiheit im Verhältnis zum Datenschutz weiter einzuschränken als in den geltenden Pressegesetzen.

Insbesondere bedarf es nach wie vor keiner Einführung datenschutzbehördlicher Aufsicht über die Redaktionen.

Das gilt auch für die nach § 12 PrG BW und § 12 PrG BW-Entwurf gleichermaßen geltenden Verpflichtungen zu Datensicherheit und Datengeheimnis. Diese Vorgaben untersagen die Verarbeitung journalistischer Daten zu anderen als eben journalistischen Zwecken. Beide Verpflichtungen werden nach altem und neuem § 12 PrG BW mit gerichtlich durchsetzbaren Ansprüchen auf Schadensersatz und Unterlassung sanktioniert (§ 12 PrG BW i. V. m. § 7 BDSG (alt) nach altem und in Verbindung mit § 83 BDSG (neu) und Art. 82 DSGVO nach neuem Recht bzw. in Verbindung mit §§ 823 II, 1004 BGB analog nach altem wie neuem Recht).

Unterlassungs- und Schadensersatzanspruch stellen – wie im inhaltsbezogenen Äußerungs- und Persönlichkeitsrecht – eine scharfe Sanktion dar, über die aber die Gerichte und nicht die Datenschutzaufsichtsbehörden entscheiden. Es handelt sich dabei um das gleiche Sanktionssystem, in dem über die Frage der Verletzung des Persönlichkeitsrechts durch Wahrnehmung der Pressefreiheit im Wege der Veröffentlichung personenbezogener Daten entschieden wird.

Es ist völlig ausgeschlossen, dass dieses sogar für den tatsächlich wie rechtlich sehr viel bedeutsameren **Streit um die rechtlichen Grenzen der Veröffentlichung** personenbezogener Daten hinreichende Instrumentarium und Sanktionssystem nicht in der Lage sein soll, den nach Häufigkeit wie Intensität vergleichsweise sehr viel weniger bedeutsamen, ja wohl bislang sogar wohl eher theoretischen **Streit um Datensicherheit und Datengeheimnis** angemessen zu bewältigen. Während Pressefreiheit zu einem ganz wesentlichen Teil in der Freiheit der Verarbeitung personenbezogener Daten gegen den Willen und gegen die Interessen des Betroffenen besteht, also bei der Veröffentlichung wirklich ein Interessenkonflikt besteht, gibt es diesen strukturellen Konflikt zwischen Persönlichkeitsrecht und Pressefreiheit bei Datensicherheit und Datengeheimnis gerade nicht. Der Schutz der Redaktionsdaten gegen Zweckentfremdung ist ein ureigenes und überlebenswichtiges Interesse jeder Redaktion und läuft insoweit parallel zu den Interessen Betroffener, deren

⁶ Vgl. dazu auch noch Stellungnahme von BDZV, dju, DJV, Presserat und VDZ zum Vorschlag vom 21.6.2017 für eine einheitliche Regelung zum Redaktionsdatenschutz in den Pressegesetzen der Länder unter B I. 1. b) ee), S. 11 f.

Daten im Redaktionsarchiv gespeichert sind. Das erklärt auch, wieso Fälle der Verletzung dieser Pflichten, soweit ersichtlich, praktisch keine relevante Rolle spielen.

Im Gegenteil: Die Einführung einer datenschutzbehördlichen Aufsicht über Redaktionen wegen dieser Verpflichtungen würde ganz offenbar problematisch erscheinen und mit den Prinzipien der Pressefreiheit nach wie vor nicht vereinbar sein. Es bedarf demnach nicht nur keiner Aufsicht durch die Datenschutzaufsichtsbehörden, sondern würde den ersten Schritt zu einer Erosion wesentlicher Bedingungen freier Presse in einem immer weiter vereinten Europa bedeuten. Gerade mit Blick auf die unterschiedliche Ausübung des Gestaltungsermessens in den europäischen Mitgliedsstaaten, ist es umso wichtiger, dass Deutschland den fragilen status quo eines effektiven Schutzes der Pressefreiheit in keiner Weise schmälert.

C Keine Ergänzung der Pressegesetze um Auskunfts- oder Berichtigungsanspruch etc.

Zu Recht sieht § 12 PrG BW-Entwurf keine ergänzenden Auskunfts- oder Berichtigungsansprüche gegenüber Redaktionsdatenbeständen vor. Die neue Regelung des § 12 Abs. 3 BW PrG-Entwurf zur Art und Weise der Aufbewahrung von Gegendarstellungen etc. erscheint letztlich nicht als zielführend.

Wie soeben vor C unter 4. beschrieben, zählt es zum Schutz der Pressefreiheit, aus dem Datenschutzrecht nur Datensicherheit und Datengeheimnis mit den Sanktionsmöglichkeiten des gerichtlich durchsetzbaren Unterlassungs- und Schadensersatzanspruchs vorzusehen. Es gibt keinerlei Verpflichtung und auch keinerlei Anlass, diesen status quo der Pressefreiheit an irgendeiner Stelle zu verschlechtern.

Das gilt auch für gesonderte pressegesetzliche Ansprüche auf Auskunft oder Berichtigung von Redaktionsdaten sowie für Ansprüche auf bestimmte Formen der Sicherstellung der Beachtung und Berücksichtigung von Gegendarstellungen, Unterlassungsverpflichtungen etc. im weiteren Verlauf der Redaktionsarbeit.

1. Soweit es um spezifische **gesetzliche Ansprüche auf Auskunft über nicht veröffentlichte Redaktionsdaten** (Archivdaten, Manuskripte, Aufzeichnungen über Kommunikationen mit Informanten etc.) zur Person des Betroffenen geht, ist ein solcher Anspruch nach wie vor der Pressefreiheit abträglich. Im weiten Umfang des Quellenschutzes, des Schutzes gegen die Ausforschung von Recherchen oder gar von Artikelmanuskripten etc. sind derartige Ansprüche mit der Pressefreiheit nicht vereinbar. Soweit danach noch ein Anwendungsbereich verbleiben sollte, würde ein solcher Anspruch im Falle praktischer Relevanz die Gefahr einer empfindlichen Behinderung der Redaktionen begründen, der kein nachvollziehbarer Mehrwert für die Betroffenen gegenüberstünde. Im Einzelnen:

Wird eine Information veröffentlicht, bedarf der Betroffene keiner Auskunft mehr. Er kann mit den üblichen Rechtsbehelfen eine Berichtigung durchsetzen, die schon deshalb natürlich in das Redaktionsdatenarchiv übernommen wird, weil jede Wiederholung der Veröffentlichung empfindlich geahndet würde.

Wird eine Information wie bspw. der durch einen Informanten erhobene Vorwurf eines Fehlverhaltens eines Politikers nicht veröffentlicht, etwa weil sich der Vorwurf (noch) nicht in einer für eine Verdachtsberichterstattung ausreichenden Weise erhärten lässt, greift in aller Regel einer der Ausnahmetatbestände eines solchen Anspruchs wie etwa die Schranke der Ausforschung der Recherche und Redaktionsarbeit oder die Schranke des Informantenschutzes, die auch bei einer gesetzlichen Normierung geschaffen werden müssten.

Es bleibt also kein großer Anwendungsbereich. Soweit aber ein Anwendungsbereich verbliebe, stünde der bürokratische Aufwand für die Einzelfallabwägung, die für jedes Datum gesondert durchgeführt werden müsste, in keinem Verhältnis zu dem Nutzen für den Anspruchsteller. Es müssten zudem alle auf den jeweiligen Betroffenen bezogenen Daten herausgesucht, zusammengestellt und so isoliert werden, dass keine personenbezogenen Daten Dritter offenbart werden. Insgesamt wäre ein solcher Anspruch eine unzumutbare und unverhältnismäßige Beschränkung der Pressefreiheit. Zudem müsste zunächst immer auch die Identität des Anspruchstellers verifiziert werden, denn gerade bei den von der Presse recherchierten Informationen kann es ein großes Interesse Unbefugter geben, sich Zugang zu verschaffen. Allein das ist schon problematisch.

2. Auch gesonderte gesetzliche Berichtigungsansprüche gegenüber Redaktionsdaten sind nach wie vor nicht angezeigt, sondern bei sorgfältiger Abwägung unangemessen.

Soweit es um etwaige Ansprüche auf Berichtigungen personenbezogener Angaben in **veröffentlichten Presseartikeln** geht, ist das Äußerungs-, Persönlichkeits- und Presse-recht mit Unterlassungs-, Gegendarstellungs-, Widerrufs- und Berichtigungsansprüchen das richtige Rechtsregime, um die widerstreitenden Interessen Betroffener und der Pressefreiheit gegeneinander abzuwägen. Es bedarf keiner gesonderten datenschutzrechtlich begründeten Ansprüche in den Pressegesetzen.

Soweit es um Berichtigungsansprüche gegenüber **nicht veröffentlichten personenbezogenen Redaktionsdaten** geht, setzt ein gesonderter Berichtigungsanspruch einen gesonderten Auskunftsanspruch voraus, der nach wie vor nicht sinnvoll ist (siehe soeben unter 1.). Hinzu kommt, dass auch der Berichtigungsanspruch bei genauer Betrachtung nicht sinnvoll erscheint. Ist bspw. eine Behauptung eines Informanten (noch) nicht weiter zu erhärten und wäre ihre Veröffentlichung damit nicht rechtmäßig, bleibt doch die Information im Redaktionsarchiv nicht nur für die weitere Redaktionsarbeit notwendig, sondern auch rechtmäßig. Selbst wenn die Information nach dem jeweiligen Stand der Recherche falsch sein sollte, ist für die Bewertung des Informanten ebenso wie für die weitere Re-

cherche die Tatsache der falschen Aussage des betreffenden Informanten wichtig und darf nicht berichtigt werden, soll das Archiv seinem Zweck dienen.

3. Auch für einen gesonderten gesetzlichen Anspruch auf Aufnahme von Gegendarstellungen, Verpflichtungserklärungen etc. in die Redaktionsdaten gibt es keine Notwendigkeit. Es zählt selbstverständlich zur journalistischen Sorgfaltpflicht – und ist zur Vermeidung von Vertragsstrafen und gerichtlich verhängten Ordnungsgeldern ohnehin erforderlich –, Unterlassungserklärungen, Gegendarstellungen, Unterlassungsurteile etc. bei weiterer Redaktionsarbeit zu den jeweiligen Tatsachen zu berücksichtigen.

Kontakt:

Prof. Dr. Christoph Fiedler
VDZ
Markgrafenstraße 15
10969 Berlin
Tel.: 030 72 62 98 120
C.Fiedler@vdz.de

Benno H. Pöppelmann
DJV
Torstraße 49
10119 Berlin
Tel.: 030 72 62 79 212
poep@djv.de

Das datenschutzrechtliche Medienprivileg unter Behördenaufsicht?

Der unionsrechtliche Rahmen für die Anpassung der medienrechtlichen Bereichsausnahmen (in § 9c, § 57 RStV-E und den Landespressegesetzen) an die EU-Datenschutz-Grundverordnung

Rechtsgutachten

erstattet den Bestellern:

BDZV Bundesverband Deutscher Zeitungsverleger e. V.

dju Deutsche Journalisten- und Journalistinnen-Union

DJV Deutscher Journalisten-Verband

VDZ Verband Deutscher Zeitschriftenverleger e. V.

von Universitätsprofessor Dr. Matthias Cornils

Johannes Gutenberg-Universität Mainz, stv. Direktor des Mainzer Medieninstituts

August 2017

Inhalt

I. Problem- und Fragestellung	4
1. Einführung.....	4
2. Neuformulierung der Bereichsausnahme für Rundfunk bzw. Telemedien in § 9c Abs. 1, § 57 Abs. 1 RStV-E	6
3. Einwände und Gutachtenfrage	11
II. Das Medienprivileg als kommunikationsrechtliches essentielle.....	13
1. Verfassungsrechtliche Fundierung der Freistellung von datenschutzrechtlichen Bindungen	13
2. Unionsrechtliche Anerkennung des Medienprivilegs.....	18
a) Art. 9 DSRL	18
b) Ausweitung der Freistellung in Art. 85 DS-GVO.....	19
c) Kontinuität in der Kapitel-Enumeration	22
d) Partielle Abweichung bei Kapitel VIII DS-GVO	23
III. Verhältnis von Art. 85 Abs. 1 und 2 DS-GVO.....	25
1. Von dem Abweichungs- und Ausnahmenvorbehalt zur doppelten Öffnungsklausel: entstehungsgeschichtlicher Abriss.....	25
a) Kommissionsvorschlag: Abweichungs- und Ausnahmenvorbehalt.....	25
b) Vorschlag des Europäischen Parlaments, 1. Lesung: tatbestandlich erweiterter Abweichungs- und Ausnahmenvorbehalt.....	26
c) Vorschlag der Ratspräsidentschaft 2013: allgemeine Abwägungsklausel	27
d) Kompromissvorschlag des Rates 2015: Doppel-Klausel	28
e) Endfassung: Doppel-Klausel mit Mitteilungspflicht.....	29
2. Erkenntnisse aus der Genese des Art. 85 DS-GVO.....	29
a) Die Doppel-Klausel als interessenverbindender Kompromiss.....	30
b) Auslegungsleitlinie: Vermutung für die Normativität aller Bestimmungen des Art. 85 DS-GVO	32
3. Systematik des Art. 85 DS-GVO: Verständnismöglichkeiten.....	33
a) „Unechte Öffnungsklausel“	34
b) Art. 85 Abs. 2 DS-GVO als lex specialis?	44
c) Nur deklaratorisch-veranschaulichende Bedeutung des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO?	45
d) Vorzugswürdige Interpretation: generelle Öffnungsklausel mit Mindestgarantie in Abs. 2.....	46
IV. Kapitel VIII und Art. 85	49
1. Problematik der textfixierten Auslegung des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO.....	50
a) Gegenargument aus Art. 85 Abs. 2 i.V.m. Kapitel VI DS-GVO	50
b) Unplausibilität der scheinbar unabdingbaren Bindung gerade an Art. 77, 78, 83 DS-GVO.....	52
c) Vorbehalte gegen eine Behördenaufsicht der Medien im Gesetzgebungsverfahren	53
d) Rechtliche Möglichkeit einer Art. 77, 78 und 83 DS-GVO erfassenden Auslegung des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO	56
2. Art. 85 Abs. 1 als generelle Öffnungsklausel: Erweiterung der Freistellungsbefugnis in Tatbestand und Rechtsfolgen	61

	3
a) Tatbestandliche Erweiterung.....	61
b) Rechtsfolgenerweiterung: Freistellung von nicht schon durch Art. 85 Abs. 2 erfassten Regelungen des Datenschutzes.....	61
V. Folgerungen für die Reform der Medienprivilegien in Deutschland.....	65
1. Datengeheimnis.....	66
2. Datensicherheit.....	66
3. Erwähnung der „Kapitel I, VIII, X und XI“.....	67
a) Unionsrechtliche Fragwürdigkeit der Nennung von Kapitel VIII in der Rückausnahme des Medienprivilegs.....	67
b) Inkohärenz von § 57 Abs. 1 Satz 5 und § 59 Abs. 1 RStV-E v. 2. Juni 2017.....	70
c) Art. 79, Art. 82 und Art. 84 DS-GVO.....	70
d) Fazit.....	73
VI. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse.....	74

I. Problem- und Fragestellung

1. Einführung

In der rechtspolitischen Diskussion um die notwendige Anpassung der deutschen medienrechtlichen Regelungen über die (weitgehende) Freistellung der Medientätigkeit von datenschutzrechtlichen Anforderungen (sog. datenschutzrechtliches Medienprivileg) werden derzeit verschiedene Konzepte und konkrete Vorschläge erörtert, denen jeweils unterschiedliche Einschätzungen der dafür maßgeblichen unionsrechtlichen Rechtslage zugrunde liegen. Daraus ergibt sich dringender rechtlicher Klärungsbedarf, dem die hier niedergelegten Überlegungen genügen wollen.

Die Rundfunkkommission der Länder hat am 2. Juni 2017 einen Entwurf zur Änderung der rundfunkrechtlichen Regelungen über das datenschutzrechtliche Medienprivileg für den Rundfunk und journalistische Telemedienangebote vorgelegt und zur Konsultation gestellt. Beabsichtigt ist eine Umsetzung der Änderung im Rahmen des 21. Rundfunkänderungsstaatsvertrags.

Bei dem verbreitet sogenannten „Medienprivileg“, handelt es sich um die griffige Kurzbezeichnung für den Regelungsgehalt von Vorschriften die in Deutschland seit Jahrzehnten zum Bestand des Presse-, Rundfunk- und Telemedienrechts gehören und die Anwendbarkeit datenschutzrechtlicher Regelungen auf die Tätigkeit der Medien (insb.: § 41 BDSG a.F., § 57 RStV, Regelungen in den Landespresse- bzw. -mediengesetzen, z.B. § 12 LMG Rh.-Pf.) einschränken. Bei Unterschieden im Einzelnen ist diesen Vorschriften gemeinsam, dass sie die Anwendbarkeit des Datenschutzrechts auf nur wenige verbleibende Anforderungen beschränken (namentlich: Datensicherheit, teilweise Datengeheimnis und Schadensersatzsanktion), die Medientätigkeit aber im Übrigen von den Bindungen des Datenschutzrechts – in materieller wie institutioneller (d.h.: behördliche Datenschutzaufsicht) Hinsicht – freistellen.¹

Der Änderungsvorschlag der Rundfunkkommission vom 2. Juni 2017 zielt erstens auf eine Zusammenfassung der bisher in verschiedenen Landesmedien- und -anstaltsgesetzen verstreuten Regelungen dieser Freistellung für den (öffentlich-rechtlichen und privaten) Rundfunk in einem neuen § 9c RStV; die bisherigen partikularen rundfunkrechtlichen Regelungen etwa in § 17 ZDF-StV oder in § 17 Deutschlandradio-StV sollen daher entfallen. Zweitens soll der neu zu

¹ S. dazu umfassend *Thomas-Alexander Hubert*, Das datenschutzrechtliche „Presseprivileg“ im Spannungsfeld zwischen Pressefreiheit und Persönlichkeitsrecht, 1993; *Philipp-Christian Thomale*, Die Privilegierung der Medien im deutschen Datenschutzrecht, 2006; ferner die Kommentarliteratur insb. zu § 41 BDSG, etwa *Bergmann/Möhle/Herb*, Datenschutzrecht, Losebl.; *Dix*, in: Simitis, Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz, 7. Aufl. 2011; *Führ*, in: Auernhammer, BDSG, hrsg., v. Eßer/Kramer/v. Lewinski, 4. Aufl. 2014; *Wedde*, in: Däubler/Klebe/Wedde/Weichert, Bundesdatenschutzgesetz, 4. Aufl. 2013.

fassende § 57 RStV das Medienprivileg nun einheitlich für alle journalistischen Telemedienangebote, also sowohl von Rundfunkanstalten und -veranstaltern als auch der Presse, regeln, und zwar inhaltlich übereinstimmend mit der Regelung für den Rundfunk in § 9c RStV-E. Angestrebt ist darüber hinaus – drittens – erklärtermaßen eine Vereinheitlichung auch der Regelungen für die Druckpresse in den Pressegesetzen, und zwar in inhaltlichem Einklang mit den Bestimmungen für die elektronischen Medien.

Unbestritten besteht Handlungsbedarf aufgrund der neuen unionsrechtlichen Rechtslage: Am 25. Mai 2018 wird die Datenschutzgrundverordnung 2016/679/EU in Kraft treten und die bis dahin noch geltende Datenschutzrichtlinie 95/46/EG ablösen. Eine Neuformulierung der landesrechtlichen Regelungen ist aufgrund dessen jedenfalls erforderlich; dies wäre auch dann der Fall, wenn keinerlei inhaltliche Änderung gegenüber dem status quo beabsichtigt wäre: Insofern nun unmittelbar anwendbare Verordnungsregelungen greifen im Hinblick auf Gegenstände, die bisher im nationalen Umsetzungsrecht (BDSG, Landesrecht) geregelt waren, können die landesrechtlichen Bestimmungen diese Gegenstände nicht mehr selbst regeln, müssen sich vielmehr mit einem Verweis auf die entsprechenden Vorschriften der DS-GVO begnügen. Dies betrifft die die vom Medienprivileg nicht umfassten, daher anwendbaren Regelungen über die Datensicherheit (bisher: § 9 BDSG) und den Schadensersatz (§ 7 BDSG), die nun in der DS-GVO getroffen werden (Art. 5 Abs. 1 Buchst. f), Art. 82 DS-GVO). Da allerdings die DS-GVO keine Regelung des gleichfalls in den meisten Landesvorschriften für anwendbar erklärten Datengeheimnisses (§ 5 BDSG a.F.) enthält, bleibt insoweit eine eigene Bestimmung im Landesrecht erforderlich.

Die Rundfunkkommission nimmt indessen mit dem Entwurf vom 2. Juni 2017 darüber hinaus auch eine Notwendigkeit zu inhaltlichen Änderungen an und intendiert daher eine Abweichung vom status quo. Grund dafür ist die Einschätzung, aus dem nun die Bereichsausnahme für die Medien betreffenden Art. 85 DS-GVO ergäben sich von dem bisherigen Rechtszustand abweichende Vorgaben, die zwingend zu berücksichtigen seien.

Diese Einschätzung wird allerdings auch in der medienpolitischen Diskussion keineswegs allgemein geteilt. So geht etwa ein Referentenentwurf eines neu gefassten § 10 des hessischen Landespressegesetzes vom Juli 2017 davon aus, dass die DS-GVO keine inhaltliche Einschränkung der mitgliedstaatlichen Medienprivilegien verlangt, vielmehr deren in der Sache unveränderte Weiterführung erlaubt, so dass sich der Reformbedarf auf Umstellungen beschränkt, die sich aus dem *Verordnungs*charakter der DS-GVO – im Unterschied zur bisherigen *Datenschutzrichtlinie* – ergeben.

Dieser Streit um den (angeblichen) substantiellen unionsrechtlichen Änderungsbedarf im Vergleich mit der bisherigen Regelung der Bereichsausnahme in Art. 9 DSRL ist Anlass und Gegenstand vorliegender Erörterung.

2. Neuformulierung der Bereichsausnahme für Rundfunk bzw. Telemedien in § 9c Abs. 1, § 57 Abs. 1 RStV-E

Der Änderungsvorschlag der Rundfunkkommission vom 2. Juni 2017 sieht in weitgehender Textgleichheit für den Rundfunk (§ 9c Abs. 1) und für die journalistischen Telemedien (§ 57 Abs. 1) eine Ausdehnung der Reichweite auf sämtliche Verarbeitungen personenbezogener Daten zu journalistischen Zwecken vor; die frühere Beschränkung auf eigene journalistisch-redaktionelle Zwecke wird so aufgebrochen, um – entsprechend dem weiten Journalismusbegriff des Unionsrechts (Art. 85 Abs. 2 DS-GVO, aber auch schon bisher Art. 9 DSRL) – auch Verarbeitungen außerhalb institutionalisierter Medienredaktionen einzubeziehen und zudem Kooperationen (Rechercheverbände u. ä.), bei denen Informationen anderer Redaktionen oder Journalisten genutzt werden, dem Privileg zu unterstellen.

§ 9c Abs. 1 Sätze 1-4, § 57 Abs. 1 Sätze 1-4 RStV-E verpflichten die mit der Verarbeitung personenbezogener Daten befassten Personen auf das Datengeheimnis. Abs. 1 Satz 5 beider Bestimmungen enthält – gleichlautend – die Verweisungen auf die DS-GVO, darunter zunächst diejenige auf die Verordnungsregelung über die Datensicherheit (Art. 5 Abs. 1 Buchst. f i.V.m. Abs. 2, Art. 32 DS-GVO) unter Einbeziehung der Bestimmungen über die Verantwortlichkeit (Art. 24 DS-GVO) und die Meldepflicht an die Aufsichtsbehörde (Art. 33 DS-GVO), darüber hinaus aber auch auf Kapitel I, VIII, X und XI der Verordnung.

Die Vorschriften der § 9c Abs. 1, § 57 Abs. 1 RStV-E Juni 2017 lauten:

§ 9c RStV-E Juni 2017	Noch geltende Rechtslage
<p>„¹Soweit die in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten, das ZDF, das Deutschlandradio oder private Veranstalter zugelassener oder angezeigter Rundfunkprogramme personenbezogene Daten zu journalistischen Zwecken verarbeiten, ist es den hiermit befassten Personen untersagt, personenbezogene Daten zu anderen Zwecken zu verarbeiten (Datengeheimnis). ²Diese Personen sind bei der Aufnahme ihrer Tätigkeit auf das Datengeheimnis zu verpflichten. ³Das Datengeheimnis besteht auch nach Beendigung ihrer Tätigkeit fort. ⁴Satz 1 bis 3 gilt entsprechend für die zu den in Satz 1 genannten Stellen gehörenden Hilfs- und Beteiligungsunternehmen. ⁵Im Übrigen finden von der Verordnung (EU) 2016/679 außer den Kapiteln I, VIII, X und XI nur die Art. 5 Abs. 1 Buchst. f i.V.m. Abs. 2, Art. 24, Art. 32 und Art. 33 Anwendung. ⁶ Die in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten, das ZDF, das Deutschlandradio und andere Veranstalter zugelassener oder angezeigter Rundfunkprogramme sowie ihre Verbände und Vereinigungen können sich Verhaltenskodizes geben, die in einem transparenten Verfahren erlassen und veröffentlicht werden. ⁷ Den betroffenen Personen stehen nur die in Abs. 2 und 3 genannten Rechte zu.“</p>	<p><i>z.B.: § 49 Abs. 2 Satz 1 LMedienG BW</i> „Soweit private Veranstalter oder Hilfsunternehmen des Rundfunks personenbezogene Daten ausschließlich zu eigenen journalistisch-redaktionellen Zwecken verarbeiten, gelten die §§ 5, 9 und 38 a sowie § 7 des Bundesdatenschutzgesetzes mit der Maßgabe, dass nur für Schäden gehaftet wird, die durch eine Verletzung von §§ 5 und 9 des Bundesdatenschutzgesetzes eintreten.“</p> <p><i>z.B.: § 17 Abs. 1 ZDF-StV</i> „Soweit personenbezogene Daten durch das ZDF ausschließlich zu eigenen journalistisch-redaktionellen Zwecken verarbeitet werden, gelten nur die für das Datengeheimnis und für die Datensicherung maßgeblichen Vorschriften des Landesgesetzes zum Schutze des Bürgers bei der Verarbeitung personenbezogener Daten des Landes Rheinland-Pfalz in der jeweils geltenden Fassung.“</p>
§ 57 Abs. 1 RStV-E Juni 2017	§ 57 Abs. 1 RStV, geltende Fassung
<p>„¹Soweit die in der ARD zusammengeschlossenen Landesrundfunkanstalten, das ZDF, das Deutschlandradio, private Veranstalter zugelassener oder angezeigter Rundfunkprogramme oder Unternehmen und Hilfsunternehmen der Presse als Anbieter von Telemedien personenbezogene Daten zu journalistischen Zwecken verarbeiten, ist es den hiermit befassten Personen untersagt, personenbezogene Daten zu anderen Zwecken zu verarbeiten (Datengeheimnis). ²Diese Personen sind bei der Aufnahme ihrer Tätigkeit auf das Datengeheimnis zu verpflichten. ³Das Datengeheimnis besteht auch nach Beendigung ihrer Tätigkeit fort. ⁴Satz 1 bis 3 gilt entsprechend für die zu den in Satz 1 genannten Rundfunkveranstaltern gehörenden Hilfs- und Beteiligungsunternehmen. ⁵Im Übrigen finden von der Verordnung (EU) 2016/679 außer den Kapiteln I, VIII, X und XI nur die Art. 5 Abs. 1 Buchst. f i.V.m. Abs. 2, Art. 24, Art. 32 und Art. 33 Anwendung. ⁶ Den betroffenen Personen stehen nur die in Abs. 2 und 3 genannten Rechte zu.“</p>	<p>Soweit Unternehmen und Hilfsunternehmen der Presse als Anbieter von Telemedien personenbezogene Daten ausschließlich zu eigenen journalistisch-redaktionellen oder literarischen Zwecken erheben, verarbeiten oder nutzen, gelten nur die §§ 5, 7, 9 und 38a des Bundesdatenschutzgesetzes mit der Maßgabe, dass nur für Schäden gehaftet wird, die durch Verletzung des Datengeheimnisses nach § 5 des Bundesdatenschutzgesetzes oder durch unzureichende technische oder organisatorische Maßnahmen im Sinne des § 9 des Bundesdatenschutzgesetzes eintreten. Besondere staatsvertragliche oder landesrechtliche Bestimmungen für den Rundfunk bleiben unberührt.</p>

Der Referententwurf zu § 10 HPresseG, d. i. die Vorschrift, die künftig die datenschutzrechtliche Freistellung regeln soll, vom Juli 2017 beschränkt den ausdrücklichen Hinweis auf die Anwendbarkeit der DS-GVO hingegen auf Art. 82 DS-GVO, der den Schadensersatzanspruch wegen Verstoßes gegen Maßgaben der DS-GVO gibt. Der Vorschlag lautet (auszugsweise):

§ 10 HPresseG-E v. Juli 2017	Noch geltendes Recht: § 10 HPresseG
<p>„[...] Im Übrigen finden nur Art. 5 Abs. 1 Buchst. f und Art. 82 der Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung) (ABl. EU Nr. L 119 S. 1) sowie § 83 des Bundesdatenschutzgesetzes vom 30. Juni 2017 (BGBl. I S. 2097) in der jeweils geltenden Fassung mit der Maßgabe Anwendung, dass nur für Schäden nach § 83 des Bundesdatenschutzgesetzes, die durch Verletzung des Datengeheimnisses, oder nach Art. 82 der Verordnung (EU) 2016/679, die durch unzureichende technische oder organisatorische Maßnahmen im Sinne des Art. 5 Abs. 1 Buchst. f der Verordnung (EU) 2016/679 eintreten, gehaftet wird.“</p>	<p>„Soweit Unternehmen oder Hilfsunternehmen der Presse personenbezogene Daten ausschließlich zu eigenen journalistisch-redaktionellen oder literarischen Zwecken erheben, verarbeiten oder nutzen, gelten von den Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes in der jeweils geltenden Fassung nur die §§ 5, 9 und 38a sowie § 7 mit der Maßgabe, dass nur für Schäden gehaftet wird, die durch eine Verletzung des Datengeheimnisses nach § 5 des Bundesdatenschutzgesetzes oder durch unzureichende technische oder organisatorische Maßnahmen im Sinne des § 9 des Bundesdatenschutzgesetzes eintreten.“</p>

Während in der rechtspolitischen Diskussion kein Streit darüber besteht, dass sich aus den im Vorschlag der Rundfunkkommission v. 2. Juni 2017 in Bezug genommenen Kapiteln I, X und XI keine ihrem Inhalt nach kritischen Vorschriften im Hinblick auf die Datenverarbeitung zu journalistischen Zwecken finden, ist der Verweis auf das VIII. Kapitel der DS-GVO von erheblicher Bedeutung und Brisanz: Dieses Kapitel VIII umfasst mit den Artikeln 77 bis 84 die Bestimmungen über die Rechtsbehelfe, die Haftung und die Sanktionen bei Verstößen gegen die datenschutzrechtlichen Pflichten.

Insoweit diese Bestimmungen die Gewährleistung wirksamen gerichtlichen Rechtsschutzes (Art. 79 DS-GVO), die Haftung auf Schadensersatz (Art. 82 DS-GVO) sowie die Verpflichtung auf Statuierung wirksamer Sanktionen (Art. 84 DS-GVO) betreffen, ergibt sich indes noch keine Änderung gegenüber der bisherigen Rechtslage: Auch bisher schon unterlagen Verstöße gegen die durch das Medienprivileg nicht freigestellten datenschutzrechtlichen Bindungen (also: Datengeheimnis und Datensicherheit) diesen Bewehrungen (vgl. § 41 BDSG a.F.: „...einschließlich einer hierauf bezogenen Haftungsregelung entsprechend § 7“, § 57 Abs. 1 RStV: „... gelten nur die §§ 5, 7, 9 und § 38a des Bundesdatenschutzgesetzes mit der Maßgabe,

dass nur für Schäden haftet wird, die durch Verletzung des Datengeheimnisses nach § 5 des Bundesdatenschutzgesetzes oder durch unzureichende technische oder organisatorische Maßnahmen im Sinne des § 9 des Bundesdatenschutzgesetzes eintreten“). Dies entspricht auch der Reichweite der unionsrechtlichen Freistellung der Medien in Art. 9 DSRL, die das Kapitel III der Richtlinie über die Rechtsbehelfe, die Haftung und die Sanktionen – Vorgängerkapitel des nunmehrigen Kapitel VIII der DS-GVO – nicht einschließt.

Ein markanter Unterschied besteht aber insofern, als in das Kapitel VIII DS-GVO nun auch Bestimmungen aufgenommen sind, die über diejenigen des Kapitel III der DSRL hinausgehen und die Datenschutz-Aufsichtsbehörden betreffen: Namentlich geht es dabei um das Beschwerderecht zur Aufsichtsbehörde gem. Art. 77 DS-GVO sowie um den gegen einen Beschluss der Aufsichtsbehörde zu gewährenden gerichtlichen Rechtsschutz (Art. 78 DS-GVO), schließlich auch um die Bestimmung über die Verhängung von Geldbußen (Art. 83 DS-GVO). Während die erst mit der DS-GVO neu eingeführte Bußgeldsanktion in der Datenschutzrichtlinie keinen Vorläufer hatte, ist das Beschwerderecht zur Aufsichtsbehörde bereits in der Richtlinie vorgesehen gewesen, hier jedoch noch im Zusammenhang des Kapitel VI, das die institutionellen Bestimmungen über die mitgliedstaatlichen Kontrollstellen enthält (Art. 28 Abs. 4 DSRL). Mit dieser systematischen Stellung ist es damit aber bisher von der Freistellung durch Art. 9 DSRL, die sich ausdrücklich auch auf dieses Kapitel VI bezieht, umfasst gewesen. Die DS-GVO hat diesen Regelungsgegenstand (nun Art. 77 DS-GVO) und das darauf bezogene Recht auf einen gerichtlichen Rechtsbehelf (Art. 78 DS-GVO) nun in das Kapitel über die Rechtsbehelfe (früher Kapitel III DSRL, heute Kapitel VIII) verschoben, damit aber in ein Kapitel, auf das sich wie schon unter der Richtlinie auch unter der Verordnung die (potentielle) Freistellung durch die Bestimmung über die Bereichsausnahme für die publizistische Kommunikation (nun Art. 85 Abs. 2 DS-GVO) nicht bezieht.

Insofern § 9c Abs. 1 Satz 5, § 57 Abs. 1 Satz 5 RStV-E in der Fassung des Vorschlags der Rundfunkkommission v. 2. Juni 2017 nun ausdrücklich die Anwendung des Kapitel VIII anordnen, erstreckt sich dieser Anwendungsbefehl mithin auch auf die genannten Regelungen, die thematisch zur verwaltungsbehördlichen Aufsicht durch die Landesdatenschutzbeauftragten gehören. Rundfunkveranstalter und Telemedienanbieter unterliegen damit künftig nicht nur wie schon bisher der – nun, anders als bisher (§ 7 BDSG a.F.), unmittelbar aus der Verordnung (Art. 82 DS-GVO) folgenden – Schadensersatz-Verantwortlichkeit, sondern, jedenfalls scheint es so, zusätzlich und weitergehend als bisher auch dem Beschwerderecht zur Datenschutzaufsicht und auch der Bußgeldsanktion des Art. 83 DS-GVO.

Die beabsichtigte Fassung des Medienprivilegs für die elektronischen Medien wird damit im Vergleich mit der bisher geltenden Fassung eingeschränkt; sie anerkennt nun offenbar erstmals eine – angeblich aus Unionsrecht zwingend sich ergebende – Zuständigkeit der Datenschutzaufsichtsbehörden auch im Hinblick auf die journalistische Tätigkeit der Medien.

Prämisse dieses Vorschlags der Rundfunkkommission v. 2. Juni 2017 ist, wie schon skizziert, die Annahme, aus Art. 85 Abs. 2 DS-GVO folge unmittelbar bindend, ohne mitgliedstaatlichen Abweichungsspielraum, die Anwendbarkeit des Kapitel VIII der Verordnung auch im Hinblick auf Tätigkeiten zu journalistischen, wissenschaftlichen, künstlerischen oder literarischen Zwecken. In der Tat führt die Bestimmung des Kapitel VIII nicht in der Auflistung derjenigen Kapitel auf, von denen die Mitgliedstaaten Abweichungen oder Ausnahmen vorsehen dürfen, „wenn dies erforderlich ist, um das Recht auf Schutz der personenbezogenen Daten mit der Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit in Einklang zu bringen“. Sieht Art. 85 Abs. 2 DS-GVO daher im Hinblick auf die Regelungen des Kapitel VIII, ebenso wie auf diejenigen der Kapitel I, X und XI, die gleichfalls nicht in der Auflistung erwähnt sind, keine Ausnahme- oder Abweichungsermächtigung zugunsten der Mitgliedstaaten vor, scheinen diese Vorschriften prima vista aus dem mitgliedstaatlichen Spielraum möglicher Privilegierung ausgeschlossen; sie scheinen sogar, soweit ihrer normativen Struktur nach self executing, als „echte“ Verordnungsnormen unmittelbar anwendbar, eine Eigenschaft, die jedenfalls beim Beschwerderecht des Art. 77 DS-GVO und bei der Bußgeldsanktionsnorm des Art. 83 DS-GVO anzunehmen ist, während Art. 78 DS-GVO (wie Art. 79 DS-GVO) den Charakter einer auf mitgliedstaatliche Bereitstellung von gerichtlichen Rechtsbehelfen zielenden Rechtsschutzgarantie hat. Die Anwendungs-, „Anordnung“ in § 9c Abs. 1 Satz 5, § 57 Abs. 1 Satz 5 RStV-E hat aus dieser Sicht für Art. 77 und Art. 83 DS-GVO nur bekräftigenden, die Reichweite der Bereichsausnahme um die insoweit ohnehin zwingend und unmittelbar Anwendung beanspruchenden Vorgaben der DS-GVO verkürzenden Charakter.

Träfe diese Annahme zu, ginge die beschriebene erhebliche Einschränkung des Medienprivilegs also unmittelbar auf die Änderung der zugrunde liegenden unionsrechtlichen Vorschriften zurück: Die Mitgliedstaaten hätten mit der Folgeregelung zu Art. 9 DSRL in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO die Medien und überhaupt alle journalistische, literarische, künstlerische und wissenschaftliche Tätigkeit dem unmittelbar anwendbaren Beschwerderecht und damit einer Zuständigkeit der mitgliedstaatlichen Datenschutzaufsichtsbehörden unterworfen, der sie zuvor nicht von Unionsrechts wegen unterworfen werden musste – das Kapitel III mit Art. 28 Abs. 4 DSRL gehörte ja zu den gem. Art. 9 DSRL privilegierungsfähigen Vorgaben der Richtlinie. Mit Art. 85 DS-GVO selbst wäre mithin ein Rückbau der Bereichsausnahme im Geltungsbereich der

Verordnung beschlossen worden, die hier in Rede stehende Einschränkung des Privilegs wäre danach eine *unionsrechtliche* Einschränkung, nicht erst eine solche mitgliedstaatlicher Umsetzung.

3. Einwände und Gutachtenfrage

Gegen diese unionsrechtliche Rechtsauffassung, die dem Vorschlag der Rundfunkkommission v. 2. Juni 2017 offensichtlich zu Grunde liegt, drängen sich indes schon auf den ersten Blick Bedenken auf: Eine durchgreifende unionsverordnungsrechtliche Anordnung einer Zuständigkeit der mitgliedstaatlichen Aufsichtsbehörden gegenüber den Medien passt ersichtlich nicht zu der erkennbar dem Art. 85 DS-GVO zu Grunde liegenden Tendenz, die Reichweite des mitgliedstaatlichen Privilegierungsspielraums im Hinblick auf kommunikationsfreiheitsrechtlich geschützte Tätigkeiten zu erhalten, ja sogar zu erweitern. Die zwingende unionsrechtliche Auflegung einer behördlichen Überwachungsaufgabe gegenüber den Medien bräche mit einem bisher unionsrechtlich immer respektierten Kerngehalt der datenschutzrechtlichen Bereichsausnahme für die Medien, mithin der Abschirmung gegen eine staatlich-administrative Aufsicht von Redaktionen (und auch von redaktionsunabhängigen Journalisten). Insbesondere der Presse, zu deren historisch in Jahrhunderten erkämpfter Freiheit in allererster Linie die Freiheit vor behördlicher Aufsicht und Kontrolle (Zensur, Konzessionsvorbehalt und polizeiliche Überwachung) gehört („Verwaltungsfestigkeit der Presse“)², würde damit – wenn auch nur partiell – ein öffentlich-rechtliches Überwachungsregime auferlegt, die bisher anerkannte „Ent-Polizeilichung“ des Presseordnungsrechts für den Bereich datenschutzrechtlicher Maßstäbe insoweit rückgängig gemacht. Für die Telemedien der Presse haben die Länder in § 59 Abs. 1 RStV die Überwachungszuständigkeit der Datenschutzbehörden zwar nicht ausgeschlossen, sie aber doch als gegenüber der Selbstregulierung subsidiär ausgestaltet (§ 59 Abs. 1 Satz 3 RStV). Nur soweit Presseunternehmen sich nicht dieser Selbstregulierung nach Maßgabe des Presskodex und der Beschwerdeordnung des Deutschen Presserates unterwerfen, greift die Zuständigkeit der Landesdatenschutzbehörden ein.

Auch diese Lösung eines Vorrangs der Selbstregulierung durch den Presserat wäre bei einer unmittelbar anwendbaren Behördenzuständigkeit aus der Verordnung rechtlich nicht mehr

² vgl. *Bullinger*, in: Löffler, Presserecht, 5. Aufl. § 1 Rn. 175 ff.; *Cornils*, in: Löffler, Presserecht, 6. Aufl. 2013, § 1 Rn. 28.

möglich; sie kommt überhaupt nur in Betracht, wenn der mitgliedstaatliche Spielraum zu Ausnahmen und Abweichungen eröffnet ist.

Die angebliche unionsrechtliche Anordnung einzelner Behördenzuständigkeiten in Art. 77, 78 und Art. 83 DS-GVO ist des Weiteren auch ohne die Anwendbarkeit der institutionellen Regelungen über die Aufsichtsbehörden, insbesondere auch der insoweit in der Verordnung vorgesehenen Vorschriften über ihre Aufgaben und Befugnisse, nicht denkbar. Das institutionelle Kapitel über die Behördenaufsicht (Kap. VI DS-GVO) gehört aber zu den weiterhin mitgliedstaatlich ausschließbaren Kapiteln; auch der Verordnungsgeber hat ersichtlich (Erwägungsgrund Nr. 153) keineswegs die Unterwerfung des privilegierten Bereichs unter die Datenschutzaufsicht vorschreiben wollen. Die angebliche Anwendbarkeits-Anordnung der Art. 77 f. DS-GVO wäre mithin gar nicht vollziehbar; ihr fehlte der institutionell-kompetentielle Unterbau.

Schon diese sich prima vista erhebenden gravierenden Bedenken gegen die dem Reformvorschlag zu Grunde liegende Rechtsauffassung geben Anlass, den neuen unionsrechtlichen Hintergrund der mitgliedstaatlichen Medienprivilegien in Art. 85 Abs. 1 und 2 DS-GVO einer eingehenderen Prüfung daraufhin zu unterziehen, wie weit hiernach die Freistellung journalistischer Tätigkeit von datenschutzrechtlichen Bindungen, insbesondere auch den Überwachungsbefugnissen der Datenschutzbehörden, nach dem Recht der Mitgliedstaaten zulässig ist. Daraus ergibt sich für die nachfolgende gutachtliche Untersuchung im Genaueren folgende Fragestellung:

Ordnet Art. 85 DS-GVO, indem er unter die ausnahme- oder abweichungsfähigen Kapitel des Abs. 2 nicht das Kapitel VIII fasst, tatsächlich die Anwendbarkeit aller Regelungen dieses Kapitels, insbesondere von Art. 77 f. und Art. 83 DS-GVO, auch im Hinblick auf Tätigkeiten zu journalistischen Zwecken an oder ist eine Interpretation vorzugswürdig oder doch jedenfalls gut vertretbar, die keine solche Regelungswirkung annimmt, vielmehr insoweit von einem dem Mitgliedstaaten belassenen Abweichungsspielraum – in den Grenzen unionsrechtlich geforderter Erforderlichkeit – ausgeht?

II. Das Medienprivileg als kommunikationsrechtliches essentielle

Das datenschutzrechtliche Medienprivileg gehört von Anbeginn des Datenschutzes im nichtöffentlichen Bereich zum Bestand der einschlägigen Regelwerke in Deutschland.³ Es hat, obgleich nie unumstritten⁴, seither alle Reformbestrebungen und Novellierungen überdauert.⁵

1. Verfassungsrechtliche Fundierung der Freistellung von datenschutzrechtlichen Bindungen

Tatsächlich ist das Medienprivileg mit seinen Wirkungen einerseits der Freistellung von den materiell-rechtlichen Bindungen des besonderen Vorfeld-Persönlichkeitsschutzes der informationellen Selbstbestimmung, andererseits der Abschirmung gegenüber datenschutzbehördlicher Aufsicht unabdingbare Voraussetzung der Medientätigkeit und damit auch der verfassungsrechtlich anerkannten öffentlichen Aufgabe von Presse, Rundfunk und (journalistischen) Telemedien. Dies ergibt sich gerade aus der besonderen persönlichkeitsrechtlichen Relevanz medialer Kommunikation: Die Tätigkeit der Medien – und heute auch zunehmend des nicht institutionell eingebundenen Journalismus – auf den verschiedenen Prozessstufen von der Informationsbeschaffung bis zur Verbreitung und Archivierung befasst sich nachgerade zwangsläufig und sehr häufig mit personenbezogenen Daten, und zwar auch, wenn auch nicht allein, im Modus der Datenverarbeitung im (den Anwendungsbereich der Datenschutzgesetze auslösenden) datenschutzrechtlichen Sinn (s. nun Art. 2 Abs. 1 DS-GVO). Der Umgang mit personenbezogenen Daten ist zentraler Bestandteil journalistischer Tätigkeit – und kann, soll diese als freie möglich sein, nicht oder allenfalls eingeschränkt datenschutzrechtlich gebunden sein. Ist die investigative, wertende oder Bericht erstattende Beschäftigung mit dem Verhalten oder den Eigenschaften von Personen wesentlicher Bestandteil des Informationsauftrags der Medien, bewegen diese sich in einem natürlichen und unhintergehbaren Spannungsverhältnis zum Persönlichkeitsschutzanspruch jener Personen. Das Persönlichkeitsrecht der von journalistischer Datensammlung, Berichterstattung und Archivierung betroffenen Personen wird durch den grundrechtlichen Schutz der Kommunikationsfreiheit, darunter besonders der Medienfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG), zwar keineswegs im Sinne einer statischen Vorzugsrelation verdrängt, muss aber

³ Vgl. § 1 Abs. 3 BDSG 1977: „Dieses Gesetz schützt personenbezogene Daten nicht, die durch Unternehmen oder Hilfsunternehmen der Presse, des Rundfunks oder des Films ausschließlich zu eigenen publizistischen Zwecken verarbeitet werden; ...“; § 41 Abs. 1 Satz 1 BDSG 1990; das erste deutsche Datenschutzgesetz, das hessische Datenschutzgesetz vom 7. Oktober 1970, war in einem Anwendungsbereich auf die behördliche Datenverarbeitung beschränkt.

⁴ S. eingehend *Dix*, in: *Simitis*, BDSG, § 41 Rn. 3; *Thomale*, Die Privilegierung der Medien im deutschen Datenschutzrecht, 2006, S. 117 ff.

⁵ Zur älteren Diskussion mit Nachweisen *Thomas-Alexander Hubert*, Das datenschutzrechtliche „Presseprivileg“ im Spannungsfeld zwischen Pressefreiheit und Persönlichkeitsrecht, 1993, S. 37 ff.

in den konventions- und verfassungsrechtlich gebotenen Einzelfall-Interessenabwägungen zurücktreten, wenn und soweit das öffentliche Informationsinteresse den Vorrang verdient. Weite Teile des praktizierten zivilen und strafrechtlichen Äußerungsrechts sowie des Bildnisschutzrechts befassen sich mit diesen Konfliktlagen von Persönlichkeitsschutz und Medienfreiheit.

Die datenschutzrechtliche Variante des Persönlichkeitsschutzes ist demgegenüber mit der Presse- und sonstigen Medienfreiheit in weitem Umfang strukturell unvereinbar,⁶ jedenfalls in der Ausprägung, die der Datenschutz in den geltenden Gesetzen gefunden hat. Datenschutzrechtliche Prinzipien des Einwilligungsvorbehalts, der Direkterhebung, der Transparenz, die Grundsätze datenschutzrechtlicher Verantwortlichkeit (im Vergleich mit denjenigen der zivilrechtlichen Störerhaftung oder §§ 7 ff. TMG) sowie die Begrenztheit der gesetzlichen Erlaubnistatbestände (bisher: §§ 28 ff. BDSG a.F.) sind geeignet, gerade kritische und investigative journalistische Tätigkeit wesentlich zu erschweren, wenn nicht unmöglich zu machen.⁷

Hinzu kommt die schon eingangs angesprochene Errungenschaft der „Verwaltungsfestigkeit“ der Presse: Die – und sei es auch nur partielle – Unterwerfung der journalistischen Tätigkeit unter eine datenschutzbehördliche Aufsicht bedeutete einen tiefen Bruch mit den gefestigten Traditionen des modernen freiheitlichen Presserechts, das eine Verwaltungsaufsicht über die Presse nicht kennt.⁸

Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Bundesverwaltungsgerichts haben in dieser Inkompatibilität mit Recht die Legitimation der weitgehenden Freistellung von den datenschutzrechtlichen Anforderungen erkannt:

„Das in § 57 Abs. 1 Satz 1 RStV angeordnete Medienprivileg ist Ausfluss der in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG verankerten Medienfreiheit. Ohne die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten auch ohne Einwilligung der jeweils Betroffenen wäre journalistische Arbeit nicht möglich; die Presse könnte ihre in Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG, Art. 10 Abs. 1 Satz 2 EMRK, Art. 11 Abs. 1 Satz 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union zuerkannten und garantierten Aufgaben nicht wahrnehmen.“⁹

⁶ Eberle, Medien und Datenschutz – Antinomien und Antipathien, MMR 2008, 508; Koreng/Feldmann, Das „Recht auf Vergessen“. Überlegungen zum Konflikt zwischen Datenschutz und Meinungsfreiheit, ZD 2012, 311; Lauber-Rönsberg/Hartlaub, Personenbildnisse im Spannungsfeld zwischen Äußerungs- und Datenschutzrecht, NJW 2017, 1057 (1059: „Die Datenschutzgesetze sind nicht auf von der Meinungsäußerungsfreiheit erfasste Publikationsvorgänge zugeschnitten ...“); ansatzweise auch Paal/Hennemann, Online-Archive im Lichte der Datenschutz-Grundverordnung, K&R 2017, 18 (19, 22).

⁷ Lauber-Rönsberg, Internetveröffentlichungen und Medienprivileg. Verhältnis zwischen datenschutz- und medienzivilrechtlichem Persönlichkeitsschutz, ZD 2014, 177 (insb. 178: „Diese Beispiele verdeutlichen, dass die strikte Anwendung des BDSG grundsätzlich zu einem Publikationsverbot führen würde.“).

⁸ Cornils, in: Löffler, Presserecht, 6. Aufl. 2015, LPG § 1 Rn. 29 ff.

⁹ BGH Urteil vom 09. Februar 2010 – VI ZR 243/08 –, Rn. 26, juris – Sedlmayr = NJW 2010, 2432; gleichlautend BVerwG Beschluss vom 29. Oktober 2015 – 1 B 32/15 –, Rn. 5, juris = K&R 2016, 66; s. auch schon BGH, Urteil vom 23. Juni 2009 – VI ZR 196/08 –, BGHZ 181, 328-345, Rn. 20 – „spick-mich“.

In dieser Aussage kommt zugleich zum Ausdruck, dass es sich bei dieser Freistellung um eine jedenfalls im Grundsatz verfassungsrechtlich gebotene Immunsierung handelt. Das „Privileg“ ist nicht – womöglich gar noch unverdiente – gesetzliche Wohltat, sondern Funktionsbedingung der Medientätigkeit. Als solche kann es sich auf die grundgesetzliche Funktionsgewährleistung von Presse, Rundfunk und sonstigen Medien (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG) stützen¹⁰ und verbürgt zudem auch den durch die konventions- und unionsgrundrechtlichen Garantien der Kommunikationsgrundrechte gewährleisteten Freiraum der Medien.¹¹

Der immer wieder – vor allem in der datenschutzrechtlichen Literatur¹² – gegen die (deutsche) Ausgestaltung des Medienprivilegs vorgebrachte Einwand der überschießenden Freistellung der Medien, mithin einer ungerechtfertigten Bevorzugung der Medienfreiheit gegenüber dem Recht der informationellen Selbstbestimmung, überzeugt nicht. Begünstigt möglicherweise durch die verbreitet kritisierte,¹³ wenngleich etablierte Redeweise vom Medien-„Privileg“ liegt ihm das Missverständnis zugrunde, der Persönlichkeitsschutz von durch die Medientätigkeit Betroffenen werde durch diese gesetzliche Freistellung pauschal untergewichtet oder gar verdrängt. Davon kann aber keine Rede sein: Das datenschutzrechtliche Medienprivileg stellt in der Tat weithin von spezifisch datenschutzrechtlichen, der Medientätigkeit aber wie skizziert inadäquaten Bindungen frei, keineswegs jedoch vom rechtlichen Persönlichkeitsschutz. Die grundrechtlich gebotene Einzelfallabwägung zwischen der Kommunikationsfreiheit (Art. 10 EMRK, Art. 5 Abs. 1 GG) und dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht Betroffener (Art. 8 EMRK, Art. 2 Abs. 1 iVm mit Art. 1 Abs. 1 GG) wird durch diese Freistellung nicht aufgehoben, vielmehr in der mittlerweile reichhaltigen, konventionsrechtlich geprägten Abwägungsdogmatik, die das gesamte Äußerungsrecht bestimmt, zur Geltung gebracht. Das Medienprivileg hat damit allerdings, dies ist nicht zu bestreiten, eine Begünstigungswirkung im Vergleich mit Datenverarbeitungen im nicht-öffentlichen Bereich zu anderen als (medien-) kommunikativen Zwecken: Diese Begünstigung liegt aber nicht in einer mit den Grundprinzipien der praktischen Konkordanz, des rechtsgüteroptimierenden Ausgleichs im Kollisionsfall unvereinbaren schematischen Bevorzugung der Kommunikationsfreiheit, sondern nur darin, dass der relativ

¹⁰ Statt vieler *Schulz/Heilmann*, in: Löffler, Presserecht, 6. Aufl. 2015, BT Medien Datenschutz Rn. 3: „Das Datenschutzprivileg der Medien ist [...] Ergebnis eines komplexen verfassungsrechtlichen Abwägungsprozesses“; ebd. Rn. 5: „Das Medienprivileg im Datenschutz ist ein Beispiel für den Schutz des massenmedialen Prozesses: es geht darum, den Massenmedien die Möglichkeiten zu sichern, die sie benötigen, um ihre Rolle als Medium und Faktor in der öffentlichen Kommunikation zu erfüllen.“

¹¹ *Führ*, in: Auernhammer, BDSG, 4. Aufl. 2014, § 41 BDSG Rn. 3.

¹² S. nun auch wieder zu Art. 85 DS-GVO: *Buchner/Tinnefeld*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, 2017, Art. 85 Rn. 2, 31; *Specht*, in: Sydow, DS-GVO, 2017, Art. 85 Rn. 19; *Benecke/Wagner*, Öffnungsklauseln in der Datenschutz-Grundverordnung und das deutsche BDSG, DVBl. 2016, 600 (603).

¹³ *Albrecht/Janson*, Datenschutz und Meinungsfreiheit nach der Datenschutzgrundverordnung, CR 2016, 500 (502, 507); *Eberle*, MMR 2008, 508 (510).

formaler und zugleich sehr umfassend konzipierte und mit dem Informationsauftrag der Medien daher strukturell unvereinbare „Vorfeld“-Schutz der informationellen Selbstbestimmung (prinzipielles Bestimmungsrecht des Berechtigten, Rechtfertigungsbedürftigkeit jeder Datenverarbeitung) zurücktritt gegenüber anderen, auf substantielle und konkrete Persönlichkeitsbeeinträchtigungen zugeschnittenen Schutzaspekten des Persönlichkeitsrechts (Recht auf Selbstdarstellung, auf Achtung des personalen und sozialen Geltungsanspruchs, der Intim- und Privatsphäre, des Rechts am eigenen Bild und Wort usw.), wie sie namentlich im Äußerungsrecht, dem Bildnisschutzrecht und Medienordnungsrecht (Standards journalistischer Sorgfalt) umgesetzt werden.

Das Medienprivileg führt damit keineswegs zu einer Ausschaltung des Persönlichkeitsschutzes im Bereich der Medientätigkeit, anerkennt aber, dass andere, seit jeher das Konfliktfeld Presse und Persönlichkeitsrecht bestimmende rechtliche Interessen-Ausgleichsmechanismen problemangemessenere Ausdifferenzierungen ermöglichen und daher besser geeignet sind zur Lösung dieser Konflikte als das Datenschutzrecht. Das datenschutzrechtliche Medienprivileg ist so gesehen nicht Ausdruck einer einseitigen Vorzugsrelation zugunsten der Medienfreiheit und zu Lasten des Persönlichkeitsschutzes, sondern vor allem einfachrechtliche (aber verfassungsrechtlich unterfangene) Konkurrenzregel im Hinblick auf die Anwendbarkeit potentiell verschiedener Persönlichkeitsschutzrechtlicher Regimes (in materieller und institutioneller Hinsicht) für den Medienbereich: Dass durch das Hinzutreten des immer weiter entwickelten Datenschutzrechts auch für den nicht-öffentlichen Bereich schwierige Überschneidungs- und Konkurrenzprobleme im Verhältnis zu den älteren Persönlichkeitsschutzordnungen des Zivil- und Strafrechts entstanden sind, angefangen schon auf verfassungs- und unionsgrundrechtlicher Ebene mit dem hier keineswegs geklärten Verhältnis des Schutzes informationeller Selbstbestimmung zu den substantiell spezifischeren Schutzaspekten des Ehrschutzes usw.,¹⁴ ist zunehmend in das Bewusstsein getreten und auch in der Rechtsprechung, etwa bei der schwankenden Behandlung kritischer Fälle im Grenzbereich des Medienprivilegs,¹⁵ sichtbar geworden. Das Medienprivileg bisheriger Fassung klärt insoweit immerhin für die klaren Fälle journalistisch-redaktioneller Tätigkeit diese Konkurrenzfrage und verweist die Konfliktbewältigung weitgehend, von den Ausnahmen des Datengeheimnisses und der Datensicherheit abgesehen, unter die Maßstäbe des Äußerungsrechts sowie in die Zuständigkeit der Gerichte, allenfalls darüber hinaus, für die

¹⁴ Prominent geworden sind die interessanten Erwägungen zu diesem Verhältnis in den Schlussanträgen von Generalanwalt *Cruz Villalón* v. 12.12.2013, in: Rs. C-293/12 – Digital-Rights Ireland, Rn. 54 ff.

¹⁵ S. dazu *Schulz/Heilmann*, in: Löffler, Presserecht, 6. Aufl. 2015, BT Mediendatenschutz Rn. 11 f. mit Nachweisen aus der BGH-Rspr. zu Internetveröffentlichungen; *Lauber-Rönsberg*, ZD 2014, 177 (180)

elektronischen Medien, in die Kompetenz der dafür eingerichteten, institutionell besonders gestalteten Medienaufsicht, für den öffentlich-rechtlichen und privaten Rundfunk dazu mit eigenen, indes gerade nicht staatlichen Datenschutzbeauftragten.

Diese gesetzliche Lösung, den Schutz des Persönlichkeitsrechts gegenüber den Medien nicht datenschutzrechtlich, sondern mit den Maßstäben des zivil- und strafrechtlichen Persönlichkeitsrechtsschutzes, unter der Aufsicht der Gerichte (und allenfalls interner Datenschutzbeauftragter) zu sichern, wird bei Licht betrachtet dem von den Kritikern des Medienprivilegs angeführten Argument der Notwendigkeit einer Einzelfallbetrachtung und -abwägung sogar besser gerecht als eine gleichzeitige oder verdrängende Anwendung des Datenschutzrechts. Insofern fällt das Argument nachgerade auf die Kritik zurück: Die strukturelle Mindereignung des Datenschutzrechts für die Übernahme der Persönlichkeitsschutzaufgabe gegenüber den Medien¹⁶ gründet schließlich gerade in seiner relativ schematischeren, gesetzlich stärker vorgeprägten und daher starrerem Mechanik¹⁷ im Vergleich mit der deutlich offeneren Tatbestandsstruktur des zivilrechtlichen und strafrechtlichen Persönlichkeitsschutzes (§ 823 BGB, § 23 Abs. 1 und 2 KUG, §§ 186, 193 StGB), die nur mehr einfachrechtliche Anknüpfungspunkte für die in der Substanz konventions- und verfassungsrechtlich geprägte Abwägungsargumentation im Einzelfall liefert. Hinzu kommt die für das Datenschutzrecht mittlerweile vielfach beobachtete, auch etwa im Google-Spain-Urteil des EuGH sichtbar gewordene¹⁸ Verkürzung der Konfliktbewältigung vornehmlich auf den bipolaren Interessengegensatz von Datenverarbeiter und (unmittelbar) Betroffenen, die weitere Interessen an der Datenverarbeitung tendenziell übersieht oder zumindest untergewichtet.¹⁹ Gerade hierin liegt der tiefere Grund für die verfassungsrechtlich verankerte, einfachrechtlich und auch unionsrechtlich seit jeher anerkannte und nun in der Abwägungsklausel des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO besonders deutlich zum Ausdruck gebrachte Notwendigkeit, die Medien vom öffentlich-rechtlichen Sonder-Persönlichkeitsschutz der informationellen Selbstbestimmung (und nur von diesem!) weitgehend freizustellen.

¹⁶ *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057 (1059): „Die Datenschutzgesetze sind nicht auf von der Meinungsäußerungsfreiheit erfasste Publikationsvorgänge zugeschnitten und bieten außerhalb der Medienprivilegien keinen adäquaten Rahmen für Veröffentlichungen.“

¹⁷ S. im Einzelnen *Lauber-Rönsberg*, ZD 2014, 177 (178 ff.); der BGH hat sich daher genötigt gesehen, für Bewertungsplattformen, d.h. außerhalb der Reichweite des Medienprivilegs, den zu eng geschnittenen Erlaubnistatbestand des § 29 BDSG a.F. verfassungskonform auszuweiten und so im Ergebnis dem zivilrechtlichen Abwägungsmodell (§ 823 BGB) anzugleichen, BGH Urt. v. 23.6.2009, VI ZR 196/088 – „spick mich“, BGHZ 191, 328, Rn. 26 ff.

¹⁸ EuGH, Urt. v. 13.5.2014, Rs. C-131/12 – Google Spain, Rn. 97 f.; zur Kritik *Masing*, VerfBlog v. 14.8.2014.

¹⁹ *Paal/Hennemann*, K&R 2017, 18 (19).

2. Unionsrechtliche Anerkennung des Medienprivilegs

Auch das unionale Datenschutzrecht hat schon in der DSRL die Notwendigkeit einer wesentlichen Anforderungen des Datenschutzes erfassenden Freistellung der Kommunikation zu bestimmten, insbesondere journalistischen Zwecken anerkannt, und zwar mit ausdrücklichem Bezug auf die Wahrung der diese Kommunikation schützenden höherrangigen Rechte (Art. 9 DSRL mit Erwägungsgrund Nr. 37²⁰):

a) Art. 9 DSRL

Schon diese Regelung in Art. 9 DSRL – wie nun auch die Nachfolgeregelung in Art. 85 DS-GVO – fasst die Kompetenz der Mitgliedstaaten, Ausnahmen und Einschränkungen festzulegen als unionsrechtliche Pflicht,²¹ bindet sie mithin zwar an die tatbestandliche Voraussetzung der Erforderlichkeit, stellt sie aber nicht in das mitgliedstaatliche Ermessen. Schon die Richtlinie und nunmehr auch die Verordnung gehen also davon aus, dass die Freistellung grundrechtlich aus der Gewährleistung der Kommunikationsfreiheit geboten ist. Dies bedeutet zugleich auch die Anerkennung der Einsicht, dass die datenschutzrechtlichen Regelungen aus Richtlinie und Verordnung als solche nicht geeignet sind, den Interessen- und Grundrechtskonflikt von Kommunikationsfreiheit und Persönlichkeitsrecht abschließend und angemessen zu verarbeiten; ansonsten bedürfte es keiner obligatorischen Freistellung von den im Übrigen gerade vorgesehenen datenschutzrechtlichen Vorgaben. Erst die Ausnahmen und Abweichungen, also die Freistellung (vulgo: das „Privileg“), sorgen dafür, dass „die beiden Grundrechte [...], nämlich zum einen der Schutz der Privatsphäre und zum anderen die Freiheit der Meinungsäußerung“, „miteinander in Einklang“ gebracht werden, so die Formulierung des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache Tietosuojavaltuutettu.²² Schon nach der Richtlinie, erst recht gilt dies nun, nachdem der Abwägungsauftrag ausdrücklich in Art. 85 Abs. 1 DS-GVO aufgenommen worden ist, von der Verordnung, ist die Herstellung dieses „Einklangs“ „Gegenstand von Art. 9“

²⁰ Erwägungsgrund Nr. 37 RL 95/346/EG: „Für die Verarbeitung personenbezogener Daten zu journalistischen, literarischen oder künstlerischen Zwecken, insbesondere im audiovisuellen Bereich, sind Ausnahmen von bestimmten Vorschriften dieser Richtlinie vorzusehen, soweit sie erforderlich sind, um die Grundrechte der Person mit der Freiheit der Meinungsäußerung und insbesondere der Freiheit, Informationen zu erhalten oder weiterzugeben, die insbesondere in Artikel 10 der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und der Grundfreiheiten garantiert ist, in Einklang zu bringen. Es obliegt deshalb den Mitgliedstaaten, unter Abwägung der Grundrechte Ausnahmen und Einschränkungen festzulegen, die bei den allgemeinen Maßnahmen zur Rechtmäßigkeit der Verarbeitung von Daten, bei den Maßnahmen zur Übermittlung der Daten in Drittländer sowie hinsichtlich der Zuständigkeiten der Kontrollstellen erforderlich sind, ohne daß jedoch Ausnahmen bei den Maßnahmen zur Gewährleistung der Sicherheit der Verarbeitung vorzusehen sind. [...]“

²¹ Art. 9 DSRL: „Die Mitgliedstaaten sehen [...] vor, [...]“; Art. 85 Abs. 1 DS-GVO: die Mitgliedstaaten bringen durch Rechtsvorschriften [...] in Einklang“; Art. 85 Abs. 2 DS-GVO: [...] sehen die Mitgliedstaaten Abweichungen oder Ausnahmen [...] vor, [...]“; zum obligatorischen Charakter *beider* Gebote der Verordnung: Albrecht/Janson, CR 2016, 500 (502); *Specht*, in: Sydow, Europäische Datenschutz Grundverordnung, 2017, Artikel 85 Rn. 7, 9; von *Lewinski*, in: Auernhammer, DS-GVO/BDSG, 5. Aufl. 2017, Art. 85 Rn. 12, 20 („Regelungsauftrag“).

²² EuGH, Urt. v. 16.12.2008, Rs. C-73/07 – Tietosuojavaltuutettu gegen Satakunnan Markkinapörssi Oy, Satamedia Oy, Rn. 54.

und „Aufgabe“ der Mitgliedstaaten.²³ Das Unionsrecht bestätigt mithin die oben für das deutsche Recht skizzierte, verfassungsrechtlich begründete Wertung; es anerkennt die Notwendigkeit der partiellen Freistellung vom Datenschutz gerade als Voraussetzung einer sachangemessenen Bewältigung des Grundrechtskonflikts.

b) Ausweitung der Freistellung in Art. 85 DS-GVO

Die Neufassung der unionsrechtlichen Bereichsausnahme in Art. 85 DS-GVO führt diese Freistellungsermächtigung der Mitgliedstaaten nicht nur fort, sondern gestaltet sie in Wortwahl und Inhalt in mehrfacher Hinsicht großzügiger aus. In dieser noch großzügigeren Ausgestaltung der (hier zunächst als Gesamtheit betrachteten, tatsächlich aber aus zwei Aufträgen mit je eigenständiger Bedeutung – Art. 85 Abs. 1 und 2 DS-GVO bestehenden²⁴) Öffnungsklausel, die die rechtliche Kollisionslösung im Interessenkonflikt von Kommunikationsfreiheit und Persönlichkeitsschutz weitgehend den Mitgliedstaaten überantwortet, wird das Ergebnis der Gesetzesberatungen deutlich, dass nämlich zumindest etliche Mitgliedstaaten einen weitergehenden Vereinheitlichungsanspruch des Unionsrechts mit direkten Auswirkungen auf die mitgliedstaatlichen Reservatsbereiche des inhaltlichen Medien- und (allgemeiner) Äußerungsrechts keinesfalls akzeptiert hätten.²⁵ Die Verordnungsregelung des Medienprivilegs erhebt mithin ebenso wenig wie diejenige der Richtlinie einen Vollharmonisierungsanspruch²⁶; sie nimmt ihn tatsächlich sogar noch weiter zurück als die Richtlinie. Dies ist eine für die Interpretation der Vorschriften wichtige und bedeutsame Einsicht.

Ein besonders markanter Unterschied ist ersichtlich die Einfügung des allgemeinen Regelungsauftrags in Art. 85 Abs. 1 DS-GVO, der im Regelungsteil der DSRL, also in deren Art. 9, noch nicht enthalten war und der zur schon bisher vorgesehenen Öffnungsklausel, die nunmehr, in veränderter Form, in Abs. 2 statuiert ist, hinzu tritt. Der neue Art. 85 Abs. 1 DS-GVO nimmt damit jene bisher nur in Erwägungsgrund Nr. 37 zur DSRL und in der EuGH-Rechtsprechung formulierte allgemeine Abwägungsklausel („in Einklang bringen“) in modifizierter Gestalt in den Regelungsteil auf und verschafft ihr damit die Normativität einer die Mitgliedstaaten adressierenden Regelungspflicht. Mit Abs. 1 ist zudem auch eine thematische Ausweitung verbunden: Die Bestimmung erfasst nun umfassend das Verhältnis des Schutzes informationeller

²³ EuGH, Urt. v. 16.12.2008, Rs. C-73/07 – Tietosuoja- ja valtuutettu gegen Satakunnan Markkinapörssi Oy, Satamedia Oy, Rn. 54; s. zur mitgliedstaatlichen Kompetenz dieser Konkordanzaufgabe, die mithin gerade nicht in der Determinationsreichweite des unional geprägten Datenschutzrechts liegt, auch schon EuGH, Urt. vom 6.11.2003 – Rs. C-101/01 – Lindquist, Rn. 90.

²⁴ S. dazu u., III. 3.

²⁵ Albrecht/Janson, CR 2016, 500 (503); Buchner/Tinnefeld, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, 2017, Art. 85 Rn. 4.

²⁶ Benecke/Wagner, DVBl. 2016, 600 (603); Lauber-Rönsberg/Hartlaub, NJW 2017, 1057 (1060).

Selbstbestimmung zum Recht auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit. Der qualifizierende Zweckbezug der Datenverarbeitung (auf journalistische, wissenschaftliche, künstlerische und literarische Zwecke) ist hier zwar auch noch ausdrücklich, aber doch nur beispielhaft („einschließlich“) und also nicht mehr ausschließlich, einbezogen. Welche Bedeutung dieser Aufwertung und damit Anreicherung der Bereichsausnahme für die Kommunikations- und Medienfreiheiten zukommt, ist ersichtlich eine Schlüsselfrage für das Verständnis der Vorschriften des Art. 85 DS-GVO in ihrer Gesamtheit; darauf wird zurückzukommen sein.

Auch der in der Tradition des Art. 9 DSR stehende Ausnahme- und Abweichungsvorbehalt des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO erscheint gegenüber der Vorgängerbestimmung erweitert:

Erstens erfasst der Vorbehalt gegenständlich nun auch wissenschaftliche Verarbeitungszwecke, nicht mehr nur solche journalistischer, künstlerischer oder literarischer Art.

Zweitens verzichtet die Formulierung in der Verordnung auf die noch in Art. 9 DSRL enthaltene Beschränkung auf „allein“ journalistische, künstlerische oder literarische Zwecke. Komplexere Motivationsbündel einer Datenverarbeitung sind daher mit erfasst. Schon zu Art. 9 DSRL hatte der EuGH entschieden, dass jedenfalls eine zu dem publizistischen Zweck hinzutretende Gewinnerzielungsabsicht die Anwendbarkeit der Vorschrift nicht ausschließen kann, eine ersichtlich für den privaten Mediensektor eminent wichtige und auch allein sinnvolle Auslegung.²⁷

Drittens erscheint die Formulierung der Erforderlichkeits-Voraussetzung zurückhaltender als in Art. 9 DSRL: Hieß es dort, dass Abweichungen und Ausnahmen „nur insofern“ vorzusehen seien, „als sich dies als notwendig erweist“ (engl. Fassung: „only if they are necessary“; frz. Fassung: „dans la seule mesure où elles s'avèrent nécessaires“), lautet die Formulierung nun weniger streng: „wenn dies erforderlich ist, um das Recht auf Schutz der personenbezogenen Daten mit der Freiheit der Meinungsäußerung und der Informationsfreiheit in Einklang zu bringen“ („if they are necessary to reconcile“, „si celles-ci sont nécessaires pour concilier“). Sicherlich ist es unangebracht, dieser geringfügigen Änderung über den eher atmosphärischen Eindruck geringerer Strenge hinaus große substantiell-normative Bedeutung zuzumessen. Immerhin kann aber doch die Abweichung (auch in den ausländischen Sprachfassungen), die gerade auf die einschränkenden Anforderungen des „insofern“ („only“, „dans la seule mesure“) verzichtet, dahin verstanden werden, dass die Erforderlichkeit nicht mehr so streng auch auf das quantitative Maß (d.h. den Umfang) der Freistellung bezogen werden muss, wenn sie einmal

²⁷ EuGH, Urt. v. 16.12.2008, Rs. C-73/07 – Tietosuoja- ja valtuutettu gegen Satakunnan Markkinapörssi Oy, Satamedia Oy, Rn. 59.

dem Grunde nach als gerechtfertigt erscheint. Dieses textliche Argument unterstützt mithin ein Verständnis der Ausnahmen-Befugnis (und -pflicht!) der Mitgliedstaaten, demzufolge Datenverarbeitungen zu den in der Bestimmung genannten Zwecken wie in den deutschen Regelungen des Medienprivilegs auch durchaus kraft normativer Bereichsausnahme, d. h. generell-abstract freigestellt werden dürfen, nicht etwa nur im Ergebnis einer – kaum praktikablen und die Schutzzwecke der Freistellung jedenfalls verfehlenden – Einzelfallabwägung in jedem konkreten Fall einer Datenverarbeitung durch einen Berechtigten im Sinne der Vorschrift. Festzuhalten ist in aller Deutlichkeit, dass die textlichen Unterschiede in der Fassung des Art. 85 DSGVO im Verhältnis zu Art. 9 DSRL keinerlei Anlass geben können, nun die Erforderlichkeit der mitgliedstaatlichen Medienprivilegien für die Gewährleistung der Kommunikationsfreiheit (neuerlich) in Frage oder gar Abrede zu stellen, im Gegenteil: Wenn nach Auffassung der deutschen Gesetzgeber, Gerichte und der überwiegenden Schrifttumsauffassung die bisherigen Medienprivilegien mit ihrem weitgehenden Ausschluss des Datenschutzrechts der „Notwendigkeits“-Voraussetzung des Art. 9 DSRL entsprachen, so müssen sie in unveränderter Gestalt nunmehr erst recht der sogar großzügiger formulierten „Erforderlichkeits“-Bedingung in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO entsprechen.

Auch der Vergleich der beiden einschlägigen Erwägungsgründe zur Richtlinie (Nr. 37) bzw. zur Verordnung (Nr. 153) ergibt – bei überwiegender Übereinstimmung – in den Abweichungen eine gewisse Tendenz zur Bekräftigung der Bedeutung der Kommunikationsfreiheiten. Dieser Eindruck entsteht schon aus der deutlich ausladenderen Formulierung, die das in Einklang zu bringende Spannungsverhältnis zwischen Datenschutz und Kommunikationsfreiheit ebenso gleich dreimal hintereinander erwähnt wie die Ausnahme- und Abweichungsbefugnis der Mitgliedstaaten. Ersichtlich hat die Anreicherung der Bereichsausnahme im Regelungsteil um die allgemeine Abwägungsklausel (Art. 85 Abs. 1 DS-GVO) auch zu einer Ausweitung der Fassung des darauf bezogenen Erwägungsgrundes geführt.

In der Sache bedeutsamer ist die Streichung des Rück-Vorbehalts in Erwägungsgrund Nr. 37 zu Art. 9 DSRL betreffend die Datensicherheit.²⁸ Diese Streichung führt im Ergebnis dazu, dass auch die in den deutschen Fassungen des Medienprivilegs vom Privilegierungsumfang bisher nicht erfassten datenschutzrechtlichen Anforderungen an die Datensicherheit (§ 41 BDSG a.F. iVm § 9 BDSG, Art. 17 DSRL) nun von Unionsrechts wegen nicht mehr zwingend ausgeklammert werden müssen: Art. 5 Abs. 1 Buchst. f DS-GVO, der nun die Anforderungen an die Da-

²⁸ EG Nr. 37: „[...] ohne dass jedoch Ausnahmen bei den Maßnahmen zur Gewährleistung der Sicherheit der Verarbeitung vorzusehen sind.“

tensicherheit regelt, ist als Vorschrift im Kapitel II („Grundsätze“) von der Ausnahmen-Befugnis gem. Art. 85 Abs. 2 DS-GVO vielmehr unzweifelhaft erfasst. Da die weitere von den deutschen Medienprivilegien überwiegend „verschonte“ Anforderung des Datengeheimnisses (§ 5 BDSG a.F.) ohnehin nicht unionsrechtlich vorgegeben ist, verbleiben nach der Verordnung (anders als nach der DSRL in Hinsicht auf die Datensicherheit) nun überhaupt keine der Öffnungsklausel jedenfalls entzogenen Vorschriften des materiellen Datenschutzes mehr. Die Mitgliedstaaten sind mithin nunmehr grundsätzlich berechtigt, sogar sämtliche materiell-rechtlichen Anforderungen der DS-GVO in ihre Ausnahmebestimmungen aufzunehmen, das Medienprivileg also noch weiter auszudehnen.

Erwägungsgrund Nr. 153 zur DS-GVO hat ferner auch den Schlusssatz aus Erwägungsgrund Nr. 37 zur DSRL nicht übernommen, in dem es hieß, dass „mindestens die in diesem Bereich zuständige Kontrollstelle bestimmte nachträgliche Zuständigkeiten erhalten [solle], beispielsweise zur regelmäßigen Veröffentlichung eines Berichts oder zur Befassung der Justizbehörden“. Sollte dieser Erwägungsgrund so zu verstehen gewesen sein, dass den unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden trotz des nach Art. 9 DSRL möglichen Ausschlusses des die Datenschutzbehörden betreffenden Kapitels VI gewisse Befugnisse verbleiben sollten, so ist diese Aussage für die DS-GVO jedenfalls entfallen.

c) Kontinuität in der Kapitel-Enumeration

Was schließlich die aus Sicht des hier verfolgten Untersuchungsanliegens besonders interessierende Rechtsfolgenfrage angeht, ist zu konstatieren, dass die DS-GVO in Art. 85 Abs. 2 alle diejenigen Regelungs-Kapitel dem Abweichungs- und Ausnahmenvorbehalt unterwirft, die auch schon in der DSRL einbezogen waren, wenn auch dort teilweise in anderer Anordnung und Nummerierung. Der Vorbehalt in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO hat den Katalog der ausnahmefähigen Kapitel um die neu gefassten Kapitel III [Rechte der betroffenen Person], IV [Verantwortlicher und Auftragsverarbeiter], VII [Zusammenarbeit und Kohärenz] und IX [Vorschriften für besondere Verarbeitungssituationen] erweitert. In der Vergleichsperspektive aus dem Blickwinkel des Medienprivilegs bedeutet dies aber nur, dass diejenigen Regelungsgegenstände, die bisher in anderen – vom Ausnahmenvorbehalt in Art. 9 DSRL erfassten – Kapiteln untergebracht waren, nun weiterhin vom Ausnahmenvorbehalt des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO erfasst bleiben, so etwa die aus dem alten Kapitel II DSRL (Abschnitte IV-VII) in das neue Kapitel III DS-GVO verlagerten Bestimmungen über die Rechte der betroffenen Person (Art. 10-15 DSRL), die ebenfalls aus Kap. II DSRL (Abschn. VIII und IX) in das neue Kap. IV DS-GVO verlagerten Bestimmungen der Art. 16 ff. DSRL, den bisher in der DSRL einem eigenen Kapitel V zugewiesenen Art. 27 DSRL betreffend die Verhaltensregeln, der nun im Abschnitt

5. des Kapitel IV DS-GVO aufgegangen ist. Es sind insoweit also keine Regelungsinhalte der DSRL ersichtlich, die gem. Art. 9 dieser Richtlinie vom Ausnahmenvorbehalt, also der Möglichkeit einer mitgliedstaatlichen Freistellung, erfasst gewesen sind, nun aber aus der Reichweite des Vorbehalts in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO herausgefallen wären.

d) Partielle Abweichung bei Kapitel VIII DS-GVO

Anders scheint es allein mit den Vorschriften zu liegen, die nun dem vom Ausnahmenvorbehalt des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO nicht erfassten Kapitel VIII DS-GVO [Rechtsbehelfe, Haftung und Sanktionen] zugeordnet sind, deren Entsprechungs-Normen in der Richtlinie jedoch in deren Kapitel VI über die Aufsichtsbehörden platziert sind, einem Kapitel, das ebenso wie in der DS-GVO (auch hier Kapitel VI) ausnahmefähig gem. Art. 9 DSRL war (und noch ist). Allerdings ist auch hier im Ausgangspunkt zunächst festzuhalten, dass die Nichtberücksichtigung des Kapitels VIII in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO dem Ansatz von Art. 9 DSRL durchaus entspricht. Auch diese Bestimmung hat das gleichklingend überschriebene Kapitel über die „Rechtsbehelfe, Haftung und Sanktionen“ (Kap. III DSRL) nicht in die Privilegierungsreichweite des Art. 9 einbezogen. Die von den in diesem Kapitel normierten Art. 22, 23 und 24 DSRL geregelten Gegenstände des gerichtlichen Rechtsbehelfs, der Schadensersatzhaftung und der mitgliedstaatlichen Sanktionen sind nach der Richtlinie nicht privilegiert und es fallen auch ihre Entsprechungsvorschriften im Kapitel VIII DS-GVO (Art. 79, 82 und 84) nicht in die Reichweite der Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO. Insofern bestätigt die Fortführung dieser Nichtberücksichtigung zunächst nur den bisher ermittelten Befund der Regelungs-Kontinuität auf der Rechtsfolgendeite. Was den Katalog der ausnahmefähigen Kapitel angeht, bricht die DS-GVO mit der Nichterwähnung des Kap. VIII also keineswegs aus dem Konzept der Richtlinie aus, führt dieses vielmehr fort.

Eine Abweichung ergibt sich, so scheint es jedenfalls nach dem Textbefund, allein daraus, dass das Kapitel VIII nun Bestimmungen enthält, die in den nur drei Artikeln des entsprechenden Kapitel III DSRL nicht enthalten sind. Dies betrifft zum einen zwei Bestimmungen mit schon in der DSRL aufgenommenen, dort aber im gem. Art. 9 DSRL ausnahmefähigen Kapitel über die Kontrollstellen platzierten Regelungsgegenständen: Art. 77 DS-GVO, der das Beschwerderecht gegenüber der Aufsichtsbehörde gibt und Art. 28 Abs. 4 DSRL entspricht, sowie Art. 78 DS-GVO, der gerichtliche Rechtsbehelfe gegen belastende Entscheidungen oder bei Untätigkeit der Aufsichtsbehörde vorsieht und Art. 28 Abs. 3 UA 2 DSRL entspricht. Hinzu kommen neue Vorschriften in Kapitel VIII DS-GVO, die keine Entsprechung in der DSRL haben, insbesondere die Vorschrift über die Bußgeldsanktion, Art. 83 DS-GVO, ferner diejenigen des Art. 80 DS-GVO [Rechtsverfolgung durch eine beauftragte Organisation und Verbandsklage]

und Art. 81 DS-GVO [Aussetzung gerichtlicher Verfahren]²⁹. Diesen Bestimmungen ist sämtlich ein Bezug zu den Datenschutzaufsichtsbehörden gemeinsam. Namentlich Art. 77, 78, 81 und 83 DS-GVO setzen, sollen sie Anwendung finden, Befugnisse der Aufsichtsbehörden voraus. Anders als das bisherige Rechtbehelfskapitel III der DSRL hat das neue Kapitel VIII der DS-GVO also nun auch Regelungsgegenstände übernommen, die Rechte gegenüber der Datenschutzaufsichtsbehörde und Kompetenzen der Datenschutzaufsichtsbehörden betreffen. Damit scheint es so, als ob nun die Datenschutzaufsicht in ihren Funktionen der Überwachung und der Bußgeldsanktion nicht mehr von den mitgliedstaatlichen Abweichungen und Ausnahmen umfasst und also aus dem Bereich der Datenverarbeitung zu journalistischen (usw.) Zwecken ausgeschlossen werden dürfte.

Wäre diese Regelung des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO tatsächlich so zu verstehen, fände sich hier – und nur hier – in der Tat eine Abweichung von dem sonst zu beobachtenden und hier vorstehend wiedergegebenen Muster, demzufolge die DS-GVO in Art. 85 Abs. 2 die Reichweite der unionsrechtlichen Freistellungspflicht zum Schutz der Kommunikationsfreiheit im Vergleich mit der DSRL partiell – in den privilegierten Zwecken und dem Verzicht auf die Rückausnahme der Datensicherheit – sogar erweitert, im Übrigen aber – in den in Bezug genommenen Regelungsinhalten – jedenfalls aufrechterhalten hat. Die Abweichung erscheint in diesem Kontext als merkwürdige Anomalie: Warum sollte die DS-GVO den Mitgliedstaaten ein weitgespanntes Recht auf Freistellung der Medien von allen materiellen Bindungen des Datenschutzes einräumen und insoweit sogar über die DSRL hinausgehen, sodann aber erstmals und anders als die DSRL unabdingbar eine datenschutzbehördliche Aufsicht über die Medien fordern?

Diese offenkundige Ungereimtheit wirft sofort die Frage auf, ob dieses Normverständnis, das dem sonst überdeutlich erkennbaren Anliegen der kontinuierlichen Erhaltung (und sogar Fortentwicklung) des unionsrechtlichen Medienprivilegs zuwiderläuft, richtig sein kann – oder sich nicht eine sinnvollere, zu jener Tendenz besser passende Deutung anbietet. Dieser Frage wird im Folgenden weiter nachzugehen sein. Festzuhalten bleibt aber schon hier, dass eine Interpretation, die Art. 77, 78, 81 und 83 DS-GVO als unionsrechtlich zwingende, in den Medienprivilegien der Mitgliedstaaten auszusparende Vorgaben begreift, nicht zu Geist und erkennbarer Konzeption der Neuregelung des Regelungsauftrags in Art. 85 DS-GVO passt.

²⁹ Art. 81 DS-GVO bezieht sich auf verwaltungsgerichtliche Klagen gegen Entscheidungen der Aufsichtsbehörde, also solche im Sinne des Art. 78 DS-GVO, vgl. Erwägungsgrund Nr. 144.

III. Verhältnis von Art. 85 Abs. 1 und 2 DS-GVO

Art. 85 DS-GVO ist eine im Vergleich mit der Vorgängerregelung des Art. 9 DSRL komplexer gebaute Bestimmung: Namentlich ist an die Seite des alten kapitelbezogenen Ausnahmenvorbehalts, der sich heute in der Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO wieder findet, die allgemeine Öffnungsklausel in Abs. 1 getreten. Hinzu kommt noch die gleichfalls neue Mitteilungspflicht in Abs. 3. Diese endgültige Gestalt der Bestimmung wirft zuallererst Fragen nach dem Verhältnis der verschiedenen Klauseln (vor allem von Abs. 1 und 2) zueinander auf. Diese Verhältnisbestimmung ist für die hier erörterte Frage ersichtlich von ganz wesentlicher Bedeutung; auch die Deutung des Regelungsinhalts der beiden Klauseln je für sich ist ohne eine Erfassung des systematischen Zusammenhangs, in dem sie stehen, nicht möglich.

1. Von dem Abweichungs- und Ausnahmenvorbehalt zur doppelten Öffnungsklausel: entstehungsgeschichtlicher Abriss

Das Zustandekommen der Doppel-Öffnungsklausel von Art. 85 Abs. 1 und 2 DS-GVO ist, wie bei anderen Regelungsgegenständen der Verordnung auch, das Ergebnis langwieriger Beratungen und Verhandlungen, in deren Verlauf verschiedene Varianten einer Sonderregelung im Konfliktbereich mit der Medien- und Kommunikationsfreiheit eingeführt und erörtert worden sind. Dies gilt explizit auch für die hier untersuchte Frage der Erstreckung der Freistellungsmöglichkeit auf das Kapitel VIII der Verordnung – oder doch zumindest auf diejenigen kritischen Vorschriften, die die Datenschutzaufsicht betreffen und nun, anders als noch in der Richtlinie, wegen ihrer Verlagerung in dieses Kapitel VIII nicht mehr unter die Öffnungsklausel fallen, also Art. 77, 78 und 83 DS-GVO.

a) Kommissionsvorschlag: Abweichungs- und Ausnahmenvorbehalt

Der Kommissionsvorschlag vom 25. Januar 2012³⁰ sah in Art. 80 DS-GVO-E³¹ noch keine allgemeine Abwägungsklausel wie heute in Art. 85 Abs. 1 DS-GVO vor, vielmehr nur, in Anknüpfung an Art. 9 des RL, in Abs. 1 die mit der Enumeration ausnahmefähiger Kapitel arbeitende Öffnungsklausel, die sich heute leicht abweichend formuliert in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO findet. Die Fassung des Vorschlags enthielt allerdings noch nicht die Erweiterung auf den wissenschaftlichen Verarbeitungszweck und auch noch nicht den Verzicht auf das Erfordernis ausschließlicher Zweckrichtung, bewegte sich mithin noch ganz in den engeren Bahnen des Art. 9

³⁰ Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (General Data Protection Regulation) v. 25.1.2012, COM(2012) 11 final.

³¹ Art. 80 E-DS-GVO entspricht von der Vorschlagsfassung der Kommission bis zur Einigung im Ergebnis der Trilogverhandlungen im Dezember 2015 dem Art. 85 DS-GVO in der konsolidierten Fassung der Verordnung.

DSRL. In einem Absatz 2 enthielt der Vorschlag indes schon die heute in Abs. 3 formulierte neue Mitteilungspflicht.³²

b) Vorschlag des Europäischen Parlaments, 1. Lesung: tatbestandlich erweiterter Abwechungs- und Ausnahmenvorbehalt

Der Änderungsvorschlag (Nr. 189) des Europäischen Parlaments zu Art. 80, festgelegt im Standpunkt in erster Lesung am 12. März 2014³³ übernahm die Fassung des Änderungsantrags 324 im Berichtsentwurf des Berichterstatters im federführenden Ausschuss für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres Jan Philipp Albrecht vom 16. Januar 2013. Danach rückte das Parlament von der aus Art. 9 DSRL übernommenen tatbestandlichen Beschränkung der Freistellung im Kommissionsvorschlag auf bestimmte qualifizierte Verarbeitungszwecke ab und öffnete die Klausel stattdessen für potentiell alle Verarbeitungen, sofern dies zum Schutz der Kommunikationsfreiheit in der gebotenen Abwägung mit dem Persönlichkeitsschutz erforderlich ist („whenever this is necessary“). Die knappe Begründung dafür lautete: „Mit diesem Änderungsantrag wird klargestellt, dass alle Aspekte der Meinungsfreiheit erfasst werden, nicht nur die der Journalisten, Künstler oder Schriftsteller.“³⁴

Auf der Rechtsfolgende hielt dieser im Standpunkt sodann verabschiedete Änderungsvorschlag indes an der enumerativen Verweisung auf bestimmte ausnahmefähige Kapitel entsprechend dem Kommissionsvorschlag fest, d. h. also auch an der Nichtberücksichtigung des Kapitel VIII über die Rechtsbehelfe, Haftung und Sanktionen. Das Problem einer der Kommunikationsfreiheit inadäquaten Nicht-Abdingbarkeit der nun im Kapitel VII enthaltenen Vorschriften

³² Text des Kommissionsvorschlags: „Article 80 Processing of personal data and freedom of expression

1. Member States shall provide for exemptions or derogations from the provisions on the general principles in Chapter II, the rights of the data subject in Chapter III, on controller and processor in Chapter IV, on the transfer of personal data to third countries and international organisations in Chapter V, the independent supervisory authorities in Chapter VI and on co-operation and consistency in Chapter VII for the processing of personal data carried out solely for journalistic purposes or the purpose of artistic or literary expression in order to reconcile the right to the protection of personal data with the rules governing freedom of expression.

2. Each Member State shall notify to the Commission those provisions of its law which it has adopted pursuant to paragraph 1 by the date specified in Article 91(2) at the latest and, without delay, any subsequent amendment law or amendment affecting them.“

³³ Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 12. März 2014 zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (allgemeine Datenschutzverordnung) (COM(2012)0011, P7_TA(2014)0212:

„Article 80 Processing of personal data and freedom of expression

1. Member States shall provide for exemptions or derogations from the provisions on the general principles in Chapter II, the rights of the data subject in Chapter III, on controller and processor in Chapter IV, on the transfer of personal data to third countries and international organisations in Chapter V, the independent supervisory authorities in Chapter VI, on cooperation and consistency in Chapter VII and specific data processing situations in this Chapter whenever this is necessary in order to reconcile the right to the protection of personal data with the rules governing freedom of expression in accordance with the Charter.“

³⁴ Europäisches Parlament, Ausschuss für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres, Berichtsentwurf v. 16.1.2013, Änderungsantrag 324.

über die Datenschutzaufsicht ist indes im Parlament deutlich gesehen worden. So hatten zwei beteiligte Ausschüsse des Parlaments vorgeschlagen, die Regelungen der Art. 73, 74, 76 und 79 DS-GVO-E (entspr. Art. 77, 78, 80 und 83 DS-GVO), also gerade diejenigen Vorschriften, die Befugnisse der Datenschutzaufsichtsbehörden voraussetzen, ausdrücklich in die Enumeration der Öffnungsklausel aufzunehmen.³⁵ Darauf wird noch näher zurückzukommen sein (u. IV. 2. b).

c) Vorschlag der Ratspräsidentschaft 2013: allgemeine Abwägungsklausel

Unter den Mitgliedstaaten formierte sich indes Widerstand gegen dieses in der Rechtsfolge auf enumerierte Ausnahmen fokussierte Konzept, wie es schon Art. 9 der Richtlinie zugrunde lag: Der Abweichungs- und Ausnahmeverbehalt geht, so weit er auch inhaltlich gefasst sein mag, doch strukturell vom Ausgangspunkt der Anwendbarkeit des Datenschutzrechts aus. Ausnahmen und Abweichungen erscheinen daher als Durchbrechungen des Prinzips und sind als solche rechtfertigungsbedürftig: Die Ausnahmen müssen sich gegenüber dem Prinzip als erforderlich rechtfertigen, nicht umgekehrt die Anwendbarkeit datenschutzrechtlicher Maßstäbe gegenüber der Kommunikationsfreiheit. Dieses Bedenken der Einseitigkeit – zumindest in der rechtstechnischen Struktur – der Prinzipienkollisionslage von informationeller Selbstbestimmung einerseits und Kommunikationsfreiheit andererseits ist im April 2013 von der Ratspräsidentschaft aufgegriffen und in den Vorschlag umgesetzt worden, das Konzept eines Abweichungs- und Ausnahmeverbehalts mit enumerativ in Bezug genommenen Kapiteln des Unionsrechtsakts aufzugeben und durch eine allgemeine Abwägungsklausel zu ersetzen.³⁶ Die heute in Art. 85 Abs. 1 DS-GVO formulierte Abwägungsklausel geht also auf diesen Vorschlag in den Ratsberatungen zurück. Art. 80 (85) sollte danach folgende Gestalt erhalten:

„Article 80 Processing of personal data and freedom of expression Member State law shall provide for rules (...) in order to reconcile the right to the protection of personal data pursuant to this Regulation with the rules governing freedom of expression, including artistic and or literary expression“

³⁵Text der Änderungsanträge beider Ausschüsse in: Bericht des Europäischen Palaments über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Warenverkehr (allgemeine Datenschutzverordnung) v. 21.11.2013, A7-0402/2013:

Änderungsantrag 399 des Ausschusses für Industrie, Forschung und Energie: „1. Chapter II (General principles), Chapter III (Rights of the data subject), Chapter IV (Controller and processor), Chapter V (Transfer of personal data to third countries and international organisations), Chapter VI (Independent supervisory authorities), Chapter VII (Co-operation and consistency) as well as Articles 73, 74, 76 and 79 of Chapter VIII (Remedies, liability and sanctions) shall not apply to the processing of personal data carried out solely for journalistic purposes or the purpose of artistic or literary expression in order to reconcile the right to the protection of personal data with the rules governing freedom of expression.“; Der *Änderungsantrag 181 des Rechtsausschusses* ging noch insofern darüber hinaus, als auch die Streichung der Beschränkung „allein“ auf journalistische usw. Zwecke vorgeschlagen wurde, eine Position, die sich in der endgültigen Fassung schließlich auch durchgesetzt hat.

³⁶ Council of the European Union, Vorschlag Ratspräsidentschaft (IRL) v. 4.4.2013 (Dok.-Nr. 8825/13).

Zur Begründung führte die Ratspräsidentschaft aus:

„33. The right to the protection of personal data co-exists with other fundamental rights, notably the right to freedom of expression which is also included in the Charter. The relationship between these rights is recognised in Article 80. However, many Member States consider that the references to exemptions or derogations from data protection rules in this article may give a false impression that freedom of expression ranks lower than protection of personal data. [...]

35. In light of these concerns, the Presidency has redrafted Article 80 to make it clear that the law of Member States shall contain rules to reconcile the right to protection of personal data with the right to freedom of expression.“

In den weiteren Beratungen des Rates bis in das Jahr 2014 hinein ist diese auf die allgemeine Abwägungsklausel umgestellte und beschränkte Fassung zunächst offenbar nicht weiter diskutiert worden, jedenfalls blieb sie Grundlage dieser Beratungen.³⁷

d) Kompromissvorschlag des Rates 2015: Doppel-Klausel

Erst 2015 kam es dann im Rat zu einer neuerlichen Änderung des Vorschlags für die auf die Kommunikationsfreiheit bezogene Öffnungsklausel, und zwar im Sinn der heutigen Doppel-Klausel:³⁸ Der Abweichungs- und Ausnahmenvorbehalt aus dem Kommissionsentwurf ist wieder aufgenommen, nun aber als Abs. 2 hinter die allgemeine Abwägungsklausel, an der der Ratsvorschlag festhält, gesetzt worden. Sowohl in die allgemeine Abwägungsklausel des Abs. 1 als auch in den Abweichungs- und Ausnahmenvorbehalt des Abs. 2 fand nun auch der Zweck der wissenschaftlichen Meinungsäußerung als vierter Qualifizierungszweck (neben den schon im Kommissionsentwurf vorgesehenen journalistischen, künstlerischen und literarischen Zweck) Eingang. Auch aus den Ratsberatungen (wie schon im Europäischen Parlament) sind Bedenken einiger Mitgliedstaaten, darunter Deutschland, gegen die Nichterwähnung des Kapitel VIII in der Liste der ausnahmefähigen Kapitel dokumentiert, ebenso auch, dass die Kom-

³⁷ S. zB. Council of Europe, Dok. v. 16. 12.2013, Nr. 17831/13, S. 213, mit einer nur mehr stilistischen Vereinfachung: „Member State law shall reconcile the right to the protection of personal data with the right to freedom of expression, including the processing of personal data for journalistic purposes and the purposes of artistic or literary expression.“; gleichlautend Dok. v. 30. 6. 2014, Nr. 11028/14, S. 240.

³⁸ Vorschlag in Vorbereitung einer allgemeinen Ausrichtung, die sodann am 15.6.2015 beschlossen worden ist, Council of Europe, Dok. v. 8.6.2015, Nr. 9657/15, S. 257; deutsche Fassung vom 11.6. 2015, Dok. Nr. 9565/15.

mission gegen den Wunsch dieser Länder auf der Nicht-Einbeziehung dieses Kapitel VIII bestanden hat, sowie die dazu formulierte Erwägung der Ratspräsidentschaft.³⁹ Auch dieses für die hier erörterte Frage naturgemäß wichtige Detail wird aufzugreifen sein (u. 2. und IV. 2. b).

e) Endfassung: Doppel-Klausel mit Mitteilungspflicht

Dieser Vorschlag des Rates hat sich dann in den Trilog-Verhandlungen durchgesetzt;⁴⁰ in der endgültigen Einigung⁴¹ ist schließlich die bis dahin noch streitig gebliebene⁴² Mitteilungspflicht aufgenommen und nun als Abs. 3 des Art. 85 DS-GVO gefasst worden.

Die danach beschlossene Fassung des Art. 80 (konsolidiert: Art. 85) DS-GVO lautet mithin:

Article 80 Processing of personal data and freedom of expression and information

1. Member States shall by law reconcile the right to the protection of personal data pursuant to this Regulation with the right to freedom of expression and information, including the processing of personal data for journalistic purposes and the purposes of academic, artistic or literary expression.

2. For the processing of personal data carried out for journalistic purposes or the purpose of academic artistic or literary expression, Member States shall provide for exemptions or derogations from the provisions in Chapter II (principles), Chapter III (rights of the data subject), Chapter IV (controller and processor), Chapter V (transfer of personal data to third countries or international organizations), Chapter VI (independent supervisory authorities), Chapter VII (co-operation and consistency) and Chapter IX (specific data processing situations) if they are necessary to reconcile the right to the protection of personal data with the freedom of expression and information.

3. Each Member State shall notify to the Commission those provisions of its law which it has adopted pursuant to paragraph 2 and, without delay, any subsequent amendment law or amendment affecting them.

2. Erkenntnisse aus der Genese des Art. 85 DS-GVO

Gegenüber weitreichenden, immer in der Gefahr unzulässiger Spekulation stehenden Schlussfolgerungen aus entstehungsgeschichtlichen Abläufen eines Rechtsetzungsprozesses ist grundsätzlich Zurückhaltung geboten, zumal auf unionaler Ebene mit ihren überaus komplexen und auch nicht immer transparenten Beteiligungsstrukturen. Gerade die langwierigen Verhandlungsprozesse im Zuge der Beratung der Datenschutz-Grundverordnung mahnen hier zur Vor-

³⁹ Council of the European Union, Dok. v. 11.6.2015, Nr. 9788/15, S. 255 Fn. 627: „BE, DE, FR, IE and SE had requested to include also a reference to Chapter VIII. This was opposed to by COM. The Presidency points out that in case the freedom of expression prevails over the right to data protection, there will obviously no infringement to sanction. Where an infringement is found to have place, the interference with the freedom of expression will have to taken into account as an element in the determination of the sanction. This application of the proportionality principle should be reflected in Chapter VIII.“

⁴⁰ Council of the European Union, Dok. v. 20.11.2015, Nr. 14319/15, S. 318 ff.

⁴¹ Council of the European Union, Dok. v. 15.12.2015, Nr. 15039/15, S. 200.

⁴² Council of the European Union, Dok. v. 20.11.2015, Nr. 14318/15, S. 10.

sicht; nicht wenige am Ende beschlossene Regelungen tragen offenkundig Kompromisscharakter. Es kann angesichts der Bedingungen des politischen Aushandlungsverfahrens auch nicht davon ausgegangen werden, dass alle Bestimmungen der Endfassung noch präzise aufeinander abgestimmt sind. Dies befreit allerdings nicht von der Aufgabe, die Bestimmungen gleichwohl möglichst sinngemäß zu interpretieren. Und bedeutungslos ist die Entstehungsgeschichte für diese Interpretationsaufgabe gerade bei Art. 85 DS-GVO keineswegs: Die Einführung der verschiedenen Vorschläge zur Gestalt dieser Bereichsausnahme für die Medien- und Kommunikationsfreiheit sowie der am Ende stehende Beschluss der Fassung als Doppel-Klausel lassen durchaus wichtige Einsichten zu:

a) Die Doppel-Klausel als interessenverbindender Kompromiss

Die verabschiedete gültige Fassung des Art. 85 DS-GVO setzt zum einen Kernelemente des *Kommissionsvorschlags* um; das gilt namentlich für das aus der Richtlinie übernommene Konzept der Abweichungs- und Ausnahmenklausel, die die Freistellungspflicht der Mitgliedstaaten auf sehr viele, aber nicht alle Vorschriften der Verordnung bezieht, ferner die tatbestandliche Bindung dieser Freistellungskompetenz an bestimmte qualifizierte Zwecke einer Datenerhebung (anders als im Parlamentsvorschlag), schließlich für die am Ende durchgesetzte Mitteilungspflicht.

Zweitens lässt sich auch von dem *Parlamentsvorschlag* (tatbestandlich nicht mehr an bestimmte qualifizierte Zwecke, sondern nur noch an eine offene Abwägung gebundene Freistellungskompetenz) sagen, dass er immerhin insoweit in der Endfassung Verwirklichung gefunden hat, als in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO die qualifizierten Zwecke erweitert (Wissenschaftskommunikation) und die Zweckbindung gelockert worden ist (nicht mehr nur bei ausschließlicher Zweckverfolgung für die qualifizierten Zwecke). Vor allem aber findet sich eine der weiten Tatbestandsfassung des Parlamentsvorschlags entsprechende allgemeine Abwägungsklausel nun in Art. 85 Abs. 1 DS-GVO, die ja die vier qualifizierten Zwecke nur noch beispielhaft nennt.

Der *Rat* hat sich – drittens – im Hinblick auf die Abs. 1 und 2 mit seinem Vorschlag durchgesetzt; dies gilt zunächst und vor allem für die genuin auf ihn selbst zurückgehende allgemeine Abwägungsklausel, sodann auch für die 2015 in den Ratsvorschlag wieder aufgenommene Abweichungs- und Ausnahmenklausel, diese allerdings in gegenüber dem *Kommissionsvorschlag* wie dargelegt modifizierter Gestalt.

Die Spiegelung der Konzepte und Interessen der Rechtsetzungsbeteiligten auf das Ergebnis der endlich verabschiedeten Bestimmung erhellt zunächst, dass dieses Ergebnis so ausgefallen ist,

dass sich alle Parteien darin wiederfinden können. Offenkundig bestand die Lösung von Interessenkonflikten der Beteiligten im Hinblick auf diese Vorschrift darin, in der Endfassung die verschiedenen Ansätze von Kommission, Parlament und Rat zu *kumulieren* und ihnen so sämtlich Geltung zu verschaffen. Dies erleichtert einerseits zwar nicht die Aufgabe, den kumulierten Bestimmungen systematisch kohärente Normbedeutungen abzugewinnen. Andererseits muss es gerade darum aber gehen: Nur so kann eine überzeugende Deutung des Regelungsinhalts der Bestimmungen gelingen. Überzeugend kann sie nur sein, wenn sie sich des entstehungsgeschichtlichen Kontextes und des nur daraus erklärbaren kumulativen Charakters des Regelungsgefüges in Art. 85 DS-GVO bewusst ist. Dies bedeutet vor allem, dass alle Teilelemente des Regelungsgefüges normativ Ernst zu nehmen sind, sie also so verstanden werden müssen, dass ihnen jeweils eigenständige normative Bedeutung zukommt. Die Beteiligten des Gesetzgebungsverfahrens haben am Ende der kumulierten Fassung zugestimmt und gerade nicht einer Version, die nur entweder den Ausnahmenvorbehalt nach dem Muster des Kommissionsvorschlages oder die allgemeine Abwägungsklausel im Sinne des Vorschlages der Ratspräsidentenschaften von 2013 und 2014 beinhaltete. Das legt aber nahe, dass die Beteiligten sich mit demjenigen Teil des Regelungsgefüges, der ihrem eigenen Konzept oder Anliegen an sich *nicht* oder weniger entspricht, nur deswegen einverstanden erklärt haben, weil sie ihre Interessen in dem *anderen* Element und so daher in der Gesamtregelung gewahrt sahen.

Es spricht viel dafür, dass diese Überlegung auch für diejenigen im Gesetzgebungsverfahren eingebrachten Änderungsvorschläge und darin ausgedrückten Interessen gilt, die sich nicht unmittelbar im Text der Endfassung des Art. 85 DS-GVO niedergeschlagen haben. Für den Vorschlag des Parlaments 1. Lesung ist dies oben schon angesprochen worden: Zwar ist dieser Vorschlag einer von den vier qualifizierten Verarbeitungszwecken abgekoppelten und stattdessen offenen Version des Abweichungs- und Ausnahmenvorbehalts so nicht Gesetz geworden. In der Sache aber entspricht die vom Rat eingeführte allgemeine Abwägungsklausel in Art. 85 Abs. 1 DS-GVO vollauf dem Anliegen des Parlaments.

Vergleichbar lässt sich aber auch für die in Parlament und Rat diskutierten Vorschläge zur Einbeziehung des VIII. Kapitels (Deutschland, Frankreich, Belgien, Irland, Schweden) – oder doch jedenfalls der darin enthaltenen, besonders problematischen Regelungen mit Bezug zur datenschutzbehördlichen Aufsicht (EP-Ausschuss für Industrie, Forschung und Energie, EP-Rechtsausschuss) – argumentieren: Offenkundig ist das Problem des Kapitels VIII und hier vor allem der sogar hinter die bisherige Rechtslage nach Art. 9 DSRL zurückfallenden Nicht-Ausschließbarkeit von Bestimmungen über die Datenschutz-Behördenaufsicht im Gesetzgebungsverfahren

ren präsent gewesen. Nicht nur vereinzelt, sondern von einer Reihe (auch großer) Mitgliedstaaten und in zwei Parlamentsausschüssen ist das Interesse formuliert worden, die Öffnungsklausel so zu fassen, dass auch diese Regelungen des VIII. Kapitels, zumindest diejenigen über die Datenschutzaufsicht, von den Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer Medienprivilegien abbedungen werden können. Es ist unplausibel anzunehmen, dass diese Position im Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens einfach aufgegeben worden ist, wenn die am Ende beschlossene Fassung doch so verstanden werden kann, dass sie darin gerade Berücksichtigung findet. Gibt es eine solche Interpretationsmöglichkeit, erscheint diese allemal überzeugender als eine Deutung, die sich über jene im Gesetzgebungsverfahren eingebrachten Bedenken und Vorschläge hinwegsetzt und sie schlicht als „überstimmt“ ansieht. Zu dem an so vielen Stellen und eben auch mit der Doppel-Klausel in Art. 85 DS-GVO sichtbar werdende Kompromisscharakter der Verordnung passt ein auslegungsleitender Grundsatz interessenwahrender Interpretation sehr viel besser.

b) Auslegungsleitlinie: Vermutung für die Normativität aller Bestimmungen des Art. 85 DS-GVO

Allein eine an dieser Einsicht orientierte Interpretation kann gewährleisten, dass die hinter den verschiedenen Normvorschlägen stehenden, im Gesetzgebungsverfahren sichtbar gewordenen Interessen und Anliegen auch im Auslegungsergebnis Niederschlag finden. Dass dies Leitlinie der Interpretation sein sollte, ergibt sich mit hoher Plausibilität aus der jene unterschiedlichen Konzepte und Änderungsvorschläge zusammenführenden kumulativen Fassung. Art. 85 DS-GVO ist daher so zu interpretieren, dass allen Absätzen des Art. 85 DS-GVO und den darin formulierten Bestimmungen rechtlich eigenständige Regelungsbedeutung zukommt. Mit dieser – und nur mit dieser – Fassung sind die Beteiligten im Gesetzgebungsverfahren davon ausgegangen, dass ihre Standpunkte hinreichende Verwirklichung gefunden haben.

Nicht vereinbar wäre damit also etwa, so viel lässt sich jetzt schon festhalten, ein Verständnis, das nur dem Art. 85 Abs. 2 DS-GVO Normativität zuspräche, die allgemeine Abwägungsklausel hingegen zu einer bloßen Programmformel ohne eigenständige Bedeutung degradierte.

Im Sinne dieser historisch aufgeklärten Interpretationsleitlinie ist daher nun im Folgenden ein systematisch kohärentes Verständnis der Vorschriften in Art. 85 DS-GVO zu entwickeln. Der bisher vorliegenden Kommentar- und Aufsatzliteratur zu diesen Bestimmungen sind Ausführungen zu diesem Interpretationsproblem überwiegend allenfalls ansatzweise zu entnehmen;⁴³

⁴³ S. namentlich *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500 (502 ff.); *Benecke/Wagner*, DVBl. 2016, 600 (602 f.); v. *Lewinski*, in: Auernhammer, DS-GVO BDSG, hrsg. v. Eßer/Kramer/v. Lewinski, 5. Aufl. 2017, Rn. 12 ff.; *Pauly*, in: Paal/Pauly, Datenschutzgrundverordnung, 2017, Art. 85 Rn. 4 ff.; *Schiedermaier*, in: Ehmann/Selmayr, Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Art. 85 Rn. 3 ff.; *Specht*, in: Sydow (Hrsg.), DS-GVO, 2017, Artikel 85 Rn. 5 ff.;

eine substantiellere Analyse der Regelungsgehalte beider Klauseln (Art. 85 Abs. 1 und 2 DS-GVO) sowie ihres Verhältnisses findet sich nur selten.⁴⁴

3. Systematik des Art. 85 DS-GVO: Verständnismöglichkeiten

Grundsätzlich kommen für das systematische Verhältnis beider Klauseln (Art. 85 Abs. 1 und 2 DS-GVO) vier Möglichkeiten in Betracht; weitere Optionen sind nicht ersichtlich.

Erstens könnte es sich bei Art. 85 Abs. 1 DS-GVO um eine Bestimmung handeln, die keinen eigenständigen Ermächtigungs- (und Verpflichtungs-)Gehalt gegenüber den Mitgliedstaaten hat. In einem solchen Verständnis handelt es sich also allenfalls um eine „unechte“ Öffnungsklausel oder gar nicht um eine Öffnungsklausel, stattdessen lediglich um eine Bestimmung deklaratorischen oder programmatischen Charakters. Freistellungen von den Bindungen des Datenschutzes aus Gründen des Schutz der Kommunikationsfreiheit könnten (bzw. müssten) die Mitgliedstaaten daher allein auf Art. 85 Abs. 2 DS-GVO stützen (a).

Zweitens ließe sich das Verhältnis beider Vorschriften als Spezialitätsverhältnis bestimmen: Der allgemeinere Tatbestand des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO umschließt als einen Teilausschnitt den engeren Tatbestand des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO. In der Reichweite des engeren Tatbestandes, also bei Datenverarbeitungen zu journalistischen, künstlerischen, literarischen und wissenschaftlichen Zwecken, ginge die in Abs. 2 statuierte Regelung derjenigen des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO vor, könnten also nur die hier angeordneten Rechtsfolgen eingreifen, mithin die Verpflichtung auf Abweichungen oder Ausnahmen von den Regelungen, die in den in der Bestimmung genannten Kapiteln aufgeführt werden. Nur Datenverarbeitungen, die von den grundrechtlichen Gewährleistungen der Kommunikationsfreiheit erfasst werden (Art. 10 EMRK, Art. 11 GrCh), jedoch nicht einem der in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO ausschließlich und den Art. 85 Abs. 1 DS-GVO beispielhaft aufgeführten qualifizierten Zwecke zugeordnet werden können, können (oder sogar: müssen) bei relativem Vorrang der Kommunikationsfreiheit in der Grundrechtsabwägung Kraft der allgemeinen Abwägungsklausel (Art. 85 Abs. 1 DS-GVO) von den datenschutzrechtlichen Bindungen freigestellt werden; der Vorrang der *lex specialis* greift insofern nicht (b).

nur geringfügig aussagekräftiger *Pötters*, in: Gola, DS-GVO, 2017, Art. 85 Rn. 5: „Die eigentliche Öffnungsklausel enthält hingegen Abs. 2. Diese ist auf bestimmte Zwecke begrenzt, sodass sich aus systematischen Gründen nicht aus Abs. 1 eine allgemeine Öffnungsklausel zum Schutz der Meinungs- und Informationsfreiheit ableiten lässt.“

⁴⁴ S. allerdings *Kühling/Martini et al.*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht. Erste Überlegungen zum innerstaatlichen Regelungsbedarf, 2016, insb. S. 285 ff.; im Anschluss daran auch *Buchner/Tinnefeld*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, 2017, Art. 85 Rn. 2, 11 ff.

Drittens wäre umgekehrt ein Vorrang des Art. 85 Abs. 1 gegenüber Abs. 2 denkbar. Spezialität des Abs. 1 scheidet angesichts seiner größeren tatbestandlichen Weite allerdings aus. So bliebe insofern nur die Möglichkeit, dass die Aufzählung in Abs. 2 nur veranschaulichenden Charakter hätte, die Regelungswirkung, also Ermächtigung und Verpflichtung der Mitgliedstaaten, sich indes allein schon aus Abs. 1 herleitete (c).

Viertens ist an eine im Ausgangspunkt vergleichbare, aber doch in der rechtlichen Bedeutung andersartige Aufeinander-Bezogenheit beider Vorschriften zu denken: Die eigentliche Grundnorm, aus der sich die Freistellungsbefugnis und -pflicht der Mitgliedstaaten für den Bereich der Kommunikationsfreiheit ergibt, wäre danach hier die allgemeine Abwägungsklausel des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO. Art. 85 Abs. 2 DS-GVO käme aber sehr wohl eigenständige Regelungswirkung zu. Die Vorschrift regelte ausschnitthaft besondere Fälle dieser Freistellung, jedoch nicht als insoweit verdrängende *lex specialis*, sondern als „Mindestgarantie“: Jedenfalls von den in der Bestimmung genannten Kapitel mit den darin enthaltenen Regelungen der Datenschutz-Grundverordnung haben die Mitgliedstaaten, soweit erforderlich, Abweichungen und Ausnahmen vorzusehen, ohne dass indessen darüber hinausgehende, auf Abs. 1 gestützte Freistellungen von Regelungen, die in der Enumeration des Abs. 2 nicht genannt sind, ausgeschlossen sind, sofern die Grundrechtsabwägung gemäß der allgemeinen Öffnungsklausel auch eine solche Freistellung fordert oder zumindest, im Rahmen mitgliedstaatlicher Bewertungsspielräume, legitimiert (d).

a) „Unechte Öffnungsklausel“

Das erstgenannte Verständnis des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO als einer allenfalls „unechten Öffnungsklausel“, der keine Ermächtigungswirkung gegenüber den Mitgliedstaaten zukommt, ist in der Literatur namentlich von *Kühling, Martini et al.* behauptet worden.⁴⁵ Danach handle es sich bei Art. 85 Abs. 1 DS-GVO nur *prima facie* um eine (echte) Öffnungsklausel, bei genauem Hinsehen hingegen nur um einen „Anpassungsauftrag“ an die Mitgliedstaaten, der „inhaltlich das Niveau des einzuhaltenden Persönlichkeitsschutzes ohne Abweichungsmöglichkeit vorgibt“.⁴⁶ Dies ergebe sich zwar nicht aus der Formulierung der Bestimmung, die vielmehr,

⁴⁵ *Kühling/Martini et al.*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht. Erste Überlegungen zum innerstaatlichen Regelungsbedarf, 2016, insb. S. 285 ff.

⁴⁶ *Kühling/Martini et al.*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht. Erste Überlegungen zum innerstaatlichen Regelungsbedarf, 2016, S. 286; s. auch *Buchner/Tinnefeld*, in: *Kühling/Buchner*, DS-GVO, 2017, Art. 85 Rn. Rn. 1, 12: „Regelungsauftrag“; *Pötters*, in: *Gola*, DS-GVO, 2017, Art. 85 Rn. 5: Abs.1: „Auftrag“, Abs. 2: „eigentliche Öffnungsklausel“.

das räumen die Autoren selbst ein, „zweifelsfrei“ auf den Charakter als Öffnungsklausel hindeute,⁴⁷ wohl aber aus der „inneren Systematik der Vorschrift“, dem Regelungszweck der DS-GVO sowie dem Erwägungsgrund Nr. 153.

Unplausibel bleibt bei diesem Ansatz schon, worin eigentlich die zugestandene, gegen den insoweit eindeutigen Text der Bestimmung auch nicht zu bestreitende Regelungsbefugnis und sogar -pflicht (Auftrag der Mitgliedstaaten!) aus Abs. 1 bestehen soll, wenn die Vorschrift doch dieser Vorstellung zufolge inhaltlich gerade keinen Befugnispielraum eröffnet, die darauf gestützten Regelungen vielmehr ohne Modifikation an die Maßstäbe der DS-GVO gebunden, Lockerungen und Durchbrechungen der Bindungen der DS-GVO hingegen ausschließlich im Rahmen und in den Grenzen des Abs. 2 möglich sein sollen.⁴⁸ Diesen zentralen Widerspruch kann dieser Ansatz nicht auflösen.

Darüber hinaus kann er auch inhaltlich nicht überzeugen,⁴⁹ und zwar weder substantiell-grundsätzlich (1) noch in seiner juristischen Beweisführung (2):

(1) Grundsätzliche Einwände

Die Annahme, Art. 85 Abs. 1 DS-GVO gehe es nur darum, die Mitgliedstaaten zu verpflichten, ihre Regelungen den Vorgaben der Datenschutzgrundverordnung „anzupassen“, beraubt die Vorschrift eigenständiger Bedeutung und darüber hinaus eines jeden vernünftigen Sinns: Wenn und soweit die Datenschutzgrundverordnung in ihren Vorschriften Vorgaben enthält, beanspruchen diese aus sich heraus Beachtung durch die Mitgliedstaaten und sind dafür nicht auf einen zusätzlichen „Anpassungsauftrag“ angewiesen. Dies gilt unabhängig davon, ob unmittelbar anwendbare Vorschriften in Rede stehen, bei denen mitgliedstaatliche Regelungen ohnehin grundsätzlich durch das Normwiederholungsverbot⁵⁰ ausgeschlossen sind, oder ob es sich um

⁴⁷ Kühling/Martini et al., Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht. Erste Überlegungen zum innerstaatlichen Regelungsbedarf, 2016, S. 11: „ergibt sich zweifelsfrei aus der Handlungsoptionen eröffnenden oder Handlungspflichten auferlegenden Formulierung“

⁴⁸ Kühling/Martini et al., Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht. Erste Überlegungen zum innerstaatlichen Regelungsbedarf, 2016, S. 288: „Art. 85 Abs. 1 DS-GVO [...] gibt den Mitgliedstaaten einen unionsrechtlichen Anpassungsauftrag mit auf den Weg: Er eröffnet ihnen – außerhalb des Abs. 2 – jedoch keine regulatorische Gestaltungsfreiheit.“

⁴⁹ Wie hier für eine eigenständige Öffnungsklausel: Hoidn, in: Roßnagel, Europäische Datenschutzgrundverordnung, 2017, § 4 Rn.180; Lauber-Rönsberg/Hartlaub, NJW 2017, 1057 (1061 f.).

⁵⁰ EuGH, Urt. v. 7.2.1973, Rs. 39/72 – Kommission/Italien, Rn. 17; Urt. v. 10.10.1973, Rs. 34/73 – Variola, Rn. 10; für den Kontext der DS-GVO: Selmayr/Ehmann, in: Ehmann/Selmayr, Datenschutz-Grundverordnung, Einführung Rn. 80; Kühling/Martini et al., Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht. Erste Überlegungen zum innerstaatlichen Regelungsbedarf, 2016, S. 6 f.

auf mitgliedstaatliche Durchführung oder Ergänzung angewiesene Verordnungsnormen (im unechten Sinn: „hinkende“ Verordnungsnormen⁵¹) handelt: Auch bei letzteren folgt die mitgliedstaatliche Regelungsoption oder -pflicht, d.h. aber auch die Berechtigung oder (je nach Fassung) Pflicht zur Anpassung der nationalen Rechtslage, jeweils aus der in Rede stehenden Norm (z.B.: Art. 6 Abs. 2, Abs. 3 Buchst. b) oder andere Öffnungsklauseln), nicht erst aus Art. 85 Abs. 1 DS-GVO.

Die These, Art. 85 Abs. 1 DS-GVO fordere von den Mitgliedstaaten nur das, was ohnehin selbstverständlich ist, nämlich die Kompatibilisierung ihres Rechts mit der DS-GVO, soweit diese bindet, setzt sich in Widerspruch zu dem erkennbaren Sinn des Abwägungsgebots, wie er sich aus dessen Formulierung, seiner systematischen Stellung im eigenen (IX.) Kapitel über bereichsspezifische Sonderregelungen (und gerade nicht im Zusammenhang der DS-GVO-Vorschriften, an die das nationale Recht angeblich „anzupassen“ wäre), und dem entstehungsgeschichtlich klar nachweisbaren Motiv seiner Einfügung in den Regelungszusammenhang der datenschutzrechtlichen Bereichsausnahme für die Kommunikationsfreiheit ergibt. Dazu im Einzelnen:

Die Vorschrift gibt *den Mitgliedstaaten* auf, durch *ihr* Recht („Member states shall by law reconcile...“) die Grundrechtspositionen informationeller Selbstbestimmung und Kommunikationsfreiheit miteinander in Einklang zu bringen. Die damit ausgesprochene Regelungsverpflichtung setzt notwendigerweise eine *eigene* Regelungsbefugnis der Mitgliedstaaten voraus, also auch eine Entbindung von den sekundärrechtlichen Normen der Verordnung selbst.⁵² Besonders klar wird dies bei den unmittelbar anwendbaren Verordnungsnormen, etwa den zentralen Erlaubnistatbeständen des Art. 6 Abs. 1 DS-GVO, insbesondere auch dem Abwägungstatbestand in Buchst. f) dieser Vorschrift: Solange und soweit diese Vorschrift anwendbar ist, ist eine eigenständige mitgliedstaatliche Regelung ausgeschlossen (insoweit auch nicht durch Art.

⁵¹ Constantinesco, Das Recht der Europäischen Gemeinschaften, Bd. I: Das institutionelle Recht, 1977, S. 562; Heberlein, in: Ehmann/Selmayr, Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Art. 6 Rn. 31; Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 288 AEUV Rn. 21; Schroeder, in: Streinz, EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 288 AEUV Rn. 61.

⁵² Selmayr/Ehmann, in: Ehmann/Selmayr, Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Einführung Rn. 85: „Die obligatorische Spezifizierungsklausel des Art. 85 DS-GVO erklärt sich dadurch, dass anders als im Datenschutzrecht, wo es seit dem Vertrag von Lissabon eine Kongruenz zwischen EU-rechtlichem Grundrechtsschutz und EU-rechtlicher Rechtsetzungskompetenz gibt, die Grundrechte der Meinungs-, Presse-, Informations-, Wissenschafts- und Kunstfreiheit nach wie vor im Wesentlichen vom Gesetzgeber auf nationaler Ebene zu schützen sind; daher müssen spezifizierende Vorschriften auch vom nationalen Gesetzgeber erlassen werden.“

6 Abs. 2, 3 DS-GVO ermöglicht)⁵³. Die (unions-grundrechtlich geprägte⁵⁴) Interessenabwägung wird hier durch die unionsrechtliche Verordnungsnorm selbst abschließend angeordnet und gerade nicht dem Recht der Mitgliedstaaten überantwortet, wie dies Art. 85 Abs. 1 DS-GVO aber vorsieht. Der Regelungsauftrag des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO will also offenkundig etwas anderes als die unionale Abwägungsklausel des Art. 6 Abs. 1 Buchst. f), die jedenfalls eine unionsrechtlich dirigierte Einzelfallabwägung verlangt:⁵⁵ Er fordert eine *mitgliedstaatlich-normative Regelung der Kollisionslage*.⁵⁶ Diese ist aber ohne eine Befugnis der Mitgliedstaaten zur Freistellung dieser Regelungssituation vom Bindungsanspruch des Art. 6 DS-GVO gar nicht denkbar. Art. 85 Abs. 1 DS-GVO muss also notwendig mit einer Freistellungsermächtigung verbunden sein, also eine Öffnungsklausel enthalten.

Art. 85 Abs. 1 DS-GVO gibt mithin, dies anerkennen sogar *Kühling/Martini et. al.*⁵⁷ und entspricht allgemeiner Auffassung in der Kommentarliteratur,⁵⁸ einen *Regelungsauftrag* – d.h. einen Auftrag zu mitgliedstaatlich-gesetzlicher Normierung – und kann daher nicht so verstanden werden, dass er nur den unmittelbar anwendbaren Einzelfall-Abwägungsbefehl des Art. 6 Abs. 1 Buchst. f) DS-GVO deklaratorisch bekräftigt. Gleiches gälte für alle anderen unmittelbar anwendbaren Vorschriften, bei denen eine mitgliedstaatliche (normwiederholende) Regelung ebenso ausgeschlossen wäre.

Art. 85 Abs. 1 DS-GVO deutet darauf sogar schon in seiner textlichen Fassung hin, die nicht von der Abwägung zwischen Persönlichkeitsrecht und Kommunikationsfreiheit spricht, son-

⁵³ *Heberlein*, in: Ehmann/Selmayr, Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Art. 6 Rn. 32.

⁵⁴ S. die Rspr. des EuGH zu Art. 7 Buchst. f) DSRL, zB Urt. v. 24.11.2011, verb. Rs. C-468/10, C-469/10 – ASNEF, Rn. 40 ff.; Urt. v. 13.5.2014, C-131/12 – Google Spain, Rn. 73 ff.; näher *Cornils*, Der grundrechtliche Rahmen für ein (trans-)nationales Datenschutzrecht im digitalen Zeitalter. In: Datenschutz im digitalen Zeitalter – global, europäisch, national, Schriftenreihe des Instituts für Rundfunkrecht an der Universität zu Köln, Bd. 111. München 2015, S. 11 ff.

⁵⁵ So schon zur weitgehend identischen Vorgängerregelung in Art. 7 Buchst. f) DSRL EuGH, Urt. v. 24.11.2011, verb. Rs. C-468/10, C-469/10 – ASNEF, Rn. 40, 48.

⁵⁶ Dies schließt noch nicht aus, dass auch im Rahmen dieser mitgliedstaatlichen Regelungsbefugnis Unionsgrundrechte zu beachten sind (in diesem Sinn etwa *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500). Ob der durch Art. 85 Abs. 1 DS-GVO sekundärrechtlich eröffnete mitgliedstaatliche Regelungsspielraum (nur) durch mitgliedstaatlich-verfassungsrechtliche Grundrechte (so die auch vom BVerfG zugrunde gelegte Trennungsthese, BVerfGE 133, 277 - Antiterrordatei) oder (auch) die Unionsgrundrechte (so die vom EuGH vertretene Kumulationsthese, EuGH, Urt. v. 26.2.2013, C-399/11 – Melloni; Urt. v. 26.2.2013, C-617/10, Akerberg/Fransson, Rn. 21.) begrenzt und hinsichtlich seiner Nutzung gesteuert wird, ist umstritten (s. zu dieser Diskussion etwa *Kingreen*, EuR 2013, 446; *ders.*, JZ 2013, 801; *Thym*, DÖV 2014, 941; *ders.*, JZ 2015, 53; *Ludwigs*, EuGRZ 2014, 273; *ders.*, NVwZ 2016, 1; *Scholz*, DVBl 2014, 197 [201]), *Cornils*, in: Menzel/Müller-Terpitz (Hrsg.), Verfassungsrechtsprechung, 3. Aufl. 2017, S. 252 ff.) und hier nicht zu klären.

⁵⁷ *Kühling/Martini et al.*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht. Erste Überlegungen zum innerstaatlichen Regelungsbedarf, 2016, S. 287.

⁵⁸ *Buchner/Tinnefeld*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, 2017, Art. 85 Rn. 1; *Pauly*, in: Paal/Pauly, Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Art. 85 Rn. 4.; *von Lewinski*, in: Auernhammer, DS-GVO, BDSG, 5. Aufl. 2017, Art. 85 Rn. 12 f.

dem spezifischer von dem „Recht auf den Schutz personenbezogener Daten gemäß dieser Verordnung“ („Right to the Protection of personal data pursuant to this Regulation“), das die *Mitgliedstaaten* in Einklang zu bringen hätten mit dem Recht auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit. Wenn die Mitgliedstaaten das Recht auf Datenschutz (informationelle Selbstbestimmung), wie es an sich die Verordnung vorsieht, nun stattdessen für die Herstellung praktischer Konkordanz mit der Kommunikationsfreiheit selbst in *ihre* regelnde Hand nehmen sollen, ist dies ohne Freistellung von den Regelungen der Datenschutzgrundverordnung nicht vorstellbar. Art. 85 Abs. 1 DS-GVO enthält daher keineswegs nur keinen „Anpassungsauftrag“ zur Durchsetzung der Regelungen der DS-GVO im mitgliedstaatlichen Recht, sondern im Gegenteil einen Derogationsauftrag, gerichtet auf „Abwendung“ jener Regelungen, soweit dies zum Schutz der Kommunikationsfreiheit erforderlich ist.

Für die also notwendige Freistellungsbefugnis kann auch nicht wiederum nur auf Art. 85 Abs. 2 DS-GVO verwiesen werden, weil dann Abs. 1 jede eigenständige Bedeutung als Regelungsauftrag verlöre: Art. 85 Abs. 2 DS-GVO enthält selbst eine Regelungsverpflichtung und er enthält auch selbst bis in den Wortlaut hinein identisch noch einmal das Abwägungsgebot („in Einklang zu bringen“); es handelt sich also bei Art. 85 Abs. 1 und 2 DS-GVO ersichtlich nicht um einen „zusammengesetzten“ Tatbestand mit je unselbständigen Teilen, sondern um zwei in sich geschlossene Ermächtigungen (mit Verpflichtungsgehalt) gegenüber den Mitgliedstaaten.

Nur dieses Verständnis des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO als eigenständiger Öffnungsklausel entspricht auch ihrem konkreten Entstehungsgrund und – allgemeiner – der oben aus der Entstehungsgeschichte hergeleiteten Auslegungsleitlinie: Die Einführung der allgemeinen Abwägungsklausel – zunächst sogar anstelle des Abweichungs- und Ausnahmenvorbehalts im Sinne des Kommissionsvorschlags – durch die Ratspräsidentschaft im Frühjahr 2013 trug, wie oben dargelegt, den Bedenken „vieler Mitgliedstaaten“ Rechnung, die mit dem Enumerationskonzept des Abweichungs- und Ausnahmenvorbehalts das Risiko eines zu schwachen Schutzes der Kommunikationsfreiheit verbanden („many Member States consider that the references to exemptions or derogations from data protection rules in this article may give a false impression that freedom of expression ranks lower than protection of personal data. [...]). Die Abwägungsklausel sollte dieses Risiko ausschalten. Dies ist aber überhaupt nur vorstellbar, wenn sie eine Bedeutung hat, die über den Regelungsinhalt des Abweichungs- und Ausnahmenvorbehalts hinausgeht. Die vom Muster des Art. 9 DSRL abrückende Einführung der Abwägungsklausel in die Bereichsausnahme für die Kommunikationsfreiheit sollte, daran kann kein Zweifel bestehen, deren Stellenwert und Schutz gegenüber dem Anwendungsanspruch des Datenschutzrechts im Vergleich mit der Kommissionsfassung stärken.

Dieses Anliegen kann nicht dadurch entfallen sein, dass später im Zuge der Kompromissuche und Verhandlungen mit den anderen Gesetzgebungsbeteiligten der Abweichungs- und Ausnahmenvorbehalt zusätzlich wieder in die Endfassung aufgenommen worden ist; es wäre sonst nicht erklärbar, weshalb die Abwägungsklausel die Verhandlungen überstanden hat und in die Endfassung eingegangen ist. Daher muss Art. 85 Abs. 1 DS-GVO einen normativen Sinn haben, der nicht ohnehin schon im Kommissionsvorschlag und späteren Art. 85 Abs. 2 DS-GVO aufgeht. Damit unvereinbar ist die hier diskutierte Auffassung, die ersichtlich von dem Bestreben geleitet ist, die Anwendbarkeit des unionalen Datenschutzes möglichst weitgehend zu sichern und die dazu nicht passende Abwägungsklausel des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO möglichst weitgehend in ihrer Wirkung zu neutralisieren. Insofern dieser Ansatz darauf hinausläuft, nur den Abweichungs- und Ausnahmenvorbehalt des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO als „eigentlich“ normativ bedeutsam anzuerkennen, fällt er einseitig auf die Position des Kommissionsvorschlags zurück und ignoriert so die von Parlament und Rat in die Endfassung eingebrachten Erweiterungen im Hinblick auf Tatbestand und Rechtsfolge einer mitgliedstaatlichen Freistellungsbefugnis, wie sie mit der – als eigenständig begriffenen – Abwägungsklausel des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO verbunden sind.

(2) Nicht stichhaltige Begründung der These von der „unechten Öffnungsklausel“

Keiner näheren Betrachtung Stand halten auch die im engeren Sinn juristischen Argumente, die *Kühling/Martini et al.* für die These von der unechten Öffnungsklausel ins Feld geführt haben. Dies gilt für die Überlegungen zur Systematik ebenso wie für den Verweis auf den Erwägungsgrund Nr. 153 und schließlich das teleologische Argument aus dem Regelungszweck der DS-GVO

Aus der „inneren Systematik“ sollen sich zwei Argumente für das reduzierende Verständnis des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO herleiten lassen, zum einen ein „Umkehrschluss aus Art. 85 Abs. 1 DS-GVO“ und zum anderen die Meldepflicht aus Art. 85 Abs. 3 DS-GVO. Mit dem ersten Argument ist offenbar gemeint, dass nicht Abs. 1 eine allgemeine Öffnungsklausel enthalten könne, wenn Abs. 2 eine besondere für (nur) vier spezifische Verarbeitungszwecke enthalte. Was das methodologisch mit einem „Umkehrschluss“ zu tun haben soll, bleibt allerdings unerfindlich, schon gar nicht geht es hier um einen Schluss *aus* Abs. 1, *auf* den ja, wenn überhaupt, zu schließen wäre. In der Sache ist das Argument tautologisch: In welchem Verhältnis beide Vorschriften zueinander stehen, ist schließlich gerade die Frage, und man kann sich, wie schon skizziert, sehr wohl Deutungen vorstellen, die Abs. 1 als eigenständige Öffnungsklausel neben Abs. 2 erklären. Allein aus der Existenz beider Klauseln ergibt sich für eine Bedeutungsreduktion der allgemeinen Klausel auf einen bloßen „Anpassungsauftrag“ in Abs. 1 mithin nichts.

Dass die ganz am Ende der Trilog-Verhandlungen noch durchgesetzte *Mitteilungspflicht* in Abs. 3 in der Tat nur auf mitgliedstaatliche Regelungen nach Abs. 2 verweist, scheint auf den ersten Blick schon eher darauf hindeuten, dass die Mitgliedstaaten nicht auch schon auf der Grundlage von Art. 85 Abs. 1 DS-GVO Freistellungen oder Lockerungen vom Datenschutz regeln können, die ja dann von der Mitteilungspflicht nicht erfasst würden. Allein, stichhaltig ist auch dieses Argument nicht: Die Melderegelung war zwischen den Beteiligten stark umstritten und ist erst gleichsam in letzter Minute noch in die Endfassung aufgenommen worden,⁵⁹ und zwar im Wesentlichen in der Gestalt, die sie schon im Kommissionsentwurf hatte. In dieser Gestalt bezog sich die Mitteilungspflicht aber selbstverständlich nur auf die mitgliedstaatlichen Abweichungs- und Ausnahmeregelungen im Sinne der Freistellungs-Klausel des Kommissionsentwurfs und konnte sich auch nur darauf beziehen, da letzterem die allgemeine Abwägungsklausel des Ratsvorschlages unbekannt war. Die Mitteilungspflicht aus dem Kommissionsvorschlag ist mithin offenkundig immer nur mit Bezug auf den Abweichungs- und Ausnahmenvorbehalt aus dem Kommissionsvorschlag diskutiert worden,⁶⁰ das Verhältnis zu der im Ergebnis der Trilog-Verhandlung hinzugetretenen allgemeinen Abwägungsklausel (nun Abs. 1) dabei aller Wahrscheinlichkeit nach gar nicht in den Blick geraten. Schlüsse auf die Bedeutung und den Regelungsgehalt des neuen Abs.1 der Endfassung können daraus daher nicht gezogen werden.

Auch aus den Sätzen des Erwägungsgrundes Nr. 153 lässt sich für eine Art. 85 Abs.1 DS-GVO marginalisierende Lesart nichts gewinnen, denn in Struktur und Formulierung entsprechen jedenfalls die ersten Sätze nur in etwa den Aussagen des Art. 85 selbst: Hinter dem allgemeinen Abwägungsauftrag an die Mitgliedstaaten (Satz 1 EG Nr. 153), der auf Vorschlag des Rates in den damaligen Erwägungsgrund Nr. 121 der Entwurfsfassung eingeführt worden ist,⁶¹ folgt in Satz 2 die Erwähnung der zweckbezogenen Abweichungs- und Ausnahmenermächtigung. Die „Anreicherung“ der Erwägungsgründe gegenüber dem Kommissionsvorschlag im Gesetzgebungsverfahren spiegelt insofern ziemlich genau die Erweiterung der Vorschrift im Gesetzgebungsverfahren, trägt aber darüber hinaus nichts aus.

⁵⁹ Im Vorschlag der Ratspräsidentschaft v. 27.11.2015 war die Meldepflicht noch nicht enthalten, Dok. Nr. 14481/15, in der finalen Kompromissfassung v. 15.12.2015, Dok. Nr. 15039/15 dann schon (S. 200).

⁶⁰ S. z.B. Council of the European Union, Dok. v. 20. 11.2015, Nr. 14388/15: „The European Parliament insists on a provision obliging Member States to notify those provisions of its law which it has adopted pursuant to Article 80(1)“ – gemeint ist damit entsprechend der Logik der Änderungsvorschläge hier – wie auch sonst immer – die Absatzzählung des Kommissionsvorschlages, hier also der Abweichungs- und Ausnahmenvorbehalt! Bei diesem Zusammenhang von Mitteilungspflicht und Abweichungsvorbehalt ist es bis zum Schluss geblieben.

⁶¹ Council of the European Union, Dok. v. 20.11.2015, Nr. 14319/15, S. 88.

Auch die weiteren Sätze des Erwägungsgrundes Nr. 153 bestätigen diesen Befund: Sie können sogar umgekehrt auch für ein eigenständiges mitgliedstaatliches Regelungsrecht aus Art. 5 Abs. 1 DS-GVO in Anspruch genommen werden: Angesichts der Abfolge der Sätze, in denen das Regelungsmandat der Mitgliedstaaten gleich mehrfach hintereinander, indes in engerer (Satz 5) und weiterer Fassung (Satz 4), angesprochen wird, ließe sich namentlich Satz 4 sogar als Bekräftigung eines sich aus Satz 1 des Erwägungsgrundes, d.h. also Art. 85 Abs. 1 DS-GVO ergebenden allgemeinen Freistellungsrechts der Mitgliedstaaten lesen, während Satz 5 in Verbindung mit Satz 2 und 3 die besonderen Fälle einer Abweichung oder Ausnahme im Sinne der Enumerationsklausel meint. Auch wenn man dem nicht folgt, kann doch jedenfalls von einer Stützung der These von der unechten Öffnungsklausel aus den Erwägungsgründen keine Rede sein.

Auch das Argument des „Regelungszwecks“ der Verordnung überzeugt nicht. Danach dürfe Art. 85 Abs. 1 DS-GVO nicht als eigenständige Öffnungsklausel verstanden werden, weil sonst das „fein ausisellierte [!]“ Regelungssystem des Art. 6 Abs. 1-3 DS-GVO obsolet“ würde. Es ließe sich so „leicht unterwandern“.⁶² Dieser Einwand kann schon deswegen nicht richtig sein, weil Art. 6 DS-GVO als zentrale materiell-rechtliche Regelung der Erlaubnistatbestände im II. Kapitel schon aufgrund des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO für den weiten Bereich der Datenverarbeitung zu journalistischen, künstlerischen, wissenschaftlichen und literarischen Zwecken ausgeschlossen werden kann und in den Medienprivilegien (jedenfalls in Deutschland) für den journalistischen Bereich auf der Grundlage von Art. 9 DSRL auch seit jeher ausgeschlossen worden ist. Der Einwand zielt daher in Wahrheit gar nicht nur und erst gegen Art. 85 Abs. 1 DS-GVO, sondern richtet sich in der Tradition der datenschutzrechtlichen Kritik am angeblich zu weit gehenden Medienprivileg⁶³ gegen die Befugnis zu mitgliedstaatlicher Freistellung durch die unionsrechtliche Bereichsausnahme (also einschließlich Art. 85 Abs.2 DS-GVO) schlechthin. Er setzt sich damit jedoch in Widerspruch zur geltenden unionsrechtlichen Rechtslage. Er bewahrt nicht den Regelungszweck der DS-GVO vor Unterwanderung, sondern verkennt ihn gerade: Der zentrale materiell-datenschutzrechtliche Schutzmechanismus aus präventivem Verbot und Erlaubnistatbeständen gehört zu den wichtigsten und anerkannten Regelungskomplexen, die vom Medienprivileg erfasst sein müssen, weil dieser datenschutzrechtliche Mechanismus zu publizistischer Tätigkeit in ihren konventions- und verfassungsrechtlich gewährleisteten Funktionen für die private und öffentliche Meinungsbildung nicht passt, die Freiheit aus

⁶² Kühling/Martini *et al.*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht. Erste Überlegungen zum innerstaatlichen Regelungsbedarf, 2016, S. 297.

⁶³ Deutlich Buchner/Tinnefeld, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, 2017, Art. 85 Rn. 2, 27, 31.

Art. 10 EMRK, Art. 11 GrCh und Art. 5 Abs. 1 und III GG vielmehr unzumutbar einschränken würde. Die aus Art. 7 DSRL übernommene Fassung der Erlaubnistatbestände in Art. 6 DS-GVO, die überdies verbreitet als unterkomplex und undifferenziert kritisiert wird⁶⁴, deren „Ziselertheit“ daher bestritten werden kann, liefert keinen geeigneten Regelungsrahmen für die Lösung des Güterkonflikts von Persönlichkeitsrechten und Kommunikationsfreiheit. Diese Lösung muss vielmehr im Koordinatensystem und mit den Maßstäben des konventionsrechtlich harmonisierten Äußerungsrechts, nicht des Datenschutzrechts, gefunden werden. Es ist gerade der Sinn und also „Regelungszweck“ der besonderen Bereichsausnahme in Art. 85 DS-GVO, die Kollisionslagen mit der Kommunikationsfreiheit dem Regelungsanspruch der Datenschutz-Grundverordnung zu entziehen, soweit dies – von den Mitgliedstaaten zu beurteilen – erforderlich ist.

Diesem in Art. 85 DS-GVO positiv-rechtlich ausgedrückten Sinn kann kein „Regelungszweck“ der Verordnung entgegengehalten werden: Der Zweck des Art. 85 DS-GVO kann nicht durch den Zweck des Art. 6 DS-GVO, dem erstere Norm gerade derogiert, unterlaufen werden.

Dass Art. 85 Abs. 1 DS-GVO das mitgliedstaatliche Regelungsmandat mit der diesem inhärenten Freistellungsbefugnis nun noch, über den ohnehin schon auf die Wissenschaft ausgeweiteten Bereich des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO hinaus, auch auf andere als journalistische, literarische, künstlerische und wissenschaftliche Kommunikationen erstreckt, führt allerdings zu einer relativen Erweiterung der potentiell freistellungsfähigen Kollisionslagen, also potentiell zu einer weiteren Einschränkung des Geltungsanspruchs der datenschutzrechtlichen Bewältigung des Konflikts von Persönlichkeitsrechten und Kommunikationsfreiheit im nichtöffentlichen Bereich zugunsten anderer, mitgliedstaatlich zu verantwortende Konfliktbewältigungskonzepte (etwa des Äußerungsrechts). Auch darin liegt aber kein „Unterwandern“ des Regelungszwecks der DS-GVO,⁶⁵ sondern eine bewusste Entscheidung des Unionsgesetzgebers, der, entstehungsgeschichtlich wie gezeigt deutlich nachweisbar, den Schutz der Kommunikationsfreiheit vor inadäquaten datenschutzrechtlichen Restriktionen als wichtiges Anliegen erkannt und darum Art. 85 DS-GVO in Abweichung vom Modell der Datenschutzrichtlinie und des Kommissionsvorschlag um eine zusätzliche Öffnungsklausel ergänzt hat. Aus einer an möglichst weitreichender und lückenloser Geltung datenschutzrechtlicher Bindungen interessierten rechtspolitischen Position mag man diese Entscheidung bedauern können. „Die Mitgliedstaaten hätten“

⁶⁴ *Schulz*, in: *Gola, DS-GVO*, 2017, Art. 6 Rn. 6: „generalklauselartiger, maximalabstrahierender Ansatz des Art. 6“; s. auch *Roßnagel/Nebel/Richter*, ZD 2015, 455 (460): Unterkomplexität der DS-GVO.

⁶⁵ So aber auch *Buchner/Tinnefeld*, in: *Kühling/Buchner, DS-GVO*, 2017, Art. 85 Rn. 12: „Einfallstor für eine praktisch grenzenlose Rechtszersplitterung im europäischen Datenschutzrecht“; *Specht*, in: *Sydow, DS-GVO*, 2017, Artikel 85 Rn. 16.

aber, so die zweifellos informierte Beobachtung von *Albrecht/Janson* „[in den Regelungsbereichen der mitgliedstaatlich regulierten Meinungs-, Presse-, und Informationsfreiheit] keine weitergehenden inhaltlichen Bestimmungen [...] im Rahmen einer verbindlichen gesamteuropäischen Datenschutzgesetzgebung akzeptiert.“⁶⁶

Dass dies den Anwendungsbereich des unionalen Datenschutzrechts im nicht-öffentlichen Bereich⁶⁷ einschränken kann (soweit die Grundrechtsabwägung eine Freistellung rechtfertigt), ist mithin hinzunehmende Konsequenz der Neuregelung, die sich mit der erweiterten Bereichsausnahme Zurückhaltung auferlegt und die Aufgabe des Persönlichkeitsschutzes insoweit anderen Regulierungsmustern (des mitgliedstaatlichen Zivil- und Strafrechts) und Verfahren (vor den Gerichten, nicht bei den [Datenschutz-] Behörden) überlässt. Dass sich diese Zurückhaltung nicht mehr nur auf die Medientätigkeit und überhaupt bestimmte privilegierte Zwecke bezieht, sondern über Art. 85 Abs. 1 DS-GVO auch potentiell alle anderen durch Art. 10 EMRK, Art. 11 GrCh geschützten Kommunikationen einbezieht, soweit die Grundrechtsabwägung einen solchen Schutz fordert, entsprach schon dem Änderungsvorschlag des Europäischen Parlaments (s.o.). Diese Abkoppelung von den spezifischen Zwecken – nun in Art. 85 Abs. 1 DS-GVO – trägt der Einsicht Rechnung, dass sich schutzbedürftige und daher sinnvollerweise nicht datenschutzrechtlichen, sondern äußerungsrechtlichen Maßstäben zu unterwerfende Kommunikation nicht unelastisch auf die „Meinungsfreiheit [nur] der Journalisten, Künstler oder Schriftsteller“ begrenzen lässt,⁶⁸ eine offene Abwägungsklausel diesem Schutzbedürfnis vielmehr besser gerecht wird. Es ist eine nahe liegende, der oben herausgearbeiteten Auslegungslinie entsprechende Folgerung, dass diese Auffassung nun im Rahmen des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO Verwirklichung gefunden hat, wenn auch in anderer Gestalt als im ursprünglichen Änderungsvorschlag des Parlaments.

Dem Regelungszweck der DS-GVO entspricht in Übereinstimmung mit der Entstehungsgeschichte nach alledem keineswegs eine reduzierende, sondern gerade eine „weite Deutung“ des

⁶⁶ *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500 (503);

⁶⁷ Nur um diesen geht es, nur hier können die Kommunikationsgrundrechte überhaupt ihre Schutzwirkung entfalten und ist daher Raum für eine mitgliedstaatliche Freistellung aufgrund der Abwägungsklausel. Soweit die Datenschutz Grundverordnung hoheitliche Datenschutzverarbeitungen regelt, kommt eine Freistellung aufgrund von Art. 85 DS-GVO mithin schlechthin nicht in Betracht und bleibt der Anwendungsanspruch der Verordnung gänzlich unberührt.

⁶⁸ Europäisches Parlament, Ausschuss für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres, Berichterstatter: Jan Philipp Albrecht, Entwurf eines Berichts über den Vorschlag für eine Verordnung des europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung) v. 16.1.2013, Begründung zum Änderungsantrag 324, S. 212.

Art. 85 Abs. 1 DS-GVO als eigenständige Öffnungsklausel mit Ermächtigungsgehalt, eine Deutung, die immerhin sogar auch *Kühling/Martini et.al.* für möglich halten.⁶⁹

b) Art. 85 Abs. 2 DS-GVO als *lex specialis*?

Verdient daher eine Interpretation des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO als eigenständige Öffnungsklausel den Vorzug, ist damit die Frage nach dem systematischen Verhältnis zu Art. 85 Abs. 2 DS-GVO noch nicht abschließend beantwortet. Im Sinne der oben skizzierten Möglichkeiten könnte immerhin ein Konkurrenzverhältnis zwischen beiden Vorschriften im Sinne des Spezialitätsgrundsatzes (*lex specialis derogat legi generali*) vorliegen. Dass Art. 85 Abs. 2 DS-GVO tatbestandlich enger gefasst ist als Abs. 1 und in dessen weiterem Tatbestand aufgeht – Voraussetzung des Vorrangs kraft Spezialität –, ist angesichts der ausdrücklichen beispielhaften Aufzählung der vier qualifizierten Zwecke in Art. 85 Abs. 1 DS-GVO offensichtlich.

Gleichwohl sprechen gegen die Spezialitätsvorstellung durchgreifende Bedenken. Sie würde bedeuten, dass in den Fällen einer Datenverarbeitung zu einem der qualifizierten Zwecke vorrangig (und also ausschließlich) die Regelung des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO zur Anwendung käme und eine auf Art. 85 Abs. 1 DS-GVO mitgliedstaatliche Regelung (verbunden mit der damit einhergehenden Freistellung von den Bindungen der Datenschutz-Grundverordnung) nur in sonstigen Fällen kommunikationsgrundrechtlich geschützter Verarbeitung möglich wäre, also etwa bei publizistischer Tätigkeit, die nicht mehr dem (allerdings ohnehin weiten) Journalismus-Begriff des Art. 85 DS-GVO zuzuordnen ist. Damit würde aber Art. 85 Abs. 1 DS-GVO gerade bei den besonders wichtigen und jedenfalls schutzbedürftigen Verarbeitungen zu journalistischen usw. Zwecken durch Abs. 2 verdrängt. Dies passt schon nicht zu der ausdrücklichen Erwähnung der Datenverarbeitung zu den qualifizierten Zwecken auch in Art. 85 Abs. 1 DS-GVO („einschließlich der Verarbeitung zu journalistischen Zwecken usw.“). Explizit bezieht Art. 85 Abs. 1 DS-GVO den Regelungsauftrag *dieser* Vorschrift (und nicht nur des Abs. 2) auch auf die journalistische, wissenschaftliche, künstlerische oder literarische Datenverarbeitung. Dies wäre nicht verständlich, wären diese Verarbeitungen allein der Abweichungs- und Ausnahmeklausel des Abs. 2 vorbehalten.

Vor allem aber spricht dagegen, dass bei einem solchen Verständnis gerade für die seit jeher geschützten, unabdingbar schutzwürdigen, nicht nur individuell-freiheitsrechtlich, sondern

⁶⁹ *Kühling/Martini et al.*, Die Datenschutz-Grundverordnung und das nationale Recht. Erste Überlegungen zum innerstaatlichen Regelungsbedarf, 2016, S. 287: „Art. 85 Abs. 1 (ex Art. 80 Abs. 1) DS-GVO lässt sich – jedenfalls bei weiter Deutung – speziell für den Konflikt zwischen der grundrechtlich geschützten Informationsfreiheit und dem Persönlichkeitsschutz aber als spezialgesetzliche Öffnungsklausel im Verhältnis zu Art. 6 DS GVO verstehen.“

auch demokratisch-funktional besonders wichtigen Tätigkeiten der Medien (und in den anderen qualifizierten Bereichen) der unionsrechtlich engere, enumerativ gefasste Rechtsfolgen-Rahmen des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO eingriffe, während die Mitgliedstaaten bei den weiteren, nur von Art. 85 Abs. 1 DS-GVO erfassten Verarbeitungen keinen spezifischen unionsrechtlichen Begrenzungen unterlägen, ihre rechtliche Regelung der Grundrechtskollision vielmehr nur an den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebunden wäre. Kurz gefasst: Die Mitgliedstaaten stünden unionsrechtlich bei den nur zusätzlich und ergänzend in ihren Regelungsauftrag eingeführten Tätigkeiten freier als im Kernbereich des Medienprivilegs.

Das kann nicht überzeugen. Gäbe es keine andere Möglichkeit, dieses widersinnige Ergebnis zu vermeiden als diejenige, doch der Abwägungsklausel des Art. 85 Abs.1 DS-GVO eigene Normativität (s.o.) abzuspreehen, erschiene diese Deutung ungeachtet aller vorstehend aufgeführten Einwände gegen eine solche Reduktion der Vorschrift auf eine bloß deklaratorische Bekräftigung des ohnehin Selbstverständlichen („Anpassungsauftrag“, Bindung an Grundrechte) wohl doch unausweichlich.

Dies ist aber nicht der Fall: Art. 85 Abs. 1 DS-GVO lässt sich als eigener konstitutiver Regelungsauftrag und Freistellungsermächtigung *neben* Art. 85 Abs. 2 DS-GVO verstehen, ohne in die unhaltbare Deutung eines Anwendungsvorrangs des Abs. 2 kraft Spezialität zu geraten.

c) Nur deklaratorisch-veranschaulichende Bedeutung des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO?

Allerdings kann dies nicht in der Weise geschehen, dass umgekehrt der Regelungsgehalt des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO negiert und diese Vorschrift als bloß veranschaulichende Bekräftigung der schon in Art. 85 Abs. 1 DS-GVO normierten Öffnungsklausel für die Fälle der auf die vier qualifizierten Zwecke gerichteten Verarbeitung begriffen wird. Auch wenn Art. 85 Abs. 1 DS-GVO aus den vorstehend dargestellten Gründen selbst konstitutive Öffnungsklausel ist und zudem mit seinem (insoweit nicht verdrängten) Regelungsgehalt auch die Ermächtigung an die Mitgliedstaaten im Hinblick auf die regulatorische Bewältigung von Verarbeitungen zu journalistischen, wissenschaftlichen, künstlerischen und literarischen Zwecken umfasst, muss doch daneben auch Art. 85 Abs. 2 DS-GVO eine eigene rechtliche Bedeutung haben. Anders wäre nicht verständlich, dass diese schon aus den Kommissionsvorschlag stammende Öffnungsklausel im Gesetzgebungsverfahren beibehalten, insbesondere auch wieder in den Vorschlag des

Rates aufgenommen worden ist, nachdem sie hier zunächst durch die allgemeine Abwägungsklausel ersetzt worden war.

Auch Art. 85 Abs. 2 DS-GVO muss im Sinn der hier zugrunde gelegten Auslegungsleitlinie interpretatorisch zu praktischer Wirksamkeit gebracht werden. Dafür spricht auch die Kontinuität zur Vorgängerregelung in Art. 9 DSRL, welche schließlich in der Richtlinie allein die Funktion der Öffnungsklausel für den Bereich der Kommunikationsfreiheit übernommen hat. Es kann nicht angenommen werden, dass die zwar leicht modifizierte, aber in Struktur und Regelungskern übereinstimmende Nachfolgeregelung nun die damit bisher verbundene Bedeutung als Regelungsverpflichtung der Mitgliedstaaten verloren hätte.

d) Vorzugswürdige Interpretation: generelle Öffnungsklausel mit Mindestgarantie in Abs. 2
Von diesen Ausgangspunkten aus bietet sich als bestmögliche Erklärung der Regelungssystematik des Art. 85 DS-GVO folgende Deutung an: Art. 85 Abs. 1 DS-GVO ist nach (allgemeiner) Formulierung, systematischer Stellung (vor Abs. 2) und tatbestandlicher Weite (die über die Öffnungsklausel des Abs. 2 hinausgeht) generalklauselartige Basisnorm mit dem normativen Gehalt einer Regelungsverpflichtung der Mitgliedstaaten, die – wie gezeigt notwendig – zugleich mit einer Ermächtigung zur Freistellung von kommunikationsfreiheitsrechtlich geschützten Datenverarbeitungen von den Bindungen der Datenschutz-Grundverordnung verbunden ist, soweit die grundrechtliche Abwägung dies erfordert. Art. 85 Abs. 2 DS-GVO ist demgegenüber eine nach Tatbestand und Rechtsfolgen spezifischer und enger gefasste Öffnungsklausel, die in der Tradition des Art. 9 DSRL die besonders schutzbedürftigen Situationen kommunikativer Betätigung erfasst, welche typischerweise einer Freistellung von den datenschutzrechtlichen Bindungen bedürfen, und diese Sachverhalte in der Rechtsfolge mit den *jedenfalls* bei der mitgliedstaatlichen Freistellungsentscheidung zu berücksichtigenden Vorschriften der DS-GVO verknüpft.

Art. 85 Abs. 2 DS-GVO übernimmt also weiterhin, in Regelungskontinuität zum bisherigen Recht, die hauptsächliche Funktion der datenschutzrechtlichen Bereichsausnahme für die Kommunikationsfreiheit. Er schreibt offenkundig den – tatbestandlich noch weiter entwickelten – Stand der Bereichsausnahme nach der Datenschutzrichtlinie fort.

Die entstehungsgeschichtlich nachweisbare Wieder-Aufnahme des Abweichungs- und Ausnahmenvorbehalts in die – nun beide Konzepte der Kommissionsvorschlags und des Vorschlags der Ratspräsidentschaft 2013 kombinierende – endgültige Fassung des Art. 85 DS-GVO lässt sich daher so verstehen, dass damit jedenfalls der bisher in Art. 9 DSRL erreichte Rechtszustand

des unionsrechtlichen Kommunikationsfreiheits-„Privilegs“ erhalten werden sollte: Die Ersetzung allein durch die konturenschwächere allgemeine Abwägungsklausel hätte immerhin von interessierter Seite auch (wenn auch entgegen der ihre Einführung im Gesetzgebungsverfahren tragenden Intention) als Argument für eine interpretative Einschränkung der Freistellungsermächtigung der Mitgliedstaaten aufgegriffen werden können; schließlich ist die weitgehende Freistellung von datenschutzrechtlichen Maßstäben aufgrund des Abweichungs- und Ausnahmenvorbehalts etwa durch § 41 BDSG a.F. schon im bisherigen Recht bekanntlich auf Kritik im datenschutzrechtlichen Schrifttum gestoßen. Die Beibehaltung der ausdrücklichen Aufzählung ausnahmefähiger Kapitel im Art. 85 Abs. 2 DS-GVO, die fast alle – und mit der noch zu behandelnden Ausnahme des Kapitel VIII alle wesentlichen – Kapitel der Verordnung umfasst, bedeutet insofern zunächst einmal ein Bekenntnis des Unionsgesetzgebers zu einer sehr umfassenden, grundsätzlich das gesamte Datenschutzrecht ergreifenden Bereichsausnahme. Art. 85 Abs. 2 DS-GVO ist daher nicht etwa Einschränkung, sondern Bekräftigung der Bedeutung und Schutzwürdigkeit der grundrechtlichen Kommunikationsfreiheit. Er beschreibt, gleichsam als Kernbereich dieser Bereichsausnahme, die schon nach bisherigen Recht anerkannten Fälle jedenfalls für eine Freistellung mitgliedstaatlich in Betracht zu nehmender Datenverarbeitungszwecke, nun erweitert noch um die Wissenschaftskommunikation. Dieser Kernbereich bildet den unionsrechtlich gesicherten und daher besonders hervorgehobenen Mindeststandard einer Freistellung besonders wichtiger Fälle der Kommunikationsfreiheit. Insofern diese Verarbeitungen zu den vier qualifizierten Zwecken nach wie vor die wichtigsten und auch quantitativ weitreichenden Felder einer Kommunikation abdeckt, die zum Schutz ihrer Freiheit und Funktion gegenüber dem Geltungsanspruch des Datenschutzrechts im Rahmen des Erforderlichen abgeschirmt werden müssen, kommt der Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO weiterhin auch praktischer Vorrang gegenüber der Basisnorm des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO zu.

Er schließt aber aus den dargelegten Gründen letztere nicht im Sinne des Spezialitätsgrundsatzes aus: Der Regelungsauftrag des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO wirkt konstitutiv dort, wo die enger gefasste Verpflichtung des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO nicht greift, und zwar im Hinblick auf die tatbestandlich erfassten grundrechtlich geschützten Datenverarbeitungen ebenso wie hinsichtlich der Reichweite der Freistellung. Auch letztere wird hier offen gehalten, insbesondere nicht auf die enumerativ aufgeführten Kapitel der DS-GVO beschränkt. Im Zusammenwirken beider Öffnungsklauseln ist auf Art. 85 Abs. 1 DS-GVO mithin nur, aber immerhin dort zurückzugreifen, wo und soweit die grundrechtliche Abwägung eine Freistellung erfordert, die noch nicht von Art. 85 Abs. 2 DS-GVO erfasst ist.

Angesichts des sowieso schon breiten Wirkungsfeldes des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO kann es sich dabei freilich nur um eine Ergänzung handeln, die den Schutz der Kommunikationsfreiheit vervollständigt in Fällen, die in ihrer Schutzwürdigkeit denjenigen des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO gleichkommen, dort aber nicht genannt sind.⁷⁰ Es ist mit diesem Verständnis daher auch keineswegs die Gefahr einer uferlosen Ausweitung der Bereichsausnahme im Sinne eines umfassenden „Meinungsfreiheitsprivilegs“ zulasten des Datenschutzes verbunden.⁷¹ Die Freistellung ist – wie bei Art. 85 Abs. 2 DS-GVO – nur, aber immerhin dort möglich, dann aber auch obligatorisch, wo der grundrechtliche Schutz der Kommunikation eine solche Freistellung vom datenschutzrechtlichen Persönlichkeitsschutz fordert.

Diese Freistellung ist, um diesen wichtigen Gesichtspunkt noch einmal zu betonen, auch nicht gleichbedeutend mit einem Zurücktreten des Persönlichkeitsschutzes, mit einem pauschalen Vorrang der Kommunikationsfreiheit vor dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht. Die Anerkennung des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO als eigenständige, auch über Art. 85 Abs. 2 DS-GVO hinausführende Öffnungsklausel führt also nicht zu einer unannehmbaren Hintanstellung des Integritätsschutzes der Person (Art. 8 EMRK, Art. 7 GrCh, Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG). Art. 85 Abs. 1 DS-GVO gestattet und fordert nur, um der Kommunikationsfreiheit willen, die Freistellung vom spezifisch *datenschutzrechtlichen*, d.h. abstrakt schon im Vorfeld konkreter Gefahren jede Verarbeitung personenbezogener Daten erfassenden Persönlichkeitsschutz. Der klassische, zivil-, straf- und (bei den elektronischen Medien) ordnungsrechtliche Schutz des Persönlichkeitsrechts nach mitgliedstaatlichem Recht bleibt davon unberührt. Die Formulierung in Art. 85 Abs. 1 DS-GVO macht dies mit ihrer Beschränkung auf das Schutzgut des „Rechts auf den Schutz personenbezogener Daten gemäß dieser Verordnung“ auch textlich deutlich: Die datenschutzrechtliche Öffnungsklausel betrifft eben nur den (unionsrechtlichen) Datenschutz und *dessen* Zurücktreten gegenüber der Kommunikationsfreiheit, nicht die ohnehin in mitgliedstaatlich-grundrechtlicher Verantwortung liegende Abwägung von Kommunika-

⁷⁰ Für dieses Verständnis der Regelungssystematik finden sich im Kommunikationsrecht durchaus Parallelen: Bei aller inhaltlichen Verschiedenheit lässt sich so doch eine strukturelle Vergleichbarkeit mit der inzwischen auch obergerichtlich anerkannten herrschenden Interpretation des § 26 RStV (medienrechtliche Konzentrationskontrolle) erkennen: Auch hier fungiert die Generalklausel des § 26 Abs. 1 RStV als Auffangtatbestand für Fälle vorherrschender Meinungsmacht, die nicht von den Regelbeispielen mit Leitbildcharakter des Art. 26 Abs. 2 RStV erfasst sind, s. nur BVerwGE 138, 186, Rn. 31 ff.; 149, 52, Rn. 29; *Cornils*, Medienkonzentrationsrechtliche Entwicklungen in Bezug auf die Veranstaltung bundesweiten Fernsehens. in: Hohlfeld, Ralf/ Müller-Terpitz, Ralf (Hrsg.): Medienkonzentrationskontrolle – Quo vadis?, 2011, S. 25 ff.

⁷¹ Unbegründet daher die Sorge von *Buchner/Tinnefeld*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, 2017, Art. 85 Rn. 12, es drohe bei Anerkennung des Art. 85 Abs.1 als tatbestandserweiternde Öffnungsklausel eine „praktisch grenzenlose Rechtszersplitterung im europäischen Datenschutzrecht, welche das zentrale Ziel der DS-GVO, die Schaffung eines einheitlichen Datenschutzniveaus in der EU, ad absurdum führen würde.“

tionsfreiheit und Persönlichkeitsrechten schlechthin. Sie verweist daher tatsächlich nur auf einen Teil der umfassenderen, das Persönlichkeitsrecht insgesamt einschließenden Grundrechtsabwägung im Recht der Mitgliedstaaten, mithin auf die Frage, ob zum Schutz der Kommunikationsfreiheit gerade von der Anwendung des Datenschutzrechts abgesehen werden muss. Bei der Beantwortung dieser Frage ist aber von den mitgliedstaatlichen Normgebern selbstverständlich auch der sonstige Schutz des Persönlichkeitsrechts mit zu berücksichtigen: Die Mitgliedstaaten können von dem datenschutzrechtlichen Vorfeldschutz gerade auch darum dispensieren, weil sie einen wirksamen zivil- und strafrechtlichen Schutz vor Persönlichkeitsverletzungen durch die Presse, andere Medien oder Einzelpersonen sicherzustellen haben. Vice versa kann das in horizontal-privatrechtlichen Verhältnissen (d.h. im nichtöffentlichen Bereich) ohnehin grundrechtlich weniger wirkmächtige Datenschutzrecht⁷² seine Anwendbarkeit im Bereich schutzbedürftiger Kommunikationsfreiheit zurücknehmen, weil es auf den im Übrigen wirksamen mitgliedstaatlichen Schutz des Persönlichkeitsrechts vertrauen darf.

Die allgemeine Öffnungsklausel schließt daher eventuelle Lücken im Schutzkonzept der enumerativ formulierten Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO. Diese Lücken können – tatbestandlich – bei Kommunikationen auftreten, die sich nicht einem der qualifizierten Zwecke zuordnen lassen (also nicht journalistisch usw. sind), aber doch vergleichbare grundrechtliche Schutzbedürftigkeit aufweisen. Die lückenschließende Bedeutung kommt aber auch in Betracht, soweit sich das starre Enumerationskonzept der Verweisung auf bestimmte ausnahmefähige Kapitel in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO als sachwidrig zu eng erweist.

Art. 85 Abs. 1 DS-GVO flexibilisiert mithin, darin besteht sein Sinn und seine Funktion, die unionsrechtliche Bereichsausnahme entsprechend den grundrechtlichen Anforderungen der Kommunikationsfreiheit. Seine Öffnungsklausel gibt den Mitgliedstaaten zusätzliche Freistellungsoptionen über den starren (wenngleich schon weiten) Rahmen des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO hinaus, soweit dies grundrechtlich geboten ist.

IV. Kapitel VIII und Art. 85

Diese Funktion des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO ist offenkundig auch für die in dieser Untersuchung zu erörternde spezifische Frage des zwingenden oder abdingbaren Charakters der Vorschriften des VIII. Kapitels der DS-GVO von zentraler Bedeutung: Ermächtigt Art. 85 Abs. 1 DS-GV die Mitgliedstaaten wie gezeigt auch dazu, über die schon in Art. 85 Abs. 2 S-GVO genannten Freistellungsoptionen hinaus von weiteren Bindungen der DS-GVO zu dispensieren, so betrifft

⁷² Eingehend dazu *Bäcker*, Grundrechtlicher Informationsschutz gegen Private, Der Staat 51 (2012), 91 ff.

diese Möglichkeit gerade auch Vorschriften des VIII. Kapitels, das in Abs. 2 nicht aufgeführt ist. Tatsächlich können sich die Mitgliedstaaten für die Aufrechterhaltung ihrer Medienprivilegien auf diese Vorschrift stützen, soweit in den Privilegien Überwachungsbefugnisse der Datenschutzbehörden ausgeschlossen werden, diese aber im nicht schon nach Art. 85 Abs. 2 DS-GVO ausschließbaren VIII. Kapitel der DS-GVO nunmehr vorausgesetzt werden (2.).

Allerdings bedarf auch Art. 85 Abs. 2 DS-GVO – logisch vorrangig (s.o.) – insofern noch einer genaueren Betrachtung (1.): Wie schon eingangs bemerkt führen die systematische Verlagerung der Vorschrift über das Beschwerderecht bei der Aufsichtsbehörde (Art. 77) sowie über den Rechtsbehelf gegen die Aufsichtsbehörde (Art. 78) in das Kapitel über Rechtsbehelfe, Haftung und Sanktionen (nunmehr Kap. VIII DS-GVO) sowie schließlich die Einfügung der Regelung über die Bußgeldsanktion (Art. 83) in dasselbe Kapitel dazu, dass nunmehr die entsprechenden Aufsichtsbefugnisse der Datenschutzbehörden scheinbar nicht mehr kraft Art. 85 Abs. 2 DS-GVO in den Bereichsausnahmen der Mitgliedstaaten zugunsten der Medien und anderer Kommunikatoren ausgeschlossen werden dürfen. Dieses Verständnis entspricht dem starren Enumerationsprinzip des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO, bedeutet aber, dass der Abweichungs- und Ausnahmenvorbehalt nach der Verordnung gegenständlich enger ist als derjenige in der Vorgängernorm des Art. 9 DSRL. Nach dieser Vorschrift konnte die behördliche Datenschutzaufsicht vollständig, auch im Hinblick auf die jetzt in das Kapitel VIII verschobenen Regelungen, in den mitgliedstaatlichen Privilegien ausgeschlossen werden. Angesichts des wie dargelegt deutlich erkennbaren Konzepts des Unionsgesetzgebers, den bisherigen Rechtszustand hinsichtlich der Bereichsausnahme nicht nur zu erhalten, sondern in der Reichweite der Privilegierung sogar zu erweitern, erscheint dieses Ergebnis indes derart ungereimt, dass sich die Frage stellt, ob schon Art. 85 Abs. 2 DS-GVO wirklich in diesem Sinne verstanden werden muss.

1. Problematik der textfixierten Auslegung des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO

Die auf die textliche Formulierung in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO fixierte Interpretation, die aus dieser Formulierung auf die zwingende Anwendbarkeit aller Bestimmungen des Kapitels VIII der Verordnung auch für die Tätigkeit der Medien schließt, namentlich von Art. 77 f. DS-GVO, führt, wie schon eingangs angedeutet, zu bedenklichen Folgeproblemen:

a) Gegenargument aus Art. 85 Abs. 2 i.V.m. Kapitel VI DS-GVO

So macht die isolierte Anwendung einzelner Vorschriften mit Bezug zur Datenschutzaufsicht im journalistischen Bereich ersichtlich keinen Sinn, wenn die Anwendbarkeit der institutionellen Vorschriften über die Datenschutzaufsicht (Kapitel VI DS-GVO, wie schon Kapitel VI DSRL) nach wie vor gem. der Auflistung in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO von den Mitgliedstaaten

ausgeschlossen werden darf. Eine Zuständigkeit der Datenschutzaufsicht ist ohne entsprechende Aufgabenzuweisungen und Handlungsbefugnisse nicht denkbar. Das gilt auch für die Befassungspflicht, die aus dem petitionsähnlichen Beschwerderecht gemäß Art. 77 DS-GVO folgt: Das Beschwerderecht nach Art. 77 DS-GVO ist notwendig mit einer Pflicht der Behörde verbunden, „den Gegenstand der Beschwerde nach pflichtgemäßem Ermessen in angemessenem Umfang zu untersuchen“; damit müssen ferner auch die in der Datenschutz-Grundverordnung vorgesehenen Maßnahmenbefugnisse verbunden sein.⁷³ Die dafür erforderlichen Kompetenzen sind jedoch in Kapitel VI vorgesehen (Art. 57 f. DS-GVO). Dieses Kapitel wird aber von der Privilegierungsreichweite der Öffnungsklausel erfasst, kann daher von den Mitgliedstaaten zum Schutz der Medienfreiheit ausgeschlossen werden und ist bisher durch die Gesetzgebung in Deutschland kategorisch für die Presse, in der Sache aber auch für die elektronischen Medien (§ 59 Abs. 1 Satz 3 RStV) ausgeschlossen worden. Bleibt es künftig bei diesem Ausschluss und haben die Datenschutzbehörden also unionsrechtlich zulässigerweise weiterhin keine Befugnisse im Bereich journalistischer Tätigkeit, können sie ihrer angeblichen Pflicht, Beschwerden gem. Art. 77 DS-GVO nachzugehen, gar nicht genügen. Nur so kann man aber die vorliegenden Entwürfe von Anpassungen der deutschen Medienprivilegien an das neue Datenschutzrecht verstehen, auch denjenigen der Rundfunkkommission v. 2. Juni 2017: Das Kapitel VI DS-GVO wird in keinem dieser Vorschläge als anwendbar benannt, d. h. es wird also seine Anwendbarkeit in Ausschöpfung des Vorbehalts des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO ausgeschlossen. Die Datenschutzbehörden sollen danach also (weiterhin) keine Befugnisse gegenüber den Redaktionen in Rundfunk, Presse und Telemedien erhalten. Dieser Befund wird künftig sogar noch eindeutiger sein als bisher unter der Geltung der Richtlinie, weil sich die Aufgaben und Befugnisse der mitgliedstaatlichen Datenschutzaufsichtsbehörden im Hinblick auf die Überwachung und Durchsetzung der Vorgaben der DS-GVO dann unmittelbar aus Art. 57 f. DS-GVO ergeben werden, nicht mehr aus mitgliedstaatlichen Kompetenznormen.⁷⁴ Bei den hier in Rede stehenden Bestimmungen des VIII. Kapitels geht es aber gerade um solche der DS-GVO, daher bei den in ihnen vorausgesetzten Aufgaben und Befugnissen der Datenschutzaufsichtsbehörden auch notwendig um solche des VI. Kapitels der DS-GVO, nicht etwa um ergänzende zusätzliche Befugnisse aus mitgliedstaatlichem Recht (etwa – für den Bundesbeauftragten: § 14 BDSG 2017). Die Anwendbarkeit der aufsichtsbezogenen Vorschriften des VIII. Kapitels lässt sich mithin nicht isoliert ohne die Anwendbarkeit der *Aufsichtsregeln* des

⁷³ Pötters/Werkmeister, in: Gola, DS-GVO, 2017, Art. 77 Rn. 6

⁷⁴ S. § 14 Abs. 1 BDSG 2017: „Die oder der Bundesbeauftragte hat *neben den in der Verordnung (EU) 2016/679 genannten Aufgaben* die Aufgaben, 1. die Anwendung *dieses Gesetzes und sonstiger Vorschriften* über den Datenschutz, einschließlich der zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 erlassenen Rechtsvorschriften, zu überwachen und durchzusetzen [...]“; Hervorh. M.C.

VI. Kapitels anordnen, eine Konsequenz, die der Entwurf der Rundfunkkommission v. 2. Juni 2017 indes nicht gezogen hat und die das Medienprivileg auch, unionsrechtlich keinesfalls geboten und rechtspolitisch kaum gewollt, offensichtlich hinter den bisherigen aquis zurückwerfen würde. Auch Erwägungsgrund Nr. 153 bezieht die von den Mitgliedstaaten zu erlassenden Abweichungen und Ausnahmen ausdrücklich auch auf die „unabhängigen Aufsichtsbehörden“. Damit erscheint nicht vereinbar, dass über den Hebel des – angeblich unmittelbar anwendbaren – Art. 77 DS-GVO doch eine unionsrechtlich zwingende, von den Mitgliedstaaten nicht abdingbare Aufsichtszuständigkeit der Datenschutzbehörden bestehen soll.

Die Anwendbarkeit einzelner Vorschriften über die Behördenaufsicht und nur deswegen, weil sie sich heute im von der Liste des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO nicht erfassten Rechtsschutz- und Sanktionskapitel der DS-GVO befinden, ist mithin systematisch unschlüssig und inhaltlich unplausibel. Dass die Freistellungsbefugnis der Mitgliedstaaten gerade auch die Regelungen der DS-GVO über die Aufsichtsbehörden und ihre Befugnisse einschließen muss, und zwar vollständig, wird dementsprechend in der Kommentarliteratur klar ausgesprochen: „Insb. kann die Aufsicht der Datenschutzbehörden ausgeschlossen werden. Der publizistische und künstlerische Bereich verträgt sich grundsätzlich nicht mit einer staatlichen Aufsicht, auch und erst recht, wenn diese ‚völlig unabhängig‘ (Art. 52 EU-DatSchGrVO) ist.“⁷⁵

b) Unplausibilität der scheinbar unabdingbaren Bindung gerade an Art. 77, 78, 83 DS-GVO
Die angebliche unbedingte Bindung der Mitgliedstaaten an die in das Rechtsschutz- und Sanktionskapitel VIII hineingekommenen Vorschriften mit Bezug zur Behördenaufsicht macht inhaltlich auch noch aus einem anderen Grund keinen Sinn: Die Rechtsbehelfe und Sanktionen (auch der Schadensersatz!) können sich schließlich nur auf die Verletzung materiell datenschutzrechtlicher Pflichten beziehen, die aber selbst gerade nicht zwingend vorgeschrieben sind. An die Regelungen des Kapitels VIII könnten die Mitgliedstaaten ohnehin nur insofern gebunden sein, als überhaupt noch materiell-rechtliche Maßstäbe des Datenschutzrechts mitgliedstaatlich für anwendbar erklärt werden. Der *datenschutzrechtliche* Rechtsschutz und Schadensersatz ist daher jedenfalls ausgeschlossen, soweit die Mitgliedstaaten die materiell datenschutzrechtlichen Maßstäbe unionsrechtlich zulässigerweise abbedungen haben. Kapitel VIII kann im Hinblick auf den tatbestandlichen Anwendungsbereich des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO mithin sowieso nur insoweit zum Tragen kommen, als die Mitgliedstaaten überhaupt noch Raum für die Anwendung der Anforderungen der Kapitel II ff. DS-GVO gelassen haben.

⁷⁵ Von Lewinski, in: Auernhammer, DS-GVO/BDSG, 5. Aufl. 2017, Art. 85 Rn. 16.

Wenn die Mitgliedstaaten aber nach Art. 85 Abs. 2 DS-GVO, sogar noch weiter gehend als schon nach Art. 9 DSRL, berechtigt sind, den gesamten materiellen Datenschutz in der Reichweite der Bereichsausnahme auszuschließen (auch Regelungen über die Datensicherheit, Art. 5 Abs. 1 Buchst. f DS-GVO, nicht mehr zwingend erforderlich!, s.o.), ist nicht nachzuvollziehen, weshalb ausgerechnet die darauf doch bezogenen Rechtsbehelfe der Art. 77 f. und die Bußgeldbewehrung jeder mitgliedstaatlichen Disposition entzogen sein sollen. Es liegt fern, dass der Unionsgesetzgeber nun ausgerechnet für die grundrechtlich und rechtskulturell besonders heikle Frage der behördlichen Aufsicht über die Medien einen Kurswechsel vorgenommen haben soll also und nur hier nun kraft Verordnungsrechts unmittelbare Zuständigkeitsbegründungen gelten sollen. Die in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO ausgeklammerten Regelungen des VIII. Kapitels können jedenfalls nicht wichtiger sein als der materielle Datenschutz der DS-GVO selbst.

Aus der Perspektive des Medien- und Kommunikationsrechts würde die Anerkennung einer unabdingbaren Pflicht zur Anwendung der Art. 77f. und Art. 83 DS-GVO hingegen einen einschneidenden Bruch mit den gefestigten Traditionen dieser Teilrechtsordnungen bedeuten. Besonders gilt dies für das moderne Presserecht, das eine Verwaltungsaufsicht über die Presse nicht kennt (mit ihrerseits stark eingeschränkten Ausnahmen hinsichtlich der staatsanwaltlichen Ermittlungen im Strafverfahren und polizeilicher Befugnisse außerhalb des Kernbereichs der Inhaltskontrolle von Presseerzeugnissen⁷⁶). Die Annahme, das Unionsrecht, welches in Rechtsetzung und EuGH-Rechtsprechung die unionsgrundrechtliche (!) Freistellungsbedürftigkeit publizistischer Berichterstattung und Meinungsäußerung vom Datenschutz stets und bis heute anerkannt hat, erstrecke nun selbst mit der DS-GVO erstmals zwingend die Zuständigkeit staatlicher Aufsichtsbehörden auf die Medien, ist kaum vorstellbar.

c) Vorbehalte gegen eine Behördenaufsicht der Medien im Gesetzgebungsverfahren

Gegen eine solche Vorstellung spricht auch wiederum die Entstehungsgeschichte: Wie oben schon bemerkt, ist die Nichtaufnahme des Kapitel VIII in die Liste der ausnahmefähigen Kapitel in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO als sowohl im Rat als auch im Parlament als Problem erfasst und daher insoweit Abhilfe in Änderungsvorschlägen formuliert worden. Während die Mitgliedstaaten Deutschland, Frankreich, Belgien, Irland, Schweden im Rat die Aufnahme des gesamten Kapitels VIII in die Liste forderten, beschränkten sich die beiden beteiligten Ausschüsse des Europäischen Parlaments (Ausschuss für Industrie, Forschung und Energie, Rechtsausschuss)

⁷⁶ BVerwGE 143, 74; *Cornils*, in: Löffler, Presserecht, 6. Aufl. 2015, LPG § 1 Rn. 29 ff.

in ihren Stellungnahmen spezifischer auf den Vorschlag, aus diesem Kapitel nur die Bestimmungen der Art. 73, 74, 76 und 79 der Entwurfsfassung (entspr. Art. 77, 78, 80 und 83 DS-GVO) aufzunehmen.

Gerade diese Beschränkung auf die genannten Bestimmungen, die sämtlich Aufsichtsbefugnisse der Datenschutzbehörden voraussetzen, ist bemerkenswert; gleiches gilt für die dokumentierte Stellungnahme der Ratspräsidentschaft zum Änderungsvorschlag der fünf Mitgliedstaaten im Rat im Hinblick auf die Aufnahme des VIII. Kapitels:

Erstens wird hier deutlich, dass im Gesetzgebungsverfahren in der Anwendbarkeit jedenfalls dieser Vorschriften des VIII. Kapitels über die Behördenaufsicht ein mit der ratio des Art. 85 DS-GVO unvereinbarer Rückschritt hinter den Stand des Art. 9 DSRL erkannt worden ist, zudem ein Rückschritt, der eine „ernsthafte Bedrohung der Pressefreiheit“ bedeuten würde:

„[...] If data protection law applies directly, the freedom of the press exception must also be directly applicable. An implementation by Member States should not lower down the current level of protection. Furthermore, the exemption should be extended to Articles 73, 74, 76 and 79 of Chapter VIII (on Remedies, Liabilities and Sanctions) because these Articles include new elements which go far beyond what is foreseen in the current directive and are not suitable for journalistic activities or pose a serious threat to press freedom.“⁷⁷

Es ist, wie schon angemerkt, wenig überzeugend anzunehmen, dass diese schwerwiegenden Bedenken im Parlament und von wichtigen Mitgliedstaaten gegen einen – zu Geist und Formulierung des Art. 85 DS-GVO im Übrigen überhaupt nicht passenden – Rückbau des unionsrechtlichen Medienprivilegs im Verhältnis zur Vorgängerregelung im weiteren Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens einfach aufgegeben worden sind. Viel näher liegt die Vermutung, dass die Beteiligten im Gesetzgebungsverfahren davon ausgegangen sind, dass diesen Bedenken in der Endfassung des Art. 85 DS-GVO Rechnung getragen werde, die neu gefasste Bereichsausnahme also jedenfalls nicht hinter Art. 9 DSRL zurückfalle und insbesondere nicht die präzedenzlose zwingende Anordnung von Vorschriften über die Behördenaufsicht vorsehe. Dieser Erwartung lässt sich jedenfalls mit dem hier herausgearbeiteten und begründeten Verständnis des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO als eigenständiger Öffnungsklausel gerecht werden: Jedenfalls auf Art. 85 Abs. 1 DS-GVO lässt sich die schon bisher, unter der Freistellungsermächtigung der Richtlinie, unionsrechtlich zulässige Freistellung der Medien von der Behördenaufsicht auch

⁷⁷ Begründung zum Änderungsantrag 399 des Ausschusses für Industrie, Forschung und Energie, in: Bericht des Europäischen Parlaments über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Warenverkehr (allgemeine Datenschutzverordnung) v. 21.11.2013, A7-0402/2013, S. 455; diejenige des Rechtsausschusses (S. 710) ist gleichlautend.

künftig stützen (s. u. sub 2.): Das, was bisher unionsrechtlich zweifelsfrei und unangefochten möglich war, nämlich der Vorrang medienrechtlicher Konfliktentscheidungsmechanismen gegenüber dem institutionellen Datenschutz, ist auch weiterhin unionsrechtlich möglich.

Die angesprochenen entstehungsgeschichtlichen Hinweise deuten aber – *zweitens* – auch noch auf eine andere Möglichkeit, die den Rückgriff auf die ergänzende Basis-Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO sogar entbehrlich macht: Danach liegt schon eine einschränkende Auslegung des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO nahe, die zwar nicht das gesamte VIII. Kapitel, wohl aber die in den Beratungen des Parlaments ausdrücklich angesprochenen Vorschriften mit Bezug zur Behördenaufsicht als ausschlussfähig anerkennt. In diesem Sinne lässt sich vor allem auch die Stellungnahme der Ratspräsidentschaft zum Begehren der fünf Mitgliedstaaten, das VIII. Kapitel doch in die Liste der ausnahmefähigen Kapitel aufzunehmen, verstehen:

„BE, DE, FR, IE and SE had requested to include also a reference to Chapter VIII. This was opposed to by COM. The Presidency points out that in case the freedom of expression prevails over the right to data protection, there will obviously no infringement to sanction. Where an infringement is found to have place, the interference with the freedom of expression will have to taken into account as an element in the determination of the sanction. This application of the proportionality principle should be reflected in Chapter VIII.“⁷⁸

Daraus wird zunächst erkennbar, dass sich die Kommission dem Ansinnen, das VIII. Kapitel aufzunehmen, widersetzt hat. Dieser Widerstand verwundert indes nicht: Der Kommission ging es offensichtlich darum, mit der Neufassung der Öffnungsklausel keine Einbußen gegenüber dem Stand der Anwendbarkeit des unionsrechtlichen Datenschutzrechts hinzunehmen, wie er schon in Art. 9 DSRL erreicht war. Dies wäre aber bei einer Aufnahme des VIII. Kapitels in die Enumeration der Fall gewesen, da das entsprechende Kapitel III der DSRL über die Rechtsbehelfe, Haftung und Sanktionen in Art. 9 DSRL gerade nicht aufgeführt ist. Man kann das Insistieren der Kommission auf der Nichtberücksichtigung des Kapitel VIII also ohne weiteres so nachvollziehen, dass damit der status quo der Freistellungsermächtigung – auch in ihren Grenzen – bewahrt werden sollte. Dies betrifft aber nur diejenigen Vorschriften des Kapitel VIII, die schon im alten Rechtsbehelfskapitel III der DSRL enthalten sind, also die Bestimmung über die Gewährleistung gerichtlichen Rechtsschutzes (nach geltender deutscher Rechtslage in der Zivilgerichtsbarkeit, Art. 22 DSRL, nunmehr Art. 79 DS-GVO), die Schadensersatzhaftung (Art. 23 DSRL, Art. 82 DS-GVO) und die Forderung geeigneter Sanktionen, die sich vor allem

⁷⁸ Council of the European Union, Dok. v. 11.6.2015, Nr. 9788/15, S. 255 Fn. 627.

auf eine hinreichende Pönalisierung, aber auch z.B. die Bereitstellung eines im unionalen Datenschutzrecht nicht vorgesehenen Unterlassungsanspruchs im mitgliedstaatlichen Recht (in Deutschland: § 1004 analog iVm § 823 Abs. 2 BGB iVm den datenschutzrechtlichen Verbotsnormen) bezieht (Art. 23 DSRL, Art. 84 DS-GVO).⁷⁹

Dass es der Kommission hingegen darum gegangen wäre, auch den weiteren, nun in das Kapitel VIII verlagerten Vorschriften mit Bezug zur Datenschutzaufsicht zwingende Anwendbarkeit (ohne Dispensmöglichkeit) zu verschaffen, und dass sie damit Akzeptanz bei den Mitgliedstaaten im Rat und im Parlament gefunden hätte, ist angesichts der gerade dagegen geäußerten Widerstände fernliegend. Darauf deutet auch die oben zitierte Stellungnahme der Ratspräsidentschaft hin. Dort ist – in beschwichtigender Absicht – überhaupt nur von den „Sanktionen“ die Rede, bei deren Verhängung die Bedeutung der Kommunikationsfreiheit und der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu berücksichtigen seien. Dies lässt sich ohne weiteres auf die auch bisher schon von der Freistellungsmöglichkeit gem. Art. 9 DSRL ausgeschlossenen Regelungen über die Schadensersatzpflicht (nun Art. 82 DS-GVO) und die ergänzenden mitgliedstaatlichen Sanktionen (Art. 84 DS-GVO) beziehen. Von den Befugnissen der Datenschutzaufsicht voraussetzenden Bestimmungen (Art. 77, 78, 83 DS-GVO) ist hingegen in der Stellungnahme mit keinem Wort die Rede. Das bestätigt, dass es auch der Kommission bei der Beibehaltung der Nichterwähnung des VIII. Kapitel um die schon bisher nach Art. 9 DS RL nicht ausschließbaren Vorschriften des bisherigen Kapitel III DSRL ging, nicht aber um die neuen Regelungen mit Bezug zur Behördenaufsicht.

d) Rechtliche Möglichkeit einer Art. 77, 78 und 83 DS-GVO erfassenden Auslegung des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO

Allerdings muss die hier begründete Lesart einer auf den alten Kern der schon im Kapitel III DS RL enthaltenen Vorschriften beschränkten Bedeutung der Nichterwähnung des Kapitel VIII in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO selbstverständlich mit dem Einwand rechnen, diese Einschränkung finde im Text der Bestimmung nun einmal keinen Ausdruck und es bleibe daher rechtlich gar keine andere Möglichkeit als diejenige, die nun neu in Kapitel VIII aufgenommenen Vorschriften mit Bezug zur Behördenaufsicht gleichermaßen so zu behandeln, dass sie von der Dispensbefugnis der Mitgliedstaaten nicht erfasst werden. Dieser Einwand greift aber nicht durch, und

⁷⁹ S. auch die bündige Zusammenfassung bei *Pauly*, in: Paal/Pauly, Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Art. 85 Rn: 8: „Die Rechtsbehelfsgarantien und Haftungsregelungen sowie die Sanktionsvorschriften stehen daher wie schon bei Art. 9 DSRL [...] nicht zur Disposition.“ Dass sich gleichsam „unter der Hand“ nun in Kapitel VIII weitere Regelungen in den scheinbar nicht abdingbaren Bestand „eingeschlichen“ haben, gerät hier (wie auch in den anderen Kommentierungen) gar nicht in den Blick.

zwar aus einem einfachen Grund und sogar ohne, dass auf anspruchsvollere methodologische Figuren einer korrigierenden Auslegung u. ä. zurückgegriffen werden müsste:

Es wäre nämlich kurzschlüssig anzunehmen, dass alle in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO nicht erwähnten Kapitel oder Vorschriften von Unionsrechts wegen immer zwingend durch die mitgliedstaatlichen Instanzen (Gesetzgeber, Gerichte, Aufsichtsbehörden) anzuwenden wären. Das Enumerationsprinzip in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO führt keineswegs zu dieser Konsequenz. Vorschriften der DS-GVO können unanwendbar sein, auch wenn ihre Anwendbarkeit nicht durch Freistellungsentscheidung der Mitgliedstaaten konstitutiv ausgeschlossen ist. Die Anwendungsfrage stellt sich überhaupt nur, wenn die in Rede stehende Norm der DS-GVO ihrem Inhalt nach insoweit (mit Richtung auf die Mitgliedstaaten) anwendungsfähig ist und Anwendung beansprucht. Dies ist nicht bei allen Normen der in dem Abweichungs- und Ausnahmenvorbehalt des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO nicht bezeichneten Kapitel der Fall. Einige dieser Kapitel bzw. Normen haben überhaupt keinen Regelungsgehalt *gegenüber* den Mitgliedstaaten oder gar *in* den Mitgliedstaaten (der also unmittelbare Anwendbarkeit voraussetzen würde).

Dies gilt vollständig für die Kapitel X und XI: Diese enthalten keine entweder in den mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen unmittelbar anwendbaren oder an die Mitgliedstaaten adressierten Regelungen, richten sich vielmehr nur an die Kommission bzw. das Europäische Parlament bzw. treffen Aussagen zum Verhältnis von Richtlinien und internationalen Abkommen.⁸⁰ Insofern ist eine Freistellung durch die Mitgliedstaaten rechtlich unmöglich, weil diese Vorschriften gar nicht ausgenommen werden können und bedarf es daher auch keiner Freistellungsermächtigung in der Bereichsausnahme. Es ist daher folgerichtig, dass Art. 85 Abs. 2 DS-GVO diese Kapitel nicht auflistet, weil mit einer Nennung eine rechtlich gar nicht bestehende, ins Leere laufende Schein-Kompetenz der Mitgliedstaaten suggeriert würde.

Bei Kapitel I liegen die Dinge etwas anders: So beanspruchen die in Kapitel I statuierten zentralen Aussagen über den sachlichen und räumlichen Anwendungsbereich (Art. 2 f. DS-GVO) und die Begriffsbestimmungen (Art. 4 DS-GVO) an sich sicherlich Beachtung durch mitgliedstaatliche Instanzen. Namentlich der Schlüsselbegriff der Datenverarbeitung (Art. 2 Abs. 1 DS-GVO) ist ja Basis-Voraussetzung der Anwendung aller datenschutzrechtlichen Maßstäbe der Verordnung. Allerdings sind die Öffnungsklauseln des Art. 85 DS-GVO selbst gerade auch und zwar speziellere Vorschriften über den Anwendungsbereich der Verordnung in der Reichweite der Bereichsausnahme:⁸¹ Sie überantworten die Frage, ob und in welchem Umfang Regelungen

⁸⁰ So die zutreffende Begründung im vorliegenden Referentenentwurf zu einer Änderung von § 10 HPresseG, S. 5.

⁸¹ Pötters, in: Gola, DS-GVO, 2017, Art. 85 Rn. 15.

der Verordnung Anwendung finden sollen, (unter der Voraussetzung der Erforderlichkeit) gerade den Mitgliedstaaten. Aus diesem binnensystematischen Grund muss die verordnungsrechtliche Selbst-Definition des Anwendungsbereichs in Kapitel I gegenüber der Ermächtigung zur heteronomen Definition des verbleibenden Anwendungsbereichs der Verordnung durch die Mitgliedstaaten zurücktreten. Die Verordnung kann nicht mit Wirkung für die Bereichsausnahme des Art. 85 S-GVO in Art. 2 ff. DS-VO regeln, in welchen Situationen der unionale Datenschutz eingreift, und die Kompetenz zur Beantwortung dieser Frage zugleich den Mitgliedstaaten überlassen. Der Bereichsausnahme ist mithin die Verdrängungswirkung gegenüber Art. 2 ff. DS-GVO immanent – auch insoweit bedarf es nicht erst einer Freistellung durch die Mitgliedstaaten.

Etwas komplexer, aber im Kern vergleichbar verhält es sich mit den Vorschriften des Kapitels VIII. Hier fehlt es den Vorschriften zwar nicht an ihrer Anwendungsfähigkeit – in der Weise unmittelbarer Anwendbarkeit in den Mitgliedstaaten (z. B.: Anspruch aus Art. 82 S-GVO) oder eines an die Mitgliedstaaten adressierten (richtlinienartigen) Durchführungsauftrags (Art. 84 DS-GVO). Jedoch ist diese Anwendungsfähigkeit nur eine bedingte, d. h. abhängig von der Anwendbarkeit anderer Regelungen der DS-GVO, über die indes gem. Art. 85 Abs. 2 DS-VO die Mitgliedstaaten zu entscheiden haben. Mittelbar hängt daher auch die Anwendbarkeit dieser Regelungen des Kapitel VIII von der mitgliedstaatlichen Disposition gem. Art. 85 Abs. 2 DS-GVO ab, auch wenn dieses Kapitel nicht selbst in der Liste der abdingbaren Kapitel aufgeführt ist. So stehen tatsächlich alle Anforderungen des VIII. Kapitels in einem strukturell vergleichbaren Abhängigkeitsverhältnis und sind in diesem Sinne akzessorisch: Sie beanspruchen sämtlich Beachtung durch die Mitgliedstaaten (dann in der Tat ohne Ausschlussmöglichkeit) unter der Voraussetzung, dass die Mitgliedstaaten in ihrem Recht diejenigen datenschutzrechtlichen Regelungen für anwendbar erklären bzw. einführen, auf die sie notwendig bezogen und von denen sie abhängig sind.

Bei den bisher schon nach Art. 9 DSRL nicht abdingbaren Vorschriften über den Gerichtsschutz und Schadensersatz sind diese bedingenden Normen diejenigen des materiellen Datenschutzrechts: Gerichtliche Rechtsbehelfe (Art. 79 DS-GVO) und Schadensersatz (Art. 82 DS-GVO), ebenso auch eine Strafbarkeit oder ein Unterlassungsanspruch (Art. 84 DS-GVO) wegen Verletzung datenschutzrechtlicher Pflichten müssen die Mitgliedstaaten selbstverständ-

lich nur und insoweit vorsehen, als sie solche datenschutzrechtlichen Pflichten überhaupt zugelassen oder errichtet haben.⁸² Haben sie sie (gemäß Art. 85 Abs. 2 DS-GVO zulässigerweise) gänzlich ausgeschlossen, besteht auch keine Verpflichtung zur Errichtung darauf bezogener Rechtsschutzmöglichkeiten und Sanktionen.

Für die hier in Rede stehenden Vorschriften des VIII. Kapitels mit Bezug zu den staatlichen Aufsichtsbehörden (Art. 77, 78, 81, 83 DS-GVO) besteht eine inhaltlich andersartige Abhängigkeit im Verhältnis zum VI. Kapitel: Eine Anwendung dieser Regelungen durch die Mitgliedstaaten muss mangels Anwendungsfähigkeit ausscheiden, wenn diese Mitgliedstaaten von ihrer durch Art. 85 Abs. 2 DS-GVO eingeräumten Befugnis Gebrauch gemacht haben, von den Regelungen des Kapitel VI DS-GVO über die Aufsichtsbehörden zu dispensieren. Der oben diagnostizierte irritierende Widerspruch, der in der Ausschließbarkeit des Kapitel VI über die unabhängigen Aufsichtsbehörden bei scheinbarer Nichtausschließbarkeit der jene Aufgaben und Befugnisse der Behörden doch voraussetzenden Regelungen der Art. 77 f. und 83 in Kapitel VIII DS-GVO liegt, löst sich so tatsächlich auf: Wenn und soweit die Mitgliedstaaten zulässigerweise gemäß Art. 85 Abs. 2 DS-GVO für den Bereich der privilegierten Datenverarbeitungen die Vorgaben des VI. Kapitels über die Aufsichtsbehörden ausgeschlossen haben, erstreckt sich dieser Ausschluss notwendigerweise auch auf die davon abhängigen Vorschriften des VIII. Kapitels – ohne dass dies noch einer ausdrücklichen Ermächtigung in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO bedurft hätte. Denn Art. 77, 78 und 83 DS-GVO sind ohne die in diesen Regelungen vorausgesetzten Aufgabenzuweisungen und Befugnisse gem. dem VI. Kapitel nicht vollzugsfähig. Ist die Zuständigkeit der Datenschutzaufsicht generell für die Reichweite der Bereichsausnahme abbedungen, kann sie nicht dem zuwiderlaufend über die Ansprüche aus Art. 77 f. und die Bußgeldnorm des Art. 83 DS-GVO als zwingende Zuständigkeit gleichwohl behauptet werden. Jede andere Sicht der Dinge unterliefe demgegenüber die in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO ausdrücklich angeordnete Freistellungsermächtigung hinsichtlich des VI. Kapitels.

Es ergibt sich also ein gegenüber dem ersten, nur aus der textlichen Kapitelaufzählung sich ergebenden Anschein umgekehrtes Ergebnis: Gerade die Annahme einer unabdingbar zwingenden Anwendbarkeit der Art. 77 f., 83 DS-GVO erwiese sich als mit Art. 85 Abs. 2 DS-GVO inkompatibel. Nur die hier begründete Lösung einer *akzessorischen Einbeziehung* dieser vom *VI. Kapitel abhängigen Vorschriften* der Art. 77, 78, 81 und 83 DS-GVO in die Reichweite der

⁸² Art. 82 Abs. 1 DS-GVO: „Jede Person, der wegen eines Verstoßes gegen diese Verordnung ein materieller oder immaterieller Schaden entstanden ist, hat Anspruch auf Schadensersatz“ (Hervorh. nur hier); Pauly, in: Paal/Pauly, Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Art. 85 Rn. 8

Freistellungsermächtigung entspricht hingegen dem Sinn und Regelungsgehalt der Öffnungsklausel. Die behördenbezogenen Ansprüche der Art. 77 f. DS-GVO und die Behördenbefugnis in Art. 83 DS-GVO nehmen rechtlich notwendig an der Entscheidung der Mitgliedstaaten über die Zuständigkeit (oder Nichtzuständigkeit) der Datenschutzaufsichtsbehörden in der Reichweite der Bereichsausnahme teil: Die Ausschlussbefugnis im Hinblick auf das VI. Kapitel schließt die genannten Vorschriften des VIII. Kapitels notwendig ein und hat also insoweit überwirkende Bedeutung auch für das Kapitel VIII der DS-GVO.

Diese einfache Erklärung räumt mithin schon im Rahmen des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO das offenkundige und im Gesetzgebungsverfahren erkannte Problem einer neuartigen, inhaltlich ganz unangemessenen und ziemlich sicher auch von den Beteiligten im Gesetzgebungsverfahren nicht beabsichtigten unionsrechtlichen Verpflichtung der Mitgliedstaaten auf datenschutzbehördliche Zuständigkeiten im Bereich des Medienprivilegs aus. Zugleich wird auch plausibel, weshalb das Kapitel VIII nicht insgesamt in die Liste der ausnahmefähigen Kapitel aufgenommen worden ist:

Es entsprach diese Nichtberücksichtigung zunächst dem status quo und dem insoweit erkennbaren Willen des Gesetzgebers – nicht nur der Kommission, sondern am Ende auch der anderen Beteiligten –, die schon bisher obligatorische Vorgabe eines von den Mitgliedstaaten vorzusehenden gerichtlichen Rechtsschutzes (nun: Art. 79 DS-GVO) sowie einer Schadensersatzhaftung (Art. 82 DS-GVO), gegebenenfalls auch weiterer sachgerechter Sanktionen (Art. 84 DS-GVO) bei Verstößen gegen (ihrerseits nicht abbedungene!) materiell-datenschutzrechtliche Verpflichtungen (in Deutschland: Datengeheimnis, Datensicherheit) aufrechtzuerhalten.

Aber es macht auch darüber hinaus sogar die Nichterwähnung der Art. 77, 78 und 83 DS-GVO Sinn und handelt sich dabei keineswegs um einen zu korrigierenden Fehler: Die (obligatorische) Anwendbarkeit dieser Vorschriften kommt zum Zuge, *wenn* sich die Mitgliedstaaten im Zuge ihrer Erforderlichkeitsprüfung nach Art. 85 Abs. 2 DS-GVO für die Anwendung des Kapitel VI, das heißt aber für die Einführung einer datenschutzbehördlichen Aufsicht auch über die Medien und die anderen privilegierten Datenverarbeitungen entschieden haben. Aus deutscher Sicht ist diese Option rechtskulturell und freiheitsrechtlich zwar kaum vorstellbar; schlechthin ausgeschlossen, also unionsrechtlich für alle Mitgliedstaaten verboten muss sie aber nicht sein: Sind die Datenschutzaufsichtsbehörden nach mitgliedstaatlichen Recht aber zuständig für die Kontrolle der Einhaltung der auch auf die Medientätigkeit anwendbaren materiell-datenschutzrechtlichen Anforderungen (und nur dieser!), ist es folgerichtig, insoweit auch die Ansprüche aus Art. 77 und 78 DS-GVO gewähren zu müssen.

Das bedeutet aber umgekehrt eben auch: Schließen die Mitgliedstaaten, wie in den deutschen Medienprivilegien (absolut für die Presse, relativ, über den Vorrang der Selbstregulierung, auch für die Telemedien), die Zuständigkeit der Datenschutzaufsichtsbehörden aus, erstreckt sich dieser Ausschluss notwendig auch auf die akzessorischen Regelungen des VIII. Kapitels. Art. 85 Abs. 2 DS-GVO ermächtigt daher mit der Befugnis zum Ausschluss des VI. Kapitels auch, ohne dies noch explizit formulieren zu müssen, zu einem Ausschluss der Art. 77, 78, 81 und 83 DS-GVO.

2. Art. 85 Abs. 1 als generelle Öffnungsklausel: Erweiterung der Freistellungsbefugnis in Tatbestand und Rechtsfolgen

Ergibt sich die Befugnis der Mitgliedstaaten, in ihren Regelungen über das (ggf. erweiterte) Medienprivileg auch von den in Art. 77, 78 und 83 DS-GVO statuierten Anforderungen freizustellen, nach alledem schon aus der Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO, kommt es insoweit auf die Basisnorm des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO nicht mehr an.

Eine engere, starr der Kapitelaufzählung in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO verhaftete Lesart müsste indes dann aus Art. 85 Abs. 1 DS-GVO zu dem gleichen Ergebnis kommen. Dies ergibt sich aus der oben herausgearbeiteten rechtlichen Bedeutung des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO als ergänzende allgemeine Öffnungsklausel, die auch im tatbestandlichen Anwendungsbereich des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO, also bei den in Abs. 1 beispielhaft genannten vier qualifizierten Verarbeitungszwecken, nicht durch die spezifischere Öffnungsklausel des Abs. 2 verdrängt wird.

a) Tatbestandliche Erweiterung

Dass Art. 85 Abs. 1 DS-GVO im Tatbestand über Abs. 2 hinausgeht und also, entsprechend schon dem Vorschlag des Europäischen Parlaments, einen eigenständigen und weitergehenden Regelungsauftrag an die Mitgliedstaaten formuliert,⁸³ der Freistellungen auch über die vier qualifizierten Verarbeitungszwecke hinaus ermöglicht – und bei grundrechtlicher Erforderlichkeit – vorsieht, ist nach den oben dargelegten Erläuterungen eindeutig und bedarf hier keiner weiteren Ausführungen.

b) Rechtsfolgenerweiterung: Freistellung von nicht schon durch Art. 85 Abs. 2 erfassten Regelungen des Datenschutzes

Die über Art. 85 Abs. 2 DS-GVO hinausgehende Ergänzungsfunktion der generellen Öffnungsklausel in Art. 85 Abs. 1 DS-GVO muss sich aber, wie ebenfalls schon oben begründet, auch

⁸³ *Albrecht/Joitzo*, Das neue Datenschutzrecht der EU, 2017, S. 134: „Aufgrund des eindeutigen Wortlauts von Art. 85 Abs. 1 DS GVO besteht eine entsprechende Regelungspflicht der Mitgliedstaaten.“; *Feiler/Forgó*, EU-DS-GVO, 2016, Art. 85 Rn. 2: „Dass die Regelungsbefugnis der Mitgliedstaaten über Abs. 2 hinausgeht, wird auch durch Erwägungsgrund 153 Abs. 1 bestätigt, ...“

auf die Rechtsfolgen beziehen, mithin auf die Reichweite der Freistellungsbefugnis (und ggf. -pflicht). Eben darum geht es bei den mitgliedstaatlichen Medienprivilegien, also für Deutschland denjenigen in den deutschen Landes-Pressegesetzen sowie in den Entwürfen zu § 9c und § 57 RStV. Diese betreffen den in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO erfassten klassischen Kernbereich der Bereichsausnahme, also die öffentliche Aufgabe von Presse, Rundfunk und Telemedien. Wird nicht schon Art. 85 Abs. 2 DS-GVO aus den vorstehend dargelegten Gründen so verstanden, dass die *danach* mögliche Freistellung auch die Art. 77 f. und 83 DS-GVO erfasst, kommt insoweit jedenfalls die ergänzende und weitergehende Freistellungsbefugnis aus Art. 85 Abs. 1 DS-GVO zum Tragen.

Diese ergibt sich schon aus der textlichen Formulierung, die auch in der Rechtsfolge offen („[...] bringen durch Rechtsvorschriften das Recht [...] in Einklang“) und nicht, wie Art. 85 Abs. 2 DS-GVO, auf definierte Kapitel festgelegt ist, sowie – damit zusammenhängend – aus der systematischen Entscheidung des Gesetzgebers für eine eigene zusätzliche Öffnungsklausel: Hätte der Gesetzgeber die Freistellungsbefugnis der Mitgliedstaaten jedenfalls nur auf die in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO aufgelisteten Kapitel beschränken wollen, wäre die Einfügung der zusätzlichen Öffnungsklausel des Abs. 1 unverständlich. Es hätte dann nahegelegen, auf eine allgemeine Klausel in Abs. 1 zu verzichten und stattdessen einfach den Vorschlag des Europäischen Parlaments zu übernehmen, der die tatbestandliche Erweiterung auf alle (nicht mehr nur einige ausdrücklich benannte) Verarbeitungszwecke („whenever it ist necessary“) mit dem aus Art. 9 DSRL und dem Kommissionsvorschlag überkommenen Enumerationsprinzip (Auflistung bestimmter Kapitel) verbunden hatte.

Auch dass der offene Regelungs- und Derogationsauftrag des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO nicht im Sinne eines verdrängenden Vorrangs des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO (als *lex specialis*) nur auf die Fälle von Verarbeitungen außerhalb der vier besonders qualifizierten Verarbeitungszwecke beschränkt sein kann, ist oben dargelegt worden: Eine solche Spezialitätsannahme würde zu dem widersinnigen Ergebnis führen, dass die besonders schutzwürdigen Verarbeitungen zu publizistischen Kommunikationszwecken engeren unionsrechtlichen Bindungen unterlägen als die nun mit in Art. 85 Abs. 1 DS-GVO in die Bereichsausnahme einbezogenen weiteren Kommunikationen (nicht journalistischer usw. Art).

Auch für die sachliche Notwendigkeit der Freistellungsbefugnis für Art. 77, 78 und 83 DS-GVO kann auf die Darlegungen zur Entstehungsgeschichte und oben zu Art. 85 Abs. 2 DS-GVO verwiesen werden. Es ist unabweisbar, dass die Mitgliedstaaten im Rat mit der Einführung der allgemeinen Öffnungsklausel ihren Gestaltungsspielraum zumindest auf dem Niveau

der bisherigen Bereichsausnahme des Art. 9 DSRL sichern wollten; die dokumentierte Begründung zur Umstellung auf die allgemeine Klausel im Vorschlag der Ratspräsidentschaft deutet, wie oben dargelegt, sogar weitergehend auf das Ziel einer relativen Stärkung des Schutzes der Kommunikationsfreiheit in der Bereichsausnahme hin. Dieser Befund zumindest der Erhaltung des status quo der Bereichsausnahme entspricht, soweit erkennbar, auch der Einschätzung in der Literatur, und zwar selbst bei denjenigen, die auf die Nichtausschließbarkeit des VIII. Kapitels hinweisen.⁸⁴ Auch der Bundesgesetzgeber des neuen BDSG 2017 hat, dokumentiert in der Begründung des Gesetzentwurfs, keinen Änderungsbedarf hinsichtlich der nun allein von den Ländern auszuförmulierenden Bereichsausnahmen für die Medien gesehen und ist also offenkundig von einer diese Kontinuität tragenden Legitimationswirkung des Art. 85 DS-GVO ausgegangen.⁸⁵

Soweit von einigen Autoren nun auch unter der (künftigen) Geltung des Art. 85 DS-GVO Kritik an dem angeblich zu weitgehenden, pauschalen Ausschluss des Datenschutzrechts durch die deutschen Medienprivilegien geübt und eine differenziertere Regelung angemahnt wird,⁸⁶ stützt diese Kritik sich keineswegs auf Änderungen in der neuen Vorschrift,⁸⁷ erneuert vielmehr nur den alten, bekannten, aber unzutreffenden Vorwurf, der von Teilen der datenschutzrechtlichen Literatur schon immer gegen die Fassung der deutschen Medienprivilegien erhoben worden ist.

⁸⁴ Pötters, in: Gola, DS-GO, 2017, Art. 85 Rn. 22: „Die genannten nationalen Regelungen können auf Grundlage von Art. 85 DS-GVO grundsätzlich beibehalten werden; eine Erweiterung oder Anpassung ist nicht zwingend, aber möglich.“; bezogen auf den Datenschutz; *Lauber-Rönsberg/Hartlaub*, NJW 2017, 1057 (1060); *Albrecht/Janson*, CR 2016, 500 (508): die in § 41 BDSG i.V. m. § 57 RStV bestehende, sehr abstrakt gehaltene deutsche Regelung [...] Wird den aufgezeigten Vorgaben bislang schon zu großen Teilen gerecht, weswegen aus Perspektive des deutschen Gesetzgebers hier nur ein geringer Handlungsbedarf besteht. Insbesondere aus Klarheitserwägungen bedürfte es einer Überführung in der neuen Regelungskontext. Dabei gilt es die verfassungsrechtliche Kompetenzordnung zu beachten. [...].“; *Hoidn*, in Roßnagel (Hrsg.), Europäische Datenschutz-Grundverordnung, 2017, § 4 Rn. 181 (S. 269): „Auch die Verordnung ermöglicht es den Mitgliedstaaten, weitgehende Ausnahmen für Medien von ihren Regelungsvorzusehen oder beizubehalten. Insoweit kann es bei den deutschen Regelungen inhaltlich bleiben.“. Mit besonderem Bezug zur Datenschutzaufsicht: v. *Lewinski*, in: Auernhammer, DS-GVO, BDSG, 5. Aufl. 2017, Art. 85 Rn. 16: „Insbesondere kann die Aufsicht der Datenschutzbehörden ausgeschlossen werden.“;

⁸⁵ Begründung zum Entwurf der Bundesregierung eines Gesetzes zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 (Datenschutz-Anpassungs- und -Umsetzungsgesetz EU – DSAnpUG-EU), BT-Drs. 18/11325, S. 79: „Der Bundesgesetzgeber geht aber davon aus, dass die insofern zuständigen Landesgesetzgeber das Presseprivileg wie bisher absichern werden.“

⁸⁶ *Buchner/Tinnefeld*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, 2017, Art. 85 Rn. 2, 31; *Specht*, in: Sydow, DS-GVO, 2017, Artikel 85 Rn. 19.

⁸⁷ S. insofern allerdings *Buchner/Tinnefeld*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, 2017, Art. 85 Rn. 2, mit der unverständlichen Behauptung, Art. 85 Abs. 2 bringe die unionsrechtlichen Vorgaben „nochmals deutlicher, weil ausdifferenzierter zum Ausdruck“ als die Richtlinie und zwingt daher [umso mehr?] zu einer differenzierteren Regelung als bisher in § 41 Abs. 1 BDSG a. F. normiert. Wie oben gezeigt, entspricht die Auflistung der ausnahmefähigen Regelungsbereiche in der Sache derjenigen in Art. 9 DSRL; bei den Kapiteln ergibt sich mithin keineswegs eine Verschärfung gegenüber der Richtlinie; im Übrigen erscheint das neu gefasste Medienprivileg aus den oben dargelegten Gründen eher großzügiger als dasjenige in der Richtlinie.

Dieser Vorwurf bezieht sich auch gar nicht auf die unionsrechtliche Reichweite der Freistellungsermächtigung (also der potentiell ausnahmefähigen Normen), sondern allein auf die Handhabung der Erforderlichkeits-Voraussetzung durch die deutschen Gesetzgeber. Diese nun „bei Gelegenheit“ der Reform des europäischen Datenschutzrechts erneuerte Grundsatzkritik hat daher für die hier erörterte Frage der Reichweite der unionsrechtlichen Freistellungsermächtigung in Art. 85 DS-GVO (im Vergleich mit derjenigen in Art. 9 DSRL) keine Bedeutung.

Art. 85 DS-GVO muss daher in einer Gesamtheit jedenfalls so verstanden werden, dass er in der Reichweite seiner Freistellungsermächtigung nicht noch hinter Art. 9 DSRL zurückbleibt. Insofern Art. 85 Abs. 1 DS-GVO die normative Funktion hat, den grundrechtlich gebotenen Schutz der Kommunikationsfreiheit gegen den Geltungsanspruch des Datenschutzrechts abzusichern auch für die Fälle, in denen er nicht schon durch die Öffnungsklausel Art. 85 Abs. 2 DS-GVO gewährleistet ist, muss er mithin gerade auch Freistellungen ermöglichen, die nach Art. 85 Abs. 2 DS-GVO wegen des dort verankerten Enumerationsprinzips – wie gezeigt nur scheinbar – versperrt sind, die aber grundrechtlich geboten sind und daher schon bisher gemäß Art. 9 DSRL anerkannt waren.

Dies gilt insbesondere für das Recht der Mitgliedstaaten, die Medien vom institutionellen Datenschutz durch die staatlichen Aufsichtsbehörden freizustellen und sie stattdessen allein gerichtlicher Kontrolle (bzw. allenfalls spezifischen medienaufsichtlichen Instanzen) zu unterwerfen, und zwar auch insoweit, als materielles Datenschutzrecht (in Deutschland: Anforderungen des Datengeheimnisses und der Datensicherheit) noch Anwendung auch auf die Datenverarbeitung durch Medien finden. Wird dieses Recht nicht schon, vorzugswürdig, durch sachgerechte Interpretation des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO anerkannt, muss daher insofern auf Art. 85 Abs. 1 DS-GVO zurückgegriffen werden. Jedenfalls diese allgemeine Öffnungsklausel gewährt den Mitgliedstaaten weiterhin die bisher nie in Frage gestellte Befugnis zur vollständigen Abschirmung der Medien vor dem Zugriff datenschutzbehördlicher Kontrolle.

Gerade diese institutionelle Facette des Medienprivilegs sollte auch in der Sache außer Streit stehen: Die Entscheidung, ob die Medien einer Behördenaufsicht unterstellt werden sollen oder die Durchsetzung materieller Bindungen (der allgemeinen Gesetze und eben ggf. auch des „Rest“-Datenschutzrechts) den Gerichten überlassen bleiben soll, ist eine selbstständig bedeutende, strukturprägende Entscheidung des (heute allein noch Landes-) Medienrechts, die der mitgliedstaatlichen Abwägung nach dem Sinn der unionalen Ermächtigung in Art. 85 Abs. 1 DS-GVO überlassen bleiben muss. Im Presserecht wird dies besonders deutlich, deutlicher

noch als im deutschen Rundfunkrecht, das immerhin medienaufsichtliche Befugnisse, allerdings ganz überwiegend von staatsfern ausgestalteten besonderen Einrichtungen kennt. Gerade bei der Presse stand vor allem immer die Abwehr behördlicher Überwachungsrechte (Zensur, später noch Konzessionswesen) im Zentrum des historischen Kampfes um ihre Freiheit. Aber auch bei den Telemedien von Rundfunk und Presse müsste der Verlust der Möglichkeit, die Einhaltung datenschutzrechtlicher Verpflichtungen wie bisher allein der Selbstregulierung des Presserates zu überantworten, als gravierender Einschnitt begriffen werden. Insofern geht es auch bei der überhaupt nur in Rede stehenden akzessorischen Bewehrung anerkannter materiell-datenschutzrechtlicher Bindungen durch eine unionsrechtlich als zwingend verstandene Zuständigkeit der Datenschutzaufsicht keineswegs um eine Folge minderer Bedeutung, hinsichtlich derer ein mitgliedstaatliches Abwägungs- und Bestimmungsrecht im Sinne von Art. 85 DS-GVO verzichtbar wäre. Gerade hier, in der mitgliedstaatlichen Befugnis zur Abkoppelung der (im Zuge der Erforderlichkeitsprüfung noch anerkannten) materiellen Maßstäbe des Datenschutzrechts von der Behördenaufsicht beweist sich die Wirkmacht des Medienprivilegs, dessen Ausgestaltung der Unionsgesetzgeber in Art. 85 Abs. 1 und 2 DS-GVO weiterhin in die Hände der Mitgliedstaaten gelegt hat.

V. Folgerungen für die Reform der Medienprivilegien in Deutschland

Die Folgerungen aus dem erarbeiteten unionsrechtlichen Befund für die anstehende Reformaufgabe im deutschen Medienrecht (§ 9c, § 57 RStV-E, Landespressegesetze) sind klar und sie sind einfach: Ein substantieller Änderungsbedarf aufgrund der Umstellung der unionsrechtlichen Bereichsausnahme von Art. 9 DSRL auf Art. 85 DS-GVO besteht nicht. Insbesondere ist die dem Entwurf der Rundfunkkommission v. 2. Juni 2017 zugrunde liegende Annahme, die Mitgliedstaaten seien unionsrechtlich verpflichtet, der Nichterwähnung des Kapitel VIII in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO dadurch Rechnung zu tragen, dass dieses Kapitel in den Fassungen der datenschutzrechtlichen Medienprivilegien (insb. in § 9c und § 57 Abs. 5 RStV) ausdrücklich für anwendbar erklärt wird, rechtlich unzutreffend. Die Länder können sich bei der Neufassung der einschlägigen Regelungen des Rundfunkstaatsvertrages und der Landesmediengesetze darauf beschränken, diejenigen Änderungen vorzunehmen, die sich aus der Änderung der innerstaatlich-deutschen Rechtslage – namentlich Wegfall des Bundesrechts (BDSG a.F.) – sowie aus der nun unmittelbaren Anwendbarkeit der die Schadensersatzpflicht anordnenden Verordnungsnorm des Art. 82 DS-GVO ergeben. Eine Modifikation, insbesondere Verkürzung der inhaltlichen Reichweite des Medienprivilegs, etwa im Hinblick auf Befugnisse der Datenschutzbehörden, ist damit nicht verbunden; sie ist unionsrechtlich jedenfalls nicht gefordert.

Im Einzelnen bedeutet dies:

1. Datengeheimnis

Die Bestimmungen in § 9c, § 57 RStV, gleiches gilt für die entsprechenden Regelungen der Landesmediengesetze, können weiterhin Regelungen über das *Datengeheimnis* treffen; in Betracht kommt insoweit, so wie es die Rundfunkkommission in ihrem Entwurf v. 2. Juni 2017 vorschlägt (§ 57 Abs. 1 Sätze 1-4 RStV-E), eine der Formulierung des früheren § 5 BDSG oder des heutigen § 53 BDSG 2017 entsprechende eigenständige Ausformulierung des Datengeheimnisses oder auch eine Verweisung auf § 53 BDSG n.F. Unionsrechtlich geboten ist eine solche Regelung nach wie vor nicht, da die DS-GVO insoweit gar keine Vorgaben macht.

2. Datensicherheit

Die Bestimmungen in § 9c, § 57 RStV, gleiches gilt für die entsprechenden Regelungen der Landesmediengesetze, können weiterhin Regelungen über die *Datensicherheit* treffen, ohne aber dazu aus der DS-GVO noch zwingend verpflichtet zu sein: Die Regelungen der DS-GVO über die Gewährleistung der Datensicherheit (Art. 5 Abs. 1 Buchst. f), Art. 32 DS-GVO) befinden sich in ausnahmefähigen Kapiteln gem. Art. 85 Abs. 2 DS-GVO; Erwägungsgrund Nr. 153 zur DS-GVO erwähnt anders als bisher Erwägungsgrund Nr. 37 zur DSRL die Datensicherheit nicht mehr als verpflichtende Vorgabe. Grundsätzlich unterfällt daher nun auch diese Anforderung der Freistellungsbefugnis der Mitgliedstaaten – auch hier freilich unter der Voraussetzung der Erforderlichkeit für den Schutz der Kommunikationsfreiheit. Sollen die datenschutzrechtlichen Anforderungen an die Datensicherheit auch für die Zukunft gelten, also nicht abbedungen werden, sind die Regelungen des Medienprivilegs mit einem klarstellenden Verweis auf die insoweit unmittelbar anwendbare Grundsatz-Vorschrift der DS-GVO auszustatten, also auf Art. 5 Abs. 1 Buchst. f DS-GVO. Nähere Vorgaben zur Wahrung der Datensicherheit, insbesondere modaler Art (Verpflichtung zur Pseudonymisierung usw.) enthält nun Art. 32 DS-GVO, der im Konkretisierungsgrad deutlich über den bisherigen Art. 17 DSRL und auch über die bisherige deutsche Umsetzungsnorm in § 9 BDSG hinausgeht. Es besteht angesichts der Freistellungsbefugnis aus Art. 85 Abs. 2 DS-GVO, die mit dem IV. Kapitel auch Art. 32 DS-GVO erfasst, keine unionsrechtliche Verpflichtung, auch diese neue, detailscharfe Regelung der Datensicherheit in die Nennung der anzuwendenden DS-GVO-Vorschriften in den mitgliedstaatlichen Regelungen über den Datenschutz in den Medien aufzunehmen und so das bisherige Medienprivileg zu verkürzen – wie dies indessen der Vorschlag der Rundfunkkommission v. 2. Juni 2017 in § 9c Abs. 1 Satz 5 und § 57 Abs. 1 Satz 5 RStV-E tut. Erst recht muss

und sollte nicht Art. 33 DS-GVO für anwendbar erklärt werden, weil damit, entgegen dem bisherigen Rechtszustand und ohne unionsrechtliche Notwendigkeit eine Zuständigkeit der Datenschutzaufsichtsbehörden begründet würde.

3. Erwähnung der „Kapitel I, VIII, X und XI“

Unionsrecht gebietet nicht die Erwähnung der „Kapitel I, VIII, X und XI“ als Rückausnahme in der Formulierung der medienrechtlichen Bereichsausnahmen, wie dies aber in dem Vorschlag der Rundfunkkommission v. 2. Juni 2017 zu § 9c Abs. 1 Satz 5 und § 57 Abs. 1 Satz 5 RStV-E geschieht. Eine solche „Angstklausel“, die bestrebt ist, dem vermeintlichen Anwendungsanspruch der DS-GVO gerecht zu werden, indem sie die in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO nicht genannten Kapitel auflistet, ist unionsrechtlich nicht nur überflüssig, sondern sogar problematisch:

Bei Kapitel X und XI läuft die Bekräftigung ihrer Anwendbarkeit leer, insofern diese Kapitel keine Vorschriften enthalten, die in den Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbar oder durch die Mitgliedstaaten umzusetzen oder zu beachten wären.

Auch die Regelungen des Kapitel I über den Anwendungsbereich (Art. 2f DS-GVO) und wohl auch über die Begriffsbestimmungen (Art. 4 DS-GVO) beanspruchen in der Reichweite der Bereichsausnahme des Art. 85 DS-GVO nicht zwingend Anwendung, da Art. 85 DS-GVO den Mitgliedstaaten insoweit gerade eine vorrangige eigene Befugnis zur Entscheidung über die Anwendbarkeit einräumt (s.o., IV. 1. d)). Eine danach also in der Entscheidungsfreiheit der Landesgesetzgeber stehende Bezugnahme auf das Kapitel I mit Blick auf die darin statuierten Definitionen ist zwar möglich, erscheint aber mit Blick auf die nur punktuell auf die Datensicherheit (Art. 5 Abs. 1 Buchst. f DS-GVO) beschränkte Anordnung der Verbindlichkeit unionsdatenschutzrechtlicher Maßstäbe nicht erforderlich.

a) Unionsrechtliche Fragwürdigkeit der Nennung von Kapitel VIII in der Rückausnahme des Medienprivilegs

Auch auf das Kapitel VIII in seiner Gesamtheit als solches muss aus den oben dargelegten Gründen nicht hingewiesen werden. Dies ergibt sich, wie gezeigt schon aus einem richtigen Verständnis des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO. Jedenfalls aber berechtigt dazu die allgemeine Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO.

Hinsichtlich der Ansprüche (Art. 77, 78 DS-GVO) und Befugnisse (Art. 83 DS-GVO) mit Bezug zur behördlichen Datenschutzaufsicht ist die Anordnung der Anwendbarkeit des VIII. Kapitels überflüssig und darüber hinaus unionsrechtlich sogar prekär: Da diese Vorschriften Auf-

gaben und Befugnisse der Datenschutzbehörden voraussetzen, die in Kapitel VI DS-GVO geregelt sind, und zwar mit dem Gehalt unmittelbarer Anwendbarkeit (s. insb. Art. 58 Abs. 1-3 DS-GVO), diese Regelungen aber in den vorgeschlagenen Fassungen der § 9c, § 57 RStV gerade nicht für anwendbar erklärt werden, ist das Ergebnis perplex: Die Gesetze scheinen einerseits nicht darauf abzuzielen, die Medien in ganz neuartiger Weise der Datenschutz-Behördenaufsicht zu unterstellen – dies wird auch durch § 59 RStV-E bestätigt (s. dazu noch u.) –, sehen andererseits aber mit dem Verweis auf das VIII. Kapitel die Anwendbarkeit der in der DS-GVO vorgesehenen Rechtsbehelfe und der Bußgeldsanktion vor, die doch ohne jene Aufsichtsbefugnisse gar nicht denkbar sind.

Die mit der Nennung des VIII. Kapitels einhergehende Deklaration der Anwendbarkeit der Artikel 77, 78, 81 und 83 DS-GVO schafft daher eine unklare, ja in sich unschlüssige Rechtslage: Der Datenschutzaufsicht werden rechtlich Befugnisse auch gegenüber den Medien unterstellt, die sie aber gar nicht hat (oder haben soll). Die – unnötige – Nennung des Kapitel VIII erweist sich so als zumindest missverständlich. Im besten Fall läuft sie rechtlich leer, weil die in Bezug genommenen Vorschriften wie gezeigt inhaltlich ohne den institutionellen Unterbau aus Kapitel VI DS-GVO gar nicht anwendungsfähig sind. Die Unklarheit trägt aber eben auch das Risiko von Auslegungsversuchen in sich, die aus dieser Rechtslage nun doch Befugnisse der Datenschutzaufsicht herleiten mögen, insbesondere mittelbar solche aus Kapitel VI zu „erschließen“ bestrebt sind.⁸⁸

Diese Unklarheit, Inkohärenz und daraus entstehende Rechtsunsicherheit stehen jedoch im Widerspruch zu den Anforderungen an eine normenklare Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben, wie sich allgemein schon aus Art. 288 AEUV und besonders aus dem Regelungsauftrag des Art. 85 DS-GVO ergeben.⁸⁹ So hat der EuGH schon früh betont:

„Die Mitgliedstaaten dürfen aufgrund der ihnen aus dem Vertrag obliegenden Verpflichtungen nicht die unmittelbare Geltung vereiteln, die Verordnungen und sonstige Vorschriften des Gemeinschaftsrechts äußern. Die gewissenhafte Beachtung dieser Pflicht ist eine unerlässliche Voraussetzung für die gleichzeitige und einheitliche Anwendung der Gemeinschaftsverordnungen in der gesamten Gemeinschaft. *Die Mitgliedstaaten dürfen deshalb keine Handlung vornehmen oder deren Vornahme durch eine mit Rechtsetzungsbefugnissen ausgestattete nationale Körperschaft erlauben, durch die die Normadressaten über den Gemeinschaftscharakter*

⁸⁸ Wohin diese vermeintliche Anwendungspflicht des VIII. Kapitels führen kann, deutet sich bei Pötters, in: Gola, DS-GVO, Art. 85 Rn. 15 an: „Auch Presseunternehmen sind somit bei Datenschutzverstößen künftig dem Risiko gravierender Sanktionen ausgesetzt“.

⁸⁹ S. zu den Pflichten der mitgliedstaatlichen Gesetzgeber im Hinblick auf unionales Ordnungsrecht Selmayr/Ehmann, in: Ehmann/Selmayr, Datenschutz-Grundverordnung 2017, Einführung Rn. 8 ff. mit weiteren Nachweisen.

*einer Rechtsnorm und die sich daraus ergebenden Folgen im Unklaren gelassen werden.*⁹⁰

Zwar können die Mitgliedstaaten auch im Anwendungsbereich von Verordnungen berechtigt und sogar verpflichtet sein, Durchführungsregelungen zu erlassen, um dem Ordnungsrecht zu Wirksamkeit zu verhelfen.⁹¹ Ersichtlich ist dies im Rahmen der Öffnungsklauseln in der Datenschutz- Grundverordnung der Fall, namentlich auch in Art. 85 Abs. 1 und 2 DS-GVO, die gerade Regelungsaufträge gegenüber den Mitgliedstaaten erteilen. Jedoch ist auch in diesem Fall von den Mitgliedstaaten der von der Verordnung gesetzte Rahmen einzuhalten.⁹² „Das Durchführungsrecht darf nicht den Zweck oder die Wirkung haben, die Tragweite der Ordnungsbestimmung zu ändern.“⁹³ Das unionsrechtliche, vor allem für das Normwiederholungsverbot bei Unions-Verordnungen entwickelte Gebot der Normenklarheit des mitgliedstaatlichen Rechts gilt mithin selbstverständlich gerade auch im Bereich der Öffnungsklauseln und daraus sich ergebenden mitgliedstaatlichen Regelungsspielräume: Auch und gerade das in Ausfüllung dieser Regelungsspielräume erlassene mitgliedstaatliche Recht darf keine Unklarheiten im Hinblick auf die Geltung des Ordnungsrechts schaffen. Eben dies ist aber der Fall, wenn über die Anwendbarkeitserklärung des „Kapitel VIII“ in § 9c Abs. 1 Satz 5 und § 57 Abs. 1 Satz 5 RStV-E Unklarheit darüber erzeugt wird, ob und inwieweit die deutschen Landesdatenschutzbehörden Aufgaben und Befugnisse auch im Hinblick auf die Tätigkeit der Medien gem. den Vorschriften des VI. Kapitels i.V.m. Art. 77, 78, 81 und 83 DS-GVO haben – oder nicht haben.

Unterstellt, dass die Landesgesetzgeber in der Sache keine Erstreckung der behördlichen Datenschutzaufsicht in den Geltungsbereich der Medienprivilegien hinein anstreben, vielmehr den bisherigen Rechtszustand rechtspolitisch im Rahmen des unionsrechtlich Möglichen aufrechterhalten wollen, es sich also bei der Kapitel-Nennung in § 9c Abs. 1 Satz 5 und § 57 Abs. 1 Satz 5 RStV-E in der Tat nur um eine auf ein Fehlverständnis des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO zurückzuführende „Angstklausele“ handelt, sollte auf diese Nennung des Kapitel VIII als unbedingt verzichtet werden: Unionsrecht *erlaubt* diesen Verzicht nicht nur, sondern *fordert* ihn um der gebotenen Eindeutigkeit der mitgliedstaatlichen Regelung willen.

⁹⁰ EuGH, Urt. v. 22.1977, Rs. 50//76 – Amsterdam Bulb, Rn. 4/7, (Hervorh. M.C.).

⁹¹ EuGH, Urt. v. 28.3.1985, Rs. 272/83 – Kommission/Italien, Rn. 27: „[...] Das Zusammenreffen einer ganzen Reihe gemeinschaftsrechtlicher, einzelstaatlicher und regionaler Vorschriften. In einem solchen besonderen Fall kann es nicht als ein Verstoß gegen das Gemeinschaftsrecht angesehen werden, das Regionalgesetze im Interesse ihres inneren Zusammenhangs und ihrer Verständlichkeit für die Adressaten bestimmte Punkte der Gemeinschaftsverordnungen wiederholen.“

⁹² *Nettesheim*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, Art. 288 AEUV Rn. 101 (Stand: 2016).

⁹³ Generalanwalt *Lamothe*, Rs. 39/70, *Fleischkontor/Hamburg*, Slg. 1971, Schlussanträge, S. 49 (67).

b) Inkohärenz von § 57 Abs. 1 Satz 5 und § 59 Abs. 1 RStV-E v. 2. Juni 2017

Dass diese Eindeutigkeit und Rechtssicherheit mit der Nennung des Kapitel VIII in § 57 Abs. 1 Satz 5 RStV verfehlt wird, springt vor allem auch ins Auge, wenn der Zusammenhang mit § 59 RStV erfasst wird: Die mit dem Vorschlag der Rundfunkkommission v. 2. Juni 2017 möglicherweise gar nicht wirklich intendierte, aber doch „riskierte“ unmittelbar durchgreifende Anwendbarkeit der Art. 77, 78, 83 DS-GVO steht in offenem Widerspruch zu § 59 RStV. Die in § 59 Abs. 1 Satz 1 und 3 RStV-E weiterhin (wie bisher) vorgesehene Subsidiarität der Überwachungszuständigkeit der Landesdatenschutz-Aufsichtsbehörden gegenüber der Selbstregulierung durch den Presserat ist mit der angenommenen Durchgriffswirkung des Art. 77 DS-GVO offensichtlich nicht vereinbar. Der Presserat mit seinem Beschwerdeverfahren genügt, daran ist nicht zu zweifeln, nicht den institutionellen Voraussetzungen des Unionsrechts im Hinblick auf die mitgliedstaatlichen Aufsichtsbehörden, kann also nicht an die Stelle der staatlichen Datenschutzbehörden treten. Wird aber ein Beschwerderecht gemäß Art. 77 DS-GVO zu den staatlichen Datenschutzbehörden angenommen, und sei es auch nur im Hinblick auf Beschwerden hinsichtlich der vom Medienprivileg nicht erfassten materiellen Maßstäbe des Datengeheimnisses und der Datensicherheit, bedeutet dies die Anerkennung einer Handlungszuständigkeit dieser Behörden entgegen der in § 59 Abs. 1 Satz 3 vorgesehenen Subsidiarität. § 57 Abs. 1 Satz 5 RStV und § 59 Abs. 1 RStV passen in der von der Kommission vorgeschlagenen Gestalt nicht zusammen.

c) Art. 79, Art. 82 und Art. 84 DS-GVO

Das VIII. Kapitel der DS-GVO enthält indes nicht nur die vorstehend „neuen“ (d.h. dem Vorgängerkapitel III der DSRL noch fremden) Bestimmungen mit Bezug zur Datenschutzaufsicht, sondern auch diejenigen Regelungen, die schon bisher – als Regelungen des III. Kapitels – nicht von der Freistellungsmöglichkeit gemäß Art. 9 DS RL erfasst waren und dementsprechend auch im deutschen Recht beachtet und gemäß Verpflichtung aus der Richtlinie umgesetzt worden sind. Dabei handelte sich namentlich um die Bestimmungen über den gerichtlichen Rechtsschutz wegen Verletzung datenschutzrechtlicher Maßstäbe (nunmehr Art. 79 DS-GVO), über die Schadensersatz-Haftung (Art. 82 DS-GVO) sowie die von den Mitgliedstaaten zu ergreifenden weiteren Sanktionen (Art. 84 DS-GVO).

Diese Vorschriften des VIII. Kapitels teilen, wie dargelegt, nicht das (von einer In-Anwendungsetzung des VI. Kapitels abhängige) Akzessorietäts-Schicksal der Bestimmungen mit Bezug zur Datenschutzaufsicht. Sie beanspruchen daher, insoweit materielle Maßstäbe der Datenschutz-Grundverordnung für anwendbar erklärt werden (und nur insoweit!), in der Tat Anwen-

derung; von ihnen kann nicht nach Art. 85 Abs. 2 DS-GVO freigestellt werden. Unter der Annahme, dass die rechtspolitische Anpassung der landesrechtlichen Medienprivilegien dies auch gar nicht anstrebt, vielmehr auch insoweit den bisherigen Rechtszustand aufrechterhalten will, ergibt sich daraus folgendes:

Art. 82 DS-GVO als (anders als Art. 23 DSRL) nunmehr unmittelbar anwendbare Schadenersatz-Anspruchsgrundlage für Schäden aus dem Verstoß gegen Vorschriften der DS-GVO muss in den Formulierungen der Landesgesetze (§ 9c Abs. 1 Satz 5, § 57 Abs. 1 Satz 5 RStV-E, reformierte Landespressegesetze) in der Tat als Ausnahme von der Freistellung („nur ...“) ausdrücklich erwähnt werden, wenn und insoweit, wie beabsichtigt, die Bindung an den Grundsatz der Datensicherheit aus der DS-GVO (Art. 5 Abs. 1 Buchst. f DS-GVO) aufrechterhalten werden soll. Nur auf etwaige Schäden aus der Verletzung dieser Vorschrift kann sich, um dies noch einmal klarzustellen, der unionsrechtliche Schadenersatzanspruch beziehen. Soll auch (über den wohl ohnehin eingreifenden § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. der Normierung des Datengeheimnisses hinaus) ein datenschutzrechtlicher Schadenersatz- oder Entschädigungsanspruch wegen Verletzung des Datengeheimnisses besonders geregelt werden, bedarf dies einer zusätzlichen eigenständigen Regelung (gegebenenfalls durch Verweis auf § 83 BDSG n.F.).

Im Hinblick auf die Vorgaben der Artikel 79, 84 DS-GVO ist hingegen eine ausdrückliche Anwendbarkeitsanordnung oder -bekräftigung nicht erforderlich. Zwar beanspruchen auch diese Vorschriften Geltung, sind also gegenüber den Mitgliedstaaten verbindlich und können insbesondere nicht aufgrund von Art. 85 Abs. 2 DS-GVO abbedungen werden. Sie sind aber nicht ohne mitgliedstaatliches Umsetzungsrecht in den Mitgliedstaaten anwendbar, so dass sich der unionsrechtliche Geltungsbefehl gerade nicht darin erschöpfen kann, die Sicherstellung der Anwendbarkeit dieser Vorschriften in den Mitgliedstaaten zu fordern. Für Art. 84 DS-GVO ist dies ganz offensichtlich: Die Vorschrift ist auf Umsetzung durch die Mitgliedstaaten angelegt: Diese sind verpflichtet, wirksame Sanktionen zu schaffen (die Art. 85 DS-VO keineswegs schon aus sich heraus bereithält), etwa durch Schaffung entsprechender Straftatbestände im datenschutzrechtlichen Nebenstrafrecht⁹⁴ oder durch Anordnung weiterer zivilrechtlicher, im unionsrechtlichen Datenschutz nicht vorgesehener Rechtsfolgen, wie etwa den Unterlassungsanspruch (§ 1004 analog i.V.m. § 823 Abs. 2 i.V.m. den datenschutzrechtlichen Schutznormen).

⁹⁴ Gola, in: Gola, DS-GVO, 2017, Art. 84 Rn. 1 f.

Es handelt sich hier gerade nicht um eine unmittelbar anwendbare Norm, auf die daher im mitgliedstaatlichen Recht verwiesen werden könnte, sondern wiederum um einen Regelungsauftrag an die Mitgliedstaaten.⁹⁵

Aber auch Art. 79 Abs. 1 DS-VGO, der die Bereitstellung eines wirksamen gerichtlichen Rechtsbehelfs verlangt, ist nur eine Rechtsschutzgewährleistung, die im mitgliedstaatlichen Gerichtsverfahrensrecht erst operationalisiert werden muss.⁹⁶ Dieser Bereitstellungspflicht genügen die Mitgliedstaaten erst durch prozessrechtliche Eröffnung nationaler Rechtsschutzmöglichkeiten – im deutschen Recht also namentlich durch die zivilprozessualen Klagen in der Hauptsache und im einstweiligen Rechtsschutz; eine Verweisung auf Art. 79 Abs. 1 DS-GVO kann dem naturgemäß nicht genügen und ist daher auch unnötig.

Nur die besondere Regelung der internationalen Gerichtszuständigkeit in Art. 79 Abs. 2 DS-GVO beansprucht wohl an sich unmittelbare, und gem. Art. 85 Abs. 2 DS-GVO nicht abdingbare Anwendbarkeit. Angesichts der überhaupt nur punktuellen Anwendbarkeit des unionalen Datenschutzrechts (nur Datensicherheit) in der Reichweite der Bereichsausnahme für die Medien sowie mit Blick auf die zusätzliche Belastung der Medien durch das durch Art. 79 Abs. 2 DS-GVO eingeräumte Gerichtsstands-Wahlrecht (auch: Gerichte des Mitgliedstaats des Aufenthaltsorts der betroffenen Person) kommt indes insoweit eine Freistellung aufgrund von Art. 85 Abs. 1 DS-GVO in Betracht. Geht man von letzterem aus, kann auch auf die Nennung des Art. 79 DS-GVO in der Rückausnahme vom Medienprivileg verzichtet werden.

Art. 80 DS-GVO verweist auch für die überhaupt nur in Betracht kommende Beauftragung und Verbandsklage im Hinblick auf den gerichtlichen Rechtsschutz (Art. 79 DS-GVO) – die durch die Vorschrift auch in Bezug genommenen Rechtsbehelfe des Art. 77 f. DS-GVO kommen wegen ihres Bezugs zur Aufsichtsbehörde nicht in Betracht – auf mitgliedstaatliche prozessrechtliche Regelungen⁹⁷ und entfaltet daher aus sich heraus keine zwingende Bindungswirkung.⁹⁸

⁹⁵ Erwägungsgrund Nr. 149 DS-GVO; *Gola*, in: *Gola*, DS-GVO, 2017, Art. 84 Rn. 2.

⁹⁶ *Werkmeister*, in: *Gola*, DS-GVO, 2017, Art. 79 Rn. 1: „Angesichts der bereits vorhandenen Rechtsschutzmöglichkeit nach deutschem Recht hat Abs. 1 aber keine praktischen Auswirkungen.“; *Martini*, in: Paal/Pauly, Datenschutz-Grundverordnung, 2017, Art. 79 Rn. 32 f.: „primär klarstellenden Charakter“, „Handlungsauftrag“, „Verpflichtung, die entspr. gerichtlichen Rechtsbehelfe bereitzuhalten“; „Da das bestehende Prozessrecht die notwendigen Klagemöglichkeiten bereits vorsieht, besteht im nationalen Recht jedoch kein Anpassungsbedarf.“; nicht dazu passend freilich die (unzutreffende) Aussage ebd.: „Art. 79 versteht sich als grundsätzlich abschließende, unmittelbar geltende Regelung des Unionsrechts“. ...

⁹⁷ Art. 80 Abs. 1: „[...] sofern dieses im Recht der Mitgliedstaaten vorgesehen ist“; s. auch Erwägungsgrund Nr. 142.

⁹⁸ *Nemitz*, in: *Ehmann/Selmayr*, Art. 80 Rn. 10; *Frenzel*, in: *Pauly*, DS-GVO, Art. 80 Rn. 13.

d) Fazit

Insgesamt erweist sich mithin Art. 82 DS-GVO als einzige Vorschrift des VIII. Kapitels der DS-GVO, die infolge der Umstellung des unionsrechtlichen Datenschutzrechts auf den Verordnungsmodus nun bei der Regelung der Bereichsausnahme für die Medien in den Landesgesetzen und im Rundfunkstaatsvertrag ausdrücklich benannt werden muss. Im Hinblick auf die übrigen in Kapitel VIII DS-GVO enthaltenen Bestimmungen wären eine Auflistung dieser Artikel oder eine pauschale Bezeichnung des ganzen Kapitels wie im Vorschlag der Rundfunkkommission v. 2. Juni 2017 teilweise überflüssig, wenn auch unschädlich (in Bezug auf die Art. 79, 80, 84 DS-GVO), teilweise aber unionsrechtlich sogar kritisch (in Bezug auf Art. 77, 78, 81, 83 DS-GVO), insofern damit eine mit dem Gebot normenklarer Anpassung des mitgliedstaatlichen Rechts an die Unionsrechtssetzung unvereinbare Regelung geschaffen würde. Von der Nennung des Kapitel VIII und der anderen in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO genannten Kapitel sollte daher Abstand genommen werden. Der Vorschlag eines § 10 des Hessischen Pressegesetzes im Referentenentwurf vom Juli 2017 entspricht hingegen den Vorgaben der DS-GVO und kann als Muster für eine Änderung der entsprechenden Regelungen im RStV zugrunde gelegt werden.

VI. Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

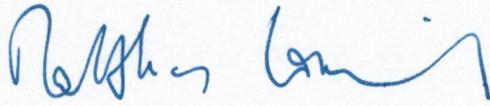
1. Die datenschutzrechtliche Bereichsausnahme für die Medien („Medienprivileg“) ist unabdingbare Voraussetzung der Medientätigkeit und damit der verfassungsrechtlich anerkannten öffentlichen Aufgabe von Presse, Rundfunk und (journalistischen) Telemedien. Sie ist daher selbst kommunikationsgrundrechtlich gefordert (Art. 5 Abs.1 und 3 GG, Art. 10 EMRK, Art. 11 GrCh).
2. Das „Medienprivileg“ führt keineswegs zu einer Ausschaltung des Persönlichkeitschutzes im Bereich der Medientätigkeit, anerkennt aber, dass andere, seit jeher das Konfliktfeld Presse und Persönlichkeitsrecht bestimmende rechtliche Interessen-Ausgleichsmechanismen problemangemessenere Ausdifferenzierungen ermöglichen und daher besser geeignet sind zur Lösung dieser Konflikte als das Datenschutzrecht.
3. Die – und sei es auch nur partielle – Unterwerfung der journalistischen Tätigkeit unter eine datenschutzbehördliche Aufsicht bedeutete einen tiefen, verfassungsrechtlich bedenklichen Bruch mit den gefestigten Traditionen des modernen freiheitlichen Presserechts, das eine Verwaltungsaufsicht über die Presse nicht kennt. Auch die Sonderregelungen zum Datenschutz für Rundfunk und Telemedien schirmen die journalistische Tätigkeit dieser Medien bisher wirksam gegenüber einer Kontrolle durch die staatlichen Datenschutzbehörden ab (Vorrang der Selbstregulierung).
4. Die Neufassung der unionsrechtlichen Bereichsausnahme für die publizistische Kommunikation in Art. 85 DS-GVO führt die Freistellungsermächtigung der Mitgliedstaaten nicht nur – in Regelungskontinuität zu Art. 9 DSRL – fort, sondern gestaltet sie in Wortwahl und Inhalt in mehrfacher Hinsicht sogar großzügiger aus.
5. Die Nichtberücksichtigung des Kapitels VIII der DS-GVO in der Enumeration der ausnahmsfähigen Kapitel in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO entspricht derjenigen des Kapitel III in Art. 9 DSRL und bestätigt daher den Ansatz der Regelungskontinuität der neuen Regelung der Bereichsausnahme.
6. Eine entstehungsgeschichtlich informierte Interpretation des Art. 85 DS-GVO kann und muss gewährleisten, dass die hinter den verschiedenen im Gesetzgebungsverfahren diskutierten Formulierungsvorschlägen stehenden Interessen und Anliegen, die sich in der kumulierten Öffnungsklausel mit Meldepflicht niedergeschlagen haben (Art. 85 Abs. 1-3 DS-GVO), auch im Auslegungsergebnis Berücksichtigung finden (Grundsatz interessenwahrender Auslegung). Art. 85 DS-GVO ist daher so zu interpretieren, dass allen

Absätzen des Art. 85 DS-GVO und den darin formulierten Bestimmungen rechtlich eigenständige Regelungsbedeutung zukommt.

7. Art. 85 Abs. 1 DS-GVO ist nicht bloße Anpassungsklausel oder „unechte“ Öffnungsklausel, sondern eigenständige Öffnungsklausel mit über Art. 85 Abs. 2 DS-GVO hinausreichendem Regelungsauftrag und Freistellungs-Ermächtigungsgehalt.
8. Die spezifizierte Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO ist nicht *lex specialis* gegenüber der allgemeinen Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO, verdrängt mithin diese nicht in dem Tatbestandsbereich der vier qualifizierten Verarbeitungszwecke (journalistische, künstlerische, literarische und wissenschaftliche Zwecke).
9. Entstehungsgeschichtlich nachweisbarer Sinn der endgültigen Fassung des Art. 85 DS-GVO mit seiner Doppel-Klausel ist jedenfalls, dass damit die bisher schon in Art. 9 DSRL erreichte Reichweite der unionsrechtlichen Freistellungsermächtigung (und -verpflichtung) der Mitgliedstaaten erhalten, sie – umgekehrt formuliert – keinesfalls verkürzt werden sollte.
10. Der Regelungsauftrag des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO wirkt konstitutiv dort, wo die enger gefasste Verpflichtung des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO nicht greift, und zwar im Hinblick auf die tatbestandlich erfassten grundrechtlich geschützten Datenverarbeitungen ebenso wie hinsichtlich der Reichweite der Freistellung.
11. Art. 85 Abs. 1 DS-GVO flexibilisiert mithin, darin besteht sein Sinn und seine Funktion, die unionsrechtliche Bereichsausnahme entsprechend den grundrechtlichen Anforderungen der Kommunikationsfreiheit. Seine Öffnungsklausel gibt den Mitgliedstaaten zusätzliche Freistellungsoptionen über den starren (wenngleich schon weiten) Rahmen des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO hinaus, soweit dies grundrechtlich geboten ist.
12. Die – tatsächlich nur scheinbar – gem. Art. 85 Abs. 2 DS-GVO zwingende Anwendung einzelner Rechtsbehelfs- und Sanktionsvorschriften des Kapitel VIII mit Bezug zur behördlichen Datenschutzaufsicht auch im journalistischen Bereich (Art. 77, 578, 81, 83 DS-GVO) macht keinen Sinn, wenn die Anwendbarkeit der institutionellen Vorschriften über die Datenschutzaufsicht (Kapitel VI DS-GVO, wie schon Kapitel VI DSRL) nach wie vor von den Mitgliedstaaten ausgeschlossen werden darf. Die These von der zwingenden Bindung an diese Vorschriften des Kapitel VIII ist systematisch unschlüssig und inhaltlich unplausibel.

13. Da die Mitgliedstaaten nach Art. 85 Abs. 2 DS-GVO berechtigt sind, den gesamten materiellen Datenschutz in der Reichweite der Bereichsausnahme auszuschließen, wäre nicht nachzuvollziehen, weshalb ausgerechnet die ohnehin nur akzessorischen Rechtsbehelfe der Art. 77 f. und die Bußgeldbewehrung jeder mitgliedstaatlichen Disposition entzogen sein sollten.
14. Auch schon aus Art. 85 Abs. 2 DS-GVO ergibt sich keine unabdingbare Pflicht der Mitgliedstaaten, die Anwendbarkeit der Vorschriften des VIII. Kapitels, welche Befugnisse der Datenschutzbehörden voraussetzen, aufrecht zu erhalten: Die Ausschlussbefugnis im Hinblick auf das VI. Kapitel schließt die Vorschriften des VIII. Kapitels mit Bezug zu den Datenschutzaufsichtsbehörden notwendig ein und hat also insoweit überwirkende Bedeutung auch für das Kapitel VIII der DS-GVO, ohne dass dies noch einer ausdrücklichen Ermächtigung in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO bedurft hätte. Denn die Artikel 77, 78, 81 und 83 DS-GVO sind ohne die in diesen Regelungen vorausgesetzten Aufgabenzuweisungen und Befugnisse gem. dem VI. Kapitel nicht anwendungsfähig.
15. Schließen die Mitgliedstaaten, wie in den deutschen Medienprivilegien (absolut für die Presse, relativ, über den Vorrang der Selbstregulierung, auch für die Telemedien), die Zuständigkeit der Datenschutzaufsichtsbehörden aus, erstreckt sich dieser Ausschluss notwendig auch auf die akzessorischen Regelungen des VIII. Kapitels der DS-GVO.
16. Wird nicht schon richtigerweise Art. 85 Abs. 2 DS-GVO so verstanden, dass die *danach* mögliche Freistellung auch die Art. 77 f. und 83 DS-GVO erfasst, kommt insoweit jedenfalls die ergänzende und weitergehende Freistellungsbefugnis aus Art. 85 Abs. 1 DS-GVO zum Tragen. Jedenfalls auf Art. 85 Abs. 1 DS-GVO lässt sich die schon bisher, unter der Freistellungsermächtigung der Richtlinie, unionsrechtlich zulässige Freistellung der Medien von der Behördenaufsicht auch künftig stützen: Das, was bisher unionsrechtlich zweifelsfrei und unangefochten möglich war, nämlich der Vorrang medienrechtlicher Konfliktscheidungsmechanismen und Kontrollzuständigkeiten gegenüber dem institutionellen Datenschutz, ist daher auch weiterhin unionsrechtlich möglich.
17. Die Folgerungen aus dem unionsrechtlichen Befund für die anstehende Reformaufgabe im deutschen Medienrecht (§ 9c, § 57 RStV-E, Landespressegesetze) sind klar und sie sind einfach: Ein substantieller Änderungsbedarf aufgrund der Umstellung der unionsrechtlichen Bereichsausnahme von Art. 9 DSRL auf Art. 85 DS-GVO besteht nicht.

18. Die Länder können sich bei der Neufassung der einschlägigen Regelungen des Rundfunkstaatsvertrages und der Landesmediengesetze darauf beschränken, diejenigen Änderungen vorzunehmen, die sich aus der Änderung der innerstaatlich-deutschen Rechtslage – namentlich Wegfall des Bundesrechts (BDSG a.F.) – sowie aus der nun unmittelbaren Anwendbarkeit der die Schadensersatzpflicht anordnenden Verordnungsnorm des Art. 82 DS-GVO ergeben. Eine Modifikation, insbesondere Verkürzung der inhaltlichen Reichweite des Medienprivilegs, etwa im Hinblick auf Befugnisse der Datenschutzbehörden, ist damit nicht verbunden; sie ist unionsrechtlich jedenfalls nicht gefordert.
19. Eine „Angstklausel“ in den Neufassungen der deutschen Bestimmungen über das Medienprivileg, die durch Auflistung der in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO nicht genannten Kapitel versucht, dem vermeintlichen Anwendungsanspruch der DS-GVO gerecht zu werden, ist unionsrechtlich nicht nur überflüssig, sondern sogar problematisch: Die mit der Nennung des VIII. Kapitels einhergehende Deklaration der Anwendbarkeit der Artikel 77, 78, 81 und 83 DS-GVO schafft eine unklare, in sich un schlüssige Rechtslage.
20. Die Unklarheit, Inkohärenz und daraus entstehende Rechtsunsicherheit einer auf das VIII. Kapitel der DS-VO verweisenden Anwendbarkeits-Deklaration stehen im Widerspruch zu den Anforderungen an eine normenklare Umsetzung der unionsrechtlichen Vorgaben, wie sich allgemein schon aus Art. 288 AEUV und besonders aus dem Regelungsauftrag des Art. 85 DS-GVO ergeben. Von der Nennung des Kapitel VIII und der anderen in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO genannten Kapitel in den neu zu fassenden Vorschriften über das Medienprivileg in § 9c, § 57 RStV und den Landesmediengesetzen sollte daher Abstand genommen werden.
21. Art. 82 DS-GVO ist die einzige Vorschrift des VIII. Kapitels der DS-GVO, die infolge der Umstellung des unionsrechtlichen Datenschutzrechts auf den Ordnungsmodus nun bei der Regelung der Bereichsausnahme für die Medien in den Landesgesetzen und im Rundfunkstaatsvertrag ausdrücklich benannt werden muss.





Anhang

Arbeitspapier zur Umsetzung des Art. 85 EU-Datenschutzgrundverordnung

BDZV Bundesverband Deutscher Zeitungsverleger e. V.
dju Deutsche Journalisten- und Journalistinnen-Union
DJV Deutscher Journalisten-Verband
Deutscher Presserat
VDZ Verband Deutscher Zeitschriftenverleger e. V.

Presse- und Meinungsfreiheit im digitalen Zeitalter bewahren

Pressegesetze und Rundfunk- und Telemedienstaatsvertrag müssen die bestehenden Bereichsausnahmen ohne Abstriche vom BDSG (alt) auf DSGVO und BDSG (neu) übertragen

Stand: Mai 2017

A Pressefreiheit: Journalistische Datenverarbeitung gedruckter und digitaler Presse

I. Keine Pressefreiheit ohne umfassende und robuste Ausnahme von Datenschutzrecht und Datenschutzaufsicht

Datenschutzrecht verbietet die Erhebung, Speicherung und sonstige Verarbeitung personenbezogener Daten, wenn nicht im Einzelfall spezifische gesetzliche Ermächtigungen eingreifen oder eine konkrete Einwilligung des Betroffenen beweisbar ist. Dabei zielte das Datenschutzrecht jedenfalls zur Zeit seiner Entstehung nicht darauf, Presseveröffentlichungen, journalistische Recherche oder sonstige Redaktionsarbeit zu beschränken. Zwar sind fast alle Informationen über Politik, Wirtschaft und Gesellschaft, die die Presse sammelt, speichert, auswertet und veröffentlicht, personenbezogene Daten in Text und Bild. Doch war man lange Zeit sicher, dass weder die Verarbeitung in Redaktionsarchiven noch die Veröffentlichung in Zeitungen und Zeitschriften eine Verarbeitung dieser Daten im Sinne des Datenschutzrechtes ist.

Tatsächlich darf Datenschutzrecht auf die redaktionelle Pressearbeit keine Anwendung finden, soll der Datenschutz nicht die für jede freiheitliche Demokratie konstituierende Presse- und Meinungsfreiheit im Prinzip und im Detail beseitigen. Bei Anwendbarkeit des Datenschutzrechts würde als Regel ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt für fast jeden Presseartikel gelten. Damit würde das Grundrecht der Pressefreiheit in sein Gegenteil verkehrt, ist doch für die Pressefreiheit die Freiheit die Regel und die Schranke die Ausnahme: An die Stelle der redaktionellen Freiheit zur Berichterstattung über Personen aus Politik, Wirtschaft und Gesellschaft, die erst im Einzelfall an den Schranken der allgemeinen Gesetze endet, träte das grundsätzliche Verbot aller Berichte, soweit nicht jede einzelne personenbezogene Aussage mit einer spezifischen datenschutzrechtlichen Ermächtigung oder durch eine konkrete Einwilligung gerechtfertigt werden könnte. Das ist weder bei historischer noch systematischer oder teleologischer Auslegung Inhalt der grundrechtlichen und einfachrechtlichen Bestimmungen zur Presse- und Medienfreiheit einerseits und zum Datenschutz andererseits.

Gleiches gilt für die behördliche Datenschutzaufsicht. Insbesondere in Deutschland ist es seit 1874 ein wesentliches Element der Pressefreiheit, dass keine Behörde die Verbreitung von Pressepublikationen aus inhaltlichen Gründen unterbinden kann, sondern dass alleine nach der Veröffentlichung unabhängige Richter über die inhaltliche Rechtmäßigkeit anhand der allgemeinen Gesetze entscheiden und gegebenenfalls die Weiterverbreitung untersagen bzw. zusätzliche Sanktionen verhängen. Damit wäre die Überwachung der Redaktionen durch Datenschutzaufsichtsbehörden, sei es der Recherche, der Archive oder der Veröffentlichungen, ebenso unvereinbar wie behördliche Verbote der Veröffentlichung bestimmter Aussagen usf.

Deutlich wird so auch, dass das Datenschutzgrundrecht dort, wo es wie in Art. 8 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, eine gesetzliche Ermächtigung für die Verarbeitung personenbezogener Daten verlangt, dieses Verlangen jedenfalls nicht auf die freie Meinungsäußerung und Berichterstattung in Presse und anderen Medien erstreckt. Für diese gilt das in diesem Sinne speziellere Grundrecht der Meinungs-, Presse- und Medienfreiheit, im Falle der EU-Grundrechtecharta deren Artikel 11.

II. Unanwendbarkeit des Datenschutzrechts kein „Privileg“ sondern Existenzbedingung jeder Pressefreiheit

Die Unanwendbarkeit des Datenschutzrechts auf die redaktionelle Pressearbeit von der Beschaffung der Information bis zur Verbreitung der Nachricht und Meinung ist nach alledem kein begründungsbedürftiges oder gar anrühiges „Privileg“, sondern selbstverständliche Existenzbedingung realer Presse- und Meinungsfreiheit. Das gilt unabhängig davon, ob der redaktionelle Umgang mit Daten von vornherein schon gar nicht als Datenverarbeitung i. S. des Datenschutzrechts gilt oder ob man rechtstechnisch explizite Bereichsausnahmen von dem anderenfalls auch für die Presse geltenden Datenschutzrecht benötigt.

III. Unanwendbarkeit des Datenschutzrechts bedeutet keinen rechtlichen Freiraum: Abwägung von Kommunikationsfreiheit und Persönlichkeitsrecht unter Einschluss informationeller Selbstbestimmung erfolgt abschließend im Äußerungs-, Medien- und Persönlichkeitsrecht – Anforderungen an die Datensicherheit im Sinne der Sicherung der journalistischen Zweckbindung bleiben möglich

1. Ob Ausgrenzung aus dem Begriff der Datenverarbeitung oder gesetzliche Bereichsausnahme: In beiden Fällen ist das Ergebnis entscheidend. Über die Konflikte zwischen Pressefreiheit einerseits und Persönlichkeitsrecht unter Einschluss des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung andererseits entscheiden allein und abschließend das Medien-, Äußerungs- und Persönlichkeitsrecht, und zwar in der Auslegung durch unabhängige Gerichte nach der Veröffentlichung. Das einschlägige Gesetzesrecht, insbesondere §§ 823, 1004 BGB, § 22 f. KUG, §§ 185 ff StGB wird durch die Straf- und vor allem durch die Zivilgerichte mit ihren auf Äußerungs- und Presserecht spezialisierten Spruchkammern unter Abwägung aller relevanten Aspekte des allgemeinen und der besonderen Persönlichkeitsrechte mit allen relevanten Aspekten der jeweiligen Äußerungsrechte angewendet und fortentwickelt. Ggf. greifen medienrechtliche Ergänzungen. Neue Entwicklungen wie bspw. die Digitalisierung der Zeitungs- und Zeitschriftenarchive werden abgebildet und eingeordnet. Materiell-rechtlich ist das Datenschutzrecht nicht in der Lage, dem komplexen und konfliktangemessenen Richterrecht des Äußerungsrechts etwas hinzuzufügen. Zusätzliche inhaltliche Beschränkungen durch das Datenschutzrecht sind unangemessen und abzulehnen. Es könnte lediglich mit Meinungs- und Pressefreiheit unvereinbare Prinzipien oder Detailregelungen ins Feld führen und die Freiheiten dadurch beschädigen oder zerstören.

Ebenso wenig tragbar wie datenschutzrechtliche Schranken redaktioneller Informationsbeschaffung und weiterer Verarbeitung unter Einschluss der Veröffentlichung ist eine behördliche Aufsicht über die Redaktionen. Eine Zuständigkeit der Datenschutzaufsichtsbehörden zur Überwachung der redaktionellen Arbeit wäre letztlich ein Rückfall in die Zeit vor dem Reichspressegesetz, indem dann wieder materielle Gefahrenabwehrbehörden über die inhaltliche Zulässigkeit der Verbreitung von Leitartikeln und Presseberichten entscheiden könnten. Stattdessen muss diese Freiheit der Presse und anderer Medien vom Datenschutzrecht technologieneutral umfassend gesichert werden.

2. Möglich sind deshalb allein verhältnismäßige datenschutzrechtliche Anforderungen an die Datensicherheit in dem Sinne, dass die Presse organisatorische und technische Maßnahmen ergreifen muss, um zu verhindern, dass die Redaktionsdaten zu anderen als redaktionellen Zwecken verarbeitet werden. Dementsprechend schließen die geltenden Bereichsausnahmen, § 41 BDSG, die Landespressegesetze und § 57 I RfTMStV alle Anforderungen des Datenschutzrechts außer § 5 und § 9 BDSG aus, die Datengeheimnis und Datensicherheit regeln. Der in den Bereichsausnahmen ebenfalls genannte § 7 BDSG enthält keine eigenständigen Verhaltensanforderungen, sondern verpflichtet bei der Verletzung anderweitig geregelter Pflichten, hier eben der §§ 5 und 9 BDSG, zum Schadensersatz. Schließlich wird noch § 38a BDSG für anwendbar erklärt, der jedoch keine Verhal-

tenspflicht enthält, sondern lediglich die Möglichkeit für Berufsverbände vorsieht, Verhaltensregeln zu schaffen.

IV. Überführung der geltenden Bereichsausnahmen vom Bundesdatenschutzgesetz in Bereichsausnahmen von der Datenschutzgrundverordnung

1. In Deutschland sichern § 41 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG), Vorschriften in allen Landespressegesetzen (LPrG) sowie §§ 57, 59 des Rundfunk- und Telemedienstaatsvertrages (RfTmStV) als Ausfluss der in Art. 5 Abs. 1 GG, Art. 10 Abs. 1 S. 2 EMRK, Art. 11 EU-GR-Charta verankerten Medien- und Pressefreiheit¹ die Unanwendbarkeit von Datenschutzrecht und Datenschutzaufsicht auf die digitale und gedruckte Presse. Dabei schützt „[d]as durch die Presse- und Rundfunkfreiheit verfassungsrechtlich vorgegebene Medienprivileg“ die Datenverarbeitung zu publizistischen Zwecken „umfassend“, es erstreckt sich von der Beschaffung der Information über die Speicherung und Verarbeitung in der Redaktion bis hin zur Veröffentlichung in aktuellen Ausgaben und der dauerhaften Bereithaltung in Archiven².

2. Die insoweit noch bis zum 24.5.2018 einschlägige Vorgabe des europäischen Sekundärrechts findet sich in Art. 9 der RiLi 95/46/EU – EU-Datenschutzrichtlinie (im Folgenden DSRL) –, der unter der Überschrift „Verarbeitung personenbezogener Daten und Meinungsfreiheit“ bestimmt:

Art. 9 Verarbeitung personenbezogener Daten und Meinungsfreiheit

Die Mitgliedstaaten sehen für die Verarbeitung personenbezogener Daten, die allein zu journalistischen, künstlerischen oder literarischen Zwecken erfolgt, Abweichungen und Ausnahmen von diesem Kapitel sowie von den Kapiteln IV und VI nur insofern vor, als sich dies als notwendig erweist, um das Recht auf Privatsphäre mit den für die Freiheit der Meinungsäußerung geltenden Vorschriften in Einklang zu bringen.

Diese **Verpflichtung** der Mitgliedstaaten aus Art. 9 DSRL, die Unanwendbarkeit der Datenschutzrechtes auf die journalistische Datenverarbeitung sicherzustellen, wird ab dem 25.5.2018 durch Art. 85 Abs. 2 der Verordnung (EU) 2016/679 – Datenschutzgrundverordnung (im Folgenden: DSGVO) – abgelöst.

Art. 85 Verarbeitung und Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit

(1) ...

(2) Für die Verarbeitung, die zu journalistischen Zwecken oder zu wissenschaftlichen, künstlerischen oder literarischen Zwecken erfolgt, sehen die Mitgliedstaaten Abweichungen oder Ausnahmen von Kapitel II (Grundsätze), Kapitel III (Rechte der betroffenen Person), Kapitel IV (Verantwortlicher und Auftragsverarbeiter), Kapitel V (Übermittlung personenbezogener Daten an Drittländer oder an internationale Organisationen), Kapitel VI (Unabhängige Aufsichtsbehörden), Kapitel VII (Zusammenarbeit und Kohärenz) und Kapitel IX (Vorschriften für besondere Verarbeitungssituationen) vor, wenn dies erforderlich ist, um das Recht auf Schutz der personenbezogenen Daten mit der Freiheit der Meinungsäußerung und der Informationsfreiheit in Einklang zu bringen.

¹ Vgl. deutlich BGH, U. v. 20.4.2010 – VI ZR 245/08 – Sedlmayr III, Rz. 24, AfP 2010, 261 (264 r. Sp.); ebenso BGH, U. v. 15.12.2009 – VI ZR 227/08 – Sedlmayr I, NJW 2010, 757; BGH, U. v. 9.2.2010 – VI ZR 243/08 – Sedlmayr II, NJW 2010, 2432.

² Einschließlich der Zitate BGH, U. v. 20.4.2010 – VI ZR 245/08 – Sedlmayr III, Rz. 26, AfP 2010, 261 (265 I.Sp.), ebenso die weiteren in Fn. 1 genannten Entscheidungen.

Zusätzlich zur DSRL enthält Art. 85 Abs. 1 DSGVO den **Auftrag** an die Mitgliedsstaaten, auch über die spezielle Regelung des Art. 85 Abs. DSGVO (Art. 9 DSRL) hinaus Datenschutz auf der einen Seite sowie Meinungs-, Medien- und Informationsfreiheit auf der anderen Seite in Einklang zu bringen.

Art. 85 Verarbeitung und Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit

(1) Die Mitgliedstaaten bringen durch Rechtsvorschriften das Recht auf den Schutz personenbezogener Daten gemäß dieser Verordnung mit dem Recht auf freie Meinungsäußerung und Informationsfreiheit, einschließlich der Verarbeitung zu journalistischen Zwecken und zu wissenschaftlichen, künstlerischen oder literarischen Zwecken, in Einklang.

Art. 85 Abs. 1 DSGVO ist zum einen für nicht-journalistische Meinungsäußerungen und Tatsachenbehauptungen relevant (dazu unten unter B). Zum anderen ist er bedeutsam, um die richtigerweise auch hier genannte journalistische Datenverarbeitung gegebenenfalls außerhalb des Anwendungsbereichs des Absatzes 2 zu schützen.

3. Für den deutschen Gesetzgeber kommt es nun darauf an, auch unter dem neuen unmittelbar anwendbaren europäischen Datenschutzrecht die redaktionelle Pressefreiheit voll umfänglich zu erhalten und vor einer Beschädigung durch Datenschutzrecht zu bewahren.

a) Inhaltlich verlangen und ermöglichen Art. 85 Abs. 2 DSGVO und Art. 85 Abs. 1 DSGVO unproblematisch, die bestehenden Bereichsausnahmen zum Schutz der Pressefreiheit ohne Abstriche aufrecht zu erhalten. Es kann und muss bei der umfassenden Ausnahme für die redaktionelle Datenverarbeitung bleiben, die lediglich Anforderungen an Datensicherheit und Datengeheimnis gestattet. Tatsächlich ist Art. 85 Abs. 2 DSGVO sogar noch pressefreiheitsfreundlicher als der bis 2018 geltende Art. 9 DSRL. Und Art. 85 Abs. 1 DSGVO erlaubt weitergehend sogar eine freiheitsangemessene Regelung über den von Art. 85 Abs. 2 DSGVO erfassten Bereich hinaus.

b) Es ist jedoch rechtstechnisch notwendig, die Bereichsausnahmen in den Landespressegesetzen (für die gedruckte und anderweitig verkörperte Presse) sowie im Rundfunk- und Telemedienstaatsvertrag (für die digitalen redaktionellen Presseangebote) von Ausnahmen zum noch geltenden Bundesdatenschutzgesetz auf Ausnahmen von der Datenschutzgrundverordnung und von etwaigen verbleibenden Bestimmungen in einem neuen Bundesdatenschutzgesetz umzustellen (unten aa). Außerdem sollte auch das neue Bundesdatenschutzgesetz den § 41 BDSG unter Anpassung an das neue Recht fortschreiben (unten bb).

aa) Die geltenden Normen der **Landespressegesetze** und des **Rundfunk- und Telemedienstaatsvertrages** begrenzen ihrem Wortlaut nach lediglich die Anwendbarkeit des Bundesdatenschutzgesetzes, das – wenn es bis dahin nicht aufgehoben wird – jedenfalls mit der Geltung der DSGVO seine Wirksamkeit verlieren wird.

aaa) Ab dem 25.5.2018 sind es zunächst und vor allem die Datenverarbeitungsverbote der **DSGVO** bzw. die Vorschriften zur Datenschutzaufsicht der DSGVO, die unter Verdrängung anders lautenden nationalen Rechts unmittelbar in Deutschland gelten und die Pressefreiheit weitgehend abschaffen werden, wenn bis dahin keine hinreichend robusten Ausnahmen **von der DSGVO** geschaffen sind. Pressegesetze und Rundfunkstaatsvertrag müssen deshalb vom 25.5.2018 an die Vorschriften der DSGVO mit Ausnahme von Vorschriften zur Datensicherheit und zum Datengeheimnis für unanwendbar erklären.

bbb) Die Datenschutzgrundverordnung wird zwar einen Großteil des materiellen und formellen Datenschutzrechts unmittelbar regeln, enthält aber für einzelne Bereiche Ermächtigungen der Mitgliedsstaaten, spezifische Regelungen vorzusehen. Der Bundestag hat dazu am 27.4.2017 ein Datenschutzanpassungsgesetz beschlossen, das das noch geltende BDSG (im Folgenden BDSG alt) zum 25.5.2018 außer Kraft setzt und durch ein neues BDSG (im Folgenden BDSG neu) ersetzt (Art. 1 und Art. 10 des Datenschutz-Anpassungs- und -Umsetzungsgesetzes, BR-Drs. 332/17). Das BDSG (neu) nutzt Ermächtigungen der DSGVO zur ergänzenden Regelung der Verarbeitung bestimmter Datenkategorien und wird insoweit in begrenztem Umfang nationales Datenschutzrecht zusätzlich zu dem unmittelbar geltenden europäischen Ordnungsrecht aufrecht erhalten (bspw. § 22 BDSG (neu)). Außerdem werden die Überwachungs-, Verbots- und sonstigen Eingriffsbefugnisse der Datenschutzaufsichtsbehörden im BDSG (neu) geregelt werden. Deshalb müssen die Pressegesetze und der Rundfunkstaatsvertrag neben der DSGVO **auch das BDSG (neu) für unanwendbar erklären**.

bb) Zusätzlich bedarf es einer Anpassung des **§ 41 BDSG**. Das denkbare Argument, mit dem Wegfall der Presserechtsrahmengesetzgebungskompetenz des Bundes sei auch die Notwendigkeit für eine entsprechende Schutzvorschrift zugunsten der redaktionellen Pressefreiheit entfallen, überzeugt nicht.

aaa) Es ist bislang – soweit ersichtlich – nicht verbindlich geklärt, ob die Regelung der Verarbeitung personenbezogener Daten zu journalistischen Zwecken durch privatwirtschaftliche Presseunternehmen im Sachzusammenhang der Bundesgesetzgebungskompetenz des Rechtes der Wirtschaft oder im Sachzusammenhang der Landesgesetzgebungskompetenz für das Presse- und Medienrecht steht. Das Bundesverfassungsgericht hat Entscheidungen über die Zuordnung verschiedener presserelevanter Sachfragen (bspw. Verjährung von Presseinhaltsdelikten, Zeugnisverweigerungsrecht) entweder zu einer Bundes- oder Landesgesetzgebungskompetenz anhand einer Bewertung der Eigenheiten der jeweiligen Konstellation getroffen. Es wäre für die Pressefreiheit in Deutschland fatal, wenn die Regelung des redaktionellen Datenschutzes doch irgendwann einmal der Gesetzgebungskompetenz des Bundes zugeordnet würde und dann infolge des Fehlens einer bundesgesetzlichen Schutzvorschrift die Pressefreiheit rückwirkend beseitigt würde. In dieser Situation kann der Bund die Pressefreiheit nur dadurch sichern, dass er in das Allgemeine Bundesdatenschutzgesetz eine eigene

Schutzvorschrift aufnimmt. Das kann durch eine Fortschreibung des Regelungsgehaltes des § 41 Abs. 1 BDSG in einer entsprechenden Norm im BDSG (neu) geschehen (vgl. unten unter VII.). Möglich wäre es aber auch, dass der Bund – zusätzlich zu und neben den Ländervorschriften in Pressegesetzen und Rundfunk- und Telemedienstaatsvertrag – eine gleichermaßen robuste Bereichsausnahme in das BDSG (neu) aufnimmt (ebenfalls unten unter VII.). In beiden Fällen wäre die Pressefreiheit für den Fall abgesichert, dass die redaktionelle Datenverarbeitung der privatwirtschaftlich verfassten Presse einer Bundesgesetzgebungskompetenz zugeordnet werden sollte. Wird sie hingegen letztlich der Landesgesetzgebungskompetenz zugeschlagen, schadet die nur dann unnötige Norm in keiner Weise. Sie wäre im Gegenteil sogar die klarste Art und Weise, in der der Bundesgesetzgeber sich zu einer ungeschmälernten Pressefreiheit in Zeiten bekennen würde, in denen dies innerhalb der 28 Mitgliedsstaaten der EU nicht selbstverständlich ist und eine in dieser Hinsicht auch politisch klare Positionierung Deutschlands wichtiger ist denn je.

bbb) Das BDSG (neu) muss in jedem Fall an geeigneter Stelle klarstellen, dass es an der umfassenden Ausnahme der journalistisch-redaktionellen Datenverarbeitung der Presse von allen Datenschutzbestimmungen unter Einschluss der Datenschutzaufsicht außer denjenigen zur Datensicherheit und zum Datengeheimnis festhält. Das wäre, wie erörtert, am besten durch eine eigene Schutzvorschrift im BDSG (neu) geschehen (soeben aaa). Anderenfalls muss der Gesetzgeber jedenfalls explizit erklären, dass er einen § 41 BDSG entsprechenden, ungeschmälernten Schutz weiterhin für unverzichtbar hält.

Diesen Weg hat das BDSG (neu) gewählt, indem die Gesetzesbegründung festhält (BT Drs. 18/11325, S. 79):

*„Für die Verarbeitung personenbezogener Daten von Unternehmen und Hilfsunternehmen der Presse ausschließlich zu eigenen journalistisch-redaktionellen oder literarischen Zwecken fand das BDSG a. F. nach dem sogenannten Presseprivileg des § 41 Absatz 1 BDSG a. F. nur sehr eingeschränkt Anwendung. Für das Pressewesen sind nunmehr ausschließlich die Länder zuständig. Aus kompetenzrechtlichen Gründen kann § 41 Absatz 1 BDSG a. F. daher nicht beibehalten werden. **Der Bundesgesetzgeber geht aber davon aus, dass die insofern zuständigen Landesgesetzgeber das Presseprivileg wie bisher absichern werden.**“ (Hervorhebung nur hier)*

ccc) Eine solche Klarstellung musste unter anderem und insbesondere mit Blick darauf erfolgen, dass die Regelungen des BDSG (neu) für Berufsgeheimnisträger nicht auf die journalistisch-redaktionelle Datenverarbeitung der Journalisten Anwendung finden darf. Denn diese Regelungen, die nicht auf Art. 95 DSGVO sondern auf Art. 90 DSGVO gestützt sind, erklären die datenschutzrechtliche Aufsicht ebenso wie das materielle Datenschutzrecht für Berufsgeheimnisträger weitgehend für anwendbar und würden im Falle der Anwendung auf Journalisten die redaktionelle Pressefreiheit, wie sie heute noch § 41 BDSG und Pressegesetzen wie Rundfunk- und Telemedienstaatsvertrag schützen, konterkarieren.

c) Die Notwendigkeit einer mitgliedstaatlichen Anpassung des Pressefreiheitsschutzes im Datenschutzrecht ergibt sich aus der – letztlich verfehlten und für die Entwicklung der EU enttäuschenden – europapolitischen Entscheidung, zwar die Verbote des Datenschutzrechts unmittelbar und mit Verfassungsvorrang in ganz Europa gelten zu lassen, die damit für jedwede Pressefreiheit nötigen Ausnahmen aber nicht ebenso konsequent und mit ebenso unmittelbarer Geltung im europäischen Recht festzuschreiben. Eine unmittelbar anwendbare umfassende europäische Ausnahme für die journalistische Datenverarbeitung hätte die Frage der Abwägung zwischen Persönlichkeitsrechten und informationellem Selbstbestimmungsrecht einerseits und Pressefreiheit andererseits ohne weiteres den nationalen Regelungen zum Persönlichkeits-, Äußerungs- und Medienrecht überlassen, wo sie auch hingehört.

4. Länder und Bund stehen in der Verantwortung, die redaktionelle Pressefreiheit ungeschmälert zu erhalten.

Die deutschen Presseverleger und Journalisten haben in den Jahren des mühsamen politischen Kampfes um den Erhalt des Art. 9 DSRL in Gestalt des Art. 85 Abs. 2 DSGVO von Bundes- und Landespolitikern immer wieder Zusagen erhalten, dass jedenfalls der status quo der redaktionellen Freiheit der gedruckten und digitalen Presse im Falle der Notwendigkeit einer erneuten Umsetzung der Bereichsausnahmen erhalten bleiben müsse. Wir vertrauen zuversichtlich darauf, dass weder Länder noch Bund die Neuregelung zum Anlass für regulatorische Zugriffe auf die Pressefreiheit unter der Flagge des Datenschutzes nehmen werden. Stattdessen ist es – auch mit Blick auf die fragile Situation der Pressefreiheit bei einer Gesamtbetrachtung der Mitgliedstaaten in der EU und der deshalb umso wichtigeren Mitprägungsfunktion Deutschlands – dringend erforderlich, dass die deutschen Gesetzgeber die redaktionelle Pressefreiheit umfassend und robust gegen den Zugriff von Datenschutzrecht und Datenschutzaufsicht abschirmen.

Minimales Erfordernis für den Schutz des status quo redaktioneller Pressefreiheit ist, dass die Länder die umfassenden Bereichsausnahmen in ihren Landespressengesetzen bzw. Mediengesetzen sowie in § 57 und 59 Rundfunk- und Telemediensstaatsvertrag bei der Anpassung inhaltlich unverändert lassen, insbesondere unverändert höchstens Anforderungen an Datensicherheit und Datengeheimnis stellen und auch die Freiheit von der Aufsicht der Datenschutzaufsichtsbehörden unangestastet bleibt. Im gleichen Sinne sollte auch eine § 41 BDSG (alt) entsprechende Regelung in das BDSG (neu) aufgenommen werden.

V. Anpassung der Landespressegesetze (Bsp. Baden-Württemberg, Bayern, Hamburg und Sachsen)

Baden-Württemberg:

§ 12 PresseG BW Anwendbarkeit des Bundesdatenschutzgesetzes

Soweit Unternehmen und Hilfsunternehmen der Presse personenbezogene Daten ausschließlich zu eigenen journalistisch-redaktionellen oder literarischen Zwecken erheben, verarbeiten und nutzen, gelten von den Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes vom 20. Dezember 1990 (BGBl. I S. 2955), zuletzt geändert durch Artikel 12 des Gesetzes vom 21. August 2002 (BGBl. I S. 3322), in seiner jeweils gültigen Fassung nur die §§ 5, 9 und 38a sowie § 7 mit der Maßgabe, dass nur für Schäden gehaftet wird, die durch eine Verletzung von § 5 oder § 9 des Bundesdatenschutzgesetzes eintreten.

Anpassung an DSGVO und BDSG (neu):

§ 12 PresseG BW Anwendbarkeit der Datenschutzgrundverordnung und des Bundesdatenschutzgesetzes (neu)

Soweit Unternehmen und Hilfsunternehmen der Presse personenbezogene Daten ~~ausgeschlossen~~ zu ~~eigenen~~ journalistisch-redaktionellen oder literarischen Zwecken ~~erheben, verarbeiten und nutzen~~, gelten [von den Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes **vom xx.xx.2017 (BGBl. I S. XXXX)** und **der Verordnung (EU) 2016/679 vom 27.4.2016**]¹ nur die **§§ 53², 83³ des Bundesdatenschutzgesetzes sowie die Artikel 5 Abs. 1 f)⁴ und Artikel 82⁵ der Verordnung (EU) 2016/679** mit der Maßgabe, dass nur für Schäden gehaftet wird, die durch Verletzung des Datengeheimnisses nach **§ 53** des Bundesdatenschutzgesetzes oder durch unzureichende technische oder organisatorische Maßnahmen im Sinne des **Art. 5 Abs. 1 f) der Verordnung (EU) 2016/679** eintreten.

¹ Dass sowohl DSGVO als auch BDSG (neu) im Übrigen keine Anwendung finden, wird auch ohne den in eckige Klammern gesetzten Teil des Vorschlags wohl sogar noch eleganter normiert; es empfiehlt sich dann lediglich zu Klarstellungszwecken ein entsprechender Hinweis in der Gesetzesbegründung.

² § 53 BDSG (neu) regelt wie § 5 BDSG (alt) das sog. Datengeheimnis. Es handelt sich um eine Rechtsfolgenverweisung. Sie regelt die Verpflichtung der Redaktionsmitarbeiter, die Daten nicht unbefugt zu verarbeiten, also nicht zu anderen als redaktionellen Zwecken zu verarbeiten.

³ § 83 BDSG (neu) regelt wie § 7 BDSG (alt) den Schadensersatz, und zwar im Falle der Verletzung von Vorschriften des BDSG (neu), hier also des § 53 BDSG (Datengeheimnis).

⁴ Art. 5 Abs. 1 f) DSGVO regelt entsprechend § 9 BDSG (alt) die Verpflichtung zur Datensicherheit durch technische und organisatorische Maßnahmen, hier also die Verpflichtung, durch technische und organisatorische Maßnahmen sicherzustellen, dass die Redaktionsdaten nicht zu anderen als journalistisch-redaktionellen Zwecken verarbeitet werden.

⁵ Art. 82 DSGVO regelt wie § 7 BDSG (alt) den Schadensersatz, und zwar im Falle der Verletzung von Vorschriften der DSGVO, hier also des Art. 5 Abs. 1 f) DSGVO (Datensicherheit).

Bayern:

Art. 10a Bayerisches Pressegesetz

Soweit Unternehmen oder Hilfsunternehmen der Presse personenbezogene Daten ausschließlich zu eigenen journalistisch-redaktionellen oder literarischen Zwecken unter Einsatz von Datenverarbeitungsanlagen oder in oder aus nichtautomatisierten Dateien erheben, verarbeiten oder nutzen, gelten von den Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes nur die §§ 5, 9 und 38a sowie § 7 mit der Maßgabe, dass für Schäden gehaftet wird, die durch eine Verletzung des Datengeheimnisses im Sinn des § 5 des Bundesdatenschutzgesetzes oder durch unzureichende technische oder organisatorische Maßnahmen im Sinn des § 9 des Bundesdatenschutzgesetzes eintreten.

Anpassung an DSGVO und BDSG (neu):

Art. 10a Bayerisches Pressegesetz

Soweit Unternehmen und Hilfsunternehmen der Presse als Anbieter von Telemedien personenbezogene Daten ~~ausschließlich zu eigenen~~ journalistisch-redaktionellen oder literarischen Zwecken unter Einsatz von Datenverarbeitungsanlagen oder in oder aus nichtautomatisierten Dateien ~~erheben, verarbeiten und nutzen~~, gelten [von den Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes **vom xx.xx.2017 (BGBl. I S. XXXX)** und **der Verordnung (EU) 2016/679 vom 27.4.2016**]¹ nur die **§§ 53², 83³ des Bundesdatenschutzgesetzes sowie die Artikel 5 Abs. 1 f**⁴ und **Artikel 82**⁵ **der Verordnung (EU) 2016/679** mit der Maßgabe, dass nur für Schäden gehaftet wird, die durch Verletzung des Datengeheimnisses nach **§ 53** des Bundesdatenschutzgesetzes oder durch unzureichende technische oder organisatorische Maßnahmen im Sinne des **Art. 5 Abs. 1 f) der Verordnung (EU) 2016/679** eintreten.

¹ Dass sowohl DSGVO als auch BDSG (neu) im Übrigen keine Anwendung finden, wird auch ohne den in eckige Klammern gesetzten Teil des Vorschlags wohl sogar noch eleganter normiert; es empfiehlt sich dann lediglich zu Klarstellungszwecken ein entsprechender Hinweis in der Gesetzesbegründung.

² § 53 BDSG (neu) regelt wie § 5 BDSG (alt) das sog. Datengeheimnis. Es handelt sich hier um eine Rechtsfolgenverweisung. Sie regelt die Verpflichtung der Redaktionsmitarbeiter, die Daten nicht unbefugt zu verarbeiten, also nicht zu anderen als redaktionellen Zwecken zu verarbeiten.

³ § 83 BDSG (neu) regelt wie § 7 BDSG (alt) den Schadensersatz, und zwar im Falle der Verletzung von Vorschriften des BDSG (neu), hier also des § 49 BDSG (Datengeheimnis).

⁴ Art. 5 Abs. 1 f) DSGVO regelt entsprechend § 9 BDSG (alt) die Verpflichtung zur Datensicherheit durch technische und organisatorische Maßnahmen, hier also die Verpflichtung, durch technische und organisatorische Maßnahmen sicherzustellen, dass die Redaktionsdaten nicht zu anderen als journalistisch-redaktionellen Zwecken verarbeitet werden.

⁵ Art. 82 DSGVO regelt wie § 7 BDSG (alt) den Schadensersatz, und zwar im Falle der Verletzung von Vorschriften der DSGVO, hier also des Art. 5 Abs. 1 f) DSGVO (Datensicherheit).

Hamburg:

§ 11a Anwendbarkeit des Bundesdatenschutzgesetzes

¹Soweit Unternehmen oder Hilfsunternehmen der Presse personenbezogene Daten ausschließlich zu eigenen journalistisch-redaktionellen oder literarischen Zwecken erheben, verarbeiten oder nutzen, gelten von den Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes nur die §§ 5, 9 und 38 a sowie § 7 mit der Maßgabe, dass nur für Schäden gehaftet wird, die durch eine Verletzung des Datengeheimnisses nach § 5 des Bundesdatenschutzgesetzes oder durch unzureichende technische oder organisatorische Maßnahmen im Sinne des § 9 des Bundesdatenschutzgesetzes eintreten.

²Soweit Unternehmen nicht der Selbstregulierung durch den Pressekodex und die Beschwerdeordnung des Deutschen Presserats unterliegen, gelten für sie die Vorschriften von § 41 Absatz 3 und Absatz 4 Satz 1 BDSG entsprechend.

Anpassung an die Datenschutzgrundverordnung und das BDSG (neu):§ 11a Anwendbarkeit der Datenschutzgrundverordnung und des Bundesdatenschutzgesetzes
(neu)

Soweit Unternehmen und Hilfsunternehmen der Presse personenbezogene Daten ~~ausschließlich zu eigenen journalistisch-redaktionellen oder literarischen Zwecken erheben, verarbeiten und nutzen~~, gelten [von den Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes ~~vom xx.xx.2017 (BGBl. I S. XXXX)~~ und ~~der Verordnung (EU) 2016/679 vom 27.4.2016~~]¹ nur die ~~§§ 53², 83³ des Bundesdatenschutzgesetzes sowie die Artikel 5 Abs. 1 f⁴ und Artikel 82⁵ der Verordnung (EU) 2016/679~~ mit der Maßgabe, dass nur für Schäden gehaftet wird, die durch Verletzung des Datengeheimnisses nach ~~§ 53~~ des Bundesdatenschutzgesetzes oder durch unzureichende technische oder organisatorische Maßnahmen im Sinne des ~~Art. 5 Abs. 1 f) der Verordnung (EU) 2016/679~~ eintreten.

[§ 11a Satz 2 des hamburgischen Pressegesetzes wird hier nicht übernommen. Sollte dennoch an der Norm festgehalten werden, empfiehlt sich eine Ausformulierung, da eine geeignete Verweisnorm in der DSGVO und im BDSG (neu) nicht ersichtlich ist.]

¹ Dass sowohl DSGVO als auch BDSG (neu) im Übrigen keine Anwendung finden, wird auch ohne den in eckige Klammern gesetzten Teil des Vorschlags wohl sogar noch eleganter normiert; es empfiehlt sich dann lediglich zu Klarstellungszwecken ein entsprechender Hinweis in der Gesetzesbegründung.

² § 53 BDSG (neu) regelt wie § 5 BDSG (alt) das sog. Datengeheimnis. Es handelt sich hier um eine Rechtsfolgenverweisung. Sie regelt die Verpflichtung der Redaktionsmitarbeiter, die Daten nicht unbefugt zu verarbeiten, also nicht zu anderen als redaktionellen Zwecken zu verarbeiten.

³ § 83 BDSG (neu) regelt wie § 7 BDSG (alt) den Schadensersatz, und zwar im Falle der Verletzung von Vorschriften des BDSG (neu), hier also des § 53 BDSG (Datengeheimnis).

⁴ Art. 5 Abs. 1 f) DSGVO regelt entsprechend § 9 BDSG (alt) die Verpflichtung zur Datensicherheit durch technische und organisatorische Maßnahmen, hier also die Verpflichtung, durch technische und organisatorische Maßnahmen sicherzustellen, dass die Redaktionsdaten nicht zu anderen als journalistisch-redaktionellen Zwecken verarbeitet werden.

⁵ Art. 82 DSGVO regelt wie § 7 BDSG (alt) den Schadensersatz, und zwar im Falle der Verletzung von Vorschriften der DSGVO, hier also des Art. 5 Abs. 1 f) DSGVO (Datensicherheit).

Rheinland-Pfalz**§ 5 Pressegesetz**
Geltung des Bundesdatenschutzgesetzes

Soweit Unternehmen oder Hilfsunternehmen der Presse personenbezogene Daten ausschließlich zu eigenen journalistisch-redaktionellen oder literarischen Zwecken erheben, verarbeiten oder nutzen, gelten von den Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) nur die §§ 5, 7, 9 und 38a; § 7 mit der Maßgabe, dass nur für Schäden gehaftet wird, die durch eine Verletzung des Datengeheimnisses nach § 5 BDSG oder durch unzureichende technische oder organisatorische Maßnahmen im Sinne des § 9 des Bundesdatenschutzgesetzes eintreten.

Anpassung an DSGVO und BDSG (neu):**§ 5 Pressegesetz**

Soweit Unternehmen und Hilfsunternehmen der Presse als Anbieter von Telemedien personenbezogene Daten ~~ausschließlich zu eigenen~~ journalistisch-redaktionellen oder literarischen Zwecken ~~erheben, verarbeiten und nutzen~~, gelten [von den Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes **vom xx.xx.2017 (BGBl. I S. XXXX)** und **der Verordnung (EU) 2016/679 vom 27.4.2016**]¹ nur die **§§ 53², 83³ des Bundesdatenschutzgesetzes sowie die Artikel 5 Abs. 1 f)⁴ und Artikel 82⁵ der Verordnung (EU) 2016/679** mit der Maßgabe, dass nur für Schäden gehaftet wird, die durch Verletzung des Datengeheimnisses nach **§ 53** des Bundesdatenschutzgesetzes oder durch unzureichende technische oder organisatorische Maßnahmen im Sinne des **Art. 5 Abs. 1 f) der Verordnung (EU) 2016/679** eintreten.

¹ Dass sowohl DSGVO als auch BDSG (neu) im Übrigen keine Anwendung finden, wird auch ohne den in eckige Klammern gesetzten Teil des Vorschlags wohl sogar noch eleganter normiert; es empfiehlt sich dann lediglich zu Klarstellungszwecken ein entsprechender Hinweis in der Gesetzesbegründung.

² § 53 BDSG (neu) regelt wie § 5 BDSG (alt) das sog. Datengeheimnis. Es handelt sich hier um eine Rechtsfolgenverweisung. Sie regelt die Verpflichtung der Redaktionsmitarbeiter, die Daten nicht unbefugt zu verarbeiten, also nicht zu anderen als redaktionellen Zwecken zu verarbeiten.

³ § 83 BDSG (neu) regelt wie § 7 BDSG (alt) den Schadensersatz, und zwar im Falle der Verletzung von Vorschriften des BDSG (neu), hier also des § 53 BDSG (Datengeheimnis).

⁴ Art. 5 Abs. 1 f) DSGVO regelt entsprechend § 9 BDSG (alt) die Verpflichtung zur Datensicherheit durch technische und organisatorische Maßnahmen, hier also die Verpflichtung, durch technische und organisatorische Maßnahmen sicherzustellen, dass die Redaktionsdaten nicht zu anderen als journalistisch-redaktionellen Zwecken verarbeitet werden.

⁵ Art. 82 DSGVO regelt wie § 7 BDSG (alt) den Schadensersatz, und zwar im Falle der Verletzung von Vorschriften der DSGVO, hier also des Art. 5 Abs. 1 f) DSGVO (Datensicherheit).

Sachsen:

§ 11a Sächsisches Pressegesetz
Anwendbarkeit des Bundesdatenschutzgesetzes

Soweit Unternehmen oder Hilfsunternehmen der Presse personenbezogene Daten ausschließlich zu eigenen journalistisch-redaktionellen oder literarischen Zwecken erheben, verarbeiten oder nutzen, finden die §§ 5, 9 und 38a des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) vom 20. Dezember 1990 (BGBl. I S. 2954, 2955), das zuletzt durch Artikel 3 Abs. 3 des Gesetzes vom 26. Juni 2001 (BGBl. I S. 1254, 1260) geändert worden ist, in der jeweils geltenden Fassung, Anwendung. Weiterhin gilt § 7 BDSG in der jeweils geltenden Fassung mit der Maßgabe, dass nur für Schäden gehaftet wird, die durch eine Verletzung des Datengeheimnisses nach § 5 BDSG oder durch unzureichende technische oder organisatorische Maßnahmen im Sinne des § 9 BDSG eintreten.

Anpassung an DSGVO und BDSG (neu):

1. Variante: Auf der Grundlage des unter dem im Mai vom Staatsministerium des Innern versandten Gesetzesentwurfes (siehe dazu gesonderte Stellungnahme):

§ 11a
Datenverarbeitung für journalistische Zwecke

Soweit Unternehmen und Hilfsunternehmen der Presse personenbezogene Daten zu eigenen journalistisch oder literarischen Zwecken verarbeiten, ist es den bei der Verarbeitung beschäftigten Personen untersagt, diese personenbezogenen Daten zu anderen Zwecken unbefugt zu verarbeiten (Datengeheimnis). Diese Personen sind bei der Aufnahme ihrer Tätigkeit auf das Datengeheimnis zu verpflichten. Das Datengeheimnis besteht auch nach Beendigung ihrer Tätigkeit fort. Im Übrigen finden ~~die Kapitel I, VIII, X, XI~~ nur die Artikel 5 Absatz 1 Buchstabe f und Artikel 82 der Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (ABl. EU L 119 vom 04.05.2016, S. 1) mit der Maßgabe Anwendung, dass nur für Schäden gehaftet wird, die durch Verletzung des Datengeheimnisses oder durch unzureichende technische oder organisatorische Maßnahmen im Sinne des Artikels 5 Absatz 1 Buchstabe f der Verordnung (EU) 2016/679 eintreten.

2. Variante:

§ 11a
Datenverarbeitung für journalistische Zwecke

Soweit Unternehmen und Hilfsunternehmen der Presse personenbezogene Daten ~~ausschließlich zu eigenen~~ journalistisch-redaktionellen oder literarischen Zwecken ~~erheben, verarbeiten und nutzen~~, finden **nur** die §§ **53¹, 83²** des Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) **vom xx. Monat 2017** (BGBl. I S. **xxxx**) **sowie die Artikel 5 Abs. 1 f)³ und Artikel 82⁴ der Verordnung (EU) 2016/679** mit der Maßgabe Anwendung, dass nur für Schäden gehaftet wird, die durch Verletzung des Datengeheimnisses nach **§ 53 BDSG** oder durch unzureichende technische oder organisatorische Maßnahmen im Sinne des **Art. 5 Abs. 1 f) der Verordnung (EU) 2016/679** eintreten.

¹ § 53 BDSG (neu) regelt wie § 5 BDSG (alt) das sog. Datengeheimnis. Es handelt sich hier um eine Rechtsfolgenverweisung. Sie regelt die Verpflichtung der Redaktionsmitarbeiter, die Daten nicht unbefugt zu verarbeiten, also nicht zu anderen als redaktionellen Zwecken zu verarbeiten.

² § 83 BDSG (neu) regelt wie § 7 BDSG (alt) den Schadensersatz, und zwar im Falle der Verletzung von Vorschriften des BDSG (neu), hier also des § 53 BDSG (Datengeheimnis).

³ Art. 5 Abs. 1 f) DSGVO regelt entsprechend § 9 BDSG (alt) die Verpflichtung zur Datensicherheit durch technische und organisatorische Maßnahmen, hier also die Verpflichtung, durch technische und organisatorische Maßnahmen sicherzustellen, dass die Redaktionsdaten nicht zu anderen als journalistisch-redaktionellen Zwecken verarbeitet werden.

⁴ Art. 82 DSGVO regelt wie § 7 BDSG (alt) den Schadensersatz, und zwar im Falle der Verletzung von Vorschriften der DSGVO, hier also des Art. 5 Abs. 1 f) DSGVO (Datensicherheit).

1. Personaler Anwendungsbereich

Wenn die Länder wie bislang unter Art. 9 DSRL an dem Personenkreis der „Unternehmen und Hilfsunternehmen der Presse“ festhalten wollen, sollte jedenfalls in der Begründung festgehalten werden, dass ein weiter Pressebegriff zugrunde gelegt wird.

Vgl. dazu Erwgg. 153 DSGVO a. E.: „Um der Bedeutung des Rechts auf freie Meinungsäußerung in einer demokratischen Gesellschaft Rechnung zu tragen, müssen Begriffe wie Journalismus, die sich auf diese Freiheit beziehen, weit ausgelegt werden.“

Für die Presse würde es – bei sorgfältiger Umsetzung – auch kein Problem sein, die Tatbestandsmerkmale „Unternehmen und Hilfsunternehmen der Presse“ aufzugeben und bspw. genügen zu lassen: „Soweit Anbieter von Telemedien personenbezogene Daten zu journalistisch-redaktionellen oder literarischen Zwecken verarbeiten“. Das schafft auch keine Probleme für § 57 Abs. 2 S. 4 und § 59 Abs. 1 S. 3, da dort nach wie vor nur diejenigen Telemedienanbieter erfasst werden, die dem Pressekodex unterliegen.

2. Erfasste Daten:

Mit der Zweckbestimmung auf „journalistisch-redaktionelle oder literarische Zwecke“ wird sichergestellt, dass die journalistische Datenverarbeitung von der Beschaffung der Information über die Verarbeitung in der Redaktion bis hin zur Veröffentlichung, auch in digitalen Archiven, erfasst wird. Angesichts immer wieder vorgetragener Angriffe sollte insbesondere letzteres in der Begründung zweifelsfrei wiederholt werden.

Es werden also nicht nur die für die Veröffentlichung der Artikel unmittelbar nötigen Datenverarbeitungen, sondern auch das nur der Redaktion zugängliche Redaktionsarchiv und die öffentlichen Pressearchive geschützt.

3. Streichung von ausschließlich:

Das „allein“ zu journalistischen Zwecken in Art. 9 DSRL wurde in Art. 85 Abs. 2 DSGVO gestrichen; das kann in der Umsetzung nachvollzogen werden. Damit sollte es nun möglich sein, bspw. die Spesenabrechnung über die Bewirtung eines Informanten, deren Verarbeitung immer auch steuerlichen Zwecken dient, als geschützt anzusehen. Verarbeitung von Daten, die nicht journalistischen Zwecken dient, bleibt ausgeschlossen.

4. Streichung von „eigenen“

Streichung von „eigenen“: Warum soll nicht ein Rechercheverbund unter Presseverlagen möglich sein, bei dem die Daten bspw. bei der Weitergabe an den Partner nicht für eigene Zwecke verarbeitet werden?

5. Erfasste Datenverarbeitung: „verarbeiten“

„Verarbeiten“ ist nun gemäß Art. 4 Abs. 2 DSGVO der Oberbegriff für alle denkbaren Formen des datenschutzrechtlich relevanten Umgangs mit Daten. Wenn die Länder dennoch an der Aufzählung von drei Verben festhalten wollen, sollte es auch nicht stören.

6. Anwendbares und nicht anwendbares Datenschutzrecht.

In der Sache ist wie bislang alles Datenschutzrecht unanwendbar mit Ausnahme von Vorschriften zur Datensicherheit und zum Datengeheimnis und darauf bezogenen Schadensersatzansprüchen.

a) Anwendbar sind unverändert nur die Vorschriften über die Datensicherheit und das Datengeheimnis sowie der entsprechend begrenzte Schadensersatzanspruch

Das **Datengeheimnis**, bislang § 5 BDSG, findet in der DSGVO keine entsprechend spezielle und passende Norm, wird aber im BDSG (neu) in § 53 explizit geregelt. Deshalb ist § 9 BDSG (alt) durch § 53 BDSG (neu) zu ersetzen. Es handelt sich um einen Rechtsfolgenverweisung, für die unerheblich ist, dass § 53 BDSG (neu) im Übrigen nur öffentliche Stellen erfasst.

Technische und organisatorische Maßnahmen zur Datensicherheit. Solche Maßnahmen enthält bislang § 9 BDSG. Sie finden sich in Art. 5 I f) DSGVO, ergänzt um Detailvorgaben in Art. 32 DSGVO, die aber vielfach nicht passen oder unangemessen erscheinen (Pseudonymisierung, Datenverarbeitung nur auf Anweisung oder bei Verpflichtung etc.). Deshalb wird hier auf Art. 5 I f) verwiesen, der dann im Wege der Auslegung auf den einzig sinnvoll möglichen Aspekt, die Absicherung gegen Zweckentfremdung für nicht journalistische Zwecke hin konkretisiert wird. Das ließe sich zur Klarstellung – anders als in diesem Vorschlag – auch in den Gesetzestext hineinschreiben, wäre aber ein größerer gesetzgebungstechnischer Aufwand als die bloße Ersetzung des § 9 BDSG durch Art. 5 I f) DSGVO

Schadensersatz, bislang § 7 BDSG, findet sich nun in § 83 BDSG (neu), und zwar im Falle der Verletzung von Vorschriften des BDSG (neu) und damit auch bei Verstößen gegen das Datengeheimnis gemäß § 53 BDSG (neu). Art. 82 DSGVO regelt den Schadensersatz im Fall der Verletzung von Pflichten aus der DSGVO, wird also für Art. 5 Abs. 1 f) DSGVO benötigt. Wie im geltenden Recht wird Schadensersatz auf die Verletzung dieser Pflichten begrenzt.

b) Nicht anwendbar sind damit die in Art. 85 Abs. 2 DSGVO genannten Kapitel II bis VII und IX. So wie die geltenden Bereichsausnahmen der Pressegesetze und des § 57 Abs. 1 RfTmStV die Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes zu den in Art. 9 DSRL genannten Richtlinien-Kapiteln für unanwendbar erklärt hatten, werden nun die unmittelbar geltenden Verordnungs-Kapitel für unanwendbar erklärt. Kapitel I spielt keine Rolle, da es nur Definitionen enthält.

c) Nichtanwendbarkeit der Art. 77 - 80 und 83 (aus Kapitel VIII DSGVO)

Kapitel VIII der Datenschutzgrundverordnung (Rechtsbehelfe, Haftung und Sanktionen) findet sich zwar nicht in Art. 85 Abs. 2 DSGVO mit seiner **Verpflichtung** zu Ausnahmen oder Befreiungen. Insoweit gilt aber der Art. 85 Abs. 1 DSGVO, der zwar keine Pflicht zu Ausnahmen vorsieht, aber auch nicht ausschließt, indem er den Mitgliedsstaaten insoweit die Möglichkeit zu angemessenen Regeln überlässt (vgl. oben unter A IV. 2.).

Aus Kapitel X wird die Schadensersatzverpflichtung des Art. 82 für die Datensicherheitsverpflichtung für anwendbar erklärt.

Die übrigen Artikel enthalten Vorgaben, die auf die redaktionelle Datenverarbeitung gerade nicht passen. Artikel 77 und 78 (Beschwerde bei und gegen eine Aufsichtsbehörde) machen keinen Sinn, da die Datenschutzaufsicht nicht greift. Das Gleiche gilt für Art. 83 f. (Geldbußen etc.). Die Vorschrift über Verbandsklagen etc. (Art. 80) ist ebenfalls nicht angemessen.

Die Bundesregierung hat 2014 im EU-Ministerrat vorgeschlagen, hier ausgenommene Artikel des VIII. Kapitels in Art. 85 Abs. 2 DSGVO aufzunehmen. Das wurde deshalb nicht weiter verfolgt, weil in diesem Stadium des Verfahrens keine Zeit mehr für solche neuen Diskussionen schien. Damals war aber auch noch völlig unsicher, ob es einen zusätzlichen Art. 85 Abs. 1 geben wird, der diese Ausnahmen wenn nicht verlangt, so doch ermöglicht. Mit der Einführung des Art. 85 Abs. 1 DSGVO war es letztlich auch nicht mehr erforderlich, auf dieser Erweiterung des Art. 85 Abs. 2 DSGVO zu bestehen.

d) Nichtanwendbarkeit des BDSG (neu): Der größte Teil des Datenschutzrechts wird unmittelbar durch die DSGVO geregelt werden. Deshalb wird das BDSG (alt) zum 25. Mai 2018 außer Kraft gesetzt. Nur noch aufgrund spezifischer und begrenzter Öffnungsklauseln erlaubt die DSGVO den Mitgliedsstaaten, für bestimmte Bereiche ergänzendes Datenschutzrecht zu erlassen. Das geschieht aber auch durch das BDSG (neu) in erheblichem Umfang. Deshalb ist auch das BDSG (neu) in die Bezugsnormen aufzunehmen.

7. Art. 40 ff. DSGVO als Nachfolger des § 38a BDSG weglassen

§ 38a BDSG, Verhaltenskodizes, findet sich nun unter Art. 40 ff. DSGVO. Die Vorschriften über von Aufsichtsbehörden genehmigte Verhaltensregeln passen aber für die redaktionelle Verarbeitung in keiner Weise. Die Überwachung durch Datenschutzaufsichtsbehörden wäre genau das Gegenteil der Freiheit von datenschutzbehördlicher Aufsicht. Deshalb sollten die Art. 40 ff. DSGVO nicht erwähnt werden. Art. 40 ff. DSGVO findet sich in Kapitel IV der DSGVO, das in Art. 85 Abs. 2 DSGVO genannt wird. Demgegenüber war Art. 27 RiLi 95/46/EG, der die europäische Vorgabe zu § 38a BDSG darstellt, in Kapitel V der Richtlinie enthalten, das in Art. 9 RiLi nicht genannt wurde. Die Vorschriften über optionale Verhaltensregeln konnten also unter Art. 9 RiLi nicht ausgenommen werden, sind aber nun in Art. 85 Abs. 2 DSGVO enthalten.

**VI. Anpassung für die digitale Presse, § 57 Abs. 1 RfTmStV
Kein Änderungsbedarf für § 57 Abs. 2 S. 4. und § 59 Abs. 1 S. 3 RfTmStV**

Ausgangslage:

§ 57 Datenschutz bei journalistisch-redaktionellen Zwecken

(1) Soweit Unternehmen und Hilfsunternehmen der Presse als Anbieter von Telemedien personenbezogene Daten ausschließlich zu eigenen journalistisch-redaktionellen oder literarischen Zwecken erheben, verarbeiten oder nutzen, gelten nur die §§ 5, 7, 9 und 38a des Bundesdatenschutzgesetzes mit der Maßgabe, dass nur für Schäden haftet wird, die durch Verletzung des Datengeheimnisses nach § 5 des Bundesdatenschutzgesetzes oder durch unzureichende technische oder organisatorische Maßnahmen im Sinne des § 9 des Bundesdatenschutzgesetzes eintreten. Besondere staatsvertragliche oder landesrechtliche Bestimmungen für den Rundfunk bleiben unberührt.

(2) Werden über Angebote personenbezogene Daten von einem Anbieter von Telemedien ausschließlich zu eigenen journalistisch-redaktionellen Zwecken verarbeitet und wird der Betroffene dadurch in seinen schutzwürdigen Interessen beeinträchtigt, kann er Auskunft über die zugrunde liegenden, zu seiner Person gespeicherten Daten verlangen. Die Auskunft kann nach Abwägung der schutzwürdigen Interessen der Beteiligten verweigert werden, soweit durch die Mitteilung die journalistische Aufgabe des Veranstalters durch Ausforschung des Informationsbestandes beeinträchtigt würde oder aus den Daten

1. auf Personen, die bei der Vorbereitung, Herstellung oder Verbreitung mitgewirkt haben oder
2. auf die Person des Einsenders oder des Gewährsträgers von Beiträgen, Unterlagen und Mitteilungen für den redaktionellen Teil

geschlossen werden kann. Der Betroffene kann die Berichtigung unrichtiger Daten oder die Hinzufügung einer eigenen Darstellung von angemessenem Umfang verlangen. Die Sätze 1 bis 3 gelten nicht für Angebote von Unternehmen und Hilfsunternehmen der Presse, soweit diese der Selbstregulierung durch den Pressekodex und der Beschwerdeordnung des Deutschen Presserates unterliegen.

(3) Führt die journalistisch-redaktionelle Verwendung personenbezogener Daten zur Verbreitung von Gegendarstellungen des Betroffenen oder zu Verpflichtungserklärungen, Verfügungen oder Urteilen über die Unterlassung der Verbreitung oder über den Widerruf des Inhalts der Daten, sind diese Gegendarstellungen, Unterlassungserklärungen oder Widerrufe zu den gespeicherten Daten zu nehmen und dort für dieselbe Zeitdauer aufzubewahren wie die Daten selbst sowie bei einer Übermittlung der Daten gemeinsam mit diesen zu übermitteln.

§ 59 Aufsicht

(1) ¹Die nach den allgemeinen Datenschutzgesetzen des Bundes und der Länder zuständigen Kontrollbehörden überwachen für ihren Bereich die Einhaltung der Datenschutzbestimmungen des Telemediengesetzes sowie des § 57. ²Die für den Datenschutz im journalistisch-redaktionellen Bereich beim öffentlich-rechtlichen Rundfunk zuständigen Stellen überwachen für ihren Bereich auch die Einhaltung der Datenschutzbestimmungen für journalistisch-redaktionelle Angebote bei Telemedien. ³Satz 1 gilt nicht, soweit Unternehmen und Hilfsunternehmen der Presse der Selbstregulierung durch den Pressekodex und der Beschwerdeordnung des Deutschen Presserates unterliegen.

Umstellung auf DSGVO und BDSG (neu) ab 25.5.2018

§ 57 Datenschutz bei journalistisch-redaktionellen Zwecken

(1) Soweit Unternehmen und Hilfsunternehmen der Presse als Anbieter von Telemedien personenbezogene Daten ~~ausschließlich zu eigenen~~ journalistisch-redaktionellen oder literarischen Zwecken ~~erheben, verarbeiten und nutzen~~, gelten nur die §§ **53¹, 83² des Bundesdatenschutzgesetzes (BGBl. I 2017, S. XXX) sowie Art. 5 Abs. 1 f³**, und **Artikel 82⁴ der Verordnung (EU) 2016/679** mit der Maßgabe, dass nur für Schäden gehaftet wird, die durch Verletzung des Datengeheimnisses nach **§ 53** des Bundesdatenschutzgesetzes oder durch unzureichende technische oder organisatorische Maßnahmen im Sinne des **Art. 5 Abs. 1 f) der Verordnung (EU) 2016/679** eintreten. Besondere staatsvertragliche oder landesrechtliche Bestimmungen für den Rundfunk bleiben unberührt.

(2) Werden über Angebote personenbezogene Daten von einem Anbieter von Telemedien ausschließlich zu eigenen journalistisch-redaktionellen Zwecken verarbeitet und wird der Betroffene dadurch in seinen schutzwürdigen Interessen beeinträchtigt, kann er Auskunft über die zugrunde liegenden, zu seiner Person gespeicherten Daten verlangen. Die Auskunft kann nach Abwägung der schutzwürdigen Interessen der Beteiligten verweigert werden, soweit durch die Mitteilung die journalistische Aufgabe des Veranstalters durch Ausforschung des Informationsbestandes beeinträchtigt würde oder aus den Daten

1. auf Personen, die bei der Vorbereitung, Herstellung oder Verbreitung mitgewirkt haben oder
2. auf die Person des Einsenders oder des Gewährsträgers von Beiträgen, Unterlagen und Mitteilungen für den redaktionellen Teil

geschlossen werden kann. Der Betroffene kann die Berichtigung unrichtiger Daten oder die Hinzufügung einer eigenen Darstellung von angemessenem Umfang verlangen. Die Sätze 1 bis 3 gelten nicht für Angebote von Unternehmen und Hilfsunternehmen der Presse, soweit diese der Selbstregulierung durch den Pressekodex und der Beschwerdeordnung des Deutschen Presserates unterliegen.

§ 59 Aufsicht

(1) ¹Die nach den allgemeinen Datenschutzgesetzen des Bundes und der Länder zuständigen Kontrollbehörden überwachen für ihren Bereich die Einhaltung der Datenschutzbestimmungen des Telemediengesetzes sowie des § 57. ²Die für den Datenschutz im journalistisch-redaktionellen Bereich beim öffentlich-rechtlichen Rundfunk zuständigen Stellen überwachen für ihren Bereich auch die Einhaltung der Datenschutzbestimmungen für journalistisch-redaktionelle Angebote bei Telemedien. ³Satz 1 gilt nicht, soweit Unternehmen und Hilfsunternehmen der Presse der Selbstregulierung durch den Pressekodex und der Beschwerdeordnung des Deutschen Presserates unterliegen.

¹ § 53 BDSG (neu) regelt wie § 5 BDSG (alt) das sog. Datengeheimnis. Es handelt sich hier um eine Rechtsfolgenverweisung. Sie regelt die Verpflichtung der Redaktionsmitarbeiter, die Daten nicht unbefugt zu verarbeiten, also nicht zu anderen als redaktionellen Zwecken zu verarbeiten.

² § 83 BDSG (neu) regelt wie § 7 BDSG (alt) den Schadensersatz, und zwar im Falle der Verletzung von Vorschriften des BDSG (neu), hier also des § 53 BDSG (Datengeheimnis).

³ Art. 5 Abs. 1 f) DSGVO regelt entsprechend § 9 BDSG (alt) die Verpflichtung zur Datensicherheit durch technische und organisatorische Maßnahmen, hier also die Verpflichtung, durch technische und organisatorische Maßnahmen sicherzustellen, dass die Redaktionsdaten nicht zu anderen als journalistisch-redaktionellen Zwecken verarbeitet werden.

⁴ Art. 82 DSGVO regelt wie § 7 BDSG (alt) den Schadensersatz, und zwar im Falle der Verletzung von Vorschriften der DSGVO, hier also des Art. 5 Abs. 1 f) DSGVO (Datensicherheit).

1. Personaler Anwendungsbereich des § 57 Abs. 1

Es empfiehlt sich, in der Begründung klarzustellen, dass Unternehmen und Hilfsunternehmen der Presse weit zu verstehen sind, vgl. Erwgg. 153 DSGVO a. E.: „Um der Bedeutung des Rechts auf freie Meinungsäußerung in einer demokratischen Gesellschaft Rechnung zu tragen, müssen Begriffe wie Journalismus, die sich auf diese Freiheit beziehen, weit ausgelegt werden.“

Für die Presse würde es – bei sorgfältiger Umsetzung – auch kein Problem sein, die Tatbestandsmerkmale „Unternehmen und Hilfsunternehmen der Presse“ aufzugeben und bspw. genügen zu lassen: „Soweit Anbieter von Telemedien personenbezogene Daten zu journalistisch-redaktionellen oder literarischen Zwecken verarbeiten“. Das schafft auch keine Probleme für § 57 Abs. 2 S. 4 und § 59 Abs. 1 S. 3, da dort nach wie vor nur diejenigen Telemedienanbieter erfasst werden, die dem Pressekodex unterliegen.

2. Erfasste Daten:

Mit der Zweckbestimmung auf „journalistisch-redaktionelle oder literarische Zwecke“ wird sichergestellt, dass die journalistische Datenverarbeitung von der Beschaffung der Information über die Verarbeitung in der Redaktion bis hin zur Veröffentlichung, auch in digitalen Archiven, erfasst wird. Angesichts immer wieder vorgetragener Angriffe sollte insbesondere letzteres in der Begründung zweifelsfrei wiederholt werden.

Es werden also nicht nur die für die Veröffentlichung der Artikel unmittelbar nötigen Datenverarbeitungen, sondern auch das nur der Redaktion zugängliche Redaktionsarchiv und die öffentlichen Pressearchive geschützt.

3. Streichung von ausschließlich:

Das „allein“ zu journalistischen Zwecken in Art. 9 DSRL wurde in Art. 85 Abs. 2 DSGVO gestrichen; das kann in der Umsetzung nachvollzogen werden. Damit sollte es nun möglich sein, bspw. die Spesenabrechnung über die Bewirtung eines Informanten, deren Verarbeitung immer auch steuerlichen Zwecken dient, als geschützt anzusehen. Verarbeitung von Daten, die nicht journalistischen Zwecken dient, bleibt ausgeschlossen.

4. Streichung von „eigenen“

Streichung von „eigenen“: Warum soll nicht ein Rechercheverbund unter Presseverlagen möglich sein, bei dem die Daten bspw. bei der Weitergabe an den Partner nicht für eigene Zwecke verarbeitet werden?

5. Erfasste Datenverarbeitung: „verarbeiten“

„Verarbeiten“ ist nun gemäß Art. 4 Abs. 2 DSGVO der Oberbegriff für alle denkbaren Formen des datenschutzrechtlich relevanten Umgangs mit Daten. Wenn die Länder dennoch an der Aufzählung von drei Verben festhalten wollen, sollte es auch nicht stören.

6. Anwendbares und nicht anwendbares Datenschutzrecht.

In der Sache ist wie bislang alles Datenschutzrecht unanwendbar mit Ausnahme von Vorschriften zur Datensicherheit und zum Datengeheimnis und darauf bezogenen Schadensersatzansprüchen.

a) Anwendbar sind unverändert nur die Vorschriften über die Datensicherheit und das Datengeheimnis sowie der entsprechend begrenzte Schadensersatzanspruch

Das **Datengeheimnis**, bislang § 5 BDSG, findet in der DSGVO keine entsprechend spezielle und passende Norm, wird aber im BDSG (neu) nach dem Stand des 2. Referentenentwurfes vom 23.11.2016 in § 49 explizit geregelt. Deshalb ist § 9 BDSG (alt) durch § 49 BDSG (neu) zu ersetzen.

Technische und organisatorische Maßnahmen zur Datensicherheit. Solche Maßnahmen enthält bislang § 9 BDSG. Sie finden sich in Art. 5 I f) DSGVO, ergänzt um Detailvorgaben in Art. 32 DSGVO, die aber vielfach nicht passen oder unangemessen erscheinen (Pseudonymisierung, Datenverarbeitung nur auf Anweisung oder bei Verpflichtung etc.). Deshalb wird hier auf Art. 5 I f) verwiesen, der dann im Wege der Auslegung auf den einzig sinnvoll möglichen Aspekt, die Absicherung gegen Zweckentfremdung für nicht journalistische Zwecke hin konkretisiert wird. Das ließe sich zur Klarstellung – anders als in diesem Vorschlag – auch in den Gesetzestext hineinschreiben, wäre aber ein größerer gesetzgebungstechnischer Aufwand als die bloße Ersetzung des § 9 BDSG durch Art. 5 I f) DSGVO

Schadensersatz, bislang § 7 BDSG, findet sich nun in § 78 BDSG (neu), und zwar im Falle der Verletzung von Vorschriften des BDSG (neu) und damit auch bei Verstößen gegen das Datengeheimnis gemäß § 49 BDSG (neu). Art. 82 DSGVO regelt den Schadensersatz im Fall der Verletzung von Pflichten aus der DSGVO, wird also für Art. 5 Abs. 1 f) DSGVO benötigt. Wie im geltenden Recht wird Schadensersatz auf die Verletzung dieser Pflichten begrenzt.

b) Nicht anwendbar sind damit die in Art. 85 Abs. 2 DSGVO genannten Kapitel II bis VII und IX. So wie die geltenden Bereichsausnahmen der Pressegesetze und des § 57 Abs. 1 RfTmStV die Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes zu den in Art. 9 DSRL genannten Richtlinien-Kapiteln für unanwendbar erklärt hatten, werden nun die unmittelbar geltenden Verordnungs-Kapitel für unanwendbar erklärt. Kapitel I spielt keine Rolle, da es nur Definitionen enthält.

c) Nichtanwendbarkeit der Art. 77 - 80 und 83 (aus Kapitel VIII DSGVO).

Kapitel VIII der Datenschutzgrundverordnung (Rechtsbehelfe, Haftung und Sanktionen) findet sich zwar nicht in Art. 85 Abs. 2 DSGVO mit seiner **Verpflichtung** zu Ausnahmen oder Befreiungen. Insoweit gilt aber der Art. 85 Abs. 1 DSGVO, der zwar keine Pflicht

zu Ausnahmen vorsieht, aber auch nicht ausschließt, indem er den Mitgliedsstaaten insoweit die Möglichkeit zu angemessenen Regeln überlässt (vgl. oben unter A IV. 2.).

Aus Kapitel X wird die Schadensersatzverpflichtung des Art. 82 für die Datensicherheitsverpflichtung für anwendbar erklärt.

Die übrigen Artikel enthalten Vorgaben, die auf die redaktionelle Datenverarbeitung gerade nicht passen. Artikel 77 und 78 (Beschwerde bei und gegen eine Aufsichtsbehörde) machen keinen Sinn, da die Datenschutzaufsicht nicht greift. Das Gleiche gilt für Art. 83 f. (Geldbußen etc.). Die Vorschrift über Verbandsklagen etc. (Art. 80) ist ebenfalls nicht angemessen.

Die Bundesregierung hat 2014 im EU-Ministerrat vorgeschlagen, hier ausgenommene Artikel des VIII. Kapitels in Art. 85 Abs. 2 DSGVO aufzunehmen. Das wurde deshalb nicht weiter verfolgt, weil in diesem Stadium des Verfahrens keine Zeit mehr für solche neuen Diskussionen schien. Damals war aber auch noch völlig unsicher, ob es einen zusätzlichen Art. 85 Abs. 1 geben wird, der diese Ausnahmen wenn nicht verlangt, so doch ermöglicht. Mit der Einführung des Art. 85 Abs. 1 DSGVO war es letztlich auch nicht mehr erforderlich, auf dieser Erweiterung des Art. 85 Abs. 2 DSGVO zu bestehen.

d) Nichtanwendbarkeit des BDSG (neu): Der größte Teil des Datenschutzrechts wird unmittelbar durch die DSGVO geregelt werden. Deshalb wird das BDSG gemäß Art. 10 Abs. 1 des Entwurfes eines Datenschutzanpassungs- und -Umsetzungsgesetzes EU v 23.11.2016 zum 25. Mai 2018 außer Kraft gesetzt. Nur noch aufgrund spezifischer und begrenzter Öffnungsklauseln erlaubt die DSGVO den Mitgliedsstaaten, für bestimmte Bereiche ergänzendes Datenschutzrecht zu erlassen. Das soll bspw. durch § 22 BDSG (neu)-Entwurf i. V. m. Art. 9 DSGVO und andere Bestimmungen des BDSG (neu) geschehen. Deshalb ist auch das BDSG (neu) in die Bezugsnormen aufzunehmen.

7. Art. 40 ff. DSGVO als Nachfolger des § 38a BDSG weglassen

§ 38a BDSG, Verhaltenskodizes, findet sich nun unter Art. 40 ff. DSGVO. Die Vorschriften über von Aufsichtsbehörden genehmigte Verhaltensregeln passen aber für die redaktionelle Verarbeitung in keiner Weise. Die Überwachung durch Datenschutzaufsichtsbehörden wäre genau das Gegenteil der Freiheit von datenschutzbehördlicher Aufsicht. Deshalb sollten die Art. 40 ff. DSGVO nicht erwähnt werden. Art. 40 ff. DSGVO findet sich in Kapitel IV der DSGVO, das in Art. 85 Abs. 2 DSGVO genannt wird. Demgegenüber war Art. 27 RiLi 95/46/EG, der die europäische Vorgabe zu § 38a BDSG darstellt, in Kapitel V der Richtlinie enthalten, das in Art. 9 RiLi nicht genannt wurde. Die Vorschriften über optionale Verhaltensregeln konnten also unter Art. 9 RiLi nicht ausgenommen werden, sind aber nun in Art. 85 Abs. 2 DSGVO enthalten.

Normen wie § 57 Abs. 2 S. 4 RTmStV oder § 59 Abs. 1 S. 3 RTmStV, nach denen die Teilnahme an der Selbstkontrolle des Presserates zu Ausnahmen von gesetzlichen Ansprüchen bzw. behördlicher Aufsicht führt, sind spezielle Abweichungen von Art. 40 ff.

DSGVO auf der Grundlage des Art. 85 Abs. 2 DSGVO. Sie sind sogar dringend erforderlich, um die Pressefreiheit zu wahren.

8. Zu § 57 Abs. 2 S. 4 besteht kein Änderungsbedarf. Man muss nur sehen, dass es sich um Ausnahmen bzw. Abweichungen im Sinne des Art. 85 Abs. 2 DSGVO von der DSGVO handelt.

9. Zu § 59 Abs. 1 S. 3 besteht kein Änderungsbedarf. Ebenfalls Abweichung von der DSGVO aufgrund von Art. 85 Abs. 2 DSGVO.

Das dürfte auch für den in Bezug genommenen § 59 Abs. 1 S. 1 jedenfalls insoweit gelten, als nach wie vor Bund und Länder in allgemeinen Datenschutzgesetzen die zuständigen Behörden bestimmen müssen.

Soweit § 59 Abs. 1 S. 1 den Datenschutzaufsichtsbehörden neben der Überwachung des § 57 RfTmStV auch die Überwachung der Datenschutzbestimmungen des Telemediengesetzes aufgibt, mag dieser Punkt entfallen, wenn und soweit das TMG keine datenschutzrechtlichen Bestimmungen mehr enthalten wird. Es verbliebe dann jedoch der § 57.

VII. Anpassung des § 41 Abs. 1 BDSG

Ausgangslage: § 41 Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten durch die Medien

(1) Die Länder haben in ihrer Gesetzgebung vorzusehen, dass für die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten von Unternehmen und Hilfsunternehmen der Presse ausschließlich zu eigenen journalistisch-redaktionellen oder literarischen Zwecken den Vorschriften der §§ 5, 9 und 38a entsprechende Regelungen einschließlich einer hierauf bezogenen Haftungsregelung entsprechend § 7 zur Anwendung kommen.

1. Möglichkeit der Umstellung: Neue Vorschrift mit Regelungsgehalt des § 41 BDSG

§ XX Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten durch die Medien

(1) Die Länder haben in ihrer Gesetzgebung vorzusehen, dass für die ~~Erhebung, Verarbeitung und Nutzung~~ personenbezogener Daten von Unternehmen und Hilfsunternehmen der Presse ~~ausschließlich~~ zu ~~eigenen~~ journalistisch-redaktionellen oder literarischen Zwecken den Vorschriften des § 5¹ und des **Art. 5 Abs. 1 f)² der Verordnung (EU) 2016/679** entsprechende Regelungen einschließlich von hierauf bezogenen Haftungsregelungen entsprechend § 78³ und **Artikel 82⁴ der Verordnung (EU) 2016/679** zur Anwendung kommen.

2. Möglichkeit: Neue eigene Bereichsausnahme

Soweit Unternehmen und Hilfsunternehmen der Presse personenbezogene Daten ~~ausschließlich~~ zu ~~eigenen~~ journalistisch-redaktionellen oder literarischen Zwecken ~~erheben, verarbeiten und nutzen~~, kommen **nur §§ 53, 78 sowie Art. 5 Abs. 1 f), und Artikel 82 der Verordnung (EU) 2016/679 mit der Maßgabe zur Anwendung, dass nur für Schäden haftet wird, die durch Verletzung des Datengeheimnisses nach § 53 des Bundesdatenschutzgesetzes oder durch unzureichende technische oder organisatorische Maßnahmen im Sinne des Art. 5 Abs. 1 f) der Verordnung (EU) 2016/679 eintreten.**

1. und 2. Möglichkeit: In der Gesetzesbegründung sollte ein Hinweis enthalten sein, dass die Norm für den Fall notwendig ist, dass die Gesetzgebungskompetenz für den redaktionellen Datenschutz der Presse dem Sachzusammenhang einer Bundesgesetzgebungskompetenz zugeschlagen wird.

¹ § 53 BDSG (neu) regelt wie § 5 BDSG (alt) das sog. Datengeheimnis. Geregelt wird die Verpflichtung der Mitarbeiter, hier der Redaktionsmitarbeiter, die Daten nicht unbefugt zu verarbeiten, hier also nicht zu anderen als redaktionellen Zwecken zu verarbeiten.

² Art. 5 Abs. 1 f) DSGVO regelt entsprechend § 9 BDSG (alt) die Verpflichtung zur Datensicherheit durch technische und organisatorische Maßnahmen, hier also die Verpflichtung, durch technische und organisatorische Maßnahmen sicherzustellen, dass die Redaktionsdaten nicht zu anderen als journalistisch-redaktionellen Zwecken verarbeitet werden.

³ § 83 BDSG (neu) regelt wie § 7 BDSG (alt) den Schadensersatz, und zwar im Falle der Verletzung von Vorschriften des BDSG (neu), hier also des § 53 BDSG (Datengeheimnis).

⁴ Art. 82 DSGVO regelt wie § 7 BDSG (alt) den Schadensersatz, und zwar im Falle der Verletzung von Vorschriften der DSGVO, hier also des Art. 5 Abs. 1 f) DSGVO (Datensicherheit).

1. Personaler Anwendungsbereich

Wenn der Bund wie bislang unter Art. 9 DSRL an dem Personenkreis der „Unternehmen und Hilfsunternehmen der Presse“ festhalten will, sollte jedenfalls in der Begründung festgehalten werden, dass ein weiter Pressebegriff zugrunde gelegt wird.

Vgl. dazu Erwgg. 153 DSGVO a. E.: „Um der Bedeutung des Rechts auf freie Meinungsäußerung in einer demokratischen Gesellschaft Rechnung zu tragen, müssen Begriffe wie Journalismus, die sich auf diese Freiheit beziehen, weit ausgelegt werden.“

Für die Presse würde es – bei sorgfältiger Umsetzung – auch kein Problem sein, die Tatbestandsmerkmale „Unternehmen und Hilfsunternehmen der Presse“ aufzugeben und bspw. genügen zu lassen: „Soweit Anbieter von Telemedien personenbezogene Daten zu journalistisch-redaktionellen oder literarischen Zwecken verarbeiten“.

2. Erfasste Daten:

Mit der Zweckbestimmung auf „journalistisch-redaktionelle oder literarische Zwecke“ wird sichergestellt, dass die journalistische Datenverarbeitung von der Beschaffung der Information über die Verarbeitung in der Redaktion bis hin zur Veröffentlichung, auch in digitalen Archiven, erfasst wird. Angesichts immer wieder vorgetragener Angriffe sollte insbesondere letzteres in der Begründung zweifelsfrei wiederholt werden.

Es werden also nicht nur die für die Veröffentlichung der Artikel unmittelbar nötigen Datenverarbeitungen, sondern auch das nur der Redaktion zugängliche Redaktionsarchiv und die öffentlichen Pressearchive geschützt.

3. Streichung von ausschließlich:

Das „allein“ zu journalistischen Zwecken in Art. 9 DSRL wurde in Art. 85 Abs. 2 DSGVO gestrichen; das kann in der Umsetzung nachvollzogen werden. Damit sollte es nun möglich sein, bspw. die Spesenabrechnung über die Bewirtung eines Informanten, deren Verarbeitung immer auch steuerlichen Zwecken dient, als geschützt anzusehen. Verarbeitung von Daten, die nicht journalistischen Zwecken dient, bleibt ausgeschlossen.

4. Streichung von „eigenen“

Streichung von „eigenen“: Warum soll nicht ein Rechercheverbund unter Presseverlagen möglich sein, bei dem die Daten bspw. bei der Weitergabe an den Partner nicht für eigene Zwecke verarbeitet werden?

5. Erfasste Datenverarbeitung: „verarbeiten“

„Verarbeiten“ ist nun gemäß Art. 4 Abs. 2 DSGVO der Oberbegriff für alle denkbaren Formen des datenschutzrechtlich relevanten Umgangs mit Daten. Wenn die Länder dennoch an der Aufzählung von drei Verben festhalten wollen, sollte es auch nicht stören.

6. Anwendbares und nicht anwendbares Datenschutzrecht.

In der Sache ist wie bislang alles Datenschutzrecht unanwendbar mit Ausnahme von Vorschriften zur Datensicherheit und zum Datengeheimnis und darauf bezogenen Schadensersatzansprüchen.

a) Anwendbar sind unverändert nur die Vorschriften über die Datensicherheit und das Datengeheimnis sowie der entsprechend begrenzte Schadensersatzanspruch

Das **Datengeheimnis**, bislang § 5 BDSG, findet in der DSGVO keine entsprechend spezielle und passende Norm, wird aber im BDSG (neu) nach dem Stand des 2. Referentenentwurfes vom 23.11.2016 in § 49 explizit geregelt. Deshalb ist § 9 BDSG (alt) durch § 49 BDSG (neu) zu ersetzen.

Technische und organisatorische Maßnahmen zur Datensicherheit. Solche Maßnahmen enthält bislang § 9 BDSG. Sie finden sich in Art. 5 I f) DSGVO, ergänzt um Detailvorgaben in Art. 32 DSGVO, die aber vielfach nicht passen oder unangemessen erscheinen (Pseudonymisierung, Datenverarbeitung nur auf Anweisung oder bei Verpflichtung etc.). Deshalb wird hier auf Art. 5 I f) verwiesen, der dann im Wege der Auslegung auf den einzig sinnvoll möglichen Aspekt, die Absicherung gegen Zweckentfremdung für nicht journalistische Zwecke hin konkretisiert wird. Das ließe sich zur Klarstellung – anders als in diesem Vorschlag – auch in den Gesetzestext hineinschreiben, wäre aber ein größerer gesetzgebungstechnischer Aufwand als die bloße Ersetzung des § 9 BDSG durch Art. 5 I f) DSGVO

Schadensersatz, bislang § 7 BDSG, findet sich nun in § 83 BDSG (neu), und zwar im Falle der Verletzung von Vorschriften des BDSG (neu) und damit auch bei Verstößen gegen das Datengeheimnis gemäß § 53 BDSG (neu). Art. 82 DSGVO regelt den Schadensersatz im Fall der Verletzung von Pflichten aus der DSGVO, wird also für Art. 5 Abs. 1 f) DSGVO benötigt. Wie im geltenden Recht wird Schadensersatz auf die Verletzung dieser Pflichten begrenzt.

b) Nicht anwendbar sind damit die in Art. 85 Abs. 2 DSGVO genannten Kapitel II bis VII und IX. So wie die geltenden Bereichsausnahmen der Pressegesetze und des § 57 Abs. 1 RfTmStV die Vorschriften des Bundesdatenschutzgesetzes zu den in Art. 9 DSRL genannten Richtlinien-Kapiteln für unanwendbar erklärt hatten, werden nun die unmittelbar geltenden Verordnungs-Kapitel für unanwendbar erklärt. Kapitel I spielt keine Rolle, da es nur Definitionen enthält.

c) Nichtanwendbarkeit der Art. 77 - 80 und 83 (aus Kapitel VIII DSGVO).

Kapitel VIII der Datenschutzgrundverordnung (Rechtsbehelfe, Haftung und Sanktionen) findet sich zwar nicht in Art. 85 Abs. 2 DSGVO mit seiner **Verpflichtung** zu Ausnahmen oder Befreiungen. Insoweit gilt aber der Art. 85 Abs. 1 DSGVO, der zwar keine Pflicht zu Ausnahmen vorsieht, aber auch nicht ausschließt, indem er den Mitgliedsstaaten insoweit die Möglichkeit zu angemessenen Regeln überlässt (vgl. oben unter A IV. 2.).

Aus Kapitel X wird die Schadensersatzverpflichtung des Art. 82 für die Datensicherheitsverpflichtung für anwendbar erklärt.

Die übrigen Artikel enthalten Vorgaben, die auf die redaktionelle Datenverarbeitung gerade nicht passen. Artikel 77 und 78 (Beschwerde bei und gegen eine Aufsichtsbehörde) machen keinen Sinn, da die Datenschutzaufsicht nicht greift. Das Gleiche gilt für Art. 83 f. (Geldbußen etc.). Die Vorschrift über Verbandsklagen etc. (Art. 80) ist ebenfalls nicht angemessen.

Die Bundesregierung hat 2014 im EU-Ministerrat vorgeschlagen, hier ausgenommene Artikel des VIII. Kapitels in Art. 85 Abs. 2 DSGVO aufzunehmen. Das wurde deshalb nicht weiter verfolgt, weil in diesem Stadium des Verfahrens keine Zeit mehr für solche neuen Diskussionen schien. Damals war aber auch noch völlig unsicher, ob es einen zusätzlichen Art. 85 Abs. 1 geben wird, der diese Ausnahmen wenn nicht verlangt, so doch ermöglicht. Mit der Einführung des Art. 85 Abs. 1 DSGVO war es letztlich auch nicht mehr erforderlich, auf dieser Erweiterung des Art. 85 Abs. 2 DSGVO zu bestehen.

d) Nichtanwendbarkeit des BDSG (neu): Der größte Teil des Datenschutzrechts wird unmittelbar durch die DSGVO geregelt werden. Deshalb wird das BDSG gemäß Art. 10 Abs. 1 des Entwurfes eines Datenschutzanpassungs- und -Umsetzungsgesetzes EU v 23.11.2016 zum 25. Mai 2018 außer Kraft gesetzt. Nur noch aufgrund spezifischer und begrenzter Öffnungsklauseln erlaubt die DSGVO den Mitgliedsstaaten, für bestimmte Bereiche ergänzendes Datenschutzrecht zu erlassen. Das soll bspw. durch § 22 BDSG (neu)-Entwurf i. V. m. Art. 9 DSGVO und andere Bestimmungen des BDSG (neu) geschehen. Deshalb ist auch das BDSG (neu) in die Bezugsnormen aufzunehmen.

7. Art. 40 ff. DSGVO als Nachfolger des § 38a BDSG weglassen

§ 38a BDSG, Verhaltenskodizes, findet sich nun unter Art. 40 ff. DSGVO. Die Vorschriften über von Aufsichtsbehörden genehmigte Verhaltensregeln passen aber für die redaktionelle Verarbeitung in keiner Weise. Die Überwachung durch Datenschutzaufsichtsbehörden wäre genau das Gegenteil der Freiheit von datenschutzbehördlicher Aufsicht. Deshalb sollten die Art. 40 ff. DSGVO nicht erwähnt werden. Art. 40 ff. DSGVO findet sich in Kapitel IV der DSGVO, das in Art. 85 Abs. 2 DSGVO genannt wird. Demgegenüber war Art. 27 RiLi 95/46/EG, der die europäische Vorgabe zu § 38a BDSG darstellt, in Kapitel V der Richtlinie enthalten, das in Art. 9 RiLi nicht genannt wurde. Die Vorschriften über optionale Verhaltensregeln konnten also unter Art. 9 RiLi nicht ausgenommen werden, sind aber nun in Art. 85 Abs. 2 DSGVO enthalten.

B Nicht-journalistische Datenverarbeitung

I. Sog. „Laienäußerung“ = echte geistige Meinungsäußerung, aber nicht journalistisch-redaktionell und damit auch nicht unter journalistischen Sorgfaltspflichtenanforderungen

Auch wenn diese Veröffentlichungen, bspw. Leserkommentare oder Forumsbeiträge etc. nicht unmittelbar die journalistisch-redaktionelle Arbeit der Mitglieder der unterzeichnenden Verleger- und Journalistenorganisationen betreffen, erlauben wir uns einige Anmerkungen zu diesem Bereich.

a) Ohne gesonderte Ausnahme für nicht-journalistische öffentliche Äußerungen findet auf solche Äußerungen zusätzlich zum zivil- und strafrechtlichen Äußerungs- und Persönlichkeitsrecht das schärfere materielle Datenschutzrecht Anwendung, das eine Sonderordnungsbehörde, die staatliche Datenschutzaufsicht, mit behördlichen Verboten anwenden und durchsetzen kann.

In der Sache dürfte klar sein, dass die Anwendung des Datenschutzrechts und der Datenschutzaufsicht auch auf die öffentliche Äußerung von Nicht-Journalisten nicht sachgerecht ist.

Auch die bloße Meinungsäußerungsfreiheit darf nicht durch ein Verbot der Behauptung personenbezogener Tatsachen bis zum Nachweis der Einwilligung oder dem Eingreifen einer gesetzlichen Grundlage in ihr Gegenteil verkehrt werden.

Die dann bestehenden Äußerungsverbote der DSGVO sind unverhältnismäßig. Eine staatliche Gefahrenabwehrbehörde als Meinungsäußerungspolizei scheint nicht der richtige Weg.

Typische und zentrale Aussagen des Äußerungsrechts wie etwa „Wahre Tatsachenbehauptungen über Vorgänge aus der Sozialsphäre sind grundsätzlich hinzunehmen“ (BVerfG, B. v. 29.6.2016 – 1 BvR 3487/14) können dann schnell dahingehend in ihr Gegenteil verkehrt werden, dass personenbezogene Tatsachen gegen den Willen des in seinem Recht auf informationelle Selbstbestimmung Betroffenen nur ausnahmsweise bei überwiegendem öffentlichen Interesse verbreitet werden dürfen.

Das gesamte nicht-journalistische Äußerungsrecht gerät dann in die Datenschutzlogik, die eben nicht die ausnahmsweise beschränkte Freiheit, sondern die nur ausnahmsweise gerechtfertigte Äußerung über personenbezogene Daten als Ziel, Grundlage und Motivation kennt.

Im Moment geht die Äußerungsfreiheit der nicht-journalistischen Bürger und Laien im Bereich der Veröffentlichung personenbezogener Tatsachenbehauptungen mit dem sog. Laienprivileg in mancher Hinsicht inhaltlich sogar etwas weiter als die Pressefreiheit. Wenn

Laien Tatsachen bspw. über einen Politiker etc. behaupten, genügen sie ihrer Sorgfaltspflicht zur Ermittlung der Wahrheit, wenn sie sich auf unwidersprochen gebliebene Medienberichte berufen können.

Im Bereich der unsachlichen und provokativen Meinungsäußerung steht Bürgern die gleiche Freiheit zu wie der Presse. Evtl. geht die Freiheit faktisch sogar etwas weiter, da man insbesondere ideologisch eingegrabenen Privatmenschen (bspw. gewissen Tierschützern etc.) einen Sonderbonus zu gewähren scheint.

b) Mittelbar droht zudem die Gefahr, dass eine vermehrte datenschutzrechtliche Beschneidung der Äußerungsfreiheit für nicht-journalistische Bürger und Organisationen, die derzeit die Presse wie jeden anderen gleichermaßen schützt, dazu führt, dass die an sich einem jeden zustehende Freiheit nur noch die Presse schützt und letztlich als – in der Sache nur schwer zu rechtfertigendes – Presseprivileg wahrgenommen wird. Damit wäre die Beschneidung der Äußerungsfreiheit durch Datenschutz der Einstieg in die Beschneidung auch der Presse- und Medienfreiheit.

c) Es könnte zu weit gehen bzw. nicht durchzusetzen sein, jede Datenverarbeitung **für den Zweck von Meinungsäußerungen oder Tatsachenbehauptungen** vom Datenschutz auszunehmen. Denn ohne journalistisch-redaktionelle Verfestigung der publizistischen Tätigkeit wird die Politik womöglich keine Ausnahmen für die Äußerung vorbereitende Datensammlungen (Redaktionsarchive etc.) einführen wollen?

Jedenfalls richtig wäre aber wohl eine Regelung im Sinne des Art. 85 Abs. 1 DSGVO für die Datenverarbeitung, die Teil der Meinungsäußerung oder Tatsachenbehauptung ist.

Art. 2 Abs. 2 c) DSGVO dürfte häufig nicht weiter helfen, da öffentliche Äußerungen keine „ausschließlich persönliche“ „Tätigkeit“ sind.

Die Regelung müsste die Unanwendbarkeit von DSGVO und BDSG (neu) für die Verarbeitung personenbezogener Daten festschreiben, die Teil einer nicht-journalistischen Meinungsäußerung sind. Sie könnte bspw. wie folgt lauten:

„Soweit Meinungsäußerungen die Verarbeitung personenbezogener Daten zu anderen als journalistisch-redaktionellen oder literarischen Zwecken beinhalten, finden nur [die oben dargestellten Vorschriften zu Datensicherheit und Datengeheimnis] Anwendung.“

Fraglich ist, ob eine solche Regelung für nicht-journalistische und in diesem Sinne nicht-mediale Äußerungen eher einer Länder- oder eine Bundesgesetzgebungskompetenz zuzuordnen ist.

Ferner könnte überlegt werden, ob Bedarf für eine ähnliche Regelung auch in den Pressegesetzen besteht? Allerdings führen Flugblätter heute zu weniger Fällen als im Vor-

Internetzeitalter. Und Datenschutzaufsichtsbehörden könnten bei bedrucktem Papier mit der Annahme einer Datenverarbeitung durch die Veröffentlichung eventuell vorsichtiger sein. Deshalb besteht womöglich schon kein praktisches Bedürfnis.

II. Datenverarbeitung nicht-journalistischer Dritter, bspw. von Suchmaschinen, zur Auffindbarkeit journalistischer Angebote

a) Zur Abgrenzung: Wenn eine digitale Zeitung oder Zeitschrift aus anderen Zeitschriften oder Zeitungen zitiert oder eine Presseschau erstellt, handelt es sich immer um Datenverarbeitung im Sinne des § 57 Abs. 1 RfTmStV.

Wenn es um die Frage der Zulässigkeit von digitalen Onlinearchiven einer Zeitschrift oder Zeitung geht, ist dieses Online-Archiv journalistisch-redaktionelle Datenverarbeitung (vgl. auch Erwgg. 153 der DSGVO). Die Rechtsfragen werden nach Äußerungsrecht gelöst, nicht nach Datenschutzrecht! Auch und gerade die Artikel der DSGVO zum Recht auf Vergessen greifen nicht.

Ebenso verhält es sich, wenn ein menschlicher Schnipseldienst mit selbst geschriebenen Ausschnitten journalistisch-redaktionelle Qualität hat (vgl. bspw. turi2.de).

b) Wenn aber ein technischer Aggregator wie etwa eine Suchmaschine Presseveröffentlichungen im Internet durchsucht und Ausschnitte mit Link anzeigt, ist diese Verarbeitung nicht journalistisch-redaktionell und deshalb nicht von Art. 85 Abs. 2 DSGVO, § 57 I RfTmStV erfasst. Es greift zusätzlich zum allgemeinen Persönlichkeitsrechtsrechtsschutz das Datenschutzrecht.

Kontakt:

Prof. Dr. Christoph Fiedler
VDZ
Markgrafenstr. 15
10969 Berlin
Tel.: 030 72 62 98 120
c.fiedler@vdz.de

Benno H. Pöppelmann
DJV
Torstraße 49
10119 Berlin
Tel.: 030 72 62 79 212
poep@djv.de