

Stellungnahme Professor Dr. Matthias Cornils
Direktor des Mainzer Medieninstituts
Lehrstuhl für Medienrecht, Kulturrecht und Öffentliches Recht, Universität Mainz

Anhörung von Sachverständigen
des Ausschusses für Kultur und Medien
des Landtages Nordrhein-Westfalen

zum Gesetz zur Zustimmung zum 21. Staatsvertrag zur Änderung rundfunkrechtlicher
Staatsverträge (21. Rundfunkänderungsstaatsvertrag) und zur Änderung weiterer Gesetze
(16. Rundfunkänderungsgesetz)

Gesetzentwurf der Landesregierung, Drucksache 17/1565

I. Gegenstand der Stellungnahme

Der zur Stellungnahme gestellte Entwurf des Artikelgesetzes umfasst eine ganze Reihe von Gesetzesänderungen mit heterogenem Inhalt und von unterschiedlicher Bedeutung. Diese Stellungnahme beschränkt ihren Betrachtungsgegenstand auf diejenigen Bestimmungen, die die Änderung datenschutzrechtlicher Regelungen für die Medien betreffen. Sie gehen bekanntlich auf den Anpassungsimpuls zurück, der von der am 28. Mai 2018 in Kraft tretenden Datenschutz-Grundverordnung (VO EU Nr. 2016/679) ausgeht. Bei diesen Änderungen handelt es sich einerseits um die für alle Bundesländer im 21. RÄStV vereinbarten Regelungen für den Rundfunk und für die Telemedien im Rundfunkstaatsvertrag (§ 9c und § 57 sowie § 59 RStV) und zur Datenschutzaufsicht in der Gemeinschaftsanstalt ZDF und im Deutschlandradio (jeweils §§ 16-18 des ZDF-StV und des Deutschlandradio-StV), die nun

der Zustimmung durch die Landtage bedürfen. Andererseits geht es um die partikular landesrechtlichen Regelungen zum Mediendatenschutz für Nordrhein-Westfalen außerhalb der Reichweite der Staatsverträge, also im WDR-Gesetz für die öffentlich-rechtliche Rundfunkanstalt des Landes (§§ 48-51), im Landesmediengesetz für die Datenverarbeitung durch private Rundfunkveranstalter (§§ 46-51a LMG NRW) und schließlich im Landespressegesetz für die Druckpresse (§ 12 LPresseG NRW). Auch mit diesem eingeschränkten Fokus sind damit zahlreiche Einzelregelungen erfasst, die hier nicht sämtlich im Detail kommentiert werden können. Dies ist auch nicht in jeder Hinsicht nötig:

Soweit mit den vorgeschlagenen Gesetzesänderungen der Novellierungsbedarf hinsichtlich der Medienprivilegien erfüllt wird, der sich aus der Umstellung des Unionsrechts auf den Modus der Verordnung (statt wie bisher der Richtlinie) sowie aus der (nicht mehr auf die Bundesrahmengesetzgebungskompetenz für das Pressewesen gestützten) Neufassung des BDSG (Wegfall des § 41 BDSG bisherige Fassung) ergibt, ist dagegen nichts zu erinnern. Die landesrechtlichen Vorschriften haben nun den Anwendungsvorrang unionsrechtlicher Regelungen zu beachten: Insofern jetzt, anders als bisher unter der Datenschutz-Richtlinie, 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. An die Stelle des bisher (in den meisten Pressegesetzen) normierten Rückverweises auf das BDSG tritt nun ein (deklaratorischer) Verweis auf die einschlägigen, unmittelbar anwendbaren Regelungen der DS-GVO. Dies betrifft die immer schon vom Medienprivileg nicht umfassten, also nicht medienrechtlich abbedungenen Anforderungen an die Datensicherheit (bisher: § 9 BDSG, nun: Art. 5 Abs. 1 Buchst. f) und den Schadensersatz (bisher: § 7 BDSG, nun: Art. 82 DS-GVO). Die Anforderungen an die Wahrung des Datengeheimnisses, die bisher über eine Verweisung auf § 5 BDSG errichtet wurden, müssen indes künftig durch eigene Bestimmungen im Landesrecht geregelt werden, da die DS-GVO insoweit keine Vorschrift enthält. Die Neufassung der Vorschriften wird diesen Anforderungen gerecht.

Hinzuweisen ist freilich darauf, dass weder das Datengeheimnis noch die Anforderungen an die Datensicherheit unionsrechtlich zwingend gefordert sind in dem Sinne, dass sie nicht aufgrund der Öffnungsklauseln des Art. 85 Abs. 1 und 2 DS-GVO mitgliedstaatlich abbedungen werden könnten. Schon die Aufrechterhaltung des traditionellen Bestandes von auch auf die Datenverarbeitung durch die Medien anwendbaren datenschutzrechtlichen Anforderungen (Datengeheimnis, Datensicherheit und Schadensersatz) ist also keine unionsrechtlich erzwungene, sondern eine politisch gewollte, als solche aber etablierte und gut vertretbare Entscheidung.

Meine Stellungnahme setzt folgende Schwerpunkte:

In grundsätzlicher Sicht soll zunächst noch einmal der sich auch nach Umstellung auf die Datenschutzgrundverordnung nach wie vor ergebende Spielraum der Mitgliedstaaten für eine weitgehende Freistellung der journalistischen Tätigkeit von datenschutzrechtlichen Anforderungen, in materiell-rechtlicher Hinsicht wie institutioneller Hinsicht (Datenschutzaufsicht), beschrieben werden. Davon hängt entscheidend die rechtliche Zulässigkeit oder sogar Gebotenheit der Ausgestaltung der Medienprivilegien ab, wie sie nun im Gesetzentwurf vorgeschlagen wird. Insofern wird auch darzulegen sein, inwiefern die nun unterbreiteten Vorschläge hinter den durch die Datenschutzgrundverordnung eröffneten Möglichkeiten einer Freistellung sogar zurückbleiben, also unionsrechtlich nicht geboten sind (II. 1.)

Eine Einschätzung grundsätzlicher Art verdient sodann auch die konzeptionelle Anlage der Neugestaltung der Medienprivilegien: Die Vorschläge in ihrer Gesamtheit verfolgen das Ziel einer kohärenteren Zusammenfassung bisher zersplitterter Regelungen, namentlich durch eine nun alle Rundfunkveranstalter einheitlich erfassende materiell-rechtliche Regelung des Medienprivilegs in § 9c RStV, durch eine ebenso im Ansatz universelle Regelung für die journalistisch-redaktionellen Telemedien, sowohl des öffentlich-rechtlichen und privaten Rundfunks als auch privater Presseunternehmen (§ 57 RStV), schließlich durch eine Angleichung der Regelung für die Presse an diejenige im Rundfunkstaatsvertrag für die elektronischen Medien.

Im Hinblick auf die institutionelle Seite, also die Aufsicht, wird die Angleichung jedoch nicht zu Ende getrieben, sondern werden vielmehr – in der Fortsetzung schon nach der bisherigen Rechtslage bestehender Unterschiede zwischen den Regularien für die elektronischen Medien und für die Presse – zwei sehr unterschiedliche Konzepte zugleich verwirklicht, einerseits ein Konzept behördlicher Datenschutzaufsicht, wenn auch durch Sonderdatenschutzbehörden für Rundfunk und Telemedien anstelle der allgemeinen Landesdatenschutzbehörden, andererseits ein Konzept des Verzichts auf öffentlich-rechtliche Datenschutzaufsicht unter der Bedingung freiwilliger Selbstregulierung (d. h. bei Mitgliedschaft im Presserat) für die Druckpresse und die Presse-Telemedien. Diese signifikante Differenzierung schreibt bisherige Regelungsstrukturen fort, wirft gleichwohl heute, unter den Bedingungen zunehmender Medienkonvergenz und gemessen am Anspruch einer in sich kohärenten, das Gesamtbild in den Blick nehmenden Neuregelung die Frage nach ihrer Ratio auf, zumal sie sich nicht auf Inhalte oder Tätigkeiten richtet und damit möglicherweise verbundenen unterschiedlichen Risiken für die informationelle Selbstbestimmung Rechnung trägt, sondern einfach nur auf unterschiedliche Klassen von Medienanbietern Bezug nimmt (Rundfunksender bei linearen wie nichtlinearen Angeboten einerseits, Presseunternehmen mit Druckwerken und online-Angeboten andererseits) (II.2.).

Von den Einzelregelungen sollen sodann nur noch die Regelungen des § 12 LPresseG-E und des § 51a LMG genauer betrachtet werden. Erstere sieht nun erstmals und anders als andere Landespressegesetze auch für die Druckpresse eine datenschutzbehördliche Aufsicht sowie die datenschutzrechtlichen Auskunfts- und Berichtigungsansprüche vor, wenn auch hier wiederum unter der auflösenden Bedingung einer Teilnahme an der Presserats-

Selbstregulierung (II.3.). Die Vorschrift des § 51a LMG-E wirkt bei unklarem Anwendungsbereich in Abgrenzung zu den schon von § 57 Abs. 1 RStV erfassten Telemedien privater Anbieter Fragen hinsichtlich ihrer abweichend eingeschränkten Privilegierungsfolge auf (II.4.).

II. Anmerkungen

1. Unionsrechtlich eröffneter mitgliedstaatlicher Spielraum für die Freistellung der Medien von datenschutzrechtlichen Anforderungen („Medienprivileg“)

Wie schon unter der Geltung der bisherigen Datenschutzrichtlinie respektiert auch das auf die Verordnung umgestellte Unionsdatenschutzrecht in seiner nun einschlägigen Öffnungsklausel des Art. 85 DS-GVO die Notwendigkeit einer Freistellung der Medien, aber darüber hinaus auch sonstiger journalistischer und publizistischer Tätigkeit, von datenschutzrechtlichen Anforderungen, welche mit der grundrechtlich geschützten Kommunikationsfreiheit, aber auch der publizistischen Aufgabe und damit der ebenso verfassungsrechtlich und konventionsrechtlich garantierten objektiv-demokratischen Funktion von Medien und Publizistik weitgehend unvereinbar sind. Diese Notwendigkeit einer datenschutzrechtlichen Privilegierung der Medien ist in Rechtsprechung und Literatur vielfach beschrieben und bestätigt worden und bedarf hier keiner ausführlichen Darlegung oder Belege. Entscheidend für die politischen Handlungsspielräume der mitgliedstaatlichen Gesetzgeber, in Deutschland für das Medienrecht auf Landesebene, ist aber die Reichweite dieser Freistellungsermächtigung im Regelungsauftrag des Art. 85 DS-GVO.

Die Regierungen der Bundesländer im Zuge der Vereinbarung der Staatsverträge und auch die nordrhein-westfälische Landesregierung bei den darüber hinausgehenden Regelungsvorschlägen für das zu ändernde Landesmedienrecht sind ausweislich der Begründung des Gesetzentwurfs von der Annahme ausgegangen, unter der Datenschutz-Grundverordnung in ihrem Handlungsspielraum hinsichtlich der Gestaltung der Medienprivilegien nicht weitergehend eingeschränkt zu sein als unter der bisher geltenden Datenschutzrichtlinie. Insbesondere findet sich in der Begründung kein Hinweis darauf, dass die Staatsvertragsparteien oder die Landesregierung von einer unionsrechtlichen Pflicht ausgegangen wären, die Datenverarbeitung zu publizistischen Zwecken nun einer datenschutzbehördlichen Aufsicht zu unterwerfen, dies eine These, die wegen der textlich nicht alle Kapitel der Datenschutzgrundverordnung, insbesondere nicht das Kapitel VIII DS-GVO über „Rechtsbehelfe, Schadensersatz und Sanktionen“, erfassenden Freistellungsermächtigung in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO teilweise vertreten worden ist.

Diese eine umfassende Freistellungsbefugnis auch im Hinblick auf die Aufsicht zugrunde liegende Rechtsauffassung der Landesregierung zu den neuen Öffnungsklauseln in Art. 85 Abs. 1 und 2 DS-GVO, ist zutreffend; dies habe ich in einer rechtsgutachtlichen Untersuchung ausführlich dargelegt, deren wesentliche Ergebnisse im Folgenden noch einmal zusammengefasst werden sollen. Bei dem teilweise behaupteten unionsrechtlichen Zwang zu einer Anwendung datenschutzrechtlicher Vorschriften, die eine Zuständigkeit der Datenschutzbehörden voraussetzen, handelt es sich um eine rechtsirrigte Annahme. Die neue

Freistellungsermächtigung in der DS-GVO zum Schutz publizistischer Kommunikation bleibt hinter derjenigen in der Vorgängerregelung der DSRL nicht zurück und erlaubt die Aufrechterhaltung der Medienprivilegien im deutschen Landesrecht ohne substantielle Änderung.

a) Die unionsrechtlichen Öffnungsklauseln (Art. 85 Abs. 1 und 2 DS-GVO): Ermächtigung und Regelungsauftrag zur Freistellung der publizistischen Kommunikation vom Datenschutzrecht

Hintergrund der Meinungsverschiedenheiten um die zulässige Reichweite des Medienprivileges sind die neuen, an die Stelle von Art. 9 DSRL getretenen unionsrechtlichen Öffnungsklauseln in Art. 85 Abs. 1 und 2 DS-GVO, die den Mitgliedstaaten die Freistellung der publizistischen Kommunikation von den Anforderungen der DS-GVO („Medienprivilegien“) ermöglichen, soweit dies zum Schutz der Meinungs- und Informationsfreiheit erforderlich ist. Art. 85 Abs. 2 DS-GVO listet die Kapitel der Verordnung auf, von denen die Mitgliedstaaten (modifizierende) Abweichungen oder (derogierende) Ausnahmen vorsehen können. Diese Enumeration umfasst zwar die wesentlichen materiellen Anforderungen des Datenschutzes und auch das Kapitel VI über die Datenschutzbehörden, nicht aber die Kapitel I, X, XI, vor allem aber nicht VIII mit den Bestimmungen der Art. 77-84 über „Rechtsbehelfe, Haftung und Sanktionen“.

Art. 85 DS-GVO lautet:

- (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 und, künstlerischen oder literarischen Zwecken, in Einklang.
- (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.
- (3) Jeder Mitgliedstaat teilt der Kommission die Rechtsvorschriften, die er aufgrund von Absatz 2 erlassen hat, sowie unverzüglich alle späteren Änderungsgesetze oder Änderungen dieser Vorschriften mit.

Diese Fassung kann den Eindruck erwecken und hat in der Tat in der rechtspolitischen Debatte und in einigen (wenigen) rechtswissenschaftlichen Stellungnahmen zu der Ansicht geführt, dass die Mitgliedstaaten nicht zur Freistellung von Vorschriften des I., VIII., X. und XI. Kapitels ermächtigt seien, es sich bei den Regelungen der nicht gelisteten Kapitel vielmehr um unabdingbare, zwingend Anwendung beanspruchende Vorschriften der DS-GVO handle.

Aus dieser Sicht scheinen die in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO nicht genannten Kapitel, also auch das VIII. Kapitel, 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. Mitgliedstaatliche Anwendungs-„Anordnungen“ der Art. 77, 83 DS-GVO, wie sie in den Neufassungen der Medienprivilegien in den Landespressegesetzen teilweise sowie in § 9c Abs.1 Satz 4 und § 57 Abs. 1 Satz 4 RStV-E vorgesehen sind, hätten danach nur bekräftigenden, die Reichweite der Privilegierung um die insoweit ohnehin zwingend und unmittelbar Anwendung beanspruchenden Vorgaben der DS-GVO verkürzenden Charakter.

Während sich unstreitig in den Kapiteln I, X und XI keine ihrem Inhalt nach kritischen Vorschriften im Hinblick auf die Datenverarbeitung zu journalistischen Zwecken finden – die vermeintliche Nichtausschließbarkeit dieser Kapitel bleibt daher ohne Bedeutung –, ist der Verweis auf das VIII. Kapitel der DS-GVO von erheblicher Brisanz, allerdings bei genauerem Zusehen auch wiederum nur im Hinblick auf einige der in diesem Kapitel verankerten Vorschriften: Hinsichtlich der Bestimmungen über 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) ergibt sich tatsächlich noch keine Änderung gegenüber der alten Rechtslage. Auch bisher schon unterlagen Verstöße gegen die durch das Medienprivileg nicht freigestellten datenschutzrechtlichen Bindungen (also: Datengeheimnis und Datensicherheit) diesen Bewehrungen. Dies entspricht der Reichweite der bisher geltenden 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 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 sich auf die Datenschutz-Aufsichtsbehörden beziehen: Namentlich geht es dabei um das Beschwerderecht zur Aufsichtsbehörde gem. Art. 77 DS-GVO sowie um den gegen einen Beschluss der Aufsichtsbehörde zu gewährleistenden 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.

Wird Art. 85 Abs. 2 DS-GVO so verstanden, dass das Kapitel VIII auch mit seinen neuen, über das frühere Kapitel III DSRL hinausgehenden Vorschriften mit Bezug zu den Aufsichtsbehörden nicht mitgliedstaatlich abdingbar ist, bedeutet dies im Vergleich mit der bisher geltenden Rechtslage eine erhebliche Einschränkung des Medienprivilegs: Erstmals wären danach Aufsichtsbehörden auch im Hinblick auf die journalistische Tätigkeit der Medien unionsrechtlich zwingend zuständig.

Diese Auffassung ist allerdings verfehlt, und sie liegt tatsächlich – richtigerweise – auch nicht mehr der nun zur parlamentarischen Entscheidung der Landesgesetzgeber gestellten Fassung des Rundfunkänderungsstaatsvertrags sowie auch nicht dem vorgeschlagenen § 12 LPresseG zugrunde. Die im 21. RÄStV beschlossene Fassung macht nur Sinn auf der Grundlage einer zutreffenden Interpretation des Art. 85 DS-GVO, die daraus kein kategorisches Verbot einer Ausnahme von der Anwendbarkeit auch der Art. 77 ff. DS-GVO herleitet. Denn die Länder nehmen offenbar und zutreffend ihre Berechtigung an, auch diese Regelungen, die datenschutzbehördliche Befugnisse voraussetzen, für die journalistische Datenverarbeitung auszuschließen. Anders ist der nun in der Fassung des November-Entwurfs der Ministerpräsidenten durch § 57 Abs. 1 Satz 6 RStV-E eingefügte bedingte Ausschluss der Anwendbarkeit des VIII. Kapitels für die Presse-Telemedien bei Teilnahme an der Presserats-Selbstregulierung nicht erklärbar: Der Presserat ist eindeutig keine unabhängige Datenschutzbehörde im Sinn der Art. 51 ff. DS-GVO und also auch nicht eine Behörde im Sinn des Beschwerderechts des Art. 77 DS-GVO. Wenn aber § 57 Abs. 1 Satz 6 RStV-E die Anwendbarkeit des VIII. Kapitels für Presse-Telemedienanbieter abbedingt, soweit diese sich der Presserats-Selbstregulierung unterworfen haben¹ kann diese Anwendbarkeit nicht unionsrechtlich unabdingbar geboten sein. Die DS-GVO erwähnt in Art. 85 Abs. 2 DS-GVO

¹ Auch schon im Juni-Entwurf der Rundfunkkommission war – in Übernahme der geltenden Rechtslage – die Aufsichtszuständigkeit der staatlichen Datenschutzbehörden suspendiert für den Fall der Presserats-Selbstregulierung (§ 59 Abs. 1 Satz 3). Diese Regelung passte aber nicht mit der damals noch in § 57 Abs. 1 RStV-E angeordneten unbedingten Anwendbarkeit des VIII. Kapitels, die ja eine hoheitliche Aufsichtsbehörde iSd Art. 51 DS-GVO voraussetzt, zusammen.

keinen Selbstregulierungs-Vorbehalt gegenüber den Vorschriften des VIII. Kapitels. Macht ein Mitgliedstaat – wie jetzt in § 57 Abs. 1 Satz 6 RStV-E – deren Anwendbarkeit von der Bedingung der Nichtteilnahme an der Selbstregulierung abhängig, muss er notwendig davon ausgehen, dass die DS-GVO diese Anwendbarkeit jedenfalls nicht strikt und ausnahmslos einfordert, Art. 85 DS-GVO vielmehr auch insoweit also eine Freistellung durch die Mitgliedstaaten trägt.²

Noch deutlicher ist das Bild mit Blick auf die gleichfalls gerade im Anpassungsprozess befindlichen Medienprivilegien für die (Druck-)Presse in den Landespressegesetzen: Hier sehen jedenfalls einige Länder überhaupt von einer datenschutzbehördlichen Aufsicht und konsequent auch von einer Anwendbarkeit des VIII. Kapitels ab.³ NRW geht zwar nicht so weit, diese alte Konzeption einer schlechthin aufsichtsfrei gestellten Presse, die damit nur gerichtlicher Kontrolle unterliegt, weiterzuführen, setzt vielmehr in § 12 LPresseG-E auf das gleiche Konzept wie bei den Presse-Telemedien, also auf eine Freistellung von der Datenschutzaufsicht nur unter der Bedingung einer Teilnahme an der Selbstregulierung durch den Presserat. Für den nordrhein-westfälischen Vorschlag des pressegesetzlichen Medienprivilegs gilt aber daher dasselbe wie für § 57 Abs. 1 Satz 6, § 59 Abs. 1 Satz 3 RStV. Auch er bedeutet nichts anderes als die Berufung auf ein mitgliedstaatliches Abweichungsrecht vom VIII. Kapitel DS-GVO, gestützt auf die Öffnungsklauseln des Art. 85 DS-GVO.

Wenn die Länder also für die journalistische Datenverarbeitung durch die Presse und die Presse-Telemedien keine unabdingbare Bindung an das VIII. Kapitel, sondern eine unionsrechtlich eingeräumte Freistellungsbefugnis annehmen, können sie dies grundsätzlich auch für den Rundfunk und die „Rundfunk-Telemedien“ nicht anders sehen: Art. 85 DS-GVO unterscheidet in seinen Öffnungsklauseln nicht nach Medienarten. Dass die vorgeschlagenen Regelungen für den Rundfunk und die Rundfunk-Telemedien restriktiver gefasst sind, also eine sonderdatenschutzbehördliche Kontrolle durch die Rundfunkdatenschutzbeauftragten (in den Anstalten) bzw. den Datenschutzbeauftragten der LfM (für die privaten Rundfunkveranstalter) vorsehen, kann seinen Grund also nicht in einer dahingehenden zwingenden, nicht abdingbaren unionsrechtlichen Verpflichtung haben. Die Länder wären keineswegs unionsrechtlich verpflichtet, das strengere mediendatenschutzrechtliche Aufsichtsregime für den Rundfunk und die Rundfunk-Telemedien einzuführen (bzw. aufrechtzuerhalten), für das sie sich im RStV und NRW im WDR-Gesetz und im Landesmediengesetz nun entschieden hat. Es ist wichtig, diese unionsrechtliche Prämisse der nun vorliegenden Gesetzentwürfe deutlich herauszuarbeiten und klarzustellen.

² Die Begründung um 21. RÄStV stützt sich dafür nunmehr auch ausdrücklich für diese Freistellung der Presse-Telemedien auf die allgemeine Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 1 DS-GVO, LT-Drs. 17/1565, S. 82: „Die Ausnahme ist im Hinblick auf Art. 85 Abs. 1 DS-GVO erforderlich ...“

³ So. z.B. Art. 3 des Entwurfs des baden-württembergischen Anpassungsgesetzes: Änderung von § 12 LandespresseG BW.

Die zentralen rechtlichen Gründe für diese richtige Prämisse seien hier noch einmal⁴ thesenartig wiedergegeben:

- 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 EU-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 ausnahmenfähigen 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

⁴ Ausführlich dazu mein Rechtsgutachten (erstattet dem Bundesverband Deutscher Zeitungsverleger e. V., der Deutsche Journalisten- und Journalistinnen-Union, dem Deutschen Journalisten-Verband und dem Verband Deutscher Zeitschriftenverleger e. V.) „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“.

(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 un schlüssig 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 anwendungs-fähig.

- 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 *da-nach* 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 Konfliktentscheidungsmechanismen und Kontrollzuständigkeiten gegenüber dem institutionellen Datenschutz, ist daher auch weiterhin unionsrechtlich möglich.
- 17) Auch aus unionalem Primärrecht, namentlich Art. 8 Abs. 3 GrCh, ergibt sich kein stichhaltiges Argument für die Annahme zwingender, mitgliedstaatlich nicht aufgrund von Art. 85 DS-GVO abdingbarer Aufsichtsbefugnissen der Datenschutzbehörden über Datenverarbeitungen zu journalistischen Zwecken.
- 18) 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.
- 19) 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.

b) Folgerungen

Bemerkenswert ist vor diesem Hintergrund aber, dass die Fassungen der Medienprivilegien den unionsrechtlich eröffneten Rahmen nicht vollständig ausschöpfen. Dies betrifft zum einen länderübergreifend, schon im Rundfunkstaatsvertrag so vorgesehen, die restriktivere Regelung für die elektronischen Medienangebote (mit der Ausnahme der Telemedien von Presseunternehmen); insoweit hält der Rundfunkstaatsvertrag doch an dem Konzept einer behördlichen Datenschutzaufsicht (Art. 51 ff. DS-GVO) fest. Es betrifft aber auch die Bedingung freiwilliger Selbstregulierung, von der die Freistellung von der Datenschutzaufsicht (in Nordrhein-Westfalen demnächst: durch den Datenschutzbeauftragten der LfM) abhängig gemacht wird, und zwar nicht nur für die Presse-Telemedien (§ 57 Abs. 1 Satz 6, § 59 Abs. 1 Satz 3 RStV), sondern auch für die Druckpresse (§ 12 Abs. 1 Satz 5 LPresseG-E, her sogar: problematische Unterwerfung unter die Aufsicht der allgemeinen Datenschutzbehörden bei Nichtverpflichtung auf den Pressekodex!). Schließlich sollen nun auch erstmals für die Druckpresse die von der Freistellungsmöglichkeit des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO unzweifelhaft erfassten datenschutzrechtlichen Auskunfts- und Berichtigungsrechte (Art. 15 f. DS-GVO) eingeführt werden, wenn auch wieder unter dem Selbstregulierungsvorbehalt (§ 12 Abs. 2 LPresseG-E).

Mit Deutlichkeit festzuhalten ist, dass diese Vorschläge jedenfalls für die Druckpresse nicht nur den bisherigen Rechtszustand fortschreiben, das Medienprivileg also substantiell in vollem Umfang aufrechterhalten, sondern es einschränken. Dies gilt für die nun auch hier nach dem Muster der schon bisher im Rundfunkstaatsvertrag (§ 57, § 59 bisherige Fassung) für die Presse-Telemedien existierenden Regelung etablierte Bedingung der Teilnahme an der Selbstregulierung. Es gilt aber auch für das erwähnte Auskunfts- und Berichtigungsrecht. Die in der Begründung des Gesetzentwurfs betonte Zielsetzung, die Medienprivilegien auf dem bisherigen Stand zu erhalten, wird also nicht umfassend eingelöst. Stattdessen werden rundfunkrechtliche Muster eines immerhin partiell weitergehenden Datenschutzes auch im redaktionellen Bereich (Auskunfts- und Berichtigungsanspruch, Freistellung von der Behördenaufsicht nur bei Teilnahme an der Selbstregulierung) nun auch auf die Presse übertragen. Dies sorgt, wenn man so will für eine Angleichung der Regimes, allerdings auf Kosten der genannten Einschränkungen des Medienprivilegs für die Presse. Bemerkenswert ist, dass diese Einschränkung im Landespressegesetz auch weiter geht als in anderen, derzeit in Rechtssetzungsverfahren verhandelten Entwürfen anderer Bundesländer, etwa Hessens⁵

⁵ Art. 14 des Entwurfs eines Hessischen Gesetzes zur Anpassung des Hessischen Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) Nr. 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) Nr. 2016/680 zur Informationsfreiheit, LT-Drs. 19/5728, S. 92 mit Begr. auf S. 201 ff.; § 10 HessPresseG-E lautet: „Soweit Unternehmen und Hilfsunternehmen der Presse 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 ihrer Tätigkeit fort. Im Übrigen finden für die Datenverarbeitung zu journalistischen oder literarischen Zwecken außer den Kapiteln I, X und XI nur Art. 5 Abs. 1 Buchst. f in Verbindung mit Abs. 2, Art. 24 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2, Art. 32 Abs. 1 Buchst. b bis

oder Sachsen-Anhalts, die im wesentlichen den alten Rechtszustand für die Presse aufrechterhalten, also überhaupt und bedingungslos keine Datenschutzaufsicht vorsehen. Der nordrhein-westfälische Gesetzgeber sollte sich darüber im Klaren sein, dass er sich von diesen Entwürfen absetzt, stattdessen auf eine Harmonisierung der Medienprivilegien nach rundfunkrechtlichem Vorbild, also mit nur (durch die Bedingung der Selbstregulierung) konditionierter Freistellung setzt.

Unionsrechtlich ist diese Akzentverschiebung hin zu einem grundsätzlich weiterreichenden Anwendungsanspruch des Datenschutzrechts (und der Datenschutzaufsicht) auch in den Pressebereich hinein, nicht gefordert, wie gezeigt keinesfalls schon wegen einer Freistellung insoweit nicht tragenden Öffnungsklausel in der DS-GVO (s.o.), aber auch nicht aus Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten: Dass die Voraussetzung der Verhältnismäßigkeit mitgliedstaatlicher Freistellungen vom Datenschutzrecht (Erforderlichkeit und Angemessenheit als Ergebnis der Güterabwägung gemäß Art. 85 DS-GVO) bei den existierenden Medienprivilegien der Pressegesetze erfüllt gewesen ist, unterlag keinen durchgreifenden Zweifeln – wenn auch vereinzelter, indessen unbegründeter Kritik in der Kommentarliteratur. Diese Verhältnismäßigkeitsanforderung ist aber mit den neuen Öffnungsklauseln der Datenschutzgrundverordnung nicht verschärft, vielmehr sogar eher, zumindest sprachlich, gelockert worden. Die Öffnungsklauseln gestatten daher, wie auch die Begründung des Gesetzentwurfs richtig anmerkt, nicht nur Freistellungen aufgrund einer Einzelfallabwägung, sondern durchaus pauschale und so überhaupt nur gesetzlich regelbare und praktisch handhabbare mitgliedstaatliche Bereichsausnahmen. Es spricht daher alles dafür, dass wie nach der bisherigen Rechtslage auch künftig die datenschutzbehördliche Aufsicht wegen ihrer Inkompatibilität mit den Medienfreiheiten generell ausgeschlossen werden darf – also auch für die Rundfunkveranstalter.

2. Rundfunkaufsichtsmodell und Presse-Selbstregulierungsmodell: Kohärenzprobleme

Den vorgeschlagenen Regelungen im Rundfunkstaatsvertrag und im partikularen Landesrecht (nicht nur, aber auch in NRW) liegt, wie schon erwähnt, trotz des in der Begründung betonten Ziels einer einheitlichen, kohärenteren Fassung der Medienprivilegien ein dualistisches Konzept (oder auch nur: Nebeneinander) zugrunde, das strengere, öffentlich-rechtlich geprägte Aufsichtsregelungen für die elektronischen Medien neben eine auf behördliche

d, Abs. 2 und 4 und Art. 82 der Verordnung (EU) Nr. 2016/679 [...] sowie § 83 des Bundesdatenschutzgesetzes vom 30. Juni 2017 (BGBL I S. 2097) in der jeweils geltenden Fassung Anwendung. Art. 82 der Verordnung (EU) Nr. 2016/679 findet nur bei einem Verstoß gegen Art. 5 Abs. 1 Buchst. f, Art. 24 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 sowie Art. 32 Abs. 1 Buchst. b bis d, Abs. 2 und 4 der Verordnung (EU) Nr. 2016/679 Anwendung. § 83 des Bundesdatenschutzgesetzes findet mit der Maßgabe Anwendung, dass nur für eine Verletzung des Datengeheimnisses nach Satz 1 bis 3 gehaftet wird."; ebenso und sogar ohne die Nennung von Kap. I, X und XI, § 10a eines Entwurfs zur Änderung des § 10a des Pressegesetzes des Landes Sachsen-Anhalt vom 5.10.2017.

Kontrolle (unter der Bedingung der Selbstregulierung) verzichtende Lösung bei der Presse (und den Presse-Telemedien) stellt.

Diese Unterscheidung ist strukturell nicht neu, war vielmehr schon in den bisherigen Regelungen in den Rundfunkgesetzen und § 47 RStV sowie in § 57 RStV einerseits, den Pressegesetzen andererseits angelegt, wird insofern nur in modifizierter Form (Unterwerfung nun auch der Druckpresse unter den Selbstregulierungsvorbehalt) aufrechterhalten. Diese Eingeführtheit der Unterscheidung enthebt sie freilich nicht kritischer Betrachtung und der Frage nach ihrer Begründbarkeit. Die Begründung des Gesetzentwurfs verhält sich dazu nicht; tatsächlich ist sie fragwürdig. Dabei geht es auch nicht nur um graduelle Abstufungen, sondern um ein grundsätzlich unterschiedliches Konzept der Kontrolle und Durchsetzung der (wenigen) für die Medien in der Reichweite des Medienprivilegs greifenden materiell-datenschutzrechtlichen Bindungen – und überhaupt nur um diese geht es, selbstverständlich nicht um eine Aufsicht über Datenschutzrecht, das für die Medien gar nicht gilt: Während die behördliche Aufsicht (auch bei der vorgeschlagenen Ausgestaltung als anstaltsinterne Aufsicht oder nichtstaatliche Sonderaufsicht durch den Beauftragten der Landesmedienanstalt) mit dem Arsenal hoheitlicher Aufsichtsmittel aus der Datenschutzgrundverordnung und – privaten Anbietern gegenüber – sogar mit der Bebußungsbefugnis gem. Art. 58 Abs. 2 Buchst. i) DSGVO ausgestattet ist, sind die Bindungen und Verpflichtungen aus dem Pressekodex und der Beschwerdeordnung mit der Freiwilligen Selbstkontrolle Redaktionsdatenschutz nicht einmal im Ansatz mit vergleichbaren Eingriffsbefugnissen verbunden. Während die rundfunkrechtlichen Sonderdatenschutzbehörden mit dem vollen unionsrechtlichen Status der unabhängigen Datenschutzbehörde ausgestattet sein werden, sie damit aber auch den Kooperationsverpflichtungen des unionalen Datenschutzbehördenverbands (Art. 60 ff. DSGVO) gegenüber anderen staatlichen Datenschutzbehörden unterliegen, bleibt die freiwillige Selbstkontrolle ganz außerhalb des unionsrechtlich geprägten Aufsichtssystems. Die Selbstregulierung ist, solange sie, dem Gedanken der „verwaltungsfesten“ Pressefreiheit entsprechend, keine regulierte Selbstregulierung ist, keine „Aufsicht“ und daher auch nicht annähernd ein Äquivalent zu den Beauftragten im Rundfunkaufsichtsmodell.

Angesichts solcher gravierenden Wesens- und Funktionsunterschiede bedürfte der in den Gesetzen schon bisher etablierte und nun auch weiterhin aufrechterhaltene Dualismus beider Modelle aber einer tragfähigen Begründung im Hinblick auf die je verschiedenen Anwendungsbereiche; diese wird aber weder vorgetragen noch ist sie ersichtlich. Insbesondere leuchtet nicht ein, weshalb für den Rundfunk und die Telemedien der Rundfunkveranstalter ein Kontrollbedürfnis bzw. ein Bedürfnis für die Gewährung jener spezifisch datenschutzrechtlichen Betroffenenrechte besteht, wenn solche Bedürfnisse doch für die Presse und die Presse-Telemedien auch nach Auffassung des Gesetzgebers nicht bestehen. Anders gewendet bleibt fraglich, weshalb der für die privatwirtschaftliche Presse (mit ihren Telemedien) angenommene vorrangige Schutz freier publizistischer Kommunikation, der hier die Kraft hat, das unionsrechtliche Prinzip einer umfassenden Datenschutzaufsicht durch Verwaltungsbehörden zu überwinden, nicht gleichermaßen auch für inhaltsgleiche oder zumindest inhaltsähnliche Kommunikation durch Rundfunkunternehmen Platz greifen soll. Lässt

sich spezifisch für (mediale) Kommunikation im Netz, also bei Telemedien, noch annehmen, dass hier möglicherweise größere Risiken für die Wahrung des Datengeheimnisses oder Datensicherheit bestehen als bei der Druckpresse, auf diese Besonderheit weist auch die Gesetzesbegründung unter dem Gesichtspunkt der Rückkanalfähigkeit (etwa von Smart-TV), hin, ist die regulatorische Unterscheidung zwischen Telemedien der Rundfunkveranstalter einerseits und Telemedien von Presseunternehmen andererseits damit kaum zu begründen. Vor allem bei den privatwirtschaftlich veranstalteten Telemedienangeboten dürfte ein unterschiedliches Kontrollbedürfnis, dem durch die Behördenaufsicht nach dem „Rundfunkmodell“ einerseits (bei Telemedien der Rundfunkveranstalter), durch die Selbstregulierung nach Maßgabe des Pressekodex und der Beschwerdeordnung des Deutschen Presserats andererseits (bei Telemedien der Presseunternehmen) differenziert zu entsprechen wäre, kaum begründbar sein. Hier wird sichtbar, dass der erklärte Regelungsansatz besserer, medienartenübergreifender Kohärenz der Medienprivilegien in den vorgeschlagenen Gesetzen doch nur begrenzt verwirklicht wird.

Dies bedeutet keineswegs, dass das strengere „Rundfunkaufsichtsmodell“ nun auch – unter Bruch mit alten, gefestigten presserechtlichen Traditionen – im Sinne einer Harmonisierung auf die Presse und die Presse-Telemedien erstreckt werden sollte. Naheliegender wäre umgekehrt die Frage, aus welchen Annahmen sich eigentlich die Notwendigkeit einer behördlichen Aufsicht über den Redaktionsdatenschutz in Rundfunkunternehmen rechtfertigt und ob gegebenenfalls nicht auch die ja ohnehin vorgesehene Bestellung betrieblicher Datenschutzbeauftragter (Art. 37 DS-GVO) einem etwaigen Kontrollbedarf hinreichend Rechnung tragen kann. Die Erfordernisse des Quellenschutzes, des Redaktionsgeheimnisses, einer nicht von Informations- und Ermittlungsrechten belasteten journalistischen Arbeit sollten für Rundfunk- und online-Redaktionen jedenfalls im Grundsatz nicht weniger gelten als für Presseredaktionen. Und der weit reichende unionsrechtlich vorgegebene Autonomiestatus der (Rundfunk-)Datenschutzbeauftragten, die selbst kaum in einen eigenen Verantwortungszusammenhang eingebunden sind, birgt angesichts der Aufgaben und Befugnisse, über die sie verfügen, auch Risiken gerade im Bereich des redaktionellen Datenschutzes. Die Unterscheidung nach Trägern des Angebots (Presseunternehmen einerseits, Rundfunkveranstalter andererseits) und nicht nach Inhalten oder Formaten der Angebote erscheint auch, wie schon angedeutet, kaum sachlich begründet und dürfte zunehmend auch in der Abgrenzung problematischer werden (bei privatwirtschaftlichen Medienunternehmen, die sowohl linearen Rundfunk als auch online-Angebote anbieten).

Jedenfalls die nun erfolgende Betrauung der Rundfunk-Datenschutzbeauftragten (in den Anstalten und bei der LfM) mit dem Status unabhängiger Aufsichtsbehörden im Sinne des Art. 51 DS-GVO ist unionsrechtlich wegen der Freistellungsmöglichkeit aufgrund von Art. 85 DS-GVO nicht zwingend und in der Sache nicht frei von Zweifeln, insbesondere auch wegen der damit verbundenen informationellen Vernetzung mit der staatlichen Datenschutzaufsicht im Aufsichtsverbund, die ja zugleich eine problematische Schwachstelle für die staatsferne Autonomie bedeutet. Problematisch erscheint in diesem Zusammenhang besonders auch die

in § 49 Abs. 6 LMG vorgesehene Kooperationspflicht zwischen dem Datenschutzbeauftragten der LfM und der allgemeinen staatlichen Datenschutzbehörde. Der hier ausdrücklich geforderte intensive Informationsaustausch durchbricht die – damit nur vermeintliche – Immunität der Medienaufsicht gegenüber der staatlichen Sphäre und unterläuft damit die Staatsferne der Sonder-Datenschutzaufsicht, die die Begründung des Gesetzentwurfs doch geltend macht.

Insgesamt ist jedenfalls nicht klar und überzeugend begründet, weshalb der Gesetzgeber nicht medien- und veranstalterneutral bei allen journalistisch-redaktionellen Angeboten den Mut gefunden hat, auch die institutionelle Seite des Medienprivilegs, also die Freistellung von einer behördlichen Datenschutzaufsicht, vollauf zu verwirklichen, stattdessen vielmehr für wesentliche Bereiche – ohne dazu unionsrechtlich gezwungen zu sein – am Rundfunkaufsichtsmodell festhält.

3. § 12 LPresseG-E: Datenschutzaufsicht und datenschutzrechtliche Ansprüche unter auflösender Bedingung der Selbstregulierung

Wenn nun der nordrhein-westfälische Entwurf, anders als die Entwürfe anderer Bundesländer, den Ausschluss der datenschutzbehördlichen Aufsicht über die Presse nicht mehr als unkonditionierten Ausschluss will, er vielmehr nun in § 12 LPresseG-E wie für die Telemedien auch für die Druckpresse den Zugriff der Datenschutzaufsicht grundsätzlich ermöglicht, und zwar nicht einmal der besonderen Medien-Datenschutzaufsicht der LfM, sondern der allgemeinen Datenschutzbehörden (§ 12 Abs. 4 LPresseG!), liegt darin durchaus ein Paradigmenwechsel, dessen sich der Gesetzgeber bewusst sein sollte.

Verfassungsrechtliche, durch die Gewährleistung der Pressefreiheit gezogene Grenzen überschreitet diese Einschränkung zwar wohl nicht, da sie praktisch durch die Bedingung der Teilnahme an der Selbstregulierung (Presserat und Pressekodex) weitgehend entschärft ist. Das gleiche gilt für den nun einigermaßen überraschend in Art. 12 Abs. 2 LPresseG-E aufgenommenen datenschutzrechtlichen Auskunfts- und Berichtigungsanspruch.

Rechtspolitisch bleibt gleichwohl fraglich und in der Begründung des Gesetzentwurfs unerörtert, ob für diese Einschränkungen irgendein Schutz- und Regelungsbedürfnis besteht. Legt man als Grundsatz vernünftiger Medienregulierung zugrunde, dass Einschränkungen und Pflichten publizistischer Tätigkeit nur auf der Grundlage jedenfalls einigermaßen verlässlicher Risikoprognosen im Hinblick auf zu schützende Rechtsgüter vorgenommen werden sollten, bleiben hier Zweifel. Eine sich aus der bisherigen Praxis ergebende Notwendigkeit behördlicher Überwachung der (ja nur verbleibenden) materiellen datenschutzrechtlichen Anforderungen des Datengeheimnisses und der Datensicherheit bei der redaktionellen Datenverarbeitung durch die Presse ist ebenso wenig ersichtlich und in der Gesetzesbegründung auch nicht belegt wie die Notwendigkeit der nun eingeführten datenschutzrechtlichen Ansprüche, zumal der Auskunftsanspruch wieder unter dem Vorbehalt dann notwendiger Ausschlussgründe steht (§ 12 Abs. 2 Satz 2, insbesondere: keine Ausforschung des Informationsbestands), im Ergebnis daher sowieso praktisch nur selten greifen dürfte.

Die grundsätzliche Anerkennung eines Aufsichtsrechts der (allgemeinen!) Datenschutzbehörden über die Presse ist, das ist zu betonen, mehr als nur eine Petitesse, bedeutet vielmehr eine Abkehr von dem Prinzip, dass die Presse keiner ordnungsbehördlichen Überwachung unterliegt, etwaige Rechtsverstöße vielmehr gerichtlich geltend gemacht werden müssen. Ob dieses Prinzip um kaum erkennbarer Vorteile für einen besseren Schutz der informationellen Selbstbestimmung willen angetastet werden sollte, sollte zumindest noch einmal hinterfragt werden. Insgesamt empfiehlt sich an dieser Stelle ein Verzicht auf harmonisierenden Ehrgeiz in der nun vorgeschlagenen Weise einer Anlehnung an den Rundfunkstaatsvertrag und stattdessen eine Beibehaltung der alten presserechtlichen Lösung (wie z.B. in Hessen) ohne jeden (wenn auch bedingten) Überwachungsvorbehalt und auch eine Streichung des Abs. 2.

4. § 51a LMG

Die vorgeschlagene Regelung des Medienprivilegs für Telemedien außerhalb der von § 57 RStV unmittelbar erfassten Fälle (§ 51a LMG) wirft Fragen auf, denen im folgenden einige Bemerkungen gewidmet sein sollen. Der Gesetzgeber kompliziert mit ihrer Einführung die ohnehin schon schwierige Rechtslage hinsichtlich der kategorialen Erfassung von Telemedien noch weiter. Die Vorschrift führt in der Sache ein neuartiges, eingeschränktes, gleichsam „halbes“ Medienprivileg für Telemedienangebote ein, die zwar journalistisch-redaktionell gestaltet sind, deren Anbietern gleichwohl nicht das Prädikat „Presseunternehmen“ zuerkannt werden kann, welche schon gem. § 57 Abs. 1 RStV von datenschutzrechtlichen Anforderungen freigestellt sind, also durch das hier errichtete, „volle“ (wenn auch unter die Bedingung der Teilnahme an der Presserats-Selbstregulierung gestellte) Medienprivileg begünstigt werden. Nur mehr begrenzt ist die Privilegierungswirkung des § 51a LMG insofern, als die Vorschrift (durch die eingeschränkte Verweisung auf § 57) keine Freistellung von der Datenschutzaufsicht ermöglicht, auch nicht durch Teilnahme an der Presserats-Selbstregulierung. Auch die datenschutzrechtlichen Ansprüche (Auskunft und Berichtigung) aus § 57 Abs. 2 RStV können daher nicht abbedungen werden, treten vielmehr zu den beiden materiellen auch beim „vollen“ Medienprivileg ohnehin verbleibenden materiellen Anforderungen des Datengeheimnisses und der Datensicherheit noch hinzu.

Insofern die Vorschrift darauf abzielt, die Reichweite des Medienprivilegs auszudehnen und, wenn auch mit der beschriebenen Einschränkung, Telemedienanbieter einzubeziehen, die bisher voll auf dem Datenschutzrecht unterliegen, kann man dieser Zielsetzung durchaus etwas abgewinnen, jedenfalls aus Sicht des Schutzes der Medien- und Kommunikationsfreiheit. Ausweislich der Begründung soll die Vorschrift in der Tat ein „Auffang-Privileg“ schaffen, will mithin solche Angebote (bzw. genauer: ihre Anbieter) erfassen, die bisher und auch künftig von § 57 RStV nicht erfasst sind und sein werden.

Gegen die Möglichkeit und Nützlichkeit einer solchen Auffang-Kategorie spricht auch noch nicht, dass ihr Anwendungsbereich in der Abgrenzung zu den schon von § 57 RStV erfassten Telemedien der Presseunternehmen nicht in jeder Hinsicht klar, er möglicherweise auch im Zwischenraum zwischen voll privilegierten Presse-Telemedien und gar nicht privilegierten

nicht-journalistisch-redaktionell gestalteten Telemedienangeboten nur sehr klein ist: Die genaue Abmessung dieser Grenzen anhand der eingesetzten Begriffe bleibt weiterhin der Rechtsprechung überlassen, auch § 51a LMG-E kann nicht das verfassungsrechtlich geprägte Verständnis der Kriterien zum Presseunternehmen bei § 57 RStV irritieren, führt mithin nicht zu einer Einschränkung der Reichweite des vollen Medienprivilegs für Presse-Telemedien, wie sie durch die Rechtsprechung konturiert worden ist. Nach den dazu entwickelten Maßstäben ist der Pressebegriff des § 57 RStV im Einklang mit demjenigen des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG weit und formal zu verstehen; er umfasst institutionell jedes Unternehmen, das im Schwerpunkt publizistische Zwecke verfolgt und darüber hinaus auch andere Unternehmen (mit im Schwerpunkt nicht publizistischen Zwecken), soweit sie in „gegenüber den sonstigen (betrieblichen) Stellen abgeschotteten, in der redaktionellen Tätigkeit autonomen Organisationseinheiten“ publizistisch tätig werden (Konzept der „publizierenden Abteilung als Unternehmen im Unternehmen“).⁶ Erfasst sind daher jedenfalls auch die elektronische Presse⁷ und auch Einzelpersonen,⁸ die im Internet publizistisch tätig sind, soweit darin der Hauptzweck ihrer Tätigkeit besteht, wobei ein damit verbundener Zweck der Einnahmenerzielung (wie bei jedem Presseverlag) selbstverständlich nicht schadet. Die in der Gesetzesentwurfsbegründung für den subsidiären Anwendungsbereich des § 51a LMG-E angeführten Beispiele der „reinen Online-Presse“ und von geschäftsmäßigen Bloggern“ sind mit dieser Rechtsprechung offensichtlich nicht vereinbar, denn dabei handelt es sich um anerkannte Fälle des § 57 Abs. 1 RStV, also des vollen Medienprivilegs. Die Anführung dieser Beispiele weckt auch Zweifel, ob die Entwurfsverfasser sich von realistischen Vorstellungen hinsichtlich von Sinn und Bedeutung der neuen Auffangkategorie haben leiten lassen. Rechtlich kommt es darauf aber nicht an, da die in der Begründung zum Ausdruck kommende Fehlvorstellung nicht die Kraft haben kann, die verfassungsimprägnierte Rechtsprechung zum Pressebegriff bei § 57 RStV zu beeinflussen. Auch die Entwurfsbegründung zu § 57 RStV betont ausdrücklich, unter Bezugnahme auf den zitierten Beschluss des Bundesverwaltungsgerichts, dass mit der Neufassung keine Änderung des Begriffs des Presseunternehmens beabsichtigt werde.

Zweifel könnten gegenüber der Legitimität der neuen „Zwischenkategorie“ eines „halben“ Medienprivilegs eingewandt werden, und zwar durchaus von beiden Seiten her, sowohl aus der Warte der Kommunikationsfreiheit als auch aus dem Gesichtspunkt des Schutzes der informationellen Selbstbestimmung. Sie haben aber weniger Substanz, als es zunächst den

⁶ BVerwG, Beschl. v. 29.10.2015, 1 B 32/15, K&R 2016, 66 Rn. 5; ausführlich auch zur ratio VGH BW, Urt. v. 9.5.2017, 1 S 1530/16, DVBl. 2017, 1113 Rn. 69 f.; kritisch gegenüber der akteursbezogenen („Presseunternehmen“) Wertung der Rechtsprechung und für einen noch weiteren tätigkeitsbezogenen funktionalen Pressebegriff *Herb*, in: Binder/Vesting, Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 4. Aufl. 2018, § 57 RStV Rn. 13a.

⁷ BGH NJW 2009, 2888 (2890); *Herb*, in: Binder/Vesting, Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, 4. Aufl. 2018, § 57 RStV Rn. 13a.

⁸ BVerwG, a.a.O., Rn. 5: „selbstständige Journalisten, die nicht in redaktionelle Strukturen eingebunden sind“.

Anschein hat. Dass der Gesetzgeber rechtlich für die in § 51a LMG-E erfassten Telemedienanbieter nicht die Möglichkeit eröffnet hat, sich durch Teilnahme an der Presserats-Selbstregulierung der Datenschutzaufsicht (durch den Datenschutzbeauftragten der LfM) zu entziehen, bedeutet nicht wirklich einen freiheitsrechtlich problematischen Bruch mit dem Prinzip der Verwaltungsfestigkeit der Presse, da es sich bei den von der Vorschrift nur erfassten Anbietern ja in der systematischen Abgrenzung zu § 57 Abs. 1 RStV gerade nicht um „Presse“ handeln kann, vielmehr um Anbieter, die im Schwerpunkt nicht publizistische Zwecke verfolgen und auch keine organisatorisch verselbstständigte redaktionelle Einheit vorhalten. Bei diesen Anbietern ist eine Selbstverpflichtungserklärung, die Vorgaben des Pressekodex sowie die Regeln zum Redaktionsdatenschutz zu befolgen, ohnehin vermutlich kaum vorstellbar. Die genannten Voraussetzungen des Pressebegriffs sind aber wesentlich für die Rechtfertigung der privilegierenden Freistellung vom Datenschutz. In der Tat dürfte nur mit dieser im engeren Sinne publizistischen Tätigkeit, von der ein journalistisches Berufsethos und die Einhaltung der besonderen Standes-Rechtspflichten der Medien erwartet werden darf, auch die volle Gewähr einer gewissenhaften Beachtung der Grundsätze der Datensicherheit und des Datengeheimnisses verbunden sein, die eine Freistellung von behördlicher Aufsicht (wie auch – parallele Wertung⁹ – die Zuerkennung des besonderen medienrechtlichen Auskunftsanspruchs) legitimiert. Das Medienprivileg ist in dieser Sicht in der Tat kein allgemeines, kaum noch eingrenzbares „Meinungsprivileg“¹⁰.

Umgekehrt könnte gegenüber Datenverarbeitungen durch Anbieter von Telemedien, die nicht die genannten Kriterien eines Presseunternehmens erfüllen, ein Schutzbedürfnis für das Gut der informationellen Selbstbestimmung reklamiert werden, das die immerhin auch in § 51a LMG-E vorgesehene weitgehende Freistellung von materiellen datenschutzrechtlichen Anforderungen als problematisch erscheinen lässt. Dem lässt sich allerdings entgegenhalten, dass die nun geschaffene Auffangkategorie einen konzeptuell durchaus interessanten und auch rechtlich akzeptablen Kompromiss in der Spannung von Persönlichkeitschutz und Kommunikationsfreiheit schaffen kann, der auch unionsrechtlich von der (gegenüber Art. 9 DSRL noch erweiterten) Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 2 DS-GVO getragen ist. Sie kommt einerseits dem nicht von der Hand zu weisenden Bedürfnis entgegen, auch neuartige, multifunktionale, nicht mehr in klassischen medientypologischen Vorstellungen zu erfassende publizistische Tätigkeiten im Internet, die darum nicht schon dem herkömmlichen, „vollen“ Medienprivileg unterfallen, allzu strengen datenschutzrechtlichen materiellen Bindungen zu entziehen. Andererseits gewährleistet sie aber mit der Datenschutzaufsicht über die Wahrung des Datengeheimnisses der Datensicherheit sowie die Zuerkennung der datenschutzrechtlichen Betroffenenansprüche, dass gesteigerte Schutzinteressen gegenüber einer eben nicht mehr nur publizistischen Zwecken dienenden Datenverarbeitung ausreichend gewahrt werden.

⁹ VGH BW, a.a.O.

¹⁰ BVerwG, a.a.O., Rn. 5.

20

Insofern erweist sich § 51a LMG-E ungeachtet der insoweit missglückten Entwurfsbegründung als sicherlich nicht notwendige, auch mit erheblichen Unsicherheiten hinsichtlich ihres Anwendungsbereichs behaftete, aber aus rechtlicher Sicht nicht durchgreifend kritikwürdige Ergänzung des Medienprivilegs.