



Institut für Europäisches Medienrecht
Institute of European Media Law
Institut du droit européen des médias

STELLUNGNAHME

Zur Konsultation der Länder betreffend die Spezifizierung des Art. 85 DS-GVO

Das Institut für Europäisches Medienrecht (EMR) nimmt die Konsultation der Länder zur Spezifizierung des Art. 85 DS-GVO für die Medien zum Anlass, grundsätzliche Anmerkungen zum Ausgleich des Schutzes von Persönlichkeitsrechten durch die Berichterstattung Betroffener einerseits und der Medienfreiheit andererseits zu machen.

Im ersten Halbjahr 2017 hat das EMR durch Veranstaltungen zur Rolle der sozialen Medien, zur Sicherheit von IT-Systemen in Medienhäusern und zum Datenschutz auf diesem Gebiet Grundlagen gelegt. Mit dem European Center for Press & Media Freedom (ECPMF), Leipzig gemeinsam haben wir in einer Untersuchung Press & Media Freedom - Compilation and Cross-section-Analysis of Legal Developments in 2015/2016 unter anderem Fragen des Datenschutzes im Stadium der Informationsbeschaffung untersucht. Diese Erfahrungen fließen in diese Äußerung ein.

I. Grundlagen

1. Die Grundlagen des Umgangs der Redaktionen mit Informationen betreffend einzelne Personen oder Institutionen ist durch die deutsche und die Rechtsprechung von EuGH und EGMR stark konturiert. In dieser Stellungnahme wird auf die Normen des Grundgesetzes Bezug genommen. Jene der Europäischen Menschenrechtskonvention und der EU-Grundrechtecharta sind in Bezug auf die zur Diskussion anstehenden Fragen deckungsgleich in ihrem Aussagegehalt. Die stärker die Pluralismussicherung in den Blick nehmende Ausrichtung des Art. 11 GRCh bedarf vorliegend ungeachtet der weiten Auslegung des Anwendungsbereichs der GRCh durch den EuGH keiner vertieften Erörterung. Auch die Rechtsprechung bezieht sich in diesem Papier weitgehend auf jene des BVerfG und des BGH zum Äußerungsrecht.
2. Das Persönlichkeitsrecht des Einzelnen wird sowohl im Äußerungsrecht betreffend die Wort- und Bildberichterstattung als auch beim Datenschutz abgesichert. Das allgemeine Persönlichkeitsrecht gründet in der Würde des Menschen

(Art. 1 Abs. 1 GG) sowie im Recht auf freie Entfaltung der Persönlichkeit, soweit nicht die Rechte anderer verletzt werden (Art. 2 Abs. 1 GG). Entsprechend dieser Herleitung sieht die Rechtsprechung ein „Rahmenrecht“:

Wegen der Eigenart des Persönlichkeitsrechts als eines Rahmenrechts liegt seine Reichweite nicht absolut fest, sondern muss grundsätzlich erst durch eine Abwägung der widerstreitenden grundrechtlich geschützten Belange bestimmt werden, bei der die besonderen Umstände des Einzelfalls sowie die betroffenen Grundrechte und Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention interpretationsleitend zu berücksichtigen sind. Der Eingriff in das Persönlichkeitsrecht ist nur dann rechtswidrig, wenn das Schutzinteresse des Betroffenen die schutzwürdigen Belange der anderen Seite überwiegt. (BGH, Urteil vom 29. November 2016 – VI ZR 382/15 –, Rn. 15, juris mit weiteren Nachweisen).

Im redaktionellen Alltag der Medien findet diese Abwägung mit der Meinungsäußerungsfreiheit, der Pressefreiheit beziehungsweise der Rundfunkfreiheit (Art. 5 Abs. 1 GG) statt.

3. Versteht man die Recherche als das Sammeln von Daten über eine Person, ergeben sich wegen der notwendigen Beachtung des Art. 5 Abs. 1 GG grundlegende Abweichungen von der Zulässigkeit der Datenerhebung außerhalb des Medienbereichs. Schon die Auswahl eines Themas, das zum Gegenstand der Berichterstattung gemacht werden soll, unterliegt der Medienfreiheit.
4. Die Freiheit der Medien ist auch im Zeitalter der Digitalisierung konstituierend für die freiheitliche demokratische Grundordnung (vgl. BVerfGE 7, 198 <208>; 77, 65 <74>; stRspr). In seiner neben die abwehrrechtliche Funktion tretenden objektiven Bedeutung schützt Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG die institutionelle Eigenständigkeit der Presse und des Rundfunks, jeweils zu verstehen in einem weiten verfassungsrechtlichen Sinne, von der Beschaffung der Information bis zur Verbreitung der Nachrichten und Meinungen (vgl. BVerfGE 10, 118 <121>; 66, 116 <133>; 77, 65 <74 ff.>). Die Gewährleistungsbereiche der Presse- und Rundfunkfreiheit schließen diejenigen Voraussetzungen und Hilfstätigkeiten mit ein, ohne welche die Medien ihre Funktion nicht in angemessener Weise erfüllen können. Geschützt sind namentlich die Geheimhaltung der Informationsquellen und das Vertrauensverhältnis zwischen Presse beziehungsweise Rundfunk und den Informanten (vgl. BVerfGE 20, 162 <176, 187>; 36, 193 <204>; 117, 244 <258 f.>), darüber hinaus aber auch die Vertraulichkeit der Redaktionsarbeit (vgl. BVerfGE 66, 116 <133 ff.>; 77, 65 <75>; 100, 313 <365>; 107, 299 <330>; 117, 244 <258>). Letztere verwehrt es staatlichen Stellen grundsätzlich, sich einen Einblick in die Vorgänge zu verschaffen, die zur Ent-

stehung von Nachrichten oder Beiträgen führen, die in der Presse gedruckt oder im Rundfunk gesendet werden (vgl. BVerfGE 66, 116 <135>; 77, 65 <75>; 107, 299 <330>).

Entsprechend der Zielsetzung der Vertraulichkeit der Redaktionsarbeit, die Verschaffung staatlichen Wissens über redaktionelle Vorgänge zu unterbinden, um die Voraussetzungen für die Institution einer eigenständigen Presse zu erhalten, fallen auch organisationsbezogene Unterlagen eines Presse- oder Rundfunkunternehmens, aus denen sich redaktionelle Arbeitsabläufe, redaktionelle Projekte oder auch die Identität der Mitarbeiter einer Redaktion ergeben, unter das Redaktionsgeheimnis. Ebenso wie die Beschlagnahme von Datenträgern mit redaktionellem Datenmaterial (vgl. BVerfGE 117, 244 <260>) greift auch die Sicherstellung bzw. Beschlagnahme von redaktionellen Unterlagen in die vom Grundrecht der Presse- bzw. Rundfunkfreiheit umfasste Vertraulichkeit der Redaktionsarbeit ein (vgl. BVerfGE 77, 65 <75>).

Das öffentliche Interesse an einem konkreten Thema wird von den Medien im Rahmen der öffentlichen Aufgabe definiert. Damit ist das *Ob* der Informationssammlung im Rahmen der Recherche insbesondere nicht von der Einwilligung des Betroffenen abhängig.

Die damit korrespondierenden Sorgfaltspflichten der Medien schützen auch die Persönlichkeitsrechte der von der Recherche betroffenen Personen, wobei die Sorgfaltspflichten auch einen gleichsam objektiven Anknüpfungspunkt in der öffentlichen Aufgabe der Medien haben. Diese öffentliche Aufgabe wiederum besitzt einen Bezug zum demokratischen System. Die Sorgfaltspflichten verlangen, dass eine breit angelegte Recherche durchgeführt wird; das steht im Gegensatz zur „Datensparsamkeit“ des allgemeinen Datenschutzrechts. Die Sorgfaltspflichten verlangen auch, dass aus verschiedenen Informationsquellen geschöpft und die erlangten Kenntnisse abgeglichen werden; das allgemeine Datenschutzrecht geht regelmäßig von der Erhebung nur beim Betroffenen aus. Zudem kann auch die Berücksichtigung rechtswidrig erlangter Information bei entsprechendem Informationsinteresse von der Medienfreiheit gedeckt sein (BGH, Urteil vom 30. September 2014 - VI ZR 490/12). Der Schutz der Informationsquelle ist schließlich zentrales Element dieses Grundrechtsschutzes (BVerfG, Beschluss vom 13. Juli 2015 - 1 BvR 1089/13, 1 BvR 1090/13).

5. Es liegt in der Konsequenz der zuvor beschriebenen Grundlage der Recherche, dass die Medien mehr an Informationen zusammentragen, als sie publizieren. Welche Information (etwa im Bereich des Verdachts oder im Rahmen einer identifizierenden Berichterstattung) zulässigerweise in die Öffentlichkeit gegeben werden, entscheidet sich nach einer konkreten Abwägung der Rechtsposition des Betroffenen aus Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG auf Seiten des Betroffenen

und Art. 5 Abs. 1 GG auf Seiten der Redaktion. Schon immer hat in der Redaktion eine Grundrechtsabwägung durch Private stattgefunden, dies auf Basis journalistischer Grundsätze, wie sie etwa im Volontariat vermittelt werden.

Zur Orientierung hat die Rechtsprechung das Konzept der „Sphären“ zwischen der abwägungsfeindlichen Intimsphäre und der tendenziell am geringsten geschützten Sozialsphäre des Betroffenen entwickelt (vgl. zuletzt zur Privatsphäre BGH, Urteil vom 2. Mai 2017 - VI ZR 262/16).

Auch zu den Sorgfaltspflichten gibt es reichlich Rechtsprechung etwa im Bereich der Verdachtsberichterstattung, wobei die Rechtsprechung aktuell zwischen hohen Anforderungen der professionellen Medien einerseits und dem Laienprivileg Privater andererseits geneigt ist, eine Zwischenebene etwa für Blogs mit differenzierten Anforderungen zu beschreiben (BVerfG, Beschluss vom 2. April 2017 - 1 BvR 2194/15 – „Äußerung einer Einzelperson“; LG Köln, Urteil vom 26. April 2017 - 28 O 162/1 – „Maßstab an die Prüf- und Recherchepflicht kleiner Lokalportale“, zitiert nach <http://www.urheberrecht.org/news/5866/>). Der BGH bemüht sich gerade bei Bewertungsportalen um eine differenzierende Betrachtung (zuletzt BGH, Urteil vom 1. März 2016 - VI ZR 34/15 – jameda.de II).

6. Diejenigen Informationen, die die Medien zulässigerweise recherchierten, die sie aber nicht in zulässiger Weise publizieren dürfen, unterfallen dem Redaktionsgeheimnis. Diese Informationen sind nicht für die Öffentlichkeit bestimmt und daher in einer Weise zu schützen, dass sie nicht in die Öffentlichkeit gelangen.
7. Insoweit handelt es sich beim „Medienprivileg“ nicht um ein einseitiges Vorrecht für die Medien, sondern eben auch um eine sie treffende Pflicht, bei der journalistisch-redaktionellen Tätigkeit den Schutz der Persönlichkeitsrechte Dritter in besonderer Weise sicherzustellen. Dementsprechend sind die Informationen betroffen, die für ausschließlich journalistische Zwecke zusammengetragen wurden, nicht sonstige Daten in Medienunternehmen.

II. Regelungsbereich

Aus den zuvor in Erinnerung gerufenen Grundlagen ergeben sich folgende Bereiche, die der landesgesetzlichen Regelung zugänglich sind:

1. Es ist sicher zu stellen, dass Rechercheergebnisse ausschließlich ihrem journalistisch-redaktionellen Zweck entsprechend eingesetzt werden. Eine Nutzung der Informationen zu anderen Zwecken ist auszuschließen.
2. Es ist sicher zu stellen, dass (gegebenenfalls vorläufig) nicht zur Publikation vorgesehene Informationen nicht in die Öffentlichkeit gelangen. Dies berührt

technische und organisatorische Maßnahmen wie allgemein im Datenschutz üblich. Hier sollte allerdings nicht vom „Datengeheimnis“, sondern vom „Redaktionsgeheimnis“ gesprochen werden, um begriffliche Überschneidungen zu Regelungen außerhalb des journalistisch-redaktionellen Bereiches zu vermeiden.

3. Das Recht der von der Berichterstattung Betroffenen, sich bei den Medienunternehmen zu beschweren, ist unbeschadet der Kontrolle durch zuständige Aufsichtsbehörden oder die Möglichkeit der gerichtlichen Geltendmachung von Rechten auszuformulieren. In der Praxis sind die überwiegenden Fälle von Beschwerden, die beispielsweise auf Mailadressen wie datenschutz@redaktionxy.de einlaufen, solche zu äußerungsrechtlichen Fragen wie etwa der Verwendung von Fotos. Solchen Beschwerden wird in der Praxis zügig nachgegangen.
4. Regelungsbedürftig ist die Aufsicht über den Redaktionsdatenschutz, der von der staatlichen Aufsicht des allgemeinen Datenschutzes von Unternehmen (auch den Medienunternehmen) zu trennen ist. Dies folgt aus dem Gebot der Nichteinmischung des Staates in publizistische Fragen. Eine Frage der Praktikabilität, nicht per se von verfassungs- oder europarechtlicher Vorgaben ist es, ob zur Vermeidung von Kompetenzkonflikten die Datenschutzaufsicht über Medienunternehmen jeweils staatsfern konzentriert wird. Hier kommen zwar auch für einzelne Mediengattungen im Lichte der bisherigen Praxis unterschiedliche Ansätze in Betracht. Allerdings begegnet ein solcher gattungsspezifischer Ansatz wiederum Bedenken im Hinblick auf die Konvergenz der Medien.
5. Nicht Gegenstand der Regelung durch die Länder ist das Äußerungsrecht als Teil des allgemeinen Zivilrechts mit (im Falle des Unterlassungsanspruchs) den Anspruchsgrundlagen aus §§ 823 Abs. 1, 1004 Abs. 1 S. 2 analog BGB in Verbindung mit Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG, Art. 8 Abs. 1 EMRK, Art. 11 GrCh sowie der gebotenen Abwägung mit Art. 5 Abs. 1 GG, Art. 10 EMRK, Art. 11 GrCh. Allenfalls eine deklaratorische Klarstellung erscheint sinnvoll.
6. Die Auswirkungen der DS-GVO auf die Medien und damit die Notwendigkeit der Spezifizierung des Art. 85 DS-GVO durch nationales Recht sind weiter als es auf den ersten Blick scheint. An dieser Stelle soll auf die Diskussion verwiesen werden, ob die Regelung zum Bildnisschutz in §§ 22, 23 KUG nach Inkrafttreten der DS-GVO nur noch als ein Anwendungsfall des Medienprivilegs Bestand haben kann (Laubner-Rönsberg/Hartlaub, NJW 2017, 1057). Dieses Verständnis zu Grunde gelegt wären auch diese Regelungen eine Präzisierung des Art. 85 DS-GVO.

III. Bisherige nationale Regelung

Die bisherigen Regelungen in Deutschland haben eher den Zugang zur Materie erschwert als der Rechtsklarheit gedient.

1. Es gibt einen erheblichen Teil der Literatur, der recht unreflektiert vom „Medienprivileg“ des § 41 BDSG ausgeht und nicht oder allenfalls in einer nicht mit dem Medienrecht in Einklang stehenden Art und Weise zwischen den einzelnen Mediengattungen differenziert. Im Kern enthält § 41 BDSG selbst als alte presserechtsrahmenrechtliche Norm einen Befehl an die Landesgesetzgeber und keine unmittelbar an die Presse (und erst recht nicht an andere Medien) gerichtete Anordnung.
2. Die Aufsplitterung datenschutzrechtlicher Vorschriften schon für den Bereich der Medien in unterschiedlichen Gesetzen und Staatsverträgen ist für die Rechtsanwendung hinderlich. Es droht bei einer solchen Regelungstechnik die Gefahr, dass der Rechtsanwender zu zweifelhaften Schlussfolgerungen geführt wird. Auch die Systematik der bisherigen Regelungen mit vielfach unklaren Verweisen ist wenig anwenderfreundlich.
3. Insoweit besteht bei der Ausfüllung des alle (konvergenten) Mediengattungen erfassenden Art. 85 DS-GVO eine große Chance, konsistente landesrechtliche Regelungen für alle journalistisch-redaktionellen Belange zu formulieren. Differenzierungen – im jeweiligen spezialgesetzlichen Zusammenhang – sind etwa im Bereich der Aufsicht vorzunehmen, die beispielsweise für die Presse auf der einen und im öffentlich-rechtlichen Rundfunk auf der anderen Seite der Skala sehr unterschiedlich ausfallen müssen.

IV. Regelungen

Es wird das Konzept der Konzentration landesrechtlicher Vorschriften vorgeschlagen, soweit diese die miteinander verknüpften Bereiche des Schutzes der Betroffenen, der Sorgfaltspflicht der Medien und der Sicherung der Recherche und der öffentlichen Aufgabe der Medien zum Gegenstand haben.

1. Vorgeschlagen wird, die Spezifizierung des Art. 85 DS-GVO sozusagen mit einem weißen Blatt Papier zu beginnen, um die unterschiedlichen Regelungen der Länder in einem eigenen „Staatsvertrag zum Ausgleich von Persönlichkeitschutz und Medienfreiheiten (Art. 85–StV)“ zusammenzufassen. Seine Regelungen sollen die Sorgfaltspflichten der Medien im journalistisch-redaktionellen Umgang mit den Informationen über die Betroffenen und deren Ansprüche gegen die Medien für alle Mediengattungen einheitlich und an einer Stelle zusammentragen. Die zivilrechtlichen Anspruchsgrundlagen des Bundesrechts bleiben unberührt.

Der Vorschlag ist geleitet von der Beobachtung, dass das Hinzufügen der Regelungen in die bestehenden unterschiedlichen Regelungszusammenhänge zu einem erheblichen Anteil von Parallelregelungen mit der Gefahr abweichender Anwendung führt, wo es doch um die Durchsetzung einheitlicher Maßstäbe im Rahmen des Art. 85 DS-GVO geht. Auch scheint der Vorschlag des „weißen Blattes Papier“ geeignet, die Zusammenhänge zwischen den einzelnen Sicherungen einerseits des Persönlichkeitsrechts und andererseits der Medienfreiheit durch systematisch aufeinander abgestimmte Regeln besser zum Vorschein treten zu lassen.

2. Die Neuregelung sollte alle Formen des Umgangs mit Daten zu journalistisch-redaktionellen Zwecken zusammenfassen, also für die Presse, die beiden Teile des dualen Rundfunks und journalistisch-redaktionelle Telemedien gleich gelten (zur notwendigen Differenzierung bei der Aufsicht oben III.3.). In den Anwendungsbereich (nicht notwendigerweise aller Regelungen) sollen auch die der Meinungsbildung durch Informationstransport dienenden Angebote fallen, auch wenn deren Anbieter nicht journalistisch-redaktionell tätig sind, wie etwa soziale Medien und Bewertungsportale (vergleiche die spick-mich.de-Rechtsprechung, die die journalistisch-redaktionelle Tätigkeit verneinte, zutreffender Weise gleichwohl die oben bei den Grundsätzen skizzierte Abwägungsaufgabe leistete – BGH, Urteil vom 23. Juni 2009 - VI ZR 196/08).
3. Regelungsgegenstand müsste die Freiheit der Recherche sein verbunden mit den üblichen Regelungen zur Sorgfaltspflicht. Dies führt weiter zur Normierung der Auskunftsansprüche der Medien gegenüber staatlichen Stellen mit der Klarstellung, dass dies auch für journalistisch-redaktionelle Telemedien gilt (nicht aber für die Betreiber der Portale sozialer Medien oder für Bewertungsportale). Die sonstigen Auskunftsansprüche für jedermann etwa in den Informationsfreiheitsgesetzen bleiben unberührt.
4. Zu normieren wäre die Zulässigkeit der Speicherung der in zulässiger Art und Weise recherchierten Informationen auch über den aktuellen Berichterstattungsanlass hinaus. In diesen Zusammenhang gehört die Anforderung, das Redaktionsgeheimnis (im Sinne von oben I.4. und II.2.) zu wahren.
5. Die zum Teil normierte Anforderung, Auskunft über recherchierte Informationen zu geben, ist vorsichtig weiter zu entwickeln. Hier darf es keinesfalls zu Konflikten mit dem Informantenschutz kommen. Auch taktische Erwägungen der Redaktionen, sich in unterschiedlichen zeitlichen Abschnitten der Recherche Quellen offen zu halten und nicht durch eine vorzeitige Pflicht zur Offenlegung zu gefährden, sind als legitim zu berücksichtigen. Umgekehrt gehört in diesen Regelungszusammenhang die Verpflichtung der Redaktionen, auch anlasslos von Betroffenen übermittelte Angaben, so sie für bereits recherchierte oder zur Recherche anstehende Themen von Belang sind, zum Datenbestand

zu nehmen; dies entspricht der redaktionellen Praxis zu sogenannten presserechtlichen Informationsschreibern, die man in diesem Zusammenhang auch als vorweggezogene Gegendarstellung im Stadium der Recherche betrachten mag.

6. In dem zuvor genannten Zusammenhang kann es erwägenswert sein, aus der Rechtsprechung der Verdachtsberichterstattung in sehr vorsichtiger Weise den Grundsatz der Konfrontationspflicht zu normieren, soweit er von der Rechtsprechung entwickelt wurde. Auch diese Pflicht, vor der Veröffentlichung eine Stellungnahme des Betroffenen einzuholen, dient dem Schutz dessen Persönlichkeitsrechts.
7. In den Gesamtzusammenhang des Persönlichkeitsschutzes Betroffener gehört das landesrechtlich normierte Mittel der Gegendarstellung. Zur Verdeutlichung des systematischen Gesamtzusammenhanges kann dieses Instrument im Art. 85-StV geregelt (und in anderen Regelungszusammenhängen herausgenommen) werden. Dabei mag man erwägen, die Betreiber sozialer Netzwerke oder von Bewertungsplattformen unmittelbar in die Pflicht zu nehmen, wenn Erstmitteilungen (gegebenenfalls auch anonym) an einen größeren Kreis gehen, auch wenn es sich um „Freunde“ handelt; wobei die Neufassung der AVMD-RL hier zusätzliche Pflichten bringen mag. Die Grenze kann dort gezogen werden, wo gegenwärtig wegen der besonderen Wirkung beim Rundfunk die Grenze der Lizenzierung von Online-Angeboten diskutiert wird. Hier könnten die Länder dem Betroffenen ein Mittel an die Hand geben, das schneller und in bewährter Weise auch die Freiheit der Anbieter und der Äußernden weniger beeinträchtigend als etwa durch das Netzwerkdurchsetzungsgesetz beabsichtigt zumindest dann gewährleisten würde, wenn die verschiedenen Funktionen des Gegendarstellungsrechts in einer den Funktionalitäten sozialer Netzwerke angepassten Weise sichergestellt werden könnten.
8. Die DS-GVO hebt an verschiedenen Stellen die Notwendigkeit der Transparenz und der Kenntnis der verarbeitenden Stelle hervor. In diesem Sinn kann über die Ausgestaltung der Impressumspflicht etwa bei sozialen Medien ab einer bestimmten Größenordnung beziehungsweise entsprechende Regelungen für die Plattformanbieter sozialer Medien und von Bewertungsportalen nachgedacht werden. Dies hat Berührungspunkte zu der Diskussion der Plattformregulierung.
9. Sinnvoll ist eine Regelung mit einheitlichen Anforderungen, wann ein Redaktionsdatenschutzbeauftragter bestimmt werden muss. Kleine Anbieter sollten im Gegensatz zu teilweise bestehenden Regelungen des Landesrechts hiervon grundsätzlich befreit werden, größere je nach Verzahnung mit der Selbstkontrolle befreit werden.

10. Das Gesetz sollte, auch unter Berücksichtigung (a) bisheriger Erfahrungen mit Selbstkontrolleinrichtungen außerhalb des Datenschutzes sowie (b) des Diskussionsprozesses zur Selbstkontrolle bei der AVMD-Novelle, eine Absicherung der Selbstkontrolle im Bereich des Redaktionsdatenschutzes und der äußerungsrechtlichen Beschwerden Betroffener stärken. Die Branchenverbände oder neue, nicht notwendigerweise mit dem Presserat (im Hinblick auf dessen gewachsene Strukturen) identische Organisationsstrukturen kommen hierzu in Frage.

V. Umsetzung NIS-RL/KRITIS und ePrivacy

Neben der Präzisierung des Art. 85 DS-GVO sind für die Medien die Diskussion um die Umsetzung der NIS-Richtlinie, die Diskussion um kritische Infrastrukturen und der gegenwärtig auf europäischer Ebene diskutierte Entwurf einer ePrivacy-VO von Belang.

1. Die NIS-RL (Richtlinie zur Netzwerk- und Informationssicherheit) will die Sicherheit von Infrastrukturen sicherstellen. In ihrem Anwendungsbereich bezieht sie sich auf die EU-Rahmenrichtlinie, in deren Bezug genommener Definition auch Hörfunk und Fernsehen genannt sind. Die national geführte Diskussion um kritische Infrastrukturen beim Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI) sieht die Medien insgesamt als kritische Infrastrukturen, die im Falle eines Konflikts, einer Katastrophenlage oder eines Cyberangriffs funktionsfähig sein müssen („sogenannte KRITIS“). Während das BSI die Medien (ohne weitere Differenzierung) als KRITIS sieht, ist nach der dort vertretenen Auffassung die sich daraus ergebende Konsequenz (und Differenzierung) durch das Bundesrecht nicht regelbar. Es ist angezeigt, dass eine landesrechtliche Neuregelung des Datenschutzes bei oder aus Anlass der Spezifizierung des Art. 85 DS-GVO den Aspekt der Datensicherheit (IT-Sicherheit) nicht außen vorlassen sollte.
2. Die ePrivacy-VO liegt seit Januar 2017 im Entwurf vor, sie soll ebenfalls im Mai 2018 in Kraft treten, um Parallelität zum Anwendungszeitpunkt der DS-GVO zu erreichen, aber im Blick auf den aktuellen Stand des Gesetzgebungsverfahrens wird dies vermutlich erst später der Fall sein. Für den Bereich der elektronischen Kommunikation und damit eine Vielzahl von Medienangeboten wird diese Verordnung *lex specialis* zur DS-GVO sein. Wegen der großen Bedeutung der elektronischen Kommunikation für die Medien wird diese weitere Verordnung in der Praxis sehr wichtig sein. Die Anpassung des deutschen Länder-Medienrechts an die DS-GVO sollte daher die laufende Diskussion zur ePrivacy-VO berücksichtigen.

3. Die Diskussion um Datenschutz und IT-Sicherheit sind zwar einerseits voneinander zu trennen, haben aber andererseits Berührungspunkte. Der Datenschutz dient der Absicherung des Persönlichkeitsschutzes Betroffener, die IT-Sicherheit dient der Funktionsfähigkeit der Medien in Bezug auf ihre öffentliche Aufgabe. Berührungspunkte ergeben sich bei den Sicherheitskonzepten dort, wo etwa bei der technischen und organisatorischen Absicherung des Redaktionsgeheimnisses ein- und dieselben Sicherheitskonzepte angewendet werden.
4. Bezieht man die KRITIS-Diskussion auf die Arbeit der Medien, stellt sich in einem einfachen Beispiel die Frage, ob der Grundversorgung dienende UKW-Programme mit mindestens bestimmten Service-Level-Agreements zu betreiben sind, aus denen sich eine hohe Verfügbarkeit ergibt (etwa im Hinblick auf die Reaktionszeiten bei der Entstörung). Das ist bisher nicht gesetzlicher Regulationsgegenstand, wird aber einschließlich etwaiger Meldepflichten gegenüber dem BSI bei kritischen Infrastrukturen außerhalb des Medienbereichs erfasst. Um den Medien hier ein vernünftiges Konzept zu erlauben, kann auf der Ebene des Medienrechts das Konzept der Selbstregulierung aufgegriffen werden. Danach könnten Einrichtungen der Selbstkontrolle festlegen, welche Bereiche aus der sonst für KRITIS einschlägigen ISO 27001 für Medien überhaupt sinnvoll sind. Es ist jedenfalls nicht sinnvoll, hier auf die für andere kritische Infrastrukturen geführte Diskussion einschränkungslos zu verweisen, da dies eine den Besonderheiten der Medienbranche nicht entsprechenden Mehrbelastung der Unternehmen auslösen würde.
5. Andererseits ist eine Rechtssicherheit sinnvoll, welche Maßnahmen der IT-Sicherheit angemessen sind. Wie oben (II.) skizziert, bestehen Überschneidungen zu anderen Bereichen der Einhaltung des Datenschutzes und etwa der Haftung, wie sie bisher in landesrechtlichen Bestimmungen für die Medien bereits enthalten sind. Es sollte über Einrichtungen der Selbstregulierung klargestellt werden können, was der jeweilige Stand der Technik ist, den es zu beachten gilt.

VI. Verfahren

Diesem Vorschlag ist bewusst, dass eine systematische Regelung der aufgezeigten Bereiche „auf einem weißen Blatt Papier“ Zeit benötigt, so dass ein Inkrafttreten zum 25. Mai 2018 wahrscheinlich nicht erreicht wird. Allerdings sollte die Gefahr vermieden werden, etwa wegen der ePrivacy-VO für die elektronische Kommunikation oder Details der NIS-Umsetzung alsbald weitere punktuelle Regelungen oder gar Korrekturen vornehmen zu müssen.

Art. 85 DS-GVO setzt keine Frist zur „Umsetzung“, da die DS-GVO ohnehin unabhängig davon gilt, ob die „obligatorische Spezifizierungsklausel“ ausgefüllt ist oder nicht.

Vielmehr gibt Art. 85 DS-GVO selbst gemeinsam mit ErwG 153 den nationalen Behörden und Gerichten hinreichend Kriterien an die Hand, um zu erwartende Grundrechtskollisionen im Einklang mit den Vorgaben der Grundrechtecharta einer angemessenen unionsrechtlichen Lösung zuzuführen (so zutreffend Selmayr/Ehmann, Datenschutz-Grundverordnung, Komm. München 2017, Einführung, Rz. 88) – wie ja bisher bereits durch die Rechtsprechung des 6. Zivilsenats des BGH im Einklang mit dem BVerfG, dem EuGH und dem EGMR erreicht. Es ist also nicht so, dass im Mai 2018 ein Zustand eintreten würde, bei dem entweder die Persönlichkeitsrechte der Betroffenen oder die Medienfreiheit Schaden nehmen würde, wenn noch keine spezifische Neuregelung vorliegt. Eine grundsätzlichere Debatte scheitert somit nicht aus Zeitgründen.

Das EMR ist bereit, an der vertieften Diskussion der zahlreichen, auch europarechtlichen, ineinandergreifenden juristischen und praktischen Themen mitzuwirken.