

DSGVO-Fachkonferenz

Tagungsbericht vom 22.03.2018

1 Einleitung

Anlässlich der bevorstehenden unmittelbaren Anwendbarkeit der DSGVO hatte der Bundesverband deutscher Pressesprecher Experten zu einer Fachkonferenz mit dem Titel „25. Mai 2018: Der Tag, an dem moderne Öffentlichkeitsarbeit in Deutschland endet?“ in die Reinhardtstraßenhöfe nach Berlin eingeladen. Der Einladung folgten neben zahlreichen Pressesprechern und Kommunikationsbeauftragten auch eine große Zahl von Experten sowie Vertreter der Bundesländer und der zuständigen Bundesministerien.

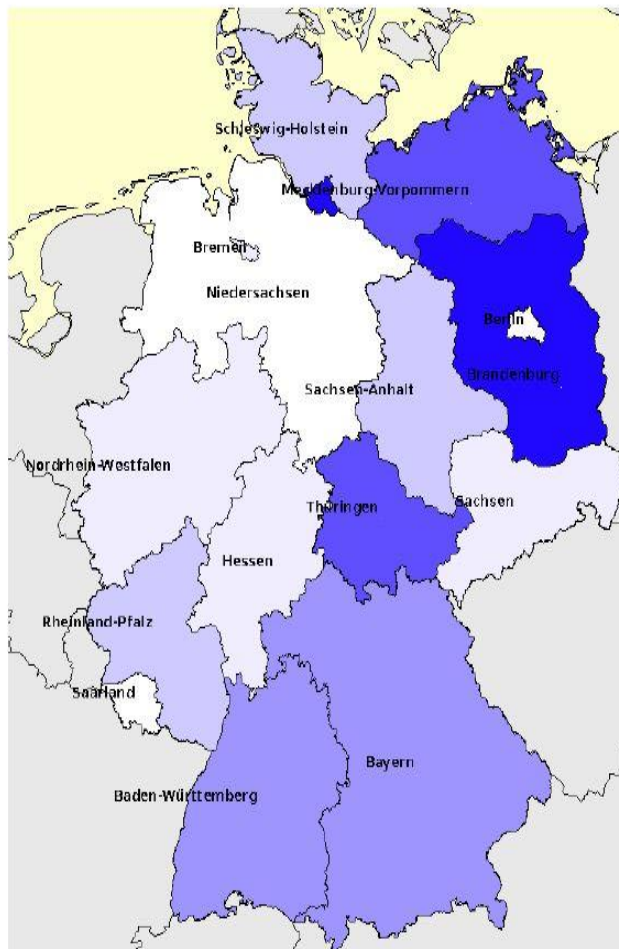
Die Präsidentin des Bundesverbandes deutscher Pressesprecher (BdP) Regine Kreitz eröffnete die Veranstaltung. Man müsse fürchten, dass ganz alltägliche Bestandteile der PR-Arbeit bald nicht mehr eingesetzt werden dürfen. Die DSGVO könne sich für die professionelle Kommunikation in Deutschland als „tiefster Einschnitt seit der Einführung des Internets“ erweisen, diesmal jedoch mit negativen Auswirkungen. Der Gesetzgeber müsse daher von Art. 85 DSGVO Gebrauch machen und die Meinungs- und Informationsfreiheit schützen.

Der Justitiar des BdP, Rechtsanwalt Jan Mönikes, führte fachlich wie folgt in das Thema ein:

- Die Öffentlichkeitsarbeit von Pressesprechern sei überwiegend allein durch die Meinungsfreiheit des Art. 5 GG geschützt und nicht durch einfachgesetzliche Regelungen erfasst, die Presse und Rundfunk einen besonderen Schutzstatus verleihen. Mit Vorrang der DSGVO und dem dort geltenden Prinzip des „Verbots mit Erlaubnisvorbehalt“ würde diese Freiheit jedoch beschränkt. Der EU-Gesetzgeber habe erkannt, dass zwischen Datenschutz auf der einen und dem Recht auf freie Meinungsäußerung und Information auf der anderen Seite ein Konflikt bestünde und den nationalen Gesetzgeber durch Art. 85 DSGVO dazu aufgefordert, Regelungen zu erlassen, um die Meinungs- und Informationsfreiheit zu schützen. Solche Regelungen wurden bisher jedoch nur für Presse und Rundfunk diskutiert. Alle anderen Kommunikationsmedien bleiben dabei außen vor. Nur in wenigen Bundesländern gäbe es im Rahmen der laufenden Gesetzesberatungen in den Ländern überhaupt nur erkennbare Ansätze für Regelungen über „klassische“ Presse und Rundfunk hinaus. Der Bund wäre diesbezüglich bislang leider ganz untätig geblieben:

Übersicht über Entwürfe zur Anpassung von Landesdatenschutz- und Mediengesetzen

(Stand: 19.03.2018)



Bundesland	Privilegierung für Ausübung von Meinungsfreiheit	Gilt für	Markierung auf der Karte
Baden-Württemberg	zumindest auch zu künstlerischen und literarischen Zwecken privilegiert	öffentliche Stellen	
Bayern	zumindest auch zu künstlerischen und literarischen Zwecken privilegiert	öffentliche Stellen	
Berlin	Noch kein Gesetzesentwurf		
Brandenburg	explizit privilegiert	nicht-öffentliche und öffentliche Stellen	
Bremen	nur zu wissenschaftlichen Forschungszwecken privilegiert + Radio Bremen	öffentliche Stellen	
Hamburg	explizit privilegiert	nicht-öffentliche und öffentliche Stellen	
Hessen	nur zu wissenschaftlichen Forschungszwecken privilegiert + Hessischer Rundfunk	öffentliche Stellen	
Mecklenburg-Vorpommern	explizit privilegiert	öffentliche Stellen	
Niedersachsen	Noch kein Gesetzesentwurf		
Nordrhein-Westfalen	nur zu wissenschaftlichen Forschungszwecken privilegiert	öffentliche Stellen	
Rheinland-Pfalz	nur zu journalistischen Zwecken privilegiert	private Medien	
Saarland	Noch kein Gesetzesentwurf		
Sachsen	nur zu wissenschaftlichen Forschungszwecken privilegiert	öffentliche Stellen	
Sachsen-Anhalt	nur zu journalistischen Zwecken privilegiert	öffentliche Stellen, private Medien	
Schleswig-Holstein	nur zu journalistischen Zwecken privilegiert	öffentliche Stellen, private Medien	
Thüringen	explizit privilegiert	öffentliche Stellen	

- Ergebnis der DSGVO dürfe es nicht sein, dass künftig nur die Presse und der Rundfunk an der öffentlichen Meinungsbildung und Kommunikation frei teilnehmen können.
- Ziel der Fachkonferenz sei es herauszufinden, inwieweit die zwei wichtigen Güter der Meinungsfreiheit und des Datenschutzes überein gebracht werden können, sodass Öffentlichkeitsarbeit in Deutschland im bisherigen Umfang noch möglich ist. Es solle in der Konferenz dementsprechend nicht nur um Problemaufrisse, sondern vor allem auch um Antworten gehen. Aufgeteilt ist der Nachmittag daher in drei verschiedene Themenkreise von rund 1,5 Stunden, in die nacheinander jeweils von einem Experten eingeführt werden

und sich danach eine fachliche Diskussion mit dem Ziel einer Lösungsfindung anschließen soll.

2 1. Teil: Einführung in die Problematik des Spannungsverhältnisses der DSGVO zur Meinungsfreiheit

Den ersten Themenkreis eröffnete Rechtsanwalt Dr. Simon Assion, Rechtsanwalt in der Kanzlei Bird&Bird, der eine grundsätzliche Einführung in die Thematik des Spannungsverhältnisses zwischen der DSGVO und der Meinungsfreiheit leistete.

Dazu erläuterte er zunächst den aktuellen Rechtsrahmen öffentlicher Äußerungen, unabhängig von ihrer konkreten Ausgestaltung:

Printjournalismus:
Landespressegesetze

Rundfunkjournalismus:
Rundfunkstaatsvertrag
(RStV)

Fotografen:
Kunsturhebergesetz (KUG)

Aktueller Rechtsrahmen für öffentliche Äußerungen

**Online-Mikromedien
(Blogs etc.):**
Rundfunkstaatsvertrag
(RStV)

**Social Media- und
Bewertungsplattformen:**
Rundfunkstaatsvertrag
(RStV), Telemediengesetz
(TMG), teils
Netzwerkdurchsetzungsgesetz
(NetzDG)

Sonstige:
- Politiker
- Pressesprecher
- Privatpersonen
Keine
Spezialregulierung

Für alle:

- Zivilrechtliche Haftung für Äußerungen („Allgemeines Persönlichkeitsrecht“)
- StGB (Äußerungsdelikte u. spezieller Rechtfertigungsgrund § 193 StGB)
- Bundesdatenschutzgesetz?

Dabei zeigte Assion deutlich auf, dass bestimmte rechtliche Bestimmungen, sowie eine umfängliche Fallrechtsprechung, übergreifend alle Medien und Akteure betreffen. Das gelte besonders für den Datenschutz.

Die DSGVO folgt dabei dem Prinzip des „Verbotes mit Erlaubnisvorbehalt“, das sich aus den Art. 6 und 9 DSGVO ergibt. Ohne gesetzliche Erlaubnis ist damit die Verarbeitung personenbezogener Daten, einschließlich der öffentlichen Verbreitung von Informationen, nicht gestattet. Für Veröffentlichungen, wie sie im Umfang der Arbeit von Pressesprechern üblich sind, sind in der DSGVO jedoch keine darauf zugeschnittenen Rechtfertigungsgründe vorgesehen. Aber auch da, wo andere Erlaubnistatbestände auf Öffentlichkeitsarbeit angewendet werden können, folgen Informationspflichten der Art. 13 und 14 DSGVO und weiteren Betroffenenrechte der Art. 15-22 DSGVO, die im Bereich der Ausübung der Meinungsfreiheit zu Friktionen führen müssten. Im Rahmen dieser Kollision zwischen dem europäischen Datenschutz und der Meinungsfreiheit, könnte auf Basis von Art. 85 DSGVO auch der deutsche Gesetzgeber Abhilfe schaffen, wenn er für nicht-journalistische Öffentlichkeitsarbeit eine spezielle Regelung ins nationale Recht aufnehmen würde. Aus der bislang fehlenden Umsetzung des Art. 85 Abs. 1 DSGVO ins nationale Recht würde dann aber resultieren:

Das Problem

- Auch Öffentlichkeitskommunikation unterfällt der DSGVO
- Bisher nur (teilweise) Lösung für professionellen Journalismus (21. RÄStV)
- Keine Lösung für nicht-journalistische Öffentlichkeitskommunikation
 - Blogger
 - Podcaster
 - Social Media-Nutzer (Instagram, Snapchat, Facebook etc.)
 - Fotografen (z.B. Stockfotos, Street Photography)
 - Pressesprecher / PR
 - Politiker

Für dieses Problem stellte Assion drei Lösungsansätze vor, die sich bislang im Rahmen der aktuellen Diskussion – vor allem auf Twitter – entwickelt haben.

Zunächst setzte er sich mit dem Lösungsansatz des MdEP Jan Philipp Albrecht, dem ehemaligen Berichterstatter der DSGVO im Europäischen Parlament, auseinander. Albrecht wäre offensichtlich der Meinung, dass sich an dem geltenden Recht bzw. der Rechtsprechung in Bezug auf die Öffentlichkeitsarbeit auch durch die DSGVO keine Änderungen ergeben würden. Der Art. 5 GG selbst sei eine Rechtsvorschrift i.S.d. Art. 85 DSGVO. Damit würden sich durch Abwägung alle möglichen Konflikte auch in Deutschland lösen lassen. Gesetzlicher Anpassungen zur Wahrung der Meinungsfreiheit bedürfe es insofern in Deutschland nicht.

Dieser Ansicht Jan Philipp Albrechts widersprechen jedoch insbesondere die Datenschutzaufsichtsbehörden der Länder und des Bundes. Assion präsentierte den Beschluss der Konferenz der Datenschutzbeauftragten, der den Gesetzgeber deutlich auffordert, gesetzliche Anpassungen, die auf Grundlage des Art. 85 DSGVO erfolgen, konkret und spezifisch (bezogen auf die jeweilige Norm der DSGVO) sein müssten. Der Gesetzgeber müsste dementsprechend tätig werden, eine bloße Beibehaltung der bisherigen nationalen Regelungen würde dem nicht gerecht.

Assion bewertete diese Auffassung als problematisch: Letztlich müsste das zu einem „Meinungsfreiheitsgesetz“ führen, dass der Gesetzgeber bislang angesichts der überragenden Bedeutung der Meinungsfreiheit zu Recht gescheut hätte. Zudem würde damit der Vorrang des Datenschutzes gegenüber der Meinungsfreiheit normiert, was nicht zuletzt der Ansicht des Bundesverfassungsgerichts widersprechen würde.

Als einen möglichen Ansatz zu einer Lösung stellte er daher den Vorschlag des schwedischen Gesetzgebers vor. Der schwedische Regierungsentwurf eines DSGVO Implementierungsgesetz sehe vor, dass die DSGVO keine Anwendung findet, wenn sie der Presse- oder Meinungsfreiheit widerspricht. Darüber hinaus sei das Gesetz nicht detailliert. Folgt man der Auffassung der Aufsichtsbehörden wäre ein solches Gesetz demnach nicht hinreichend, würde jedoch die Fortgeltung der bisherigen Rechtslage und Judikatur auch in Deutschland eröffnen.

Lösungsansätze zusammengefasst

		
<p>„Albrecht-Theorie“</p> <ul style="list-style-type: none"> • „Alles bleibt beim Alten“ – • Art 5 GG nutzt die Öffnungsklausel von Art 85 Abs. 1 GG 	<p>Vorschlag Datenschutzbehörden</p> <ul style="list-style-type: none"> • Bestehendes Recht reicht nicht aus • Deutscher Gesetzgeber muss detailliert anpassen • So auch z.B. RASTV, aber nur für Profi-Journalismus 	<p>Schwedische Lösung</p> <ul style="list-style-type: none"> • Allgemeine breite Öffnungsklausel • Gesetzgeber wird tätig, aber keine detaillierte Anpassung

Assion wägte dann die verschiedenen Argumente für die einzelnen Theorien und Lösungsansätze ab.

Die „Albrecht-Theorie“



Dafür:

- Entspricht grundrechtlichem Rahmen: Schützt Meinungsfreiheit (Art. 11 EU-GrCh)
- Lässt Gerichten Spielraum für Gerechtigkeit im Einzelfall
- Erwägungsgründe 41 und 153 DSGVO -> Öffnungsklausel für „case law“

Dagegen:

- Wortlaut Art. 85 Abs. 1 DSGVO: „bringen... in Einklang“
- Sehr umstritten – Nachteil der Rechtsunsicherheit
- Wird offenbar nicht von allen Datenschutzbehörden geteilt -> Konflikte sind vorprogrammiert
- Gesetzgeber bisher unentschlossen (BDSG 2018 schweigt; KUG noch offen)

Vorschlag Datenschutzbehörden



Dafür:

- Würde (einigermaßen) für Rechtssicherheit sorgen

Dagegen:

- Gesetzgebungskompetenz für Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 1 DSGVO: Bund oder Länder?
- Würde zu Einführung eines „Meinungsfreiheitsgesetzes“ führen
- Unflexibel (Basis für bisheriges Richterrecht würde wegfallen)
- Würde implizit Vorrang von Datenschutz vor Meinungsfreiheit festlegen

Schwedische Lösung



Dafür:

- Flexible Lösung
- Vermeidet die Rechtsunsicherheit der Albrecht-Lösung
- Vermeidet den Vorrang des Datenschutzrechts des Vorschlags der Datenschutzbehörden

Dagegen:

- Gesetzgebungskompetenz für Öffnungsklausel des Art. 85 Abs. 1 DSGVO: Bund oder Länder?
- Genereller Vorrang der Meinungsfreiheit wird teils als unangemessen empfunden

Aus den unterschiedlichen Ansätzen entwickelte er schließlich eine „modifizierte schwedische Lösung“, die sich für ihn wie folgt darstellt:

Modifizierte Schwedische Lösung



- **Bund:** Allgemeine Öffnungsklausel im BDSG 2018:
„Die DSGVO sowie weitere Datenschutzgesetze finden in dem Umfang, wie sie gegen Presse- oder Meinungsfreiheit streiten, keine Anwendung.“
 - In der Begründung sollte gesetzgeberische Intention, hierdurch den Vorrang des Presse- und Äußerungsrechts zu statuieren, festgehalten werden
 - Ziel: Sphärentheorie des BVerfG (insb. Sozialsphäre) wird gegen DSGVO abgesichert
- **Bund:** In KUG-Novelle Vorrang von Panoramafreiheit und „Person der Zeitgeschichte“ vor DSGVO klarstellen
- **Bund:** Schonende Reduzierung der übrigen DSGVO-Compliancepflichten bei Öffentlichkeitskommunikation
 - Für Privatpersonen im BDSG 2018
- **Länder:** Schonende Reduzierung der übrigen DSGVO-Compliancepflichten
 - Für elektronische Mikromedien: Im RStV
 - Für Printjournalismus: In Landespressegesetzen

Zur Eröffnung der Diskussion zu diesem Themenfeld erteilte Jan Mönikes anschließend zunächst dem jeweiligen Vertreter des jeweils federführenden Ministeriums das Wort.

Jörg Eickelpasch, Leiter des Referats V II 4 des Bundesministeriums des Inneren, für Bau und Heimat, eröffnete das anschließende Fachgespräch, indem er im Wesentlichen mit Assion darin übereinstimme, dass der nationale Gesetzgeber sich auf die „Öffnungsklausel“ des Art. 85 DSGVO stützen könnte. Die Frage sei dabei jedoch, ob gesetzgeberisches Handeln erforderlich wäre. Erforderlich sei es jedenfalls dann, wenn es eine Rechtsunsicherheit gäbe. Diese sei vor dem Hintergrund der Rechtsansichten der Datenschutzaufsichtsbehörden nicht auszuschließen. Dennoch vertrete er die Auffassung, dass Art. 85 Abs. 1 DSGVO im Lichte des Erwägungsgrund Nr. 4 die Beachtung des bisherigen Rechts auch im Bereich der Meinungsfreiheit eröffne und es eine „zu steile These“ der Aufsichtsbehörden wäre, dass es zur Erhaltung der Presse- und Meinungsfreiheit immer einer spezifischen gesetzlichen Regelung bedürfe. Die bereits existierenden Gesetze könnten und müssten auch nach dem 25.05.2018 beachtet werden. Schließlich handelt es sich immer noch um geltendes Recht des Bundes. Nur wo ein Konflikt zur DSGVO bestünde, müsse man die nationale Norm europarechtskonform auslegen.

Zu den verschiedenen Lösungsansätzen äußerte Jörg Eickelpasch hinsichtlich der schwedischen Lösung durchaus Sympathie, sah jedoch ebenso die Gefahr von Rechtsunsicherheit. Der Bundesgesetzgeber würde zunächst auf eine europarechtskonforme Anwendung der nationalen

Rechtsordnung setzen. Erst nach Geltung der DSGVO und etwaig auftretenden Friktionen, könne sich die Notwendigkeit zu gesetzgeberischem Handeln auf Bundesebene ergeben.

Dr. Malte Engeler (Blogger und Richter am VG Schleswig) argumentierte gegen die modifizierte Theorie. Wenn man sich den grundrechtlichen Schutz des Datenschutzes betrachtet, bestünde auch bezüglich der Meinungsfreiheit die Notwendigkeit zur Schaffung einer rechtlichen Grundlage, die Erlaubnischarakter hat. Würde man eine Ausnahmeregelung nach schwedischem Vorbild schaffen, dann wäre das keine solche Grundlage, sondern schlicht eine Abbedingung des Datenschutzes. Dies würde zu einem Zustand führen, der weder vom Grundgesetz, noch von der DSGVO gewollt wäre. Es würde bedeuten, dass Art. 5 GG als gesetzliche Ausnahme zu sehen wäre, dabei sei dieser Artikel eine verfassungsrechtliche Grundlage eines Freiheitsrechts. Sowohl im Volkszählungsurteil als auch in Art. 8 der EU-Grundrechtecharta sind als Rechtsgrundlagen jeweils bestimmte und konkrete gesetzliche Regelungen vorgesehen. Diese Rolle kann konkurrierendes Verfassungsrecht, wie es Art. 5 GG ist, nicht unmittelbar selbst ausüben. Es besteht somit die Pflicht eine gesetzliche Grundlage zu schaffen, die einzelne Ausnahmen vorsieht, jedoch keine komplette Bereichsausnahme von der DSGVO für die Presse- und Meinungsfreiheit. Das entspräche auch dem Gestaltungsauftrag des Art. 85 DSGVO, der nicht etwa eine generelle Ausnahmekompetenz wäre.

Jens Thurow, Pressesprecher der Datenschutzaufsichtsbehörde Niedersachsens betonte, dass auch die Behörden die Ansicht vertreten würden, dass der Meinungsfreiheit Rechnung getragen werden muss. Jedoch haben die Aufsichtsbehörden die Rechtsunsicherheit erkannt und mit ihrer Auffassung einen Appell an den Gesetzgeber richten wollen, hier für gesetzliche Klarstellung zu sorgen.

Benjamin Horvarth, Rechtsanwalt in Berlin, wandte gegenüber der Ansicht, dass alle nationalen Gesetze ohne gesetzgeberisches Handeln weiter gelten sollten, ein, dass dann Unsicherheit bestünde, wie genau der Vorrang der DSGVO überhaupt zu werten sei. Als europäische Verordnung habe diese auch vor den deutschen Grundrechten Vorrang. Fraglich wäre, wie dann dennoch ein Vorrang der spezielleren Gesetze zu rechtfertigen sei.

Jörg Eickelpasch bejaht den Vorrang der DSGVO vor dem gesamten nationalen Recht. Jedoch würden durch den IX. Abschnitt die Richtlinienartigkeit der DSGVO als Besonderheit gegenüber „normalen“ EU-Verordnungen verdeutlicht. Auch Art. 85 DSGVO würde Spielräume für den nationalen Gesetzgeber schaffen. Die DSGVO geht explizit von der Geltung dieser nationalen Regelungen aus. Das mitgliedstaatliche Recht könne grundsätzlich in diesem Bereich genauso wie bisher weitergeführt werden. Die EU habe die teils schwierigen Abgrenzungsfragen in den besonderen Bereichen des Kapitels IX nicht abschließend und einheitlich zu regeln vermocht. Zu bedenken ist die unterschiedliche Rechtskultur der 28 Mitgliedstaaten. Daher habe die EU keine abschließenden Regelungen geschaffen. Diese würden vielmehr weiterhin aus den nationalen Gesetzen folgen. Dies gilt auch dann, wenn im nationalen Recht die DSGVO nicht ausdrücklich in Bezug genommen ist.

Trotz der unterschiedlichen Auffassungen bestand am Ende des weiteren Verlaufs der Diskussionsrunde wohl Konsens, dass unabhängig von den verschiedenen Lösungsansätzen, das Ergebnis in jedem Fall sein müsste, die im Bereich der Meinungs- und Informationsfreiheit in Deutschland herausgebildete Rechtsprechung und Rechtsystematik zur Gewährleistung des Grundrechts aus Art. 5 GG für die Zukunft zu erhalten.

3 2. Teil: Ist die Pressearbeit von öffentlichen Stellen in Gefahr?

Prof. Niko Härting, Rechtsanwalt in Berlin, beschäftigte sich zum Einstieg in den nächsten Themenkreis insbesondere mit den Rechtsfragen der Öffentlichkeitsarbeit der Behörden im Wirkungskreis der DSGVO. Heutzutage hätten viele Behörden eigene Pressestellen, die wiederum Informationen an die Bürger übermittelten. Dabei würden meist auch (sensible) personenbezogene Daten verarbeitet, die wiederum dem Erlaubnisvorbehalt der DSGVO unterfallen würden, um künftig noch zulässig zu sein. Die Fragestellung war von Jan Mönikes zuvor schon dahingehend ergänzt worden, dass sich moderne Pressearbeit in zwei Tätigkeitsbereiche unterteile: Nur eines der Ziele, auch der Pressestellen von Behörden, sei es einerseits eigene Informationen und Meinungen zu verbreiten. Andererseits wäre jedoch Kern der Tätigkeit die Auswertung und Aufbereitung größerer Mengen öffentlich verfügbarer Informationen für die eigene Organisation. In der DSGVO wäre für eine solche Auswertung, welche auch von den Behörden vorgenommen würde, keine Ausnahmeregelung geschaffen worden.

Zum Einstieg in diesen Themenkreis nahm Härting sein Ergebnis insoweit vorweg, als er einen dringenden gesetzlichen Handlungsbedarf sehen würde. Das Verhältnis der Kommunikation und des Datenschutzes könne mit der jetzt geschaffenen Rechtslage nicht konfliktfrei bestehen. Insbesondere wären die Informationsfreiheit der Behörden gewährleistende Normen notwendig, da ihnen gesetzlich kein „berechtigtes Interesse“ und keine Grundrechtsabwägung helfen könnte.

FREIE MEINUNGSÄUSSERUNG UND INFORMATIONSFREIHEIT

1. Wir brauchen Ausnahmen für die Öffentlichkeitsarbeit der Behörden (Informationsfreiheit).
2. Wir brauchen Ausnahmen für die Pressearbeit der Unternehmen (Meinungsfreiheit).
3. Wir brauchen Ausnahmen für die Medienbeobachtung (Meinungs- und Informationsfreiheit).

Wir brauchen die Ausnahmen

- um eine rechtmäßige Datenverarbeitung zu gewährleisten;
- um unangemessene Verpflichtungen zur Information aller Betroffenen zu verhindern;
- um die Meinungs- und Informationsfreiheit gegen massenhafte Auskunfts-, Berichtigungs- und Löschungsersuchen zu verteidigen.

Härting stellte zudem die Prognose auf: Eine große Herausforderung für alle (sowohl Unternehmen, aber auch öffentliche Stellen) würden die Informationspflichten und Betroffenenrechte werden. Es würde in Zukunft Versuche geben, Bürger ausufernd zu animieren, ihre Auskunftsansprüche gegen den Staat geltend zu machen, ohne dass es dafür einen sachlichen Hintergrund gebe. Damit würde lediglich ein neues juristisches Tätigkeitsfeld geschaffen, das öffentliche Stellen in ihrer Arbeit behindern kann, sollte nicht eine entsprechende gesetzliche Ausnahmeregelung insbesondere für die Verarbeitung öffentlich allgemein verfügbarer Informationen geschaffen werden.

Solche Ansprüche auf Auskunft würden dabei nicht nur große Behörden treffen, sondern besonders kleinere öffentliche Stellen, wie Schulen oder Gemeinden, überfordern. Dies könnte dazu führen, dass kleinere öffentliche Stellen aus Angst vor Überforderung zukünftig keine Öffentlichkeitsarbeit mehr wagen, um nicht gegen das Datenschutzrecht zu verstoßen. Ein solches Resultat könne aus Gemeinwohlinteresse nicht gewollt sein.

Für eine zulässige Öffentlichkeitsarbeit müsse auch den Behörden eine Erlaubnis in dem Art. 6 Abs. 1 S. 1 f) DSGVO eingeräumt werden. Absatz 1 S. 2 normiere jedoch, dass sich Behörden nicht auf das Argument der Wahrung ihrer berechtigten Interessen berufen könnten (andere öffentliche Stellen seien demnach allerdings nicht von der Ausnahme erfasst). In Betracht komme demnach nur eine Rechtmäßigkeit der Verarbeitung nach Absatz 1 e), wenn die Verarbeitung im öffentlichen Interesse liegt oder in Ausübung öffentlicher Gewalt erfolgt. Dafür bedürfte es dann jedoch einer gesetzlichen Grundlage im öffentlichen Recht, an der es bislang vielfach fehlen würde.

Zurückgegriffen werden könne vielleicht auf den § 3 BDSG-neu. Dabei wäre für die Öffentlichkeitsarbeit die Formulierung „Aufgabe der Behörde“ heranzuziehen. Problematisch wäre jedoch, dass bei den wenigsten öffentlichen Stellen Presse- und Öffentlichkeitsarbeit aber zu den ausdrücklich normierten Aufgaben gehört. Auch die jüngste Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum "Informationsauftrag" und der sich daraus ergebenden „Informationsbefugnis" könnte dieses Dilemma nur teilweise auflösen:

„Die Bundesregierung ist das oberste Organ der vollziehenden Gewalt (vgl. BVerfGE 9, 268 <282>; 138, 102 <113 Rn. 39>). Die ihr gemeinsam mit den anderen dazu berufenen Verfassungsorganen obliegende Aufgabe der Staatsleitung (vgl. BVerfGE 11, 77 <85>; 26, 338 <395 f.>; 105, 252 <270>; 105, 279 <301>) schließt als integralen Bestandteil - und damit unabhängig von einer gesonderten gesetzlichen Ermächtigung (vgl. dazu BVerfGE 105, 252 <270>; 105, 279 <304 f.>) - die Befugnis zur Informations- und Öffentlichkeitsarbeit ein (vgl. BVerfGE 138, 102 <114 Rn. 40>). Diese ist nicht nur verfassungsrechtlich zulässig, sondern notwendig, um den Grundkonsens im demokratischen Gemeinwesen lebendig zu erhalten und die Bürgerinnen und Bürger zur eigenverantwortlichen Mitwirkung an der politischen Willensbildung sowie der Bewältigung vorhandener Probleme zu befähigen (vgl. BVerfGE 44, 125 <147>; 105, 252 <269>; 105, 279 <302>). Sie umfasst die Darlegung und Erläuterung der Regierungspolitik hinsichtlich getroffener Maßnahmen und künftiger Vorhaben angesichts bestehender oder sich abzeichnender Probleme sowie die sachgerechte, objektiv gehaltene Information über die Bürgerinnen und Bürger unmittelbar betreffende Fragen und wichtige Vorgänge auch außerhalb oder weit im Vorfeld der eigenen gestaltenden politischen Tätigkeit (vgl. BVerfGE 20, 56 <100>; 44, 125 <147>; 63, 230 <243>; 105, 252 <269>; 105, 279 <302>). Dabei kann die Bundesregierung auch Empfehlungen und Warnungen aussprechen (vgl. BVerfGE 105, 252 <271>; 105, 279 <306 f.>).“

(BVerfG vom 27.2.2018, Az. 2 BvE 1/16 – Rote Karte, Rdnr. 51)

Daraus könne höchstens nur für „staatsleitende“ Aufgaben geschlossen werden, dass Bundesbehörden auch zukünftig ohne gesetzliche Normierung Öffentlichkeitsarbeit betreiben dürften. Probleme werden dann aber weiterhin für die den Bundesbehörden nachgelagerte Behörden verbleiben. Diese seien wohl nicht von dem Urteil erfasst. Die öffentlichen Stellen können sich nicht auf Grundrechte, und vor allem nicht auf Art. 5 GG, berufen, sodass ein dringender gesetzlicher Handlungsbedarf bestünde.

Härtling schloss seinen Vortrag mit zwei prägnanten Fragen ab:

- Ist das dringende Fehlen einer Rechtsgrundlage dem Gesetzgeber bewusst?
- Sollen die Behörden sich tatsächlich mit massiven Auskunftsansprüchen und Informationspflichten auseinandersetzen müssen?

In der folgenden Diskussionsrunde wurde insbesondere über Art. 6 e) DSGVO eingehend diskutiert. Die DSGVO unterscheidet nicht wie im deutschen Recht klar zwischen den Begriffen der Aufgabe und der Befugnis einer öffentlichen Stelle. Sowohl das von Niko Härtling als auch frühere Urteile des Bundesverfassungsgerichts stellten in der Vergangenheit klar, dass staatliche Stellen keine ausdrückliche Befugnis brauchen würden, um Öffentlichkeitsarbeit zu leisten.

Dementsprechend wurde zum Einstieg in das Fachgespräch die Frage aufgeworfen, ob sich daran mit der DSGVO etwas ändern würde.

Jörg Eickelpasch reagierte auf die von Niko Härting vertretene These der Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung eher kritisch, obwohl er deutlich machte, sich in der spezifischen Rechtsmaterie des Medienrechts nicht weiter auszukennen. Er sieht es als nicht zwingend an, die zitierte Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts so eng zu verstehen, dass sich alle anderen Behörden, die keine staatleitende Funktion haben, nicht auf die allgemeine datenschutzrechtliche Rechtsgrundlage zur Datenverarbeitung beziehen dürften. Ziel der Verhandlungen der Bundesregierung zur DSGVO sei es jedenfalls gewesen, das nationale Recht weiterführen zu können. Dies sei für den öffentlichen Bereich weitgehend gelungen. Die Zusammenschau der Normen aus DSGVO und BDSG2018 sowie das ergänzende bereichsspezifische Recht würden dies bestätigen. Zu der konkreten würde die alte Rechtslage nach §§ 13, 14 BDSG-alt nun in § 3 BDSG-neu fortgeführt. Eine allgemeine datenschutzrechtliche Rechtsgrundlage auch für die Öffentlichkeitsarbeit von Behörden sei damit gegeben.

Im nachfolgenden Gespräch begegnete diese Sichtweise erhebliche Skepsis, gerade wenn der Aufgabenbereich einer Behörde nicht gesetzlich normiert ist. Generell gab es in der Diskussionsrunde über das Thema, was jeweils Aufgaben bestimmter Behörden sein können und ob diese Aufgaben gesetzlich geregelt sein müssen oder sich auch aus der Praxis erschließen können, starke Kontroversen.

Assion sah nicht die Notwendigkeit einer gesonderten Aufgabenzuweisung durch eine gesetzliche Regelung. Mönikes wandte jedoch ein, dass sollte keine gesetzliche Befugnisnorm geschaffen werden, sich alle Diskussionen anschließend schlicht auf den normierten Begriff der „Erforderlichkeit“ verlagern könnte. Zustimmend wurde daraufhin aus der Expertenrunde eingewandt, dass gerade die Aufsichtsbehörden sehr restriktiv mit dem Begriff der „Erforderlichkeit“ umgehen. Anknüpfungspunkt sei oftmals die Praxis der Vergangenheit. Schon anhand dieses Beispiels ist erkenntlich, dass die „Erforderlichkeit“ einen schwierigen Maßstab etwa für neue Maßnahmen in der Öffentlichkeitsarbeit darstellt und keine Rechtssicherheit zulässt.

Als unlösbares Problem erwies sich das Medien-Monitoring. Zusammenfassend ging es dabei insbesondere um diese Fragen: Was ist, wenn es zum Zeitpunkt der Speicherung noch keine Zweckbestimmung gab? Und müssen tatsächlich die Betroffenen immer informiert werden? Was kann etwa von Politikagenturen übrigbleiben, die vielfach sensible Daten im Sinne des Art. 9 DSGVO verarbeiten müssen?

Der zunächst in Betracht zu ziehende Art. 6 Abs. 1 f) DSGVO ist für die Behörden ausgeschlossen, sodass der Art. 6 Abs. 1 e) DSGVO heranzuziehen ist. Fraglich ist jedoch, ob dieser Artikel als Rechtsgrundlage auch für die Auswertung öffentlicher Quellen anwendbar ist. Assion sieht keinerlei Probleme bei der Heranziehung des Art. 6 Abs. 1 e) und einer weiten Interpretation dessen, was noch unter „Informationsaufgabe“ fällt, sieht jedoch das Erstellen von (politischen) Personenprofilen als kritisch an.

Jan Mönikes schloss diesen Themenkreis mit den Worten, es müsste beim Datenschutz im Ergebnis einen Schutz- und Schonraum für den Meinungskampf insbesondere im politischen Bereich geben, den es mit den jetzigen Regelungen bzw. dem Fehlen entsprechender nationaler Gesetze eben gerade noch nicht gibt, ab.

4 3. Teil: Personenbilder im Spannungsfeld der DSGVO – Welche Zukunft hat das KUG?

In den dritten Teil der DSGVO-Fachkonferenz wurde durch Dr. Florian Klein eingeführt, der das Spannungsverhältnis zwischen der DSGVO und dem KUG näher beleuchtete.

Die DSGVO ist als europäische Verordnung unmittelbar anwendbar und geht auch nationalen Spezialregelungen vor, soweit Tatbestandskongruenz besteht. Zwischen KUG und DSGVO bestehen erhebliche Überschneidungen im Anwendungsbereich und damit eine solche Tatbestandskongruenz, die zur Verdrängung ab dem 25. Mai 2018 führt.

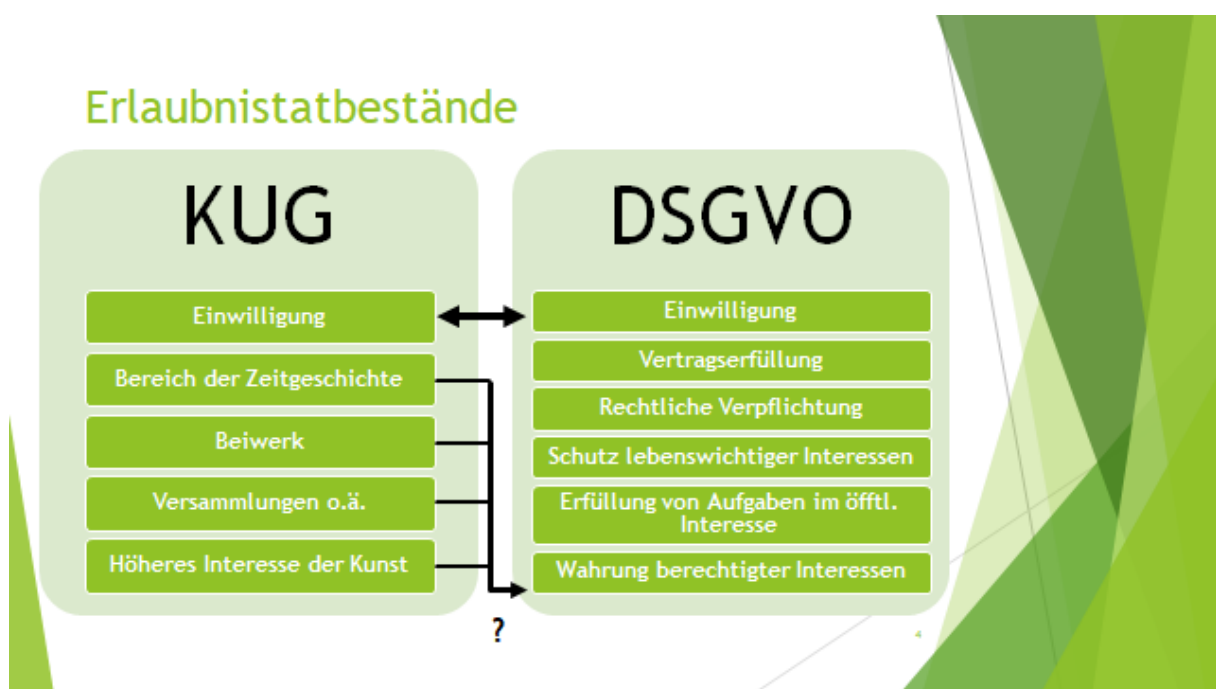


Jedes Bildnis im Sinne des KUG speichere personenbezogene Daten, da beim Vorliegen einer Erkennbarkeit der Person (im Sinne des KUG) stets auch eine Identifizierbarkeit (im Sinne der DSGVO) vorläge. Ausnahmen bestünden allenfalls für antiquierte Wiedergabeformen wie Schattenrisse, Münzprägungen oder Malereien, die keine wirklichkeitsgetreue Abbildung der Person darstellen und damit auch keine relevanten Informationen über das äußere Erscheinungsbild einer Person enthalten. Die vom KUG erfassten Verwendungsformen (Verbreitung und öffentliche Zurschaustellung, § 22 KUG, § 23 Verbreiten und zur Schau stellen, § 24 KUG bei Behörden) stellen dagegen auch eine Verarbeitung im Sinne des viel weiteren Verarbeitungsbegriffs des Art. 4 Nr. 2

DSGVO dar. Deshalb ist jede Bildnisverwendung, die in den Bereich des KUG fällt, zugleich auch eine Datenverarbeitung im Sinne der DSGVO.

Aufgrund dieser Überschneidungen in den wesentlichen Anwendungsmerkmalen, wäre vorbehaltlich weniger Ausnahmen zukünftig auch nahezu jede Bildnisverwendung (Verbreitung bzw. Offenbarung) nicht mehr nach dem KUG, sondern nach der DSGVO zu beurteilen. Die DSGVO enthält nur wenige spezifische Einschränkungen ihres sachlichen Anwendungsbereichs. Nur in diesen engen Grenzen entfalte sie keinen Anwendungsvorrang. So z.B. das in Art. 2 Abs. 2 c) DSGVO enthaltene „Haushaltsprivileg“, das Datenverarbeitungen im Rahmen ausschließlich persönlicher oder familiärer Tätigkeiten vom Datenschutzrecht ausnimmt. Das KUG kenne eine solche Beschränkung zwar nicht ausdrücklich, allerdings kann nur eine Verbreitung von Bildnissen im Privatbereich in den Bereich dieses Haushaltsprivilegs fallen. Sobald die Verbreitung weitere Kreise zieht, fällt dies – ebenso wie jede öffentliche Zurschaustellung – in den Bereich, der von der DSGVO erfasst wird. Es verbliebe deshalb nur ein zu vernachlässigender Anwendungsbereich für das KUG, der im Übrigen auch durch schlichte Anwendung des Allgemeinen Persönlichkeitsrechts adäquat geregelt wäre.

Die Anforderungen an eine zulässige Bildnisverwendung nach KUG und DSGVO unterschieden sich dagegen zum Teil erheblich. Während das KUG eine Einwilligung oder das Vorliegen einer der gesetzlichen Ausnahmen nach §§ 23, 24 KUG erfordere, regelt die DSGVO die Erlaubnistatbestände in Art. 6 DSGVO abschließend. Insbesondere für den Bereich der Öffentlichkeitsarbeit enthält das KUG einige Ausnahmen, die der Sicherung von Informations-, Meinungs-, Presse-, Kunst- und Abbildungsfreiheit dienen. Die DSGVO ist darauf dagegen nicht zugeschnitten und begnügt sich mit einer allgemeinen Erlaubnis zur Wahrung berechtigter Interessen, die von ihrem Regelungsgehalt hinter § 23 KUG zurückbliebe. Problematisch wäre zudem die freie Widerruflichkeit der Einwilligung nach der DSGVO, die im Gegensatz zum KUG nicht zuletzt bei Gruppenaufnahmen keine Rechtssicherheit bietet.



Die DSGVO enthält eine Reihe von Öffnungsklauseln, die es den Mitgliedstaaten erlauben, gewisse Abweichungen im nationalen Recht vorzusehen. Dies betrifft beispielsweise den Beschäftigungskontext (Art. 88 DSGVO) und in besonderer Weise Verarbeitungen, die im Kontext der Freiheit der Meinungsäußerung und Informationsfreiheit stattfinden. Art. 85 Abs. 2 DSGVO eröffne Spielräume für eine Fortgeltung des KUG im Medienbereich (Verarbeitungen zu journalistischen Zwecken), betrifft damit aber schwerpunktmäßig einen Regelungsbereich, der der Gesetzgebungskompetenz der Länder unterliegt. Zumindest für Öffentlichkeitsarbeit mit einem gewissen meinungsbildenden Anspruch dürfte Art. 85 DSGVO jedoch auch außerhalb des institutionellen Medienbereichs Ausnahmen durch nationales Recht zulassen. Hierfür sei primär der Bund zuständig (Kompetenz für Recht der Wirtschaft für nichtöffentliche Stellen, Annexkompetenz für Tätigkeit der Bundesbehörden). Nur für öffentliche Stellen der Länder seien die Länder selbst gefragt.

Die Bundesländer würden weitreichende Medienprivilegien planen (nahezu vollständige Nichtanwendung sämtlicher in Art. 85 Abs. 2 DSGVO genannter Kapitel der DSGVO), deren Konformität mit Art. 85 Abs. 2 DSGVO nicht unumstritten sei. Eine praktische Konkordanz („Einklang“) ist darin nicht zu sehen, sondern vielmehr eine weitgehende Bereichsausnahme für die Medien gegenüber dem Datenschutz. Für Presse und Rundfunk könnte dann weiter das KUG zur Anwendung kommen. Aus formeller Sicht wäre eine Übernahme des Regelungsinhalts des KUG als datenschutzrechtliche Regelung für Presse und Rundfunk unter Anpassung an die spezifischen Adressaten durch die Länder aufgrund der jeweiligen Gesetzgebungskompetenzen begrüßenswert. Darin läge eine kompetenziell saubere Erfüllung des Gestaltungsauftrags der DSGVO und zugleich würde eine Unabhängigkeit von etwaigen bundesgesetzgeberischen Änderungen erreicht.

Der bisher bekannt gewordene Entwurf des Bundesgesetzgebers zur Änderung des KUG, nach dem das KUG fortgelten soll, soweit nicht Normen der DSGVO vorrangig sind, sei dagegen rein deklaratorisch und ohne konstitutive Wirkung und damit nutzlos. Er beschreibe nur die Rechtslage, die aufgrund europarechtlicher Grundsätze ohnehin gelte. Für das KUG sei er sogar schädlich, da er klarstellt, dass der Gesetzgeber von Spielräumen der DSGVO nicht durch das KUG Gebrauch machen möchte. Öffentlichkeitsarbeit außerhalb der klassischen (privilegierten) Medien unterläge deshalb in vollem Umfang der DSGVO und man könne ab dem 25.05.2018 in der Regel nur mit den Erlaubnistatbeständen der Einwilligung und der Erforderlichkeit zur Wahrung berechtigter Interessen i.S.d. Art. 6 Abs. 1 f) DSGVO arbeiten. Dies berge aber erhebliche Risiken. Die Einwilligung in eine Abbildung sei frei widerruflich und solle gegenüber Behörden gar nicht möglich sein (ErwGr. 43). Eine Erforderlichkeit zur Verwendung erkennbarer Personenbilder würde hingegen nur selten zu bejahen sein und ist zusätzlich dem Widerspruchsrecht des Art. 21 DSGVO ausgesetzt.

Sollte Öffentlichkeitsarbeit außerhalb von Presse und Rundfunk nicht ohne die Verwendung von Personenbildern erfolgen müssen, müsse der Gesetzgeber dringend handeln. Die Ausfüllung der Spielräume des Art. 85 DSGVO erforderten aktives Tun, da sonst schlicht die unmittelbar anwendbaren (Voll-) Regelungen der DSGVO vorrangig gelten würden.

Handlungsmöglichkeiten des Gesetzgebers - Impulse

- ▶ Status quo nicht haltbar - Einschränkungen des KUG
- ▶ Aber: Ausnahmen von DSGVO zum Schutz der Meinungsfreiheit auch außerhalb von Presse und Rundfunk möglich
 - ▶ Entweder Art. 85 Abs. 1 DSGVO
 - ▶ Oder sehr weite Auslegung der journalistischen Tätigkeit in Art. 85 Abs. 2 DSGVO
- ▶ Kein Automatismus → Gesetzgeber gefragt
- ▶ Begrenzte Fortgeltung des KUG für Öffentlichkeitsarbeit grds. sinnvoll unter Stärkung der Interessenabwägung des § 23 Abs. 2 KUG
- ▶ Aber: Keine übermäßige Aushebelung der DSGVO

Eine mindestens begrenzte Fortgeltung des KUG sei für den Bereich der Öffentlichkeitsarbeit dabei grundsätzlich sinnvoll, wobei die Interessenabwägung des § 23 Abs. 2 KUG gestärkt werden sollte, um den Gefahren durch weltweite Verbreitung und automatisierte Verarbeitungen Rechnung zu tragen. Das Anliegen der DSGVO zur Stärkung des Datenschutzes sei berechtigt und sollte generell nicht vollständig ausgehebelt werden, um den Status quo zu erhalten. Dennoch ist auch Öffentlichkeitsarbeit ein wichtiges Anliegen der betroffenen Stellen, das mit den Belangen des Datenschutzes in Einklang gebracht werden sollte. Zu diskutieren wäre nach Ansicht von Dr. Klein beispielsweise, inwiefern eine Aufweichung der Erlaubnistatbestände der DSGVO durch eine Stärkung der Betroffenenrechte kompensiert werden könnte.

Ulrich Deffaa, Leiter des Referats IV A 5 des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz, wandte daraufhin ein, dass der Begriff der Erforderlichkeit nicht zu eng gesehen werden sollte. Er sei künftig unmittelbar unionsrechtlich auszulegen und daher womöglich großzügiger zu verstehen als bisher. Damit wäre dann mehr Spielraum für die Erhaltung bisheriger Abbildungsfreiheiten. Wie weit das tatsächlich trage, müsse später mit Entscheidungen des EuGHs abgeglichen werden. Die Unsicherheiten, die daraus resultieren erkenne er jedoch ebenso wie von Dr. Klein ausgeführt.

Die meisten der Experten der Fachkonferenz stimmten darin überein, dass das KUG, um ein Gesetz i.S.d. Art. 85 DSGVO darzustellen, eine Anwendbarkeitsregelung bedürfte.

In der Diskussion wurden die im Vortrag aufgezeigten Probleme anhand der Tätigkeit von Pressesprechern und Fotografen näher erläutert. Mönikes brachte das Beispiel eines Pressefotografen auf, der zwar einen Presseausweis besitzt, jedoch auf einer öffentlichen Veranstaltung ohne eine direkte Zweckbindung Fotos macht. Dies würde vom Presseprivileg nicht erfasst, da im Zeitpunkt der Aufnahme keine klare Zuordnung zu einem Presseunternehmen oder einer konkreten journalistischen Zweckbestimmung gegeben sei. Ein weiteres großes Problem seien

ebenso Gruppen- oder Versammlungsfotos, wenn die Einwilligungen jederzeit zurückgerufen werden können.

David Seiler, Justiziar des Bundesverbandes professioneller Bildanbieter und Vertreter des PIV Photoindustrieverbandes, zeigte auf, dass für die Beispiele ggf. der Art. 6 Abs. 1 f) DSGVO als Rechtsgrundlage in Betracht käme. Problematisch sei diese Lösung jedoch, wenn z.B. aus dem Foto ein Gesundheitsdatum der Person zu erkennen wäre und man dementsprechend den Art. 9 DSGVO als Rechtsgrundlage heranzuziehen hätte. Eine Lösung ohne das Einholen einer Einwilligung sei dann nicht ersichtlich.

Das Anwenden des Art. 6 Abs. 1 f) DSGVO als Rechtsgrundlage führe auch nach Ansicht weiterer Experten generell zu Problemen. Nicht jede Arbeit der Pressesprecher sei automatisch ein berechtigtes Interesse und generell sei eine Abgrenzung schwierig und würde zu Rechtsunsicherheiten führen. Die Einwilligung gem. Art. 6 Abs. 1 a) DSGVO einzuholen, welche jedoch jederzeit widerruflich ist, wäre in der Praxis kaum handhabbar.

Sollte man das KUG weiterhin als anwendbar betrachten wollen, darin stimmten die meisten Experten überein, müsste die Anwendbarkeit des KUG in dieses vom Gesetzgeber hereingeschrieben werden, damit es eine Ausnahmegvorschrift i.S.d. Art. 85 DSGVO sein kann.

Als Fazit wurde nach längerer Debatte auch mit dem Publikum festgehalten, dass sollte der Gesetzgeber nicht eine Anwendbarkeit des KUG normieren, abgewartet werden muss, was der EuGH bei Vorlage entscheiden sollte. Ob dieses Zuwarten einem gesetzgeberischen Handeln vorzuziehen wäre, wurde jedoch überwiegend bezweifelt.

BdP-Präsidentin Regine Kreitz beendete die Veranstaltung daher mit einem Appell an den Gesetzgeber, die im Rahmen der Fachkonferenz deutlich herausgearbeiteten Herausforderungen zu lösen und rechtzeitig tätig zu werden, um die absehbaren Friktionen möglichst zu vermeiden.