
Strafverteidigung mit Datenschutz

Sascha Petzold
Rechtsanwalt & Mediator
München

*»Den Tiger vom Berg in die Ebene locken«
– General Tan Daoji, Strategem Nr. 15*

Warum Datenschutz?

- ❖ Datenschutz als taktisches Mittel der Verteidigung
- ❖ »Den Tiger vom Berg in die Ebene locken«
- ❖ Gesetzliches Beweisverwertungsverbot
- ❖ Persönliche Verantwortung bzw. Haftung des Richters
- ❖ Gesetzlicher Richter für Auslegung ist EuGH

„... noch nicht einmal ignoriert“

–Bayerische Redeweise

BGH - 5 StR 457/21 zu EncroChat-Daten

Der BGH hat seine Hochachtung für die Einhaltung des Datenschutzes dadurch dokumentiert, als er in seiner 48-seitigen Entscheidung folgende Begriffe vermied:

- ❖ Datenschutz
- ❖ BDSG
- ❖ DS-GVO
- ❖ JI-RL

Fall

Auf einen Kundenparkplatz einer Sparkasse steigen zwei Polizeibeamte aus dem Streifenwagen aus und bitten drei anwesenden Personen um Angabe ihrer Personalien.

Dabei fällt den beiden Polizeibeamten auf, dass ein aus einer Bauchtasche hervorgeholter Personalausweis stark nach Marihuana riecht. Des weiteren stellen die beiden Polizeibeamten fest, dass es aus dem Kfz des Kontrollierten stark nach Marihuana riecht.

Fall

Daraufhin fragt einer der beiden Polizeibeamten die Person, ob er in dessen Bauchtasche sehen darf.

Dieser händigt sodann dem Polizeibeamten seine Bauchtasche aus. In dieser befinden sich eine Ecstasy-Tablette und eine geringe Menge Marihuana.

Daraufhin fragt einer der Polizeibeamten, ob er in den Kofferraum seines Kfz sehen darf. Mit Einverständnis öffnet er den Kofferraum. Dort befinden sich insg. ca. 2 kg Marihuana.

**Rechtmäßige Durchsuchung
des Kofferraums?**

LG Kiel - 10 Qs 43/21

Nein!!!

Die vom Bf. erteilte Einwilligung in die Durchsuchung [...] war unwirksam, weshalb die Ermittlungsmaßnahme [...] hierauf nicht gestützt werden kann [...].

(LG Kiel, Beschl. v. 19.08.2021, StV-Spezial 2022, 8)

LG Kiel - 10 Qs 43/21

Allerdings war die vom Bf. erteilte Einwilligung unwirksam, weshalb die Durchsuchung vorliegend auch auf sie nicht gestützt werden konnte.

- ❖ Die Unwirksamkeit der Einwilligung ergibt sich zum einen daraus, dass der Bf. von den Polizeibeamten entgegen § 500 Abs. 1 StPO i.V.m. § 51 Abs. 3 S. 3 BDSG nicht vor Abgabe der Einwilligung von der Widerruflichkeit und der ex-nunc-Wirkung derselben in Kenntnis gesetzt wurde.
- ❖ Zum anderen ergibt sich die Unwirksamkeit der Einwilligung daraus, dass der Bf. von den Polizeibeamten entgegen § 500 Abs. 1 StPO i.V.m. § 51 Abs. 4 S. 3 BDSG nicht auf den vorgesehenen Zweck der Datenverarbeitung hingewiesen wurde.

Datenschutz im Strafverfahren

Schutzgut des Datenschutzes

- ❖ Verarbeitung personenbezogener Daten
- ❖ Datenverarbeitung bezeichnet ...
 - ... jeden mit oder ohne Hilfe automatisierter Verfahren ausgeführten Vorgang oder jede solche Vorgangsreihe im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten wie das Erheben, das Erfassen, die Organisation, das Ordnen, die Speicherung, die Anpassung oder Veränderung, das Auslesen, das Abfragen, die Verwendung, die Offenlegung durch Übermittlung, Verbreitung oder eine andere Form der Bereitstellung, den Abgleich oder die Verknüpfung, die Einschränkung, das Löschen oder die Vernichtung;

LG Kiel zum Fall

Unter personenbezogenen Daten sind gem. § 46 Nr. 1 BDSG alle Informationen zu verstehen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen. Verarbeitung meint gem. § 46 Nr. 2 BDSG jeden mit oder ohne Hilfe automatisierter Verfahren ausgeführten Vorgang oder jede solche Vorgangsreihe im Zshg. mit personenbezogenen Daten wie u.a. das Erheben und das Erfassen.

Vorliegend wurde seitens der in ihrem repressiven Aufgabenbereich tätig gewordenen Polizeibeamten die Information erhoben, dass sich Btm in dem Kfz des Bf. befinden.

Bei dieser Information handelt es nicht um ein bloßes Sachdatum (auf welches das BDSG nicht anwendbar ist), sondern um ein personenbezogenes Datum. Zwar beziehen sich Informationen über den Inhalt einer Sache grds. alleine auf die Sache. Kein Sachdatum, sondern ein personenbezogenes Datum liegt allerdings dann vor, wenn in der Information über eine Sache aufgrund individualisierender Identifikationsmerkmale, des Detaillierungsgrades oder der Einzigartigkeit der Sache ein Bezug zu einer Person angelegt ist. So liegt der Fall hier: Das Kfz, in welchem die Btm gefunden wurden, weist dadurch einen eindeutigen Bezug zum Bf. auf, dass es auf diesen zugelassen ist.

Damit bezieht sich die erhobene Information, also das Vorhandensein von Btm, über das Kfz (auch) auf den Bf.

Verbot mit Erlaubnisvorbehalt

- ❖ Das prägende Prinzip im Datenschutzrecht ist das »Verbot mit Erlaubnisvorbehalt«, also
- ❖ Grundsätzliches Verbot der Datenverarbeitung
- ❖ Sofern nicht Erlaubnistatbestände vorliegen.
- ❖ Diese sind:
 - ❖ Gesetzliche Ermächtigungsnorm
 - ❖ Einwilligung des Betroffenen

Datenschutzrechtliche Normen

- ❖ Grundsätzlich gilt die DS-GVO
- ❖ Es gilt eine Bereichsausnahme bei Strafverfolgung (Art. 2 Abs. 2 Lit. d DS-GVO); dort gilt die JI-RL in Form der national umgesetzten Normen
- ❖ Im Strafverfahren entsprechende Normen der StPO, im Übrigen § 500 StPO i.V.m. §§ 45 ff. BDSG.
(Auch für Länderbehörden)

Einwilligung als Rechtfertigung

- ❖ Das Datenschutzrecht kennt grundsätzlich die Einwilligung als Rechtfertigungsgrund (Art. 6 Abs. 1 lit. a DS-GVO).
- ❖ Umstritten ist (war), ob die Einwilligung auch im Strafverfahren zulässiger Rechtfertigungsgrund sein kann.
- ❖ Die Einwilligung muss wirksam erteilt worden sein.
- ❖ Die Einwilligung darf nicht widerrufen worden sein.

Die Einwilligung in der DSGVO

Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO

Die Betroffene Person hat ihre Einwilligung zu der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten für einen oder mehrere bestimmte Zwecke gegeben;

Art. 4 Nr. 11 DSGVO

„Einwilligung“ der betroffenen Person [ist] jede freiwillig für den bestimmten Fall, in informierter Weise und unmissverständlich abgegebene Willensbekundung in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen bestätigenden Handlung, mit der die betroffene Person zu verstehen gibt, dass sie mit der Verarbeitung der sie betreffenden personenbezogenen Daten einverstanden ist;

Die Einwilligung in der DS-GVO

Art. 7 DS-GVO - Bedingungen für die Einwilligung

- (1) Beruht die Verarbeitung auf einer Einwilligung, muss der Verantwortliche nachweisen können, dass die betroffene Person in die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten eingewilligt hat.
- (2) Erfolgt die Einwilligung der betroffenen Person durch eine schriftliche Erklärung, die noch andere Sachverhalte betrifft, so muss das Ersuchen um Einwilligung in verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache so erfolgen, dass es von den anderen Sachverhalten klar zu unterscheiden ist. Teile der Erklärung sind dann nicht verbindlich, wenn sie einen Verstoß gegen diese Verordnung darstellen.
- (3) Die betroffene Person hat das Recht, ihre Einwilligung jederzeit zu widerrufen. Durch den Widerruf der Einwilligung wird die Rechtmäßigkeit der aufgrund der Einwilligung bis zum Widerruf erfolgten Verarbeitung nicht berührt. Die betroffene Person wird vor Abgabe der Einwilligung hiervon in Kenntnis gesetzt. Der Widerruf der Einwilligung muss so einfach wie die Erteilung der Einwilligung sein.
- (4) Bei der Beurteilung, ob die Einwilligung freiwillig erteilt wurde, muss dem Umstand in größtmöglichem Umfang Rechnung getragen werden, ob unter anderem die Erfüllung eines Vertrags, einschließlich der Erbringung einer Dienstleistung, von der Einwilligung zu einer Verarbeitung von personenbezogenen Daten abhängig ist, die für die Erfüllung des Vertrags nicht erforderlich sind.

Beweislast für die Einwilligung

Die datenverarbeitende Stelle muss die wirksame Einwilligung nachweisen können.

Einwilligung im Strafverfahren

- ❖ Im Strafverfahren (im Geltungsbereich der JI-RL) war umstritten, ob eine Datenverarbeitung aufgrund Einwilligung zulässig ist.
- ❖ Deutschland hat bei der Umsetzung der JI-RL an der Möglichkeit der Einwilligung festgehalten.
- ❖ Nach mittlerweile überwiegender Meinung dürfte der Streit zugunsten der Einwilligung geklärt sein.

Einwilligung im Strafverfahren

- ❖ Im Strafverfahren gelten neben den Anforderungen nach der DS-GVO weiter spezifische Anforderungen.
- ❖ Nach § 51 Abs. 1 DS-GVO ist eine spezifische Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung aufgrund Einwilligung erforderlich.
- ❖ § 51 Abs. 1 BDSG selbst stellt keine solche Rechtsgrundlage dar.

„Und bist Du nicht willig,
so brauch ich Gewalt.“

– *Johann Wolfgang von Goethe*

Die Einwilligung im Strafverfahren

§ 51 BDSG - Einwilligung

(1) Soweit die Verarbeitung personenbezogener Daten nach einer Rechtsvorschrift auf der Grundlage einer Einwilligung erfolgen kann, muss der Verantwortliche die Einwilligung der betroffenen Person nachweisen können.

(2) Erfolgt die Einwilligung der betroffenen Person durch eine schriftliche Erklärung, die noch andere Sachverhalte betrifft, muss das Ersuchen um Einwilligung in verständlicher und leicht zugänglicher Form in einer klaren und einfachen Sprache so erfolgen, dass es von den anderen Sachverhalten klar zu unterscheiden ist.

(4) Die Einwilligung ist nur wirksam, wenn sie auf der freien Entscheidung der betroffenen Person beruht. Bei der Beurteilung, ob die Einwilligung freiwillig erteilt wurde, müssen die Umstände der Erteilung berücksichtigt werden. [...].

(5) Soweit besondere Kategorien personenbezogener Daten verarbeitet werden, muss sich die Einwilligung ausdrücklich auf diese Daten beziehen.

Die Einwilligung im Strafverfahren

§ 51 BDSG - »Belehrung«

(3) Die betroffene Person hat das Recht, ihre Einwilligung jederzeit zu widerrufen. Durch den Widerruf der Einwilligung wird die Rechtmäßigkeit der aufgrund der Einwilligung bis zum Widerruf erfolgten Verarbeitung nicht berührt. Die betroffene Person ist vor Abgabe der Einwilligung **hiervon in Kenntnis zu setzen**.

(4) [...] Die betroffene Person ist auf den vorgesehenen Zweck der Verarbeitung **hinzuweisen**. Ist dies nach den Umständen des Einzelfalles erforderlich oder verlangt die betroffene Person dies, ist sie auch über die Folgen der Verweigerung der Einwilligung **zu belehren**.

Freiwilligkeit der Einwilligung

ErwG 43 DS-GVO:

Um sicherzustellen, dass die Einwilligung freiwillig erfolgt ist, sollte diese in besonderen Fällen, wenn zwischen der betroffenen Person und dem Verantwortlichen ein **klares Ungleichgewicht** besteht, insbesondere wenn es sich bei dem Verantwortlichen um eine **Behörde** handelt, und es deshalb in Anbetracht aller Umstände in dem speziellen Fall unwahrscheinlich ist, dass die Einwilligung freiwillig gegeben wurde, keine gültige Rechtsgrundlage liefern. (...)

Widerruf der Einwilligung

- ❖ Betroffene haben das Recht, ihre Einwilligung jederzeit zu widerrufen.
(Art. 7 Abs. 3 DS-GVO; § 51 Abs. 3 BDSG)
- ❖ Der Widerruf wirkt ex nunc;
die bisherige Datenverarbeitung wird dadurch nicht rechtswidrig; eine weitere Datenverarbeitung darf nicht (mehr) auf die Einwilligung gestützt werden

© Fallback auf gesetzliche Erlaubnistatbestände

❖ Zulässig:

- ❖ *Stemmer/Wolff* in BeckOK Datenschutz, 33. Ed. v. 1.8.2020, § 51 BDSG Rn. 22 f.
- ❖ *Singelstein*, NStZ 2020, 639 <641>

❖ Unzulässig:

- ❖ DSK Kurzpapier Nr. 20 (v. 22.2.2019),
Arg. Verstoß gegen Gebot der Fairness und Transparenz
- ❖ Artikel 29 Datenschutzgruppe, Leitlinien in Bezug auf die Einwilligung gem. VO 2016/679 - Stand 10.4.2018, S. 28

© Hypothetische Daten-Neuerhebung

LG Kiel zum Fall

- ❖ Gem. § 51 Abs. 3 S. 1 BDSG ist die betr. Person vor der Abgabe der Einwilligung darüber in Kenntnis zu setzen, dass die Einwilligung jederzeit widerrufen werden kann (vgl. dazu § 51 Abs. 3 S. 1 BDSG), ein späterer Widerruf die Rechtmäßigkeit der aufgrund der Einwilligung erfolgten Verarbeitung aber nicht berührt (vgl. dazu § 51 Abs. 3 S. 2 BDSG). Fehlt es – wie vorliegend – an diesen (Vorab-)Informationen, gibt die betr. Person die Einwilligung nicht ausreichend informiert ab, mit der Folge, dass sie nicht wirksam ist, d.h. keine Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung darstellt.
- ❖ Gleiches gilt für den Fall, dass – wie hier – entgegen § 51 Abs. 4 S. 3 BDSG nicht vorab über den vorgesehenen Zweck der Datenverarbeitung hingewiesen worden ist [...].

Anmerkungen zum Fall

- ❖ © Fraglich ist, ob die Durchsuchung insgesamt rechtswidrig war, oder aber nur die Erhebung personenbezogener Daten.
- ❖ Der Verteidiger hatte Beschwerde nach StPO eingelegt. Daneben hätte auch Beschwerde beim Bundesbeauftragten für den Datenschutz und Informationsfreiheit (BfDI) richten können (§ 60 BDSG).

Vergleichbare Konstellationen

- ❖ Auslesen des Mobiltelefon nach freiwilliger Herausgabe des PIN.
- ❖ Freiwilliger Atem-Alkohol-Test.
- ❖ Freiwillige Aussage nicht Aussageverpflichteter.
- ❖ Freiwillige Mitteilungen an Sachverständige.

Rechtsfolgen »fehlerhafter« Datenverarbeitung

Rechtsfolgen »fehlerhafter« Datenverarbeitung

- ❖ Verbot weiterer Datenverarbeitung
 - ❖ Beweiserhebungsverbot
 - ❖ Beweisverwertungsverbot
 - ❖ Löschanprüche
- ❖ Sanktionen
 - ❖ Schadenersatz
 - ❖ Strafbarkeit

Verbot weiterer Datenverarbeitung

- ❖ Eine rechtswidrige Datenerhebung verletzt das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung.
(Söllner in PST Polizei- und Ordnungsrecht, Kap. 4 Rn. 22)
- ❖ Eine Speicherung der so gewonnenen Daten muss unterbleiben.
(BVerwG, Urteil v. 09.03.2005 - 6 C 3/04 = NJW 2005, 2330 bei Datenerhebung durch sachlich unzuständige Behörde)
- ❖ Ggfs. sind die Daten zu löschen, selbst wenn sie inhaltlich richtig sind.
(Söllner in PST Polizei- und Ordnungsrecht, Kap. 4 Rn. 22; Baller/Eifler/Tschisch, ASOG, § 42 Rn. 14, siehe auch VG Berlin, Urteil v. 08.11.2006 - 1 A 69.06)
- ❖ Gleiches gilt freilich für alle anderen Varianten der Datenverarbeitung.

Beweiserhebungsverbot

- ❖ Die Beweiserhebung, auch in der Hauptverhandlung ist Datenverarbeitung, soweit sie sich auf personenbezogene Daten bezieht.

Beweisverwertungsverbot

- ❖ Die deutschen Gerichte diskutieren die Beweisverwertungsverbote bislang ausschließlich nach Prozess- und Verfassungsrecht.
- ❖ Dabei kommen sie nahezu ausnahmslos im Rahmen einer Abwägung zur Verwertbarkeit.

Grundsatz für Sanktionen

»Die Sanktionen müssen wirksam, verhältnismäßig und abschreckend sein.«

(Art. 84 Abs. 1 S. 2 DSGVO; Art. 57 S. 2 JI-RL)

Schadenersatz und Entschädigung

§ 83 BDSG

(1) Hat ein **Verantwortlicher** einer betroffenen Person durch eine Verarbeitung personenbezogener Daten, die nach diesem Gesetz oder nach anderen auf ihre Verarbeitung anwendbaren Vorschriften rechtswidrig war, einen Schaden zugefügt, ist er oder sein Rechtsträger der betroffenen Person **zum Schadensersatz verpflichtet**.

Die Ersatzpflicht entfällt, soweit **bei einer nicht automatisierten Verarbeitung** der Schaden **nicht auf ein Verschulden** des Verantwortlichen zurückzuführen ist.

(2) Wegen eines **Schadens, der nicht Vermögensschaden** ist, kann die betroffene Person eine **angemessene Entschädigung** in Geld verlangen.

Kein Spruchrichterprivileg

§ 839 Abs. 2 BGB

(2) Verletzt ein Beamter bei dem Urteil in einer Rechtssache seine Amtspflicht, so ist er für den daraus entstehenden Schaden nur dann verantwortlich, wenn die Pflichtverletzung in einer Straftat besteht.

Auf eine pflichtwidrige Verweigerung oder Verzögerung der Ausübung des Amtes findet diese Vorschrift keine Anwendung.

(3) Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Verletzte vorsätzlich oder fahrlässig unterlassen hat, den Schaden durch Gebrauch eines Rechtsmittels abzuwenden.

Vorlage zum EuGH - Vorentscheidung

Art. 267 AEUV

Der Gerichtshof der Europäischen Union entscheidet im Wege der Vorabentscheidung

- a) über die Auslegung der Verträge,
- b) über die Gültigkeit und die Auslegung der Handlungen der Organe, Einrichtungen oder sonstigen Stellen der Union,

Wird eine derartige Frage einem Gericht eines Mitgliedstaats gestellt und hält dieses Gericht eine Entscheidung darüber zum Erlass seines Urteils für erforderlich, so kann es diese Frage dem Gerichtshof zur Entscheidung vorlegen.

Wird eine derartige Frage in einem schwebenden Verfahren bei einem einzelstaatlichen Gericht gestellt, dessen Entscheidungen selbst nicht mehr mit Rechtsmitteln des innerstaatlichen Rechts angefochten werden können, so ist dieses Gericht zur Anrufung des Gerichtshofs verpflichtet.

Wird eine derartige Frage in einem schwebenden Verfahren, das eine inhaftierte Person betrifft, bei einem einzelstaatlichen Gericht gestellt, so entscheidet der Gerichtshof innerhalb kürzester Zeit.