

Berliner Anwaltsblatt

Der DAV
wird 150 Jahre!
**Geburtsaktion:
DAT-Tickets
gewinnen**
Unter den BAV-Neueintritten
im Januar verlosen wir
10 x DAT 2021

HEFT 1-2/2021 JANUAR/FEBRUAR 70. JAHRGANG
HERAUSGEGEBEN VOM BERLINER ANWALTSVEREIN E.V.
www.BerlinerAnwaltsblatt.de

PANDEMIE

Kultur – fällt aus?

5 JAHRE BAV-ENGAGEMENT

Vormundschaft für
minderjährige
Geflüchtete

DIGITALES

Cookies, beA
und Deepfakes



War's das für die Kunst?



Berliner **Anwalts**verein

ESV ERICH
SCHMIDT
VERLAG

DATENSCHUTZSTRAFRECHT

Ein Impulsvortrag beim davit-Stammtisch



Karina Filusch

Die Arbeitsgemeinschaft IT-Recht des Deutschen Anwaltsvereins, kurz davit genannt, verfügt über zahlreiche digitale Angebote mit Vorträgen, Fortbildungen, Workshops und vielem mehr, in denen sich Anwalt*innen regelmäßig über die verschiedensten Themen des IT-Rechts und Datenschutzrechts austauschen können. Seit diesem Jahr findet der Stammtisch der davit jeden Monat digital für davit-Mitglieder statt. Termine, Themen und Zugangsdaten werden im Newsletter der davit bekanntgegeben. Mehr Infos auf <https://davit.de/digitaler-stammtisch/>.

Beim November-Stammtisch 2020 der davit ging es um das Thema Datenschutzstrafrecht. Den Impulsvortrag durfte ich halten. Er lehnte sich an meinen Artikel „Das neue Datenschutzstrafrecht – weiterhin ein zahnlöser Tiger?“ im Berliner Anwaltsblatt an (Ausgabe 9/2020, S. 325–326). Deshalb wird hier nur auf den Teil des Vortrages eingegangen, der im BAB-Artikel lediglich kurz Erwähnung fand, sowie auf die aktuellen Entwicklungen im Datenschutzstrafrecht. Im Anschluss an den Impulsvortrag fanden eine Diskussion sowie die Bewertung des Rechtsgebietes statt.

TATBESTAND DES § 42 BDSG SEIT MAI 2018

Seit Mai 2018 macht sich nach § 42 Abs. 1 BDSG strafbar, wer folgende Tatbestandsmerkmale verwirklicht:

- wissentliche Übermittlung
- oder auf andere Weise Zugänglichmachen
- von personenbezogenen Daten
- einer großen Zahl von Personen
- die nicht allgemein zugänglich sind
- ohne Berechtigung

- gewerbsmäßige Handlung
- Nach § 42 Absatz 2 BDSG macht sich strafbar, wer diese Merkmale verwirklicht:
- Verarbeitung
 - ohne Berechtigung
 - oder die Erschleichung
 - von nicht allgemein zugänglichen personenbezogenen Daten
 - durch unrichtige Angaben
 - gegen Entgelt
 - in Bereicherungs- oder Schädigungsabsicht
 - von personenbezogenen Daten
 - die nicht allgemein zugänglich sind

AUSGEWÄHLTE ÄNDERUNGEN DES § 42 BDSG DURCH DIE DSGVO IM DETAIL

Folgende Knackpunkte bringt der neue § 42 BDSG mit sich:¹

Wer ist Adressat*in der Norm? Sind dies nur noch Verantwortliche i. S. d. DSGVO?

„Der Gesetzgeber übersieht, dass das Internet zu einem neuen Schauplatz für kriminelle Aktivitäten wird“

Definieren wir die Tatbestandsmerkmale „ohne Berechtigung“ und den Begriff der Verarbeitung nun nach der DSGVO? Bringen die weiten Definitionen keine Schwierigkeiten mit dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot mit sich? Zusätzlich wurde bei der Reform des BDSG aufgrund der DSGVO durch die Beibehaltung des Tatbestandsmerkmals der „nicht allgemein zugänglichen Daten“ nicht auf die Entwicklung des Internets eingegangen. Der Gesetzgeber übersieht, dass das Internet zu einem neuen Schauplatz für kriminelle Aktivitäten wird. Besonders attraktiv ist das Darknet, in dem man anonym unterwegs sein kann. Damit ist noch immer nicht die Lücke geschlossen, die dadurch entsteht, wenn Daten bereits im Darknet kursieren und später einer größeren Öffentlichkeit präsentiert werden.²

STRAFBARKEIT VON DOXING GEM. § 42 BDSG

Doxing setzt sich aus folgenden Begriffen zusammen: .docx + dropping = Doxing.³ Dies ist das legale oder illegale Erlangen⁴ von Daten, die dann ohne Erlaubnis der betroffenen Person veröffentlicht werden. Die betroffene Person kann z. B. eine Person des öffentlichen Lebens

1 Ausführlicher: Filusch, Das neue Datenschutzstrafrecht – weiterhin ein zahnlöser Tiger?, Berliner Anwaltsblatt 9/2020, 325 f.
2 Vgl. Kubiciel/Großmann, NJW 2019, 1050 (1052).

3 Ähnlich: Kubiciel/Großmann, NJW 2019, 1050 (1050).
4 Zitiert nach: Kubiciel/Großmann, NJW 2019, 1050 (1050–1051).

sein, aber auch Ex-Partner*innen. Hier stellen sich die oben angesprochenen Fragen, wer Adressat*in der Norm ist und wie die o. g. Begriffe der „Verarbeitung“ oder „ohne Berechtigung“ mit dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot zu vereinbaren sind.

Besonders ungünstig für die Annahme einer Strafbarkeit ist das Tatbestandsmerkmal der „nicht allgemein zugänglichen Daten“ für den Fall, in dem der*die Täter*in die Daten durch die freiwillige Herausgabe durch die betroffene Person erlangt. Dies können z. B. Fälle sein, in denen ein Ex-Partner seiner Ex-Partnerin intime Bilder innerhalb der Beziehung schickt. An diesem Tatbestandsmerkmal könnte eine Strafbarkeit nach § 42 Abs. 1 BDSG scheitern.

Des Weiteren handeln Doxing-Täter*innen in den meisten Fällen nicht gewerbsmäßig,⁵ sodass selbst, wenn die Datenerlangung „ohne Berechtigung“ erfolgt wäre, eine Strafbarkeit nach § 42 Abs. 1 BDSG abzulehnen wäre. Eine Strafbarkeit nach § 42 Abs. 2 BDSG hingegen scheitert daran, dass Doxing oft ohne Zahlung von Entgelt und ohne Bereicherungsabsicht stattfindet. Allenfalls eine Schädigungsabsicht könne man annehmen, wenn es dem Täter auf die Bloßstellung des Opfers in der Öffentlichkeit ankommt, um sich z. B. an dem Opfer zu rächen, weil dieses die Beziehung beendet hat. Eine Annahme der Strafbarkeit gemäß § 42 BDSG weist beim Doxing somit einige Schwierigkeiten auf.



STRAFBARKEIT VON DEEPPAKES GEM. § 42 BDSG

Deep Fakes sind manipulierte Foto-, Video- und Audio-Aufnahmen, die kaum als Fälschung erkennbar sind.⁶ Eine Person, z. B. Politiker*innen, werden in eine Situation gebracht, in der sie gar nicht waren und in der sie Sachen sagen, die sie nicht gesagt haben.⁷

Während des Vortrags haben wir uns einen kurzen Ausschnitt mit (scheinbar) Barack Obama angeschaut,⁸ der u. a. sagt, dass Donald Trump ein totaler und kompletter Dummkopf sei. Diese Darstellung ist so realistisch, dass ein*e Zuschauer*in annehmen könnte, Obama

habe dies gesagt. Erst im Laufe des Videos wird klar, dass in Wirklichkeit ein Sprecher gesprochen und Obama diese Aussage in den Mund gelegt hatte. Hat sich der Sprecher nun nach § 42 BDSG strafbar gemacht?

Die Strafbarkeit von Deepfakes stößt auf ähnliche Hürden wie die Strafbarkeit von Doxing (s. o.). Erschwerend kommt hinzu, dass Deepfakes meistens auf frei zugänglichem Video- und Tonmaterial basieren, sodass schon das Tatbestandsmerkmal der „nicht allgemein zugänglichen Daten“ nicht bejaht werden kann.

DISKUSSION AM AKTUELLEN DOXING-FALL

Dieser Fall sorgte in letzter Zeit für Aufruhr: Ein Schüler aus Hessen mit kaum vorhandenen Hacking-Fähigkeiten hat die Daten von ca. 1.500 Politiker*innen und Personen des öffentlichen Lebens gehackt und im Internet in einem Adventskalender veröffentlicht. Am 23. September 2020 wurde der Schüler durch das Amtsgericht Alsfeld zu einer 9-monatigen Jugendstrafe auf Bewährung verurteilt, angeblich auch wegen Datenschutzverstößen. Das Urteil ist noch nicht veröffentlicht, sodass die Begründung noch nicht nachgelesen werden kann.

„Das StGB kann zumindest einige Straftaten auffangen, die aus dem Raster des § 42 BDSG herausfallen“

Die Teilnehmer*innen des Stammtisches diskutierten angeregt, ob man den Schüler nicht als Verantwortlichen i. S. d. DSGVO und somit Adressaten der Norm ansehen könnte und ob die o. g. Begriffe nicht vielleicht doch dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot entsprechen würden. Zumindest einen finanziellen Aspekt könnte man bejahen, da der Schüler Geld von den Politiker*innen verlangte, um die Veröffentlichung der Daten abzuwehren. Auch die Schädigungsabsicht hätte man in diesem speziellen Fall eventuell annehmen können. Man war sich einig, dass der Schüler zumindest nach dem StGB, das auch Vorschriften zum Datenschutzstrafrecht enthält, verurteilt werden müsste. Dies zeigt, dass das StGB zumindest einige Straftaten auffangen kann, die aus dem Raster des § 42 BDSG herausfallen.

Der Moderator des Stammtisches, Rechtsanwalt Markus Timm, schloss schmunzelnd, dass es doch auch mal schön gewesen war, sich über ein Rechtsgebiet auszutauschen, das nicht so häufig zum Einsatz gelangt.

Karina Filusch, LL. M., Rechtsanwältin, externe Datenschutzbeauftragte und Dozentin an der HWR Berlin für die Vorlesungen Strafprozessrecht und polizeiliche Datenerhebung und -verarbeitung,
www.kanzlei-filusch.de und www.datenschutzbeauftragte-berlin.eu
Foto im Text: Alexander Supertramp/Shutterstock.com

⁵ Kubiciel/Großmann, NJW 2019, 1050 (1055).

⁶ Lantwin, MMR 2020, 78 (78).

⁷ Boylan, Will Deep-Fake Technology Destroy Democracy?, The New York Times, 17.10.2018, <https://nyti.ms/2AeDZqV> (abgerufen am 19.11.2020)

⁸ <https://www.youtube.com/watch?v=cQ54GDm1eL0> (abgerufen am 19.11.2020)