

Herausgeber:

Prof. Dr. Thomas Hoeren, Direktor des Instituts für Informations-, Telekommunikations- und Medienrecht (ITM), Universität Münster – RA Prof. Dr. Jochen Schneider, Kanzlei SSW Schneider Schiffer Weihermüller, München – Prof. Dr. Martin Selmayr, Kabinettschef von Jean-Claude Juncker, Präsident der Europäischen Kommission, Brüssel/Direktor des Centrums für Europarecht, Universität Passau – RA Dr. Axel Spies, Morgan, Lewis & Bockius LLP, Washington, D.C./Frankfurt/M. – RA Tim Wybitul, FA Arbeitsrecht, Partner, Head of Compliance & Investigations Hogan Lovells, Frankfurt/M.

Wissenschaftsbeirat:

RAin Dr. Astrid Auer-Reinsdorff, FA IT-Recht, Berlin/Lissabon/Vorsitzende des Geschäftsführenden Ausschusses der Arbeitsgemeinschaft IT-Recht im DAV (davit) – Daniela Beaujean, Mitglied der Geschäftsleitung Recht und Regulierung/Justiziarin, Verband Privater Rundfunk und Telemedien e.V. (VPRT), Berlin – Dr. Stefan Brink, Landesbeauftragter für den Datenschutz und die Informationsfreiheit Baden-Württemberg, Stuttgart – RAin Isabell Conrad, Kanzlei SSW Schneider Schiffer Weihermüller, München – RAin Susanne Dehmel, Mitglied der Geschäftsleitung Bitkom e.V., Berlin – Dr. Oliver Draf, LL.M., Leiter Datenschutz der Allianz Deutschland AG, München – RA Dr. Jens Eckhardt, FA IT-Recht, Düsseldorf/Vorstand (Recht) des Berufsverbands der Datenschutzbeauftragten Deutschlands (BvD) e.V. – Dr. Eugen Ehmann, Regierungsvizepräsident von Mittelfranken, Ansbach – RAin Prof. Dr. Sibylle Gierschmann, LL.M., Partnerin Kanzlei Taylor Wessing, München/Co-Leiterin Fachausschuss Datenschutz der Deutschen Gesellschaft für Recht und Informatik e.V. (DGRI) – RA Dr. Stefan Hanloser, München – Prof. Dr. Gerrit Hornung, LL.M., Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, IT-Recht und Umweltrecht, Universität Kassel – Prof. Dr. Jacob Joussem, Lehrstuhlinhaber für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Arbeitsrecht und Sozialrecht, Ruhr-Universität Bochum – Thomas Kranig, Präsident des Bayerischen Landesamtes für Datenschutzaufsicht, Ansbach – RA Dr. Sebastian Kraska, externer Datenschutzbeauftragter, IITR GmbH, München – Prof. Dr. Thomas Petri, Der Bayerische Landesbeauftragte für den Datenschutz, München – Prof. Dr. Andreas Popp, M.A., Inhaber des Lehrstuhls für Deutsches und Europäisches Straf- und Strafprozessrecht, FB Rechtswissenschaft, Universität Konstanz – Prof. Dr. Alexander Roßnagel, Universitätsprofessor für Öffentliches Recht, Universität Kassel/Leiter der Projektgruppe verfassungsverträgliche Technikgestaltung (provet) – RA Dr. Christian Schröder, Partner und Leiter des Fachbereichs IP/IT & Data Protection Practice Group in der Kanzlei ORRICK, HERRINGTON & SUTCLIFFE LLP, Düsseldorf – RA Dr. Jyn Schultze-Melling, LL.M., Executive Director Law, Ernst & Young Law GmbH, Berlin – Prof. Paul M. Schwartz, Professor der Rechtswissenschaft an der University of California – Berkeley Law School/Direktor des Berkeley Center for Law & Technology, USA – RA Thorsten Sörup, Aderhold Rechtsanwalts-gesellschaft mbH, Frankfurt/M. – Prof. Dr. Jürgen Taeger, Lehrstuhlinhaber für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht sowie Rechtsinformatik, Universität Oldenburg/Vorsitzender der Deutschen Stiftung für Recht und Informatik (DSRI) – RA Florian Thoma, Senior Director, Global Data Privacy, Accenture AG, stv. Leiter des AK Datenschutz des Bitkom e.V. – Prof. Dr. Marie-Theres Tinnefeld, Professorin für Datenschutz und Wirtschaftsrecht, Hochschule München

Axel Spies USA: Internationale Durchsuchungen – Fall jetzt vor dem Supreme Court

ZD-Aktuell 2017, 05829

Der *US Supreme Court* hat am 16.10.2017 beschlossen, eine Entscheidung des *Berufungsgerichts (Second Circuit)* zu überprüfen, wonach US-Bundesbehörden keine Durchsuchungsbefehle für den Zugriff auf Benutzerdaten verwenden dürfen, die von Anbietern von E-Mail-Diensten im Ausland gespeichert werden. Sollte der *US Supreme Court* den US-Behörden den direkten Zugriff zu in der EU abgespeicherten Daten zur Strafverfolgung über die in den USA ansässigen Diensteanbieter ermöglichen, könnte dies zu einer Kollision u.a. mit Art. 48 f. DS-GVO führen. Wann der *US Supreme Court* nach Anhörung der Parteien über die Sache entscheidet, ist derzeit unklar.

Auf Kollisionskurs mit EU-Recht

Aus der neuesten Verfahrensliste ergibt sich, dass das *Gericht* sich dafür entschieden hat, eine vom *US-Justizministerium* eingelegte *Petition (writ of certiorari)* gegen das Urteil des *Berufungsgerichts* vom Juli 2016 zu gewähren. Das *Berufungsgericht* hatte eine Durchsuchungsanordnung (*search warrant*) nach dem *US Stored Communications Act (SCA)* und *Electronic Communications Privacy Act (ECPA)* gegen *Microsoft* aufgehoben, die das Unternehmen zur Herausgabe von Kunden-E-Mails (Inhaltsdaten) verpflichtet hatte, die auf einem Server in Irland untergebracht waren.

Dieses Verfahren hat in Europa für einiges Aufsehen gesorgt, weil mit dem „*search warrant*“ den US-Behörden der Zugriff auf in der EU gespeicherte Daten eröffnet wird, ohne dass die irischen Behörden ihr Plazet hätten geben müssen, z.B. im Wege der Rechtshilfeabkommen in Strafsachen – „*mutual legal assistance treaties*“ (MLATs). Durch Art. 48 DS-GVO will der EU-Gesetzgeber nach der *Snowden-Affäre* dem direkten Zugriff der US-Behörden einen Riegel in diesen Fällen verschieben (vgl. Schröder, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, Art. 48 Rdnr. 9 f.). Diese neue Vorschrift lautet: „Jegliches Urteil eines Gerichts eines Drittlands und jegliche Entscheidung einer Verwaltungsbehörde eines Drittlands, mit denen von einem Verantwortlichen oder einem Auftragsverarbeiter die Übermittlung oder Offenlegung personenbezogener Daten verlangt wird, dürfen unbeschadet anderer Gründe für

die Übermittlung gemäß diesem Kapitel jedenfalls nur dann anerkannt oder vollstreckbar werden, wenn sie auf eine in Kraft befindliche internationale Übereinkunft, wie etwa ein Rechtshilfeabkommen zwischen dem ersuchenden Drittland und der Union oder einem Mitgliedstaat gestützt sind.“ Richtlinien zum zukünftigen Umgang der Unternehmen mit dieser Vorschrift (insb. mit der Ausnahme „unbeschadet anderer Gründe für die Übermittlung gemäß diesem Kapitel“) fehlen bislang (krit. Schröder, a.a.O., Rdnr. 11). Das Verfahren befindet sich nunmehr in der dritten (letzten) Instanz. Die Entscheidung des *Berufungsgerichts (Second Circuit)* hatte im Jahr 2014 ein Urteil des *Bezirksgerichts für den südlichen Bezirk von New York* aufgehoben. Dessen Vorsitzende Richterin *Preska* hatte einen Durchsuchungsbefehl mit der Begründung aufrechterhalten, dass der SCA von 1986 erfordere, dass Diensteanbieter alle relevanten Daten unter ihrer Kontrolle den US-Behörden vorlegen müssen, selbst wenn die Daten im Ausland gespeichert sind (Auszüge in ZD 2014, 346 m. Anm. Schröder/Spies; zur Berufungsschrift Spies, ZD-Aktuell 2015, 04588). Das *Berufungsgericht* urteilte im Juli 2016 zum SCA/ECPA, dass die *Regierung* das Statut nicht dazu verwenden konnte, Daten von Anbietern wie *Microsoft* abzugreifen, die außerhalb der USA gespeichert sind (s. Auszüge in ZD 2016, 480 m. Anm. Spies/Schröder). Das angerufene *Plenum* des *Berufungsgerichts* hatte daraufhin im Januar 2017 die Beschwerde der *US-Regierung* mit äußerst knapper Mehrheit zurückgewiesen. In vier getrennten abweichenden Meinungen sprachen sich die Richter des *Berufungsgerichts* gegen die Entscheidung der *Gerichtskammer (panel)* vom Juli 2016 aus und legten einen besonderen Schwerpunkt auf den Schaden, den die Beschränkung auf das Inland für die Bemühungen der Strafverfolgungsbehörden zur Untersuchung schwerer krimineller Aktivitäten nach US-Recht bedeuten könnte (im Einzelnen s. Spies, ZD-Aktuell 2017, 05469).

Erhöhter Überarbeitungs- und Gesprächsbedarf

Die *US-Regierung* legte daraufhin Revision gegen die Entscheidung des *Beru-*

fungengerichts ein (s. Reply Brief). Die Beschränkung der SCA-Warrants auf das Inland sei „falsch, im Widerspruch zur ständigen Rechtsprechung für die Anwendung von Extraterritorialität, und in hohem Maße schädlich für die Strafverfolgung.“ Das MLAT-Verfahren sei für die Behörden nicht gangbar („deeply flawed“, „too slow“). Solche MLATs habe die USA nur mit wenigen Staaten, und sie könnten von den Anbietern von Webdiensten und Kriminellen leicht unterlaufen werden. In einem Blogbeitrag zur Annahme des Falls durch den *US Supreme Court* kommentiert der Microsoft-Präsident und Chief Legal Officer *Brad Smith* diese Entwicklung und führt aus, dass die Position des *US Department of Justice* die „Unternehmen in schwere Rechtskonflikte stürze und der Sicherheit, Jobs und den Rechten der Amerikaner schade.“ Weiter führt er aus: „Wir lehnen die Argumentation der US-Regierung zu Gunsten der Search Warrants ab, dass die E-Mail des Kunden das Eigentum des E-Mail-Anbieters und nicht des Kunden sei, weil das dazu führen würde, dass die Nutzer ihre Rechte verlieren, wenn sie online gehen.“

Er spricht sich deshalb vehement für eine Überarbeitung des SCA/ECPA durch den *US-Kongress* aus. Hinzu komme für sein Unternehmen das Risiko der Reziprozität, da andere Länder ebenfalls solche Ansprüche auf extraterritoriale Daten erheben könnten: „Die fortwährende Abhängigkeit von einem im Jahre 1986 verabschiedeten Gesetz wird weder den Menschen Sicherheit bringen noch ihre Rechte schützen“, schrieb *Smith*. „Wenn US-Strafverfolgungsbehörden die E-Mails von Ausländern erhalten können, die außerhalb der USA aufbewahrt werden – was soll die Regierung eines anderen Landes daran hindern, auf diese E-Mails zuzugreifen, wenn sie in den Vereinigten Staaten belegen sind?“ Er befürwortet deshalb die Verabschiedung eines International Communications Privacy Act (ICPA), wie ihn einige Senatoren (*Hatch* und *Coons*) vorgeschlagen haben.

Ob der ICPA zu einer ausgewogenen Lösung führt, die auch von den EU-Behörden mitgetragen wird, bleibt abzuwarten. Auch der vorgeschlagene ICPA verbietet nicht den Zugriff auf Daten außerhalb der USA, sofern bestimmte Bedingungen eingehalten sind. Die *EU-Kommission* und die Aufsichtsbehörden sind

nach Art. 50 DS-GVO zu einer besseren internationalen Zusammenarbeit angehalten. Die Probleme mit den MLATs sind jedenfalls schon seit Jahren bekannt und die Rechtsargumente nicht neu (vgl. ZD 2016, 482 m. Anm. *Spies/Schröder*). Auf der Ebene der MLATs hat sich gleichwohl wenig getan. International tätige Unternehmen müssen weiter befürchten, dass der Konflikt auf ihrem Rücken ausgetragen wird.

■ Vgl. auch *Spies*, ZD-Aktuell 2015, 04668; *Spies*, ZD-Aktuell 2013, 03608; *Spies*, ZD-Aktuell 2012, 02957 und zum US-Patriot Act *Voigt/Klein*, ZD 2013, 16 ff.

Dr. Axel Spies

ist Rechtsanwalt in der Kanzlei Morgan Lewis & Bockius in Washington DC und Mitherausgeber der ZD.

AG München: Dashcam-Einsatz verstößt gegen Datenschutz

ZD-Aktuell 2017, 05806

Es ist nicht zulässig, seinen Pkw vorne und hinten mit einer Videokamera auszustatten und damit laufend Videoaufzeichnungen des vor und hinter dem Fahrzeug befindlichen öffentlichen Verkehrsraums zu fertigen und zu speichern. Dies hat das *AG München* entschieden und eine Frau wegen vorsätzlicher unbefugter Erhebung und Verarbeitung und Bereithaltung von personenbezogenen Daten, die nicht allgemein zugänglich sind, zu einer Geldbuße von € 150,- rechtskräftig verurteilt (U. v. 9.8.2017 – 1112 OWi 300 Js 121012/17).

Die Betroffene parkte am 11.8.2016 ca. 2 Stunden ihren Pkw in München. Das Fahrzeug war vorne und hinten mit einer Videokamera ausgestattet. Die Kameras fertigten laufend Videoaufzeichnungen des vor und hinter dem Fahrzeug befindlichen öffentlichen Verkehrsraums. Diese Aufzeichnungen wurden gespeichert. Auf diese Weise wurden mindestens drei andere Fahrzeuge, die sich vor oder hinter dem Straßenraum des geparkten Fahrzeugs befanden, aufgezeichnet. Die Videoaufzeichnungen wurden durch die Betroffene der Polizei übergeben, da ein anderes Fahrzeug ihr geparktes Fahrzeug gestreift und beschädigt hatte und sie die Videoaufzeichnungen als Beweismittel vorlegen wollte. Gegen die Betroffene

wurde ein Bußgeldverfahren eingeleitet und ein Bußgeldbescheid erlassen wegen Verstoßes gegen das BDSG. Sie legte dagegen Einspruch ein mit der Begründung, durch die Aufnahme von Auto-kennzeichen seien keine schützenswerten Daten erhoben und gespeichert worden. Es sei ihr nur darauf angekommen, potenzielle Täter einer Sachbeschädigung am Pkw ermitteln zu können. Die einzelnen Fahrer der entsprechenden vor oder hinter dem Pkw parkenden Autos seien nicht erkennbar gewesen.

Das *AG München* beurteilte das Verhalten der Betroffenen als vorsätzliche Ordnungswidrigkeit. Im vorliegenden Fall überwiege das Recht der gefilmten Personen auf informationelle Selbstbestimmung. Das Interesse der Betroffenen an der Aufdeckung einer potenziellen Straftat müsse hierbei zurückstehen. Das permanente anlasslose Filmen des vor und hinter dem geparkten Fahrzeug befindlichen Straßenraums verletze das Recht auf informationelle Selbstbestimmung und stelle einen schwerwiegenden Eingriff in dieses Recht dar. Es gehe nicht an, dass 80 Mio. Bundesbürger mit Kameras herumlaufen, um irgendwelche Situationen aufnehmen zu können, die eine Straftat aufdecken könnten. Eine permanente Überwachung jeglichen öffentlichen Raums durch Privatbürger sei nicht zulässig, da es in das Recht unbeteiligter Personen in schwerwiegender Weise eingreift, selbst bestimmen zu können, wo und wann man sich aufhält, ohne dass unbeteiligte Personen dies dokumentieren und bei Behörden verwenden.

Das Gesetz sieht eine Geldbuße von bis zu € 300.000,- vor. Bei der Höhe hat das *Gericht* eigenen Angaben zufolge berücksichtigt, dass die Betroffene nur € 1.500,- netto verdient. Zu ihren Gunsten wertete das *AG*, dass offenbar in der Vergangenheit das Fahrzeug schon einmal beschädigt worden ist und die Betroffene subjektiv einen Anlass hatte, die Kameras einzusetzen.

■ Vgl. hierzu auch *Fuchs*, ZD 2015, 212; *EuGH* ZD 2015, 77 m. Anm. *Lachenmann – Rynes*; *VG Ansbach* ZD 2014, 590 m. Anm. *Schröder*; *OVG Lüneburg* ZD 2014, 636 m. Anm. *Reibach*; *LG Heilbronn* ZD 2015, 233; *OLG Stuttgart* ZD 2016, 375; *LG München I* ZD 2017, 36; *VG Göttingen* ZD 2017, 43 m. Anm. *Starnecker/Wessels*; *AG Nienburg* ZD 2015, 341; *Rose*, ZD 2017, 64; *ÖBVwG* ZD 2015, 318 m. Anm. *Trieb*; *Trieb/Knyrim*, ZD 2014, 547; *Rohde*, ZD 2016, 405; *LG Memmingen* ZD 2016, m. Anm. *Schwiering* und *AG München* ZD 2014, 530 m. Anm. *Werkmeister*.