

1. Neues aus dem Teilnehmerkreis

Neue Teilnehmer:

Frau Miriam Böttcher, Valeo Schalter und Sensoren GmbH, Bietigheim-Bissingen
Herr Volker König, Metabo-Werke GmbH & Co., Nürtingen
Herr Peter Landsteiner, Siemens Business Services GmbH & Co. oHG, Ulm
Herr Friedemann Moll, Ernst & Young AG, Stuttgart
Herr Benno Schneider, ROTON Unternehmensberatung, Stuttgart
Herr Klaus Starke, Vereinigte Postversicherung, Stuttgart

Als Gäste:

Herr Jürgen Autor, Innenministerium Ba-Wü (Aufsichtsbehörde für den Datenschutz)

2. Nächster Termin

Als Termin für die nächste Tagung wurde der 28.02.2007, um 13:30 Uhr, vereinbart.

3. Fragen der Teilnehmer

- Seit Mai 2006 müssen neue Busse und neue LKW ab 3,5 Tonnen mit einem digitalern Fahrtenschreiber ausgestattet sein. Liegen zu diesem Thema schon Bewertungen oder Erfahrungen der GDD oder der Teilnehmer vor z. B. zu den Themen:
 - betriebliche Nutzungsbedingungen Fahrer-, Unternehmens-, Werkstatt- und Kontrollkarten
 - Umgang mit den gespeicherten und 2 Jahre aufzubewahrenden Daten (mit Informationen zu Lenk- und Ruhezeiten der Fahrer, Geschwindigkeit des Fahrzeuges usw.) (siehe auch www.kba.de) (s. dazu auch Anlage 1).

Auszüge aus den Diskussionsbeiträgen:

- *Erfahrungen mit dieser Thematik gibt es im Teilnehmerkreis nicht.*
- *Das BDSG ist subsidiär, das neue Gesetz/die neue Regelung geht ihm vor. Es ist geregelt, welche Daten aufgezeichnet werden.*
- *Das Unternehmen ist verantwortliche Stelle.*
- *Der Fahrtenschreiber entspricht einer automatisierten Kartei; BDSG § 9-Regelungen sind zu erfüllen.*
- *Die Monteure in der Werkstatt müssen auf das Datengeheimnis verpflichtet werden (Auftragsdatenverarbeitung).*
- *Im Verfahren werden Daten aufgezeichnet wie
 Beginn/Ende der Fahrt / Geschwindigkeit / Zwischenstopp.
(=> allgemeines Leistungsprofil des Fahrers).
*Nachdem das Verfahren gesetzlich vorgeschrieben ist, kann von einer Vorabkontrolle abgesehen werden.**
- *Kontrollkarten:
 *Die Polizei konnte in der Vergangenheit schon Fahrzeuge anhalten und sich den Fahrtenschreiber zeigen lassen.**

Die Aufsichtsbehörde ist an diesem Thema dran; eine Aussage dazu gibt es bislang noch nicht.

- Im Unternehmen wird zur Zeit eine Betriebsprüfung durchgeführt. Dem Betriebsprüfer wurde zu diesem Zwecke eine CD mit den gesamten Buchhaltungsdaten, Kunden und Lieferantendaten überlassen, welche er zu Auswertungszwecken auf seinen Laptop kopiert hat (Den Laptop nimmt er jeden Abend mit).

Die Prüfung findet im Haus statt.

Aus diesem aktuellen Anlass nun die Frage:

Nach § 147 (6) AO müssen im Rahmen einer Außenprüfung auf Verlangen die gespeicherten Unterlagen und Aufzeichnungen auf einem maschinell lesbaren Datenträger zur Verfügung gestellt werden.

Inwieweit ist der Datenschutzbeauftragte berechtigt, vom Betriebsprüfer eine schriftliche Erklärung zu verlangen, in der der Betriebsprüfer bestätigt, dass er den Datenträger so aufbewahrt, dass er vor unbefugtem Zugriff geschützt ist, dass er die kopierten Daten nach Prüfungsende löscht und den Datenträger wieder zurückgibt? Gibt es Fristen, nach denen die kopierten Daten wieder vom Computer des Betriebsprüfers gelöscht werden müssen?

Auszüge aus den Diskussionsbeiträgen:

- Die AO ist dem BDSG vorrangig.
- Die Betriebsprüfer sind Hoheitsträger. Sie unterliegen dem Steuergeheimnis. Es ist keine gesonderte Verpflichtung erforderlich (gemäß Beamtenengesetz sind Beamte verpflichtet, mit Daten sicher umzugehen und sie nur für den Zweck zu verwenden, für den sie überlassen worden sind).
- Die Betriebsprüfer bekommen meist eine csv-Datei, die sie in IDEA einlesen.
- Nach Prüfungsende werden die Daten wieder zurückgegeben.
- Der Steuerpflichtige ist für die Verschlüsselung der Daten verantwortlich (so steht das im Erlass der Steuerbehörde explizit).
- Mögliche Verfahrensweisen zur Datenübergabe:
 - a) Es wird eine CD zur Verfügung gestellt. Unter Aufsicht wird dann die CD auf dem Notebook des Prüfers eingespielt. Anschließend wird der Datenträger wieder eingekassiert.
 - b) Der Betriebsprüfer quittiert den Empfang der Daten (Lieferpapiere!).
 - c) Eine Kopie der Daten, die herausgegeben werden, kann beim DSB deponiert werden.

Rechtssprechung zum Datenzugriff:

Thüringer Finanzgericht vom 20.04.2005: Datenträgerüberlassung Betriebsprüfer (s. dazu Anlage 2)

4. Aktuelles (Aufsichtsbehörde, GDD, BDSG-Änderung, AGG, Rundfunkgebührenstaatsvertrag) (Uwe Dieckmann)

Aktuelles von der Aufsichtsbehörde

- a) EU-weite Aktion: Fragebogen für Anbieter privater Krankenversicherungen
Baden-Württemberg ist nicht betroffen.
- b) Fortgang der Aktion der Aufsichtsbehörde BaWü zur Datenerhebung
- c) Sonstiges:
Rundfunkänderungsstaatsvertrag und Telemediengesetz (TMG) sollen beide zum 01.03.2007 in Kraft treten (TMG wird TDG/TDDSG/MDStV ersetzen).
(s. dazu auch
http://www.bmwi.de/BMWi/Redaktion/PDF/M-O/elgvg-elektronischer-gesch_C3_A4ftsverkehr-vereinheitlichungs-gesetz_property=pdf_bereich=bmwi_sprache=de_rwb=true.pdf#search=%22TMG%20Telemediengesetz%22)

Bürokratieabbaugesetz (in Kraft getreten am 22.08.2006)

s. dazu Anlage 3

Anmerkungen:

- Das Thema „Outsourcing“ bei Krankenhäusern wurde damit noch nicht angegangen. (Aus der Reaktion auf einen BITKOM-Vorstoß muss geschlossen werden, dass das BMJ keinen Handlungsbedarf sieht.)
Für Baden-Württemberg gibt es dazu eine Regelung im Krankenhausgesetz. Das Outsourcing ist erlaubt, wenn vertraglich entsprechende Vereinbarungen getroffen werden.
- In Bezug auf die Erweiterung in § 38 wird die Aufsichtsbehörde die DSB unterstützen, wenn sie anfragen.
(Grenzen wird es hier geben, wenn z. B. Rechtsanwälte rechtsverbindliche Auskünfte der Aufsichtsbehörde anfordern, diese dann an ihre Mandanten weiter „verkaufen“.)

AGG - Das allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (in Kraft seit 18.8.2006)

Anmerkungen:

- Das Gesetz ist in Kraft und aushangpflichtig.
- Müssen im Lebenslauf alle Angaben geschwärzt werden, die auf das Alter deuten ?
- Inwieweit gibt es in den Unternehmen schon Überlegungen zur Aufbewahrung von Bewerbungsunterlagen ? (3 Monate, 6 Monate ?)
Vorschlag: Es gibt eine gesetzliche Einspruchsfrist von 2 Monaten.
Deshalb ist diese Zeit abzuwarten, anschließend können die Unterlagen zurückgeschickt werden.
Das Problem hierbei ist, dass Absagen nicht per Einschreiben mit Rückschein verschickt werden. Das heißt, der genaue Tag der Absage ist nicht dokumentiert.
Das bedeutet für die Aufbewahrung: Tag x + 2 Monate
- Es wird vorgeschlagen, abzuwarten, bis hierzu erste Urteile ergehen.

Prüfauftrag SWR / GEZ

s. dazu Anlage 4

Anmerkungen:

- Im Teilnehmerkreis gibt es dazu noch keine weiteren Erfahrungen.

5. Vorabkontrolle: Sensible Verfahren, die vor Inkrafttreten des BDSG 2001 schon im Einsatz waren (Antonio Reschke)

Es wurden praxisrelevante Vorschläge unterbreitet, wie anhand einer datenschutzrechtlichen Stellungnahme seitens des Datenschutzbeauftragten sensible Verfahren, die vor Inkrafttreten des BDSG 2001 schon im Einsatz waren und einer formalen Vorabkontrolle bedurft hätten, jedoch im Rahmen der gesetzlich zulässigen Übergangsfristen keine Vorabkontrolle erfahren haben, beurteilt werden können.

6. Telefongesprächsaufzeichnung und Nachweis von Drohanrufen (Antonio Reschke)

Es wurde ausführlich und praxisnah ausgeführt, wie sowie unter welchen einschränkenden Voraussetzungen Telefongesprächsaufzeichnungen wie auch Nachweise hiervon - im Rahmen einer Vorabkontrolle - als datenschutzrechtlich zulässig und als strafrechtlich nicht relevant zu bewerten sind.

s. dazu

- Anlage 5 bzw.

- [BfD Info 5 - Datenschutz in der Telekommunikation](#) bzw.
- „Der betriebliche Datenschutzbeauftragte“ Interest Verlag

Fragen/Anmerkungen:

- *Bevorzugte Wahl bei der Aufzeichnung ist die Knopfdrucklösung (in der Form, dass nach Knopfdruck das gesamte Gespräch nachvollziehbar ist).*
- *Von dieser Knopfdrucklösung wird abgeraten, weil die Mitarbeiter im Ernstfall möglicherweise nicht richtig reagieren. Besser ist – in Absprache mit dem BR - Aufzeichnung mit 5-Minuten Lösung („Überschaubare Illegalität, die vor Kadi gerechtfertigt werden kann).*
- *Der Prozess muss im Vorfeld (mit DSB-Einbindung) definiert und normiert sein. Im Ernstfall (egal zu welcher Tageszeit) muss dieser Prozess dann automatisch ablaufen.*
- *Grundsätzlich stellt sich hierbei die Frage, wann das BDSG ins Spiel kommt. Zunächst einmal fehlt die Auswertemöglichkeit gemäß BDSG.*

Anlage 1: Digitale Fahrtenschreiber

- Frage von Leo Hackenberg zur datenschutzrechtlichen Bewertung des digitalen EG-Kontrollgeräts mit unterschiedlichen Kontrollgerätkarten
 - Fahrerkarte ([Muster](#)).
Sie zeichnet die Lenk- und Ruhezeiten auf.
 - Werkstattkarte
Aktivierung/Kalibrierung/Reparatur/Datensicherung der Geräte.
 - Unternehmenskarte
Der Unternehmer hat dafür zu sorgen, dass zu Beginn und am Ende des Fahrzeug-einsatzes für das Unternehmen die Unternehmenskarte in das Kontrollgerät eingegeben wird, um den Einsatz des Fahrzeuges dem Unternehmen zuzuordnen. Sie dient zum Herunterladen der Daten aus dem Speicher.
 - Kontrollkarte.
Die Kontrollkarte dient der Überprüfung der Lenk- und Ruhezeiten durch Kontrollbehörden (Polizei, Arbeitsschutzbehörden, Bundesamt für Güterverkehr).

Anlage 2: Rechtssprechung zum Datenzugriff

FG Rheinland-Pfalz vom 20.01.2005

Zum Datenzugriff gem. § 147 Abs. 6 AO:

Die Anforderung der Überlassung eines Datenträgers mit den Sachkonten des Jahres 2002 im Rahmen einer Betriebsprüfung bei einer Bank entspricht den gesetzlichen Vorgaben des § 147 Abs. 6 AO; ein Ermessensfehlgebrauch bei der Auswahl der Methode des Datenzugriffs ist nicht zu erkennen. Es ist Sache der Bank, ihre Datenbestände so zu organisieren, dass bei der Herausgabe des Datenträgers keine durch § 30 a AO geschützten Daten offenbart werden. Az. 4 K 2167/ 04

Thüringer Finanzgericht von 20.04.2005

Rechtmäßigkeit einer Aufforderung zur Datenträgerüberlassung, kein Anspruch des Steuerpflichtigen auf Unterzeichnung einer Bestätigung des Betriebsprüfers:

1. Die Aufforderung zur Datenträgerüberlassung ist bei summarischer Prüfung auch ohne Unterzeichnung einer Bestätigung des Betriebsprüfers, die CD sicher vor unbefugtem Zugriff aufzubewahren, sie nicht zu kopieren und nach Abschluss der Prüfung wieder zurückzugeben, rechtmäßig und verhältnismäßig. Der Steuerpflichtige hat weder nach dem Gesetz noch nach den Verwaltungsgrundsätzen (BMF-Schreiben vom 16.7.2001, BStBl 2001 I S. 415 GDPdU) Anspruch auf Erteilung einer solchen Bestätigung.

2. Der Gesetzgeber hat mit der gesetzlichen Ausgestaltung des Steuergeheimnisses hinreichende Sicherheitsvorkehrungen gegen eine missbräuchliche Verwendung der erteilten Angaben auch im Hinblick auf die Datenträgerüberlassung getroffen. Allein der Umstand, dass die geforderten Daten mit dem Datenträger den Machtbereich des Steuerpflichtigen verlassen, rechtfertigt keine strengeren Anforderungen. Az.: III 46/05 V, rkr.

Anlage 3: BDSG neu

Bürokratieabbau - BDSG neu § 4d (3)

- Die Meldepflicht entfällt ferner, wenn die verantwortliche Stelle personenbezogene Daten für eigene Zwecke erhebt, verarbeitet oder nutzt, hierbei höchstens neun Personen mit der Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten beschäftigt und entweder eine Einwilligung der Betroffenen vorliegt oder die Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung der Zweckbestimmung eines Vertragsverhältnisses oder vertragsähnlichen Vertrauensverhältnisses mit den Betroffenen dient.

Bürokratieabbau - BDSG neu § 4f (1)

(1) Öffentliche und nicht-öffentliche Stellen, die personenbezogene Daten automatisiert **verarbeiten** (vorher: erheben, verarbeiten oder nutzen), haben einen Beauftragten für den Datenschutz schriftlich zu bestellen. Nicht-öffentliche Stellen sind hierzu spätestens innerhalb eines Monats nach Aufnahme ihrer Tätigkeit verpflichtet. Das Gleiche gilt, wenn personenbezogene Daten auf andere Weise erhoben, verarbeitet oder genutzt werden und damit in der Regel mindestens 20 Personen beschäftigt sind. Die Sätze 1 und 2 gelten nicht für die nicht-öffentlichen Stellen, die höchstens **neun** (vorher: vier) Personen **ständig** mit der automatisierten Verarbeitung (vorher Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung) personenbezogener Daten beschäftigen.

Bürokratieabbau - BDSG neu § 4f (1) S.6

Soweit nicht-öffentliche Stellen automatisierte Verarbeitungen vornehmen, die einer Vorabkontrolle unterliegen, oder personenbezogene Daten geschäftsmäßig zum Zweck der Übermittlung oder der anonymisierten Übermittlung automatisiert **verarbeiten** (vorher: erheben, verarbeiten oder nutzen), haben sie unabhängig von der Anzahl **der mit der automatisierten Verarbeitung beschäftigten Personen** (vorher: Arbeitnehmer) einen Beauftragten für den Datenschutz zu bestellen.

Bürokratieabbau - BDSG neu § 4f (2)

(2) Zum Beauftragten für den Datenschutz darf nur bestellt werden, wer die zur Erfüllung seiner Aufgaben erforderliche Fachkunde und Zuverlässigkeit besitzt. **Das Maß der erforderlichen Fachkunde bestimmt sich insbesondere nach dem Umfang der Datenverarbeitung der verantwortlichen Stelle und dem Schutzbedarf der personenbezogenen Daten, die die verantwortliche Stelle erhebt oder verwendet.** Zum Beauftragten für den Datenschutz kann auch eine Person außerhalb der verantwortlichen Stelle bestellt werden; **die Kontrolle erstreckt sich auch auf personenbezogene Daten, die einem Berufs- oder besonderen Amtsgeheimnis, insbesondere dem Steuergeheimnis nach § 30 der Abgabenordnung, unterliegen.**

Bürokratieabbau - BDSG neu § 4f (4a)

(4a) **Soweit der Beauftragte für den Datenschutz bei seiner Tätigkeit Kenntnis von Daten erhält, für die dem Leiter oder einer bei der öffentlichen und nicht-öffentlichen Stelle beschäftigten Person aus beruflichen Gründen ein Zeugnisverweigerungsrecht zusteht, steht dieses Recht auch dem Beauftragten für den Datenschutz und dessen Hilfspersonal zu. Über die Ausübung dieses Rechtes entscheidet die Person, der das Zeugnisverweigerungsrecht aus beruflichen Gründen zusteht, es sei denn, dass diese Entscheidung in absehbarer Zeit nicht herbeigeführt werden kann. Soweit das Zeugnisverweigerungsrecht des Beauftragten für den Datenschutz reicht, unterliegen seine Akten und andere Schriftstücke einem Beschlagnahmeverbot.**

Bürokratieabbau - BDSG neu § 4g (1)

Der Beauftragte für den Datenschutz wirkt auf die Einhaltung dieses Gesetzes und anderer Vorschriften über den Datenschutz hin. Zu diesem Zweck kann sich der Beauftragte für den

Datenschutz in Zweifelsfällen an die für die Datenschutzkontrolle bei der verantwortlichen Stelle zuständige Behörde wenden. **Er kann die Beratung nach § 38 Abs. 1 Satz 2 in Anspruch nehmen.**

Bürokratieabbau - BDSG neu § 4g (2,2a)

(2) Dem Beauftragten für den Datenschutz ist von der verantwortlichen Stelle eine Übersicht über die in § 4e Satz 1 genannten Angaben sowie über zugriffsberechtigte Personen zur Verfügung zu stellen. **Der Beauftragte für den Datenschutz macht (gestrichen: im Falle des § 4d Abs.2) die Angaben nach § 4e Satz 1 Nr. 1 bis 8 auf Antrag jedermann in geeigneter Weise verfügbar.**

Gestrichen: Im Fall des § 4d Abs. 3 gilt Satz 2 entsprechend für die verantwortliche Stelle.

(2a) Soweit bei einer nicht-öffentlichen Stelle keine Verpflichtung zur Bestellung eines Beauftragten für den Datenschutz besteht, hat der Leiter der nicht-öffentlichen Stelle die Erfüllung der Aufgaben nach den Absätzen 1 und 2 in anderer Weise sicher zu stellen.

Bürokratieabbau - BDSG neu § 38 (1)

(1) Die Aufsichtsbehörde kontrolliert die Ausführung dieses Gesetzes sowie anderer Vorschriften über den Datenschutz, soweit diese die automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten oder die Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten in oder aus nicht automatisierten Dateien regeln einschließlich des Rechts der Mitgliedstaaten in den Fällen des § 1 Abs. 5. **Sie berät und unterstützt die Beauftragten für den Datenschutz und die verantwortlichen Stellen mit Rücksicht auf deren typische Bedürfnisse.** Die Aufsichtsbehörde darf die von ihr gespeicherten Daten nur für Zwecke der Aufsicht verarbeiten und nutzen; § 14 Abs. 2 Nr. 1 bis 3, 6 und 7 gilt entsprechend.

Bürokratieabbau - StGB neu § 203 (2a)

Die Absätze 1 und 2 gelten entsprechend, wenn ein Beauftragter für den Datenschutz unbefugt ein fremdes Geheimnis im Sinne dieser Vorschrift offenbart, das einem in den Absätzen 1 und 2 Genannten in dessen beruflicher Eigenschaft anvertraut worden oder sonst bekannt geworden ist und von dem er bei der Erfüllung seiner Aufgaben als Beauftragter für den Datenschutz Kenntnis erlangt hat.

Bürokratieabbau - Zusammenfassung

- Art. 1: Änderung des BDSG
 - Änderung des Schwellenwertes auf neun „mit der automatisierten Datenverarbeitung beschäftigten Personen“
 - Konkretisierung der Fachkunde
 - Externer DSB bei Berufsgeheimnisträgern mit Zeugnisverweigerungsrecht
 - Konsultation der Aufsichtsbehörde
- Art. 2: DSB Normadressat des § 203 StGB

Bürokratieabbau – Anmerkung GDD

- Schwellenwert 10 Personen undifferenziert
 - Schwellenwert 5 Personen bei pb DV als Kerngeschäft
 - Abstellen auf „mit DV beschäftigte Personen“ problematisch (auch AuftragsDV erfasst?)
- Keine Einsparpotentiale bei der Aus- und Fortbildung der bDSB
- Zulässigkeit von externen DSB bei Berufsgeheimnisträgern wird begrüßt
- Erweiterte Konsultationsfunktion der Aufsichtsbehörde bedeutet personellen Mehraufwand (Bürokratieabbau?)
- Möglichkeit des Outsourcings durch Krankenhäuser in § 203 StGB wird gefordert (Bürokratieabbau!)

Anlage 4: SWR-Prüfauftrag und Änderungen des Rundfunkgebührenstaatsvertrags

Rundfunkgebühren – Prüfauftrag

Sehr geehrte Damen und Herren,

der Südwestrundfunk (SWR) wünscht regelmäßige und persönliche Prüfungen aller Rundfunkteilnehmer in seinem Sendegebiet. Dazu gehören auch Unternehmen und Betriebe, denn diese können im Sinne der Gleichbehandlung aller Rundfunkteilnehmer von solchen Prüfungen nicht ausgeschlossen werden. Zur Durchführung der Prüfung hat der SWR die GEZ-Beauftragten ermächtigt, Rechtsgrundlagen und Erläuterungen entnehmen Sie bitte der Anlage.

Das GEZ-Servicebüro xxxxxxxxxx wird mit Ihnen einen Besuchstermin vereinbaren.

Mit freundlichen Grüßen

*Anlage
Rechtsgrundlagen und Erläuterungen*

Auswirkung auf Unternehmen und Datenschutz

- Anzeigepflicht für Zweitgeräte in solchen Räumen oder Kraftfahrzeugen, die zu anderen als privaten Zwecken genutzt werden. Auf den Umfang der Nutzung der Rundfunkempfangsgeräte, der Räume oder der Kraftfahrzeuge zu den in Satz 1 genannten Zwecken kommt es nicht an.
- Auswirkungen auf Anlagenbuchhaltung und Hardwareverzeichnis
- Private Empfangsgeräte der Mitarbeiter im Unternehmen (Handys, TV-Karten)
- Nutzung des privaten Kfz und des Autoradios für geschäftliche Zwecke

Anlage 5:

Auszug aus dem 23. Tätigkeitsbericht des hessischen Datenschutzbeauftragten Professor Dr. Winfried Hassemer vorgelegt zum 31. Dezember 1994 gemäß § 30 des Hessischen Datenschutzgesetzes vom 11. November 1986

...

11.2 Aufzeichnung von Vermittlungsgesprächen in Telefonzentralen

Wiederholt gab es in der Vergangenheit bei verschiedenen öffentlichen Einrichtungen Planungen, sämtliche eingehenden Telefongespräche digital aufzuzeichnen, um bei Drohanrufen die Ernsthaftigkeit der Drohungen jederzeit überprüfen zu können. So hatte auch eine hessische Kommune in ihrer zentralen Telefonvermittlungsstelle das folgende Verfahren eingerichtet:

Zum Zwecke der Aufzeichnung von Drohanrufen wurde der Inhalt sämtlicher ankommenden Telefongespräche an den Vermittlungsplätzen der Telefonzentrale automatisch aufgezeichnet. Dabei waren alle Vermittlungsplätze mit einer digitalen Aufzeichnungsbox verbunden. Diese Boxen sowie ein Kassettengerät, das die digitalen Signale in Sprache umwandeln und aufzeichnen konnte, befanden sich in einem durch Codekartenleser gesicherten Technikraum in einem verschlossenen Stahlschrank. Die Aufzeichnungsdauer betrug maximal acht Minuten, danach überspielte sich der Digitalspeicher wieder. Das heißt, eingehende Gespräche waren maximal acht Minuten lang gespeichert, es sei denn, ein Mitarbeiter der Telefonzentrale hätte durch Knopfdruck - im Falle eines Drohanrufs - automatisch den Mitschnitt in Sprache umwandeln und auf Kassette überspielen lassen.

Obwohl die Kommune umfangreiche organisatorische Maßnahmen zur Sicherung der Aufzeichnungen und zum Schutz vor unbefugter Auswertung getroffen hatte, war ich der Auffassung, dass die lückenlose Aufzeichnung sämtlicher eingehender Telefonanrufe - unabhängig ob Drohanruf oder nicht - sowohl gegen § 201 StGB als auch gegen Datenschutzrecht verstößt. Die Gemeinde war zwar auch der Auffassung, dass die Aufzeichnung eine Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes i. S. v. § 201 StGB darstellt, allerdings war man der Meinung, dass dieses Handeln durch § 34 StGB gerechtfertigt sei, um mögliche Gefährdungen von gemeindlichen Bediensteten abwehren zu können.

Dieser Argumentation habe ich folgendes entgegengehalten: Zwar können sich möglicherweise auch staatliche Stellen auf rechtfertigenden Notstand bei ihrem Handeln berufen, aber der staatliche Rückgriff auf § 34 StGB ist jedenfalls nur in außerordentlicher, unvorhersehbarer Lage bei tatsächlicher Gefahr für höchste Rechtsgüter zulässig. § 34 StGB gibt staatlichen Institutionen kein Recht, in geschützte Rechtsgüter einzelner Privatpersonen einzugreifen, indem z. B. jedes nicht öffentlich gesprochene Wort eines Anrufers bei der Gemeinde aufgezeichnet wird. Eine Rechtfertigung nach § 34 StGB und damit eine gerechtfertigte Aufzeichnung von Telefongesprächen kommt nur dann in Betracht, wenn ein gegenwärtiger - aktueller - Anlass einer Gefahr für ein Rechtsgut der Verwaltung bzw. ihrer Mitarbeiter vorliegt. Unzweifelhaft ist die ganz überwiegende Mehrheit der ankommenden Telefongespräche nicht krimineller Natur. Ob und wann tatsächlich ein Drohanruf bei der Zentrale der Verwaltung eingeht, ist nicht absehbar, so dass auch nicht argumentiert werden kann, dass eine Aufzeichnung der Abwehr einer bestehenden gegenwärtigen Gefahr dient. Dies wäre vielmehr dann zu bejahen, wenn im Falle eines kriminellen Anrufes mitgeschnitten würde.

Zwar hat die Verwaltung ein berechtigtes Interesse daran, ihre Mitarbeiter vor möglichen Drohanrufen und Terrorangriffen zu schützen, und die Telefonverbindung ist unter Umständen die einzige Spur, die zum Täter führt. Diesem Interesse der Verwaltung steht jedoch das grundsätzlich geschützte Persönlichkeitsrecht aller nicht kriminellen Anrufer entgegen. Die vage und latente Gefährdung der Rechtsgüter der Mitarbeiter durch potentielle Drohanrufe steht der sich täglich vielfach wiederholenden Beeinträchtigung der Rechtsgüter zahlreicher Anrufer gegenüber. Daraus ergibt sich, dass die Voraussetzungen einer Anwendbarkeit des § 34 StGB auf staatliches Handeln in diesem Fall nicht erfüllt sind. **Zulässig (und möglich) ist vielmehr der aktuelle Mitschnitt eines Telefongesprächs, wenn sich herausstellt, dass es sich um einen Drohanruf handelt.**

Aufgrund der von mir vorgetragenen rechtlichen Bedenken hat die Verwaltung die Aufzeichnung der Gespräche eingestellt.

Auszug aus dem 15. Tätigkeitsbericht des Hamburgischen Datenschutzbeauftragten

26.1.2 Aufzeichnung von Telefongesprächen in Unternehmen

Im Zuständigkeitsbereich der Aufsichtsbehörde Hamburg sind einige Unternehmen bereits seit längerem auf Anraten der zuständigen Polizeidienststellen dazu übergegangen, sämtliche Anrufe aufzuzeichnen, die in der Telefonzentrale auflaufen. Die Anlagen sind so gestaltet, dass Gespräche, die von außen direkt mit Nebenstellen geführt werden, nicht aufgezeichnet werden können. Es handelt sich in aller Regel um digitale Dokumentationssysteme, die es ermöglichen, sowohl digitalisierte Aufzeichnungen über Verbindungsdaten als auch über Gesprächsinhalte vorzunehmen. Nachfolgend geht es um die Problematik der automatischen Aufzeichnung von Gesprächsinhalten.

In den hier bekanntgewordenen Fällen setzen die Unternehmen solche Anlagen ein, um Drohanrufe festzuhalten. Die digitalen Aufzeichnungsgeräte verfügen über eine Speicherkapazität von jeweils ca. vier Minuten. Ist diese Kapazität erreicht, wird die vorhergehende Aufnahme überschrieben. Sofern sich darunter ein Drohanruf befindet, wird der Gesprächsinhalt auf ein analoges Tonband überspielt, um die Ernsthaftigkeit der Drohung überprüfen zu können.

Da die Installierung und der Betrieb einer solchen Anlage den Bestimmungen des § 87 Abs. 1 Nr. 6 Betriebsverfassungsgesetz unterliegt, haben die Unternehmen entsprechende Betriebsvereinbarungen geschlossen. Insoweit ist den Grundsätzen über den Persönlichkeitsschutz des Arbeitnehmers im Arbeitsverhältnis Rechnung getragen worden. Problematisch bleibt die Aufzeichnung der Gesprächsinhalte jedoch hinsichtlich der Persönlichkeitsrechte der Anrufer.

Nach § 201 Abs. 1 StGB wird mit Freiheits- oder Geldstrafe bestraft, wer unbefugt das nichtöffentlich gesprochene Wort eines anderen auf einen Tonträger aufnimmt (Nr. 1) oder eine so hergestellte Aufnahme gebraucht oder einem Dritten zugänglich macht (Nr. 2). Die Praxis der Unternehmen, jeden in der Telefonzentrale eingehenden Anruf zumindest für wenige Minuten aufzuzeichnen, erfüllt objektiv die Voraussetzungen der Aufnahme nach § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB, weil auch telefonische Äußerungen zum Schutzbereich dieser Regelung gehören. Auf die Gesprächsinhalte kommt es nicht an, sondern auch die Vermittlungsphase eines eingehenden Telefonats ist umfasst. Für die Strafbarkeit kommt es darauf an, ob die jeweilige Aufzeichnung unbefugt erfolgt. Hierzu muss folgende Differenzierung vorgenommen werden:

Die gezielte Aufzeichnung „auf Knopfdruck“ eines Drohanrufs ist ohne weiteres durch Notwehr nach § 32 StGB oder bei „notwehrähnlicher Lage“ aus § 34 StGB gerechtfertigt. Dasselbe wird man wohl auch bei der zufälligen Aufnahme eines Drohanrufes durch eine automatische Anlage annehmen müssen.

Problematisch ist hingegen die Aufzeichnung von Anrufen Unbeteiligter. Da von einer mutmaßlichen Einwilligung dieses Personenkreises nicht ausgegangen werden kann, kommt als Befugungsnorm allenfalls der rechtfertigende Notstand des § 34 StGB in Betracht. Dessen Anwendung hängt allerdings von zahlreichen Voraussetzungen ab, deren Erfüllung bei einer automatischen Aufzeichnung von Gesprächsinhalten höchst zweifelhaft sein dürfte.

Auch das neue Telekommunikationsgesetz (TKG) hilft hier nicht weiter. Zwar regelt § 86 Abs. 3 bis 5 TKG die Verarbeitung von Nachrichteninhalten und erfasst auch den Fall der Wortaufzeichnung. Die Bestimmung sieht in ihrer abschließenden Aufzählung von Erlaubnistatbeständen aber die Ermittlung von Nachrichteninhalten zum Zwecke der Aufzeichnung von Drohanrufen nicht vor. Insbesondere gehören Drohanrufe im Sinne des § 86 Abs. 2 Nr. 3 b TKG nicht zu den Ausnahmefällen.

Im Ergebnis ist somit festzustellen, dass die beschriebene Praxis der Aufzeichnung von Telefongesprächen sowohl nach § 201 StGB als auch nach § 86 TKG Rechtsprobleme aufwirft. Die Aufsichtsbehörde Hamburg rät deshalb regelmäßig davon ab, ein System zur automatisierten Gesprächsaufzeichnung einzusetzen. Vielmehr sollten sich die Unternehmen darauf beschrän-

ken, lediglich in begründeten Einzelfällen, in denen Drohanrufe zu besorgen sind, Gesprächsinhalte „auf Knopfdruck“ aufzuzeichnen. Solche Einzelfälle sind nicht nur einzelne Anrufe, sondern es kann sich auch um begrenzte Zeiträume handeln, in denen vorübergehend sämtliche Anrufe wegen einer konkret bestehenden Bedrohungslage festgehalten werden müssen. Eine dauernde Bedrohungslage mit ständiger Aufzeichnung der Telefonate ist allerdings für keinen Wirtschaftsbereich anzunehmen; vergleichsweise gibt es auch in staatlichen Bereichen mit fort-dauernder latenter Bedrohung keine ständige Aufzeichnung.

Der Düsseldorfer Kreis hat sich in seiner Sitzung am 19./20. September 1996 dieser Auffassung angeschlossen.

In der rechtswissenschaftlichen Literatur wird andererseits auch die Meinung vertreten, dass durch die Einführung eines sogenannten „Treuhandmodells“, das eine Reihe von Sicherheitsvorkehrungen gegen die missbräuchliche Nutzung der aufgezeichneten Gespräche beinhaltet, eine Rechtsgutsbeeinträchtigung und somit eine Strafbarkeit nach § 201 StGB im Ergebnis ausgeschlossen werden kann. Ein solches Modell kann zwar die tatsächliche Gefährdung der Rechte der Betroffenen minimieren. Dies ändert jedoch nichts am Vorliegen der tatbestandsmäßigen Voraussetzungen des § 201 Abs. 1 Nr. 1 StGB. Deshalb halten wir auch in diesem Fall eine Daueraufzeichnung von Telefonaten nicht für vertretbar.