von Rechtsanwalt **Jan Lennart Müller**

DSGVO: Wann und unter welchen Voraussetzungen ist die Aufzeichnung von Telefongesprächen mit Kunden datenschutzrechtlich zulässig?

Die Datenschutzbedingungen der DSGVO und des BDSG fordern Unternehmern einiges ab, um die Prozesse in ihrem Betrieb rechtskonform zu gestalten. Während sich im Online-Geschäft sehr viel um E-Mail und Co. dreht, ist auch der gute alte Telefonanruf nach wie vor eine bei Kunden sehr gern genutzte Option. Im Rahmen von Telefongesprächen zwischen Online-Händlern und Kunden bietet sich oft die Aufzeichnung des Gesprächs an, insbesondere zu Beweiszwecken. Doch ist eine Aufzeichnung von Telefongesprächen überhaupt noch nach den strengen Datenschutzanforderungen zulässig und wenn ja, welche Voraussetzungen müssen erfüllt sein? All dies erfahren Sie in unserem neuen Beitrag.

I. Ist der Anwendungsbereich des Datenschutzrechts überhaupt eröffnet?

Daten fallen lediglich dann in den Anwendungsbereich der DSGVO, sofern diese „personenbezogen“ sind, vgl. Art. 2 Abs. 1 DSGVO. Personenbezogene Daten sind nach Art. 4 Nr. 1 DSGVO

> *"alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person (im Folgenden „betroffene Person“) beziehen; als identifizierbar wird eine natürliche Person angesehen, die direkt oder indirekt, insbesondere mittels Zuordnung zu einer Kennung wie einem Namen, zu einer Kennnummer, zu Standortdaten, zu einer Online-Kennung oder zu einem oder mehreren besonderen Merkmalen, die Ausdruck der physischen, physiologischen, genetischen, psychischen, wirtschaftlichen, kulturellen oder sozialen Identität dieser natürlichen Person sind, identifiziert werden kann;"*

Die Identifizierbarkeit einer Person nach Art. 4 Nr. 1 DSGVO ist nach Ansicht des BGH (BGH, Urteil vom 05.05.2018, Az.: VI ZR 233/17) weit zu fassen. Zu den personenbezogenen Daten zählt neben den „Klassikern“ wie Name, Adresse oder Geburtsdatum**auch die menschliche Stimme**.

Ein Telefongespräch fällt also unproblematisch in den Anwendungsbereich der DSGVO, sodass auch deren Vorgaben beachtet werden müssen.

II. Rechtmäßigkeit der Aufzeichnung

Die Verarbeitung personenbezogener Daten ist nur zulässig, wenn sie ausdrücklich erlaubt wird. Im Fall einer Telefonaufzeichnung als Verarbeitungshandlung kommen die Rechtfertigungstatbestände des Art. 6 DSGVO zum Zuge.

Achtung: Das Aufzeichnen von Telefongesprächen ist sogar strafbar, soweit dies **unbefugt** im Sinne des § 201 Abs. 1 Strafgesetzbuch (StGB) erfolgt.

Damit die Aufzeichnung eines Telefongesprächs nach den Grundsätzen der DSGVO zulässig ist, muss die Datenverarbeitung (also die Aufzeichnung selbst) durch einen Erlaubnistatbestand des Art. 6 Abs. 1 lit. a bis f DSGVO gestattet sein.

1.) Denkbar: Erfüllung eines Vertrags/ vorvertraglicher Maßnahmen oder berechtigte Interessen

Denkbar ist zunächst, dass die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung aufgrund der Erfüllung eines Vertrags oder der Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen erforderlich sein könnte, Art. 6 Abs. 1 lit. b DSGVO.

Die Verarbeitung für die Erfüllung eines bereits bestehenden Vertrags bzw. die Durchführung „vorvertraglicher Maßnahmen“ setzt jedoch voraus, dass die Verarbeitung auch**erforderlich** ist. **Erforderlichkeit** in diesem Zusammenhang bedeutet, dass der Vertrag ohne die Verarbeitung nicht so erfüllt werden könnte, wie die Parteien sich geeinigt haben bzw. dass vorvertragliche Maßnahmen nicht anders durchgeführt werden könnten.

Die Aufzeichnung eines Telefonats dürfte aber wohl in diesem Sinne **nie** erforderlich sein, um einen Vertrag zu erfüllen. Die Rechtfertigungsgrundlage der Erfüllung eines bestehenden Vertrags scheidet damit aus.

Weiter kommt grundsätzlich die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung aufgrund **berechtigter Interessen** des Verantwortlichen (Aufzeichners) in Betracht, vgl. Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO. Danach ist die Datenverarbeitung rechtmäßig, wenn die „Verarbeitung zur Wahrung der berechtigten Interessen des Verantwortlichen (...) erforderlich“ ist.

Zwar zählen zu den „berechtigten Interessen“ nicht nur rechtliche, sondern auch tatsächliche oder wirtschaftliche Interessen. Doch selbst wenn ein berechtigtes Interesse (z.B. Beweissicherung) angenommen werden sollte, müsste ferner eine **Erforderlichkeit** gegeben sein. Eine **Erforderlichkeit** dürfte aus vorbenannten Gründen nicht angenommen werden können. Auch der Rechtfertigungsgrund der berechtigten Interessen hilft hier also nicht weiter.

2.) Tatsächlich aber: Einwilligung

Für die Rechtmäßigkeit der Aufzeichnung von Telefongesprächen dürfte damit der Rechtsansicht der Datenschutzkonferenz (Beschluss vom 23.03.2018) zu folgen sein: Regelmäßig ist daher einzig eine Einwilligung (Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO) als Rechtfertigungsgrund tauglich.

Während grundsätzlich auch die oben genannten Rechtfertigungstatbestände in Betracht kommen können (insbesondere das berechtigte Interesse des Verantwortlichen, Art. 6 Abs. 1 lit. f DSGVO), muss mangels einschlägiger Rechtsprechung und somit aktueller Rechtsunsicherheit zur Einholung einer Einwilligung geraten werden.

III. Einholen einer wirksamen Einwilligung

Für die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung, also das Aufzeichnen des Telefongesprächs, ist die Einwilligung des Kunden einzuholen. Es stellt sich die Frage, wie die Einwilligung des betroffenen Kunden **wirksam eingeholt** und **rechtssicher dokumentiert** werden kann.

Hinweis: Die Aufzeichnung von Telefongesprächen betrifft regelmäßig auch etwaige Beschäftigte des Online-Händlers. Dieser Beitrag beschäftigt sich nicht mit den besonderen Voraussetzungen im Beschäftigungsverhältnis.

1.) Rechtliche Anforderungen an eine wirksame Einwilligung

Der Kunde muss somit seine Einwilligung dahingehend erteilen, dass er damit einverstanden ist, dass das Telefongespräch aufgezeichnet wird. Abstrakt gesehen stellt eine Einwilligung nach Art. 4 Nr. 11 DSGVO

> *"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"*

dar.

Übersetzt auf den konkreten Anwendungsfall der Aufzeichnung von Telefongesprächen zwischen Online-Händler und Kunde bedeutet dies, dass der Kunde **vor Beginn** der Aufzeichnung gefragt werden muss, ob er sich mit der Aufzeichnung einverstanden erklärt.

Ist dies der Fall, muss der Kunde „in Form einer Erklärung oder einer sonstigen eindeutigen

bestätigenden Handlung“ zu verstehen geben, dass er mit der Datenverarbeitung einverstanden ist.

Denkbar ist nach Ansicht der Datenschutzkonferenz sowohl das Aussprechen eines **„Ja“** als auch das Drücken einer bestimmten Taste am Telefon, um eine „bestätigendenden“ Handlung zum Ausdruck zu bringen.

Hinweis: Da es immer einer **aktiven** Einwilligung bedarf, um das eindeutige Einverständnis mit der beabsichtigten Verarbeitung der personenbezogenen Daten zum Ausdruck zu bringen, stellt Stillschweigen bzw. Untätigkeit der betroffenen Person **keine** Einwilligung dar.

Somit ist die in Vergangenheit oft genutzte Widerspruchsmöglichkeit und das anschließende Fortsetzen des Telefonats („Dieser Anruf wird ... aufgezeichnet. Wenn Sie dies nicht wünschen, tun Sie ...“) keine datenschutzrechtlich wirksame Einwilligung im Sinne der DSGVO.

Zuletzt ist zu beachten, dass Einwilligungen **widerruflich** sind. Über dieses Widerrufsrecht muss der Einwilligende auch **informiert** werden.

2.) Einholen der Einwilligung des Kunden

Während im Zivilprozess der Grundsatz lautet, dass die Beweislast für eine Tatsache denjenigen trifft, für den die Tatsache günstig ist, sieht es im Datenschutzrecht ähnlich aus.

Beruht die Verarbeitung auf einer Einwilligung, muss der (datenschutzrechltich) Verantwortliche nachweisen können, dass die betroffene Person in die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten eingewilligt hat, Art. 7 Abs. 1 DSGVO. Kann der Verantwortliche diesen Nachweis nicht erbringen, gilt die Einwilligung als nicht (wirksam) erteilt.

Die Art des Nachweises lässt die Vorschrift offen, nach Erwägungsgrund 32 der DSGVO kommt neben einer **schriftlichen** auch eine **elektronische** oder **mündliche** Erklärung in Frage, wobei bei Letzterer die Beweiskraft unter Umständen zum Problem werden kann.

Vor diesem Hintergrund wäre das Verfahren **"Aufzeichnung der Einwilligung"** zur Dokumentation der Einwilligung wie folgt denkbar:

Die praxisgerechteste Lösung ist die Aufzeichnung der Einwilligung an sich. Denkbar wäre, dass der Kunde im Gespräch gefragt wird, ob er mit einer Aufzeichnung des Telefongesprächs einverstanden ist. Zugleich sollte der Kunde auch über sein jederzeitiges Widerrufsrecht informiert werden.

Bejaht der Kunde diese Frage, könnte der Online-Händler den Kunden darüber aufklären, dass er diese Einwilligung auch im Rahmen der Aufzeichnung protokollieren möchte. Sodann folgt unter der Aufzeichnung die Einholung der Einwilligung des Kunden mit allen Belehrungen.

Darüber hinaus sollte dem Kunden eine gesonderte Datenschutzerklärung zur Übersendung per E-Mail angeboten werden, aus welcher der Kunde vor allem nochmals über den Rechtsgrund und den Zweck der Aufzeichnung, aber auch über seine Betroffenenrechte informiert wird.

Im Ergebnis dürfte dies die Lösung sein, welche in der Praxis am leichtesten umzusetzen ist.

IV. Fazit

Das Aufzeichnen von Telefongesprächen zwischen Online-Händler und Kunde ist zwar datenschutzrechtlich anspruchsvoll, aber nicht unmöglich. Hierbei sollte der Rechtsansicht der Datenschutzkonferenz gefolgt werden und als Rechtfertigungsgrund für eine Aufzeichnung die Einwilligung eingeholt werden.

Die Aufzeichnung eines Telefongesprächs ohne Einholen einer wirksamen Einwilligung ist nicht nur datenschutzrechtlich unzulässig, sondern kann darüber hinaus auch strafrechtlich (gem. § 201 StGB - Verletzung der Vertraulichkeit des Wortes) relevant werden.

Autor:
RA Jan Lennart Müller
Rechtsanwalt