

Feil Rechtsanwälte

www.recht-freundlich.de



Der Zwang zur E-Mail-Archivierung

Anforderungen an die öffentliche Hand



Autoren

Rechtsanwalt Thomas Feil

Diplom Verwaltungsbetriebswirt (FH) Nico Reiners

Feil Rechtsanwälte

www.recht-freundlich.de



Autoren

Rechtsanwalt, Lehrbeauftragter und Fachanwalt für IT-Recht Thomas Feil,
Georgsplatz 9, 30159 Hannover
Diplom Verwaltungsbetriebswirt (FH) Nico Reiners,
Institut für Rechtsinformatik, Leibniz Universität Hannover

Feil Rechtsanwälte

haben sich auf das Informationstechnologierecht spezialisiert.

Rechtliche Beratungen sowie außergerichtliche und gerichtliche Vertretungen werden in den Rechtsgebieten EDV-Recht, Internet-Recht, Elektroggesetz, Informationsfreiheitsgesetz sowie in allen anderen Bereichen rund um die Informationstechnologie übernommen.

Kanzlei Feil Rechtsanwälte · Georgsplatz 9 · 30159 Hannover
Telefon 0511 / 47 39 06-01 · Telefax 0511 / 47 39 06-09
kanzlei@recht-freundlich.de · www.recht-freundlich.de

Copyright

Das Werk, einschließlich aller seiner Teile, ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung, die nicht ausdrücklich vom Urheberrechtsgesetz zugelassen ist, bedarf der vorherigen Zustimmung der Feil Rechtsanwälte. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Bearbeitungen, Übersetzung, Mikroverfilmung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

A. Einleitung	4
B. Technischer Hintergrund	5
C. Rechtliche Anforderungen	6
I. Interesse der Behörde bzw. der Mitarbeiter	7
1. Verwaltungsgerichtsverfahren	7
2. Steuer(-straf-)rechtliche Vorschriften	9
a) Aufbewahrungspflichten	10
b) Rechtsfolgen bei Verstößen	12
3. Strafrechtlicher Schutz von E-Mails	13
a) Verwahrungsbruch, § 133 StGB	13
b) Urkundenunterdrückung, § 274 I Nr. 2 StGB	14
c) Datenveränderung, § 303a StGB	16
II. Interessen Dritter	17
1. Verwaltungsverfahren	17
2. Bundesdatenschutzgesetz	18
3. Informationsfreiheitsgesetz	18
4. Aufsicht über die Kommunen	20
a) Rechnungsprüfung: örtliche Prüfung	21
b) Rechnungsprüfung: überörtliche Prüfung	23
5. Kommunal- und Fachaufsicht	24
III. Gegenrechte	25
1. Schutz der Daten anderer Beteiligter	25
2. Schutz der Daten des Mitarbeiters	25
D. Fazit	26

Der Zwang zur E-Mail-Archivierung Anforderungen an die öffentliche Hand

A. Einleitung

EDV am Arbeitsplatz ist seit Jahren in der öffentlichen Verwaltung und in Unternehmen der Privatwirtschaft eine Selbstverständlichkeit. Dennoch erfolgt die Aufbewahrung von wichtigen Informationen vielfach immer noch auf Papier. Der Siegeszug des PC hat das papierlose Büro bisher nur wenig Realität werden lassen.

Für die Nutzung des Papiers in der Verwaltung gelten umfangreiche Vorschriften:

- Viele Behörden haben einen Aktenplan und daneben Anweisungen, wie Akten zu führen sind. Teilweise sichert auch „nur“ die betriebliche Übung eine einheitliche Aktenführung.
- Die Bundesländer haben in der Form von Erlassen Aktenordnungen verabschiedet, die den Umgang mit „Schriftgut“ regeln.
- Nach dem Ablauf von Aufbewahrungsfristen erfolgt, eine entsprechende Bedeutung des Schriftguts vorausgesetzt, die Archivierung nach den Landesarchivgesetzen.

In ihrer genauen und differenzierten Formulierung wirken einige dieser Regelungen auf einen neutralen Betrachter eigentümlich. Die Niedersächsische Aktenordnung bestimmt in der alten Fassung beispielsweise, dass auch Schallplatten zum Schriftgut gehörten, oder dass die „Sachbearbeiteraktenablage“ vom Sachbearbeiter geführt wird.

Die gründlichen Regelungen erfüllten jahrzehntelang ihren Zweck. Es wurde eine Aktenführung sichergestellt, die einem Dritten die Möglichkeit gibt, einen ihm unbekanntem Vorgang auch nach Jahren nachvollziehen zu können.

Ist die EDV mit den Fachanwendungen lediglich eine bessere Schreibmaschine und wird ohnehin alles ausgedruckt und abgeheftet, besteht hinsichtlich der Aktenführung kein Handlungsbedarf.

An die Einführung der EDV knüpfte sich aber auch die Hoffnung, Papier und Platz für Akten zu sparen und die Abläufe effizienter zu gestalten. Es sol-

len Postlaufzeiten vermieden und allen Verfahrensbeteiligten eine Akte auf Knopfdruck gleichzeitig zugänglich gemacht werden können.

Die Realisierung dieser Ideen wird in diversen Projekten zum e-Government erprobt und erforscht.

Nachfolgend wird aufgezeigt, dass bereits bei der heute eingesetzten EDV und den Fachanwendungen aus mehreren Gründen die Notwendigkeit und Pflicht besteht, E-Mails und die gesamte elektronische Post zu archivieren. Bisher steht die E-Mail-Archivierung vielfach noch nicht im Fokus des Verwaltungshandelns. Die vermehrte elektronische Aktenbearbeitung wird dies zukünftig ändern.

B. Technischer Hintergrund

In den meisten Behörden wirkt sich das starke Anwachsen des E-Mail-Aufkommens schon allein aus Speicherplatzgründen unmittelbar auf die vorhandene IT-Infrastruktur aus. Verwaltungen führen Speicherlimits ein, um so den wachsenden Speicherbedarf und die damit verbundenen Kosten und Aufwände zu begrenzen.

Benutzer behelfen sich bei solchen Begrenzungen, indem sie Daten in ein lokales E-Mail-Repository (PST-Datei oder andere Dateien, abhängig vom eingesetzten E-Mail-Programm) auf ihren Desktop/Laptop verschieben, um freien Speicher auf dem zentralen E-Mail-Server zu schaffen und so die Sperrung ihrer E-Mails wieder aufzuheben. Das Verschieben der lokalen Kopie einer E-Mail aus der Mailbox in eine E-Mail-Repository-Datei löscht die E-Mail automatisch aus der Mailbox auf dem Server, so dass sie bei einem Suchlauf auf dem Server nicht mehr gefunden wird.

Durch die entfernten Daten ist zwar auf dem Server Speicherplatz frei geworden, jetzt belegen diese Daten aber den lokalen Speicher auf dem Desktop / Laptop, der viel weniger im Fokus der Archivierung steht, als der Server oder der zentrale Speicher. Das Risiko, dass damit Informationen für das Verwaltungshandeln verloren gehen und für eine ordnungsgemäße Aktenführung nicht zur Verfügung stehen, steigt bei lokalen Speicherungen erheblich.

Das Verschieben von E-Mails und Anhängen in E-Mail-Repository-Dateien beeinträchtigt daneben die Integrität des zentralen E-Mail-Speichers, da für die lokalen E-Mail-Repository-Dateien meist nicht der hohe Sicherheitsstandard angewendet wird, der für den zentralen Speicher gilt. Für viele Behörden kann aufgrund der unzureichenden Kontrolle der E-Mail-Repository-Dateien ein Risiko entstehen.

- E-Mail-Repository-Dateien erhöhen den Speicherbedarf, weil Benutzer durch die mehrfache Speicherung ein und derselben E-Mail in verschiedenen E-Mail-Repository-Dateien das Single Instancing außer Kraft setzen
- E-Mail-Repository-Dateien sind überall verteilt, schwer kontrollierbar und nicht zentral durchsuchbar – die in ihnen enthaltenen Informationen unterliegen jedoch ebenso den rechtlichen Rahmenbedingungen wie eine E-Mail auf dem zentralen Server;
- E-Mail-Repository-Dateien existieren nur auf dem Desktop/Laptop und werden nicht auf den zentralen Server repliziert, für sie greifen also nicht dieselben Backup-Richtlinien;
- E-Mail-Repository-Dateien werden bei Suchläufen auf dem zentralen Server nicht gefunden, so dass E-Mails und ihre Anhänge unter Umständen für verloren oder nicht vorhanden gehalten werden.
- E-Mail Anhänge werden oft lokal abgespeichert, was die Integrität der enthaltenen Information außer Kraft setzt.

Unter Berücksichtigung der Ziele, die Bund und Länder bei ihren e-Government-Planungen und -Konzepten verfolgen, ist mit einer weiteren Zunahme der elektronischen Kommunikation zu rechnen. Die derzeitigen E-Mail-Systeme bewältigen vielfach die Archivierung nur unzureichend. Zukünftig werden neben den technischen Herausforderungen auch die rechtlichen Anforderungen an eine funktionierende Archivierung mehr im Fokus stehen.

C. | Rechtliche Anforderungen

Die ordentliche Aktenführung hat Verfassungsrang. Dieser Befund mag auf den ersten Blick überraschen, schließlich scheint die Aktenaufbewahrung ein eher profaner Vorgang zu sein. Aus dem Rechtsstaatsgebot (Art. 20 Abs. 3 GG) folgt jedoch, dass das Handeln der Behörden nachvollziehbar sein und bleiben muss. Allerdings lassen sich aus dieser Vorgabe nur schwer prakti-

sche Konsequenzen ableiten, so dass die gesetzliche Rechtslage innerhalb der Verfassung dargestellt werden soll.

Da es kein „E-Mail-Archivierungsgesetz“ gibt, sondern sich die relevanten rechtlichen Vorgaben in vielen unterschiedlichen Gesetzen wiederfinden, ist zu systematisieren.

Zur Systematisierung kann zwischen Vorschriften, die im Eigeninteresse der Behörde, bzw. dem Interesse der Mitarbeiter beachtet werden sollten, einerseits und Vorschriften, die dem Interesse Dritter an einer ordnungsgemäßen Aktenführung dienen, andererseits unterschieden werden.

Die Abgrenzung ist jedoch nicht immer trennscharf, da die Einhaltung mancher Normen im Interesse aller Beteiligten ist.

I. Interesse der Behörde bzw. der Mitarbeiter

1. | Verwaltungsgerichtsverfahren

Die Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) stellt in einigen Regelungen Anforderungen an die elektronische Aktenführung, an die zur Verfügung zu stellenden elektronischen Dokumente und damit auch an die E-Mail-Archivierung. Gemäß § 87 VwGO kann der Vorsitzende oder der Berichtserstatter zur Vorbereitung der mündlichen Verhandlung verschiedene Anordnungen treffen. Beispielsweise kann der Vorsitzende oder der Berichtserstatter den Beteiligten die Übermittlung von elektronischen Dokumenten aufgeben oder die Übermittlung von elektronischen Dokumenten anordnen. Weiterhin kann der Vorsitzende oder der Berichtserstatter unter Fristsetzung allen Beteiligten aufgeben, elektronische Dokumente zu übermitteln (§ 87 b VwGO). Damit soll eine Beschleunigung des Verwaltungsgerichtsverfahrens erreicht werden.

In § 100 VwGO ist das Akteneinsichtsrecht festgelegt. Die Beteiligten können die Gerichtsakten und die dem Gericht vorgelegten Akten einsehen. Der Vorsitzende kann nach seinem Ermessen dabei auch den elektronischen Zugriff auf den Inhalt der Akten gestatten oder den Inhalt der Akten elektronisch

übermitteln. Da es sich hierbei um eine Ermessensentscheidung handelt, müssen die jeweiligen Behörden und Beteiligten eines verwaltungsgerichtlichen Verfahrens insoweit sicherstellen, dass die vom Gesetzgeber in der VwGO vorgesehenen Möglichkeiten auch tatsächlich gegeben sind.

Entscheidend für den Ausgang eines Gerichtsverfahrens ist häufig der Beweiswert der vorgelegten Urkunden und elektronischen Dokumente. § 98 VwGO verweist auf die Regelungen der Zivilprozessordnung (ZPO). Die ZPO enthält in § 286 Abs. 1 den Grundsatz der freien Beweiswürdigung. Danach hat das Gericht

„unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts der Verhandlungen und des Ergebnisses einer etwaigen Beweisaufnahme nach freier Überzeugung zu entscheiden, ob eine tatsächliche Behauptung für wahr oder für nicht wahr zu erachten sei.“

Dieser Grundsatz gilt insbesondere auch für den Beweiswert von E-Mails, die dem Gericht vorgelegt werden. Anders als bei Urkunden, für die die ZPO vom Grundsatz der freien Beweiswürdigung abweicht und den Beweiswert erhöht, muss sich das Gericht eine Meinung bilden.

E-Mails gelten gemeinhin als leicht manipulierbar, so dass Gerichte ihnen häufig eine geringe Beweiskraft beimessen. Es sollten also zur Erhöhung des Beweiswerts weitere Aspekte hinzukommen, die einen Sachverhalt plausibel machen und damit das Gericht überzeugen können.

Zu diesen Aspekten gehört insbesondere eine lückenlos geführte (elektronische) Akte, die technisch vor nicht nachvollziehbaren, nachträglichen Änderungen geschützt ist.

In einem Fall vor dem Verwaltungsgericht Gera (Urteil vom 07.05.2005, Az. 4 K 2501/02, ThürVBl 2006, 12-13) sah sich das Gericht wegen einer mangelhaften Aktenführung nicht in der Lage, die Rechtmäßigkeit eines Bescheids zu beurteilen und entschied zugunsten des Klägers.

Das Oberverwaltungsgericht Greifswald (Beschluss vom 22.12.2000, Az. 2 L 38/99, NVwZ 2002, 104 ff.) entschied in einer anderen Sache, dass bei „Verstößen der Behörde gegen die Pflicht zur ordnungsgemäßen Aktenführung eine Umkehr der Beweislast gerechtfertigt sein“ kann.

In diesem Fall wog besonders schwer, dass der Vorgang über unterschiedliche Akten verteilt war, es aber an Verweisen auf die jeweils anderen Unterlagen fehlte und eine Akte

„weder vollständig war, noch eine klare zeitliche Ordnung erkennen ließ“.

Vergleichbaren Schwierigkeiten vor Gericht werden sich in Zukunft auch Behörden stellen müssen, die eine „hybride“ Aktenführung haben. Liegt ein Vorgang teilweise auf Papier und teilweise in Form von E-Mails vor, könnte die Rekonstruktion des Vorgangs erschwert werden. Damit fällt der ohnehin schon geringere Beweiswert von E-Mails weiter ab und die Behörde muss entsprechend den oben zitierten Gerichtsentscheidungen mit einer Umkehr der Beweislast rechnen.

2. Steuer(-straf-)rechtliche Vorschriften

In vielen Bereichen sind Bund, Länder und Kommunen an Unternehmen des Privatrechts beteiligt. Diese Unternehmen sind in aller Regel steuerpflichtig und unterliegen damit den Buchführungs- und Aufbewahrungsvorschriften der Abgabenordnung (AO).

Doch auch die öffentlich-rechtlich organisierte Arbeit des Staates unterliegt in einigen Bereichen der Steuerpflicht. Dies gilt bei den Kommunen insbesondere für die „Betriebe gewerblicher Art“ (BgA) nach § 4 Körperschaftsteuergesetz. Neben den Vorschriften des Gemeindehaushaltsrechts müssen durch die BgA auch die Vorschriften der Abgabenordnung beachtet werden.

a. Aufbewahrungspflichten

Für den Umgang mit E-Mails ist vor allem §§ 146, 147 AO von Interesse. Wie diese Vorschriften von den Finanzbehörden ausgelegt werden, zeigen die „Grundsätze zum Datenzugriff und zur Prüfbarkeit digitaler Unterlagen (GDPdU)“ und die „Grundsätze ordnungsmäßiger DV-Gestützter Buchführungssysteme (GoBS).“ (Näheres im Internet unter www.bundesfinanzministerium.de).

§ 147 AO Ordnungsvorschriften für die Aufbewahrung von Unterlagen

(1) Die folgenden Unterlagen sind geordnet aufzubewahren:

1. Bücher und Aufzeichnungen, Inventare, Jahresabschlüsse, Lageberichte, die Eröffnungsbilanz sowie die zu ihrem Verständnis erforderlichen Arbeitsanweisungen und sonstigen Organisationsunterlagen,
2. die empfangenen Handels- oder Geschäftsbriefe,
3. Wiedergaben der abgesandten Handels- oder Geschäftsbriefe,
4. Buchungsbelege,
- 4a. ...
5. sonstige Unterlagen, soweit sie für die Besteuerung von Bedeutung sind.
6. Sind die Unterlagen nach Absatz 1 mit Hilfe eines Datenverarbeitungssystems erstellt worden, hat die Finanzbehörde im Rahmen einer Außenprüfung das Recht, Einsicht in die gespeicherten Daten zu nehmen und das Datenverarbeitungssystem zur Prüfung dieser Unterlagen zu nutzen. Sie kann im Rahmen einer Außenprüfung auch verlangen, dass die Daten nach ihren Vorgaben maschinell ausgewertet oder ihr die gespeicherten Unterlagen und Aufzeichnungen auf einem maschinell verwertbaren Datenträger zur Verfügung gestellt werden. Die Kosten trägt der Steuerpflichtige.

Bei E-Mails handelt es sich häufig um Handels- oder Geschäftsbriefe im Sinne des § 147 Abs. 1 Nr. 2 AO. Dies ist nämlich dann der Fall, wenn ein „Schriftstück“ die Vorbereitung, den Abschluss, die Durchführung oder die Rückgängigmachung eines Geschäfts zum Inhalt hat. Zu den empfangenen

Handelsbriefen gehören insbesondere Aufträge, einschließlich Änderungen und Ergänzungen, Auftragsbestätigungen, Versandanzeigen, Lieferscheine, Rechnungen und Zahlungsbelege sowie Verträge.

Indem § 147 Abs. 1 Nr. 2 AO die Aufbewahrung der empfangenen Briefe verlangt, verlangt die Vorschrift die Aufbewahrung von Originalen. Dies führt bei E-Mails naturgemäß zu Schwierigkeiten.

Wegen § 147 Abs. 5 reicht es nämlich nicht aus, E-Mails auszudrucken, um sie anschließend zu löschen, wie im dritten Abschnitt der GDPdU klargestellt wird.

Zudem sind die Anforderungen zu beachten, die die Abgabenordnung an die gespeicherten Daten stellt. § 146 Abs. 5 und § 147 Abs. 2 verweisen hinsichtlich der (digitalen) Archivierung auf die Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung. Zu diesen Grundsätzen zählen insbesondere die Grundsätze

- der Vollständigkeit,
- der Ordnung,
- der Sicherheit und
- der Unveränderlichkeit.

Nach dem Grundsatz der Vollständigkeit sind alle E-Mails, die Geschäftsbriefe im Sinne der AO sind, zu archivieren.

Der Grundsatz der Ordnung verlangt, dass der Geschäftsgang nachvollziehbar sein und bleiben muss. § 145 Abs. 1 AO erläutert diese Vorgabe näher:

„Die Buchführung muss so beschaffen sein, „dass sie einem sachverständigen Dritten innerhalb angemessener Zeit einen Überblick über die Geschäftsvorfälle und über die Lage des Unternehmens vermitteln kann. Die Geschäftsvorfälle müssen sich in ihrer Entstehung und Abwicklung verfolgen lassen.“

Nach den Grundsätzen der Sicherheit und Unveränderlichkeit muss die Integrität der Daten durch geeignete Maßnahmen sichergestellt sein. Dies meint zum einen den Schutz vor Datenverlust durch Beschädigungen der Hardware, zum anderen den Schutz der Geschäftsbriefe vor inhaltlichen Veränderungen.

Zu beachten ist, dass diese Grundsätze während der gesamten Aufbewahrungsfrist von mindestens sechs Jahren gewahrt werden müssen.

Eine den Anforderungen der Finanzbehörden entsprechende Speicherung ist wegen der oben angesprochenen technischen Schwierigkeiten mit herkömmlichen Mail-Programmen nicht zu realisieren.

In diesem Zusammenhang bereiten insbesondere E-Mail-Adressen, die an den Namen des Sachbearbeiters geknüpft sind, Schwierigkeiten, da in diesem Fall keine Sortierung nach Zuständigkeiten erfolgt, sondern nach dem Namen des Sachbearbeiters.

Beispiel: Herr Müller (mueller@beispielstadt.de) wechselt von einem Betrieb gewerblicher Art der Beispielstadt ins Ordnungsamt und nimmt seine Mail-Adresse und alle dieser Mail-Adresse zugeordneten elektronischen Nachrichten mit.

Diese Art der Organisation genügt nicht den Anforderungen des § 145 Abs. 1 AO. Es ist nicht die Aufgabe des sachverständigen Dritten, herauszufinden wer wann für welche Geschäftsvorfälle zuständig war und wo eventuell Daten über Geschäftsvorfälle gespeichert sein könnten.

b. Rechtsfolgen bei Verstößen

Eine nicht ordnungsgemäße Buchführung kann zu steuerlichen Nachteilen und strafrechtlichen Konsequenzen führen.

Kommt die Steuerpflichtige, hier also die Kommune, ihrer Buchführungspflicht nicht oder nur unzureichend nach, kann die Finanzbehörde die Besteuerungsgrundlage schätzen. Der Verstoß gegen die Aufbewahrungsvorschriften kann nicht durch andere Beweise, etwa die Benennung von Zeugen ausgeglichen werden.

Zu beachten ist weiterhin, dass es auf ein Verschulden nicht ankommt. Sind die Daten nur unzureichend gegen Verlust gesichert, ist dies ein Problem der steuerpflichtigen Kommune. Nur bei einem Fall von höherer Gewalt (z. B. extremes Unwetter) ist ein sogenannter Billigkeitserlass möglich. Dies gilt aber nur dann, wenn keine weiteren Anhaltspunkte ersichtlich sind, die gegen die Ordnungsmäßigkeit der Buchführung sprechen.

Auch strafrechtlich kann ein Verstoß gegen die Aufbewahrungsfristen relevant werden. So kann der Verstoß eine Verfolgung wegen Steuerhinterziehung (§ 370 AO) oder wegen leichtfertiger Steuerverkürzung (§ 378 AO) nach sich ziehen.

3. Strafrechtlicher Schutz von E-Mails

Weiterhin stellt sich die Frage, ob sich ein Behördenmitarbeiter strafbar machen kann, wenn er dienstliche E-Mails löscht. Zu dieser Frage sind in den vergangenen Jahren unterschiedliche Straftatbestände diskutiert worden, die hier vorgestellt kurz werden sollen.

a. Verwahrungsbruch, § 133 StGB

§ 133 StGB Verwahrungsbruch

1. Wer Schriftstücke oder andere bewegliche Sachen, die sich in dienstlicher Verwahrung befinden oder ihm oder einem anderen dienstlich in Verwahrung gegeben worden sind, zerstört, beschädigt, unbrauchbar macht oder der dienstlichen Verfügung entzieht, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.
2. ...
3. Wer die Tat an einer Sache begeht, die ihm als Amtsträger oder für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten anvertraut worden oder zugänglich geworden ist, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

Ausgehend davon, dass § 133 den dienstlichen Gewahrsam schützt und das Vertrauen der Allgemeinheit in die Sicherheit amtlicher Verwahrung und in die zuverlässige Erfüllung der behördlichen Aufgaben sichern soll, scheint es naheliegend, den Anwendungsbereich des Verwahrungsbruchs auch auf E-Mails zu erstrecken.

Die Bezeichnung einer E-Mail als Schriftstück erscheint vor diesem Hintergrund nicht fernliegend.

Allerdings zeigt der Wortlaut von § 133 Abs. 1, dass das Schriftstück eine bewegliche Sache sein muss. Sachen sind immer körperliche Gegenstände, so dass eine E-Mail nicht durch § 133 StGB vor dem Löschen geschützt wird. Demnach ist ein Behördenmitarbeiter nicht wegen Verwahrungsbruchs bestrafbar, wenn er eine E-Mail löscht.

b. Urkundenunterdrückung, § 274 I Nr. 2 StGB

§ 274 Urkundenunterdrückung, Veränderung einer Grenzbezeichnung

(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer

1. eine Urkunde oder eine technische Aufzeichnung, welche ihm entweder überhaupt nicht oder nicht ausschließlich gehört, in der Absicht, einem anderen Nachteil zuzufügen, vernichtet, beschädigt oder unterdrückt,
2. **beweiserhebliche Daten (§ 202a Abs. 2), über die er nicht oder nicht ausschließlich verfügen darf, in der Absicht, einem anderen Nachteil zuzufügen, löscht, unterdrückt, unbrauchbar macht oder verändert oder**
3. einen Grenzstein oder ein anderes zur Bezeichnung einer Grenze oder eines Wasserstandes bestimmtes Merkmal in der Absicht, einem anderen Nachteil zuzufügen, wegnimmt, vernichtet, unkenntlich macht, verrückt oder fälschlich setzt.

(2) Der Versuch ist strafbar.

E-Mails gehören zu den beweiserheblichen Daten im Sinne von § 202a Abs. 2 StGB. § 274 Abs. 1 Nr. 2 verbietet das Löschen von E-Mails dann, wenn der Löschende über diese Daten nicht ausschließlich verfügen darf.

Die Verfügungsbefugnis richtet sich nicht nach der Eigentumslage oder den praktischen Möglichkeiten, denn die Urkundenunterdrückung schützt die Möglichkeit mit einer Urkunde den Beweis für etwas zu erbringen. Diese Beweisführungsbefugnis steht nicht immer nur demjenigen zu, der die E-Mail gespeichert hat. So zeigt § 29 Verwaltungsverfahrensgesetz, dass auch Verfahrensbeteiligte mit den Akten der Behörde Beweis erbringen dürfen.

Schon 1983 stellte das Bundesverfassungsgericht (Beschluss vom 06.06.1983, Az. 2 BvR 244/83, NJW 1983, 2135-2136) fest, dass die Aktenführung

„im wohlverstandenen Interesse des betroffenen Einzelnen, der nur auf der Grundlage möglichst vollständiger Erfassung aller rechtlich erheblichen Tatsachen seinen verfassungsrechtlich geschützten Anspruch auf angemessene Behandlung seiner Angelegenheit durch die zuständigen Behörden – und gegebenenfalls auch durch die Gerichte mit Erfolg geltend machen kann.“

Neben der Tathandlung am tauglichen Tatobjekt muss immer der subjektive Tatbestand erfüllt sein. Hinsichtlich des Löschens der Daten genügt bedingter Vorsatz, d.h. der Täter muss den Taterfolg für möglich halten und die Rechtsgutverletzung billigend in Kauf nehmen.

Dazukommen muss die Absicht einem anderen einen Nachteil zuzufügen. Die Anforderungen an diese Absicht sind verhältnismäßig gering. So ist ein Nachteil im Sinne der Vorschrift jede Beeinträchtigung fremder Beweisführungsrechte. Für die Absicht reicht *dolus directus* 2. Grades aus, d.h. der Täter muss von dem Nachteil wissen und ihn wollen, wobei das Wissenselement dominiert.

Wer als Behördenmitarbeiter nach dem Grundsatz „Über die Daten auf meiner Festplatte bestimme ich!“ verfährt, kann sich also gem. § 274 Abs. 1 Nr. 2 strafbar machen.

c. Datenveränderung, § 303a StGB

§ 303a Datenveränderung

1. Wer rechtswidrig Daten (§ 202a Abs. 2) löscht, unterdrückt, unbrauchbar macht oder verändert, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.
2. Der Versuch ist strafbar.
3. Für die Vorbereitung einer Straftat nach Absatz 1 gilt § 202c entsprechend.

Zu überlegen ist, ob das Löschen von E-Mails eine strafbare Datenveränderung nach § 303 a StGB darstellen kann.

Würde man auch hier wieder an die Verfügungsbefugnis anknüpfen, ergäbe sich eine verschärfte Strafbarkeit, da für § 303a StGB im Gegensatz zu § 274 Abs. 1 Nr. 2 keine Nachteilszfügungsabsicht erforderlich ist.

Gegen diese Auslegung spricht vor allem die systematische Stellung von § 303a StGB. Die Norm wurde vom Gesetzgeber im 27. Abschnitt, dem Abschnitt über die Sachbeschädigung, verortet. Kennzeichen der Sachbeschädigung ist es, dass die Sachen fremd sein müssen, dieses Merkmal wird auch in den § 303a StGB von der rechtswissenschaftlichen Literatur hineingelesen. Nicht mehr fremd ist eine E-Mail dann, wenn sie im Postfach des Empfängers angekommen ist.

Ferner ist zu berücksichtigen, dass eine Anknüpfung an die Verfügungsbefugnis § 274 Abs. 1 Nr. 2 überflüssig machen würde, da sonst alle Sachverhalte auch von § 303a StGB erfasst würden.

Demnach ist ein Behördenmitarbeiter nicht gem. § 303 a StGB strafbar, indem er eine E-Mail löscht.

Zweifel an dieser Auslegung könnte der Wille des Gesetzgebers wecken: Der Rechtsausschuss des Bundestages hat bei der Beratung des zweiten Gesetzes zur Wirtschaftskriminalität die Einfügung von § 303a StGB vorgeschlagen und in der Begründung für diesen Vorschlag ausdrücklich auf „die In-

teressen des vom Inhalt der Daten Betroffenen“ abgestellt. Weiter führte der Rechtsausschuss aus, dass durch das Tatbestandsmerkmal „Verändern“ Funktionsbeeinträchtigungen wie das „inhaltliche Umgestalten durch das ihr [„ihr“ bezieht sich auf Daten] Informationsgehalt bzw. Aussagewert geändert wird“ erfasst werden sollte. Die stärkste Form der Funktionsbeeinträchtigung ist die Löschung von Daten, so dass der Bundestag möglicherweise mit § 303a StGB auch den Schutz der Beweisführungsbefugnis bezweckt haben könnte.

Die Autoren nehmen aber trotz der Äußerungen des Gesetzgebers an, dass die stärkeren Argumente gegen eine Strafbarkeit des Löschens „eigener“ E-Mails nach § 303a StGB sprechen. Allerdings verbleibt eine Rechtsunsicherheit über die Strafbarkeit, da eine (höchst-)gerichtliche Stellungnahme bisher nicht vorliegt.

II. Interessen Dritter

1. | **Verwaltungsverfahren**

Zu einem fairen Verfahren gehört es, dass Beteiligte durch die Möglichkeit der Akteneinsicht wissen können, von welchem Sachverhalt die Behörde ausgeht und welche Erkenntnisse der Behörde vorliegen. Aus diesem Grund enthalten die Verfahrensgesetze aller Bundesländer, sowie das Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG) des Bundes und das Sozialgesetzbuch 10. Buch (SGB X) Regelungen zur Akteneinsicht, die (nahezu) wortgleich sind.

§ 29 VwVfG Akteneinsicht durch Beteiligte

1. Die Behörde hat den Beteiligten Einsicht in die das Verfahren betreffenden Akten zu gestatten, soweit deren Kenntnis zur Geltendmachung oder Verteidigung ihrer rechtlichen Interessen erforderlich ist. Satz 1 gilt bis zum Abschluss des Verwaltungsverfahrens nicht für Entwürfe zu Entscheidungen sowie die Arbeiten zu ihrer unmittelbaren Vorbereitung. Soweit nach den §§ 17 und 18 eine Vertretung stattfindet, haben nur die Vertreter Anspruch auf Akteneinsicht. ...

2. Bundesdatenschutzgesetz

Nach dem Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) kann der Betroffene von der datenverarbeitenden Stelle Auskunft über die zu seiner Person gespeicherten Daten verlangen. Dieses Auskunftsrecht macht es dem Betroffenen erst möglich, über die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung zu urteilen und gegen eine möglicherweise unrechtmäßige Datenverarbeitung vorzugehen.

§ 34 BDSG Auskunft an den Betroffenen

(1) Der Betroffene kann Auskunft verlangen über

1. die zu seiner Person gespeicherten Daten, auch soweit sie sich auf die Herkunft dieser Daten beziehen,
2. Empfänger oder Kategorien von Empfängern, an die Daten weitergegeben werden, und
3. den Zweck der Speicherung. ...

Damit die Behörde diesem Anspruch nachkommen kann, müssen Daten so gespeichert sein, dass die Behörde selbst weiß, welche Daten ihr vorliegen. Zwar erscheint es grundsätzlich denkbar, dass die Behördenleitung alle Mitarbeiter im Falle eines Auskunftsersuchens fragt, ob jemand Daten lokal gespeichert hat. Wirtschaftlich wäre ein solches Vorgehen aber nicht.

Zweckmäßig erscheint für solche Fälle eine zentrale Speicherung, die über eine Suchfunktion den Datenbestand in Sekundenbruchteilen zugänglich macht und eine schnelle Auskunft ermöglicht.

3. Informationsfreiheitsgesetz

Im Zusammenhang der Einsichts- und Auskunftsrechte gewinnen die Informationsfreiheitsgesetze an Bedeutung. Mittlerweile haben der Bund sowie acht Bundesländer Informationsfreiheitsgesetze verabschiedet. Mit diesen Gesetzen wird der Kreis der Informationsberechtigten über Beteiligte und Betroffene hinaus auf ein „Jedermann-Recht“ erweitert.

§ 1 IFG Grundsatz

1. Jeder hat nach Maßgabe dieses Gesetzes gegenüber den Behörden des Bundes einen Anspruch auf Zugang zu amtlichen Informationen. Für sonstige Bundesorgane und -einrichtungen gilt dieses Gesetz, soweit sie öffentlich-rechtliche Verwaltungsaufgaben wahrnehmen. Einer Behörde im Sinne dieser Vorschrift steht eine natürliche Person oder juristische Person des Privatrechts gleich, soweit eine Behörde sich dieser Person zur Erfüllung ihrer öffentlich-rechtlichen Aufgaben bedient. ...

Amtliche Informationen werden häufig als E-Mail vorliegen. Somit stellt sich hier ebenfalls die Frage, wie dem Auskunftersuchen wirtschaftlich nachgekommen werden kann. Die Suche nach lokal gespeicherten E-Mails ist, wie beschrieben, mit erheblichem Arbeitsaufwand und damit mit erheblichen Kosten verbunden. Von diesem Weg ist abzuraten.

Im Zusammenhang mit der Schaffung des Informationsfreiheitsgesetzes des Bundes wurde über die Problematik diskutiert, welche Auswirkungen die Einführung des Informationsfreiheitsrechts auf die Aktenführung hat. Dazu wurde u.a. angemerkt, dass die Ansprüche nach dem Informationsfreiheitsgesetz nicht durch eine unzulässige Parallelaktenführung unterlaufen werden dürfen, z.B. durch die Aufnahme von Unterlagen in Handakten (Anwendungshinweise des Bundesbeauftragten für die Informationsfreiheit, www.bfdi.bund.de).

Dies gilt gleichermaßen für eine nicht zentralisierte Archivierung von E-Mail-Nachrichten, die dem unabdingbaren Anspruch auf Informationszugang nach § 1 Abs. 1 S. 1 IFG ansonsten faktisch entzogen werden.

Weiter wird in diesem Zusammenhang in der Literatur angemerkt, dass die Pflicht zum rechtsstaatlichen Gesetzesvollzug ohne eine Dokumentation der einzelnen Verwaltungsvorgänge nicht wahrgenommen werden kann.

Die Aufnahme von Informationen nur in einer Handakte oder Parallelakte, die nicht der Registratur zugänglich gemacht werden, genügt nicht der Dokumentationspflicht. Andererseits wird die Verwaltung durch das Infor-

mationsfreiheitsgesetz nicht verpflichtet, Akten für den jeweiligen Antragsteller aufzubereiten oder zu kommentieren.

Schließlich ist zu beachten, dass organisatorisch zum Teil in Behörden einzelne Abteilungen oder Stabsstellen gebildet wurden, die für den Vollzug und die Bearbeitung des Informationsfreiheitsgesetzes zentral zuständig sind. Da auch für jede Anfrage nach dem Informationsfreiheitsgesetz ein eigener Vorgang geschaffen werden muss, stellt sich hier die Aufgabe, eine klare Aktenführung zu gewährleisten, damit in einem möglichen späteren Gerichtsverfahren um die Akteneinsicht bzw. den Informationszugang eine lückenlose Dokumentation möglich ist.

4. Aufsicht über die Kommunen

Zwar garantiert Art. 28 Abs. 2 GG die kommunale Selbstverwaltung, doch sehen sich die Kommunen mit den Befugnissen unterschiedlicher Aufsichtsbehörden konfrontiert.

Zu nennen sind beispielsweise die Rechnungsprüfungsämter, sowie die Kommunal- und die Fachaufsicht. Den zuständigen Stellen stehen ebenfalls Akteneinsichtsrechte zu.

Bereits im Jahr 1988 stellte das Bundesverwaltungsgericht in einem Beschluss (vom 16.03.1988, Az. 1 B 153/87, NVwZ 1988, S. 621 f.) zur Aktenführungspflicht der Meldebehörden fest, dass

„die Festhaltung des Geschehensablaufs nicht allein den Interessen der Beteiligten oder der entscheidenden Behörde [dient], sondern bildet auch die Grundlage für die kontinuierliche Wahrnehmung der Rechtsaufsicht und Fachaufsicht und der parlamentarischen Kontrolle des Verwaltungshandelns. Die Pflicht zur Aktenführung stärkt auch – präventiv – die Motivation zu allseits rechtmäßigem Verwaltungshandeln und erschwert rechtswidriges Verwaltungshandeln.“

Am Beispiel Niedersachsens soll gezeigt werden, welche Stellen Rechts- und Fachaufsicht in einem weit verstandenen Sinne wahrnehmen und woraus sich Akteneinsichtsrechte ergeben.

a. Rechnungsprüfung: Örtliche Prüfung

Nach § 117 Niedersächsische Gemeindeordnung (NGO) haben die kreisfreien, die großen selbständigen Städte und die selbständigen Gemeinden Rechnungsprüfungsämter. Diese sind für ihre jeweiligen Städte / Gemeinden zuständig.

Nach § 67 Niedersächsische Landkreisordnung (NLO) haben auch die Landkreise Rechnungsprüfungsämter. Diese sind für den jeweiligen Landkreis, sowie für die kreisangehörigen Gemeinden ohne eigenes Rechnungsprüfungsamt zuständig.

Den Rechnungsprüfungsämtern obliegt gem. § 119 NGO insbesondere die Prüfung von Belegen (§ 119 Abs. 1 Nr. 2 NGO) sowie die Prüfung von Vergaben vor Auftragsverteilung (§ 119 Abs. 1 Nr. 4 NGO).

Hinsichtlich der Belege stellt sich schon die Frage, ob das Gemeindehaushaltsrecht überhaupt elektronische Belege zulässt. So bestimmt § 39 Abs. 3 Gemeindehaushalts- und -kassenverordnung (GemHKVO), dass die

„Bücher, die Unterlagen über die Inventur, die Kassenanordnungen, die Buchungsbelege, die Unterlagen über den Zahlungsverkehr sowie die sonstigen Unterlagen mit Ausnahme der in Absatz 2 Satz 1 genannten können statt im Original in digitaler Form aufbewahrt werden.“

Die GemHKVO geht also grundsätzlich von einem Papierbeleg aus, der digitalisiert werden darf. Einen elektronischen Originalbeleg kennt die GemHKVO nach dem Wortlaut nicht. Allerdings kann im Erst-Recht-Schluss gefolgert werden, dass auch der elektronische Originalbeleg zulässig sein muss.

Für diesen Beleg macht das Gemeindehaushaltsrecht ähnliche Vorgaben wie die AO:

„Dabei und bei der Sicherung der Bücher und der sonst erforderlichen Aufzeichnungen auf Datenträger oder Bildträger muss insbesondere sichergestellt sein, dass der Inhalt der Daten- oder Bildträger mit den Originalen übereinstimmt, während der Dauer der Aufbewahrungsfrist verfügbar ist und jederzeit innerhalb einer angemessenen Frist lesbar gemacht werden kann.“

Und zuletzt stellt § 39 GemHKVO klar:

Andere Rechtsvorschriften über die Aufbewahrung von Büchern und Unterlagen bleiben unberührt.

Diese Vorschrift betont, dass allein die Berücksichtigung des Gemeindehaushaltsrechts bei der Buchführung nicht ausreichend ist. Vielmehr müssen auch andere Vorgaben, etwa die des Steuerrechts, berücksichtigt werden.

Dementsprechend bestimmt § 120 Abs. 1 Nr. 3 NGO, dass in Gemeinden, in denen ein Rechnungsprüfungsamt besteht, dieses prüft, ob

„nach den bestehenden Gesetzen und Vorschriften unter Beachtung der maßgeblichen Verwaltungsgrundsätze und der gebotenen Wirtschaftlichkeit verfahren ist“.

§ 120 Abs. 1 Nr. 3 NGO enthält eine Generalklausel, nach der die Prüfung der Rechtmäßigkeit und Ordnungsmäßigkeit in jeder Hinsicht zu erfolgen hat. Gesetze und Verordnungen in diesem Sinne sind nicht nur die Vorschriften des Gemeindehaushaltsrechts, sondern Gesetze aller Art. Die Kommentarliteratur nennt z.B. das Besoldungs- und Tarifrecht, das Bau- und Vergaberecht, sowie das Steuerrecht.

Damit die Rechnungsprüfungsämter diesem umfassenden Prüfauftrag nachkommen können, sind sie auf ordentliche, nachvollziehbare Akten angewiesen.

b. Rechnungsprüfung: Überörtliche Prüfung

Gem. § 121 NGO unterliegen die Gemeinden der überörtlichen Prüfung nach dem Niedersächsischen Kommunalprüfungsgesetz (NKPG). Dieses stellt in § 2 Abs. 1 NKPG klar, dass auch die Samtgemeinden, Landkreise, gemeinsamen Anstalten und Zweckverbände der Prüfung durch die Kommunalprüfungsanstalt unterliegen.

Mit der überörtlichen Prüfung soll gem. § 2 Abs. 2 NKPG festgestellt werden,

„ob das Haushalts-, Kassen- und Rechnungswesen der zu prüfenden Einrichtungen rechtmäßig und wirtschaftlich geführt wird und das Kassenwesen zuverlässig eingerichtet ist.“

Die zu prüfende Einrichtung hat die Kommunalprüfungsanstalt zu unterstützen. Nach § 3 Abs. 2 NKPG hat sie

„...insbesondere alle Auskünfte zu erteilen, Einsicht in **Belege, Akten und Urkunden** zu gewähren sowie örtliche Erhebungen zu ermöglichen.“

Zum einen unterliegen Kommunen also wegen der Rechtmäßigkeitsprüfung durch die Kommunalprüfungsanstalt einem Handlungsdruck in Bezug auf die Speicherung von E-Mails, zum anderen stellt sich die praktische Frage, wie das Einsichtsrecht wirtschaftlich umgesetzt werden kann.

5. Kommunal- und Fachaufsicht

Neben der Rechnungsprüfung unterliegen die Kommunen auch der Kommunal- und Fachaufsicht, wie § 129 NGO erklärt:

- (1) Die Kommunalaufsichtsbehörde kann sich jederzeit über die Angelegenheiten der Gemeinden unterrichten. Sie kann durch Beauftragte an Ort und Stelle prüfen und besichtigen, mündliche und schriftliche Berichte, Niederschriften des Rates, des Verwaltungsausschusses, der Stadtbezirksräte, der Ortsräte und der Ausschüsse des Rates **sowie Akten und sonstige Unterlagen anfordern oder einsehen.**
- (2) Die Fachaufsichtsbehörde kann in Ausübung der Fachaufsicht Auskünfte, Berichte, die **Vorlage von Akten und sonstigen Unterlagen fordern und Geschäftsprüfungen durchführen.**

§ 129 NGO macht deutlich, dass sowohl der Kommunal- als auch der Fachaufsicht ein umfangreiches Einsichtsrecht zusteht. Eine nicht ordnungsgemäße E-Mail-Archivierung und Akteneinsicht wird der Aufsicht nicht lange verborgen bleiben und kann zu Sanktionen führen.

In Frage kommt zunächst die Beanstandung nach § 130 Abs. 1 NGO. Ferner wären auch weitere kommunalaufsichtsrechtliche Mittel denkbar. Insbesondere kann die Kommunalaufsichtsbehörde im Falle eines Verstoßes gegen eine gesetzlich obliegende Pflicht gem. § 131 Abs. 1 NGO

„anordnen, dass die Gemeinde innerhalb einer bestimmten Frist das Erforderliche veranlasst“

In extremen Fällen käme sogar eine Ersatzvornahme (§ 131 Abs. 2 NGO) oder die Bestellung eines Beauftragten (§ 132 NGO) in Frage.

III. Gegenrechte

1. Schutz der Daten anderer Beteiligter

Wie gezeigt, haben Dritte wegen unterschiedlicher Gesetze das Recht, Akten von Behörden einzusehen. Während die Mitarbeiter der Rechnungsprüfungsämter, der Kommunalprüfungsanstalt und der Kommunalaufsicht dienstrechtlich zur Wahrung des Datenschutzes verpflichtet sind, stellt sich bei der Akteneinsicht durch Bürger die Frage des Datenschutzes und Geheimnisschutzes in besonderem Maße.

Steht dem Bürger ein Akteneinsichtsrecht in die „elektronische Akte“, hier also ein Blick auf die E-Mails zu, so muss dieses unter Berücksichtigung der Rechte Dritter gewährt werden. Für die Praxis heißt das, dass dem Einsichtnehmenden keinesfalls eine Einsicht in den gesamten E-Mail-Verkehr eines Sachbearbeiters gewährt werden darf.

Neben der oben erwähnten organisatorischen Anforderung, die Akteneinsichtsrechte zu ermöglichen, kommt die weitere Anforderung, die Rechte Dritter zu wahren. Herkömmliche Mail-Programme sind für diese Zwecke nicht ausreichend.

2. Schutz der Daten des Mitarbeiters

Die gesetzlichen Vorgaben legen eine automatisierte Speicherung des gesamten Mailverkehrs einer Behörde nahe. Bei der Lösungssuche müssen auch die Rechte der Mitarbeiter berücksichtigt werden. Dies gilt insbesondere dann, wenn den Mitarbeitern die private Nutzung des E-Mailkontos gestattet ist oder geduldet wird.

In diesem Fall ist die Behörde Telekommunikationsanbieter nach dem TKG, so dass ein Zugriff auf die Daten während des Sendens oder des Empfangens wegen des Fernmeldegeheimnisses ausscheiden muss.

Der Zugriff auf archivierte E-Mails ist wegen des Fernmeldegeheimnisses nicht zulässig, wenn die private Nutzung des E-Mail-Systems gestattet oder geduldet wird.

D. Fazit

Das Löschen von dienstlichen E-Mails kann eine Urkundenunterdrückung sein. Die Strafbarkeit unter dem Gesichtspunkt der Datenveränderung ist unsicher. Allein aufgrund der aufgezeigten strafrechtlichen Aspekte sind Maßnahmen zur E-Mail-Archivierung notwendig. Das Gemeindehaushaltsrecht und das Steuerrecht formulieren ebenfalls klare Anforderungen an die E-Mail-Archivierung.

Die vorliegenden gerichtlichen Entscheidungen bestärken den Befund, dass ohne ausreichende E-Mail-Archivierung erhebliche rechtliche Risiken für die öffentliche Hand bestehen. Mangelhafte Aktenführung führen zur Aufhebung von Bescheiden und zur Umkehrung der Beweislast.

Informationsfreiheitsrechte und Verwaltungsgerichtsordnung setzen E-Mail-Archivierung voraus. Gleichzeitig ist der Datenschutz als Recht der Mitarbeiter, sowie als Recht Dritter zu berücksichtigen und durch geeignete organisatorische Maßnahmen sicher zu stellen.

E-Mail-Archivierung ist Teil der ordnungsgemäßen Aktenführung und Pflicht der öffentlichen Verwaltung.

Feil Rechtsanwälte

www.recht-freundlich.de



Herausgeber

Kanzlei
Feil Rechtsanwälte
Georgsplatz 9
30159 Hannover

Telefon 0511 / 47 39 06-01
Telefax 0511 / 47 39 06-09

kanzlei@recht-freundlich.de
www.recht-freundlich.de

ISBN 978-3-00-026041-4