

von Rechtsanwalt **Patrick Prestel**

## E-Mailarchivierung und die rechtlichen Probleme bei der Zulassung der privaten Nutzung der Telekommunikation: Konflikt mit dem Fernmeldegeheimnis (4. Teil der Serie der IT-Recht Kanzlei zu den Themen E-Mailarchivierung und IT-Richtlinie)

**Das Thema E-Mailarchivierung gewinnt zunehmend an Bedeutung, da sich immer mehr Unternehmen darüber bewusst werden, dass sie ihren zahlreichen gesetzlichen Pflichten (Risikomanagement, Compliance) nachkommen müssen. Gleichzeitig wollen sie im Sinne des Mitarbeiterklimas eine private Nutzung des E-Mailverkehrs zulassen. Dabei ergeben sich bei der E-Mailarchivierung, bei Überwachung des E-Mailverkehrs und bei Sicherheits-Backups Konflikte mit dem Datenschutz des Arbeitnehmers sowie dem Fernmeldegeheimnis. Diese Serie legt Lösungsmöglichkeit hierfür sowie weitere regelungsbedürftige Punkte einer IT-Richtlinie dar.**

Der 4. Teil **der neuen Serie der IT-Recht Kanzlei zum Thema E-Mail Archivierung** zeigt auf, welche rechtlichen Konflikte bei der E-Mailarchivierung entstehen, wenn Unternehmen die private Nutzung der Telekommunikation, insbesondere der E-Mail-Dienste, für ihre Arbeitnehmer zulassen.

Viele Unternehmen möchten zur Steigerung des Betriebsklimas und der Motivation ihrer Mitarbeiter die private Nutzung der Telekommunikation ihren Mitarbeitern erlauben. Dies erscheint jedem erst einmal sinnvoll. Teilweise ist es faktisch nahezu unmöglich private Angelegenheiten außerhalb der Arbeitszeiten zu erledigen. Zum Beispiel der Anruf bei einer Behörde und einem Vertragspartner, dessen Sprechzeiten sich mit denen des Betroffenen überschneiden.

Neben den Risiken der Beeinträchtigung der Arbeitsleistung sowie technischer Störungen der Kommunikationsanlagen durch Viren, ergeben sich hierbei jedoch nur sehr schwer zu lösende rechtliche Konflikte.

Eine zentrale Archivierungslösung aller "unternehmenseigenen" E-Mails stößt dann auf Vorbehalte, wenn das jeweilige Unternehmen den Mitarbeitern auch die Nutzung des Email-Postfachs zu privaten Zwecken gestattet. Stellt man nämlich den betriebseigenen Internetzugang für betriebsfremde (also private) Zwecke

zur Verfügung, wird das Unternehmen in diesem Fall geschäftsmäßiger Anbieter von Telekommunikationsdiensten im Sinne des Telekommunikationsgesetzes (TKG) und hat das Fernmeldegeheimnis gemäß § 88 TKG zu beachten.

**I. Diensteanbieter im Sinne der § 88 Abs. 1 S.1 i.V.m. § 3 Nr.6 TKG** ist jeder, der ganz oder teilweise geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste erbringt oder an der Erbringung solcher Dienste mitwirkt. Nach § 3 Nr.10 TKG ist das geschäftsmäßige Erbringen von Telekommunikationsdiensten das nachhaltige Angebot von Telekommunikation für Dritte mit oder ohne Gewinnerzielungsabsicht.

Zwar erscheint es auf den ersten Blick befremdend, dass der Arbeitgeber ein Diensteanbieter in diesem Sinne sein soll. Denn er tritt nicht auf dem Telekommunikationsmarkt auf und der Arbeitnehmer scheint kein außenstehender Dritter zu sein. Trotz dieser auch unter Juristen vertretenen Ansicht, geht die herrschende Meinung davon aus, dass das TKG hier einschlägig ist, da u.a. eines der Hauptziele des Gesetzes die Wahrung des Fernmeldegeheimnisses ist. Auch kommt es nicht darauf an, ob mit dem Angebot Gewinn erzielt werden soll oder nicht.

**II. Dritter** ist der, der nicht zum Diensteanbieter zählt. Insofern ist bei dem Angestellten zu unterscheiden. Hinsichtlich der privaten E-Mails ist er Dritter, hinsichtlich der geschäftlichen E-Mails jedoch nicht. Denn bei geschäftlicher Nutzung ist der Arbeitnehmer Handlungsgehilfe des Arbeitgebers und damit nicht Dritter.

**III. Ein Angebot von Telekommunikation** liegt dann nicht vor, wenn der Arbeitgeber die private Nutzung untersagt hat. Dann kann auch bei einer unerlaubten privaten Nutzung durch den Arbeitnehmer kein Anwendungsfall des TKGs entstehen.

**IV. Eine private Nutzung** ist eine Nutzung, die nicht zu den dienstlichen Aufgaben des Arbeitnehmers gehört. Dabei zählt aber die dienstlich veranlasste, private Nutzung noch zur dienstlichen Nutzung. Beispiele hierfür sind Mitteilungen an die Familien über eine spätere Heimkehr oder die Verabredung mit Kollegen zum Mittagessen.

**V. Das Fernmeldegeheimnis** gewährleistet die freie Persönlichkeitsentfaltung in Form eines privaten, also der Öffentlichkeit verborgenen Austauschs von Nachrichten, Gedanken und Meinungen und wahrt damit die Würde der freiheitlich denkenden und handelnden Menschen. Sowohl der Inhalt telekommunikativer Kontakte sowie die näheren Umstände des betreffenden Kontaktvorgangs einschließlich der Tatsache, welche Personen an diesem beteiligt waren, werden nach § 88 Abs. 1 S. 1 TKG davon erfasst.

## VI. Können E-Mails dennoch archiviert werden?

Hierbei muss zwischen den Verkehrsdaten und dem Inhalt der E-Mail unterschieden werden.

### 1. Verkehrsdaten

Verkehrsdaten der E-Mail-Korrespondenz, welche im Wesentlichen den Verbindungsdaten gleichgestellt werden können, dürfen nach § 96 Abs. 3 TKG erhoben werden, wenn der Arbeitnehmer seine Einwilligung dazu erteilt hat. Neben dem Aufwand diese Einzuholen besteht die praktische Gefahr, dass einzelne Mitarbeiter die Einwilligung nicht erteilen, sodass keine umfassende und automatisierte Archivierung möglich ist. Zudem ist die Einwilligung jederzeit widerruflich.

Ohne Einwilligung ist die Erhebung und Verarbeitung der Verbindungsdaten gemäß § 88 Abs. 3 S. 1 und 2 TKG nur dann zulässig, wenn sie für die geschäftsmäßige Erbringung der Telekommunikationsdienstleistung erforderlich ist. Dies ist der in der Praxis heutzutage wohl kaum noch auftretende Fall, dass der Arbeitgeber die private Nutzung dem Arbeitnehmer nur unter einer Kostentragungspflicht gestattet.

§ 100 Abs. 1 TKG greift ebenfalls nicht ein, da die Erhebung nicht zur Erkennung und Beseitigung von Störungen an der Telekommunikationsanlage erforderlich ist. Ebenso ist auch § 100 Abs. 3 TKG nicht einschlägig, da dieser nur bei einem Missbrauch gilt.

### 2. Inhalt

Eine Speicherung des Inhalts der E-Mails ist in jedem Falle unzulässig. Denn die Erforderlichkeit für die geschäftsmäßige Erbringung der Telekommunikationsdienstleistung nach § 88 Abs. 3 S. 1 und 2 TKG kann nicht mit dem Inhalt der E-Mail zusammenhängen. Selbst die Absicht zur Missbrauchskontrolle (z.B. Verrat von Geschäftsgeheimnissen oder Begehung einer Straftat) kann davon nur in ganz seltenen Fällen und nur bei Vorliegen von konkreten Anhaltspunkten) eine Ausnahme zulassen.

Eine Betriebsvereinbarung über die Datenerhebung und -verarbeitung kann das Fernmeldegeheimnis nicht ausschließen, da sie keine gesetzliche Vorschrift nach § 88 III 3 TKG ist. Auch ein Vergleich mit dem BDSG, welches in § 4 nur eine "Rechtsvorschrift" verlangt, sodass eine Betriebsvereinbarung ausreicht, kann nicht über die fehlende Regelung im TKG hinweghelfen.

## VII. Wie weit reicht das TKG?

Soweit wie das Fernmeldegeheimnis und der Schutz des TKGs reichen, ist die Anwendung des BDSG nach § 1 Abs. 3 BDSG ausgeschlossen. Das TKG ist insoweit speziell, als die Daten in einem Telekommunikationsvorgang eingebunden sind. Endet der Schutz des TKG, z.B. aufgrund des Endes des Übermittlungsvorgangs, kann das BDSG wieder eingreifen

Das Fernmeldegeheimnis gilt grundsätzlich nur innerhalb eines laufenden Kommunikationsvorgangs. Die außerhalb des Kommunikationsvorgangs, im Herrschaftsbereich eines Kommunikationsteilnehmers gespeicherten Umstände und Inhalte der Kommunikation zählen nicht mehr dazu und sind dann gleich zu bewerten wie Dateien, die der Nutzer selbst angelegt hat.

### 1. Neuste Rechtsprechung des BVerfG

Jedoch heißt dies nicht, dass die private E-Mail an einen Arbeitnehmer nicht mehr vom Fernmeldegeheimnis umfasst ist, wenn sie auf dem Firmencomputer des Arbeitnehmers eingegangen ist. Auf den ersten Blick ist die Übertragung, also der Kommunikationsvorgang beendet. Aber nach der neusten Entscheidung des BVerfG (**Beschluss v. 16.06.2009, Az. 2 BvR 902/06**), ist dies nicht immer der Fall. Denn solange die E-Mail auf dem Provider des Arbeitgebers zwischen- oder endgespeichert ist, fehlt es dem Arbeitnehmer an der Möglichkeit einen Zugriff auf die E-Mail zu verhindern. Aber gerade diese unsichere Lage soll durch Fernmeldegeheimnis geschützt sein.

Entscheidend ist also, ob der Arbeitgeber trotz Kenntnis des Arbeitnehmers von einer privaten Email und Entscheidungsmöglichkeit diese zu löschen oder auf seinem Firmenrechner zu speichern, noch auf die E-Mail Zugriff hat oder nicht. Dies kann von den technischen Verfahren des E-Mail Systems abhängen.

### 2. POP3 Verfahren

Die E-Mails werden beim POP3-Verfahren auf dem Server des Arbeitgebers zunächst empfangen und dort vorübergehend bis zum Abruf durch den Arbeitnehmer gespeichert. Beim Abruf der E-Mails gibt es zwei Möglichkeiten der Konfiguration des Verfahrens.

### a. Erste Möglichkeit

Es ist möglich, dass die E-Mail auf dem Server nicht gelöscht wird (regelmäßig die Standardeinstellung). Das führt dazu, dass bei einem Löschen der E-Mail auf dem Computer des Arbeitnehmers sie beim nächsten Abruf nicht wieder auf den Computer des Arbeitnehmers übertragen wird. Jedoch wird sie nicht auch auf dem Server des Arbeitgebers gelöscht. Damit bleibt ein Zugriff des Arbeitgebers bestehen, sodass das Fernmeldegeheimnis weiter gilt.

### b. Zweite Möglichkeit

Aber man kann das Verfahren auch so einstellen, dass die E-Mails beim Abruf auf dem Server des Arbeitgebers gelöscht werden und nur noch auf dem Computer des Arbeitgebers gespeichert sind. Da dann der Arbeitgeber keinen Zugriff mehr hat, endet mit der Abfrage das Fernmeldegeheimnis. Dann gilt jedoch wieder das BDSG.

### c. Von welcher Quelle wird archiviert?

Die gerade aufgeführte zweite Möglichkeit führt jedoch nur dann zum Ende des Fernmeldegeheimnisses, wenn zeitlich erst nach dem Abruf der E-Mails und dem damit verbundenen Löschen der E-Mails auf dem Server des Arbeitgebers archiviert wird. Dies ist eine Frage der technischen Ausgestaltung und nur in den seltenen Fällen der Fall. Denn grundsätzlich wird jede E-Mail beim Eingang auf den Server des Arbeitnehmers sofort archiviert. Dadurch ist sie schon archiviert, bevor sie abgerufen werden konnte. Somit ist die Kommunikation noch nicht beendet und das Fernmeldegeheimnis gilt weiter.

## 2. IMAP-Verfahren

Beim IMAP-Verfahren sind der Server des Arbeitgebers auf dem die E-Mails eingehen und der Computer des Arbeitnehmers in einem ständigen Kontakt und gleichen die E-Mail-Daten wie bei einem Spiegelbild ab. Das heißt, dass die E-Mails nach dem Abruf auf dem Server gespeichert bleiben. Verschiebt der Arbeitnehmer die E-Mail in einen Unterordner, wird die E-Mail auf dem Server auch dort in den Unterordner verschoben. Löscht der Arbeitnehmer eine E-Mail und landet sie damit im Papierkorb des E-Mailprogramms, wird sie auf dem Server auch vom Posteingang in den Papierkorb verschoben. Löscht der Arbeitnehmer die E-Mail endgültig aus dem Papierkorb, wird die E-Mail auch auf dem Server endgültig gelöscht.

Hierbei wird zwar teilweise angenommen, dass das Fernmeldegeheimnis nach Kenntnisnahme des

Arbeitnehmers von der E-Mail endet, wenn er nichts unternimmt, um sie vom Server des Arbeitgebers zu löschen. Denn dadurch entschließe er sich freiwillig und bewusst dazu die E-Mail im Herrschaftsbereich des Arbeitgebers zu lassen. Dies überzeugt jedoch nicht, denn nur den wenigsten Arbeitnehmer wird wirklich bewusst sein, was technisch beim E-Mailvorgang geschieht. Zudem wird durch die neuste Rechtsprechung des BVerfG mittelbar bestätigt, dass das Fernmeldegeheimnis solange besteht, wie der Zugriff durch den Arbeitgeber, unabhängig, vom Status der E-Mail möglich ist.

### 3. Keine Ausnahme, wenn statischer Vorgang wie bei einer Zwischenspeicherung auf dem Server vorliegt

Teilweise wird juristisch vertreten, dass ein Zugriff auf die E-Mail im Moment des Ruhens auf dem Server des Arbeitgebers zulässig sei, weil in diesem Moment das Fernmeldegeheimnis nicht gelte, was das BVerfG so entschieden haben soll. Denn § 3 Nr.22 TKG definiere "Kommunikation" als einen dynamischen und nicht als einen statischen Zustand. Im Gegensatz dazu ist nach Art. 10 GG sowohl der statische als auch der dynamische Vorgang geschützt. Das TKG gelte im Falle des Ruhens auf dem Server nicht, da kein dynamischer Vorgang vorliegt. Weiter sei der Arbeitgeber vom Gebot des Grundrechts des Fernmeldegeheimnisses nach Art 10. GG nicht betroffen, da nicht er, sondern nur der Staat Normadressat sei. Dies ist jedoch nicht überzeugend und unseres Erachtens auch nicht so in der Entscheidung des BVerfG zu verstehen. Denn über die Weite der TKG sagt die Entscheidung nichts. Sie stellt nur die Definition des § 3 Nr.22 TKG dar, nicht aber, wie diese zu verstehen ist. Auch ist die Ansicht nicht überzeugend. Denn zum einen ist das TKG im Lichte des Art. 10 GG auszulegen, sodass auch der statische Vorgang des Ruhens vom Fernmeldegeheimnis nach § 88 III TKG umfasst ist. Zum anderen sind die Grundrechte nicht nur Abwehrrechte des Bürgers gegen den Staat, sondern auch Richtlinien für das Zusammenleben der Privaten untereinander und kommen durch Generalklauseln zwischen ihnen zur Anwendung (sogenannte mittelbare Drittwirkung).

### 4. Sicherungskopien des E-Mail-Servers

Sowohl bei POP3 als auch bei IMAP ist allerdings problematisch, dass in aller Regel vom E-Mail-Server Sicherungskopien erstellt werden. Somit können private E-Mails in diesen Sicherungskopien gespeichert werden mit der Folge, dass dann der Arbeitgeber weiterhin Zugriff auf die E-Mails hat und das Fernmeldegeheimnis gilt.

## 5. Vorratsdatenspeicherung

Schließlich kann für den Arbeitgeber in Zukunft auch die Pflicht nach dem TKG zu Vorratsdatenspeicherung anfallen. Die bisherige Regelung in § 113a TKG wurde zwar als Verfassungswidrig erklärt. Jedoch hat das Bundesverfassungsgericht erklärt, dass eine Vorratsdatenspeicherung nicht generell unzulässig ist. Es kann davon ausgegangen werden, dass in Zukunft eine Neuregelung erlassen wird. Wenn man die Wertung der bisherigen Regelung zu Grunde legt, darf der Inhalt der Kommunikation nicht gespeichert werden. Die Verbindungsdaten der privaten Kommunikation müssen mit ihrem Personenbezug, aber separat von den anderen Arbeitnehmerdaten gespeichert werden.

Die Zulassung der privaten Nutzung wirft also einen großen Konflikt mit dem Fernmeldegeheimnis auf. Im Teil 6 dieser Serie zeigen wir mehrere Möglichkeiten auf, wie dieser Konflikt gelöst werden kann. Lesen Sie davor im 5. **Teil der Serie** noch welche rechtlichen Konflikte bei der E-Mailarchivierung mit dem Datenschutz entstehen, wenn Unternehmen die private Nutzung der Telekommunikation, insbesondere der E-Mail-Dienste, für ihre Arbeitnehmer nicht zulassen.

Autor:

**RA Patrick Prestel**