

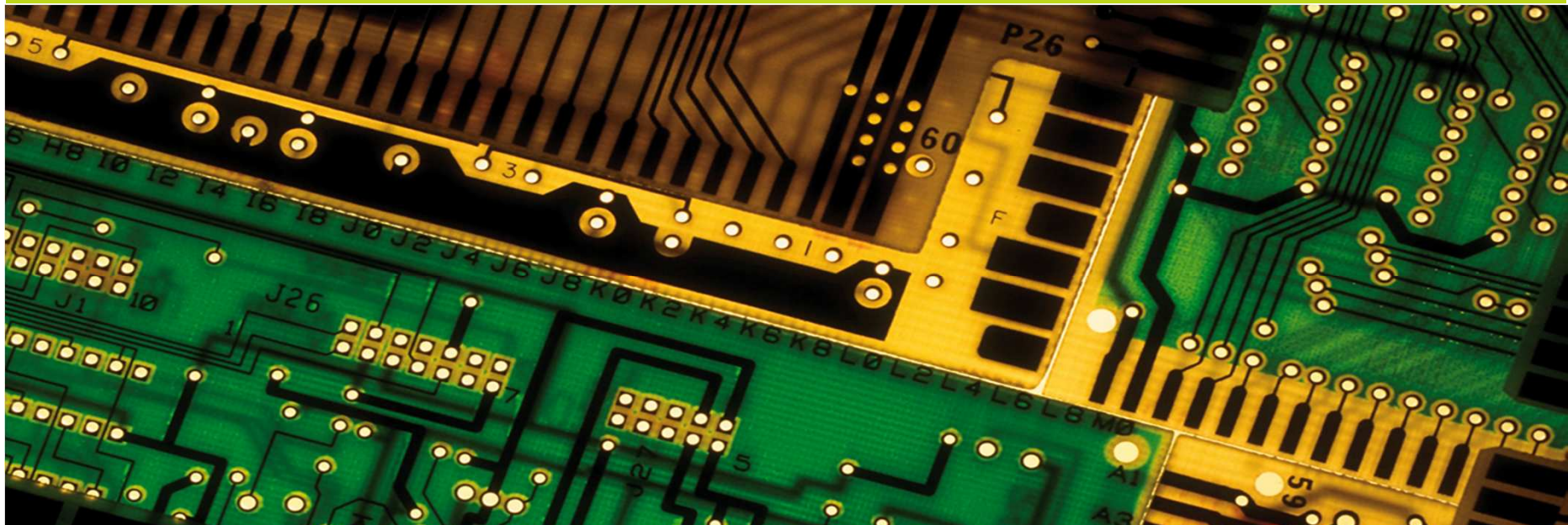
E-Mail-Archivierung, warum?

Rechtliche Grundlagen der Archivierung von elektronischer Post

Dr. Christian Tinnefeld

5. April 2011

IPMT / Hamburg



"Wer bin ich?"



Dr. Christian Tinnefeld

Rechtsanwalt/Senior Associate

Hogan Lovells International LLP

Alstertor 21
20095 Hamburg

Tel: +49 40 419 93 0
Direct: +49 40 419 93 221
Fax: +49 40 419 93 200
Email: christian.tinnefeld@hoganlovells.com
Web: www.hoganlovells.com

⇒ IT-Recht, IP Litigation

- IT-Verträge (Projektverträge, Service- und Wartungsverträge, Lizenzverträge, Cloud Computing, Datenschutzrecht)
- Streitige Vertretung (insb. IT- und internetrechtlicher Bezug)
- Telemedien-, Fernabsatz-, Wettbewerbs-, Marken- und Urheberrecht, Datenschutz

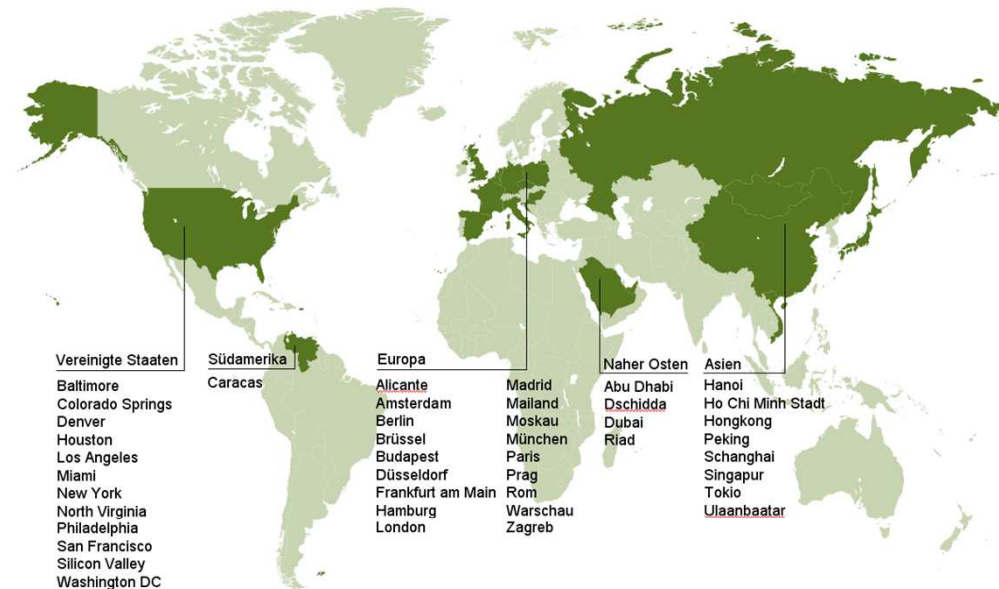
⇒ Mandanten (Ausschnitt):

- Provider von Internetplattformen,
- Softwareunternehmen
- Gerätehersteller aus der Computerindustrie
- Auftraggeber von IT-Dienst- und Werkleistungen

"Wo komme ich her?"

Hogan Lovells

- Merger Mai 2010
- Lovells Int. LLP (GB)
- Hogan & Hartson Int. LLP (USA)
- Über 40 Büros **weltweit**,
2500 Rechtsanwältinnen/-innen
- **Deutschland:**
HH, FRA, BER, DUE, MUE,
ca. 350 Juristen/-innen
- **Hamburg:** aktuell 66 Juristen
 - ⇒ IP (u.a. MarkenR, PatentR,
WettbewerbsR, UrhR, DesignR)
 - ⇒ IT-Recht
 - ⇒ MedienR
 - ⇒ ArbeitsR
 - ⇒ GesellschaftsR
 - ⇒ EnergieR
 - ⇒ PharmaR
 - ⇒ ImmobilienR
 - ⇒ VertriebsR



„Was will ich hier?“

- Bedeutung von E-Mails im Geschäftsverkehr
 - Tatsächliche Bedeutung
 - Rechtliche Bedeutung für Rechtsverhältnisse
 - Beweiswert
- Spannungsfeld zwischen Archivierungspflicht und Datenschutz
 - Aufbewahrungspflichten für Unternehmen
 - Datenschutz der Mitarbeiter und Geschäftspartner
 - Sanktionen bei Verstößen
- IT-Compliance
 - Lösungsmöglichkeiten

Bedeutung von E-Mails im Geschäftsverkehr

E-Mail als Kommunikationsmittel im Geschäftsverkehr

- universelle Verfügbarkeit (mehr noch als Fax); Mobilität
 - schnell, kostengünstig
 - allgemein anerkanntes Mittel
 - als Schriftform kraft Parteivereinbarung idR akzeptiert
- ⇒ § 127 (2) BGB: *"Zur Wahrung der durch Rechtsgeschäft bestimmten schriftlichen Form genügt, soweit nicht ein anderer Wille anzunehmen ist, die telekommunikative Übermittlung"*

Genutzt bei der

- Vorbereitung,
- Begründung,
- Durchführung,
- Beendigung

von Rechtsverhältnissen

Beweiswert von E-Mails

- Keine Urkunde im Sinne der Zivilprozessordnung
 - VSS: Vorlage im Original, Unterschrift des Ausstellers
 - Folge: Vollbeweis (formelle Beweiskraft), dass enthaltene Erklärungen vom Aussteller stammen
 - Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit
- Aber: Bedeutung für freie Beweiswürdigung durch Richter (§ 286 ZPO)
 - Substantiierung des eigenen Vortrags
 - Gegner obliegt Darlegung des Gegenteils
- E-Mails mit qualifizierter elektronischer Signatur (§ 2 Nr. 3 SigG): Behandlung wie eine Urkunde (§ 371a ZPO, § 2)

Beispiele

- Dokumentation einer Mitwirkung des Auftraggebers von IT-Projekten
- Ergänzende Auslegung bei der Bestimmung von vertraglichen Leistungspflichten (wo Lücken)
- Dokumentation von Absprachen nach Vertragsschluss
- Rechtsgeschäftliche Erklärungen während des Vertrags (z. B. Mängelanzeige, Mahnung)

Rechtliche Grundlagen der Archivierungspflicht von E-Mails für Unternehmen

Grundlagen der Archivierungspflicht

- Keine speziellen Regelungen für E-Mails, kein spezielles Gesetz
- allgemeine handels- und steuerrechtliche Regelungen:
 - Buchführungspflichten
 - Aufbewahrungspflichten
- betrifft E-Mails, aber auch deren Anhänge

Handelsrechtliche Aufbewahrungspflicht: § 257 HGB

Handelsgesetzbuch § 257 Aufbewahrung von Unterlagen Aufbewahrungsfristen

(1) Jeder Kaufmann ist verpflichtet, die folgenden Unterlagen geordnet aufzubewahren:

1. Handelsbücher, Inventare, Eröffnungsbilanzen, Jahresabschlüsse, Einzelabschlüsse nach § 325 Abs. 2a, Lageberichte, Konzernabschlüsse, Konzernlageberichte sowie die zu ihrem Verständnis erforderlichen Arbeitsanweisungen und sonstigen Organisationsunterlagen,
2. die empfangenen Handelsbriefe,
3. Wiedergaben der abgesandten Handelsbriefe,
4. Belege für Buchungen in den von ihm nach [§ 238 Abs. 1](#) zu führenden Büchern (Buchungsbelege).

(2) Handelsbriefe sind nur Schriftstücke, die ein Handelsgeschäft betreffen.

(3) Mit Ausnahme der Eröffnungsbilanzen und Abschlüsse können die in Absatz 1 aufgeführten Unterlagen auch als Wiedergabe auf einem Bildträger oder auf anderen Datenträgern aufbewahrt werden, wenn dies den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung entspricht und sichergestellt ist, daß die Wiedergabe oder die Daten

1. mit den empfangenen Handelsbriefen und den Buchungsbelegen bildlich und mit den anderen Unterlagen inhaltlich übereinstimmen, wenn sie lesbar gemacht werden,
2. während der Dauer der Aufbewahrungsfrist verfügbar sind und jederzeit innerhalb angemessener Frist lesbar gemacht werden können.

(...)

(4) Die in Absatz 1 Nr. 1 und 4 aufgeführten Unterlagen sind zehn Jahre, die sonstigen in Absatz 1 aufgeführten Unterlagen sechs Jahre aufzubewahren.

Aufbewahrungspflicht nach § 257 HGB: Voraussetzungen

WER?

- "Kaufmann"

⇒ jeder, der ein Handelsgewerbe betreibt (§ 1 HGB)

⇒ Handelsgesellschaften (§ 6 HGB), z. B. KG (§ 161 HGB), oHG (§ 105 HGB)

⇒ juristische Personen (z. B. GmbH, § 13 (1) GmbHG, AG, § 1 (1) AktG)

WAS?

- empfangene/ abgesandte Handelsbriefe

- auch E-Mails

- Beachte: nur "Außengeschäfte" des Unternehmens, nicht interne Kommunikation

WAS?: "empfangene/ abgesandte Handelsbriefe"

- "Handelsbrief"
 - ⇒ § 257 (2) HGB: muss Handelsgeschäft betreffen – im Zweifel jedes Geschäft eines Kaufmanns (§§ 343, 344 HGB)
- "Handelsgeschäft"
 - Vorbereitung, Abschluss, Durchführung, Beendigung eines unternehmensbezogenen Rechtsgeschäfts
(auch wenn Vorbereitung per E-Mail, Abschluss in Papierform)
 - Auftrag, Auftragsbestätigung
 - Vertragsschluss
 - kaufmännisches Bestätigungsschreiben
 - Mängelrüge/ -anzeige
 - Jede Kommunikation zu Gewährleistungsfällen
 - Vergleichsgespräche
- Beachte: auch Anlagen, wenn E-Mail ohne Anlage unvollständig

Archivierungsfristen (§ 257 (4) HGB)

- **Aufbewahrungsfrist:** 6-10 Jahre, z. B.
 - Geschäftsbriefe 6 Jahre,
 - Rechnungen 10 Jahre
- Im Zweifel: längere Frist wählen
- Beachte:
Fristbeginn erst am Ende des Kalenderjahres, in dem Handelsbrief empfangen/ versendet
⇒ faktisch bis zu 1 Jahr "Verlängerung"
- Tipp: Listen der Industrie- und Handelskammern

Anforderungen an die Archivierung

- **Geordnete Archivierung: § 257 (1) HGB**
 - ⇒ definiert in der Buchführungspflicht (§ 238 HGB):

*"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.*
- Archivierung auf **Datenträgern: § 257 (3) HGB**, wenn
 - dies **Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung (GoB)** entspricht *und*
 - Verfügbarkeit während der Aufbewahrungsdauer gewährleistet *und*
 - die Daten jederzeit lesbar gemacht werden können

Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung (GoB)

- nicht vollständig kodifiziert; Verhaltensregeln
- unbestimmter Rechtsbegriff; zum Teil im HGB konkretisiert, insb. § 239 (2) HGB:
 - Grundsatz der **Nachvollziehbarkeit/ Prüfbarkeit**
 - Grundsatz der **Vollständigkeit**
 - Grundsatz der **Richtigkeit**
 - Grundsatz der **Ordnung**: erkennbares und funktionierendes Archivierungsverfahren (insb. eindeutige Kennzeichnung der Datenträger, aktuelles + vollständiges Verzeichnis)
 - Grundsatz der **Sicherheit**: Anforderungen an den Archivierungsort, Zugangskontrolle, Rücklaufkontrolle
 - Grundsatz der **Unveränderlichkeit**

Grundsätze ordnungsmäßiger DV-gestützter Buchführungssysteme (GoBS)

- Präzisierung der GoB im Bereich der DV-Buchführung
- Vorgaben des Bundesfinanzministeriums für Finanzverwaltung (Schreiben BMF vom 7. November 1995)
- für E-Mail-Archivierung Bedeutung:
 - Ziffer 5: Datensicherheit: Sicherung der Informationen (Datenträger) selbst, Lesbarkeit der Software/ des Betriebssystems, Sicherung der Hardware
 - Ziffer 6: Verfahrensdokumentation (Übersicht über Dokumente, Historie, Anwendungsdokumentation, Beschreibung der Maßnahmen zur Sicherung); Aktualisierungspflicht; Aufbewahrungspflicht für Dokumentation

Verfügbarkeit, Lesbarkeit der Daten (§ 257 (3) Nr. 2 HGB)

Während der Aufbewahrungszeit muss gewährleistet sein:

- Vorhandensein der E-Mails
- Vorhandensein eines geeigneten DV-Systems zur Verarbeitung und lesbaren Darstellung der E-Mails
- Dokumentation für das DV-System
- bei verschlüsselten E-Mails: Verschlüsselungscode
- geschulte Mitarbeiter für DV-System

Beachte:

Änderungen des/am DV-System – Kompatibilität prüfen!
(sonst: Altsystem parallel fortführen)

Steuerrechtliche Aufbewahrungsfrist: § 147 AO

Abgabenordnung

§ 147 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. Unterlagen, die einer mit Mitteln der Datenverarbeitung abgegebenen Zollanmeldung nach Artikel 77 Abs. 1 in Verbindung mit Artikel 62 Abs. 2 Zollkodex beizufügen sind, sofern die Zollbehörden nach Artikel 77 Abs. 2 Satz 1 Zollkodex auf ihre Vorlage verzichtet oder sie nach erfolgter Vorlage zurückgegeben haben,
5. sonstige Unterlagen, soweit sie für die Besteuerung von Bedeutung sind.

(2) Mit Ausnahme der Jahresabschlüsse, der Eröffnungsbilanz und der Unterlagen nach Absatz 1 Nr. 4a können die in Absatz 1 aufgeführten Unterlagen auch als Wiedergabe auf einem Bildträger oder auf anderen Datenträgern aufbewahrt werden, wenn dies den Grundsätzen ordnungsmäßiger Buchführung entspricht und sichergestellt ist, dass die Wiedergabe oder die Daten

1. mit den empfangenen Handels- oder Geschäftsbriefen und den Buchungsbelegen bildlich und mit den anderen Unterlagen inhaltlich übereinstimmen, wenn sie lesbar gemacht werden,
2. während der Dauer der Aufbewahrungsfrist jederzeit verfügbar sind, unverzüglich lesbar gemacht und maschinell ausgewertet werden können.

(3) Die in Absatz 1 Nr. 1, 4 und 4a aufgeführten Unterlagen sind zehn Jahre, die sonstigen in Absatz 1 aufgeführten Unterlagen sechs Jahre aufzubewahren, sofern nicht in anderen Steuergesetzen kürzere Aufbewahrungsfristen zugelassen sind. Kürzere Aufbewahrungsfristen nach außersteuerlichen Gesetzen lassen die in Satz 1 bestimmte Frist unberührt. Die Aufbewahrungsfrist läuft jedoch nicht ab, soweit und solange die Unterlagen für Steuern von Bedeutung sind, für welche die Festsetzungsfrist noch nicht abgelaufen ist; § 169 Abs. 2 Satz 2 gilt nicht.

§ 147 AO: steuerrechtliche Aufbewahrungspflicht

- Weitgehend deckungsgleich mit § 257 HGB
- Besonderheiten:
 - ➔ Anwendungsbereich
 - Erweiterung auf "**Geschäftsbriefe**"
 - ⇒ gilt auch für Nicht-Kaufleute (z. B. Freiberufler)
 - "**steuerrechtliche Relevanz**": Unterlagen, die für die Besteuerung von Bedeutung sind (§ 147 (1) Nr. 5 AO)
 - (–) interne/ externe Gutachten zu Steuerfragen; Korrespondenz mit Steuerberatern/ Rechtsanwälten
 - (+) Kalkulationen/ Statistiken, die per E-Mail versandt

Art der Archivierung

- Weitgehend wie § 257 (3) HGB
 - Einhaltung der GoB, § 147 (2) AO
 - inhaltliche Übereinstimmung mit dem Original, § 147 (2) Nr. 1 AO
 - unverzügliche Lesbarkeit und jederzeitige Verfügbarmachung, § 147 (2) Nr. 2 AO
 - Ausdruck und Ablage ausgedruckter E-Mails unzureichend, vgl. §§ 146 (5), 147 (7) AO
- Zusätzlich: Möglichkeit einer maschinellen Auswertung digitaler Daten im DV-System (§ 147 (2) AO)
 - ⇒ maschinelles Lesen, Filtern Sortieren
 - ⇒ Anwendungsbereich umstritten; wohl (+) für Anhänge
- Zusätzliche Anforderungen nach GDPdU

Grundsätze zum Datenzugriff und zur Prüfbarkeit digitaler Unterlagen (GDPdU)

- Schreiben BMF vom 16. Juli 2001 (Verwaltungsanweisung),
- § 147 (6) AO: Recht des Datenzugriffs der Finanzbehörden:
 - Recht zum **unmittelbaren Datenzugriff**:
Nur-Lese-Zugriff vor Ort; kein Remote-Zugriff
(**P**) gemischte Datenbestände (z.B. Daten, für die Berufsgeheimnis)
 - Recht zum **mittelbaren Datenzugriff**: Auswertung durch den Steuerpflichtigen; Übermittlung der Auswertung an die Finanzbehörde
 - Recht zur Datenträgerüberlassung: Überlassung von Datenträgern in maschinell lesbarer Form
- **Prüfbarkeit** digitaler Unterlagen:
Originalzustand muss sichergestellt werden; Manipulationsverbot
- **Archivierung** digitaler Unterlagen:
maschinelle Auswertung muss möglich sein

Sanktionen bei Verstößen gegen die Aufbewahrungspflicht

Sanktionen (1): Steuer- und Strafrecht

Steuerrechtliche Sanktionen

- Schätzung der Besteuerungsgrundlagen, § 162 AO
- Ordnungswidrigkeit wegen Steuergefährdung, § 379 AO (Bußgeld bis zu € 5.000,-)
- Zwangsgeld zur Durchsetzung der Buchführungspflicht, § 238 (1) AO

Strafrechtliche Sanktionen

- Verletzung der Buchführungspflicht, § 283b StGB (bis zu 2 Jahre FS oder GS)
- Beseitigung beweiserheblicher Daten, § 274 (1) Nr. 2 StGB (FS bis 5 Jahre, GS)

Sanktionen (2): Zivilrecht; Datenschutzrecht

Zivilrechtliche Sanktionen

- Haftung von Aufsichtsräten, Vorständen oder Geschäftsführern auf Schadensersatz, § 43 (2) GmbHG, §§ 91 (2), 93 (2), 116 AktG

Datenschutzrechtliche Sanktionen,

z.B. bei unzureichender Trennung von steuerprüfungsrelevanten und personenbezogenen Daten

- Schadensersatz, § 7 BDSG (unzulässige oder unrichtige Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung personenbezogener Daten)
- Ordnungswidrigkeit, § 43 BDSG (Geldbußen von bis zu € 300.000,-)

Kollision: Fernmeldegeheimnis

Fernmeldegeheimnis, § 88 TKG

Telekommunikationsgesetz § 88 Fernmeldegeheimnis

(1) Dem Fernmeldegeheimnis unterliegen der Inhalt der Telekommunikation und ihre näheren Umstände, insbesondere die Tatsache, ob jemand an einem Telekommunikationsvorgang beteiligt ist oder war. Das Fernmeldegeheimnis erstreckt sich auch auf die näheren Umstände erfolgloser Verbindungsversuche.

(2) Zur Wahrung des Fernmeldegeheimnisses ist jeder Diensteanbieter verpflichtet. Die Pflicht zur Geheimhaltung besteht auch nach dem Ende der Tätigkeit fort, durch die sie begründet worden ist.

(3) Den nach Absatz 2 Verpflichteten ist es untersagt, sich oder anderen über das für die geschäftsmäßige Erbringung der Telekommunikationsdienste einschließlich des Schutzes ihrer technischen Systeme erforderliche Maß hinaus Kenntnis vom Inhalt oder den näheren Umständen der Telekommunikation zu verschaffen. Sie dürfen Kenntnisse über Tatsachen, die dem Fernmeldegeheimnis unterliegen, nur für den in Satz 1 genannten Zweck verwenden. Eine Verwendung dieser Kenntnisse für andere Zwecke, insbesondere die Weitergabe an andere, ist nur zulässig, soweit dieses Gesetz oder eine andere gesetzliche Vorschrift dies vorsieht und sich dabei ausdrücklich auf Telekommunikationsvorgänge bezieht. Die Anzeigepflicht nach [§ 138](#) des Strafgesetzbuches hat Vorrang.

(...)

Fernmeldegeheimnis (§ 88 TKG, Art. 10 GG)

- trifft den **Anbieter von Telekommunikationsdiensten** (*persönlicher Anwendungsbereich*)
- schützt den **Inhalt der Telekommunikation**, Information über die **Beteiligung** am TK-Vorgang (*sachlicher Anwendungsbereich*)
- Folge:
Ist das Fernmeldegeheimnis einschlägig, bedarf die Archivierung der **Einwilligung des Betroffenen**

Unternehmen als Diensteanbieter nach § 88 TKG?

- **Diensteanbieter** nach § 3 Nr. 6 TKG jeder, der geschäftsmäßig TK-Dienste erbringt oder hieran mitwirkt
- **Geschäftsmäßiges Erbringen** (§ 3 Nr. 10 TKG): nachhaltiges Angebot für Dritte; Gewinnerzielungsabsicht nicht erforderlich
- **Drittbezogenheit** bei
 - Telekommunikationsdienste zwischen rechtlich selbständigen Einheiten, z.B. im Konzern
 - innerhalb eines Betriebs: Gestattung der **Privatnutzung** = Leistung für Dritte (Arbeitnehmer)
- **Folge:** Unternehmen, das seinen MA die private E-Mail-Nutzung gestattet ist Diensteanbieter i.S.d. TKG

Reichweite des sachlichen Anwendungsbereichs

- Urteil des BVerfG vom 2. März 2006 (2 BvR 2099/04) zu Verbindungsdaten:
 - Schutz **während des Übertragungsvorgangs**
 - bei **fehlender Beherrschbarkeit** durch Empfänger
- Bedeutung für die E-Mail-Archivierung?
- Wann erfolgt Archivierung?
 - Variante 1: Vor dem Zugang beim MA
 - ⇒ Schutzbereich Fernmeldegeheimnis (+)
 - Variante 2: Nach Zugang beim MA
 - ⇒ Übertragungsvorgang beendet: spricht gg. Fernmeldegeheimnis
 - ⇒ Schutzbedürfnis wegen Zugriffsmöglichkeit des Arbeitgebers? (*str.*)
 - contra: Archivierungspflichten des AG; Zugriffsmöglichkeit resultiert nicht aus Gefährdungslage durch Kommunikationsvorgang
 - h. M.: Fernmeldegeheimnis (–)

Fernmeldegeheimnis trotz Ausschluss der Privatnutzung?

Problem:

- eingehende private E-Mails (Versand durch Dritte) trotz Verbot der Privatnutzung)
- Schutz des Dritten?

Lösung str.

- contra Fernmeldegeheimnis:
 - Unternehmen kann Zusendung durch Dritte nicht verhindern
 - Kein Willen zum Anbieten eines Dienstes für unbekanntem Dritten
 - Dritter würde dem Unternehmen die Rolle als Diensteanbieter aufzwingen
- Frage noch nicht abschließend geklärt

Zwischenergebnis

- **Ausschluss der Privatnutzung** von E-Mails
 - ⇒ kein Schutz des AN (AG ≠ Diensteanbieter)
 - ⇒ kein Schutz des Dritten (AG ≠ Diensteanbieter)
- **Erlaubte Privatnutzung**
 - ⇒ AG = Diensteanbieter nach § 88 TKG
 - ⇒ Schutz des AN bei Archivierung, die am Übertragungsvorgang anknüpft
 - ⇒ Einwilligung des AN erforderlich
 - ⇒ Auch Schutz des Dritten (faktisch)
 - ⇒ kein Schutz bei Archivierung nach Zugang der E-Mail

Praxistipp

⇒ Wenn

- private Nutzung nicht ausgeschlossen
- keine eindeutige Trennung von privater und dienstlicher Nutzung (*Mischnutzung*)

⇒ Dann

- gesamte E-Mail-Kommunikation an Kriterien einer erlaubten privaten Nutzung messen (*Vorsichtsgebot*):
Einwilligung einholen!

Kollision: Datenschutz

Datenschutz: Überblick

- Telekommunikationsrechtlicher Datenschutz (§§ 91-107 TKG)
- Datenschutz nach Telemediengesetz (§§ 11 ff. TMG)
- Bundesdatenschutzgesetz

TK-Datenschutz

- gilt nur, wenn Unternehmen wegen **erlaubter Privatnutzung** Diensteanbieter ist
 - nur für den "**Transport der Daten**" (Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze)
 - keine Anwendung nach Beendigung des Übertragungsvorgangs
 - **nicht** für die **transportierten Inhalte**
- ⇒ TK-Datenschutz bei Archivierung der E-Mail-Inhalte keine Relevanz

Datenschutz nach dem Telemediengesetz (TMG)

Telemedien, § 1 (1) TMG

alle elektronischen Informations- und Kommunikationsdienste, soweit keine Telekommunikationsdienste nach § 3 Nr. 24 TKG, die allein Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze

⇒ E-Mail-Dienste (+)

Anwendungsbereich des TMG

Persönlicher Anwendungsbereich (§ 11 (1) TMG)

- ⇒ **Keine Anwendung** bei Erhebung, Verarbeitung, Nutzung personenbezogener Daten
 - im **Dienst- und Arbeitsverhältnis**
 - zu ausschließlich **beruflichen oder dienstlichen Zwecken**
- ⇒ ohne ausdrückliche Erlaubnis gilt Vermutung für Bereitstellung zu dienstlichen Zwecken
- ⇒ Bei Verbot der Privatnutzung TMG nicht anwendbar, auch bei verbotswidriger Privatnutzung
- ⇒ Beachte: betriebliche Übung möglich durch längere Duldung der Privatnutzung durch den AG

Anwendbarkeit (+) bei **erlaubter** (geduldeter) **Privatnutzung**

Folge: Erlaubnisvorbehalt – § 12 (2) TMG

"(2) Der Diensteanbieter darf für die Bereitstellung von Telemedien erhobene personenbezogene Daten für andere Zwecke nur verwenden, soweit dieses Gesetz oder eine andere Rechtsvorschrift, die sich ausdrücklich auf Telemedien bezieht, es erlaubt oder der Nutzer eingewilligt hat."

- E-Mail-Archivierung = "*anderer Zweck*" als Bereitstellung des Dienstes
- h. M.: dienstliche E-Mails: § 257 HGB/ § 146 AO = gesetzliche Erlaubnisnorm
- private E-Mails: nicht abgedeckt
- Folge: Einwilligung muss eingeholt werden

Datenschutz nach BDSG

Abgrenzung BDSG ↔ TMG

⇒ BDSG subsidiär, d.h. anwendbar, soweit TMG nicht einschlägig

(+), grds. wenn Privatnutzung untersagt

(+) für Inhalte, die keine Anknüpfung an den Telemediendienst:

- Archivierung nach Zustellung an MA
- Ausgangskopien, die vor dem Versand erstellt
- Archivierung der Inhalte der E-Mail = BDSG
- Archivierung der Nutzungsdaten = TMG

Zulässigkeit der Datenverarbeitung nach BDSG

- Archivierung = Verarbeitung erhobener Daten
- Rechtfertigung nach § 4 BDSG, sofern:
 - Rechtsvorschrift Datenverarbeitung erlaubt
 - Einwilligung des Betroffenen vorliegt
- Archivierung zu dienstlichen Zwecken zulässig, soweit betriebliche Zwecke es erfordern, § 28 BDSG
 - (+) bei gesetzlicher Archivierungspflicht (§ 257 HGB/ § 147 AO)
 - (+) für dienstliche E-Mails
 - (–) für private E-Mails

Erlaubnistatbestand nach § 28 BDSG

§ 28 Datenerhebung und -speicherung für eigene Geschäftszwecke

(1) Das Erheben, Speichern, Verändern oder Übermitteln personenbezogener Daten oder ihre Nutzung als Mittel für die Erfüllung eigener Geschäftszwecke ist zulässig

1. wenn es für die Begründung, Durchführung oder Beendigung eines rechtsgeschäftlichen oder rechtsgeschäftsähnlichen Schuldverhältnisses mit dem Betroffenen erforderlich ist,
2. soweit es zur Wahrung berechtigter Interessen der verantwortlichen Stelle erforderlich ist und kein Grund zu der Annahme besteht, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Verarbeitung oder Nutzung überwiegt, oder
3. wenn die Daten allgemein zugänglich sind oder die verantwortliche Stelle sie veröffentlichen dürfte, es sei denn, dass das schutzwürdige Interesse des Betroffenen an dem Ausschluss der Verarbeitung oder Nutzung gegenüber dem berechtigten Interesse der verantwortlichen Stelle offensichtlich überwiegt

Bei der Erhebung personenbezogener Daten sind die Zwecke, für die die Daten verarbeitet oder genutzt werden sollen, konkret festzulegen.

Sanktionen bei Verstößen gegen Datenschutz und Fernmeldegeheimnis

Sanktionen

Strafrechtlich

- Verstoß gegen das Fernmeldegeheimnis, § 206 StGB (FS bis zu 5 Jahren, GS)
- Anwendbarkeit bei E-Mail-Archivierung *str.*

Datenschutzrechtlich

- Ordnungswidrigkeit, § 43 BDSG (Geldbußen von bis zu € 300.000,-)

Lösungsmöglichkeiten

Vermeidungsstrategien

- Vollständige Untersagung privater Nutzung
- Einrichtung privater Accounts (Trennung geschäftlicher und privater Daten)
- Beschränkung auf die Nutzung von Webmailern

Nachteil: u.U. Arbeitnehmerunzufriedenheit

Einwilligung / Betriebsvereinbarung

- individuelle schriftliche **Einwilligung jedes AN** (hohe Sicherheit, hoher Aufwand)
- AG verbietet Privatnutzung, bietet gleichzeitig den Abschluss von **Nutzungsbedingungen** an (abstimmen mit Betriebsrat!), z.B. Beschränkung auf Webmailer
- **Betriebsvereinbarung** = andere Rechtsvorschrift i. S. d. § 4 BDSG
 - Grundsatz: AG muss Privatnutzung nicht erlauben
 - ohne ausdrückliche Erlaubnis gilt Privatnutzung als verboten
 - Wenn AG über Erlaubnis entscheiden kann, muss er auch das Recht zu einer eingeschränkten Erlaubnis haben
 - Betriebsrat ist zu beteiligen (§ 87 (1) Nr. 6 BetrVG)
 - keine individuelle Zustimmung der AN mehr erforderlich (h.M., *str.*)

Dr. Christian Tinnefeld

Rechtsanwalt/Senior Associate

Hogan Lovells International LLP

Alstertor 21
20095 Hamburg

Tel: +49 40 419 93 0
Direct: +49 40 419 93 221
Fax: +49 40 419 93 200
Email: christian.tinnefeld@hoganlovells.com
Web: www.hoganlovells.com

www.hoganlovells.com

Hogan Lovells has offices in:

Abu Dhabi	Colorado Springs	Houston	New York	Silicon Valley
Alicante	Denver	Jeddah*	Northern Virginia	Singapore
Amsterdam	Dubai	London	Paris	Tokyo
Baltimore	Dusseldorf	Los Angeles	Philadelphia	Ulaanbaatar*
Beijing	Frankfurt	Madrid	Prague	Warsaw
Berlin	Hamburg	Miami	Riyadh*	Washington DC
Brussels	Hanoi	Milan	Rome	Zagreb*
Budapest*	Ho Chi Minh City	Moscow	San Francisco	
Caracas	Hong Kong	Munich	Shanghai	

"Hogan Lovells" or the "firm" refers to the international legal practice comprising Hogan Lovells International LLP, Hogan Lovells US LLP, Hogan Lovells Worldwide Group (a Swiss Verein), and their affiliated businesses, each of which is a separate legal entity. Hogan Lovells International LLP is a limited liability partnership registered in England and Wales with registered number OC323639. Registered office and principal place of business: Atlantic House, Holborn Viaduct, London EC1A 2FG. Hogan Lovells US LLP is a limited liability partnership registered in the District of Columbia.

The word "partner" is used to refer to a member of Hogan Lovells International LLP or a partner of Hogan Lovells US LLP, or an employee or consultant with equivalent standing and qualifications, and to a partner, member, employee or consultant in any of their affiliated businesses who has equivalent standing. Rankings and quotes from legal directories and other sources may refer to the former firms of Hogan & Hartson LLP and Lovells LLP. Where case studies are included, results achieved do not guarantee similar outcomes for other clients. New York State Notice: Attorney Advertising.

© Hogan Lovells 2011. All rights reserved.

* Associated offices