

Client Letter

Update E-Commerce – Datenschutz

v. BOETTICHER HASSE LOHMANN

Zusammenfassung:

1. Vorsicht bei Zugriff auf Arbeitnehmer-E-Mails ohne Einwilligung

- Auch wenn ein Arbeitgeber die private Nutzung des Firmen-E-Mail-Accounts gestattet, kann unter bestimmten Umständen ein Zugriff des Arbeitgebers zulässig sein. Meint zumindest das LAG Berlin-Brandenburg in einer sehr zweifelhaften Entscheidung. Arbeitgeber sollten allerdings besser die private Internet-Nutzung am Arbeitsplatz rechtlich sauber regeln.

2. BGH: Unternehmer ist auch bei branchenfremden Nebengeschäften Unternehmer

- Ein Unternehmer im Sinne von § 14 BGB bleibt auch dann Unternehmer, wenn er ein für seinen Betrieb untypisches Nebengeschäft tätigt – mit allen Konsequenzen, wenn sein Vertragspartner Verbraucher ist.

1. Vorsicht bei Zugriff auf Arbeitnehmer-E-Mails ohne Einwilligung

Es ist der Alptraum jedes Chefs: Ein Mitarbeiter darf seinen dienstlichen E-Mail-Account auch privat nutzen und wird krank. Währenddessen kommen weiter wichtige dienstliche E-Mails an. Auf Kontakt-Versuche reagiert der Mitarbeiter nicht. Bisher galt für das Unternehmen: Pech gehabt, Zugriff verboten. Das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg hat jetzt das Gegenteil entschieden. Doch vor einer pauschalen Übertragung des Urteils kann nur gewarnt werden, sind die juristischen Mängel der Entscheidung doch zu groß und der entschiedene Fall ein Einzelfall. Statt dessen sollte sich jeder Arbeitgeber über eine rechtlich einwandfreie Gestaltung der E-Mail-Nutzung im Betrieb Gedanken machen.

Der Fall:

Das Unternehmen hatte eine Betriebsvereinbarung geschlossen, in der geregelt war, dass der Firmen-E-Mail-Account in geringem Umfang auch privat genutzt werden darf. Wird eine E-Mail im Betreff als „privat“ gekennzeichnet, darf sie nicht von anderen Personen als dem Mitarbeiter zur Kenntnis genommen werden. Eine interne Richtlinie des Unternehmens regelt, dass bei einer Abwesenheit sicherzustellen ist, dass das Unternehmen Zugriff auf den E-Mail-Account hat, um die dienstlichen Mails bearbeiten zu können.

Die klagende Mitarbeiterin erkrankte im Anschluss an eine geplante Abwesenheit. Eine Stellvertretung oder eine Abwesenheitsnachricht hatte sie nicht eingerichtet. Auf Kontaktversuche des Arbeitgebers reagierte sie nicht. Daraufhin informierte der Arbeitgeber den Datenschutzbeauftragten und den Betriebsrat, griff ohne Einverständnis der Mitarbeiterin, aber in Anwesenheit einer Vertrauensperson der Mitarbeiterin auf deren

Vertrauensperson der Mitarbeiterin auf deren Postfach zu und druckte – ausschließlich – die dienstlichen E-Mails aus. Die Mitarbeiterin klagte auf Unterlassung – und verlor in beiden Instanzen.

Das Gesetz:

§ 88 TKG (Telekommunikationsgesetz) regelt, was dem Fernmeldegeheimnis unterliegt und dass jeder „Diensteanbieter“ das Fernmeldegeheimnis beachten muss. Ein Verstoß ist nach § 206 StGB strafbar. Nur wenn das TKG nicht anwendbar ist, gilt für E-Mails das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG).

Die Entscheidung des LAG:

Das LAG verneinte – wohl kaum haltbar – eine Stellung des Arbeitgebers als „Diensteanbieter“. Zudem sei das Fernmeldegeheimnis nicht betroffen, da die E-Mails bereits angekommen seien. Die deshalb nur noch erforderliche Abwägung nach dem BDSG ging wegen der vielen getroffenen Maßnahmen zum Schutz der Persönlichkeitsrechte der Mitarbeiterin zu Gunsten des Unternehmens aus.

Das Urteil wird nun oft als Freibrief missverstanden, auf die E-Mail-Postfächer von Mitarbeitern zuzugreifen, jedenfalls wenn der betriebliche Datenschutzbeauftragte und der Betriebsrat zustimmen. Vor einer solchen Auslegung kann nur gewarnt werden: Das Urteil weist grobe juristische Mängel auf und ist von der arbeitsgerichtlichen Tendenz gekennzeichnet, im Einzelfall eine gerechte Lösung zu finden. Letzteres ist sicher gelungen – aber über Verstöße gegen das Fernmeldegeheimnis haben im Zweifel auch Strafgerichte zu entscheiden, bei denen eine solche allgemeine Gerechtigkeits-Abwägung eher ungewöhnlich wäre.

Fehler 1 des LAG:

Erster Fehler des LAG Berlin-Brandenburg ist, dass das Gericht den Arbeitgeber nicht als Telekommunikationsdienste-Anbieter angesehen hat. Zur Begründung beruft sich das LAG Berlin auf eine Entscheidung des LAG Niedersachsen.

Das LAG Niedersachsen lehnt ohne jede Begründung und auch ohne nur den relevanten § 3 Nrn. 6, 10 TKG zu nennen eine Eigenschaft des Arbeitgebers als Diensteanbieter ab. Das LAG Berlin kreiert unter Ver-

weis auf das LAG Niedersachsen eine entsprechende „herrschende Meinung“. Immerhin nennt das LAG Berlin kurz die einschlägige gesetzliche Vorschrift, um sie dann in einem Satz abzulehnen. Das ArbG Berlin als erste Instanz hatte zwar immerhin das Gesetz gefunden, aber ein völlig unpassendes Zitat aus einem Urteil des Bundesverfassungsgericht angefügt und diese angebliche Definition des BVerfG zur Grundlage seiner – zwangsläufig nicht zum richtigen Ergebnis führenden – Subsumtion gemacht.

Tatsächlich sieht die herrschende Meinung – darunter auch das OLG Karlsruhe in einer Strafsache – den Arbeitgeber aber völlig zu Recht als Diensteanbieter an: Denn nach § 3 Nr. 6 TKG ist Diensteanbieter „jeder, der ganz oder teilweise geschäftsmäßig a) Telekommunikationsdienste erbringt oder b) an der Erbringung solcher Dienste mitwirkt“. Als „geschäftsmäßiges Erbringen von Telekommunikationsdiensten“ definiert § 3 Nr. 10 TKG „das nachhaltige Angebot von Telekommunikation für Dritte mit oder ohne Gewinnerzielungsabsicht“. Darunter fällt auch ein E-Mail-Account beim Arbeitgeber; auf eine irgendwie geartete Gewinnerzielungsabsicht kommt es nach dem Gesetzeswortlaut explizit nicht an.

Ausgenommen sind nur Fälle, in denen der E-Mail-Account nicht für Dritte bereitgestellt wird, sondern es sich quasi um ein eigenes „Werkzeug“ des Unternehmens handelt. Dies ist der Fall, wenn eine private Nutzung des E-Mail-Accounts weder ausdrücklich noch durch eine so genannte betriebliche Übung erlaubt ist. Liegt kein ausdrückliches Verbot einer Privatnutzung vor, das auch durchgesetzt wird, ist von einer stillschweigenden Erlaubnis für eine private Nutzung auszugehen – der Arbeitgeber somit „Diensteanbieter“.

Fehler 2 des LAG:

Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts endet der Schutz des Fernmeldegeheimnisses in dem Moment, in dem die E-Mail beim Empfänger angekommen und der Übertragungsvorgang beendet ist. Diesen richtigen Ausgangspunkt hat auch das LAG Berlin-Brandenburg gesehen. Übersehen hat es dagegen eine Entscheidung des BVerfG, in dem das Gericht definiert, wann der Übertragungsvorgang beendet ist: Das BVerfG hatte im Fall einer Beschlagnahme von E-Mails aus einem IMAP-Postfach klargestellt, dass das Fernmeldegeheimnis nicht endet, wenn a) eine E-Mail

im Postfach des Empfängers angekommen ist oder b) der Empfänger die E-Mail gelesen oder heruntergeladen hat, sondern solange fortbesteht, wie die Mails „nicht im Herrschaftsbereich des Kommunikationsteilnehmers, sondern des Providers gespeichert“ sind. Entscheidend ist, ob die Nachrichten „in einer von keinem Kommunikationsteilnehmer beherrschbaren Sphäre abgelegt“ sind.

Wendet man – anders als das LAG – diese Rechtsprechung an, kommt man zum richtigen Ergebnis: Ein (I-MAP- oder nicht gelöscht POP-) Postfach auf einem E-Mail-Server ist dem tatsächlichen Zugriff und Sicherungsmaßnahmen des Empfängers entzogen, es ist dem typischen Risiko eines erleichterten Zugriffs Dritter ausgesetzt und unterliegt daher dem Fernmeldegeheimnis. Das Gegenstück stellen Daten „auf in den Räumen des Nutzers verwahrten oder in seinen Endgeräten installierten Datenträgern“ (so das BVerfG) dar, die nicht dem Fernmeldegeheimnis unterliegen.

Unklar sind die Zwischenstufen – lokaler Arbeitsplatz-Rechner eines Mitarbeiters und Netzlaufwerk, auf denen die Dateien des Mail-Clients abgelegt sind –, wobei die besten Argumente dafür sprechen, dass hier das Fernmeldegeheimnis nicht mehr eingreift.

Was außerhalb des TKG zu beachten ist:

Auch wenn allerdings eine E-Mail sich nicht mehr im Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses befindet, darf der Arbeitgeber nicht ohne Weiteres darauf zugreifen: Erforderlich ist dann eine Abwägung der Interessen des Arbeitgebers und des Mitarbeiters im Einzelfall nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG. Erst hier kommen all die Argumente wie die Verpflichtung der Mitarbeiterin, bei Abwesenheit für eine Vertretung zu sorgen, die Einschaltung des Betriebsrats und des Datenschutzbeauftragten usw. zur Anwendung.

Was Arbeitgeber und Mitarbeitern droht:

Bei unrechtmäßigen Zugriffen auf Mitarbeiter-E-Mails droht nicht nur dem Arbeitgeber eine Unterlassungsklage, wie im Fall des LAG Berlin-Brandenburg. Zusätzlich drohen sowohl dem Unternehmen als auch den beteiligten Personen bußgeld- und strafrechtliche Konsequenzen: Ein Verstoß gegen das Fernmeldegeheimnis ist nach § 206 StGB strafbar und ggf. in § 149 Nrn. 16 und 17 TKG mit Bußgeld bis zu 300.000 Euro bedroht. Er-

folgt ein Zugriff datenschutzrechtlich unzulässig, drohen § 43 Abs. 2 Nrn. 1 und 3 ein Bußgeld bis zu 300.000 Euro und § 44 Abs. 1 BDSG eine strafrechtliche Verfolgung an.

Zu beachten ist dabei, dass im Anwendungsbereich des TKG nicht nur der Inhalt der E-Mails geschützt ist, sondern auch „ihre näheren Umstände, insbesondere die Tatsache, ob jemand an einem Telekommunikationsvorgang beteiligt ist oder war“ (§ 88 Abs. 1 S. 1 TKG = § 206 Abs. 5 S. 2 StGB). Dies bedeutet, dass bereits die Prüfung, ob zwischen bestimmten E-Mail-Adressen Kontakt bestand, strafbar ist. Außerhalb des Anwendungsbereichs des TKG ist zu berücksichtigen, dass es sich bei E-Mail-Adressen üblicherweise um personenbezogene Daten handelt, so dass auch für ein „Screening“ der Kontakte eines Mitarbeiters die Zulässigkeit nach § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG zu prüfen ist.

Empfehlung:

Ob ein Zugriff auf E-Mails eines Mitarbeiters oder nur ein „Screening“ seiner Kontakte erfolgen kann, sollte detailliert im Einzelfall geprüft werden, da bei unrechtmäßigen Zugriffen hohe Strafen drohen.

Besser als ein „Reparieren“ im Einzelfall ist es allerdings, von vornherein die private Nutzung von E-Mail, Internet und Telefon im Betrieb sauber zu regeln. Kein Arbeitgeber ist verpflichtet, seinen Mitarbeitern die private Nutzung seiner Einrichtungen zu gestatten. Gestattet ein Arbeitgeber die Privatnutzung – was oftmals für das Betriebsklima lohnenswert sein dürfte –, dann sollte er sich absichern. Schließlich ist es der Arbeitgeber, den die Verluste treffen, wenn er nicht mehr auf geschäftliche E-Mails zugreifen kann, und der Probleme mit dem Finanzamt bekommen kann, wenn er wegen der erlaubten Privatnutzung die E-Mails seiner Mitarbeiter nicht vorschriftsgemäß archivieren kann. Wichtig ist dabei, dass die Vereinbarungen am Ende auch wirksam sind, was insbesondere bei Einwilligungserklärungen von Mitarbeitern genau zu prüfen ist.

Weiterführende Informationen:

LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 16.02.1011, Az. 4 Sa 2132/10

<http://openjur.de/u/168249.html>

LAG Niedersachsen, Urteil vom 31.05.2010, Az. 12 Sa 875/09

<http://openjur.de/u/52661.html>

BVerfG, Beschluss vom 16.06.2009, Az. 2 BvR 902/06

<http://openjur.de/u/31119.html>

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 10.01.2005, Az. 1 Ws 152/04

<http://openjur.de/u/31364.html>

2. BGH: Unternehmer ist auch bei branchenfremden Nebengeschäften Unternehmer

Eine GmbH, die normalerweise keinerlei Verkäufe tätigt, ist dennoch Unternehmer im Sinne des § 14 BGB, wenn sie ihr gebrauchtes Firmenfahrzeug verkauft, so der Bundesgerichtshof. Ist der Käufer Verbraucher, liegt damit ein Verbrauchsgüterkauf vor – mit allen Konsequenzen, von der Unzulässigkeit eines Gewährleistungsausschlusses bis hin zum Widerrufsrecht im E-Commerce. Denn auch branchenfremde Nebengeschäfte gehören im Zweifel zum Betrieb des Handelsgewerbes (§ 344 Abs. 1 HGB) und stellen damit eine unternehmerische Tätigkeit dar. Ob Verkaufsgeschäfte einer

GmbH überhaupt außerhalb der gewerblichen Tätigkeit der ein Handelsgewerbe betreibenden GmbH liegen können, hat der BGH dabei offen gelassen – jedenfalls dürfte es äußerst schwer sein, die gesetzliche Vermutung zu widerlegen.

Von einem Verkauf des gebrauchten Druckers oder der alten Telefonanlage eines Unternehmens via eBay ist damit im Regelfall abzuraten. Denn das Unternehmen muss alle Verbraucherschützenden Regelungen einhalten – von der Einräumung eines Widerrufsrechts über die ordnungsgemäße Widerrufsbelehrung bis zur Gewährleistung. Der Aufwand und das Gewährleistungsrisiko werden oft in keinem Verhältnis zu den erzielbaren Erlösen liegen. Hinzu kommt das Risiko von Abmahnungen wegen kleinen Fehlern, so dass die Verwertung gebrauchter Geräte besser professionellen Händlern überlassen werden sollte.

Weiterführende Informationen:

BGH, Urteil vom 13.07.2011, Az. VIII ZR 215/10

<http://openjur.de/u/168803.html><http://openjur.de/u/172681.html>

Kontakt:

Für Fragen zu Vorstehendem und für etwaige weitere Fragen stehen wir Ihnen gerne zur Verfügung:

Matthias Bergt

E-Mail: mbergt@boetticher.com

Tel. +49 / 30 / 61 68 94 03

Dr. Anselm Brandi-Dohrn, maître en droit

E-Mail: abrandi-dohrn@boetticher.com

Tel. +49 / 30 / 61 68 94 03

Dieser Client Letter stellt lediglich eine Auswahl von aktuellen Entscheidungen und Entwicklungen zu den besprochenen Themen dar. Er erhebt weder Anspruch auf Vollständigkeit, noch stellt er Rechtsberatung dar. Wenn Sie Fragen zu den hier angesprochenen Rechtsproblemen – oder zu anderen Rechtsgebieten – haben, wenden Sie sich bitte an Ihren Ansprechpartner bei v. Boetticher Hasse Lohmann oder an die oben unter „Kontakt“ angegebene Person.

© 2011 v. Boetticher Hasse Lohmann – Partnerschaft von Rechtsanwälten. Alle Rechte vorbehalten.

Wenn Sie keine weiteren Informationen von v. Boetticher Hasse Lohmann über Rechtsfragen erhalten wollen, die wir für Sie für bedeutsam halten, senden Sie bitte eine E-Mail an die unter „Kontakt“ angegebene Person.

v. Boetticher Hasse Lohmann – Partnerschaft von Rechtsanwälten ist eine eingetragene Partnerschaftsgesellschaft (AG München PR 516). Sitz: Widenmayerstr. 6, 80538 München. Impressum und weitere Informationen unter <http://www.boetticher.de/impressum.html>.