

Fernmeldegeheimnis im Arbeitsverhältnis

Ungeklärte Fragen und eine nicht überzeugende Gerichtsentscheidung

In der hier zu besprechenden Entscheidung¹ des LAG Berlin-Brandenburgs geht es um wichtige ungeklärte Fragen des Beschäftigtendatenschutzes wie beispielsweise: Hat ein Arbeitgeber bei erlaubter Nutzung von E-Mail zu privaten Zwecken bei längerer Erkrankung eines Arbeitnehmers ein Einsichts- und Zugriffsrecht auf den Account der dienstlichen E-Mails oder verstößt er bei einer Einsichtnahme gegen das Fernmeldegeheimnis?

Aussagekräftige Gerichtsentscheidungen sind keine zu finden. Allerdings sieht der Entwurf zu einem Beschäftigtendatenschutzgesetz in E § 32 i BDSG des Referententwurfes (Änderungsvorschläge Innenministerium) eine Regelung vor, so dass dieses ungeklärte Problem demnächst gesetzlich geregelt werden soll. Die vorliegende Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg, die sich noch nicht auf die ggf. kommende gesetzliche Regelung berufen konnte, überzeugt indes nicht.²

Worum geht es?

Arbeitgeber und Arbeitnehmerin haben drüber gestritten, ob der Arbeitgeber berechtigterweise auf einen betrieblichen personalisierten E-Mail-Account der Arbeitnehmerin während ihrer wochenlangen krankheitsbedingten Abwesenheit im Betrieb zugreifen durfte, ohne zuvor deren Zustimmung erhalten zu haben. Die Privatnutzung von E-Mail in geringem Umfang war betrieblich zugelassen. Eine Gesamtbetriebsvereinbarung regelt, dass Arbeitnehmer privat verschickte E-Mails als »privat« in der Betreffzeile kennzeichnen können, die dann grundsätzlich von Dritten nicht geöffnet, weitergeleitet oder gespeichert werden dürfen. Außerhalb des Regelungsbereichs der Betriebsvereinbarung existiert noch eine Richtlinie der Arbeitgeberin, wonach jeder Mitarbeiter für den Fall seiner Abwesenheit sicher zu stellen hat, dass seine Aufgabenerfüllung nicht gefährdet ist. Für das Team der Arbeitnehmerin war geregelt, dass organisatorisch sicher zu stellen war, bei Abwesenheit der Arbeitgeberin den Zugriff auf den E-Mail-Account zu ermöglichen, damit dienstliche E-Mails weiter bearbeitet werden konnten. Die Betriebsvereinbarung regelt, dass als privat gekennzeichnete E-Mails nur im Falle eines konkreten Verdachts auf eine missbräuchliche Nutzung bei Vorliegen tatsächlicher dokumentierter Anhaltspunkte kontrolliert werden dürfen. Eine inhaltliche Kontrolle darf nur mit Zustimmung des Mitarbeiters oder veranlasst durch Strafverfolgungsbehörden

erfolgen. Die Arbeitnehmerin hat ihren dienstlichen E-Mail-Account auch für private E-Mails genutzt. Diese kennzeichnete sie mit dem Zusatz »privat« in der Betreffzeile. Im konkreten Fall war die Arbeitnehmerin zunächst nur für wenige Tage abwesend, ohne dafür eine Stellvertreterregelung gesorgt zu haben. Zusätzlich hat sie dann vor ihrem Verlassen des Arbeitsplatzes eine eingerichtete Stellvertreterregelung deaktiviert. An die geplante Abwesenheitszeit schloss sich dann ein mehrwöchiger krankheitsbedingter Ausfall der Arbeitnehmerin an, in dessen Verlauf sie telefonisch nicht erreichbar war. Auch blieben zwei an ihre private Mailadresse gerichtete E-Mails unbeantwortet. Daraufhin hat die Arbeitgeberin nach einigen Wochen zusammen mit dem betrieblichen Datenschutzbeauftragten, einem Betriebsratsmitglied und auf Wunsch der Arbeitnehmerin die betriebliche Sozialbetreuerin das elektronische Postfach der Arbeitnehmerin geöffnet und ausschließlich dienstliche E-Mails gesichtet und ausgedruckt. Darüber hat das anwesende Betriebsratsmitglied ein Protokoll angefertigt. Die Arbeitnehmerin hat den Arbeitgeber und weitere beteiligte Personen wegen Verstoßes gegen das Fernmeldegeheimnis nach Art. 10 Grundgesetz und § 88 TKG auf Schadensersatz und Unterlassung verklagt. Ihre Klage wurde in zwei Instanzen abgewiesen.

So hat das LAG entschieden

Das LAG Berlin-Brandenburg verneint einen Verstoß gegen das Fernmeldegeheimnis gemäß § 88 Abs. 2 und Abs. 3 TKG mit der Begründung, der Arbeitgeber sei auch bei erlaubter privater Nutzung der E-Mail-Accounts kein Diensteanbieter nach dem TKG und deshalb nicht zur Wahrung des Fernmeldegeheimnisses nach § 88 TKG verpflichtet. Es zitiert eine Entscheidung des LAG Niedersachsen. Selbst wenn der Arbeitgeber Provider bei Privatnutzung von E-Mail und Internet sei, sei der Anwendungsbereich des § 88 Abs. 2 und 3 TKG in Verbindung mit Art. 10 Grundgesetz (GG) nicht eröffnet, weil nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) zum Fernmeldegeheimnis Inhalte und Umstände der Kommunikation nur während der laufenden Übertragung geschützt seien. Der Schutz des Fernmeldegeheimnisses

¹ LAG Berlin-Brandenburg v. 16.2.2011, – 4 Sa 212/10, rechtskräftig.

² Siehe auch Jandt, Fernmeldegeheimnis im Arbeitsverhältnis bei erlaubter E-Mail-Nutzung zu privaten Zwecken, K&R 2011, 631; Schild, Umfang der Geltung des Fernmeldegeheimnisses für E-Mails, ZfPR online, 8/2011, 16ff. Wir danken RA Wolf-Klimpe-Auerbach (Heilbronn) für kritische Anmerkungen.

für die Verbindungsdaten und Kommunikationsinhalte endet, sobald die E-Mail im Herrschaftsbereich des Empfängers ankommt und dort gelöscht oder gespeichert wird. Den Einwand der Arbeitnehmerin, dass sie wegen der Erkrankung keinen lesenden Zugriff auf die auf ihrem Rechner gespeicherten E-Mails hatte und deshalb Art. 10 GG eingreife, lässt das LAG nicht gelten. Sie hat, nach Ansicht des Gerichts, durch Vergabe eines Passworts den E-Mail-Account grundsätzlich beherrscht. Hierfür sprechen die mehrmaligen vergeblichen Versuche der Arbeitgeberin, sie während ihrer krankheitsbedingten Abwesenheit zu erreichen. Da der Schutzbereich des Art. 10 GG nicht eröffnet ist, besteht auch kein Anspruch aus § 1004 BGB i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Art. 10 Abs. 1 GG. Einen Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 1004 BGB i.V.m. § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 206 Strafgesetzbuch (StGB) lehnt das LAG ebenfalls ab, da kein strafbarer Verstoß gegen das Fernmeldegeheimnis vorliegt, weil die Arbeitgeberin weder Inhaber noch Beschäftigte eines Unternehmens sei, das Post- oder TK-Dienste im Sinne des § 3 Abs. 6 TKG geschäftsmäßig erbringe. Die Arbeitnehmerin kann zudem keinen Anspruch aus § 202a StGB »Ausspähen von Daten« ableiten, weil sie nicht dargelegt hat, dass ein unbefugter Zugriff auf ihren E-Mail-Account erfolgt ist. Anhand der Kopf- bzw. Betreffzeile sind ausschließlich die dienstlichen Mails identifiziert worden, die allein der Arbeitgeberin zuzuordnen sind. Schließlich hat das LAG eine schadensersatzpflichtige Verletzung des Persönlichkeitsrechts der Arbeitnehmerin durch das Öffnen ihres E-Mail-Accounts verneint. Zwar ist das allgemeine Persönlichkeitsrecht insbesondere im Arbeitsverhältnis zu berücksichtigen. Das Persönlichkeitsrecht ist im Arbeitsverhältnis aber nicht schrankenlos zu gewährleisten. Hier ist eine Güterabwägung zwischen den Interessen des Arbeitgebers und den Interessen des Arbeitnehmers vorzunehmen und zu entscheiden, ob das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Arbeitnehmers Vorrang verdient. Unter Berufung auf das Volkszählungsurteil des Bundesverfassungsgerichts führt das Gericht aus, dass im Streitfall das Interesse der Arbeitgeberin an einem ungestörten Arbeitsablauf überwogen hat. Die Arbeitnehmerin habe die Stellvertreterregelung deaktiviert, gegen arbeitsvertragliche Pflichten verstoßen und eine ordnungsgemäße Bearbeitung des Geschäftsablaufs zusätzlich erschwert bzw. verhindert. Der Zugriff allein auf dienstliche Mails ist zudem erforderlich und verhältnismäßig gewesen. Es ist alles Erforderliche unternommen worden, um einen Zugriff auf private E-Mails der Arbeitnehmerin auszuschließen.

3 LAG Niedersachsen v. 31.5. 2010 – 12 Sa 875/09, NZA-RR 2010, 406; Jandt, a. a.O., weist auf den unterschiedlichen Sachverhalt in dem zugrundeliegenden Fall hin.

4 Unter vielen Koch, Rechtsprobleme privater Nutzung betrieblicher elektronischer Kommunikationsmittel, NZA 2008, 911, 912-913; Bundesregierung »Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes- Formulierungsvorschläge« v. 7.9.2011, Kommentierung zu § 88 Abs. 5 TKG.

Umfassend informiert!

Nutzen Sie auch den Informationsvorsprung unserer anderen Fachzeitschriften:

Soziale Sicherheit 2/2012

Öffentlich geförderte Beschäftigung: Das Experiment des Berliner ÖBS – Was hat es gebracht?

Sozialversicherungsschutz für pflegende Angehörige: Was gilt für sie?

Computer und Arbeit 2/2012

Die Vision eines arbeitsorientierten ganzheitlichen Produktionssystems (GPS)

Arbeit und Recht 2/2012

Tarifverträge zur Wiederherstellung von Equal Pay

Mitbestimmung kraft Gesetzes – Größe des Aufsichtsrats einer SE bei Gründung durch Umwandlung

gute Arbeit. 2/2012

Die Aufsichtsdienste im Arbeitsschutz

Die neue Arbeitsstättenregel zur Beleuchtung am Arbeitsplatz

Bestellen Sie unsere kostenlosen Test-Abos. Informationen hierzu unter Tel.: (069) 79501071 oder E-Mail: abodienste@bund-verlag.de

Bei Privatnutzung sind Arbeitgeber Dienstanbieter nach dem TKG

Das LAG stellt fest, dass Arbeitgeber, die eine Privatnutzung von E-Mail erlauben, keine Dienstanbieter nach § 3 Abs. 6 TKG sind und dass dies die herrschende Meinung ist. Es begründet seine Auffassung nicht inhaltlich und stützt sich ausschließlich auf eine Entscheidung des LAG Niedersachsen.³ Nun geht jedoch die mehrheitliche Meinung davon aus, dass der Arbeitgeber ein TK-Dienstanbieter wird, wenn er den Beschäftigten die Privatnutzung erlaubt. Das Argument, dass vorliegend kein geschäftsmäßiges Erbringen von Telekommunikationsdiensten gegeben ist, widerspricht § 3 Abs. 10 TKG. Danach ist »geschäftsmäßiges Erbringen von Telekommunikationsdiensten« das nachhaltige Angebot von Telekommunikation für Dritte mit oder ohne Gewinnerzielungsabsicht. Ein Arbeitgeber, der die Privatnutzung zulässt, erbringt nach § 3 Abs. 10 TKG geschäftsmäßig Telekommunikationsdienstleistungen. Das geschäftsmäßige Erbringen setzt nur Nachhaltigkeit und keine Gewinnerzielungsabsicht voraus. Arbeitnehmer sind Dritte bei zugelassener Privatnutzung. Dies ist die ganz überwiegende Meinung.⁴

Kontrollmöglichkeiten des Arbeitgebers bei zugelassener Privatnutzung

Wenn der Arbeitgeber Anbieter von Telekommunikationsdiensten wird, indem er einen E-Mail-Server bereitstellt und private E-Mails transportiert, hat er als Provider

Pflichten nach dem TKG zu beachten. Seine Kontrollmöglichkeiten von Mails der Beschäftigten sind dann eingeschränkt. Nach § 88 Abs. 1 TKG werden durch das Fernmeldegeheimnis Verbindungsdaten und Inhalte der Kommunikation geschützt. In dem vorliegenden Fall sind alle Mails auf dem dienstlichen Mail-Account vor dem Zugriff des Arbeitgebers geschützt, da betrieblich nicht zwischen privaten und dienstlichen Mails strikt getrennt wurde, z.B. durch die Nutzung einer privaten E-Mail-Adresse.⁵ Die Anweisung, private Mails als privat im Betreff zu kennzeichnen bzw. private Mails in einen privaten Ordner zu verschieben, ist keine hinreichende technische und organisatorische Trennung von dienstlichen und privaten Mails. Insofern kann bei dem vorliegenden Zugriff des Arbeitgebers auf dienstliche E-Mails bei erlaubter Privatnutzung auch gegen die Auffassung des Gerichts ein Verstoß gegen § 206 StGB und damit eine Verletzung des Fernmeldegeheimnisses vorliegen.

Begrenzte Reichweite des Fernmeldegeheimnisses?

Im Rückgriff auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 10 Abs. 1 GG argumentiert das LAG damit, dass die E-Mails der Arbeitnehmerin nicht mehr dem Fernmeldegeheimnis unterliegen und § 88 Abs. 1 TKG nicht anzuwenden ist. Das Bundesverfassungsgericht hat in mehreren Entscheidungen ausgeführt, dass Inhalte und Verbindungsdaten der Telekommunikation dann nicht mehr dem Schutz des Fernmeldegeheimnisses unterliegen, wenn die Mail im Herrschaftsbereich des Kommunikationsteilnehmers oder Empfängers angekommen ist und dieser eigene Schutzvorkehrungen gegen einen heimlichen Datenzugriff vornehmen kann.⁶ Dann ist der Übermittlungsvorgang beendet. Daraus ist zu folgern, dass private E-Mails so lange dem Schutz des Fernmeldegeheimnisses unterliegen, wie der Arbeitgeber darauf einen nicht zu verhindernden Zugriff hat.⁷ Die Arbeitnehmerin hat ihr Postfach mit einem Passwort geschützt, so dass der Arbeitgeber laut LAG keinen ungehinderten Zugriff mehr auf die E-Mails hatte. Dabei vernachlässigt das Gericht, dass die Erkrankte selbst wohl keinen Zugriff auf die eingehenden Mails hatte. Sie war nicht verpflichtet, über Blackberry oder Smartphone während der Erkrankung ihre Mails abzurufen und zu lesen. Das Gericht hat nicht den Sachverhalt geklärt, ob die Beschäftigte während ihrer Erkrankung ihre Mails abrufen und lesen konnte. Der Schutzbereich des Art. 10 GG ist durch den Umstand eröffnet, dass die Arbeitnehmerin wegen ihrer Erkrankung ihre Mails nicht lesen, keine Entscheidung über Verbleib oder Löschung treffen und die weitere Bearbeitung der Mails nicht vornehmen konnte. Durch die Öffnung des Postfachs wurden zudem Umstände der Kommunikation wie Absender, Betreffzeile, Datum, Anhänge und Dateigrößen einsehbar. Diese Verbindungsdaten sind durch Art. 10 GG geschützt, weil sie Rückschlüsse auf die

Inhalte der Kommunikation zulassen.⁸ Der Schutz des § 88 TKG gilt, solange die Klägerin die Mails nicht zur Kenntnis nehmen und keine Schutzvorkehrungen treffen konnte. Auf eine Klärung dieser Fragen lässt sich das LAG nicht ein und argumentiert, dass die Klägerin ihren Account durch ein Passwort geschützt und somit beherrscht hat. Damit ist der Kommunikationsvorgang abgeschlossen und der Art. 10 GG nicht mehr berührt. Vorliegend war jedoch der Übertragungsvorgang nicht abgeschlossen, da die Klägerin über die Mails nicht tatsächlich verfügen konnte. Jandt weist zu Recht darauf hin, dass mit dem Passwort ein Zugriff eines Administrators auf die E-Mails keinesfalls versperrt sei.⁹ Damit fällt hier die Einsicht in die Mails in den Schutzbereich von Art. 10 GG. Das LAG-Urteil widerspricht im Ergebnis der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts.¹⁰ Es trägt nichts zur Klärung bei, wann die Übertragung von E-Mails beendet ist. Es berücksichtigt zudem nicht, dass auch nach der Betriebsvereinbarung die Klägerin der Kontrolle der privaten Mails hätte zustimmen müssen.¹¹

Verhältnismäßigkeit des Zugriffs auf dienstliche Mails

Das Gericht fordert erhebliche Vorkehrungen von dem Arbeitgeber zur Sicherstellung des Persönlichkeitsrechts nach Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG. Es unternimmt eine Verhältnisabwägung des Rechts des Arbeitgebers auf Eigentum nach Art. 14 GG und des Rechts der Arbeitnehmerin auf freie Entfaltung der Persönlichkeit nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG. Betriebsräte können diese Hinweise des Gerichts für ihre Überwachungsaufgaben im Datenschutz nutzen. Der Arbeitgeber hat vorab Vorkehrungen zur Sicherstellung eines ordnungsgemäßen Geschäftsablaufs zu treffen. Er hat Beschäftigte zu verpflichten, betriebliche und private E-Mails zu trennen und für den Fall einer Abwesenheit den Abwesenheitsassistenten zu aktivieren. Der Arbeitgeber hat eine Abwesenheitsregelung zu treffen. Verstößt der Beschäftigte gegen diese Verpflichtung und nimmt keine Trennung von privaten und dienstlichen E-Mails vor, muss der Arbeitgeber vor einer Einsichtnahme versuchen, ihn telefonisch oder per E-Mail wiederholt zu erreichen. Diese vergeblichen Versuche sind zu dokumentieren und müssen nachweisbar sein. Muss der Arbeitgeber den Mail-Account öffnen, um den ordnungsgemäßen Geschäftsablauf zu gewährleisten und

5 H.M. unter vielen Tiedemann, Anmerkung Urteil LAG Berlin-Brandenburg v. 16.2.2011, ZD 1/2011, 43, 46; Koch, a.a.O., 913.

6 BVerfG v. 16.6.2009 – 2 BvR 902/06, NZA 2009, 2431. Schutz gegen rechtswidrige Auswertungen gewährleisten die Grundrechte auf informationelle Selbstbestimmung und auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme.

7 Z.B. Hoppe, Braun, Arbeitnehmer-E-Mails: Vertrauen ist gut – Kontrolle ist schlecht, MMR 2010, 80, 82.

8 Jandt, a.a.O., 632

9 Jandt, a.a.O.

10 Schild, a.a.O., 19, der auch von einem Widerspruch zu gesetzlichen Regelungen ausgeht, so z.B. zu § 206 StGB.

11 Jandt, a.a.O., 632.

kann der Beschäftigte nicht erreicht werden, muss er die Öffnung des Accounts durch die IT-Abteilung rechtzeitig ankündigen. Dadurch kann eine Vertrauensperson des Beschäftigten bei der Öffnung des Postfachs anwesend sein. Muss das personalisierte Postfach durch die IT-Abteilung geöffnet werden, sind neutrale Zeugen zu beteiigen, so z.B. der betriebliche Datenschutzbeauftragte oder ein Betriebsratsmitglied. Es dürfen dann nur dienstliche Mails anhand der Betreffzeile geöffnet werden, alle Zeugen müssen durchgehend anwesend sein und ggf. ein Protokoll erstellen. Diese Anforderungen hat die Arbeitgeberin im vorliegenden Fall eingehalten, so dass das Gericht keinen Verstoß gegen das Persönlichkeitsrecht der Klägerin nach Art. 2 Abs. 1 GG sieht.

Betriebsvereinbarung schließt gesetzliche Regelungslücke

Das vorliegende Urteil weist durch seine Verallgemeinerung eines Einzelfalls auf gesetzliche Regelungslücken im Telekommunikationsgesetz und Bundesdatenschutzgesetz hin.¹² Änderungsvorschläge zum Regierungsentwurf eines Beschäftigtendatenschutzgesetzes nehmen aktuell diese Problematik auf. Zukünftig soll in § 32 i BDSG-Entwurf geregelt werden, dass der Arbeitgeber bei Abwesenheit eines Arbeitnehmers zur Sicherstellung eines ordnungsgemäßen Geschäftsablaufes auf dienstliche E-Mails zugreifen darf. Hierbei soll laut Bundesinnenministerium § 88 TKG mit einem neuen Absatz 5 geändert werden. Bislang hatte der Gesetzgeber im Rahmen des Beschäftigtendatenschutzgesetzes (Entwurf) wiederholt ausgeführt, dass der Arbeitgeber bei Privatnutzung Dienstanbieter ist.¹³ Nach den Änderungsvorschlägen soll dies durch den neuen § 88 Abs. 5 TKG ausdrücklich nicht mehr der Fall sein. Ob es tatsächlich so kommen wird, ist noch nicht entschieden.

Fazit

Die Entscheidung des LAG Berlin-Brandenburg zum Fernmeldegeheimnis bei E-Mail-Kontrollen in einem Unternehmen, das Privatnutzung von E-Mail zugelassen hat, über-

zeugt nicht. Sie widerspricht dem Willen des Gesetzgebers. Der hat noch kürzlich bestätigt, dass der Arbeitgeber bei erlaubter Privatnutzung von E-Mail Provider ist und das Fernmeldegeheimnis nach § 88 TKG zu gewährleisten hat. An dieser Position wollte der Gesetzgeber bis vor kurzem nichts ändern. Da zurzeit unklar ist, ob der Gesetzgeber in

Die »Arbeits- und Sozialordnung 2012«
erscheint am 14. Februar 2012!

Der neue »Kittner«
ist Gold wert.

Mehr auf: www.der-kittner.de



dieser Frage nun tätig und das umstrittene Beschäftigtendatenschutzgesetz mit einem speziellen Änderungsvorschlag zur Thematik tatsächlich in 2012 verabschieden wird, sollten Interessenvertretungen so schnell als möglich tätig werden. Betriebsräte sollten jetzt einen umfassenden Schutz des Fernmeldegeheimnisses auch bei erlaubter Privatnutzung von E-Mail im Betrieb durch klare Schutzbestimmungen in einer Betriebsvereinbarung gewährleisten und vor allem eine eindeutige Bestimmung zum Beweisverwertungsverbot aufnehmen.¹⁴

DR. EBERHARD KIESCHE ist Berater für Daten-, Arbeits- und Gesundheitsschutz und betriebliches Eingliederungsmanagement bei der AoB Bremen. Kontakt: eberhard.kiesche@t-online.de

MATTHIAS WILKE ist IT-Sachverständiger und Datenschutzbeauftragter bei der dtb Kassel. Kontakt: info@dtb-kassel.de dtb Kassel



Hierzu finden Sie im Internet:
das Telekommunikationsgesetz im Volltext

¹² Schild, a.a.O., 22.

¹³ Kritisch dazu Kort, Einsatz von IT-Maßnahmen durch den Arbeitgeber: Konsequenzen einer Anwendung des Telekommunikationsgesetzes, DB 2011, 2092, der bezeichnenderweise von einer »noch herrschenden Meinung« ausgeht.

¹⁴ Kiesche/Wilke, E-Mail und Internet am Arbeitsplatz, CuA 4/2011, 14, mit einer Musterbetriebsvereinbarung ohne Abwesenheitsregelung.