MKM + PARTNER
DATENSCHUTZ

2017

E-Mail-Archivierung rechtskonform gestalten. Leitfaden für Unternehmen und Verantwortliche

Severin Maier

MKM Datenschutz GmbH

Disclaimer

Alle Inhalte dieses Leitfadens dienen ausschließlich der Information. Ihr Inhalt sollte daher nicht als Entscheidungsgrundlage im Einzelfall oder als Ersatz für einen einzelfallbezogenen Rechtsrat genutzt werden. Hierfür sollte stets der Rat eines qualifizierten Rechtsanwalts eingeholt werden. Mit der Veröffentlichung der Inhalte in diesem Leitfaden übernehmen wir keine Haftung im Einzelfall.

E-Mail-Archivierung rechtskonform gestalten. © MKM+PARTNER Rechtsanwälte PartmbB 2017

Inhaltsverzeichnis

1. VORWORT 1

2. WER, WAS UND WESHALB? – RECHTLICHE GRUNDLAGEN DER E-MAIL-ARCHIVIERUNG .. 1

2.1. Wer? – Verpflichtete und Verantwortliche 2

2.2. Was? – Welche E-Mails von der Archivierungspflicht umfasst sind 3

2.3. Warum? – Rechtliche Vorgaben zur Archivierungspflicht 4

2.4. Wie? – Rechtliche und technische Anforderungen an das E-Mail-Archivierungssystem ... 5

2.4.1. Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung 5

2.4.2. Private und dienstliche E-Mails 7

2.4.3. Zusammenfassung der rechtlichen und technischen Anforderungen 7

2.4.4. Risiken bei Nichteinhaltung 8

2.4.5. SPAM-Mail Archivierung 10

2.5. Zusammenfassung 12

3. WAS MÜSSEN VERANTWORTLICHE TUN? – PFLICHTEN UND AUFGABEN 13

3.1. Aufgaben der Geschäftsleitung 13

3.2. Aufgaben der IT 15

3.2.1. Schaffung und Umsetzung der Richtlinie 15

3.2.2. Definition der Archivierungsprozesse 17

3.2.3. Umfassende Dokumentation der Archivierung 19

3.2.4. Umfassende Dokumentation der Compliance 19

3.2.5. Zusammenfassung 19

4. WAS, WENN NICHT? – FOLGEN BEI NICHTBEACHTUNG 19

5. BESONDERHEITEN BEI DER PRIVATEN E-MAIL-NUTZUNG AM ARBEITSPLATZ 21

E-Mail-Archivierung rechtskonform gestalten. © MKM+PARTNER Rechtsanwälte PartmbB 2017

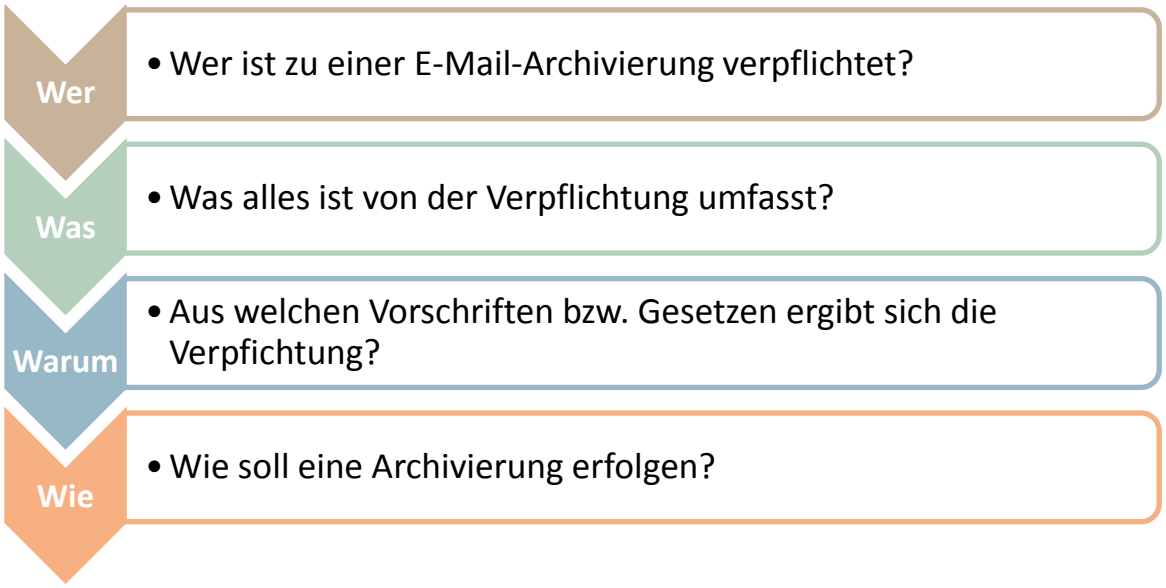
1. Vorwort

Dieser Leitfaden richtet sich an Unternehmen, sowie deren Verantwortliche und IT-Leiter, um bei einer rechtskonformen Umsetzung eines E-Mail-Archivierungssystems zu helfen, sowie den gesetzlichen Anforderungen der Kontroll- und Organisationspflicht an Unternehmen gerecht zu werden. Der Leitfaden zeigt verschiedene Situationen und Anforderungen auf, sowie Lösungsmöglichkeiten.

Es handelt sich hierbei um keine verbindliche Rechtsauskunft, sondern lediglich um einen Überblick bezüglich rechtlich relevanter Themen der E-Mail-Archivierung.

2. Wer, was und weshalb? – Rechtliche Grundlagen der E-Mail-Archivierung

Um eine rechtskonforme Umsetzung eines E-Mail-Archivierungssystems gewährleisten zu können, ist es notwendig, die rechtlichen Grundlagen zu kennen und zu durchdringen. Zu diesem Zwecke werden folgende Punkte erläutert.



Ergänzt wird dies mit konkreten Anwendungsbeispielen und Handlungsmöglichkeiten.

E-Mail-Archivierung rechtskonform gestalten. © MKM+PARTNER Rechtsanwälte PartmbB 2017

2.1. **Wer?**– Verpflichtete und Verantwortliche

Grundsätzlich ist jedes Unternehmen in der Bundesrepublik Deutschland verpflichtet, seine Tätigkeiten in einem rechtskonformen Rahmen auszuführen. Wer genau verpflichtet ist ergibt sich maßgeblich aus dem Handelsgesetzbuch (HGB): Kaufleute i.S.d. des HGB, Handelsgesellschaften, eingetragene Genossenschaften und juristische Personen i.S.d. § 33 HGB.[1] Aus der Summe dieser und anderer Vorschriften – wie die Abgabenordnung (AO) und Verwaltungsvorschriften des Bundesfinanzministeriums, zu denen weiter unten Stellung genommen wird – ergibt sich eine umfängliche Kontroll- und Organisationspflicht für Unternehmen, die dazu führt, dass Unternehmensstrukturen rechtskonform gestaltet bzw. angepasst werden müssen. Hierzu zählt auch die IT.

In jedem Unternehmen gibt es Verantwortliche, die teilweise vom Gesetz zu diesen bestimmt sind. So auch für die E-Mail-Archivierung. Namentlich verantwortlich für die E-Mail-Archivierung sind:

- Geschäftsleitung

  Als gesetzlicher Vertreter des Unternehmens bzw. Organ ist die Geschäftsleitung primär in der Verantwortung für eine rechtskonforme Unternehmensführung und folglich einer ggf. persönlichen Haftung ausgesetzt. Das macht sie auch zu den Hauptverantwortlichen für das E-Mail-Archivierungssystem.

- Leitung IT

  Da die Geschäftsleitung nicht alle Vorgänge im Unternehmen bis ins Detail überblicken und kontrollieren kann, werden sachnächste Verantwortliche eingesetzt – so bspw. die Leitung der IT-Abteilung. Hat die Geschäftsleitung diese nach bestem Wissen und Gewissen eingesetzt und sorgfältig mit ihren Aufgaben vertraut gemacht, haftet die Leitung der IT-Abteilung persönlich u.U. für die korrekte Umsetzung des E-Mail-Archivierungssystems.

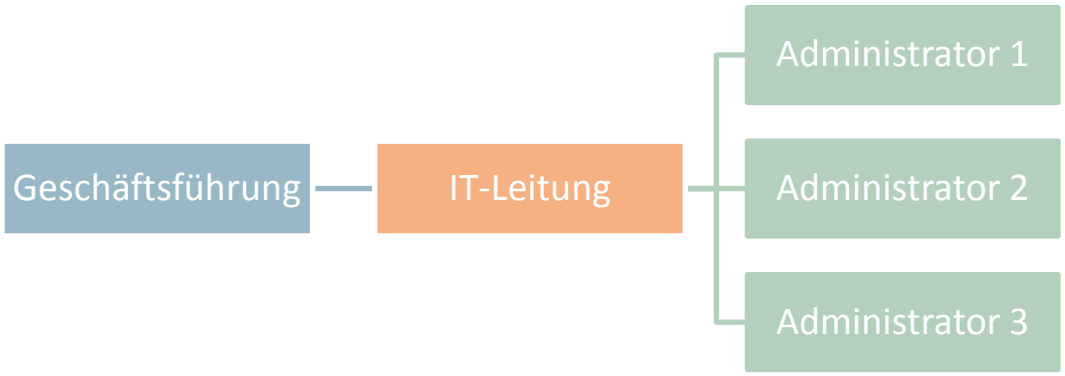
- Administrator IT

  Die Leitung der IT kann wiederum die Verantwortung an einzelne Administratoren abgeben. Auch hier richtet sich der Übergang der Haftung nach der Auswahl und Einweisung in das Aufgabengebiet. Sind diese nach bestem Wissen und Gewissen erfolgt, so haftet der zuständige Administrator u.U. für das E-Mail-Archivierungssystem.

  Wann ein der Geschäftsleitung untergeordneter Mitarbeiter persönlich haftbar ist, wird in Kapitel 2.6. näher erläutert.

[1] Vgl. hierzu *Barth* (2009) in MMR - MultiMedia und Recht: Archivierungspflicht von E-Mails?

E-Mail-Archivierung rechtskonform gestalten. © MKM+PARTNER Rechtsanwälte PartmbB 2017



2.2. **Was?** – Welche E-Mails von der Archivierungspflicht umfasst sind

Welche E-Mails von der Archivierungspflicht umfasst sind ergibt sich nicht abschließend aus einer Vorschrift. Vielmehr ist auch hier eine Summe von Vorschriften zu beachten.

- Handelsbriefe

  Die §§ 238, 257 HGB schreiben einem Kaufmann vor Kopien von sämtlichen Handelsbriefen vorzuhalten und sicher aufzubewahren. Da ein Handelsbrief jedes Schreiben ist, das der Vorbereitung, dem Abschluss, der Durchführung sowie der Rückgängigmachung eines Geschäftes dient[2], fallen auch E-Mails als elektronische Schreiben unter diese Regelungen. Schon nach diesen Maßgaben erstreckt sich die Archivierungspflicht auf de facto den gesamten geschäftlichen E-Mail-Verkehr.

- Unterlagen steuerrechtlicher Relevanz

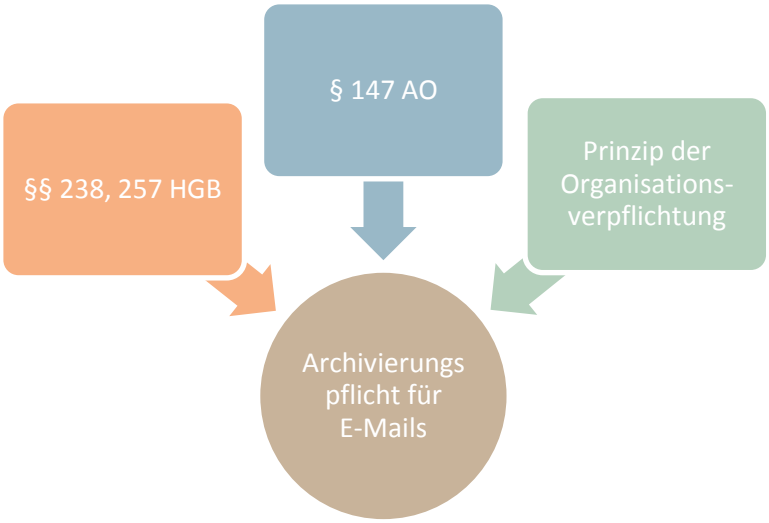
  Auch Vorschriften aus dem Steuerrecht spielen bei der Archivierungspflicht eine Rolle. So schreibt § 147 Abs. 1 AO u.a. vor, dass sämtliche empfangenen Handels- oder Geschäftsbriefe (Nr. 2), deren Wiedergaben (Nr. 3) und sonstige Unterlagen, die für die Besteuerung von Bedeutung sind (Nr. 5), geordnet aufzubewahren sind. Auch hier ergibt sich nicht wirklich ein geringerer Anwendungsrahmen für die Archivierungspflicht, sodass erneut von der Pflicht zur Archivierung des de facto gesamten geschäftlichen E-Mail-Verkehrs gesprochen werden kann.

[2] Vgl. hierzu *Barth* (2009) in MMR - MultiMedia und Recht: Archivierungspflicht von E-Mails?

E-Mail-Archivierung rechtskonform gestalten. © MKM+PARTNER Rechtsanwälte PartmbB 2017

2.3. **Warum?** – Rechtliche Vorgaben zur Archivierungspflicht

Wie oben bereits gezeigt, findet die Archivierungspflicht für E-Mails in verschiedenen Vorschriften des Handels- und des Steuerrechts ihre Ursache, so z.B. in den §§ 238, 257 HGB und 147 AO. Daneben spielt auch noch das sog. **Prinzip der Organisationsverpflichtung** eine Rolle, welches sich aus der Gesamtheit der Systematik von Handelsgesetzbuch und Gewerbeordnung ergibt. Es besagt schlicht, dass jedes Unternehmen in der Bundesrepublik Deutschland rechtskonform handeln und organisiert sein muss. Auch hieraus ergibt sich die Notwendigkeit, E-Mails zu archivieren und IT-Strukturen wie das E-Mail-Archivierungssystem rechtskonform zu gestalten.



Zu beachten sind weiterhin Normen des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB). Speziell im Geschäftsverkehr kann es im Zusammenhang mit der E-Mail-Archivierung wichtig werden, dass nach § 241 Abs. 2 BGB die Pflicht besteht, auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des Vertragspartners Rücksicht zu nehmen. Dies kann zusätzlich, insbesondere bei vertraulichen fremden Informationen, eine Archivierungspflicht notwendig machen, um eventuellen Schadensersatzansprüchen Dritter entgegentreten zu können.[3] Daher ist Unternehmen anzuraten jeglichen Emailverkehr, der Aufträge und Projekte betrifft, nicht nur aus den obigen Verpflichtungen heraus zu archivieren, sondern auch um Ansprüchen von Vertragspartnern kompetent begegnen zu können.

E-Mail-Archivierung rechtskonform gestalten. © MKM+PARTNER Rechtsanwälte PartmbB 2017

[3] *Keller* LL.M. (IT-Recht) und *Prestel*: http://www.it-recht-kanzlei.de/e-mail-archivierung-rechtliche-grundlagen.html (Stand 08.08.2014)

2.4. **Wie?** – Rechtliche und technische Anforderungen an das E-Mail-Archivierungssystem

Während die oben genannten Normen die Archivierungspflicht begründen gibt es weitere Maßgaben für Unternehmen, welche die Anforderungen an das Archivierungssystem konkretisieren.

2.4.1. Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführung

Seit dem 1.1.2015 gelten die **Grundsätze zur ordnungsmäßigen Führung und Aufbewahrung von Büchern, Aufzeichnungen und Unterlagen in elektronischer Form sowie zum Datenzugriff (GoBD).** Sie ersetzen die bisher gültigen Grundsätze ordnungsgemäßer Buchführungssysteme (GoBS) und die Grundsätze zum Datenzugriff und zur Prüfbarkeit digitaler Unterlagen (GDPdU). Zum 1.1.2017 ist sind die Übergangsfristen für die GoBS und GDPdU abgelaufen, sodass seit dem **ausschließlich** die GoBD gelten. Alle Unternehmen müssen ihre Archivierungssysteme auf die neuen Richtlinien umgestellt haben. Im Wesentlichen sind die GoBS und die GDPdU in der GoBD zusammengeführt worden. Um dem technischen Fortschritt Rechnung zu tragen wurden auch neue Regelungen in die GoBD aufgenommen.

Die GoBD sind Anforderungen der Finanzverwaltung an IT-gestützte Buchführungssysteme, stellen eine Erläuterung zum Handelsgesetzbuch dar und regeln u.a. den Umgang mit aufbewahrungspflichtigen Daten und Belegen in elektronischen Buchführungssystemen, datensicheren Dokumenten-Managementsystemen und revisionssicheren Archivsystemen. Ihre Maßgaben spielen daher auch bei der E-Mail-Archivierung eine bedeutende Rolle.

Die früheren GoBS waren in der Praxis nicht ganz unumstritten, da ihre Anforderungen aus Sicht von kleineren und mittleren Unternehmen teilweise nicht erfüllbar gewesen seien. Da in die GoBD die damaligen Anforderungen von GoBS und GDPdU aufgenommen wurden, verliert die nachstehende Liste nicht ihre Gültigkeit. Trotz dieser Kritik wurden die Mindestanforderungen zur E-Mail Archivierung aus der GoBS und der GDPdU in die neue GoBD weitesgehend unverändert übernommen.

- Dokumente müssen stets vollständig archiviert werden.
- Dokumente sind frühestmöglich zu archivieren.
- Jedes Dokument muss mit dem Original übereinstimmen und unveränderbar archiviert werden.
- E-Mails sollten indexiert werden, wie bei gescannten Dokumenten. Die Verknüpfung zwischen Index, digitalem Archiv und Datenträger muss während der Aufbewahrungsfrist permanent gewährleistet sein.
- Enthält die E-Mail farbliche Markierungen mit Beweisfunktion muss die archivierte E-Mail diese ebenfalls aufweisen.

E-Mail-Archivierung rechtskonform gestalten. © MKM+PARTNER Rechtsanwälte PartmbB 2017

- Jedwede Bearbeitung ist strikt zu protokollieren und mit der E-Mail zu archivieren. Eine bearbeitete E-Mail muss als solche gekennzeichnet sein (bspw. mit „Kopie“).
- Aufbewahrungsfristen sind einzuhalten, eine Löschung nach Ablauf der Aufbewahrungsfrist ist zwingend erforderlich.
- Die Wiedergabe der E-Mails während der Aufbewahrungsfrist ist zu gewährleisten, eine Lesbarkeit ist in einer angemessenen Zeit zu bewerkstelligen.
- Originale dürfen nur vernichtet werden, wenn andere Rechtsvorschriften dem nicht entgegenstehen.
- Jedwede nachträgliche Veränderung an archivierten E-Mails bzw. Dokumenten ist zu protokollieren und muss nachvollziehbar sein.
- Bei der Migration und Änderung des Archivsystems muss die Einhaltung der genannten Kriterien garantiert sein.
- Rechnungen müssen eine qualifizierte elektronische Signatur aufweisen, Faksimile-Unterschriften sind unzureichend.
- Rechnungsempfänger müssen die Signatur im Hinblick auf die Integrität der Daten und die Signaturberechtigung prüfen, das Ergebnis ist zu dokumentieren.
- Rechnungen sind auf Datenträger abzuspeichern, die keine nachträgliche Änderung zulassen.
- Der Eingang der Rechnung, die Konvertierung, die weitere Verarbeitung und Archivierung sind zu protokollieren.
- Rechnungsempfänger müssen die Kompatibilität der Übertragungs-, Archivierungs- und Konvertierungssysteme mit der GoBD sicherstellen.

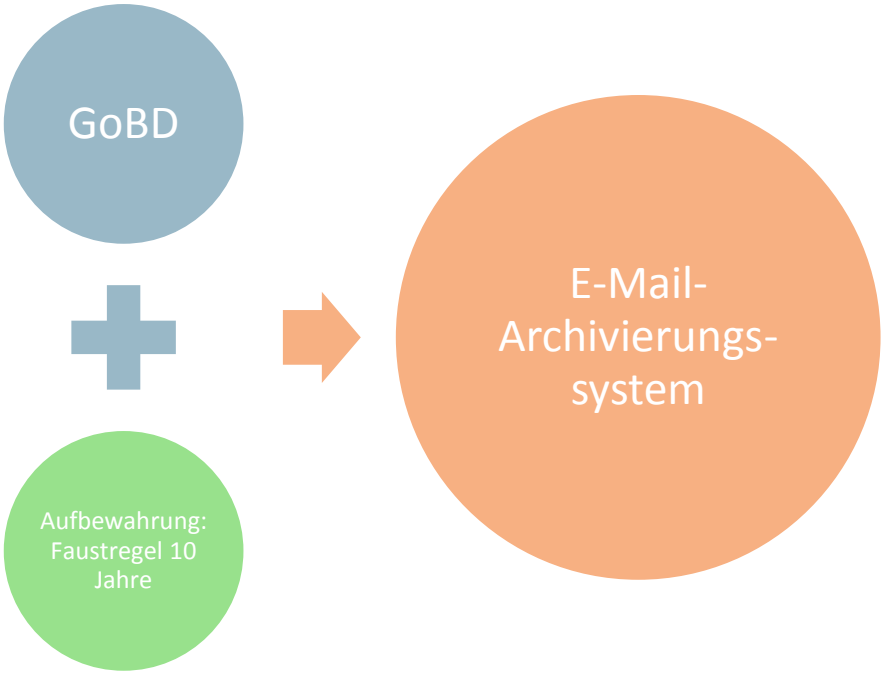
- Aufbewahrungsfristen

  Die Aufbewahrungsfristen unterscheiden sich je nach Dokument. So müssen z.B. Personalakten sechs Jahre lang nach Ausscheiden des Mitarbeiters aufbewahrt werden. Für steuerlich relevante Unterlagen gilt eine Aufbewahrungsfrist von zehn Jahren. Unterlagen zu rechtskräftig anerkannten Ansprüchen (Titel) sind sogar 30 Jahre lang aufzubewahren. Als Faustregel für die Archivierung von Mails sollte daher gelten:

Aufbewahrungsfrist zehn Jahre!

E-Mail-Archivierung rechtskonform gestalten. © MKM+PARTNER Rechtsanwälte PartmbB 2017

Bislang lassen sich die Anforderungen an das E-Mail-Archivierungssystem also wie folgt darstellen:



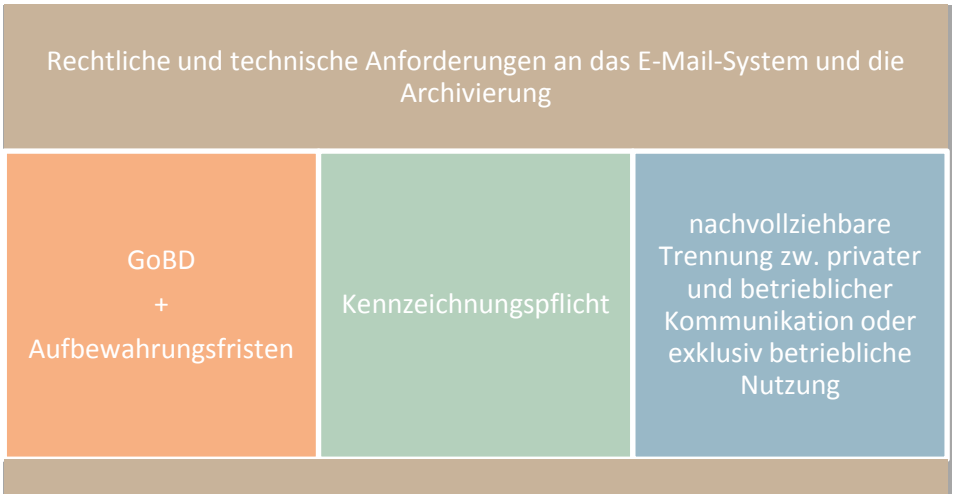
2.4.2. Private und dienstliche E-Mails

Alle E-Mails, die einen geschäftsrelevanten Inhalt vorweisen, sind zu archivieren. Näheres hierzu ist im **Kapitel 3.2.1.** aufgeführt. Herausforderungen ergeben sich bei der privaten Nutzung. Ist die private Nutzung gestattet oder wird sie geduldet, sind besondere Regelungen und Vorkehrungen zu treffen, die eine gesetzeskonforme Archivierung ermöglichen. Was hierzu beachtet werden muss, ist im **Kapitel 3.4.** näher beschrieben.

2.4.3. Zusammenfassung der rechtlichen und technischen Anforderungen

Bei der E-Mail-Archivierung sind also viele verschiedene Faktoren zu beachten: die **GoBD** und die **Aufbewahrungsfristen**.

E-Mail-Archivierung rechtskonform gestalten. © MKM+PARTNER Rechtsanwälte PartmbB 2017



2.4.4. Risiken bei Nichteinhaltung

Die Nichteinhaltung der o.g. Anforderungen kann für ein Unternehmen unangenehme Folgen haben.

- **Versicherungsschutz**

  Die Nutzung des E-Mail-Systems zu *privaten* Zwecken kann dazu führen, dass der volle Versicherungsschutz entfällt. Kommt es bspw. in Folge der privaten Nutzung zu einem Schaden an der IT oder dem Verlust von Daten, so ist dies i.d.R. nicht vom betrieblichen Versicherungsschutz gedeckt.

- **Compliance**

  Es existieren rechtliche Anforderungen, die bei Nichteinhaltung straf- und zivilrechtliche Sanktionen nach sich ziehen können.

  - **Sarbanes-Oxley Act (SOX)**

    Der SOX (auch: SOA) betrifft maßgeblich deutsche Unternehmen, die in den USA geschäftlich tätig oder mit solchen Unternehmen z.B. konzernrechtlich verbunden sind. Er trifft Regelungen, die die Richtigkeit der öffentlichen Finanzdaten eines Unternehmens gewährleisten sollen, dass den US-amerikanischen Rechtsvorschriften unterliegt. Der SOX legt u.a. straf- und zivilrechtliche Sanktionen bei Sicherheitsverstößen fest und schreibt erweiterte Veröffentlichungspflichten bei bestimmten Unternehmensinformationen sowie verschärfte Mitteilungspflichten über Gehälter der Unternehmensleitung vor. Zudem sind Unternehmen verpflichtet, E-Mails, die die Finanzlage des Unternehmens betreffen, aufzubewahren.[4]

[4] Aufgrund mangelhafter E-Mail-Archivierung sah die US-Börsenaufsicht SEC im Jahr 2002 einen Verstoß gegen den SOX und verhängte gegen ein Deutsches Geldhaus eine Millionenstrafe.

E-Mail-Archivierung rechtskonform gestalten. © MKM+PARTNER Rechtsanwälte PartmbB 2017

- Gesetz zur Kontrolle und Transparenz im Unternehmensbereich (KonTraG)

  Das KonTraG hat 1998 u.a. den § 91 Abs. 2 Aktiengesetz (AktG) neu eingefügt. Diese Norm schuf Teile der heutigen Compliance-Verpflichtungen für Aktiengesellschaften und sollte mitunter vor dem Hintergrund des damaligen technischen Entwicklungsstandes betrachtet werden. Einfach gesprochen besagt die Norm, dass das Risiko für das Unternehmen minimiert werden muss, egal um welche Tätigkeiten es sich handelt. Die offizielle Begründung der damaligen Bundesregierung[5] sah aber auch eine Anwendung auf andere juristische Unternehmensformen – namentlich der GmbH – vor, wenn diese in Größe und Komplexität einer Aktiengesellschaft ähneln.[6]

  Das KonTraG verpflichtet somit nicht direkt zu einer E-Mail-Archivierung. Allerdings schuf es einen Pflichtenrahmen für das unternehmerische Risikomanagement, zu dem auch der sorgsame und ordnungsgemäße Umgang mit geschäftlichen und privaten Mails gehört.

- Basel III

  Die Unternehmensleitung ist vertraglich und gesetzlich verpflichtet, vorhersehbare Vermögenseinbußen bzw. –schäden zu verhindern. Solche Risiken können sich durch private E-Mail-Nutzung ergeben, wenn z.B. Schäden an der IT entstehen oder Informationen unkontrolliert weitergegeben werden. Die Vorschläge des Baseler Ausschusses für Bankenaufsicht (Basel III) schreiben Unternehmen weiter vor, dass sie sich auf ein Rating nach diesen Vorschlägen vorbereiten müssen. Hierfür ist eine sichere IT-Struktur im Unternehmen von essentieller Bedeutung. Zu dieser gehören auch ein kontrollierter Informationsfluss und vor allem eine lückenlose Nachvollziehbarkeit der Informations- und Kommunikationsabläufe. Eine E-Mail-Archivierung erweist sich in dieser Hinsicht fast als unumgänglich.

- Revisionssicherheit

  Die Revisionssicherheit ist als solche nicht gesetzlich normiert. Der Begriff „Revisionssicherheit“ entstammt dem Bereich der Dokumenten-Managementsysteme. Elektronische Archivierungssysteme gelten als revisionssicher, wenn sie

  - den Anforderungen der GoBD (s.o.) genügen,
  - ordnungsgemäß betrieben werden und

[5] Einzusehen unter http://dipbt.bundestag.de/doc/btd/13/097/1309712.pdf (Stand 11.8.2014).
[6] Dieser Maßstab ist durchaus schwammig formuliert. Gerade dies ermöglicht aber eine breite Anwendung auf andere Unternehmensformen und macht oftmals eine Einzelfallentscheidung notwendig.

E-Mail-Archivierung rechtskonform gestalten. © MKM+PARTNER Rechtsanwälte PartmbB 2017

- Dokumente sowohl unveränderbar als auch verfälschungssicher archivieren.

Da für die E-Mail-Archivierung folglich dieselben Maßstäbe gelten, muss sie so ausgestaltet sein, dass sie

- die **Unveränderbarkeit** der Mails,
- die **Fälschungssicherheit** sowie
- die **Transparenz**, **Nachvollziehbarkeit** und **Rückverfolgung** der Kommunikation garantiert.

2.4.5. SPAM-Mail Archivierung

SPAM-Filter weisen hinsichtlich der Sortiervorgangs Schwächen auf. So können die Programme dienstliche Mails als SPAM-Mails deklarieren und aussortieren. Soweit diese Mails in einen extra SPAM- bzw. Junk-Ordner gelegt werden, zählen sie als zugegangen und müssen vom Unternehmen auch so behandelt werden. Dies zeigt auch die die jüngste Entscheidung des Landgerichts Bonn.[7] Hiernach sind die SPAM-Ordner mindestens täglich hinsichtlich falsch aussortierter Mails zu prüfen. Eine falsche Sortierung von dienstlichen Mails hebt auch nicht deren Archivierungspflicht auf. Hinsichtlich der E-Mail-Archivierung mit SPAM-Mails gibt es daher drei mögliche Vorgehensweisen:

- **Archivierung nach der SPAM-Filterung**

  Es werden nur E-Mails gespeichert, die nicht von dem SPAM-Filterprogramm aussortiert wurden. Dadurch, dass die große Menge an täglich eingehenden SPAM-Mails nicht mit archiviert wird, lässt sich der Bedarf an Speichervolumen z.T. drastisch verringern. Gleichzeitig werden die Suchergebnisse im Archiv verfeinert, da mögliche SPAM-Mails mit den potenziellen Suchbegriffen nicht auftauchen. Zu beachten ist, dass eine Archivierung sämtlicher relevanten Mails nicht erfolgen kann. Da - wie oben beschrieben - geschäftliche E-Mails als SPAM-Mails markiert werden können, würden diese nicht in das Archiv aufgenommen werden. Dies ist gerade dann problematisch, wenn die eingehenden E-Mails automatisch und unmittelbar beim Eingang in den Posteingang archiviert werden. Ob hier eine nachträgliche, manuelle Sortierung der betreffenden Mail vom SPAM-Ordner in den Posteingangsordner durch die Archivierung erkannt und eine Archivierung auch nachträglich durchgeführt wird, hängt von dem eingesetzten Programm ab.

[7] LG Bonn, 10.01.2014 (Az.: 15 O 189/13)

E-Mail-Archivierung rechtskonform gestalten. © MKM+PARTNER Rechtsanwälte PartmbB 2017

- Archivierung vor der SPAM-Filterung

  Sämtliche eingehenden E-Mails werden auf diese Weise archiviert. Das Unternehmen kommt hier seiner Verpflichtung nach, alle relevanten E-Mails zu archivieren. Dies führt jedoch dazu, dass der benötigte Speicherplatz hoch ist. Speicherplatz muss für nicht relevante SPAM-Mails genutzt werden. Zudem werden Suchergebnisse durch die Einbeziehung von SPAM-Mails verfälscht. Aufgrund der dann hohen, nicht relevanten Datenmenge ist außerdem fraglich, ob das Kriterium der schnellen Auffindbarkeit eines bestimmten Vorgangs gewährleistet werden kann.

- SPAM-Mails werden vom E-Mail-Server abgewiesen

  Hierbei werden potenzielle SPAM-Mails vom SPAM-Filterprogramm erkannt und abgelehnt. Durch das sog. „rejeten“ erfolgt kein Zugang. Eine Archivierung dieser Mails scheidet somit aus. Zu beachten ist, dass der SPAM-Filter ordnungsgemäß eingestellt sein muss. Zu stark eingestellte Filter können den Verdacht einer absichtlichen und unzulässigen Zugangsvereitelung erwecken. Zudem wird der Sender der E-Mail über die Nicht-Zustellung informiert. Dieser kann somit zeitnah reagieren und Dokumente, Daten oder andere Informationen, die in der fälschlicherweise als SPAM markierten Mail übersendet wurden, auf anderen Weg übermitteln.[8]

E-Mail-Archivierung rechtskonform gestalten. © MKM+PARTNER Rechtsanwälte PartmbB 2017

[8] MailStore Software GmbH, Rechtssichere E-Mail-Archivierung – Der Leitfaden für Deutschland http://www.mailstore.com/de/whitepaper/email-archivierung-leitfaden-rechtssicherheit-deutschland.pdf (Stand: 08.08.2014)

2.5. Zusammenfassung

Wer

- Verpflichtet zur Archivierung ist jedes Unternehmen.
- Verantwortlich ist grundsätzlich die Geschäftsführung, die die Durchführung an den Leiter IT und der Administrator IT weiterreichen kann.

Was

- Von der Archivierung sind sämtliche Handelsbriefe und steuerlich relevante E-Mails umfasst.
- Um eine vollständige E-Mailarchivierung sicherzustellen, wird die Archivierung des gesamten geschäftlichen E-Mail-Verkehrs empfohlen.

Warum

- Die Verpflichtung ergibt sich aus Vorschriften des Handelsgesetzbuches, der Abgabenordnung und dem Prinzip der Organisationsverpflichtung.

Wie

- E-Mails sollten grundätzlich 10 Jahre aufbewahrt werden.
- Die archivierten E-Mails müssen mit dem Original übereinstimmen und innerhalb des Archivierungszeitraumes jederzeit vollständig lesbar sein.
- ...

E-Mail-Archivierung rechtskonform gestalten. © MKM+PARTNER Rechtsanwälte PartmbB 2017

3. Was müssen Verantwortliche tun? – Pflichten und Aufgaben

In diesem Teil des Leitfadens soll den Verantwortlichen für die E-Mail-Archivierung im Unternehmen aufgezeigt werden, wie die Archivierung erfolgreich und ordnungsgemäß eingeführt und etabliert werden kann. Ziel ist es Geschäfts- und IT-Leitung sowie untergeordnete Verantwortliche eine Systematik bereitzustellen und sie für die klassischen Problemfelder und deren Lösungsansätze zu sensibilisieren.

3.1. Aufgaben der Geschäftsleitung

Der Geschäftsleitung obliegt die Einhaltung der Organisationsverpflichtung, die Aktivität des Unternehmens muss gesetzeskonform gestaltet sein. Für die E-Mail-Archivierung bedeutet das konkret, dass die Geschäftsleitung für deren Einführung und Umsetzung verantwortlich ist und diese fortlaufend und konsequent überprüft. Dabei sollten folgende Gesichtspunkte sichergestellt werden.

- Grundvoraussetzung: betriebliche Nutzung?

  Die rein betriebliche Nutzung des E-Mail-Systems im Unternehmen ist zu empfehlen (s.o.). Falls doch eine private Nutzung zugelassen wird, sollte die Geschäftsleitung sich in den Arbeitsverträgen zusichern lassen, dass auch die privaten Inhalte eines Mitarbeiters vollumfänglich durch die Geschäftsführung kontrolliert werden können. Ist der Mitarbeiter hiermit nicht einverstanden, sollte ihm die Privat-Nutzung des Mailsystems explizit untersagt werden (s. dazu auch unten). Die Mitarbeiter sollten über die Beweggründe ausreichend informiert werden – nicht zuletzt um sie auf die Gesetzeslage (Kennzeichnungspflicht!) und potentielle Risiken (Haftung!) aufmerksam zu machen.

- Soll die private Nutzung des E-Mail-Systems gestattet sein, so sind gewisse Punkte vor Beginn der Archivierung zu beachten. Diese sind unten in Kapitel 3.4 gesondert beschrieben.

  Initiierung einer Richtlinie für Archivierung

  Der Geschäftsleitung kommt die Aufgabe zu für die Compliance mit den Regelungen des HGB und der AO Sorge zu tragen (s.o.). Hierzu gehört die Schaffung einer Richtlinie, die alle notwendigen Stationen der Umsetzung des Archivierungssystems klar vorgibt. I.d.R. bedeutet dies, dass die Geschäftsleitung einen entsprechenden Auftrag an die Fachabteilung des Unternehmens gibt und dessen Erfüllung überprüft. Die Richtlinie sollte folgende Sachverhalte für die Archivierung umfassen:

  - Deadline für die Inbetriebnahme.
  - Wichtige Parameter, wie Umfang und Zeitfenster der einzelnen Arbeitsschritte.

E-Mail-Archivierung rechtskonform gestalten. © MKM+PARTNER Rechtsanwälte PartmbB 2017

- Definition der zu archivierenden Inhalte. Durch die Kennzeichnungspflicht der geschäftsrelevanten E-Mails sind das faktisch alle. Insbesondere sind dies somit **gesendete Mails**, **empfangene Mails**, **Anhänge** und **elektronische Signaturen**.
- Maßnahmen zur Transparenz und Nachvollziehbarkeit der Kommunikation. Dies kann es u.U. möglich machen, den Kontext der E-Mails ebenfalls zu archivieren, bspw. Kalendereinträge und die Adressverwaltung.
- Definition der Archivierungszeiträume. Zu beachten sind die gesetzlichen Aufbewahrungsfristen (s.o.) sowie Drittbestimmungen, z.B. Basel III. Eine **prinzipielle Aufbewahrungsfrist von zehn Jahren** ist zu empfehlen.[9]
- Verantwortliche, inklusive Aufgabenbereich.

- **Sicherstellung der Compliance**

  Im Anschluss an die Initiierung und Erstellung der Richtlinie ist es an der Geschäftsleitung, diese auf die Compliance mit den geltenden Bestimmungen zu überprüfen bzw. überprüfen zu lassen. Bei diesem Schritt handelt es sich um einen äußerst relevanten für die erfolgreiche Umsetzung der Archivierung. Ihm sollte daher besondere Aufmerksamkeit zuteilwerden. Zu beachtende Aspekte für die Sicherstellung der Compliance sind:

  - **HGB und AO**

    Wichtig ist die Konformität mit den handels- und abgabenrechtlichen Vorgaben. Jeder Kaufmann ist verpflichtet so Buch zu führen, dass ein sachverständiger Dritter innerhalb einer angemessen Zeit einen Überblick über die Geschäftslage des Unternehmens erhält. D.h., dass Mails derart systematisch archiviert werden müssen um jederzeit einen solchen Überblick gewährleisten zu können. Nach dem Gesetz hat der Kaufmann hierbei einen relativ großen Spielraum. Eine Unterteilung kann bspw. nach Vertragspartner und chronologisch erfolgen. Zu beachten sind in diesem Schritt auch die **GoBD** (s.o.).

  - **Dokumentation der Archivstrukturen**

    Ebenfalls zur Compliance gehört die ordnungsgemäße Dokumentation, sowohl von Erstellung und Umsetzung der Richtlinie als auch des letztendlich zur Anwendung kommenden Archivierungssystems für das Unternehmen. Nur so ist es der Geschäftsleitung möglich eine rechtskonforme Planung, Gestaltung und Umsetzung des Archivierungssystems zu beweisen. Zusätzlich kann die Dokumentation für Schulungszwecke des Personals eingesetzt werden. Das Abhalten einer solchen sollte von der Geschäftsleitung ebenfalls vor Beginn der

[9] Zu den unterschiedlichen Aufbewahrungsfristen siehe Kapitel 2.

E-Mail-Archivierung rechtskonform gestalten. © MKM+PARTNER Rechtsanwälte PartmbB 2017

Archivierung angeordnet werden, um eine ordnungsgemäße Durchführung und die Revisionssicherheit der Archivierung garantieren zu können.

3.2. Aufgaben der IT

Dieser Abschnitt richtet sich sowohl an die Leitung der IT als auch an die ernannten Administratoren.

3.2.1. Schaffung und Umsetzung der Richtlinie

Die IT hat die Aufgabe, die von der Geschäftsleitung in Auftrag gegebene Richtlinie entsprechend zu schaffen und umzusetzen. Die Richtlinie soll alle **unternehmensstrategischen**, **technischen**, **organisatorischen** und **rechtlichen** Themen regeln. Zu diesen gehören insbesondere:

- **Archivierung der gesamten betrieblichen Kommunikation**

  Zur Archivierung der betrieblichen Kommunikation sind zunächst zwei Schritte notwendig. Zum einen muss definiert werden, was als betriebliche Kommunikation gilt. Zum anderen muss die betriebliche Kommunikation als solche gekennzeichnet werden (**Kennzeichnungspflicht**).

  Erneut bleibt zu empfehlen alle Mails als betriebliche Kommunikation zu definieren (s.o.). In der Praxis hat sich diese Methode durchaus bewährt. Die Vorgaben an eine ordnungsgemäße Archivierung lassen oft kaum eine andere Möglichkeit zu. Dies ist insbesondere mit Blick auf die 2007 eingeführte Kennzeichnungspflicht zu sehen. Hiermit wurde ein extrem weiter Anwendungsrahmen geschaffen, da de facto jedwede Kommunikation als geschäftsrelevant eingestuft werden **kann**. Weiterhin muss **ausnahmslos** die gesamte geschäftsrelevante Kommunikation archiviert werden. Wird nicht von vornherein festgelegt, dass alle Mails als betriebliche Kommunikation gelten, erhöht man das Risiko Teile der betrieblichen Kommunikation zu übersehen. Letztendlich ist es bis jetzt auch nicht wirklich gelungen eine andere Definition zu entwickeln. Hierzu müsste eine Definition nach Fallgruppen der zu archivierenden Mails erfolgen. Da diese aber nahezu unüberschaubar sind, ist die Gefahr groß relevante Fallgruppen zu übersehen – speziell wenn neue hinzukommen.

E-Mail-Archivierung rechtskonform gestalten. © MKM+PARTNER Rechtsanwälte PartmbB 2017

Auf der anderen Seite sind durchaus Entwicklungen zu beobachten, die von solch einer rigiden Durchsetzung abrücken (siehe Fn. 16 und 17). Bei der Erlaubnis einer privaten Nutzung ist im Prinzip zu beachten, dass die Umsetzung schlicht komplexer ist und mehr Variablen zu beachten sind, wie das Fernmeldegeheimnis, Persönlichkeitsrechte der Mitarbeiter, Datenschutz, Archivierungsverbot privater Mails, entsprechende Arbeitsvertragsklauseln etc.[10]

Ist die Definition der betrieblichen Kommunikation festgelegt, muss diese als solche gekennzeichnet werden. Dies geschieht i.d.R. mit einer Signatur. **Grundsätzlich ist jede Mail mit der Signatur des Unternehmens zu archivieren, unabhängig vom Inhalt. Die Signatur macht die Mail rechtlich zu einer offiziellen Handlung des Unternehmens und schafft Rechtsverbindlichkeit!**

In der Praxis kann es, auch wenn man die komplette Kommunikation als betrieblich definiert, immer wieder zu Situationen kommen, deren Bewertung und Abgrenzung vor dem Gesichtspunkt der Archivierungspflicht schwierig sind. Deshalb sollten folgende Hinweise zu ausgewählten Situationen beachtet werden:

- Mails des Betriebsrates

  Das Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) räumt dem Betriebsrat sowie seinen Mitgliedern Sonderrechte im Unternehmen ein. U.a. soll sich der Betriebsrat um die Belange der Arbeitnehmer kümmern und diese gegenüber dem Unternehmen vertreten. Von daher ist es diskussionswürdig, ob die sämtliche Kommunikation des Betriebsrates archiviert werden sollte bzw. überhaupt werden darf. Teile dieser Kommunikation könnten durchaus als vertraulich eingestuft werden. Aus den oben genannten Gründen wird dennoch keine Sonderregelung empfohlen.

  Um den Erfordernissen des Betriebsrates nachkommen zu können wäre aber die Schaffung eines separaten Postfaches oder eventuell E-Mail-Systems eine denkbare Möglichkeit. Dieses sollte dann ausschließlich der ordnungsgemäßen Wahrnehmung der gesetzlichen Aufgaben des Betriebsrates zur Verfügung stehen. Entsprechendes ist in der Richtlinie zur Archivierung zu vermerken.

- Verschlüsselte Mails

  Für verschlüsselte Mails gelten dieselben Anforderungen an die Archivierung, wie für unverschlüsselte. Allerdings ist es ausreichend die Mails verschlüsselt zu archivieren, wenn das Unternehmen die Kontrolle über sämtliche Schlüssel hat, die zur Anwendung kommen. Zudem müssen die Mails bei Bedarf bzw. auf Anfrage in einem angemessenen Zeitrahmen lesbar gemacht werden können, z.B. für Wirtschaftsprüfer. Folglich ist dann eine zentrale Organisation der Verschlüsselung notwendig.

[10] Mehr dazu im Kapitel 3.4. Dort findet sich auch eine Checkliste der wichtigsten zu beachtenden Aspekte.

E-Mail-Archivierung rechtskonform gestalten. © MKM+PARTNER Rechtsanwälte PartmbB 2017

Hierin könnte auch eine Möglichkeit liegen dem Betriebsrat entgegenzukommen. Es kann bspw. in der Richtlinie der Archivierung und der Organisation der Verschlüsselung festgelegt werden, dass verschlüsselte Mails des Betriebsrates nur mit dessen Zustimmung lesbar gemacht werden dürfen.

- Instant Messaging

  Bei der Archivierung sollten, wenn der genutzte Client es zulässt, zwei Vorgänge unterschieden werden: Instant Messaging mittels Textnachrichten und Voice over IP (VoIP).

  VoIP ist im Rahmen der Archivierungspflicht als Telefonie zu behandeln. Dementsprechend sind hierüber nur „Telefonnotizen" anzufertigen und zu archivieren, sofern sie geschäftsrelevante Kommunikation darstellt.

  Textnachrichten unterscheiden sich in dieser Hinsicht nicht von Mails, auch wenn sie keine Signatur des Unternehmens aufweisen. Sie sind demnach wie Mails zu behandeln und zu archivieren, wobei eine Kennzeichnungspflicht rechtlich (noch) nicht vorgeschrieben ist.

- Electronic Invoicing

  Im Rahmen des Versandes elektronischer Rechnungen (electronic invoicing) ist darauf zu achten, dass ein Nachweis über die Gültigkeit der Signatur zum Zeitpunkt der Rechnungsstellung archiviert ist. Als praktikabler hat es sich herausgestellt grundsätzlich nur Signaturen zu verwenden, die eine Gültigkeitsdauer von mindestens zehn Jahren aufweisen.

3.2.2. Definition der Archivierungsprozesse

Ist die Richtlinie für die Umsetzung und den Ablauf der E-Mail-Archivierung geschaffen, müssen als nächstes die einzelnen Archivierungsprozesse definiert und festgelegt werden. Dazu sind die definierten Archivierungsinhalte und –zeiträume zu beachten. Die Archivierungsprozesse umfassen neben der eigentlichen Archivierung auch die Löschung von Mails, die definitiv nicht aufbewahrt werden müssen bzw. deren Aufbewahrungsfrist verstrichen ist. Dabei ist zu beachten, dass eine Löschung zwingend erforderlich ist.

Um die Definition der Archivierungsprozesse möglichst exakt zu fassen, sollte der Administrator den technischen Ablauf der Archivierung bzgl. folgender Aspekte genau beschreiben:

- Erfassung
- Speicherung
- Organisation
- Wiederherstellung

E-Mail-Archivierung rechtskonform gestalten. © MKM+PARTNER Rechtsanwälte PartmbB 2017

Dabei ist immer auf die gesetzlichen Vorgaben zu achten, wie bspw. die Unveränderlichkeit steuerlich relevanter Mails.

Im Anschluss an die Festlegung des Archivierungsprozesses ist der Wiederherstellungsprozess festzulegen (**Achtung: kein bloßes Backup, sondern ein Restore!**). Hierbei muss bestimmt werden welche **Person** im Unternehmen unter welchen **Voraussetzungen** und mit welchen **Rechten** welche **Mails** aus dem Archiv abrufen darf.

Sind Archivierungs- und Wiederherstellungsprozess festgelegt, muss die IT das Archivierungsmedium auswählen. Hierzu und zum technischen Teil des Archivierungssystems ein paar Hinweise:

- **Archivierungsmedium**

  Weder HGB noch AO schreiben eine besondere Speichertechnik vor. D.h. jedwedes Archivierungsmedium, das die genannten Anforderungen erfüllt, kann verwendet werden. Insbesondere besteht keine gesetzliche Verpflichtung zur Nutzung von nur einmal beschreibbaren Medien.

- **Archivierungssystem**

  Die gesetzlichen Bestimmungen zur Verhinderung einer den Inhalt verfremdenden Veränderung (§ 239 HGB und § 146 AO, s.o.) setzen diverse Anforderungen an die technische Umsetzung des Archivierungssystems. Die IT muss besonders folgendes sicherstellen:

  - **Unmittelbarer Zugriff**

    Nach geltendem Steuerrecht müssen Mails[11] mit steuerrelevanter Kommunikation so archiviert werden, dass die Finanzbehörden im Rahmen einer Außenprüfung vor Ort Einsicht nehmen und das Archivierungssystem für ihre Prüfzwecke nutzen können.

  - **Mittelbarer Zugriff**

    Ferner muss das Archivierungssystem so konzipiert sein, dass Mitarbeiter des Unternehmens die archivierten Mails nach den Vorgaben der Finanzbehörden auswerten können.

  - **Datenträgerüberlassung**

    Auf Verlangen ist den Finanzbehörden ein maschinell verwertbarer Datenträger mit den archivierten Mails zu überlassen.

[11] Dies gilt grundsätzlich für die komplette archivierte steuerrelevante Kommunikation und sollte daher auch bei der Umsetzung weiterer Dokumentarchivsysteme bedacht werden.

E-Mail-Archivierung rechtskonform gestalten. © MKM+PARTNER Rechtsanwälte PartmbB 2017

3.2.3. Umfassende Dokumentation der Archivierung

Eine weitere Aufgabe der IT ist es den technischen und organisatorischen Ablauf der Planung, Umsetzung, Einführung und Archivierung an sich fortlaufend und konsequent zu dokumentieren. Dies muss bei der Umsetzung des Archivierungsprozesses gewährleistet werden.

3.2.4. Umfassende Dokumentation der Compliance

Ebenso wichtig ist die Dokumentation der Compliance. Das geplante Archivierungssystem muss vor seiner Inbetriebnahme auf die Konformität mit den genannten Vorgaben überprüft werden. Werden Schwachstellen und Verstöße festgestellt, müssen diese dokumentiert werden, um deren Behebung garantieren zu können (**Beweissicherung**). Nur so kann eine erfolgreiche Zweitprüfung durchgeführt werden.

3.2.5. Zusammenfassung

Die Aufgabe der IT ist somit die **praktische Umsetzung**. Während die Geschäftsleitung für die Initiierung, Überwachung der Umsetzung und in letzter Konsequenz Rechtskonformität verantwortlich ist, muss die IT sämtliche Vorgaben in die Tat umsetzen.

4. Was, wenn nicht? – Folgen bei Nichtbeachtung

Die Folgen einer fehlenden oder nicht ordnungsgemäßen E-Mail-Archivierung können schwerwiegend sein.

Beispiele aus der Vergangenheit verdeutlicht dies. Im Dezember 2002 wurde ein namhaftes deutsches Bankhaus von der US-amerikanischen Börsenaufsicht SEC zu einer Zahlung von 1,65 Millionen US-Dollar verpflichtet. Die Bank hatte ordnungswidrig Mails falsch bzw. nicht archiviert, was Ermittlungen zu umstrittenen Anlageempfehlungen behindert und teilweise verhindert hat. Auch US-Gerichte verhängten schon Urteile wegen fehlender E-Mail-Archivierungen. In einem Fall aus dem Jahr 2005 wurde eine Investmentbank zu einer Millionenstrafe verurteilt, weil sie aufgrund nicht archivierter Mails ihre Forderungen im Prozess nicht beweisen konnte. Zwar sind derartige Strafen bzw. Urteile in Deutschland noch nicht vorgekommen. Die vielfältigen Möglichkeiten einer Sanktionierung sind aber gegeben.

E-Mail-Archivierung rechtskonform gestalten. © MKM+PARTNER Rechtsanwälte PartmbB 2017

In diesem Abschnitt wird auf einige mögliche Szenarien einer nicht ordnungsgemäßen Archivierung hingewiesen.

- Haftung mit Privatvermögen

  Neben der Haftung des Unternehmens besteht auch die Möglichkeit der persönlichen Haftung. D.h., dass in bestimmten Fällen der Verantwortliche – egal ob Geschäftsführer, IT-Leiter, Administrator oder anderer Mitarbeiter – mit seinem Privatvermögen haftet. Im Zivilrecht, das bei den meisten Verstößen zur Anwendung kommt, haftet zudem der Verantwortliche nicht nur bei Vorsatz, sondern auch bei Fahrlässigkeit. Eine solche liegt in diesem Kontext vor, wenn die im Geschäftsverkehr erforderliche, einem ordentlichen Geschäftsmann obliegende Sorgfaltspflicht verletzt wird. Und eine solche Sorgfaltspflicht stellt wiederum das Prinzip der Organisationsverpflichtung (s.o.) dar.

- Mitschuld bei Schaden durch Dritte

  Wird grob fahrlässig gegen die Regelungen einer ordnungsgemäßen E-Mail-Archivierung verstoßen, so wäre auch eine Haftung bei einem Schaden durch Dritte möglich. D.h. kann ein Dritter anführen, dass der durch ihn verursache Schaden bei ordnungsgemäßer Archivierung geringer ausgefallen wäre, würde das Unternehmen ein Teil der Schadensersatzpflicht treffen.

  Ebenso kann das Unternehmen gegenüber einem eigenen Mitarbeiter eine Mitschuld geltend machen, wenn dieser fahrlässig gehandelt hat. Auf diese Weise kann die eigene Schadensersatzpflicht gemindert werden.[12]

- Beweisverlust und Risiko im Prozess

  Vertragsdokumente, Handelsbriefe etc. sind Privaturkunden, die im Zivilprozess den Beweis erbringen sollen, dass bestimmte und in ihnen festgehaltene Erklärungen tatsächlich abgegeben wurden und rechtsverbindlich sind (sog. formelle Beweiskraft, § 371a ZPO). Über deren gesetzmäßige Richtigkeit entscheidet das Gericht (sog. materielle Beweiskraft, § 416 ZPO). Sind Mails mit einer qualifizierten elektronischen Signatur versehen, handelt es sich auch bei ihnen um Privaturkunden mit entsprechenden Eigenschaften.

  Gehen solche Mails verloren oder werden sie erst gar nicht archiviert kann eine Beweisführung im Zivilprozess erschwert oder gar unmöglich werden. Kann die gegnerische Partei sich im Prozess ihrerseits auf eine ordnungsgemäße Archivierung stützen und legt Beweise vor, die aufgrund der eigenen mangelhaften Archivierung nicht widerlegt werden können, droht die gerichtliche Feststellung einer groben Fahrlässigkeit (s.o.).

[12] BAG, Urteil vom 18. 4. 2002 - 8 AZR 348/01.

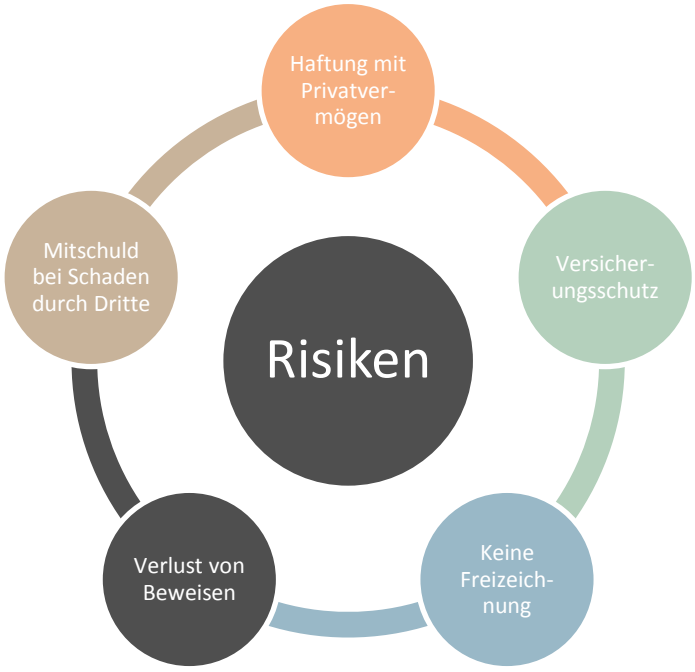
E-Mail-Archivierung rechtskonform gestalten. © MKM+PARTNER Rechtsanwälte PartmbB 2017

- Keine Freizeichnung

  Kann gegenüber Wirtschaftsprüfern oder Steuerberatern nicht nachgewiesen werden, dass zu archivierende Mails lückenlos vorhanden sind und ist die Herstellung von Transparenz und der Nachvollziehbarkeit der geschäftlichen Korrespondenz nicht möglich besteht das Risiko einer Verweigerung der Freizeichnung durch die jeweilige Stelle.

- Verlust von Versicherungsschutz

  Neben den gesetzlichen Bestimmungen gilt es auch die Bestimmungen der eigenen Versicherung zu beachten. Sehen diese eine ordnungsgemäße Archivierung vor können Verstöße zu einer Minderung oder einem Wegfallen des Versicherungsschutzes führen, Directors & Officers-Versicherungen könnten keine vollständige Protektion entfalten.



5. Besonderheiten bei der privaten E-Mail-Nutzung am Arbeitsplatz

Wie bereits oben[13] erwähnt, führt eine private Nutzung zu erhöhten Anforderungen an technische und organisatorische Maßnahmen. Erforderlich ist dies aufgrund der rechtlichen Einstufung des Arbeitgebers als Telekommunikationsdiensteanbieter nach

[13] Siehe Kapitel 2.4.2.

E-Mail-Archivierung rechtskonform gestalten. © MKM+PARTNER Rechtsanwälte PartmbB 2017

§ 3 Telekommunikationsgesetz (TKG), soweit dieser seinen Mitarbeitern die private E-Mailnutzung gestattet oder diese duldet. Der Arbeitgeber wird hierdurch gezwungen, das Fernmeldegeheimnis nach § 88 TKG zu beachten, wodurch er nicht mehr berechtigt ist jegliche inhaltliche Überwachung oder Überprüfung der E-Mails vorzunehmen.[14] Auch eine E-Mail-Archivierung wird hierdurch zwangsläufig untersagt. Gerade dies ist jedoch hinsichtlich der zwingenden Erfordernis zur Archivierung kritisch zu sehen. Eine E-Mail-Archivierung konnte daher nach der bisherigen rechtlichen Situation in Deutschland nur erfolgen, soweit die private Nutzung von E-Mails am Arbeitsplatz untersagt war.

Diese Ansicht hat sich jedoch in letzter Zeit zunehmend gewandelt. Sowohl Gerichte[15] als auch die Aufsichtsbehörden[16] vertreten mehr und mehr den Standpunkt, dass eine private Nutzung nicht generell dazu führt, dass der Arbeitgeber zum Dienstanbieter i. S. d. TKG wird. Vielmehr könnte der Arbeitgeber mit entsprechenden Klauseln in einer E-Mail-Richtlinie, einer Betriebsvereinbarung und im Arbeitsvertrag die private Nutzung an bestimmte Voraussetzungen knüpfen und so eine Kontrolle und Archivierung der E-Mails ermöglichen. Entscheidend ist, dass es unternehmensweite Regelungen gibt und die Einhaltung dieser auch stichprobenartig kontrolliert wird. Ist dies nicht der Fall, so kann die „betriebliche Übung“ entstehen. Dabei handelt es sich um sog. Gewohnheitsrecht: wiederholt der Arbeitgeber regelmäßig bestimmte Verhaltensweisen, so darf der Arbeitnehmer auf deren Fortbestand vertrauen – mit der Folge, dass hieraus rechtliche Leistungsansprüche des Arbeitnehmers erwachsen. Eine Kontrolle bzw. Archivierung ist in diesem Fall grundsätzlich ausgeschlossen und kann erst nach der Beendigung der betrieblichen Übung wieder ausgeübt werden. Dies ist jedoch aufgrund der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts[17] nur eingeschränkt durch eine Änderungskündigung oder einer einvernehmlichen Änderung in Schriftform möglich.

Eine mögliche arbeitsvertragliche Einwilligungsklausel könnte wie folgt aussehen:

> „Der Email-Service ist ein betriebliches Arbeitsinstrument, das der dienstlichen Aufgabenerfüllung dient. Eine Privatnutzung ist nur zulässig, soweit die Erfüllung der Arbeitsaufgaben hierdurch nicht beeinträchtigt wird. Der Arbeitgeber ist zur Kontrolle des Emailverkehrs, dessen Archivierung und zum technischen Schutz der Daten vor Angriffen aus dem Internet gesetzlich verpflichtet. Deshalb behält sich der Arbeitgeber das Recht vor, jederzeit und vollumfänglich Einblick in den Emailverkehr des Arbeitnehmers zu nehmen. Dies geschieht unabhängig von einer privaten Nutzung durch den Arbeitnehmer.

[14] OLG Karlsruhe, Urt. v. 10.1.2005 – 1 Ws 152/04; BT-Drucks 13/3609 S. 53; BT-Drucks. 17/4230 S. 43; BT-Drucks 17/4230, S. 43.
[15] Z.B. LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 16. 2. 2011 – 4 Sa 2132/10; VG Karlsruhe, Urt. V. 27.5.13 – 2 K 3249/12.
[16] BayLDA, Tätigkeitsbericht 2011/12, Kapitel 13.4, S. 63 f.; BfDI-Leitfaden „Internet am Arbeitsplatz“ (Stand: 10.01.2008).
[17] BAG, Urteil vom 18.03.2009, Az.: 10 AZR 281/08, BAG, Urteil vom 05.08.2009, Az.: 10 AZR 483/08.

E-Mail-Archivierung rechtskonform gestalten. © MKM+PARTNER Rechtsanwälte PartmbB 2017

> Der Arbeitnehmer willigt deshalb in die vollumfängliche Kontrolle seiner privaten elektronischen Kommunikation ein. Sollte der Arbeitnehmer hiermit nicht einverstanden sein ist ihm die private Nutzung dieser Instrumente untersagt."

Diese Klausel ermöglicht dem Arbeitnehmer die private Nutzung der dienstlichen Kommunikationsmitteln in einem gewissen Maß. Gleichzeitig eröffnet sie dem Arbeitgeber die Möglichkeit, die Kontrolle und Archivierung sämtlicher Kommunikationsmittel durchzuführen. Das Problem der tatsächlich freiwilligen Einwilligung innerhalb des Arbeitsverhältnisses wird durch die Wahlmöglichkeit des Arbeitnehmers aufgehoben. Dies gilt auch hinsichtlich der privaten Telefon- und Internetnutzung. Auch datenschutzrechtlichen Bestimmungen kann so Rechnung getragen werden, da diese Vertragsklausel eine Einwilligung in die Erhebung, Speicherung und Nutzung der zwangsläufig bei der privaten Internetnutzung anfallenden personenbezogenen Daten der Mitarbeiter nach § 4a BDSG darstellt. Wichtig ist, dass diese Einwilligung **gesondert hervorgehoben werden muss, wenn sie zusammen mit anderen Einwilligungen (oder z.B. im Arbeitsvertrag) erklärt wird**.

> *Anmerkung: Die Kommission der EU hat die **Recommendation CM/Rec(2015)5 of the Committee of Ministers to member States on the processing of personal data in the context of employment**[18] veröffentlicht. In dieser vertritt die Kommission die Ansicht, dass der Arbeitgeber in keinem Fall den privaten Mailverkehr der Arbeitnehmer überwachen und protokollieren darf. Ebenso verhält es sich mit aufgerufenen Homepages. Bei diesem Dokument handelt es sich zwar um eine Empfehlung, gibt aber Anzeichen, wie sich die Rechtslage in Zukunft entwickeln könnte.*

Trotz einer erkennbaren Tendenz zur Neuorientierung der Gerichte und Aufsichtsbehörden bleibt stets ein Restrisiko beim Arbeitgeber zurück. Dies besteht unter anderen durch ein Beweisverwertungsverbot. Die Gefahr eines gerichtlichen Beweisverwertungsverbotes ist – wie auch aktuelle höchstrichterliche Urteile belegen[19] – real, wird aber von Unternehmen oftmals unterschätzt oder gar nicht wahrgenommen. Ein solches Beweisverwertungsverbot im Prozess besteht u.a., wenn die als Beweis vorgebrachten Daten unter Verstoß des Datenschutzrechts (bspw. § 32 BDSG) oder mittels eines Eingriffs in das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) gewonnen wurden – beides denkbare Szenarien bei einer privaten Nutzung im Unternehmen. Dies muss jedoch einer Einzelfallbewertung vorbehalten bleiben. Da die Archivierungspflicht aber nicht zuletzt auch der Beweissicherung und –führung

[18] Die Recommendation CM/Rec (2015)5 ist hier abrufbar: https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?id=2306625&Site=CM&BackColorInternet=C3C3C3&BackColorIntranet=EDB021&BackColorLogged=F5D383 (Stand 18.5.2015). Nach aktueller Rechtsprechung des LAG Berlin-Brandenburg soll eine Überprüfung des Browserverlaufs wegen Verdachts verbotener privater Nutzung auch ohne datenschutzrechtliche Einwilligung rechtmäßig sein. Die Revision zum Bundesarbeitsgericht wurde zugelassen (Urteil v. 14.1.2016 – Az. 5 Sa 657/15).

[19] Bspw. Bundesarbeitsgericht Az. 2 AZR 546/12.

E-Mail-Archivierung rechtskonform gestalten. © MKM+PARTNER Rechtsanwälte PartmbB 2017

dienen soll, schaffen sich Unternehmen mit der Erlaubnis der privaten Nutzung ein rechtliches Spannungsfeld.

Entscheidend ist jedoch, dass die private Nutzung von Mail- und Internetsystem nicht grundsätzlich verboten werden muss. Bei Erlaubnis einer privaten Nutzung sind die aufgezeigten zusätzlichen Aspekte zu beachten. Um dies zu erleichtern kann mittels der folgenden Checkliste vorgegangen werden:

- Sie sollten Regelungen zur privaten Nutzung in den Arbeitsvertrag aufnehmen. Bei bestehenden Arbeitsverhältnissen sollte der Mitarbeiter eine gesonderte Einwilligungserklärung hinsichtlich der Richtlinie für die private Nutzung erhalten und unterschreiben.
- Die Einwilligungserklärung in die Regelungen über die private Nutzung sollte eine Einwilligung für die Erhebung, Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten gem. § 4a BDSG enthalten. Sie bedarf i.d.R. der Schriftform und muss gesondert hervorgehoben werden, wenn sie zusammen mit anderen Erklärungen abgegeben wird (§ 4a Abs. 1 BDSG).
- Der Arbeitsvertrag oder die nachträgliche Einwilligungserklärung sollten eine Klausel enthalten, welche die Kontrolle der privaten Kommunikation mit betrieblichen Kommunikationssystemen erlaubt (siehe Beispiel oben). Willigt der Arbeitnehmer nicht ein sollte ihm die private Nutzung untersagt werden.
- Sie sollten eine Richtlinie zur privaten Nutzung der dienstlichen Telekommunikationsmittel erstellen und im Unternehmen veröffentlichen. Diese sollte folgendes beinhalten:
    - Begrenzung der privaten Nutzung hinsichtlich
        - Inhalt (keine Nutzung soweit diese das Interesse, die Sicherheit oder das Ansehen des Unternehmens beeinflusst oder gegen geltenden Rechtsvorschriften verstößt)
        - Zeit (Nutzung nur soweit weder der Arbeitsablauf noch der dienstliche Gebrauch der Kommunikationsmittel behindert oder gestört werden)
    - Regelungen über die Netiquette[20]
    - Aufklärung über Kontroll- und Archivierungsrechte des Arbeitgebers
    - Berechtigung des Arbeitgebers jederzeit und ohne Zustimmung des Mitarbeiters Regelungen zur privaten Nutzung zu ändern oder ganz aufzuheben.

[20] Als Netiquette bezeichnet man Verhaltensregeln, die ein gutes, faires und respektvolles Benehmen in der elektronischen Kommunikation regeln.

E-Mail-Archivierung rechtskonform gestalten. © MKM+PARTNER Rechtsanwälte PartmbB 2017

- Die Einhaltung der Richtlinie und anderer Vorschriften sollte regelmäßig stichprobenartig kontrolliert werden, um so der betrieblichen Übung (s.o.) vorzubeugen.
- Die Mitarbeiter sollten über den Inhalt der Richtlinie und die Bedingungen der privaten Nutzung aufgeklärt werden.
- Eine Schulung sollte ggf. durchgeführt werden, um nicht eindeutige Situationen ordnungsgemäß handhaben zu können.
- Im Zweifel sollte die Mail immer als betrieblich eingestuft und archiviert werden. Den Mitarbeitern sollte man dies auch so kommunizieren.

E-Mail-Archivierung rechtskonform gestalten. © MKM+PARTNER Rechtsanwälte PartmbB 2017

MKM + PARTNER
DATENSCHUTZ

Version 2.~~1~~3

MKM Datenschutz GmbH
Äußere Sulzbacher Str. 124a
90491 Nürnberg
Tel.:+49 911 669577-0
Mail: info@mkm-partner.de
Web: mkm-partner.de

E-Mail-Archivierung rechtskonform gestalten. © MKM+PARTNER Rechtsanwälte PartmbB 2017