

# Rechtssicherer Umgang mit elektronischen Accounts ausgeschiedener Mitarbeiter

Bei erlaubter Privatnutzung der betriebseigenen Informations- und Kommunikationstechnik (IKT) hat der ausscheidende Arbeitnehmer idR in seinem E-Mail-Account sowohl private als auch betriebliche Nachrichten empfangen, versendet und abgespeichert. Ähnlich verhält es sich mit den Dateien auf der Festplatte seines Dienst-PCs bzw Firmen-Smartphones oder Tablets. Es kann sich dabei um personenbezogene Daten sowohl aus Unternehmenssicht als auch aus Sicht des Beschäftigten handeln.<sup>1)</sup> Der Beitrag erörtert ausgehend von der gewissermaßen vorgelagerten Rsp<sup>2)</sup> in Deutschland die arbeits- und datenschutzrechtlichen Rahmenbedingungen und versucht Lösungsvorschläge für den rechtssicheren Umgang mit Privatdateien und E-Mail-Adressen von Mitarbeitern nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses zu geben.

**Deskriptoren:** IT-Recht; Arbeitsrecht; Internetnutzung; Arbeitsplatz; E-Mail-Verkehr; Kontrolle; Betriebsrat; Betriebsvereinbarung; Datenschutzrecht; Interessenabwägung; Kommunikationsgeheimnis; Logfiles; Menschenwürde; Fürsorgepflicht, nachvertragliche; Privatnutzung; Daten, sensible; Kommunikationsgeheimnis; Überwachung; Schadenersatz; Verhältnismäßigkeit; Vermittlungsdaten; Zustimmung, datenschutzrechtliche; Accounts, elektronische

**Normen:** ABGB: §§ 16, 17, 879 Abs 1; AngG: § 8 Abs 3; ArbVG: § 96 Abs 1 Z 3, § 96a Abs 1 Z 1, § 97 Abs 1 Z 6; AVRAG: § 10; DSG 2000: §§ 1, 4 Z 2; §§ 6, 8, 9, 18 Abs 2 Z 1, §§ 24, 52 Abs 2 Z 3; DSG: §§ 1, 4 Z 2, §§ 6, 8, 9, 18 Abs 2 Z 1, §§ 24, 52 Abs 2 Z 3; MRK: § 8; RL 90/270/EWG; RL 95/46/EG: § 6 Abs 1 lit a, § 8 Abs 2 lit b; RL 2002/58/EG: § 5; StGB: § 119; TKG 2003: § 93 Abs 3; TKG: § 93 Abs 3

## 1. Stand der Judikatur in Deutschland

Österreichische Gerichte hatten – soweit ersichtlich – noch keine Streitigkeiten von ausgeschiedenen Mitarbeitern über ihre elektronischen Postfächer zu entscheiden, sodass eingangs auf die Judikatur der Instanzgerichte in Deutschland zurückgegriffen werden muss.

### 1.1. Fahrradkurierdienst<sup>3)</sup>

In dem aus Deutschland stammenden Ausgangsfall für die folgenden Überlegungen hatte der später klagende Fahrradkurier von seinem Auftraggeber,

einem Kurierdienst, für die Auftragsabwicklung ein iPhone erhalten. Nach Kündigung des Vertrages forderte der Auftraggeber das Gerät zurück. Als er es nicht erhielt, schickte er schließlich eine Rechnung und löschte die E-Mails in dem dazugehörenden Account. Nach Auffassung des Klägers könnte er als ausgeschiedener Mitarbeiter wegen dieser Pflichtverletzung nun verlangen, dass ihm der Schaden ersetzt würde, der ihm aus der Löschung entstanden wäre.

Das LG Leipzig wies die Klage ab. Aufgrund der Berufung des Fahrradkuriers hatte sich das zuständige OLG damit zu befassen, ob ein Arbeitgeber den E-Mail-Account seines ausgeschiedenen Mitarbeiters ungefragt löschen dürfte; verneinen denfalls, ob es eine Aufbewahrungsfrist gäbe.

Das OLG Dresden entschied, dass der beklagte Arbeitgeber weder die E-Mails noch den E-Mail-Account des Klägers nach Beendigung des Vertragsverhältnisses ungefragt löschen darf. Andernfalls drohten Schadenersatzansprüche wegen der Verletzung vertraglicher Nebenpflichten.

Zwar stellen gelöschte Daten in einem E-Mail-Account kein Eigentum iS von § 823 Abs 1 BGB iVm § 90 BGB dar, da „Sachen“ in diesem Sinne nur körperliche Gegenstände in einem der drei möglichen Aggregatzustände (fest, flüssig, gasförmig) wären.<sup>4)</sup> Elektronische Daten würden dagegen aus elektrischen Spannungen bestehen, jedoch könnten in Fällen wie hier Ansprüche, die aus einem Verstoß des Vertragspartners gegen vertragliche Nebenpflichten entstehen, sowie daneben auch Ansprüche nach § 823 Abs 2 BGB iVm einem Schutzgesetz geltend gemacht werden. Zu den vertraglichen Nebenpflichten gehörte es eben auch, Schäden von Rechtsgütern des anderen Vertragspartners fernzuhalten, die aus der eigenen Sphäre entstehen könnten. Wird im Rahmen eines Vertragsverhältnisses von einem Vertragspartner für den anderen ein E-Mail-Account ange-

\*) Anwalt.Thiele@eurolawyer.at; Näheres unter <http://www.eurolawyer.at>.

1) Vgl zum möglichen Perspektivenwechsel grundlegend *Jahnel*, OGH: Kein Schutz von Unternehmensdaten nach dem DSG? RdW 2005, 200 mwN.

2) Siehe dazu gleich unten Punkt 1.

3) Vgl OLG Dresden 5. 9. 2012, 4 W 961/12 – *Temporäres Lösungsverbot für E-Mail-Account*, CR 2013, 196 = *JurPC Web-Dok 52/2013* = *NJW-RR* 2013, 27; dazu *Culmsee/Dorschel*, E-Mails als Nebenpflicht – Treupflichten bei der Bereitstellung von E-Mail-Accounts, CR 2013, 290.

4) Vgl demgegenüber den weiten Sachbegriff des § 285 ABGB: „Alles, was von der Person unterschieden ist, und zum Gebrauche der Menschen dient, wird im rechtlichen Sinne eine Sache genannt.“

legt, auf dem dieser auch private Mails speichert, entspricht es den vertraglichen Nebenpflichten, von einer Löschung des Accounts nach Beendigung des Vertragsverhältnisses so lange abzusehen, bis klar ist, dass die andere Partei an der Nutzung des Accounts kein Interesse mehr hat.

## 1.2. Mitarbeiterimpresum<sup>5)</sup>

Der Entscheidung lag im Wesentlichen folgender Sachverhalt zugrunde: Der spätere Kläger war journalistischer Autor und schrieb in der Vergangenheit mehrere Aufsätze für die später beklagte Fachzeitschrift. Diese hatte – ungefragt – den Namen des Klägers in ihr Impressum übernommen. In der Rubrik „Mitarbeiter“ schien der Kläger nach wie vor auf, obwohl er zu diesem Zeitpunkt bereits seit ca sechs Jahren nicht mehr für die Zeitschrift arbeitete. Er begehrte ua aus dem Titel der Namensverletzung Schadenersatz für die Vergangenheit iHv € 12.000, der sich aus entgangenen Lizenzgebühren von € 2.000 pro Jahr für sechs Jahre zusammensetzt, in denen die Beklagte seinen Namen ohne Zustimmung im Impressum verwendet hätte. Des Weiteren beanspruchte der Kläger € 5.000 Vertragsstrafe, da die Beklagte trotz der Unterlassungserklärung weiterhin seinen Namen auf ihrer Webseite verwendete.

Das Gericht bejahte zunächst den Unterlassungsanspruch. Die Beklagte hatte das Namensrecht des Klägers verletzt, indem sie diesen fünfeinhalb Jahre lang unter der Rubrik „Mitarbeiter“ fälschlicherweise in ihrem Impressum anführte. Die Fachzeitschrift hatte das klägerische Persönlichkeitsrecht verletzt, als sie ungefragt den Namen übernommen hatte. Durch die Namensübernahme wäre der unrichtige Eindruck erweckt worden, der Kläger stünde in einer dauerhaften Geschäftsbeziehung zur Beklagten und würde für diese fortlaufend tätig. Dies war aber gerade nicht der Fall. Daher bestand auch ein Anspruch auf Löschung.

Anstelle des vom Kläger begehrten Ersatzbetrages sprach das Gericht lediglich € 660 an Schadenersatz zu. Da die Zeitschrift monatlich erschien, wäre eine Lizenzgebühr iHv € 10 pro Monat angemessen. Über den Zeitraum von fast 6 Jahren ergab dies einen Betrag von € 660. Eine höhere Summe wäre nicht verhältnismäßig. Insb auch deswegen, weil der Kläger

5) LG Düsseldorf 10. 4. 2013, 2a O 235/12 – *Unzutreffende Mitarbeiternennung*, CR 2013, 680 = JurPC Web-Dok 95/2013.

in der Vergangenheit für vier Beiträge nur knapp € 700 insgesamt erhalten habe. Der geforderte Schadensbetrag stand daher in keinem vertretbaren Verhältnis zu dem Entgelt, das der Kläger für die eigentliche Hauptleistung erwirtschaftet hatte. Der Drei-Richter-Senat erachtete schließlich eine Vertragsstrafe von € 1.000 als angemessen, zumal der Verstoß zwar fahrlässig erfolgte, das Verschulden aber nicht als besonders schwerwiegend einzustufen war. So hatte die Beklagte den Namen des Klägers zumindest für die Zukunft aus dem Impressum herausgenommen, was deutlich machte, dass ihr grundsätzlich an einer Beachtung der Unterlassungserklärung gelegen war.<sup>6)</sup>

Daher bejahte das LG Düsseldorf deutlich den Anspruch von Ex-Mitarbeitern auf die Löschung von Online-Daten. Ehemalige Mitarbeiter haben gegen das sie ehemals beschäftigende Unternehmen einen Anspruch auf Löschung ihrer digital gespeicherten Daten.<sup>7)</sup>

## 2. Arbeitsrechtliche Grundlagen

Der österreichische Arbeitnehmer hat nach dem Gesetz kein ausdrückliches Recht auf eine private Nutzung des dem Arbeitgeber gehörenden Internetanschlusses und das Versenden bzw Empfangen privater E-Mails. Die Zulässigkeit einer solchen Privatnutzung hängt daher insb davon ab, ob zu dieser Frage im Betrieb ausdrückliche Regelungen bestehen oder nicht.

### 2.1. Betriebliche Regelungen zur IKT-Nutzung

Derartige Regelungen können insb im Dienstvertrag oder aufgrund einer Arbeitgeberweisung erfolgen (zB in Form einer betrieblichen Richtlinie, die den Arbeitnehmern zur Kenntnis gebracht wird). In Betrieben mit Betriebsrat kann von diesem der Abschluss einer Betriebsvereinbarung nach § 97 Abs 1 Z 6 ArbVG verlangt werden.

Es könnte etwa vorgesehen werden, dass der betriebliche Internetanschluss und das betriebliche E-Mail-System ausschließlich zu betrieblichen Zwecken verwendet werden dürfen. Die private Nutzung von Internet und E-Mail wäre dann grundsätzlich verboten. Soll hin-

6) LG Düsseldorf 10. 4. 2013, 2a O 235/12 – *Unzutreffende Mitarbeiternennung*, CR 2013, 680 = JurPC Web-Dok 95/2013.

7) LG Düsseldorf 10. 4. 2013, 2a O 235/12 – *Unzutreffende Mitarbeiternennung*, CR 2013, 680 = JurPC Web-Dok 95/2013.

gegen die Privatnutzung zugelassen werden, empfiehlt es sich in der Praxis, den erlaubten Umfang der Internetnutzung ausdrücklich zu beschränken und möglichst genau zu fixieren.

Davon unabhängig ist zu beachten, dass durch die private Nutzung von Internet und E-Mail

- keine Beeinträchtigung der Arbeit und
- keine Belastung der notwendigen Speichermöglichkeiten für betriebliche Zwecke erfolgen darf, sowie dass
- keine Sicherheitsrisiken (zB Gefahr eines Virenimports) und
- keine finanziellen Belastungen für den Betrieb geschaffen werden dürfen.

Im Hinblick darauf wird etwa das Aufrufen kostenpflichtiger Webseiten oder von bestimmten „verpönten“ Seiten (zB Seiten mit pornografischen, politisch radikalen oder gewaltverherrlichenden Inhalten) ohne ausdrückliche Genehmigung des Arbeitgebers unzulässig sein.<sup>8)</sup>

### 2.1.1. Verbot der Privatnutzung

Auch wenn ein ausdrückliches Verbot für die private Internet- bzw E-Mail-Nutzung besteht, ist diese bei Vorliegen wichtiger Gründe zulässig. Dies trifft insb im Falle wichtiger Dienstverhinderungsgründe zu, weil die private Internet- bzw E-Mail-Nutzung dem Arbeitgeber diesfalls eine berechtigte Abwesenheit des Arbeitnehmers erspart (zB Erledigung behördlicher Angelegenheiten oder Vereinbarung von Arztterminen per E-Mail).

In der fallweisen Nutzung des Internets bzw der betrieblichen E-Mail-Adresse zu privaten Zwecken liegt im Regelfall noch kein Grund für eine fristlose Entlassung. Im Falle der wiederholten Missachtung eines ausdrücklichen Nutzungsverbots kann allerdings der Entlassungsgrund der Vertrauensunwürdigkeit oder der beharrlichen Pflichtverletzung gegeben sein.<sup>9)</sup>

Gelegentliches Internetsurfen des Arbeitnehmers stellt ohne vorangehende Verwarnung keinen Entlassungsgrund dar.<sup>10)</sup> Hingegen ist zB stundenlanges

8) Statt vieler *Goricnik*, Zur Kontrolle der Internet-Nutzung und des E-Mail-Verkehrs am Arbeitsplatz, *jusIT* 2009, 169; vgl bereits *Thiele*, Internet am Arbeitsplatz, erste arbeitsrechtliche Konfliktfälle, *ecolex* 2001, 613.

9) Vgl OGH 29. 9. 2011, 8 Ob A 52/11x, ARD 6192/4/2011 (*Li*) = *jusIT* 2012/5, 12 (*RuB*) = *inf* 2012, A 27 = *DRdA* 2012, 354; OLG Linz 21. 6. 2011, 11 Ra 43/11i, ARD 6185/1/2011; OLG Wien 28. 3. 2003, 7 Ra 16/03d, ARD 5461/10/2003.

10) Vgl OGH 23. 6. 2004, 9 Ob A 75/04a – *Spaß-E-Mails*, ARD 5552/16/2004 = *inf* 2004, A 78 = *ASoK* 2005, 28; OLG Wien 17. 3. 2004, 7 Ra 31/04m – *E-Mail Bewerbung*, ARD 5504/3/2004; vgl auch OLG Wien 29. 6. 2005, 8 Ra 54/05b,

Chatten im Internet grundsätzlich unzulässig und kann als Grund für eine vorzeitige Entlassung infrage kommen.

### 2.1.2. Keine Regelung über Privatnutzung

Gibt es keine Vereinbarung über die private Internet- bzw E-Mail-Nutzung und hat der Arbeitgeber auch keine entsprechende Weisung erteilt, sind das private Internetsurfen und der private E-Mail-Verkehr – ähnlich wie privates Telefonieren – zulässig, sofern nicht ein bestimmtes zeitliches Ausmaß überschritten wird.<sup>11)</sup>

Eine geringfügige und in zeitlicher Hinsicht maßvolle Privatnutzung wird daher in der Praxis als üblich anzusehen sein. Die Üblichkeit richtet sich dabei insb nach den betrieblichen Interessen und Erfordernissen.<sup>12)</sup> Durch privates Surfen bzw privaten E-Mail-Verkehr darf keinesfalls eine Vernachlässigung der Dienstpflichten oder eine sonstige Beeinträchtigung des Arbeitsablaufes erfolgen.<sup>13)</sup>

### 2.1.3. Erlaubnis der Privatnutzung

Sofern eine Erlaubnis für die private Internetnutzung vorliegt (zB im Dienstvertrag, in einer Betriebsvereinbarung bzw betrieblichen Richtlinie oder aufgrund einer Erklärung des Arbeitgebers), besteht im Regelfall eine – gegenüber den zuvor genannten Konstellationen<sup>14)</sup> – weiter reichende Nutzungsbefugnis. Allerdings sind auch hier Beschränkungen zu berücksichtigen:

- Der Arbeitnehmer hat aufgrund seiner Dienst- und Treuepflicht jedenfalls die betrieblichen Interessen und Erfordernisse zu beachten. Durch privates Surfen darf keinesfalls eine Vernachlässigung der Dienstpflichten

oder eine sonstige Beeinträchtigung des Arbeitsablaufes erfolgen.

- Das genehmigte Ausmaß der Privatnutzung ist anhand der konkreten Regelvereinbarung bzw der Erklärung (Richtlinie) des Arbeitgebers zu beurteilen. Wie bereits erwähnt, sollte der erlaubte Umfang der privaten Internet- bzw E-Mail-Nutzung möglichst genau fixiert werden.

Arbeitsrechtliche Ansprüche können auch durch betriebliche Übung entstehen. Nach der Rsp kann sich aus der Gewohnheit oder einer längeren Übung ein Recht für die Arbeitnehmer ergeben, falls die Arbeitnehmer berechtigt auf das Bestehen dieses Rechts vertrauen dürfen.<sup>15)</sup>

Bleibt der Arbeitgeber trotz Kenntnis einer – ursprünglich nicht genehmigten – umfangreicheren privaten Internetnutzung seiner Arbeitnehmer untätig, könnte dies zu einer verbindlichen betrieblichen Übung führen. Die Duldung der Privatnutzung über einen längeren Zeitraum hinweg wird unter Umständen als schlüssige Zustimmung des Arbeitgebers zur privaten Internetnutzung gedeutet. Hier besteht also ein ähnliches Problem wie zB bei der Frage, ob ein „Gewohnheitsrecht auf Rauchpausen“ entstehen kann.<sup>16)</sup>

Schon aus diesem Grund empfiehlt sich eine ausdrückliche betriebliche Regelung über das erlaubte Ausmaß, in der entsprechende Voraussetzungen bzw Beschränkungen der privaten Internetnutzung genau festgelegt werden können.

## 2.2. Überwachungsrechte des Arbeitgebers

Die Frage der Kontrollmöglichkeiten betrifft einen äußerst heiklen und im Detail leider noch weitgehend ungeklärten Bereich.<sup>17)</sup> Im Hinblick auf den Datenschutz und das Kommunikationsgeheimnis bestehen starke Einschränkungen für den Arbeitgeber:

- Im Regelfall bedarf die Überwachung der Internet- bzw E-Mail-Nutzung in Betrieben mit Betriebsrat der schriftlichen Zustimmung des Betriebsrats (es handelt sich dabei um eine Betriebsvereinbarung nach § 96 Abs 1 Z 3 ArbVG).<sup>18)</sup> In betriebsratslosen

Betrieben ist die schriftliche Zustimmung der betroffenen Arbeitnehmer erforderlich, die vom Arbeitnehmer grundsätzlich gem § 10 Abs 2 AVRAG jederzeit und ohne Einhaltung einer Frist schriftlich aufgekündigt werden kann.

- Der Inhalt privater E-Mails von Arbeitnehmern ist der Kontrolle durch den Arbeitgeber entzogen. Die Einsichtnahme ist daher unzulässig, sobald der private Charakter einer E-Mail-Sendung erkennbar ist.
- Ist im Betrieb die private Nutzung des Internets und des E-Mail-Systems vollständig untersagt (zB bei eindeutiger Weisung, das Internet und das E-Mail-System ausschließlich zu betrieblichen Zwecken zu nutzen), hat der Arbeitgeber zwar grundsätzlich das Recht, E-Mails einzusehen. Auch hier ist aber die Einsichtnahme nicht zulässig, wenn es erkennbar (zB aus der Adressierung) um eine private Nachricht geht.

Beim Zugriff auf elektronische Postfächer ist ganz grundsätzlich der (strafrechtliche) Schutz der Privatsphäre nach § 118a StGB zu beachten. IdR kann jedoch der Arbeitgeber bei aufrehtem Dienstverhältnis einen Rechtfertigungsgrund bei konkreter Verdachtslage gegen den Mitarbeiter in Anspruch nehmen.<sup>19)</sup> So ist denn die geheime Videoüberwachung eines Arbeitnehmers am Arbeitsplatz wegen begründeten Diebstahlverdachts nach Ansicht des Straßburger Menschenrechtsgerichtshofes<sup>20)</sup> zulässig, sofern sie begrenzt ist und kein anderes gleichwertiges, effektives Mittel zum Schutz der Eigentümerrechte des Arbeitgebers zur Verfügung steht. Nach Ansicht der österreichischen Arbeitsgerichte<sup>21)</sup> gilt der Arbeitgeber auch dann nicht als Betreiber eines öffentlichen Telekommunikations-

8 Ra 55/05z, ARD 5633/9/2005 = infas 2009, 139 (Heilegger).

11) Vgl OLG Wien 7. 5. 2003, 8 Ra 45/03a, ARD 5461/9/2003.

12) Kein Entlassungsgrund: OGH 21. 10. 1998, 9 Ob A 192/98w, RdW 1999, 425 = ARD 5018/9/99 = ASoK 1999, 176 = MietSlg 50.789.

13) OGH 4. 12. 2002, 9 Ob A 248/02i, DRdA 2003, 286 (Schneller) = infas 2003, A 42 = wbl 2003/172, 285 = ARD 5388/3/2003 = RdW 2003/337, 401 = ASoK 2003, 387 = DRdA 2004/8, 64 = Arb 12.277: gerechtfertigte Entlassung eines Lkw-Fahrers wegen weisungswidriger Telefonate mit Sexhotlines während der Fahrt; 25. 10. 2001, 8 Ob A 218/01v, RdW 2002/516, 548 = ARD 5323/8/2002 = ASoK 2002, 320 = DRdA 2002, 243 = ASoK 2002, 79 = infas 2002, A 49 = ZAS 2002/16, 143 (Brodil): Löschen der Privatdateien entgegen zweifacher Verwarnung nach Betretung; OLG Wien 28. 3. 2003, 7 Ra 16/03d, ARD 5461/10/2003: Entlassung des Mitarbeiters des Instituts für organische Chemie der Universität Wien wegen Teilnahme an Internetforum über Drogen und bewusstseinsverändernde Stoffe trotz gegenteiliger Anordnung.

14) Siehe oben Punkt 2.1.1. und 2.1.2.

15) Vgl OGH 19. 3. 2003, 9 ObA 238/02v, ARD 5412/5/2003.

16) Instrukktiv Felten, Arbeitsrechtlicher Schutz für Raucher?, ZAS 2009, 204 mwN.

17) Instruktiv zur Interessenlage Hartmann, Novelle des Bundesdienstrechts als Modell für die Nutzung und Kontrolle von Internet am Arbeitsplatz?, jusIT 2010, 48 mwN.

18) OGH 13. 6. 2002, 8 Ob A 288/01p – Elektronisches Telefonkontrollsystem, wbl 2002/353, 518

(Thiele) = RZ 2002, 283 = RZ 2002, 284 = DRdA 2002, 518 (Preiß) = ARD 5359/3/2002 = ecolex 2002/358, 904 (Mazal).

19) Vgl so bereits zum Briefgeheimnis nach § 118 StGB: Thiele in SbgK § 18 Rz 82 ff mwN.

20) EGMR 5. 10. 2010, Bsw 420/07 – Köpke gg Deutschland, EuGRZ 2011, 471 = NLMR 2010, 335.

21) OGH 13. 6. 2002, 8 Ob A 288/01p – Elektronisches Telefonkontrollsystem, wbl 2002/353, 518 (Thiele) = RZ 2002, 283 = RZ 2002, 284 = DRdA 2002, 518 (Preiß) = ARD 5359/3/2002 = ecolex 2002/358, 904 (Mazal) = infas 2002, A 100 = infas 2002, 164 = DRdA 2003/37, 365 = ZAS-Judikatur 2003/1, 33 = Arb 12.240 = ZAS 2004/7, 40 = SZ 2002/83; unklar dazu Brodil, Die Registrierung von Vermittlungsdaten im Arbeitsverhältnis, ZAS 2004, 17; ders, Die Kontrolle der Nutzung neuer Medien im Arbeitsverhältnis, ZAS 2004/28, 156; ebenso Heilegger, Expertinnenkommentar. Überwachung und Datenschutz im Arbeitsverhältnis, infas 2009, 139.

dienstes und ist damit als Normadressat iSd § 93 Abs 2 TKG 2003 anzusehen, wenn er den Dienstnehmern das Führen privater Telefongespräche auf seiner Telefonanlage – sei es auch gegen Entgelt – gestattet hat. Das jedermann verpflichtende Fernmeldegeheimnis iSd § 88 Abs 3 TKG 1997 bzw nunmehr das Kommunikationsgeheimnis iSd § 93 Abs 3 TKG 2003 umfasst – im Gegensatz zu Abs 1 leg cit – nicht die Vermittlungsdaten; diese stehen jedoch unter dem Schutz des Art 8 MRK: Die Persönlichkeitsrechte wirken, wenngleich durch den Arbeitsvertrag abgeschwächt und modifiziert, auch im dienstlichen Bereich fort und schützen dort den Arbeitnehmer insb vor Erniedrigung, Ungleichbehandlung und Willkür.<sup>22)</sup>

### 3. Datenschutzrechtliche Grundlagen

#### 3.1. Verfassungsrecht

Das Grundrecht auf Datenschutz (Geheimhaltung) personenbezogener Daten bezieht sich in Österreich sowohl auf die automationsunterstützt verarbeiteten als auch auf nicht automationsunterstützte Daten.<sup>23)</sup> Anfragen des Arbeitsgebers über personenbezogene Daten von Arbeitnehmern beim Kreditschutzverband sind daher idR unzulässig. Dies resultiert daraus, dass das Grundrecht auf Datenschutz gem § 1 DSGVO nämlich aus mehreren, unterschiedlichen (Grund-)Rechten besteht:

- dem „zentralen“ Grundrecht auf Geheimhaltung personenbezogener Daten (§ 1 Abs 1 DSGVO);
- dem Recht auf Auskunft (§ 1 Abs 3 Z 1 DSGVO);
- dem Recht auf Richtigstellung unrichtiger Daten (§ 1 Abs 3 Z 2 erster Fall DSGVO);
- dem Recht auf Löschung unzulässigerweise verarbeiteter Daten (§ 1 Abs 3 Z 2 zweiter Fall DSGVO).

Diese Rechte des betroffenen Arbeitnehmers sind auch nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses zu respektieren.<sup>24)</sup>

22) OGH 13. 6. 2002, 8 Ob A 288/01p – *Elektronisches Telefonkontrollsystem*, wbl 2002/353, 518 (Thiele) = RZ 2002, 283 = RZ 2002, 284 = DRdA 2002, 518 (Preiß) = ARD 5359/3/2002 = ecolo 2002/358, 904 (Maza); zutreffend Sacherer, Die Kontrolle der Internet- und E-Mail-Nutzung am Arbeitsplatz aus betriebsverfassungsrechtlicher Sicht, in Jaksch-Ratajczak (Hrsg), Aktuelle Rechtsfragen der Internet- und E-Mail-Nutzung Band 2 (2011) 323.  
23) So bereits VfGH 12. 10. 1989, G 238-241/88, V 209-212/88, infas 1990/A, 116.  
24) Statt vieler Gorcinik, Persönlichkeitsschutz bei der Ermittlung und Benützung von Standortdaten im

Bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses – gleich aus welchem Grund – entstehen für die Verknüpfung von privaten und betrieblichen Sphären durch die elektronischen Arbeits- und Kommunikationsmittel wie E-Mail und Dienst-PC häufig rechtliche Herausforderungen und Risiken.<sup>25)</sup> Zu beachten ist, dass der Rechtfertigungsgrund des § 9 Z 11 DSGVO nach dem Ausscheiden des Mitarbeiters erheblich eingeschränkt ist.<sup>26)</sup>

#### 3.2. Unionsrecht

Nach dem durch die Rsp<sup>27)</sup> geprägten Europäischen Beschäftigtendatenschutz müssen folgende Grundsätze beachtet werden:

- Aufzeichnungen der Arbeitszeit, die die Angabe der Uhrzeit, zu der ArbeitnehmerInnen den Arbeitstag beginnen oder beenden, sowie der Pausen bzw jener Zeiten, die nicht in die Arbeitszeit fallen, enthalten, gehören zu den „personenbezogenen Daten“ iSd Art 2 lit a DS-RL; ihre (elektronische) Verarbeitung unterliegt Art 3 Abs 1 DS-RL.
- Sieht eine gesetzliche Bestimmung wie zB im AZG oder ASchG vor, dass Arbeitgeber verpflichtet sind, jener Behörde, die für die Überwachung der Arbeitsbedingungen zuständig ist, die Aufzeichnungen über die Arbeitszeiten so zur Verfügung zu stellen, dass sie unverzüglich eingesehen werden können, verstößt dies weder gegen den Zweckbindungsgrundsatz nach Art 6 Abs 1 lit b und c DS-RL noch gegen die rechtliche Verpflichtung im Arbeitsverhältnis nach Art 7 lit c DS-RL.
- Voraussetzung für eine richtlinienkonforme Verarbeitung bildet stets, dass diese Verpflichtung notwendig ist, damit diese Behörde ihre Überwachungsaufgaben für die Einhaltung der gesetzlich vorgeschriebenen Arbeits(zeit)bedingungen wahrnehmen kann.

Die Verpflichtung des Arbeitgebers, eine unverzügliche Einsicht in die Aufzeichnungen über die Arbeitszeiten zu ermög-

lichen, ist nämlich durchaus geeignet, jegliche Möglichkeit einer Verfälschung der Daten während der Zeit zwischen dem Kontrollbesuch der zuständigen nationalen Behörden und der tatsächlichen Überprüfung dieser Daten durch diese Behörden auszuschließen.<sup>28)</sup> Die Erfüllung des Kriteriums der Erforderlichkeit schafft allerdings keinen Freibrief für die Behörden iS einer bloß effektiveren Kontrolle. Demzufolge ist zwingend zu berücksichtigen, dass die Sanktionen, die zur Gewährleistung der wirksamen Anwendung der Anforderungen an die (zeitliche) Gestaltung der Beschäftigung verhängt werden, auch den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wahren müssen.<sup>29)</sup>

Nach der Rsp<sup>30)</sup> handelt es sich bei personalisierten E-Mail-Adressen, zB vorname.nachname@firma.at, um personenbezogene Daten. Im Anlassfall<sup>31)</sup> beschwerte sich ein Mitarbeiter der EZB darüber, dass es sich bei den fraglichen E-Mails um Informationen von einer natürlichen Person handelt, die gerade für den dienstlichen Gebrauch bestimmt gewesen sind und sich an Kollegen und Vorgesetzte gerichtet haben. Deshalb könnten die infrage stehenden E-Mails auch ohne Weiteres zu dienstlichen Zwecken verwendet werden, wozu auch die Erstellung der jährlichen Beurteilungen zählte.

Die Europäische Zentralbank (EZB) verwies auf die nachteiligen Folgen, die eine Anwendung der Verordnung Nr 45/2001<sup>32)</sup> auf E-Mails haben könne. Sie wäre dann nämlich gem Art 11 Abs 1 Buchstaben a bis f dieser Verordnung verpflichtet, jeden Verfasser einer E-Mail über deren Erhebung zu unterrichten. Das Unionsgericht entschied, dass die der Beurteilung für 2001 beigefügten, im Intranet der EZB gewechselten E-Mails nicht ohne Wissen des Klägers gesammelt wurden und dass mit ihrer anschließenden Heranziehung für diese Beurteilung weder in die Privatsphäre des Klägers eingegriffen noch gegen die Verordnung

28) EuGH 30. 5. 2013, C-342/12, Rz 41, wbl 2013/158, 450, 452.

29) EuGH 30. 5. 2013, C-342/12, Rz 44, wbl 2013/158, 450, 452, unter Hinweis auf EuGH 6. 11. 2003, C-101/01 – *Lindqvist*, Rz 88, EuGRZ 2003, 714 = MR 2004, 83 (*Kronegger*) = ÖJZ 2004/45, 741 (*Hörlsberger*) = Slg 2003, I-12971.

30) EuG 20. 5. 2003, T-179/02 – *Pflugradt I*, EZB, zur VO 45/2001.

31) EuG 20. 5. 2003, T-179/02 – *Pflugradt I*, EZB.

32) Verordnung (EG) Nr 45/2001 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 18. Dezember 2000 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die Organe und Einrichtungen der Gemeinschaft und zum freien Datenverkehr, ABl L 8 vom 12. 1. 2001, 1 ff.

Arbeitsverhältnis, wbl 2012, 301 mwN.

25) Siehe oben Punkt 1.

26) Vgl *Kotschy*, Datenschutz in systematischer Einordnung zum Arbeitsrecht, in Brodil (Hrsg), *Datenschutz im Arbeitsrecht* (2010) 1, 12; *Hattenberger*, Die Bedeutung des Datenschutzrechts für das Arbeitsverhältnis, in Resch (Hrsg), *Die Kontrolle des Arbeitnehmers* (2005) 13, 21, jeweils mwN.

27) EuGH 30. 5. 2013, C-342/12, *jusIT* 2013/69, 150 (*Thiele*) = wbl 2013/158, 450.

Nr 45/2001 oder die DS-RL verstoßen wurde.<sup>33)</sup>

Demzufolge lassen sich für die E-Mail-Nutzung durch den Arbeitgeber während aufrechten Dienstverhältnisses folgende Zulässigkeitskriterien festhalten:

- Der Betroffene weiß, dass E-Mails gesammelt werden;
- die betroffenen E-Mails werden von den Empfängern vorgelegt;
- der Inhalt der E-Mails ist rein dienstlicher und nicht privater Natur.

Eine Anwendung dieser Prämissen auf die österreichische Rechtslage führt bei der Beurteilung der arbeitsrechtlichen Behandlung von elektronischen Mitarbeiteraccounts nach Beendigung des Dienstverhältnisses zu folgendem Zwischenergebnis: Es kann als gesichert angesehen werden, dass die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers nachwirkt und er auch nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses verpflichtet ist, dafür zu sorgen, dass dem Arbeitnehmer keine Nachteile entstehen.<sup>34)</sup>

## 4. Eigene Stellungnahme

### 4.1. Grundlegende Determinanten

Aus der bisherigen (spärlichen) Spruchpraxis<sup>35)</sup> und der dt Lehre<sup>36)</sup> lässt sich –

33) EuG 20. 5. 2003, T-179/02 – *Pflugradt./I.EZB*, Rz 32.

34) StRsp OGH 30. 4. 2012, 9 Ob A 56/11t – *Arbeitgeberauskünfte*, wbl 2012/195, 517 = RdW 2012/708, 680 = infas 2012, A 60 = ZAS-Judikatur 2012/89, 209 = EvBl 2012/137 (*Rohrer/Mayer*) = DRdA 2012, 620 (*Gahleitner*) = ARD 6269/3/2012 = DRdA 2013/23, 246; 7. 2. 2008, 9 Ob A 104/07w, infas 2008, A 50 = ARD 5881/5/2008 = ZAS 2008/21, 145 (*Schrank*) = ZAS-Judikatur 2008/119, 174 (*Reiner*) = ecolex 2008/244, 662 = RdW 2008/557, 596 (*Gerhartl*) = RdW 2008/558, 600 = ASoK 2008, 357 = DRdA 2008, 442 = ecolex 2008, 942 (*Thomas*) = ASoK 2008, 406 (*Stärker*) = JBl 2008, 734 = RZ 2008/EÜ 369, 278 = PVP 2008/50, 149 = PVInfo 2008 H 11, 34 = ZAS 2009/6, 41 = DRdA 2009/50, 523 (*Marhold-Weinmeier*) = Arb 12.736 = ZAS 2009/6 (*Wolfsgruber*) = DRdA 2009/50 (*Mayer*); grundlegend *Marhold* in AngG-Komm § 18 Rz 11 sowie 22; *Mosler* in ZellKomm<sup>2</sup> § 18 AngG Rz 13; *Rebhahn/Ettmayer* in ABGB-ON § 1157 Rz 9; *Zöllner*, Die vorvertragliche und nachwirkende Treue- und Fürsorgepflicht im Arbeitsverhältnis, in Tomandl (Hrsg), Treue- und Fürsorgepflicht im Arbeitsrecht (1998) 93 ff; allgemein *Pacic*, Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers im Lichte der Rechtsprechung, ZAS 2010, 144 mwN; ähnlich zur deutschen Rechtslage etwa *Joussen* in Rolfs/Giesen/Kreikebohm/Udsching (Hrsg), Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht § 611 BGB Rz 416 f; so auch *Appel* in Kittner/Zwanziger/Deinert (Hrsg), Arbeitsrecht<sup>6</sup> (2001) § 89 Rz 1.

35) Siehe oben Punkt 1.

36) *Schoen*, Umgang mit E-Mail-Accounts ausgeschiedener Mitarbeiter, DuD 2008, 286; *Seffer/Schneider*, Behandlung des E-Mail-Accounts ausgeschiedener Organmitglieder, ITRB 2007, 264; *Culmsee/Dorschel*, CR 2013, 290; *Möller*, Löschung des E-Mail-Accounts nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses, ITRB 2013, 286.

durchaus rechtsvergleichend beachtlich – Folgendes gewinnen:

- Wird im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses für den Arbeitnehmer ein betrieblicher E-Mail-Account angelegt, auf dem dieser auch private Mails speichert, entspricht es den vertraglichen Nebenpflichten, von einer Löschung des Accounts nach Beendigung des Vertragsverhältnisses solange abzusehen, bis klar ist, dass der Arbeitnehmer an der Nutzung des Accounts kein Interesse mehr hat. Die Verletzung dieser Pflicht kann einen Schadenersatzanspruch des Betroffenen auslösen.<sup>37)</sup>
- Setzt nach Beendigung der Zusammenarbeit das Unternehmen den Gebrauch des Namens des ehemaligen Mitarbeiters fort, sodass der falsche Eindruck entsteht, dass eine Verbindung nach wie vor besteht, zB durch fortgesetzte Nennung auf der Website des Unternehmens, so hat der betreffende Mitarbeiter einen Anspruch auf Ersatz des ihm daraus entstehenden Schadens.<sup>38)</sup>

Nach der hier vertretenen Ansicht richtet sich im Fall der Beendigung des Dienstverhältnisses – soweit eine private Nutzung gestattet wurde – die Behandlung elektronischer Accounts nach den bereits bei Begründung des Arbeitsverhältnisses getroffenen Regelungen.<sup>39)</sup> Zudem sind Verhaltensmaßregeln wie Betriebsvereinbarungen bzw schriftliche Arbeitsanweisungen (IT-Policies) während der Dauer des Dienstverhältnisses uU zu beachten.

Ist die Privatnutzung wirksam untersagt worden, stellt der rein dienstlich zu nutzende E-Mail-Account ein Betriebsmittel dar, das dem Zugriff des Dienstgebers unterfällt. Lediglich eine Vollkontrolle der E-Mail-Nutzung ist unzulässig, wenn sie nicht durch tatsächliche Verdachtsmomente indiziert ist. Für die Löschung eines dienstlich genutzten E-Mail-Accounts nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ergeben sich keine Beschränkungen. Die wenigen – zulässigerweise – vorhandenen Privat-E-Mails sind unmittelbar mit dem Arbeitsverhältnis verknüpft und daher ebenfalls zu löschen.

Ist die private IKT-Nutzung hingegen erlaubt, befinden sich private Daten des

37) Vgl OLG Dresden 5. 9. 2012, 4 W 961/12 – *Temporäres Lösungsverbot für E-Mail-Account*, CR 2013, 196 = JurPC Web-Dok 52/2013 = NJW-RR 2013, 27.

38) Vgl LG Düsseldorf 10. 4. 2013, 2a O 235/12 – *Unzutreffende Mitarbeiterernennung*, rk, CR 2013, 680 = JurPC Web-Dok 95/2013.

39) Siehe oben Punkt 2.1.

Dienstnehmers und der anderen Teilnehmer an der privaten E-Mail-Kommunikation auf dem Account. Deshalb sind dem Zugriff des Arbeitgebers auf die Daten und der Löschung des Accounts durch den Arbeitgeber enge datenschutz- und persönlichkeitsrechtliche Grenzen gesetzt. Gleiches gilt auch im Fall einer durch betriebliche Übung begründeten Privatnutzung. Ohne vertragliche oder sonst gültige Regelungen vorab ist dem Mitarbeiter eine finale Nutzung des Accounts zur abschließenden Sicherung bzw Löschung etwaig privater Daten zu gestatten. Dafür kann allerdings der Dienstgeber ein bestimmtes angemessenes Zeitfenster vorsehen, nach dessen Ablauf eine Löschung des elektronischen Accounts nicht mehr als Verletzung der nachvertraglichen Fürsorgepflicht anzusehen ist.

### 4.2. Löschungspflicht und angemessene Wartefrist

Ist ein Mitarbeiter ausgeschieden, darf mE das Unternehmen das E-Mail-Konto nur für einen Zeitraum offenhalten, der so kurz wie möglich zu halten ist und abhängig von der Position und der Funktion des Mitarbeiters wenige Wochen bis maximal 6 Monate dauern darf.<sup>40)</sup> Es muss so schnell wie möglich ein „auto-reply“ mit Information über das Ausscheiden des Mitarbeiters für das Konto eingerichtet werden. Das aktive Konto darf nur für den Empfang von E-Mails, nicht mehr zum Versenden verwendet werden. Nur ein oder einige wenige Mitarbeiter sollten Zugang zum E-Mail-Konto haben. Private E-Mails, sofern sie aus dem Betreff als solche klar erkennbar sind, müssen an den ausgeschiedenen Mitarbeiter weitergeleitet werden.

In der Praxis hat sich die Methode bewährt, das elektronische Postfach des ausgeschiedenen Mitarbeiters über einen automatischen Abwesenheitsassistenten übergangsweise für die externe Unternehmenskommunikation offenzulassen. Sie dient dazu, den (potenziellen) Kommunikationspartner auf einfache Weise (neutral) darüber zu informieren, dass der Mitarbeiter nicht mehr für das Unterneh-

40) ZB sieht die „Dienstweisung der Universität Leipzig zum rechtssicheren Umgang mit E-Mails auf den zentralen E-Mail-Servern durch Administratoren und Service-Desk-MitarbeiterInnen des URZ“ eine Weiterleitungsfrist von sechs Monaten vor. Nach dieser Frist erfolgt die endgültige Löschung des Benutzerkontos und aller darin enthaltenen Daten binnen Monatsfrist, abrufbar unter <https://www.urz.uni-leipzig.de/dienste/email/regelungen/#c346> (22. 1. 2014).

men tätig ist. Dazu bietet sich folgende Formulierung an:

„*Sehr geehrte Damen und Herren,  
Frau/Herr XXXXX ist nicht mehr für  
unser Unternehmen tätig. Bitte ändern  
Sie Ihre Kontaktdaten diesbezüglich ab  
und wenden sich zukünftig an Frau/  
Herrn Mustermann (admin@unternehmen.at). Diese Nachricht wird nicht ge-  
lesen. Vielen Dank für Ihr Verständnis!  
Mit freundlichen Grüßen  
Administrator*“

Zuvor sollten Daten des alten Postfaches des ausgeschiedenen Mitarbeiters unter Beachtung des Datengeheimnisses nach § 15 DSGVO archiviert worden sein. Zu beachten ist ferner, dass manche Unternehmen den Abwesenheitsassistenten für den E-Mailverkehr nach extern unterbinden. Diesfalls kann die vorgeschlagene Methode nicht angewendet werden.

Der Vorteil des automatischen Abwesenheitsassistenten liegt darin, dass der Exchange Administrator jederzeit über die Nachrichtennachverfolgung feststellen kann, ob in den letzten Wochen noch E-Mails an dieses Postfach eingegangen sind, und zu einem bestimmten – angemessenen – Zeitpunkt das Postfach dann letztendlich komplett löschen kann.

Im Bereich der ausschließlich unternehmensinternen Kommunikation (zB im Intranet) wird dieses Bedürfnis zumeist fehlen bzw eine Übergangsfrist entsprechend kürzer ausfallen. Hier ist der Arbeitgeber darauf zu verweisen, über ein „announcement“ oder Ähnliches die Nachfolge oder Neubesetzung zu kommunizieren. Auch in diesen Fällen bietet sich eine vorausschauende vertragliche Regelung an, die jedenfalls den Arbeitnehmer verpflichtet, mit Beendigung des Arbeitsverhältnisses die Nutzung der Adresse mit sofortiger Wirkung einzustellen. Aufgenommen werden sollte aber auch hier das Recht des Arbeitgebers, die Adresse danach für den betrieblich-unternehmerisch erforderlichen Zeitraum aktiviert zu halten und zu nutzen, soweit dies aus Sicht des Arbeitgebers den betrieblichen Notwendigkeiten entspricht und erforderlich ist, insb um eine störungsfreie Überleitung der Aufgaben des ausgeschiedenen Arbeitnehmers sicherzustellen.

Die endgültige physische Löschung<sup>41)</sup> der E-Mail-Adresse nach einem ange-

41) Ausdrücklich OGH 15. 4. 2010, 6 Ob 41/10p, *justIT* 2010/69, 146 (*Kastelitz/Leiter*) = *RdW* 2010/528, 516 = *ecolex* 2010/315, 858 = *RZ* 2010/EÜ 144, 237 = *ZIK* 2010/374, 238 = *SZ* 2010/36; dazu *Thiele*, Löschen heißt Vernichten. OGH erstmals zum datenschutzrechtlichen Lösungsgebot, *lex:itec* 2010 H 4, 20.

messenen Zeitablauf begegnet keinem grundsätzlichen Einwand, da die Datenlöschung nach § 11 Abs 1 Z 5 DSGVO 2000 zulässig ist. Entgegenstehende Interessen des Arbeitnehmers – sofern sie überhaupt anzuerkennen sind – treten zunehmend in den Hintergrund. Es besteht keine nachvertragliche Pflicht des Arbeitgebers, noch für längere Zeit weiter einen E-Mail-Account für den ausgeschiedenen Arbeitnehmer in dessen privatem Interesse aufrechtzuerhalten und/oder eingehende E-Mails umzuleiten.

Gelangt der Arbeitgeber durch den fortbestehenden, personalisierten E-Mail-Account an persönliche Daten, stellen sich allerdings erhebliche Probleme: Das Öffnen (zumindest iS eines Auslesens der Betreff-Zeile) erscheint aus Sicht des Arbeitgebers oftmals notwendig, um die Betriebsbezogenheit einer Mail zu ermitteln. Andererseits kann er dadurch an besonders geschützte Daten iSd § 4 Z 2 DSGVO 2000 gelangen, wie zB über die Gewerkschaftszugehörigkeit. Erhebung, Nutzung und Verarbeitung erfordern in diesem Fall die Einwilligung des Arbeitnehmers nach § 4 Z 14 DSGVO 2000.<sup>42)</sup> Aus datenschutzrechtlichen Erfordernissen ist ein anderer Weg kaum möglich.

Demgegenüber hat auch der Arbeitgeber ein von der stRsp<sup>43)</sup> grundsätzlich gebilligtes Interesse daran, sich Klarheit über den Sachverhalt iZm der Beendigung des Arbeitsverhältnisses und möglichen Entlassungsgründen zu verschaffen. Im uU folgenden Kündigungsprozess ist zu klären, ob durch konkrete Überwachungsmaßnahmen die Grenze zwischen legitimer Informationsbeschaffung und rechtswidrigem Verhalten überschritten wurde. Dabei handelt es sich um eine Frage des Einzelfalls.<sup>44)</sup>

42) Zu den Anforderungen an eine wirksame Einwilligung siehe bereits OGH 22. 4. 2010, 2 Ob 1/09z, *justIT* 2010/90, 188 (*Thiele*) = ÖBA 2010, 674 (*Kellner*) = ÖBA 2010/1658, 686 = *RdW* 2010/643, 627 = *SZ* 2010/41; 14. 11. 2012, 7 Ob 84/12x, *justIT* 2013/13, 26 (*Thiele*) = *RdW* 2013/133, 137 = *justIT* 2013/42, 87 (*Forizs*).

43) Vgl OGH 21. 1. 2011, 9 Ob A 3/11y, ZAS-Judikatur 2011/37 = *ecolex* 2011/215, 549 = *ARD* 6145/6/2011 = *RdW* 2011/363, 355 = *DRdA* 2011, 457 = *infas* 2011, A 44 = *ARD* 6154/3/2011; dazu *Gerhartl*, Entlassung wegen genesungswidrigen Verhaltens im Krankenstand, *taxlex* 2011, 271.

44) Grundlegend unter dem Aspekt der zu ersetzenden Detektivkosten OGH 12. 7. 2006, 9 Ob A 129/05v, *ARD* 5728/9/2006 = *EvBl* 2006/167 = *Zak* 2006/557, 322 = *RdW* 2006/711, 780 = *PVP* 2006/90, 317 = *infas* 2007, A 5 = *ASoK* 2007, 74 (*Marhold-Weinmeier*) = *DRdA* 2007, 61 = *wbl* 2007/60, 137 = *ecolex* 2007/37, 97 (*Rubin*) = *DRdA* 2007/35, 320 (*Goricnik*) = *Arb* 12.620.

### 4.3. Praxisempfehlung und Checkliste

Dem Arbeitgeber ist daher zu empfehlen, noch während aufrechten Beschäftigungsverhältnisses auf eine strikte Trennung beider Bereiche in technischer und rechtlicher Hinsicht zu achten, zB privaten E-Mail-Verkehr nur über die private E-Mail-Adresse zu dulden, eigene Hardware-Partitionen für private Ablagen einzurichten odgl.

Eine juristisch saubere Lösung besteht in vorausschauender vertraglicher Gestaltung: Idealerweise wird bereits im Arbeitsvertrag, spätestens jedoch im Zusammenhang mit der Zuteilung der Mail-Adresse eine entsprechende Einwilligung des Arbeitnehmers in die zeitlich begrenzte Weiternutzung seiner E-Mail-Adresse (MaxMuster@unternehmen.at) vereinbart.

Fakultativ kann zudem eine entsprechende Verpflichtung des Arbeitgebers auf die gesetzlichen Vorgaben des Datenschutzes sowie eine Mitteilungspflicht hinsichtlich der Deaktivierung der E-Mail-Adresse aufgenommen werden.

Soweit dies nicht möglich sein sollte, ist darauf zu achten, dass durch vorausschauende vertragliche Gestaltung den Interessen des Arbeitgebers ausreichend Rechnung getragen wird – unter gleichzeitiger Wahrung der datenschutzrechtlichen Grundpositionen der Arbeitnehmer. Dies betrifft vor allem eine vertragliche Regelung zur vorübergehenden Weiternutzung der personalisierten Dienst-E-Mail-Adresse des ausscheidenden Mitarbeiters sowie Vereinbarungen, die wechselseitige Rechte und Pflichten der ehemaligen Vertragspartner bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses regeln.

Ausgehend von der dargestellten gesetzlichen Situation fasst die folgende Checkliste die wesentlichen Maßnahmen zum rechtssicheren Umgang mit elektronischen Accounts bzw Dateien ausgeschiedener Mitarbeiter zusammen. Sie kann eine individuelle – stets die Umstände des Einzelfalls berücksichtigende – anwaltliche Beratung keinesfalls ersetzen.

#### Checkliste

##### A. Ausschließlich dienstliche Nutzung

- volle Zugriffsrechte des AG
- Löschungsbefugnis des AG
- allfällige Anonymisierung der Daten zur Einhaltung gesetzlicher Aufbewahrungsfristen

## B. Zulässige Privatnutzung

- bei Vorabvereinbarung bei Eingehen des Dienstverhältnisses:
  - Inhalt prüfen
  - Wirksamkeit (uU geänderte Rechtslage)
  - uU Vorgangsweise wie in A.
- Keine Vorabregelung: Bei den eingehenden E-Mails kann es sich um private Mails handeln. Diese dürfen weder von einem Kollegen gelesen noch einfach gelöscht werden. Bei einer Löschung kommt hinzu, dass es sich ebenso um geschäftliche E-Mails handeln kann, die von Geschäftspartnern oder Kunden stammen. Außerdem unterliegen E-Mails der Aufbewahrungspflicht. Der AG kann also nicht einfach das Postfach löschen.
  - E-Mail-Konto nach Kündigung der Arbeit nicht sofort löschen:
    - angemessenes Zeitfenster
    - wenige Wochen bis ca 6 Monate
  - Zugriffsrechte des AG bleiben grundsätzlich auch nach Auflösung des Beschäftigungsverhältnisses aufrecht
    - Betriebsmittel
    - Ausnahme: Eigengeräte des AN (BYOD)
  - Wahrung der Privatsphäre des AN: Transparenz und Information: Wenn ein Mitarbeiter weiß, dass ein Unternehmen möglicherweise später Zugriff auf seine E-Mails und Dateiverzeichnisse nehmen möchte, dann kann er dafür Sorge tragen, dass dort auch wirklich nur noch unternehmensbezogene Daten zu finden sind.
  - Zulässige Maßnahmen des AG:
    - bei Funktionsadressen, also zB „office@unternehmensname.at“ oder „vertrieb@firma.at“ ist ausgeschlossen, dass priva-

te E-Mails an diese Adresse geschickt werden (Vorgangsweise wie A.)

- bei Namensadressen Abwesenheitsfunktion des E-Mail-Programms aktivieren
  - automatische Antworten auf alle E-Mails
  - Inhalt der automatischen Nachricht:
    - anderer Mitarbeiter zuständig
    - neue Kontaktdaten: Verweis auf Funktionsadresse
- Der Mitarbeiter, der das Unternehmen verlässt, erklärt sich ausdrücklich und schriftlich damit einverstanden, dass noch an ihn adressierte E-Mails von einem Kollegen seiner Wahl gelesen und E-Mails mit privatem Inhalt an ihn weitergeleitet werden.
- Auflösungserklärung des Mitarbeiters: Bestätigung des AN, dass er E-Mail-Accounts oder Dateiverzeichnisse noch einmal geprüft hat und sichergestellt ist, dass dort keine privaten Daten mehr von ihm zu finden sind. Wenn er dies bestätigt und dann später ein Zugriff auf diese Daten durch das Unternehmen erfolgt, so fehlt es regelmäßig an einer Rechtsgutsverletzung.
  - Termin (letzter Arbeitstag)
  - Definition der Accounts/ IKT-Systeme und Anwendungen
  - Prüfung des elektronischen Accounts, Dateiverzeichnisse, Endgeräte (inkl Dienstfahrzeuge mit Navigation) durch AN

- Löschung privater Daten durch AN veranlassen
- Prüfung durch AG, dass physisch gelöscht, nicht bloß gesperrt wurde
- Bestätigungserklärung des AN: zB „Hiermit bestätige ich, dass ich die vorgenannten Aufgaben erledigt habe und dass ich keinerlei private Daten von mir auf IT-Systemen des Unternehmens weiter gespeichert habe. Das Unternehmen kann jetzt auf alle von mir genutzten Dateiverzeichnisse und E-Mail-Accounts zugreifen.“
- Rechtsverbindliche Unterschrift des AN.

## 5. Zusammenfassung

Die erlaubte (oder stillschweigend geduldete) Privatnutzung eines betrieblichen E-Mail-Accounts wirft bei Beendigung des Dienstverhältnisses eine Reihe von Fragen auf. Eine ausdrückliche gesetzliche Regelung für die Privatwirtschaft fehlt. Der Arbeitgeber muss daher eine Vielzahl von mitunter widersprüchlichen gesetzlichen Regelungen berücksichtigen. Dabei spielt das Kommunikationsgeheimnis eine eher untergeordnete Rolle, treten doch nachvertragliche Fürsorgepflichten des Arbeitgebers stärker hervor, die mit dem Datenschutz und der Wahrung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen abzuwägen sind. Es ist deshalb dringend zu empfehlen, für die Beendigung des Arbeitsverhältnisses schon während aufrechter Beschäftigung Aufhebungs- bzw Abwicklungsvereinbarungen zu treffen; entweder mittels Betriebsvereinbarung oder zumindest auf individueller Ebene im Arbeitsvertrag.

Foto D. Wild



### Der Autor:

RA Hon.-Prof. Dr. Clemens Thiele, LL.M. Tax (GGU) studierte US-amerikanisches Steuerrecht in San Francisco; Gründer der RA-Kanzlei EUROLAWYER® in Salzburg; Fachbuch-Autor; Verfasser des Standardkommentars zum RATG<sup>3</sup> (2011); gerichtlich beedeter Sachverständiger für Urheberfragen aller Art, insb Neue Medien und Webdesign.

### Publikationen des Autors:

Werbeabgabegesetz Kommentar<sup>2</sup> (2012); Domainmarken – Domain Namen als Marken, jusIT 2013, 1; gemeinsam mit Elisabeth Staudegger Mitherausgeber des Jahrbuchs Geistiges Eigentum 2012, 2013; Schadenersatz bei vereitelter Domainpfändung, jusIT 2012, 1; Rechtsgeschäftliche Übertragung von Patenten, RdW 2012, 10; Co-Autor in Ciresa (Hrsg), Österreichisches Urheberrecht Kommentar.

**Kontakt:** Anwalt.Thiele@eurolawyer.at