

# Archivieren oder zahlen

## **Steuer- und haftungsrechtliche Risiken bei fehlender E-Mail-Archivierung**

Franz Josef Rehmann  
Rechtsanwalt und Notar  
Fachanwalt für Arbeitsrecht  
c/o Anwaltskanzlei Kröger & Rehmann  
Burgstr. 13, 33142 Büren

# Gliederungsübersicht

1. Wir über uns
2. Einführung
3. Arbeitsrechtliche Fragen
4. Zivilrechtliche Haftung
5. Strafrechtliche Haftung
6. Sonstige Normen
7. Zusammenfassung

## Wir über uns



- 3 Standorte in Paderborn, Büren und Bad Wünnenberg
- 21 Mitarbeiter
- 7 Rechtsanwälte
- 20 Jahre IT-Recht

## Handelsrecht

§ 377 HGB  
§ 239 Abs. 4 HGB

## Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb

§ 3, 4 Nr. 11 UWG  
§ 10 UWG

## Strafrecht

§ 85 II TKG i.V.m  
§ 206 II Nr. 2 StGB  
oder  
§ 303 a StGB

## Telekommunikationsrecht

§ 88 TKG  
§ 206 II Nr. 2 StGB  
§§ 1, 88, 89, 91 ff. TKG  
Teledienstgesetz  
§§ 1 f. TDG  
Teledienstedatenschutzgesetz  
§§ 3-6 TDDSG  
§§ 75, 80, 87, 88, 90 BetrVG  
TMG

## Zivilrecht

§ 280 I BGB  
§ 634 BGB  
§ 437/ 634 BGB  
Vortraglich ggf. § 311, Abs. 2  
BGB  
§ 823, Abs. 2 BGB  
§ 1004 BGB i.V.m. § 40 TKG  
§ 611, 242 BGB

## Steuerrecht

§ 146 Abs. 5 AO

## Urheberrecht

§§ 97 ff. i.V.m. § 100 UrhG

## Sicherheitsüberprüfungsgesetz

§ 2, 7-10 SüG

## Gesellschaftsrecht

§ 91 II AktG  
§ 43 GmbHG  
§ 116 AktG  
KonTraG  
§§ 823, 1004, 280 BGB

## Datenschutzrecht

§ 4f, § 43, I und II BDSG  
§ 9 BDSG und Anlagen zu § 9  
§ 823 BGB  
§ 7 BDSG  
§ 44 BDSG  
§§ 4g, 38, Abs. 5 BDSG  
§§ 1 II; 27 I BDSG  
GG Art.2 i.V.m. Art 1

## Einführung

E-Mail-Archivierung  
und E-Mail-Verschlüsselung

**Schön zu haben oder gesetzliche Verpflichtung  
mit Haftungsrisiken für den Geschäftsführer?**

## Gespräch unter Betroffenen 2008/2009

**IT Leiter zum Geschäftsführer: Wir müssen archivieren aufgrund von GdPDU, GOB und HGB**

**Geschäftsführer : Was passiert, wenn wir es nicht machen**

**IT Leiter 2009: Wir werden aufgefordert, ein Archivierungssystem zu implementieren und es werden Zwangsmaßnahmen angedroht. Bis diese durchgesetzt werden, vergeht sicher noch ein Jahr**

**Geschäftsführer: Dann lassen Sie uns nächstes Jahr noch einmal über das Thema sprechen**

**IT Leiter 2010: Aufgrund des Jahressteuergesetzes 2009 müssen wir mit der Festsetzung eines Verzögerungsgeldes von bis zu 250.000 Euro rechnen.**

**Geschäftsführer: Haben Sie schon ein Angebot über Archivierungssoftware eingeholt ??**

## I. Archivierung privater Mails von Mitarbeitern

**Grundsatz: Die private Nutzung von Arbeitsmitteln des Arbeitgebers durch den Arbeitnehmer ist rechtswidrig**

Folge: Der Arbeitgeber kann im Rahmen seines Direktionsrechts ( § 106 GewO bestimmen, ob und welchem Umfang er E-Mail Nutzung zulässt

**Häufige betriebliche Praxis: Keine Regelung**

Rechtsfolge : Gestattung der Emailnutzung durch betriebliche Übung

**Problem: Rücknahme der Gestattung nur durch Änderungskündigung möglich**

## Ein Fall aus dem Leben

Eine verheiratete Mitarbeiterin eines mittelständischen Unternehmens hat ein Verhältnis mit einem ebenfalls verheirateten Mitarbeiter des selben Unternehmens.

Die Verliebten schreiben sich eifrig Mails, die auf dem Emailserver gespeichert werden.

Der Administrator, dem dies sehr missfällt, verschafft sich über seinen Administratorzugang die Mails und leitet die privaten Mails der Mitarbeiterin, die diese an ihren Liebhaber während der Arbeit geschrieben hat, an den Ehemann der Mitarbeiterin weiter.

Folge für den Administrator: Einleitung eines Strafverfahrens wegen Verstoßes gegen das Datenschutzgesetz.

## **II. Gestattung der privaten E Mailnutzung durch den Arbeitgeber**

**Rechtsfolge:**

**Das Unternehmen wird Telekommunikationsanbieter**

**Bei ausdrücklicher oder stillschweigender Erlaubnis der privaten E-Mail Nutzung wird der Arbeitgeber zum Telekommunikationsanbieter**

**da:**

- **geschäftsmäßiges Erbringen von Telekommunikationsdiensten**
- **nachhaltiges Angebot von Telekommunikation für Dritte (§ 3 Nr. 6 TKG**
- **Rechtsfolge: Das Unternehmen als Diensteanbieter nach § 88 II TKG mit der Verpflichtung zur Wahrung des Fernmeldegeheimnisses**

# Das Unternehmen als TK Anbieter

## ... und die Folgen für den Unternehmer

- grundsätzlich keine Befugnis, den Inhalt einer Nachricht oder die angewählte Adresse einzusehen oder zu speichern
  - sofern Speicherung aus betrieblichen Gründen erfolgen soll, setzt dies Einwilligung des Betroffenen voraus
  - Einsatz technischer Schutzvorkehrungen (§ 87 TKG)
    - Schutz vor unberechtigtem Zugriff durch Dritte
  - Datenschutz nach TKG (§ 89 Abs. 3 – 5 TKG)
    - keine Öffnungsklausel: Änderung durch Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung nicht zulässig
- Strafsanktionen nach § 43 BDSG bei fahrlässigen Verstößen**  
**Geldbuße bis zu 250.000,00 €**

# Gestattung der privaten E Mailnutzung durch den Arbeitgeber

**Mindestvoraussetzungen bei Zulassung privater  
E- Mailnutzung sind**

**getrennte Mailsysteme für private und dienstliche Accounts**

**Das TKG verbietet jegliche Überwachung**

## **§ 88 TKG**

***Dem Fernmeldegeheimnis unterliegen der Inhalt der Telekommunikation und ihre näheren Umstände, insbesondere die Tatsache, ob jemand an einem Telekommunikationsvorgang beteiligt ist oder war.***

***Zur Wahrung des Fernmeldegeheimnisses ist jeder Diensteanbieter verpflichtet. Die Pflicht zur Geheimhaltung besteht auch nach dem Ende der Tätigkeit fort***

# Zivilrechtliche Haftungsrisiken

## Allgemeines Zivilrecht

Allgemeine vertragliche Haftung nach § 280 Abs. 1 BGB bei Pflichtverletzungen

Problem: Fehlende E-Mail-Verschlüsselung als Verstoß gegen vertragliche und allgemeine Geheimhaltungspflichten

## Emailverkehr und vertragliche Geheimhaltungsverpflichtungen Organisierter Widerspruch

## Zivilrechtliche Haftungsrisiken

- I. **Fall aus der Praxis:**
- II. Ein grosses mittelständisches Familienunternehmen will sich an einem Unternehmen beteiligen, welches einen Teil seiner Produkte an Endkunden verkauft. Es wird absolute Vertraulichkeit vereinbart und eine auflösende Bedingung, wonach sich Unternehmen seine Beteiligung sofort zurückgeben darf, falls die Beteiligung bekannt wird.
- III. Im Rahmen des nachvertraglichen Informationsaustausches gerät eine Mail versehentlich auf Grund falsch eingesetzter Mailadresse an einen Wettbewerber des Beteiligungsunternehmens:
- IV. Folge: Sofortiger Rückzug des Familienunternehmens und auf Grund der zu erfolgenden Rückzahlung des Beteiligungskapitals eine existentielle Krise beim Beteiligungsunternehmen

## Zivilrechtliche Haftungsrisiken

### I. Fall aus der Praxis:

- II. Ein PC Händler kauft fünfzigtausend PC und vereinbart mit dem Hersteller, dass dieser die Urheberrechtsabgabe an die GEMA in Höhe von 8,50 Euro pro PC bezahlt. Die Vereinbarung erfolgt mündlich. Die Auftragsbestätigung erfolgt per Mail.
- III. Der PC Hersteller geht in die Insolvenz. Es stellt sich heraus, dass er die Abgabe nicht an die GEMA gezahlt hat und nun der Händler noch einmal zahlen muss. Der Insolvenzverwalter klagt offene Rechnungen in Höhe von 500.000 Euro ein.
- IV. Der Händler will mit der Gegenforderung in Höhe von 425.000 Euro aufrechnen, weil der Hersteller den Betrag nicht an die GEMA abgeführt hat.
- V. Die Email ist nicht mehr auffindbar.
- VI. Schaden: 425.000 Euro

# Prozessuale Risiken

## Prozessrecht

**Grundsatz: Wer etwas für sich günstiges behauptet, muss es auch beweisen**

Fehlende E-Mail-Archivierung erhöht das Prozessrisiko bis hin zum Prozessverlust.

Vernichtung von Privaturkunden und ausschließliche digitale Archivierung führt zu massiven Beweiseinschränkungen

## Prozessuale Risiken

### Fall aus der Praxis:

Ein Unternehmen bestellt eine neue TK Anlage und beauftragt eine Optimierung der Telefonkosten für die Festnetzanschlüsse und 100 Vertriebsmitarbeiter

Nach Installation der Anlage löscht der zuständige Projektleiter des Auftraggebers die gesamte Projektkommunikation mit dem Hinweis, das Projekt sei abgeschlossen.

Im Anschluss daran fällt die gesamte Anlage aus. Der Auftragnehmer verweigert die Nachbesserung und verlangt vom Auftraggeber 50 % der eingesparten Telefonkosten als angeblich vereinbartes Erfolgshonorar. Anhängiger Prozess mit einem Streitwert von 80.000 Euro.

Die Verhandlungen führte der Geschäftsführer des Auftraggebers und ein Mitarbeiter des Auftragnehmers

# Zivilrechtliche Haftungsnormen

## Gesellschaftsrechtliche Haftung

1. Haftung der Geschäftsführung auf Schadenersatz gegenüber der Gesellschaft nach § 43 GmbHG,  
Problem: Unterlassene Schaffung der notwendigen IT-Sicherheitsstruktur (E-Mail-Management)
2. Haftung der Vorstände nach § 93 Abs. 2 AktG, wie oben
3. Entsprechende Anwendung der oben genannten Grundsätze auf alle Führungskräfte

## Handelsrechtliche Aufbewahrungspflichten

1. § 238 II HGB : Aufbewahrungspflicht für Handelsbriefe
2. Handelsbriefe sind alle Dokumente, die die Vorbereitung, den Abschluss oder die Rückgängigmachung eines Handelsgeschäfts zum Gegenstand haben (Bonner Handbuch der Rechnungslegung, S. 257, Rn 34)
3. Der Begriff des Handelsgeschäfts ist weit zu fassen. Es genügt ein lockerer Zusammenhang mit betrieblichen Interessen (BGH NJW 1997, S. 1779). Erfasst werden also auch reine Hilfs- und Nebengeschäfte, wie Abschluss von Arbeitsverträgen, Erhebung von Mängelrügen etc.

# Steuerrechtliche Haftungsrisiken

## Steuerrecht

1. Verpflichtung, die steuerlichen Pflichten des Unternehmens zu erfüllen nach § 34 AO
2. Mangelhafte E-Mail-Archivierung als Verletzung handelsrechtlicher Buchführung führt zur Schätzung des steuerlichen Gewinns nach § 162 II AO Durchsetzung der E-Mail-Archivierung im Rahmen der Buchführungspflicht durch ein Zwangsgeld der Finanzverwaltung nach § 238 Abs. 1 AO
3. Ordnungswidrigkeit wegen Steuergefährdung nach § 379 AO
4. Verpflichtung E-Mails mit steuerrechtlichem Bezug nach § 147 AO aufzubewahren (mind. 6 Jahre)

## Steuerrechtl. Haftungsrisiken

5. GDPdU-Richtlinie des Bundesfinanzministeriums (Grundsätze zum Datenzugriff und zur Prüfbarkeit digitaler Unterlagen): Das Datenverarbeitungssystem muss insbesondere die Unveränderbarkeit der E- Mails gewährleisten. Bei Verstößen Bußgeld von 2.500,00 € bis 250.000,00 € (§ 146 Abs. 2 b AO). **Verzögerungsgeld**
6. Grundsätze ordnungsmäßiger DV-gestützter Buchführungssysteme (GoBS). Aufbewahrungsfrist bei Daten und Aufzeichnungen mit Grundbuch- oder Kontenfunktion sowie Verfahrensdokumentation zur DV gestützter Buchführungskontenfunktion 10 Jahre.

## Strafrechtl. Risiken

### IV. Straftatbestände

§ 283 I Nr. 6 StGB

Strafrechtliche Haftung der Geschäftsführung bei fehlenden Buchführungsunterlagen bei Überschuldung oder Zahlungsunfähigkeit

# Datenschutzrechtl. Regelungen

## Datenschutzrecht

1. Pflicht zum Datenschutz nach §§ 91 bis 107 TKG  
(Telekommunikationsgesetz)
  
2. Verpflichtung zum Einsatz von technischen Schutzvorkehrungen, insbesondere bei E-Mail-Nutzung nach §109 TKG:
  - Schutz des Fernmeldegeheimnisses und personenbezogener Daten
  - Schutz der Telekommunikation- und Datenverarbeitungssysteme gegen unerlaubte Zugriffe
  - Pflicht zum Schutz des Telekommunikationsnetzes (auch Internet!)
  
3. Strafsanktionen nach § 149 Abs. 2 TKG bei Pflichtverletzung (vgl. oben), Geldbuße bis zu 500.000,00 €, im Einzelfall noch höher!

## Sonstige Regelungen

### Sonstige Regelungen

1. Basel II (Voraussetzungen für die Kreditvergabe der Banken): Die Kreditnehmer müssen in Systeme und Prozesse investieren, welche die Verfügbarkeit aller Rating-relevanten Informationen sicherstellen.
2. SOX und EuroSOX: Haftung der verantwortlichen Manager für die Jahresabschlüsse börsennotierter Unternehmen, insbesondere bei international tätigen Konzernen mit Schnittstellen in den USA. Ein IT-Sicherheitskonzept ist vorgeschrieben.

## Zivilrechtliche Haftung

### Wer haftet bei Pflichtverstößen?

- I. **Volle summenmäßig unbeschränkte Haftung des Unternehmens**
- II. **Volle summenmäßig unbeschränkte und persönliche Haftung der Geschäftsführer und Vorstände**

# Zivilrechtliche Haftung

## Wer wird die Haftungsansprüche geltend machen?

1. Unternehmen (auch Gesellschafterversammlung oder Unternehmensinhaber)
2. Insolvenzverwalter
3. Staat (insbesondere Finanzverwaltung)
4. Vertragspartner des Unternehmens
5. Arbeitnehmer (insbesondere wegen Datenschutzverletzungen)

## Zusammenfassung

Die unterlassene

→ E-Mail-Archivierung

→ E-Mail-Verschlüsselung

gefährdet das Unternehmen

und

führt ggf. zur vollen, der Höhe nach unbeschränkten zivilrechtlichen und strafrechtlichen Haftung der Unternehmensführung.

## Beratungsbedarf?



Vielen Dank für Ihre  
Aufmerksamkeit!