

# Tatbestands- und Verbotsirrtümer bei E-Mail-Kontrollen - Uneinheitliche Rechtsprechung zur Stellung des Arbeitgebers als Erbringer von TK-Diensten

Beitrag für das 2. DialogCamp – München, 22.02.2013

von Tamina Preuß (Wiss. Mit.), Julius-Maximilians-Universität Würzburg, [tamina.preuss@uni-wuerzburg.de](mailto:tamina.preuss@uni-wuerzburg.de)



## Einführung

Strittig ist, ob der Arbeitgeber, wenn er private E-Mail-Nutzung erlaubt, als Erbringer von TK-Diensten gilt. Folge ist die Bindung an das Fernmeldegeheimnis sowie eine mögliche Strafbarkeit von Verstößen:

### **§ 88 TKG, Fernmeldegeheimnis**

(2) Zur Wahrung des Fernmeldegeheimnisses ist **jeder Diensteanbieter** verpflichtet. [...]

### **§ 206 StGB, Verletzung des Post- und Fernmeldegeheimnisses**

(1) Wer unbefugt einer anderen Person eine Mitteilung über Tatsachen macht, die dem [...] Fernmeldegeheimnis unterliegen und die ihm als Inhaber oder Beschäftigtem eines **Unternehmens** bekanntgeworden sind, **das geschäftsmäßig [...] Telekommunikationsdienste erbringt**, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.



## Strukturierung des Beitrags

### **I. Vorfragen**

1. Der Arbeitgeber als Erbringer von TK-Diensten
2. Schutz von E-Mails durch das Fernmeldegeheimnis

### **II. Tatbestandsirrtum, § 16 Abs. 1 S. 1 StGB**

### **III. Verbotsirrtum, § 17 StGB**

1. Voraussetzungen des unvermeidbaren Verbotsirrtums
2. Annahme, kein Erbringer von TK-Diensten zu sein
3. Annahme einer Kontrollbefugnis

### **IV. Fazit**



## I. Vorfragen

### 1. Der Arbeitgeber als Erbringer von TK Diensten

Eine Ansicht: Der Arbeitgeber, der die private E-Mail-Nutzung erlaubt, ist Erbringer von TK-Diensten.

- Gesetzesbegründung (BT-Drucks. 13/3609, S. 53)
- Wortlaut des § 3 Nr. 10 TKG („geschäftsmäßiges Erbringen von Telekommunikationsdiensten“ = „das nachhaltige Angebot von Telekommunikation für Dritte mit oder ohne Gewinnerzielungsabsicht“)
- Recht des Arbeitnehmers auf Geheimhaltung

*OLG Karlsruhe, MMR 2005, 178*



## I. Vorfragen

Andere Ansicht: Der Arbeitgeber ist kein Erbringer von TK-Diensten

- Zweck des TKG nach § 1 („den Wettbewerb im Bereich der Telekommunikation und leistungsfähige Telekommunikationsinfrastrukturen zu fördern und flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen zu gewährleisten“)
- der Arbeitnehmer ist kein „Dritter“ iSv § 3 Nr. 10 TKG
- freiwillige Zusatzleistung, die nicht zum Nachteil des Arbeitgebers sein soll
- ausreichender Schutz durch das BDSG

*LAG Niedersachsen, MMR 2010, 639; LAG Berlin-Brandenburg, ZD 2011, 45*



# I. Vorfragen

## 2. Schutz von E-Mails durch das Fernmeldegeheimnis

| Übertragungsphase   | Arbeitsplatzrechner  | E-Mail-Server des Providers  |
|---|--|--|
| E-Mails in der Übertragungsphase werden durch das Fernmeldegeheimnis geschützt. | Die auf dem Arbeitsplatzrechner abgespeicherten E-Mails werden nicht durch das Fernmeldegeheimnis geschützt. | Die Reichweite des Fernmeldegeheimnisses ist strittig: <ul style="list-style-type: none"><li>•E.A.: nie geschützt</li><li>•A.A.: immer geschützt</li><li>•A.A.: geschützt, bis die Möglichkeit der Kenntnisnahme bestand</li></ul> |



## II. Tatbestandsirrtum, § 16 Abs. 1 S. 1 StGB

- Unterscheidung von deskriptiven und normativen Tatbestandsmerkmalen
- Täter Eigenschaft als normatives Tatbestandsmerkmal
- keine juristisch exakte Interpretation, sondern „Parallelwertung in der Laiensphäre“

### Möglichkeit 1:

Der Arbeitgeber weiß nicht, dass die private E-Mail-Nutzung erlaubt ist.

- keine Regelung = Erlaubnis?
- Bestimmtheitsgebot, Art. 103 Abs. 2 GG



## II. Tatbestandsirrtum, § 16 Abs. 1 S. 1 StGB

### Möglichkeit 2:

Der Arbeitgeber weiß, dass die private E-Mail-Nutzung erlaubt ist, ordnet sich aber nicht als Erbringer von TK-Diensten ein oder er glaubt bzgl. der betroffenen Kommunikation nicht an das Fernmeldegeheimnis gebunden zu sein.

- bei Kleinbetrieben, bei denen die Kommunikations-einrichtungen aufgrund betrieblicher Übung privat genutzt werden dürfen, und das „verständliche Bewusstsein“ vorherrscht, dass E-Mail-Kommunikation kontrolliert werden darf (*Barton*, RDV 2012, 217 [222])

- Frage des Einzelfalls





### III. Verbotsirrtum, § 17 StGB

- findet gerichtlich nur bei substantiiertem Vortrag oder besonderen Anhaltspunkten Berücksichtigung
- Freisprüche aufgrund unvermeidbaren Verbotsirrtums sind die Ausnahme
- „ultima ratio einer Verteidigungsstrategie“ (*Barton, RDV 2012, 217 [218]*)

#### **§ 17 StGB, Verbotsirrtum**

Fehlt dem Täter bei Begehung der Tat die **Einsicht, Unrecht zu tun**, so handelt er ohne Schuld, wenn er diesen Irrtum **nicht vermeiden konnte**. Konnte der Täter den Irrtum vermeiden, so kann die Strafe nach § 49 Abs. 1 gemildert werden.



### III. Verbotsirrtum, § 17 StGB

#### 1. Voraussetzungen des unvermeidbaren Verbotsirrtums

##### a. Fehlendes Unrechtsbewusstsein

- Unrechtsbewusstsein = Einsicht, dass das Verhalten gegen die durch verbindliches Recht kodifizierte Wertordnung verstößt
- Die Kenntnis der betroffenen Norm ist nicht notwendig.
- Das Wissen um einen strafrechtlichen Verstoß ist nicht erforderlich (str.).



### III. Verbotsirrtum, § 17 StGB

#### b. Unvermeidbarkeit des Irrtums

- vermeidbar: wenn der Täter im Zeitpunkt der Tat Anlass haben musste über die mögliche Rechtswidrigkeit seiner Tat nachzudenken oder Erkundigungen einzuholen und er dadurch zur Unrechtseinsicht gekommen wäre
- Pflicht zur Einholung von Auskünften
- Vertrauen auf Gerichtsentscheidungen, die nicht überholt, aufgehoben oder für Laien offensichtlich unzutreffend sind



### III. Verbotsirrtum, § 17 StGB

#### 2. Annahme, kein Erbringer von TK-Diensten zu sein

- sog. Subsumtionsirrtum
- Berufung auf die Urteile des *LAG Berlin-Brandenburg* und des *LAG Niedersachsen*
  - nicht offensichtlich unzutreffend
  - Rspr. kommt Vorrang gegenüber der Lit. zu
- Beschluss des *OLG Karlsruhe* als gleichrangige, widersprechende Gerichtsentscheidung?
  - betrifft einen öffentlichen Arbeitgeber, der seine Dienste auch für Externe anbietet
  - str. Vermeidbarkeit bei gleichrangigen, widersprechenden Entscheidungen



## III. Verbotsirrtum, § 17 StGB

### 3. Annahme einer Kontrollbefugnis

- sog. Erlaubnisirrtum
- Kontrollbefugnis aus Gewohnheitsrecht, aufgrund der allgemeinen Rechtfertigungsgründe, aus § 100 TKG oder aus § 32 BDSG
- Berufung auf die o.g. Entscheidungen
- die Urteile des *LAG Berlin-Brandenburg* und *LAG Niedersachsen* sind indirekt einschlägig: falls der Arbeitgeber kein Erbringer von TK-Diensten ist, sperrt § 88 Abs. 3 S. 3 TKG die allgemeinen Rechtfertigungsgründe nicht



## IV. Fazit

- Bis zur Klärung der Rechtslage empfiehlt sich eine Berufung auf Tatbestands- und Verbotsirrtümer.
- Langfristig wünschenswert ist jedoch eine Lösung auf Ebene des objektiven Tatbestandes, welche auch durch den aktuellen Gesetzesentwurf zum Beschäftigtendatenschutz noch nicht in Aussicht steht.

Julius-Maximilians-

**UNIVERSITÄT  
WÜRZBURG**

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!