

## CB-BEITRAG

Univ.-Prof. Dr. Christian Koenig, LL. M. (LSE), und Dr. Anton Veidt, Wiss. Mit.\*

# E-Mail- und Internetnutzung von Beschäftigten auf dem Prüfstand des Fernmeldegeheimnisses – Teil 1

Trotz der Überführung des Fernmeldegeheimnisses aus § 88 TKG a. F. in § 3 TTDSG und einer neuen Regelung zu den Normadressaten ist weiterhin ungeklärt, ob das Fernmeldegeheimnis für Arbeitgeber gilt. Daher könnte auch nach der neuen Rechtslage das Risiko bestehen, dass Arbeitgeber bei der Einsichtnahme in die E-Mails und Internet-Surf-Verläufe von Beschäftigten gegen das Fernmeldegeheimnis verstoßen. Der vorliegende Teil 1 des Beitrags befasst sich mit der unionsrechtlichen Abgrenzungsproblematik des Fernmeldegeheimnisses zur DSGVO und der Adressatenstellung des Arbeitgebers nach § 3 Abs. 2 S. 1 TTDSG. Teil 2 (erscheint in CB 7/2024) widmet sich dem Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses und den Verhaltenspflichten des Arbeitgebers bei der Einsichtnahme in E-Mails und Internet-Surf-Verläufe von Beschäftigten. Zudem werden konkrete Handlungs- und Gestaltungsempfehlungen für Arbeitgeber formuliert.

## I. Einleitung

Das einfachgesetzliche Fernmeldegeheimnis wurde am 12.1.2021 aus § 88 TKG a. F. in § 3 TTDSG überführt. Dabei wurden die Vorgaben des § 88 TKG a. F. weitestgehend wortlautgetreu übernommen. Änderungen hat der Gesetzgeber lediglich bei der Regelung der Normadressaten vorgenommen. Während § 88 TKG a. F. nur für „Diensteanbieter“ gem. § 3 Nr. 6 TKG a. F. galt, werden die verschiedenen Normadressaten des Fernmeldegeheimnisses nach der neuen Rechtslage nunmehr in § 3 Abs. 2 S. 1 TTDSG aufgeführt. Die neue Regelung der Normadressaten wirft zum einen komplexe unionsrechtliche Abgrenzungsfragen zur DSGVO auf, die in der Literatur bisher noch nicht abschließend beantwortet worden sind. Zum anderen hat es der Gesetzgeber versäumt, durch die Neuregelung den mittlerweile seit etwa 20 Jahren geführten Streit um die Anwendbarkeit des Fernmeldegeheimnisses auf Arbeitgeber, die gegenüber ihren Beschäftigten betriebliche Telekommunikationsdienste (auch zur privaten Nutzung) anbieten, zu entscheiden. Nach § 3 Abs. 3 S. 1 TTDSG ist es den Verpflichteten untersagt, sich oder anderen Kenntnis von geschützten Kommunikationsinhalten und -umständen zu verschaffen, sofern dies nicht zur Erbringung eines Telekommunikationsdienstes oder zum Schutz eines technischen Systems erforderlich ist. Daher könnte auch nach der neuen Rechtslage das Risiko bestehen, dass Arbeitgeber bei der Einsichtnahme in die E-Mails und Internet-Surf-Verläufe von Beschäftigten gegen das Fernmeldegeheimnis nach § 3 TTDSG verstoßen und sich zugleich nach § 206 Abs. 1 StGB strafbar machen.

In diesem Beitrag wird zunächst untersucht, ob und inwieweit § 3 TTDSG neben der DSGVO oder sogar vorrangig gegenüber der DSGVO anwendbar ist (I.). Anschließend wird unter Berücksichtigung der

einschlägigen Literatur und der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung analysiert, ob Arbeitgeber, die betriebliche E-Mail- und Internetzugangsdienste (auch zur privaten Nutzung) anbieten, gegenüber ihren Beschäftigten das Fernmeldegeheimnis wahren müssen (II.).

## II. Verhältnis von § 3 TTDSG zur DSGVO

### 1. Grundsatz: Anwendungsvorrang unmittelbar anwendbaren Unionsrechts

Die DSGVO entfaltet als Unionsverordnung i. S. d. Art. 288 Abs. 2 AEUV unmittelbare Geltung in jedem Mitgliedstaat und ist innerhalb ihres Anwendungsbereichs gegenüber nationalem Recht grundsätzlich vorrangig anwendbar (Anwendungsvorrang des Unionsrechts).<sup>1</sup> Nach dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts wird nationales Recht zwar nicht nichtig, im Kollisionsfall aber durch das Unionsrecht verdrängt.<sup>2</sup> Alle staatlichen Stellen, insbesondere Gerichte und Behörden, sind verpflichtet, den Vorschriften des Unionsrechts den Vorrang in jedem konkret zu entscheidenden Fall einzuräumen und unionsrechtswidriges nationales Recht außer Anwendung zu lassen.<sup>3</sup>

Der Anwendungsbereich der DSGVO erstreckt sich auf die Verarbeitung personenbezogener Daten (Art. 2 Abs. 1 DSGVO). Personenbe-

\* Der Beitrag beruht auf einem Rechtsgutachten.

1 Grundlegend: EuGH, Urt. v. 15.7.1964 – C-6/64 – Costa/E. N. E. L.

2 Streinz, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 3. Aufl. 2018, Art. 4 EUV Rn. 37 m. w. N.

3 Siehe nur EuGH, 11.8.1995 – C-431/92 Rn. 37 ff. – Kommission/Deutschland.

zogene Daten sind gem. Art. 4 Nr. 1 DSGVO alle Informationen, die sich auf eine identifizierte oder identifizierbare natürliche Person beziehen. Im Hinblick auf den Inhalt des personalisierten E-Mail-Postfachs eines Beschäftigten ergibt sich der Personenbezug bereits aus der Information, dass der Beschäftigte als Sender oder Empfänger an dem einzelnen Nachrichtenaustausch beteiligt war.<sup>4</sup> Selbiges gilt für die in der Chronik eines Internetbrowsers erfolgenden Protokollierungen, da sie ausweisen, wann vom Nutzer welche Seiten im Internet mit welchem Titel aufgerufen wurden.<sup>5</sup> Eine Kenntnisnahme der Inhalte eines dem einzelnen Beschäftigten zugeordneten E-Mail-Postfachs sowie der Internet-Surf-Verläufe eines Beschäftigten stellt zudem eine Verarbeitung i. S. d. Art. 4 Nr. 2 DSGVO dar.<sup>6</sup> Damit wäre der sachliche Anwendungsbereich der Datenverarbeitungsvorgaben der DSGVO im Falle einer Einsichtnahme des Arbeitgebers in das E-Mail-Postfach oder in den Surfverlauf eines Beschäftigten eröffnet. Die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung richtet sich grundsätzlich nach Art. 6 Abs. 1 DSGVO. Für die Verarbeitung von Beschäftigten-daten geht § 26 BDSG der DSGVO vor (Art. 88 Abs. 1 DSGVO), soweit sich daraus spezifischere Regelungen ergeben.<sup>7</sup> Zugleich könnte der Arbeitgeber dem Fernmeldegeheimnis nach § 3 TTDSG unterliegen. Im Rahmen des Anwendungsbereichs der DSGVO wird § 3 TTDSG nach dem Anwendungsvorrang des Unionsrechts grundsätzlich von den Vorgaben der DSGVO verdrängt.

## 2. Vorrang des § 3 TTDSG nach Art. 95 DSGVO?

Etwas anderes könnte sich allerdings aus Art. 95 DSGVO ergeben, wonach die DSGVO den Adressaten der Richtlinie 2002/58/EG<sup>8</sup> (E-Privacy-RL) „keine zusätzlichen Pflichten [auferlegt]“, soweit die betreffenden Regelungen der E-Privacy-RL dasselbe Ziel wie die DSGVO verfolgen. Daraus ergibt sich nach wohl herrschender Literaturansicht, dass alle Regelungen der E-Privacy-RL mit gleicher Zielsetzung gegenüber den Vorgaben der DSGVO *lex specialis* sind.<sup>9</sup> Das Spezialitätsverhältnis der E-Privacy-RL gegenüber der DSGVO nach Art. 95 DSGVO erstreckt sich auch auf die jeweiligen nationalen Umsetzungsvorschriften,<sup>10</sup> also möglicherweise auch auf § 3 TTDSG, der Art. 5 Abs. 1 E-Privacy-RL umsetzt.<sup>11</sup> Nach Art. 5 Abs. 1 E-Privacy-RL stellen die Mitgliedstaaten die Vertraulichkeit der mit öffentlichen Kommunikationsnetzen und öffentlich zugänglichen Kommunikationsdiensten übertragenen Nachrichten und der damit verbundenen Verkehrsdaten durch innerstaatliche Vorschriften sicher.

Die Sperrwirkung der E-Privacy-RL gegenüber der DSGVO geht nur so weit, wie die jeweiligen Regelungen der E-Privacy-RL dasselbe Ziel wie die DSGVO verfolgen. Die Ziele der E-Privacy-RL sind nicht völlig deckungsgleich mit denen der DSGVO, da die E-Privacy-RL sowohl die Achtung des Privat- und Familienlebens nach Art. 7 GRCh als auch den Schutz personenbezogener Daten nach Art. 8 GRCh bezweckt,<sup>12</sup> während die DSGVO in erster Linie Letzteres schützt. Die Anforderung der Verfolgung desselben Ziels darf nicht allzu streng ausgelegt werden. Die Schutzzwecke und damit die Ziele zweier Regelungsakte stimmen nämlich nie vollständig überein, zumal selbst der EuGH bei den Gewährleistungen der Grundrechte des Art. 7 und Art. 8 GRCh große Überschneidungen sieht und daher in seiner jüngeren Rechtsprechung regelmäßig nicht trennscharf differenziert, sondern eine kombinierte Prüfung beider Grundrechte vornimmt.<sup>13</sup> Art. 95 DSGVO dürfte daher auch für den Fall gelten, dass der Schutz personenbezogener Daten nur Teil eines Motivbündels ist.<sup>14</sup> Mit Blick auf die Ausführungen zur rechtfertigenden Einwilligung nach datenschutzrechtlichen Anforderungen (Art. 5 Abs. 1 S. 2 i. V. m. Art. 2 lit. f) E-Privacy-RL) sowie den Umstand, dass der Inhalt und die weiteren

Umstände der Kommunikation regelmäßig Personenbezug aufweisen, weist Art. 5 Abs. 1 E-Privacy-RL (auch) materiell datenschutzrechtliche Charakterzüge auf. Vor diesem Hintergrund entspricht es der herrschenden Literaturansicht, dass Art. 5 Abs. 1 E-Privacy-RL auch datenschutzrechtliche Zwecke i. S. d. Art. 8 GRCh verfolgt.<sup>15</sup> Art. 5 Abs. 1 E-Privacy-RL verfolgt damit dasselbe Ziel wie die DSGVO und beansprucht gem. Art. 95 DSGVO vorrangige Geltung gegenüber der DSGVO.

Auf die nationalen Umsetzungsvorschriften schlägt diese Vorrangwirkung indes nur durch, soweit diese die E-Privacy-RL nicht überschießend umsetzen.<sup>16</sup> Nach § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und Nr. 4 TTDSG gilt das Fernmeldegeheimnis auch für Anbieter von geschäftsmäßig angebotenen Telekommunikationsdiensten und Betreiber von Telekommunikationsanlagen, mit denen geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste erbracht werden. Damit geht der Adressatenkreis der Norm über die Umsetzungsvorgabe in Art. 5 Abs. 1 E-Privacy-RL hinaus, wonach die Mitgliedstaaten lediglich die Vertraulichkeit der mit *öffentlichen* Kommunikationsnetzen und *öffentlich zugänglichen* Kommunikationsdiensten übertragenen Nachrichten und der damit verbundenen Verkehrsdaten sicherstellen. Nach Art. 3 Abs. 1 E-Privacy-RL regelt die E-Privacy-RL zudem nur die „Bereitstellung“ öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste in öffentlichen Kommunikationsnetzen. Auch die Erfassung (lediglich) an der Erbringung solcher Dienste „Mitwirkender“ nach § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 1

4 Sander, K&R 2022, 662, 662.

5 Vgl. LAG Berlin-Brandenburg, 14.1.2016 – 5 Sa 657/15, BB 2016, 819, Rn. 122.

6 Vgl. LAG Berlin-Brandenburg, 14.1.2016 – 5 Sa 657/15, BB 2016, 819, Rn. 123.

7 In seinem Urteil vom 30.3.2023 (C-34/21) hat der EuGH § 23 Abs. 1 S. 1 HDSIG als unionsrechtswidrig und damit unanwendbar qualifiziert. Nach dem unionsrechtlichen Wiederholungsverbot muss sich eine gegenüber der DSGVO spezifischere (und damit nach Art. 88 DSGVO vorrangige) nationale Regelung nämlich von den allgemeinen Regeln der DSGVO unterscheiden. Diese unionsrechtliche Vorgabe verhindert, dass Mitgliedstaaten durch die Einführung „spezifischerer“ (tatsächlich aber lediglich wiederholender) nationaler Regelungen die alleinige Kompetenz des EuGH zur Auslegung des Unionsrechts untergraben. Aus diesem Urteil des EuGH wird in der Literatur gefolgert, dass die ähnlich formulierte Generalklausel des § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG als Verstoß gegen das unionsrechtliche Wiederholungsverbot ebenfalls unanwendbar sei. Daher ist davon auszugehen, dass aktuell nicht auf § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG, sondern auf die allgemeine unionsrechtliche Rechtsgrundlage des Art. 6 DSGVO abzustellen ist. Abgesehen von Abs. 1 S. 1 bleibt § 26 BDSG jedoch gegenüber der DSGVO vorrangig anwendbar, soweit sich daraus spezifischere Regelungen ergeben.

8 Richtlinie 2002/58/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 12.7.2002 über die Verarbeitung personenbezogener Daten und den Schutz der Privatsphäre in der elektronischen Kommunikation (Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation), ABl. L 201 v. 31.7.2002, S. 37–47.

9 Ebenfalls wird vertreten, dass die Spezialität der E-Privacy-RL gegenüber der DSGVO bereits aus dem allgemeinen Rechtsgrundsatz *lex specialis derogat legi generali* folge und Art. 95 DSGVO insoweit lediglich deklaratorischer Natur sei; siehe hierzu: Golland, in: Taeger/Gabel (Hrsg.), DSGVO – BDSG – TTDSG, 4. Aufl. 2022, Art. 95 DSGVO Rn. 4 ff.

10 Golland, in: Taeger/Gabel (Fn. 9), Art. 95 DSGVO Rn. 16.

11 BT-Drs. 19/27441, S. 34.

12 Erwägungsgrund Nr. 2 zur E-Privacy-RL.

13 So z. B. EuGH, 8.4.2014 – C-293/12 und C-594/12 Rn. 24 ff. – Digital Rights Ireland.

14 Kühling/Sauerborn, CR 2021, 271, 272 f.

15 Golland, in: Taeger/Gabel (Fn. 9), Art. 95 DSGVO Rn. 11; Kühling/Sauerborn, CR 2021, 271, 274 f.; a. A. Assion, in: Assion (Hrsg.), TTDSG, 1. Aufl. 2022, § 3 TTDSG, Rn. 36 ff.

16 Golland, in: Taeger/Gabel (Fn. 9), Art. 95 DSGVO Rn. 16 f.

Var. 2 TTDSG überschreitet daher die unionsrechtlichen Umsetzungsvorgaben.<sup>17</sup> Mit Blick auf § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Var. 2, Nr. 2 und Nr. 4 TTDSG tritt das Fernmeldegeheimnis daher als überschneidende Richtlinienumsetzung – und somit rein nationales Recht – nach den allgemeinen Kollisionsregeln im Rahmen des Anwendungsbereichs der DSGVO, jedenfalls also hinsichtlich der Verarbeitung personenbezogener Daten, hinter die DSGVO zurück.<sup>18</sup>

Der Schutzbereich des § 3 TTDSG geht jedoch über den der DSGVO hinaus, da er auch sonstige Inhalte und nähere Umstände der Kommunikation, also auch die Kenntnisnahme nicht personenbezogener Daten, umfasst. Im Rahmen der Verarbeitung personenbezogener Daten – etwa bei der Einsichtnahme in die E-Mails von Beschäftigten – werden mitunter auch nicht personenbezogene Inhalts- und Verkehrsdaten zur Kenntnis genommen, deren Verarbeitung nicht in den Anwendungsbereich der DSGVO fällt, sodass § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Var. 2, Nr. 2 und Nr. 4 TTDSG insoweit nicht nach den allgemeinen Kollisionsregeln zurücktreten würden. Sofern eine untrennbare Verknüpfung zwischen der Verarbeitung personenbezogener Daten und der Kenntnisnahme von nicht personenbezogenen Daten besteht, könnte das nationale Fernmeldegeheimnis unionsrechtlich nach der DSGVO zulässige Datenverarbeitungen nach dem Kenntnisnahmeverbot des § 3 Abs. 3 S. 1 DSGVO mit der Unzulässigkeit „infizieren“. Da das Kenntnisnahmeverbot auch die automatisierte Verarbeitung von Inhalts- und Verkehrsdaten betrifft,<sup>19</sup> wäre im Hinblick auf die Einsichtnahme in das E-Mail-Postfach von Beschäftigten durch den Arbeitgeber auch eine automatisierte Vor-Filterung zwischen – nicht dem Fernmeldegeheimnis unterworfenen – E-Mails, die ausschließlich personenbezogene Daten enthalten, und – dem Fernmeldegeheimnis unterworfenen – E-Mails, die auch nicht personenbezogene Daten enthalten, gem. § 3 Abs. 3 S. 1 TTDSG unzulässig. Ein Verstoß gegen § 3 Abs. 3 S. 1 TTDSG ließe sich daher nur dann rechtssicher ausschließen, wenn in diesem Fall (und gleichgelagerten Fällen) vollumfänglich von einer Kenntnisnahme abgesehen wird. In solchen Fällen würden die Vorgaben zur rechtmäßigen Verarbeitung personenbezogener Daten nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 DSGVO, insbesondere dessen lit. f) bei der Verarbeitung von Beschäftigtendaten durch den Arbeitgeber, bei einem zu engen Verständnis des Anwendungsvorrangs der DSGVO gegenüber § 3 TTDSG leerzulaufen drohen. Es bliebe lediglich die Einwilligung der betroffenen Personen nach Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a) DSGVO, die auch eine Kenntnisnahme nach § 3 Abs. 3 S. 1 TTDSG zu rechtfertigen vermag, sofern sie durch alle Beteiligten des Kommunikationsvorgangs erteilt wird.<sup>20</sup>

Dieses Ergebnis würde im Widerspruch zu dem Vollharmonisierungsansatz<sup>21</sup> der DSGVO hinsichtlich des Schutzes personenbezogener Daten stehen, wonach die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten in der DSGVO abschließend geregelt wird. Angesichts der Vollharmonisierungswirkung hat der EuGH in mehreren Urteilen zu der Vorgänger-Richtlinie zur DSGVO (Richtlinie 95/46/EG<sup>22</sup>) betont, „dass die Mitgliedstaaten weder neue Grundsätze in Bezug auf die Zulässigkeit der Verarbeitung personenbezogener Daten neben [Art. 7 der Richtlinie 95/46/EG] einführen noch zusätzliche Bedingungen stellen dürfen, die die Tragweite eines der sechs darin vorgesehenen Grundsätze verändern würden“.<sup>23</sup> Diese Rechtsprechung ist auf die der Richtlinie 95/46/EG nachfolgende DSGVO übertragbar, sodass auch deren Schutzniveau hinsichtlich der Verarbeitung personenbezogener Daten außerhalb ihrer Öffnungsklauseln weder unter- noch überschritten werden darf.<sup>24</sup>

Nach dem Auslegungsgrundsatz *effet utile* sind zudem alle Vorschrif-

ten des Unionsrechts so auszulegen, dass sie ihre volle (praktische) Wirksamkeit entfalten können. Dem EuGH genügt für die Ablehnung von Normauslegungen bereits, dass die praktische Wirksamkeit einer Bestimmung andernfalls „ernsthaft gefährdet“<sup>25</sup> wäre oder ihr zumindest „ein nicht unerheblicher Teil ihrer praktischen Wirksamkeit genommen“<sup>26</sup> würde, mitunter sogar, dass die praktische Wirksamkeit einer Vorschrift des Unionsrechts auch nur „geschmälert“<sup>27</sup> würde. Der Anwendungsvorrang der DSGVO muss sich mit Blick auf § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Var. 2, Nr. 2 und Nr. 4 TTDSG daher auch auf ebenfalls von einer Datenverarbeitung betroffene nicht personenbezogene Daten erstrecken, da Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 DSGVO andernfalls in vielen Fällen durch § 3 Abs. 3 S. 1 DSGVO überlagert und damit in nicht unwesentlichem Umfang seiner praktischen Wirksamkeit beraubt würde.<sup>28</sup> Das Fernmeldegeheimnis nach § 3 TTDSG gilt daher nicht für an der Erbringung von öffentlichen Telekommunikationsdiensten Mitwirkenden, Anbieter von geschäftsmäßig angebotenen Telekommunikationsdiensten und Betreiber von Telekommunikationsanlagen, mit denen geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste erbracht werden, soweit es um die Verarbeitung personenbezogener Daten und die damit untrennbar verknüpfte Kenntnisnahme nicht personenbezogener Daten geht. Da im Zuge der Einsichtnahme in E-Mails und Surfverläufe von Beschäftigten durch den Arbeitgeber stets auch personenbezogene Daten verarbeitet werden, treten § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Var. 2, Nr. 2 und Nr. 4 TTDSG insoweit hinter die anwendungsvorrangigen Vorgaben der DSGVO zurück. Eine Adressatensstellung des Arbeitgebers käme daher in diesen Fällen nur nach § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Var. 1 TTDSG (Anbieter von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten) in Betracht.

Andere Autoren gehen hingegen davon aus, dass § 3 TTDSG und die DSGVO stets nebeneinander anwendbar seien.<sup>29</sup> Auch diese vertreten aber im Ergebnis die Auffassung, dass die DSGVO insoweit Anwendungsvorrang genießt, als die E-Privacy-RL durch § 3 TTDSG überschneidend umgesetzt wird. Zur Begründung stützen sich die Vertreter dieser Auffassung auf Art. 12 Abs. 1 der Richtlinie (EU)

17 Assion, MMR 2022, 521, 529; Kiparski, CR 2021, 482, 485 f.

18 So i. E. die vorherrschende Literaturansicht: Golland, in: Taeger/Gabel (Fn. 9), Art. 95 DSGVO Rn. 16 f.; Holländer, in: BeckOK Datenschutzrecht, 46. Edition, Art. 95 DS-GVO Rn. 4 ff.; Kiparski, CR 2021, 482, 484 ff.; Klachin/Rauer, BB 2022, 1588, 1589 f.; Kühling/Sauerborn, CR 2021, 271, 274 f.; Munz, in: Taeger/Gabel (Fn. 9), § 3 TTDSG Rn. 18; Sander, K&R 2022, 662, 669; Wünschelbaum, NJW 2022, 1561, 1564.

19 Dieckhoff/Assion, ZD 2023, 371, 376; auf Grundlage des alten Rechts: Eckhardt, in: Spindler/Schuster (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien/Eckhardt, 4. Aufl. 2019, TKG § 88 Rn. 50; vgl. auch VG Karlsruhe, MMR 2008, 362, 363.

20 Siehe hierzu Teil 2 dieses Beitrags (erscheint in CB 7/2024).

21 Schantz, in: BeckOK Datenschutzrecht, 46. Edition, Art. 1 DS-GVO Rn. 8 ff.

22 Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 24.10.1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl. L 281 v. 23.11.1995 S. 31–50.

23 EuGH, 19.10.2016 – C-582/14 Rn. 57 – Breyer; 24.11.2011 – C-468/10 und C-469/10 Rn. 30, 32 – ASNEF, FECEMD.

24 Schantz, in: BeckOK Datenschutzrecht, 46. Edition, Art. 1 DS-GVO Rn. 10.

25 EuGH, 14.2.2008 – C-450/06 Rn. 39 – Varec.

26 EuGH, 31.3.1998 – C-68/94 und C-30/95 Rn. 171 – Frankreich und Société commerciale des potasses und de l'azote und Entreprise minière und chimique/Kommission.

27 EuGH, 9.3.1978 – 106/77 Rn. 19 f. – Amministrazione delle finanze dello Stato/Simmenthal.

28 Aufhauser, PinG 2021, 188, 190 f.; Sander, K&R 2022, 662, 669; Wünschelbaum, NJW 2022, 1561, 1563.

29 Assion, MMR 2022, 521, 529 sowie Dieckhoff/Assion, ZD 2023, 371, 375 f.

2018/1972<sup>30</sup> („EKEK“), der abschließende Voraussetzungen zur Zulässigkeit einer mitgliedstaatlichen Beschränkung der Freiheit zur Bereitstellung von Telekommunikationsdiensten beinhaltet, die im Falle einer überschießenden Umsetzung der E-Privacy-RL nicht eingehalten würden.

### III. Adressatenstellung des Arbeitgebers nach § 3 Abs. 2 S. 1 TTDSG bei erlaubter Privatnutzung

Zwar könnten sich Arbeitgeber damit grundsätzlich auf die unionsrechtlich induzierte Unanwendbarkeit von § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Var. 2, Nr. 2 und Nr. 4 TTDSG stützen. Mangels höchstrichterlicher Entscheidung ist allerdings nicht vorhersehbar, ob Behörden und Gerichte der hier vertretenen Auffassung folgen werden. Zur Formulierung konkreter Handlungs- und Gestaltungsempfehlungen für Arbeitgeber in Teil 2 dieses Beitrags wird daher in diesem Abschnitt untersucht, ob Arbeitgeber, welche die Privatnutzung betrieblicher E-Mail- und Internetzugangsdienste erlauben, Normadressaten des Fernmeldegeheimnisses nach § 3 Abs. 2 S. 1 TTDSG sind bzw. wären.

#### 1. Anbieter von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten (§ 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Var. 1 TTDSG)

Eine Adressatenstellung des Arbeitgebers im Falle der erlaubten Privatnutzung betrieblicher E-Mail- und Internetzugangsdienste nach § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Var. 1 TTDSG ist aus verschiedenen Gründen zweifelhaft.

So könnte bei durch den Arbeitgeber bereitgestellten E-Mail- und Internetzugangsdiensten bereits das Vorliegen eines Telekommunikationsdienstes i. S. d. § 3 Nr. 61 TKG abzulehnen sein. Grundsätzlich sind Internetzugangsdienste nach § 3 Nr. 61 lit. a) TKG und E-Mail-Dienste nach § 3 Nr. 61 lit. b) TKG (interpersonelle Telekommunikationsdienste)<sup>31</sup> als Telekommunikationsdienste zu qualifizieren. Fraglich ist jedoch, ob betriebliche E-Mail- und Internetzugangsdienste „in der Regel gegen Entgelt“ (bzw. „gewöhnlich gegen Entgelt“, Art. 2 Nr. 4 EKEK) erbracht werden. Entscheidend ist hierbei die Vergleichsgruppenbildung, welche die Grundlage für eine typisierende Betrachtung der Entgeltlichkeit des betreffenden Dienstes darstellt.

Stellt man auf E-Mail- und Internetzugangsdienste im Allgemeinen ab,<sup>32</sup> ist die gewöhnliche Entgeltlichkeit zu bejahen, da diese entweder gegen Bezahlung in Geld oder gegen „Bezahlung mit Daten“ erbracht werden.<sup>33</sup> Nach der wohl vorherrschenden Literaturansicht ist hingegen die Bereitstellung von E-Mail- und Internetzugangsdiensten durch Arbeitgeber gegenüber ihren Beschäftigten als Vergleichsmaßstab anzulegen.<sup>34</sup> Dafür ließe sich anführen, dass bei betrieblichen E-Mail- und Internetzugangsdiensten gerade der Arbeitgeber dem Beschäftigten die Dienste zur Verfügung stellt und sich lediglich zur technischen Umsetzung Dritter bedient. Für die Nutzung betrieblicher E-Mail- und Internetzugangsdienste zahlt nicht der Beschäftigte als Nutzer (in Geld oder Daten).<sup>35</sup> Vielmehr entlohnt der Arbeitgeber als Dienstebereitsteller den Nutzer mit dem Arbeitslohn unter anderem für die Verwendung betrieblicher E-Mail- und Internetzugangsdienste. Damit fehlt es in diesem Verhältnis stets – und damit auch „in der Regel“ bzw. „gewöhnlich“ – an der entgeltlichen Dienstleistung.<sup>36</sup>

Sofern man hingegen unterstellt, dass ein Telekommunikationsdienst vorliegen würde, wäre ebenfalls fraglich, ob der Arbeitgeber selbst oder lediglich das Telekommunikationsunternehmen, dessen Dienstleistung der Arbeitgeber an seine Beschäftigten „durchleitet“, als

„Anbieter von Telekommunikationsdiensten“ i. S. d. § 3 Nr. 1 TKG zu qualifizieren ist. Anbieter von Telekommunikationsdiensten ist gem. § 3 Nr. 1 TKG „jeder, der Telekommunikationsdienste erbringt“. Ausweislich seines Urteils in der Rechtssache UPC DTH legt der EuGH ein funktionales – vertragsspezifisches – Verständnis des Anbieterbegriffs zugrunde: „[...] Es kommt nämlich nur darauf an, dass die UPC gegenüber den Endnutzern für die Übertragung des Signals, die diesen die Bereitstellung des Dienstes, den sie abonniert haben, gewährleistet, verantwortlich ist.“<sup>37</sup> Somit ist als Anbieter von Telekommunikationsdiensten diejenige Person anzusehen, die durch ein Vertragsverhältnis, auf dessen Grundlage der Telekommunikationsdienst erbracht wird, eine unmittelbare Verbindung zum Endnutzer aufweist und damit die Verantwortung für die Dienstleistung trägt (funktionaler Anbieterbegriff).<sup>38</sup>

Nach einer Literaturansicht seien Arbeitgeber danach keine „Erbringer“ betrieblicher Telekommunikationsdienste, da sie kein eigenes Interesse an einer Verantwortung für die Dienstleistung hätten.<sup>39</sup> Ein Arbeitgeber, der die Privatnutzung erlaubt oder duldet, wolle weder einen Anspruch der Beschäftigten auf diese Privatnutzung gegen sich begründen, noch sich rechtlichen Konsequenzen aussetzen, sollte der Dienst nicht oder nicht ordnungsgemäß bereitgestellt werden. Der Arbeitgeber stelle betriebliche E-Mail- und Internetzugangsdienste primär zur Gewährleistung eines funktionsfähigen Arbeitsplatzes bereit. Die Ermöglichung der privaten Telekommunikation der Beschäftigten sei hingegen nur ein Nebenzweck. Nach der – im Lichte des weiten, funktionalen Anbieterbegriffs aus der unionsgerichtlichen Rechtsprechung – wohl vorzugswürdigen Gegenauffassung sei der Arbeitgeber im Falle einer erlaubten Privatnutzung sehr wohl „Anbieter“ von Telekommunikationsdiensten, da der Arbeitgeber in seiner Eigenschaft als Erlaubnisgeber aus Sicht des Beschäftigten (also aus Sicht des Endnutzers) die private Kommunikation ermöglicht.<sup>40</sup>

Eine Entscheidung des Streits um das Vorliegen eines Telekommunikationsdienstes sowie des Streits zur Anbieterstellung des Arbeitgebers kann allerdings dahinstehen, da eine Adressatenstellung des Arbeitgebers nach § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Var. 1 TTDSG jedenfalls daran scheitert, dass betriebliche E-Mail- und Internetzugangsdienste nicht i. S. d. § 3 Nr. 44 TKG öffentlich zugänglich sind, da sie keinem unbestimmten Personenkreis zur Verfügung stehen.<sup>41</sup> Nach herrschender, vorzugswürdiger Auffassung gelten Gruppen von (potenziellen) Nutzern nämlich dann nicht als unbestimmter Personenkreis, wenn deren Mitglieder im Zeitpunkt des Angebots einzeln feststehen

30 Richtlinie (EU) 2018/1972 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 11.12.2018 über den europäischen Kodex für die elektronische Kommunikation, ABl. L 321 v. 17.12.2018, S. 36–214.

31 Schütz, in: Geppert/Schütz, Beck'scher TKG-Kommentar, 5. Aufl. 2023, § 3 TKG Rn. 143.

32 So etwa Sander, K&R 2022, 662, 667.

33 Sander, K&R 2022, 662, 667.

34 Aufhauser, PinG 2021, 188, 194; Byers, Mitarbeiterkontrollen, 2. Aufl. 2022, Rn. 32; Dieckhoff/Assion, ZD 2023, 371, 374; Roßnagel, NJW 2023, 400, 402; Rossow, DuD 2022, 93, 95.

35 Dieckhoff/Assion, ZD 2023, 371, 374.

36 Aufhauser, PinG 2021, 188, 194.

37 EuGH, 30.4.2014 – C-475/12 Rn. 43 f. – UPC DTH.

38 Ähnlich Cesarano/Koenig/Veidt, RAW 2022, 134, 139.

39 Fokken, NZA 2020, 629, 632; i. E. auch Dieckhoff/Assion, ZD 2023, 371, 373.

40 Zur alten Rechtslage: Brink/Schwab, ArbRAktuell 2018, 111, 112 sowie Speichert, CB 2016, 334.

41 Auch auf die Einordnung des Arbeitgebers als „Mitwirkender“ nach § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Var. 2 TTDSG kommt es daher nicht an.

oder jedenfalls anhand konkreter Merkmale bestimmbar sind.<sup>42</sup> Da Arbeitgeber nur ihren Beschäftigten die Nutzung betrieblicher E-Mail- und Internetzugangsdienste ermöglichen, sind die Mitglieder des Personenkreises jedenfalls anhand konkreter Merkmale, nämlich durch das Vertragsverhältnis mit dem Arbeitgeber, bestimmbar. Betriebliche Telekommunikationsdienste werden daher einheitlich als nicht öffentlich zugänglich eingeordnet.<sup>43</sup>

Dieses Ergebnis überzeugt auch mit Blick auf die regulatorischen Pflichten, die das TKG Anbietern öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste auferlegt, da diese im Falle betrieblicher Telekommunikationsdienste kaum zweckgetreu zur Anwendung kommen könnten. Dies wird vor allem bei einer Betrachtung der Kundenschutzvorschriften (§§ 51 ff. TKG) deutlich, da etwa ein Anbieterwechsel bereits aufgrund der unmittelbaren vertraglichen Verknüpfung der Inanspruchnahme privat nutzbarer betrieblicher Telekommunikationsdienste mit dem Beschäftigtenverhältnis ausgeschlossen ist.

## 2. Anbieter von geschäftsmäßig angebotenen Telekommunikationsdiensten (§ 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TTDSG) oder Betreiber von Telekommunikationsanlagen, mit denen geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste erbracht werden (§ 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 TTDSG)

Auch im Hinblick auf § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und 4 TTDSG erscheint schon das Vorliegen eines Telekommunikationsdienstes i. S. d. § 3 Nr. 61 TKG fragwürdig. Mangels klärender Rechtsprechung ist allerdings nicht absehbar, welche Auffassung Gerichte und Behörden diesbezüglich vertreten würden, sodass sich auch hier die Frage stellt, ob die weiteren Voraussetzungen für eine Adressatenstellung des Arbeitgebers erfüllt sind.

Betreiber (§ 3 Nr. 7 TKG) von Telekommunikationsanlagen i. S. d. § 3 Nr. 60 TKG dürfte jeder Arbeitgeber sein, der mittels eigener IT E-Mail-Server betreibt bzw. über fremde IT betriebene E-Mail-Server bereitstellt<sup>44</sup> und/oder zur Bereitstellung von Internetzugangsdiensten notwendige Netzwerkkomponenten betreibt.<sup>45</sup>

Sofern man unterstellt, dass betriebliche E-Mail- und Internetzugangsdienste als Telekommunikationsdienste zu qualifizieren seien, bildet das „geschäftsmäßige“ Anbieten bzw. Erbringen die zentrale Voraussetzung für das Vorliegen einer Adressatenstellung nach § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und 4 TTDSG. Schon nach der alten Rechtslage (§ 88 TKG a. F.) war es umstritten, ob der Arbeitgeber die Telekommunikationsdienste bei erlaubter Privatnutzung geschäftsmäßig erbringe und daher Diensteanbieter i. S. d. § 3 Nr. 6 TKG a. F. sei. Das geschäftsmäßige Erbringen von Telekommunikationsdiensten wurde in § 3 Nr. 10 TKG a. F. legaldefiniert als „das nachhaltige Angebot von Telekommunikation für Dritte mit oder ohne Gewinnerzielungsabsicht“.

Nach einer Ansicht in der Literatur seien die Beschäftigten der Sphäre des Arbeitgebers zuzurechnen, sodass kein Angebot gegenüber Dritten vorliege.<sup>46</sup> Zudem erbringe der Arbeitgeber betriebliche Telekommunikationsdienste nicht nachhaltig, da der Arbeitgeber kein Interesse daran hätte, dass Beschäftigte mehr als nur in geringem Umfang privat am Arbeitsplatz kommunizieren.<sup>47</sup> Auch der überwiegende Teil der arbeitsgerichtlichen Rechtsprechung ordnete den Arbeitgeber bei erlaubter Privatnutzung nicht als Diensteanbieter ein und stützte sich dabei maßgeblich – jedoch ohne dies näher zu begründen – auf den fehlenden Drittbezug der Dienstebereitstellung gegenüber dem Beschäftigten.<sup>48</sup> Vertreter der wohl herrschenden Gegenauffassung stellten darauf ab, dass der Arbeitgeber seinen

Beschäftigten die betrieblichen Telekommunikationsdienste bei erlaubter Privatnutzung dauerhaft und damit „nachhaltig“ bereitstelle, da er diese langfristig und mit gewisser Regelmäßigkeit als Teil seines Pflichtenprogramms im Arbeitsverhältnis erbringe.<sup>49</sup> Die Beschäftigten seien auch Dritte i. S. d. § 3 Nr. 10 TKG a. F., da sie im Falle der Privatnutzung nicht mehr in der Sphäre des Arbeitgebers stünden. Auch das LAG Hessen sah den Arbeitgeber bei erlaubter Privatnutzung – entgegen der Rechtsauffassung anderer Arbeitsgerichte – als Normadressaten des § 88 TKG a. F. (§ 3 TTDSG) an und bezeichnete diese Auffassung ausdrücklich als „h. M.“.<sup>50</sup>

Der Begriff der Geschäftsmäßigkeit wird weder in der Neufassung des TKG noch im TTDSG legaldefiniert. Die Begriffsdefinition des § 3 Nr. 10 TKG a. F. – und damit die Voraussetzung des Drittbezugs und der Nachhaltigkeit des Angebots – gilt jedoch auch nach neuer Rechtslage fort.<sup>51</sup> Dafür spricht insbesondere die Gesetzesbegründung, wonach § 88 TKG a. F. in § 3 TTDSG „bis auf redaktionelle Anpassungen unverändert übernommen“ und hinsichtlich des Diensteanbieterbegriffs auf die alte Rechtslage verwiesen werde.<sup>52</sup> Vor diesem Hintergrund dürfte der alte Streit um die Einordnung des Arbeitgebers als Normadressat des Fernmeldegeheimnisses nach neuer Rechtslage weitestgehend unverändert fortgeführt werden.

## 3. Zwischenergebnis

Eine Adressatenstellung des Arbeitgebers als Anbieter von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten nach § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Var. 1 TTDSG scheidet aus. Umstritten ist hingegen, ob ein Arbeitgeber, der die Privatnutzung betrieblicher Telekommunikationsdienste erlaubt, diese „geschäftsmäßig“ erbringt (§ 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und 4 TTDSG). In Ermangelung einer höchstrichterlichen Entscheidung lässt sich nicht rechtssicher abschätzen, welcher Auffassung Gerichte und Behörden zukünftig folgen werden. Die Datenschutzkonferenz („DS-K“) hatte jedenfalls auf Grundlage der alten Rechtslage ausdrücklich die Auffassung vertreten, dass Arbeitgeber im Falle der erlaubten Privatnutzung betrieblicher Telekommunikationsdienste dem Fern-

42 Eckhardt, in: Schwartmann/Jaspers/Eckhardt (Hrsg.), TTDSG, 1. Aufl. 2022, § 3 Rn. 41 ff.; Fetzer, in: Fetzer/Scherer/Graulich, TKG, 3. Aufl. 2021, § 3 TKG a. F. Rn. 92, § 6 TKG a. F. Rn. 13.

43 Aufhauser, PinG 2021, 188, 193; Assion, in: Assion (Fn. 15), § 3 TTDSG, Rn. 92; Dieckhoff/Assion, ZD 2023, 371, 374; Eckhardt, in: Schwartmann/Jaspers/Eckhardt (Fn. 42); § 3 Rn. 43; Munz, in: Taeger/Gabel (Fn. 9), § 3 TTDSG Rn. 17 f.; Rossow, DuD 2022, 93, 95; Sassenberg/Franke, CR 2013, 772, 776 f.; Wüschelbaum, NJW 2022, 1561, 1564.

44 So ausdrücklich Sander, K&R 2022, 662, 667.

45 Rossow, DuD 2022, 93, 97.

46 Auf Grundlage der alten Rechtslage: Byers (Fn. 34), Rn. 32 f. m. w. N.; auf Grundlage der neuen Rechtslage: Dieckhoff/Assion, ZD 2023, 371, 374; Klachin/Rauer, BB 2022, 1588, 1589.

47 Etwa Baumgartner, in: Weth/Herberger/Wächter/Sorge (Hrsg.), Daten- und Persönlichkeitsschutz im Arbeitsverhältnis, 2. Aufl. 2019, Teil B. Kap. IX Rn. 83.

48 LAG Niedersachsen, 31.5.2010 – 12 Sa 875/09, MMR 2010, 639; LAG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 16.2.2011 – 4 Sa 2132/10, NZA-RR 2011, 342; LAG Berlin-Brandenburg, 14.01.2016 – 5 Sa 657/15 5 Sa 657/15, BB 2016, 819; ArbG Weiden, 17.5.2017 – 3 Ga 6/17, ZD 2017, 535; LG Erfurt, 28.4.2021 – 1 HK O 43/20, GRUR-RS 2021, 16480.

49 Etwa Fokken, NZA 2020, 629, 633.

50 LAG Hessen, 21.9.2018 – 10 Sa 601/18, NZA-RR 2019, 130, Rn. 63 ff.

51 Assion, in: Assion (Fn. 15), § 3 TTDSG, Rn. 93; Dieckhoff/Assion, ZD 2023, 371, 374 f.; Eckhardt, in: Schwartmann/Jaspers/Eckhardt (Fn. 42), § 3 Rn. 72 ff.; Hadidi, in: Geppert/Schütz (Fn. 31), § 3 TTDSG Rn. 22; Kiparski, CR 2021, 482, 485; Klachin/Rauer, BB 2022, 1588, 1589.

52 BT-Drs. 19/27441, S. 34.

meldegeheimnis unterliegen würden.<sup>53</sup> Auch der nunmehr gem. § 29 Abs. 1 TTDSG aufsichtszuständige Bundesbeauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit („BfDI“) hielt den Arbeitgeber nach der alten Rechtslage im Falle der erlaubten Privatnutzung für einen Diensteanbieter i. S. d. § 3 Nr. 6 TKG a. F. und damit für einen Normadressaten nach § 88 TKG a. F.<sup>54</sup> Ob der BfDI an dieser Auffassung auch nach neuer Rechtslage festhält und wie aktiv er seine neue Aufgabe als zuständige Aufsichtsbehörde ausfüllen wird, bleibt indes abzuwarten.

#### IV. Fazit

Im Rahmen der Behördenkommunikation könnten sich Arbeitgeber zwar auf die unionsrechtlich induzierte Unanwendbarkeit von § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 Var. 2, Nr. 2 und Nr. 4 TTDSG stützen. Hilfsweise ließe sich auch bei erlaubter Privatnutzung der betrieblichen Telekommunikationsdienste vertreten, dass Arbeitgeber diese nicht geschäftsmäßig erbringen. Da diese Rechtsfragen indes nicht höchstrichterlich entschieden sind, besteht gleichwohl ein erhebliches Risiko, dass der BfDI als zuständige Aufsichtsbehörde und die zuständigen Gerichte von einer Adressatenstellung des Arbeitgebers nach § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und/oder 4 TTDSG ausgehen.

#### V. Ausblick

Teil 2 dieses Beitrags widmet sich dem Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses und den Verhaltenspflichten des Arbeitgebers bei der Einsichtnahme in E-Mails und Internet-Surf-Verläufe von Beschäftigten. Zudem werden konkrete Handlungs- und Gestaltungsempfehlungen für Arbeitgeber formuliert.



#### AUTOREN

**Prof. Dr. Christian Koenig, LL.M.,** ist Direktor am Zentrum für Europäische Integrationsforschung und Mitglied der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bonn. Seine Lehrtätigkeiten, Veröffentlichungen, Forschungsprojekte sowie rechtswissenschaftlichen Gutachtertätigkeiten konzentrieren sich schwerpunktmäßig auf das Recht des Europäischen Binnenmarktes, insbesondere das EU-Wettbewerbsrecht und das Regulierungsrecht (Telekommunikations-, Post- und Energierecht, EU-Beihilferecht, Glücksspielrecht, Gesundheits- und Arzneimittelrecht u. a.). In diesen Rechtsgebieten tritt Prof. Koenig auch vor dem Europäischen Gerichtshof und deutschen Verwaltungsgerichten als Prozessbevollmächtigter auf. Im Rahmen seiner Expertisen berät er regelmäßig Bundes- und Landesministerien sowie Kommunen.



**Dr. Anton Veidt** ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Zentrum für Europäische Integrationsforschung (ZEI) der Universität Bonn und Rechtsreferendar am Landgericht Bonn. Sein Forschungsschwerpunkt ist das Telekommunikationsrecht. Daneben beschäftigt er sich mit dem Deutschen und Europäischen Verwaltungsrecht, dem Energiewirtschaftsrecht und dem EU-Wettbewerbsrecht.

53 DSK, Orientierungshilfe der Datenschutzaufsichtsbehörden zur datenschutzgerechten Nutzung von E-Mail und anderen Internetdiensten am Arbeitsplatz, Stand Januar 2016, S. 4, abrufbar unter: [https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/oh/201601\\_oh\\_email\\_und\\_internetdienste.pdf](https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/oh/201601_oh_email_und_internetdienste.pdf) (zuletzt abgerufen am 15.3.2024).

54 BfDI, Surfen am Arbeitsplatz, Datenschutz bei der Internetnutzung im Beruf, März 2020, S. 5 (nicht mehr im Internet abrufbar).