

Olaf Rossow

Arbeitgeber und das Fernmeldegeheimnis nach dem TTDSG

Seit jeher ist es umstritten, ob der Arbeitgeber gegenüber seinen Beschäftigten als Telekommunikationsanbieter anzusehen ist, der das Fernmeldegeheimnis einzuhalten hat, wenn er es erlaubt oder duldet, dass die eigenen Beschäftigten das Internet bzw. das Telefon auch für private Zwecke nutzen. Nach neuer Rechtslage wird das Fernmeldegeheimnis nicht mehr im Telekommunikationsgesetz (TKG) geregelt, sondern im Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz (TTDSG). Ist es nun aber geklärt, ob ein Arbeitgeber das Fernmeldegeheimnis gegenüber seinen Beschäftigten beachten muss? Dieser Fragestellung soll in diesem Artikel näher nachgegangen werden.

1 Bisherige Rechtslage und der Streitstand

Unter dem Fernmeldegeheimnis verstand das Telekommunikationsgesetz (TKG) den Inhalt der Telekommunikation und ihre näheren Umstände, insbesondere die Tatsache, ob jemand an einem Telekommunikationsvorgang beteiligt ist oder war (§ 88 Abs. 1 TKG-alt).

Bisher war in § 88 Abs. 2 S. 1 TKG-alt geregelt, dass Diensteanbieter zur Wahrung des Fernmeldegeheimnisses verpflichtet seien. Die Diskussion zur alten Rechtslage entspann sich an der Frage, ob der Arbeitgeber in Bezug auf seine Beschäftigten als Diensteanbieter anzusehen sei, wenn er es erlaubte oder duldete, dass diese die Arbeitsmittel Internet und Telefon auch zu privaten Zwecken nutzten.

Die Orientierungshilfe der Datenschutzkonferenz (DSK) zur datenschutzgerechten Nutzung von E-Mail und anderen Internetdiensten am Arbeitsplatz aus dem Jahre 2016¹ und der Ratgeber zum Beschäftigtendatenschutz des LfDI Baden-Württemberg aus dem Jahre 2020² gehen davon aus, dass der Arbeitgeber als Diensteanbieter im Sinne des TKG bzw. Telemediengesetzes (TMG) anzusehen und damit dem Fernmeldegeheimnis unter-

worfen sei. Während der Ratgeber dies voraussetzt, verweist die Orientierungshilfe darauf, dass die Frage nicht höchstrichterlich geklärt sei, und Arbeitgeber zur Vermeidung etwaiger Strafbarkeit davon ausgehen sollten, Diensteanbieter zu sein.

Die Aufsichtsbehörden haben zwar recht, dass es keine Rechtsprechung durch den Bundesgerichtshof (BGH) oder des Bundesarbeitsgerichts (BAG) in dieser Sache gibt, allerdings finden sich einige unterinstanzliche Entscheidungen, die es wert sind, einmal näher beleuchtet zu werden.

Ursprung der Diskussion ist ein Beschluss des OLG Karlsruhe aus dem Jahre 2005.³ Dabei ging es um die Verletzung des Fernmeldegeheimnisses aus § 206 Abs. 1 StGB. Das Gericht stellte fest, dass die Blockierung oder Löschung von E-Mails ohne Zustimmung der Empfänger eine Verletzung des Fernmeldegeheimnisses darstellt. Der Provider sei verpflichtet, E-Mails an den Empfänger zuzustellen und eine ähnliche Verpflichtung werde auch bei Mitarbeitern anzunehmen sein, denen die Privatnutzung von E-Mail am Arbeitsplatz erlaubt sei.⁴ Das Schrifttum, auf das sich das Gericht in diesem Zusammenhang bezog, geht detaillierter auf diesen Punkt ein.⁵ Danach sei ein geschäftsmäßiges Erbringen ein Angebot, welches keine Gewerblichkeit erfordere. Es werde auch von Arbeitgebern erfüllt, die ihren Beschäftigten einen Onlinezugang bereitstellen und die private Nutzung von Internet und E-Mail gestatten, da hierin ein Angebot von Übertragungswegen für Dritte zu sehen sei.⁶ Dagegen wird der Zweck des TKG ins Feld geführt. Dieser liege in der technologieneutralen Regulierung, um dem Wettbewerb in der Telekommunikation zu fördern und flächendeckend Dienstleistungen zu gewährleisten.⁷

¹ Siehe unter https://www.datenschutzkonferenz-online.de/media/oh/201601_oh_email_und_internetdienste.pdf, S. 4 (abgerufen am 6.12.2021).

² Vgl. unter <https://www.baden-wuerttemberg.datenschutz.de/wp-content/uploads/2020/04/Ratgeber-Besch%C3%A4ftigtendatenschutz.pdf>, S. 18 (abgerufen am 6.12.2021).



Olaf Rossow

Senior Berater Datenschutz
datenschutz nord GmbH, Bremen

E-Mail: orossow@datenschutz-nord.de

³ OLG Karlsruhe, MMR 2008, 178.

⁴ OLG Karlsruhe, MMR 2008, 178 (182).

⁵ Heidrich/Tschoepe, MMR 2004, 75 (76).

⁶ Heidrich/Tschoepe, MMR 2004, 75 (76); vgl. auch Wuermeling/Felixberger, CR 1997, 230 (231).

⁷ Siehe sogleich LAG Hamm, ZD 2013, 135 (139).

Das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg geht in seiner Entscheidung⁸ zur alten Rechtslage davon aus, dass das Fernmeldegeheimnis nach § 88 Abs. 3 TKG-alt nicht einschlägig ist, da der Arbeitgeber kein Diensteanbieter im Sinne des TKG sei. Es begründet es damit, dass kein geschäftsmäßiges Erbringen von Telekommunikationsdienstleistungen im Sinne von § 3 Nr. 6 und 10 TKG-alt vorliege. § 3 Nr. 10 TKG-alt setze voraus, dass das Angebot von Telekommunikation an außerhalb der Sphäre des Diensteanbieters liegende Dritte gerichtet sei. Arbeitnehmer des Arbeitgebers seien nicht außerhalb seiner Sphäre stehende Dritte in diesem Sinne. Außerdem schütze § 88 TKG-alt lediglich die unkörperliche Übermittlung von Informationen an individuelle Empfänger mit Hilfe des Telekommunikationsverkehrs. Nach Abschluss des Übertragungsvorgangs im Herrschaftsbereich des Kommunikationsteilnehmers gespeicherte Verbindungsdaten werden nicht von § 88 TKG-alt geschützt.⁹

Schon im Jahre 2012 hatte sich das LAG Hamm mit dieser Problematik beschäftigt und kam zu dem Schluss, dass das Fernmeldegeheimnis nicht berührt werde, wenn nicht der eigentliche E-Mail-Verkehr an sich, sondern lediglich der auf dem Rechner des Arbeitgebers abgespeicherte Inhalt kontrolliert werde.¹⁰ Der Grundrechtsschutz nach Art. 10 GG erstreckte sich nicht auf die außerhalb eines laufenden Kommunikationsvorgangs im Herrschaftsbereich des Kommunikationsteilnehmers gespeicherten Inhalte und Umstände der Kommunikation, da der Schutz des Fernmeldegeheimnisses in dem Moment ende, in dem die E-Mail beim Empfänger angekommen und Übertragungsvorgang beendet sei.¹¹ Auch andere Gerichte argumentierten ähnlich.¹²

In jüngster Zeit befasste sich das LG Erfurt mit dieser Rechtsfrage. Es schloss sich der Position und insbesondere den Argumenten des LAG Berlin-Brandenburg an und ergänzte, dass der Sinn und Zweck des Gesetzes darin bestehe durch technologie-neutrale Regulierung den Wettbewerb im Bereich der Telekommunikation und leistungsfähige Telekommunikationsinfrastrukturen zu fördern und flächendeckend angemessene und ausreichende Dienstleistungen zu gewährleisten.¹³ In diesem Sinne trete ein Arbeitgeber, der die private Nutzung eines E-Mail-Accounts gestattet nicht als Telekommunikationsanbieter am Markt auf. Vielmehr sei er als Nutzer anzusehen, der selbst Dienste in Anspruch nehme und diese an Arbeitnehmer weiterleite.¹⁴

Neben der nationalen Rechtsprechung soll nicht die EuGH Rechtsprechung vergessen werden. Der EuGH stufte den E-Mail-Dienst Gmail schon nicht als „elektronische[n] Kommunikationsdienst“ ein.¹⁵ Der EuGH kam in seinem Urteil zu dem Schluss, dass Google bei Erbringung ihres E-Mail-Dienstes wie Gmail eine Übertragung von Signalen vornimmt. Das lasse aber nicht den Schluss zu, dass die Tätigkeiten die Google vornimmt, um das Funktionieren ihres internetbasierten E-Mail-Dienstes sicherzustellen, einen „elektronischen Kommunikationsdienst“

darstellen.¹⁶ Der EuGH begründet es damit, dass das offene Internet aus den folgenden Komponenten besteht:

- ◆ Internetzugangsanbieter der Absender und Empfänger von E-Mails und ggf. die Anbieter von internetbasierten E-Mail-Diensten und
- ◆ Betreiber verschiedener Netze, die für das Funktionieren jedes internetbasierten E-Mail-Dienstes erforderlichen Signale sicherstellen und hierfür verantwortlich sind.¹⁷

Dass der Erbringer eines internetbasierten E-Mail-Dienstes bei der Versendung und dem Empfang von Nachrichten aktiv tätig wird (Zuordnung von IP-Adressen entsprechender Endgeräte zu E-Mailadressen oder Einspeisung bzw. Empfang der in Datenpakete zerlegte Nachrichten in das bzw. aus dem Internet) reiche nicht aus für die Einstufung des Dienstes als: „ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über elektronische Kommunikationsnetze bestehen[d]“.¹⁸

Zusammenfassend bedeutet dies nach dem EuGH: Der Anbieter eines E-Maildienstes bietet kein Telekommunikationsnetz an. Wenn er kein Telekommunikationsnetz anbietet, dann kann er kein Telekommunikationsdienst anbieten. Wenn er kein Telekommunikationsdienst anbietet, kann er kein Diensteanbieter sein.

Und das wiederum bedeutet, wenn schon Google mit seinem Dienst Gmail kein Diensteanbieter ist, dann kann es erst recht nicht der Arbeitgeber sein. Auch mit der Rechtsprechung des EuGH ließe sich argumentieren, dass der Arbeitgeber kein Diensteanbieter im Sinne des TKG-alt war.

2 Überführung des Fernmeldegeheimnisses in das TTDSG

Mit Wirkung zum 1.12.2021 ist das TTDSG in Kraft getreten. Das Gesetz übernimmt die Datenschutzregelungen des TKG und des TMG und soll, nach dem Willen des Gesetzgebers, die Richtlinie 2002/58/EG, die ePrivacy Richtlinie oder auch Cookie-Richtlinie genannt (nicht zu verwechseln, der noch nicht bestehenden E-Privacy-Verordnung), umsetzen.¹⁹

Der bisherige § 88 TKG wurde in den § 3 TTDSG übernommen. Im Vergleich zwischen dem bisherigen § 88 TKG und dem neuen § 3 TTDSG ergeben sich für die Definition des Fernmeldegeheimnisses keine Neuerungen. So wurde der § 88 Abs. 1 TKG-alt wortidentisch übernommen. Allerdings finden sich bei der Formulierung der Verpflichteten Unterschiede. Während § 88 Abs. 2 S. 1 TKG-alt die „Diensteanbieter“ auf das Fernmeldegeheimnis verpflichtet, werden in § 3 Abs. 2 S. 1 TTDSG die Verpflichteten differenzierter aufgezählt.

Hier bestehen vier Kategorien:

1. Anbieter von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten sowie natürliche und juristische Personen, die an der Erbringung solcher Dienste mitwirken,

8 LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 14.1.2016, 5 Sa 657/15, ZD 2016, 336.

9 LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 14.1.2016, 5 Sa 657/15, ZD 2016, 336.

10 LAG Hamm, ZD 2013, 135 (139).

11 LAG Hamm, ZD 2013, 135 (139).

12 Vgl. VG Karlsruhe, Urteil vom 27.5.2013 –2 K 3249/12, NVwZ-RR 2013, 797; VGH Kassel, Beschluss vom 19.5.2009 –6 A 2672/08.Z., MMR 2009, 714; LAG Niedersachsen, Urteil vom 31.5.2010 –12 Sa 875/09, MMR 2010, 639.

13 LG Erfurt, Urteil vom 28.4.2021, ZD-Aktuell 2021, 05248.

14 LG Erfurt, Urteil vom 28.4.2021, ZD-Aktuell 2021, 05248

15 EuGH, C-193/18 Google LLC ./ BRD, Urteil vom 13.06.2019, EuZW 2019, 572 (574).

16 EuGH, C-193/18 Google LLC ./ BRD, Urteil vom 13.06.2019, EuZW 2019, 572 (574).

17 EuGH, C-193/18 Google LLC ./ BRD, Urteil vom 13.06.2019, EuZW 2019, 572 (574).

18 EuGH, C-193/18 Google LLC ./ BRD, Urteil vom 13.06.2019, EuZW 2019, 572 (574).

19 BT-Drs. 19/27441 S. 1.

2. Anbieter von ganz oder teilweise geschäftsmäßig angebotenen Telekommunikationsdiensten sowie natürliche und juristische Personen, die an der Erbringung solcher Dienste mitwirken,
3. Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze und
4. Betreiber von Telekommunikationsanlagen, mit denen geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste erbracht werden.

3 Arbeitgeber als Verpflichtete aus § 3 TTDSG?

Die Frage, die sich nunmehr stellt ist, ob durch die Neuformulierung des Kreises der Verpflichteten in § 3 Abs. 2 S. 1 TTDSG die bisherige Rechtsprechung bestätigt und der Arbeitgeber danach nicht zur Einhaltung des Fernmeldegeheimnisses verpflichtet wird oder, ob nunmehr eine Neubewertung erforderlich ist. Nach dem Regierungsentwurf setzt die Regelung Art. 5 Abs. 1 der E-Privacy-Richtlinie um.²⁰ Im Hinblick auf das Urteil des EuGH ließe sich daher erwarten, dass eine Umsetzung der Richtlinie eine entsprechende Klarstellung mit sich bringt.

3.1 Arbeitgeber als Anbieter eines „Telekommunikationsdienstes“

Aus § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und 2 TTDSG geht hervor, dass die Anbieter „Telekommunikationsdienste“ (TK-Dienste) anbieten müssen. Die Definition des TK-Dienstes ergibt sich aus § 2 Abs. 1 TTDSG i. V. m. § 3 Nr. 61 TKG-neu. Danach ist ein TK-Dienst ein über Telekommunikationsnetze in der Regel gegen Entgelt erbrachter Dienst. Hier stellt sich die Frage, ob der Arbeitgeber einen TK-Dienst „in der Regel gegen Entgelt“ anbietet. Die Gesetzesbegründung selbst stellt klar, dass TK-Dienste nur solche sind, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden.²¹ Arbeitgeber stellen ihren Beschäftigten in der Regel diese nicht gegen Entgelt zur Verfügung. Es wird aber ins Feld geführt, dass es sich bei der Privatnutzung aus Arbeitnehmersicht um geldwerte Einnahmen i. S. v. § 8 Abs. 1 EstG handle.²² Selbst wenn man diesem Argument folgen möchte, bleibt das Erfordernis einer Wettbewerbstätigkeit des Diensteanbieters, worauf das LAG Hamm hingewiesen hat.²³ Dieses Erfordernis der Wettbewerbsfähigkeit hat sich aber nicht geändert, da der Gesetzgeber lediglich eine Anpassung des TKG an die DSGVO verfolgte, aber keine Änderung der Zweckrichtung des Gesetzes.²⁴ Daher würde der Arbeitgeber keinen TK-Dienst anbieten und nicht unter das Fernmeldegeheimnis fallen.

3.2 „Öffentliche Zugänglichkeit“ der Dienste des Arbeitgebers

Schon mit dem fehlenden Merkmal des TK-Dienstes würden Arbeitgeber nicht unter § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und 2 TTDSG fallen. Nr. 1 spricht daneben auch von „öffentlich zugänglichen“ TK-Diensten. § 2 Abs. 1 TTDSG i. V. m. § 3 Nr. 44 TKG-neu definiert die öffentliche Zugänglichkeit damit, dass ein Telekommunikationsdienst einem unbestimmten Personenkreis zur Verfügung stehen muss. Dies ist bei einem Arbeitgeber aber gerade nicht

der Fall. Dieser bietet den Zugang lediglich seinen Beschäftigten an. Der Personenkreis ist damit aufgrund eines erforderlichen Vertragsverhältnisses mit dem Arbeitgeber begrenzt. Damit fehlt außerdem das Merkmal der öffentlichen Zugänglichkeit.

3.3 „Geschäftsmäßige“ Erbringung durch den Arbeitgeber

Nr. 2 spricht von „geschäftsmäßigen“ TK-Diensten. Für die Geschäftsmäßigkeit kommt es nicht auf die Gewinnerzielungsabsicht an, sondern auf die Nachhaltigkeit des Angebots.²⁵ Im TKG-alt unterlag das geschäftsmäßige Erbringen eines TK-Dienstes noch einer eigenständigen Definition (§ 3 Nr. 10 TKG-alt) und durfte nicht mit der Definition des TK-Dienstes in § 3 Nr. 24 TKG-alt vermischt werden.²⁶ Es kam für die Definition des Diensteanbieters in § 88 TKG-alt auf die Definition des geschäftsmäßigen Erbringens an. Da in der neuen Fassung diese Trennung aufgehoben und die Entgeltlichkeit eine Voraussetzung ist, kommt es auf das Vorliegen eines „geschäftsmäßigen“ TK-Dienstes nicht mehr an.

3.4 Arbeitgeber als „Mitwirkender“

Sowohl nach Nr. 1 als auch Nr. 2 reicht es aus, wenn der TK-Dienst nicht selbst angeboten wird, sondern lediglich an dem Angebot eines anderen Dritten „mitgewirkt“ wird. Eine Begriffsbestimmung hierzu findet sich im TKG leider nicht. Bereits im TKG-alt war dieser Begriff nicht definiert, sondern wurde aus dem Regelungskontext bestimmt.²⁷ In Bezug auf das Fernmeldegeheimnis nach § 88 TKG-alt sollten alle diejenigen in die Pflicht mit einbezogen werden, die eine Einwirkungsmöglichkeit auf den Schutz des Fernmeldegeheimnis haben.²⁸ Dies betraf Beschäftigte oder andere Erfüllungsgehilfen des Erbringers eines TK-Dienstes selbst.²⁹ Übertragen auf die neue Norm im TTDSG würde es die Beschäftigten und Erfüllungsgehilfen des Anbieters treffen. Diese müssten das Fernmeldegeheimnis ebenso wahren und ggf. auf die Wahrung verpflichtet werden. Dies macht den Arbeitgeber aber nicht zu einem Mitwirkenden, da dieser kein Erfüllungsgehilfe des Anbieters ist. Eine andere Ansicht sieht demgegenüber in dem Arbeitgeber im Verhältnis zum klassischen Telekommunikationsanbieter (TK-Anbieter) einen Mitwirkenden aufgrund der Weiterleitung der Nachrichten von internen Systemen über die TK-Anbieter an die Empfänger, da eine irgendwie geartete Involvierung genügen soll.³⁰ In der Konsequenz bedeutet diese Ansicht, dass bei einer privaten Nutzung des E-Mailsystems des Arbeitgebers, dieser dem Fernmeldegeheimnis als Mitwirkender gegenüber seinen Beschäftigten verpflichtet sei.³¹

Allerdings erscheint die Definition des Mitwirkenden aufgrund einer „irgendwie gearteten Involvierung“ als zu schwam-

²⁵ Eckhart, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Auflage 2019, § 88 TKG, Rn. 26.

²⁶ Eckhart, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Auflage, 2019, § 88 TKG Rn. 26.

²⁷ Eckhart, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Auflage 2019, § 88 TKG Rn. 34.

²⁸ Eckhart, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Auflage 2019, § 88 TKG Rn. 34.

²⁹ Eckhart, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Auflage 2019, § 88 TKG Rn. 34.

³⁰ So Aufhauser, PinG 2021, 224 (227).

³¹ Siehe Aufhauser, PinG 2021, 224 (227).

²⁰ BT-Drs. 19/27441 S. 34.

²¹ BT-Drs. 19/27441 S. 34.

²² <https://www.dr-datenschutz.de/vg-karlsruhe-sein-oder-nichtsein-der-arbeitgeber-als-tk-anbieter/> (abgerufen am 6.12.2021).

²³ LAG Hamm, ZD 2013, 135 (139).

²⁴ BT-Drs. 19/27441 S. 1.

mig. Bei dem bisherigen Verständnis der Mitwirkung ging es um den direkten Zugriff auf die geschützten Daten. Der Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses ist so zu fassen, dass Beteiligte so gestellt sind, wie sie bei unmittelbarer Kommunikation ohne technische Hilfe stünden.³² Betrachtet man diese Situation, dann ist nicht zu verkennen, dass auch der Arbeitgeber Zugriff auf den Inhalt von E-Mails erlangen kann, da er Zugriff auf seine technischen Systeme hat. Dies wird besonders deutlich, wenn man sich zum Beispiel vor Augen führt, dass dieser den Exchange-Server für E-Mails selber betreibt. Die technische Infrastruktur wird daher im Schwerpunkt in der Sphäre des Anbieters liegen, aber auch zu einem bestimmten Teil in der Sphäre des Mitwirkenden, also dem Arbeitgeber. Es bedarf folglich gar nicht der etwas schwammigen Definition, um zu diesem Ergebnis zu kommen.

In der Konsequenz bedeutet die Aufnahme des Mitwirkenden in die Definition der Verpflichteten aus § 3 TTDSG, dass der Arbeitgeber im Gegensatz zur alten Rechtslage sogar klarer zum Fernmeldegeheimnis verpflichtet wird.

³² Eckhart, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 4. Auflage 2019, § 88 TKG Rn. 13.

3.5 Arbeitgeber als „Betreiber eines Telekommunikationsnetzes“

In Betracht kommt es darüber hinaus, den Arbeitgeber nach Nr. 3 als Betreiber eines öffentlichen Telekommunikationsnetzes (TK-Netz) anzusehen. Nach § 2 Abs. 1 TTDSG i. V. m. § 3 Nr. 65 TKG-neu ist ein TK-Netz die Gesamtheit von Übertragungssystemen, wobei es um die Übertragung von Signalen geht. Es bedarf also einer IT-Infrastruktur, die dies ermöglicht. Bereits der angesprochene Exchange-Server des Arbeitgebers, aber auch andere Arbeitsmittel, wie PC, Router, Server etc. sind Teile einer Infrastruktur, über die Signale versandt werden. Ein TK-Netz des Arbeitgebers wäre daher vorhanden. Allerdings wird es hier wiederum auf dem ersten Blick an dem Merkmal „öffentlich“³³ fehlen, da nur ein definierter Personenkreis dieses TK-Netz nutzt. Hingegen definiert § 2 Abs. 1 TTDSG i. V. m. § 3 Nr. 42 TKG-neu das „öffentliche TK-Netz“ als ein Netz, „das ganz oder überwiegend der Erbringung öffentlich zugänglicher Telekommunikationsdienste dient, (...)“. Da der Arbeitgeber aber schon kein TK-Dienst anbietet, kommt er als Betreiber eines TK-Netzes nicht in

³³ Siehe Ziffer 3.2.

Testmanagement



O. Droste, C. Merz
Testmanagement in der Praxis
 2019, XX, 230 S. 27 Abb., 17 Abb. in Farbe. Geb.
 € (D) 44,99 | € (A) 46,25 | *CHF 50.00
 ISBN 978-3-662-49652-7
 € 34,99 | *CHF 40.00
 ISBN 978-3-662-49653-4 (eBook)



F. Witte
Testmanagement und Softwaretest
 Theoretische Grundlagen und praktische Umsetzung
 2., erw. Aufl. 2019, XV, 300 S. 39 Abb.
 in Farbe. Book + eBook. Brosch.
 € (D) 38,00 | € (A) 39,77 | *CHF 42.00
 ISBN 978-3-658-25086-7
 € 29,99 | *CHF 33.50
 ISBN 978-3-658-25087-4 (eBook)

Ihre Vorteile in unserem Online Shop:

Über 280.000 Titel aus allen Fachgebieten | eBooks sind auf allen Endgeräten nutzbar |
 Kostenloser Versand für Printbücher weltweit

€ (D): gebundener Ladenpreis in Deutschland, € (A): in Österreich. * : unverbindliche Preisempfehlung. Alle Preise inkl. MwSt.

Jetzt bestellen auf springer.com/informatik oder in der Buchhandlung

Part of **SPRINGER NATURE**

Frage. Außerdem kann hier auch die Rechtsprechung des EuGH zu Gmail herangezogen werden.³⁴

3.6 Arbeitgeber als „Betreiber einer Telekommunikationsanlage“

Zuletzt käme der Arbeitgeber als Verpflichteter auf das Fernmeldegeheimnis in Betracht, wenn er nach Nr. 4 eine Telekommunikationsanlage (TK-Anlage) betreibt und damit geschäftsmäßig TK-Dienste erbringt. TK-Anlagen sind nach § 2 Abs. 1 TTDSG i. V. m. § 3 Nr. 60 TKG-neu „technische Einrichtungen, Systeme oder Server, die als Nachrichten identifizierbare elektromagnetische oder optische Signale oder Daten im Rahmen der Erbringung eines Telekommunikationsdienstes senden, übertragen, vermitteln, empfangen, steuern oder kontrollieren können.“ Ohne solch eine Anlage wäre der Arbeitgeber nicht in der Lage Internet und E-Mail zu nutzen, so dass er solch eine Anlage betreiben muss. Es stellt sich die Frage nach den „geschäftsmäßigen Telekommunikationsdiensten“. Bereits festgestellt wurde, dass der Dienst gegen Entgelt erfolgen muss, was in Bezug auf Beschäftigte bereits verneint wurde.

„Geschäftsmäßig“ war der Dienst dann, wenn es um Dritte außerhalb der Sphäre des Arbeitgebers ging und in Bezug auf den TK-Dienst ein Wettbewerbsverhältnis mit anderen Unternehmen besteht.³⁵ Beides wird man hier in Bezug auf das Verhältnis Arbeitgeber und Beschäftigte verneinen können, so dass Nr. 4 für den Arbeitgeber nicht einschlägig ist.

5 Europarechtliche Einordnung

Der Gesetzgeber wollte nach eigener Aussage die ePrivacy Richtlinie umsetzen. Art. 3 Abs. 1 der ePrivacy-RL legt fest, dass die Richtlinie für die „Verarbeitung personenbezogener Daten in Verbindung mit der Bereitstellung öffentlich zugänglicher Kommunikationsdienste in öffentlichen Kommunikationsnetzen der Gemeinschaft“ gelten soll. Die Definition des Kommunikationsdienstes ergibt sich aus Art. 2 S. 1 c) der Richtlinie 2002/21/EG auf die aus Art. 2 S. 1 der ePrivacy-RL verwiesen wird. Danach werden diese Dienste gewöhnlich gegen Entgelt erbracht, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über elektronische Kommunikationsnetze bestehen...“. Kommunikationsnetze werden in Art. 2 a) der Richtlinie 2002/21/EG mit „Übertragungssysteme und gegebenenfalls Vermittlungs- und Leitwegeinrichtungen sowie anderweitige Ressourcen, die die Übertragung von Signalen über Kabel, Funk, optische oder andere elektromagnetische Einrichtungen ermöglichen...“ definiert.

Was im Vergleich mit der Definition aus § 3 Abs. 2 S. 1 TTDSG auffällt, eine Mitwirkung wie sie § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 und 2 TTDSG

vorsehen, ist in Art. 3 Abs. 1 der ePrivacy-RL mit keinem Wort erwähnt. Auch die Betreiber von TK-Netzen bzw. -Anlagen aus Nr. 3 und 4 finden sich nicht im Anwendungsbereich des Art. 3 der ePrivacy-RL. Entscheidend ist aber, dass die ePrivacy-RL Kommunikationsdienste als Dienste ansieht, die in der Regel gegen Entgelt erbracht werden. Dies ist aber gerade im Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Beschäftigten nicht der Fall. Der Anwendungsbereich des § 3 TTDSG ist damit weiter gefasst als die Richtlinie bestimmt. Wenn aber über den Anwendungsbereich hinaus gegangen wird, dann steht auch die erfolgreiche Umsetzung der vertraulichen Kommunikation aus Art. 5 Abs. 1 der ePrivacy-RL wie vom Gesetzgeber angestrebt³⁶, in Frage. § 3 TTDSG geht über eine bloße Umsetzung der ePrivacy-RL – wie vom Gesetzgeber eigentlich in der Gesetzesbegründung angestrebt,³⁷ hinaus. Es liegt damit eine überschießende Umsetzung der Richtlinie vor.

Für den Teil des Anwendungsbereichs, der über die Umsetzung der ePrivacy-RL hinaus geht, stellt sich daher die Frage der Anwendbarkeit. Art. 95 DSGVO erklärt die DSGVO für nicht anwendbar, wenn der Adressatenkreis der DSGVO den Pflichten der ePrivacy-RL unterliegt und diese dasselbe Ziel verfolgen wie die DSGVO. Für den überschießenden Anwendungsbereich des TTDSG ist folglich zu klären, ob die DSGVO oder das TTDSG anwendbar ist. Hier greift der Anwendungsvorrang des Europarechts. Nach Art. 288 Abs. 3 AEUV gelten Verordnungen in den Mitgliedstaaten unmittelbar. Aus Art. 4 Abs. 3 EUV und in der Rechtsprechung des EuGH ergibt sich nach dem Grundsatz *effet utile*, dass das Unionsrecht dem nationalen Recht vorgeht.³⁸ Daraus folgt, dass § 3 TTDSG von der DSGVO verdrängt wird, wenn er von der ePrivacy-RL nicht gedeckt ist.³⁹

6 Fazit

Wird § 3 TTDSG betrachtet, so könnten Arbeitgeber als „Mitwirkende“ verpflichtet sein, das Fernmeldegeheimnis gegenüber ihren Beschäftigten zu wahren. Durch die überschießende Umsetzung der zugrunde liegenden ePrivacy-RL kommt es aber zum Anwendungsvorrang des Europarechts und im konkreten Fall zur Anwendung der DSGVO als unmittelbar geltende europarechtliche Norm. In der Konsequenz sind Arbeitgeber daher nicht dem Fernmeldegeheimnis verpflichtet.

Die Beschäftigten bleiben aber nicht schutzlos, da die DSGVO über Art. 88 DSGVO i. V. m. § 26 BDSG die Verarbeitung personenbezogener Daten im Rahmen der E-Mail und Internetnutzung regelt. Auf jeden Fall muss der Arbeitgeber prüfen, ob ihm Art. 88 DSGVO i. V. m. § 26 BDSG eine Rechtsgrundlage bietet, um die sich aus der E-Mail- und Internetnutzung ergebenden Daten der Beschäftigten zu nutzen.

³⁴ Siehe Ziffer 1 a. E.

³⁵ Siehe LAG Hamm, ZD 2013, 135 (139) und LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 14.1.2016, 5 Sa 657/15, ZD 2016, 336.

³⁶ Siehe BT-Drs. 19/27441 S. 34.

³⁷ Siehe BT-Drs. 19/27441 S. 1.

³⁸ Grundlegend EuGH, Rechtssache 6/64 – Costa / ENEL, NJW 1964, 2371.

³⁹ *Aufhauser*, PinG 2021, 224 (227).