

# Kommunikation & Recht



Betriebs-Berater für

● Medien ● Telekommunikation ● Multimedia

10  
K&R

- Öffentlich-rechtlicher Rundfunk: Perfektes Timing für eine Reform der Kontrollinstanzen  
**Dr. Frederik Ferreau**
- 645 Aktuelle Entwicklungen im Fernabsatzrecht 2021/2022  
**Prof. Dr. Felix Buchmann**
- 652 Bindung von Geschäftskunden an Glasfaserverträge  
**Dr. Christian Bron**
- 656 Rechtsfragen bei Auskunftsansprüchen von Telemedien  
**Camillo Gaul**
- 662 Privatnutzung dienstlicher E-Mails im Kontext von TTDSG und TKG 2021 – Fernmeldegeheimnis Quo Vadis?  
**Stefan Sander**
- 670 Die Zukunft der Interoperabilitätsregulierung für OTT-Kommunikationsdienste  
**Prof. Dr. Jürgen Kühling, Christian Hildebrandt und Dr. Stefan Bulowski**
- 681 **BGH:** dortmund.de: Gebot der Staatsferne der Presse bei kommunalen Online-Informationsangeboten
- 692 **BGH:** uploaded III: Umfang der Prüfungspflicht bei Urheberrechtsverletzungen auf Sharehosting-Plattform
- 696 **BGH:** Inbox-Werbung II: Einwilligung für Werbeeinblendungen in E-Mail-Postfach erforderlich
- 705 **OLG Frankfurt a. M.:** Irreführung durch bezahlte Kundenrezensionen auf Verkaufsplattform
- 706 **OLG Karlsruhe:** Auskunftsanspruch gegen Social-Media-Plattform
- 709 **VG Stuttgart:** Kein Löschungsanspruch gegen anonymisierte Gerichtsentscheidung in Online-Datenbank mit Kommentar von **Martin W. Huff**

25. Jahrgang

Oktober 2022

Seiten 645 – 716

RA, FA-IT Stefan Sander, LL.M., B.Sc.\*

# Privatnutzung dienstlicher E-Mails im Kontext von TTDSG und TKG 2021 – Fernmeldegeheimnis Quo Vadis?

## Kurz und Knapp

*Im Beitrag wird die Zulässigkeit der Kenntnisnahme von Kommunikationsinhalten (E-Mails) durch privatwirtschaftliche Arbeitgeber und öffentliche Dienstherren untersucht. Dabei stellt sich heraus, dass das mit Wirkung zum 1. 12. 2021 neu geregelte Fernmeldegeheimnis durch den Gesetzgeber eine Ausgestaltung erfahren hat, welche mit höherrangigem Recht nicht vereinbar ist, so dass der Beitrag mit einem Lösungsvorschlag für die zukünftige Rechtsanwendung schließt.*

## I. Sachverhalt

Ein Arbeitgeber bzw. Dienstherr entscheidet, zur Unterstützung der Arbeits- bzw. Dienstabläufe eine Kommunikation via E-Mail einzusetzen. Er betreibt daraufhin mittels seiner eigenen IT einen E-Mail-Server bzw. lässt auf fremder IT für sich einen E-Mail-Server betreiben. Dort sind Postfächer eingerichtet, die den Arbeitnehmern bzw. Bediensteten einzeln zugeteilt sind und in der Regel auf diese personalisiert sind, so dass sich den Postfächern zugeordnete E-Mail-Adressen unter der auf den Arbeitgeber bzw. Dienstherrn registrierten Domain gemäß folgendem Schema ergeben: Vorname.Nachname@Name-der-Organisation.de.

Der E-Mail-Server hat als Betriebsmittel den Zweck, von den Arbeitnehmern bzw. Bediensteten im Rahmen ihrer Tätigkeit eingesetzt zu werden und damit der Verwirklichung der unternehmerischen bzw. von der Organisation oder Dienststelle verfolgten Ziele zu dienen. Neben der vom Arbeitgeber bzw. Dienstherrn im Wesentlichen intendierten Nutzung der Postfächer zu „dienstlichen“ Zwecken und damit abweichend von der gesetzlichen Ausgangslage für die Nutzung von Betriebsmitteln kommt jedoch auch eine Nutzung derselben zu „privaten“ Zwecken durch die Arbeitnehmer bzw. Bediensteten im Alltag vor. Diese vollzieht sich entweder aufgrund ausdrücklicher Erlaubnis des Arbeitgebers bzw. Dienstherrn oder zumindest mit Kenntnis des Arbeitgebers bzw. Dienstherrn und seiner Duldung.

Fällt ein Arbeitnehmer bzw. Bediensteter (z. B. wegen Krankheit) unvorhergesehen aus, besteht ein Interesse des Arbeitgebers bzw. Dienstherrn daran, auf jenes individuell zugeordnete Postfach zuzugreifen und dessen Inhalte zur Kenntnis zu nehmen, um die weitere Bearbeitung der dort gespeicherten und weiterhin neu eingehenden E-Mails zu ermöglichen. Im Falle von Stetigkeiten mit einem Arbeitnehmer bzw. Bediensteten sowie auch schon im Falle vorgelagerter, interner Ermittlungen besteht ebenfalls jeweils ein Interesse des Arbeitgebers bzw. Dienstherrn daran, auf jenes individuell zugeordnete Postfach

zuzugreifen und dessen Inhalte zur Kenntnis zu nehmen, insbesondere zwecks Erlangung von Beweismitteln.

E-Mails sind Nachrichten in einem bestimmten Format, dem sog. Internet Message Format (IMF), spezifiziert in RFC 5322 (früher RFC 2822). Der E-Mail-Server ist eine Anwendungssoftware (auch „Anwendung“ bzw. „Application“ oder nur kurz „App“ genannt), ebenso wie der E-Mail-Client. Diese Software ist dazu gedacht und in der Lage, E-Mails zu erzeugen, zu versenden und zu empfangen. Hinsichtlich der Anwendungssoftware, die den „Dienst der elektronischen Post“ realisiert, können Unterscheidungen anhand der Funktionen einzelner Komponenten vorgenommen werden: Client-seitig (z. B. Microsoft Outlook) arbeitet der sog. Mail User Agent (MUA), Server-seitig (z. B. Microsoft Exchange) einerseits der sog. Mail Transfer Agent (MTA) und andererseits der sog. Mail Delivery Agent (MDA); der MDA ist die Komponente, welche das „Postfach“ realisiert, dessen Inhalte vom Arbeitgeber bzw. Dienstherrn zur Kenntnis genommen werden wollen.

Für den Zugriff auf ein Postfach bzw. zum „Abholen“ der Nachrichten aus dem Postfach haben sich unterschiedliche Techniken etabliert (z. B.: POP3 = RFC 1939 oder IMAP4 = RFC 3501). Bei Verwendung von POP3 für die Zugriffe des MUA auf den MDA ist der MUA der technisch spezifizierte Endpunkt der Nachrichtenübertragung, bei Verwendung von IMAP4 ist dies hingegen bereits der MDA. Für jede denkbare Art des Zugriffs auf die vom MDA bereitgestellten Postfächer kann jedoch festgestellt werden, dass eine unmittelbare Kenntnisnahme der Inhalte der Kommunikation (also der Inhalte im sog. „Body“ der E-Mails), die ohne eine Kenntnisnahme der Umstände der Kommunikation (insbesondere Absender, Adressat und Zeitpunkt, d. h. der Informationen im sog. „Header“ der E-Mails) auskommt, technisch nicht möglich ist.

## II. Rechtliche Würdigung

### 1. Personenbezogene Daten und betroffene Person(en)

Im Hinblick auf die Person des Arbeitnehmers bzw. Bediensteten sind als personenbezogene Daten i. S. v. Art. 4 Nr. 1 DSGVO „alle“ Informationen zu werten, welche sich dieser Person zuordnen lassen, so dass ausnahmslos der gesamte Inhalt des ausweislich des Sachverhalts „personalisierten“ Postfachs von dieser Bewertung erfasst ist. Der Personenbezug ergibt sich bereits aus der Information, dass das personalisierte Postfach und damit der Arbeitnehmer bzw. Bedienstete als Sender oder Empfänger an dem einzelnen Nachrichtenaustausch beteiligt war. Wer wann

\* Der Beitrag geht auf einen Vortrag des Verfassers bei der DSRI-Herbstakademie 2022 zurück, der im Tagungsband von Heinze, Daten, Plattformen und KI als Dreiklang unserer Zeit, DSRI Herbstakademie, 2022, S. 277 ff. veröffentlicht wurde. Mehr über den Autor erfahren Sie am Ende des Beitrags.

mit wem über was kommuniziert hat, ist jeweils für sich betrachtet eine Information, die sich allen an der Kommunikation beteiligten Personen jeweils einzeln zuordnen lässt, was in dieser Deutlichkeit insbesondere für den Inhalt der Kommunikation zu betonen ist, weil darüber zuletzt vielfach vor Gericht gestritten wurde.<sup>1</sup>

Eine Kenntnisnahme von den Inhalten eines dem einzelnen Arbeitnehmer bzw. Bediensteten zugeordneten E-Mail-Postfachs durch den Arbeitgeber bzw. Dienstherrn geht zwingend mit einer Verarbeitung i. S. v. Art. 4 Nr. 2 DSGVO bezüglich der im Postfach gespeicherten personenbezogenen Daten einher. Ob es sich insoweit um ein „Auslesen“, „Erfassen“ oder „Verwenden“ handelt, bedarf keiner Entscheidung, weil alle solchen Verarbeitungen vorliegend denselben Regelungen unterliegen. Dass diese Vorgänge im Zusammenhang mit personenbezogenen Daten in den sachlichen Anwendungsbereich des Datenschutzrechts gem. Art. 2 Abs. 1 DSGVO fallen, ist offenkundig.

Mit Blick auf den Umstand, dass es in Bezug auf eine jede E-Mail (abgesehen von etwaig zwischengespeicherten Entwürfen zukünftiger E-Mails) einen Sender und mindestens einen Empfänger gibt, weisen die in Rede stehenden personenbezogenen Daten häufig einen mehrfachen Personenbezug auf, d. h. die Informationen beziehen sich häufig zeitgleich auf mehr als eine betroffene Person.<sup>2</sup> Aufgrund der Zuordnung des „personalisierten“ Postfachs ist davon auszugehen, dass jedenfalls der jeweilige Arbeitnehmer bzw. Bedienstete eine betroffene Person ist.

## 2. Verantwortlichkeit i. S. v. Art. 4 Nr. 7 DSGVO

Der Arbeitgeber bzw. Dienstherr, welcher die im Sachverhalt angegebene Anwendungssoftware entweder selbst betreibt oder (durch einen Auftragsverarbeiter) betreiben lässt, ist vorliegend derjenige Rechtsträger, welcher die Entscheidung über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung personenbezogener Daten getroffen hat und damit als Verantwortlicher i. S. v. Art. 4 Nr. 7 DSGVO anzusehen ist. Die anteilige Nutzung des Postfachs zur Abwicklung von Kommunikation mit privaten Inhalten gegenüber Sendern bzw. Empfängern dieser privaten Kommunikation ist keine eigene „Entscheidung“ der Arbeitnehmer bzw. Bediensteten i. S. v. Art. 4 Nr. 7 DSGVO, sondern findet aufgrund der (ausdrücklich erteilten oder aus der in Kenntnis der Umstände erfolgten Duldung abgeleiteten) Erlaubnis seitens des Arbeitgebers bzw. Dienstherrn statt. Er hat damit diese Form der Nutzung in seine Entscheidung über Zwecke und Mittel der Verarbeitung personenbezogener Daten i. S. v. Art. 4 Nr. 7 DSGVO aufgenommen. An dieser (die Erlaubnis und ihre Folgen umfassenden) Entscheidung waren die einzelnen Arbeitnehmer bzw. Bediensteten auch nicht beteiligt, so dass keine „gemeinsame“, sondern eine „alleinige“ Entscheidung i. S. v. Art. 4 Nr. 7 DSGVO durch den Arbeitgeber bzw. Dienstherrn vorliegt und damit allein dieser als Verantwortlicher anzusehen ist.<sup>3</sup>

## 3. Rechtsrahmen zur Prüfung der Zulässigkeit einer Kenntnisnahme

An den Verantwortlichen ist entsprechend der grundrechtlichen Freiheitsverbürgung in Art. 8 GRCh zum Schutz personenbezogener Daten der Grundsatz der Rechtmäßigkeit mit dem Leitgedanken des „Verbots mit Erlaubnisvorbehalt“ in Art. 5 Abs. 1 lit. a, Art. 6 Abs. 1 DSGVO adres-

siert. Hiernach könnte eine Erlaubnis für die mit der Kenntnisnahme einhergehenden Verarbeitungen aus Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DSGVO abzuleiten sein, denn „berechtigzte Interessen“ sind im Sachverhalt verschiedentlich erkennbar.

### a) Telekommunikationsrecht und Datenschutz in der elektronischen Kommunikation

Den maßgeblichen Rechtsrahmen für die Bewertung der Zulässigkeit der mit der Kenntnisnahme einhergehenden Verarbeitungen bestimmt die DSGVO jedoch nicht allein. Aufgrund von Art. 95 DSGVO sind zusätzlich die Inhalte der RL 2002/58/EG („ePrivacy“) bzw. die Inhalte der Richtlinie umsetzenden, nationalen Vorschriften maßgeblich.

Ausweislich von ErwG 2 RL (EU) 2018/1972 („TK-Kodex“) ist die RL 2002/58/EG Bestandteil des geltenden europäischen Rechtsrahmens für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste und zugleich der Einzige der dort genannten fünf Bestandteile, welcher durch Art. 125 RL (EU) 2018/1972 nicht aufgehoben wurde. In Übereinstimmung damit wurde auch hinsichtlich des Anwendungsbereichs des neuen Telekommunikationsrechts in Art. 1 Abs. 3 RL (EU) 2018/1972 festgelegt, dass „von dieser Richtlinie die von der Union oder den Mitgliedstaaten im Einklang mit dem Unionsrecht getroffenen Maßnahmen zur Verfolgung von Zielen, die im Interesse der Allgemeinheit liegen, insbesondere in Bezug auf den Schutz personenbezogener Daten und der Privatsphäre, unberührt bleiben.“ Folglich werden die Inhalte der DSGVO sowie der RL 2002/58/EG durch die RL (EU) 2018/1972 weder verdrängt noch modifiziert.

Soweit jedoch andersherum aus dem Datenschutzrecht, insbesondere aus der RL 2002/58/EG bzw. den diese Richtlinie umsetzenden nationalen Vorschriften heraus auf das Telekommunikationsrecht (also die RL (EU) 2018/1972 bzw. die diese Richtlinie umsetzenden, nationalen Vorschriften) verwiesen bzw. Bezug genommen wird, hat die Neufassung des Telekommunikationsrechts (mittelbare) Auswirkungen auf die Anwendung des Datenschutzrechts. Dies gilt mit Blick auf den umfangreich veränderten § 3 TKG insbesondere für diejenigen datenschutzrechtlichen Regelungen, die an die im Telekommunikationsrecht definierten Begriffe anknüpfen bzw. diese zugrunde legen.

Aufgrund der RL (EU) 2018/1972 wurde das deutsche Telekommunikationsrecht grundlegend überarbeitet und im Zuge dessen ein neues Telekommunikationsgesetz (TKG) mit Wirkung zum 1. 12. 2021 in Kraft gesetzt. Die Überarbeitungen führten auch dazu, dass die Regelungen zum Fernmeldegeheimnis (§§ 88 ff. TKG (a. F.)) und nahezu alle Regelungen zum telekommunikationsrechtlichen Datenschutz (§§ 91 ff. TKG (a. F.)) aus dem TKG herausgelöst, inhaltlich überarbeitet und in das neue, zeitgleich am 1. 12. 2021 in Kraft getretene Telekommunikation-Telemedien-Datenschutz-Gesetz (TTDSG) verschoben wurden. Die inhaltliche Überarbeitung hatte auch den Zweck, die bislang in Deutschland im TMG (a. F.) falsch bzw. in Teilen nicht umgesetzte RL 2002/58/EG nunmehr korrekt

<sup>1</sup> BGH, 15. 6. 2021 – VI ZR 576/19, Rn. 28 ff., 33.

<sup>2</sup> Grundlegend zum mehrfachen Personenbezug: EuGH, 20. 12. 2017 – C-434/16 – Nowak.

<sup>3</sup> Der abweichende Sachverhalt, in dem sich die Erlaubnis zur Privatnutzung aus einer Kollektivvereinbarung ergibt, bedarf im Hinblick auf die Frage nach einer „gemeinsamen“ Entscheidung i. S. v. Art. 4 Nr. 7 DSGVO hier keiner Betrachtung.

im deutschen Recht umzusetzen. Gleichzeitig wurden die inhaltlichen Friktionen bereinigt, die mit dem Inkrafttreten der DSGVO zum 25.5.2018 zwischen dieser und dem TMG aufgetreten waren. Beide Ziele wurden dadurch erreicht, dass alle Regelungen zum telemedienrechtlichen Datenschutz (§§ 11 ff. TMG (a. F.)) aus dem TMG herausgelöst, inhaltlich überarbeitet und – soweit der Gesetzgeber noch Regelungsbedarf gesehen hat – in das neue TTDSG verschoben wurden.

b) *Folgen der möglichen Anwendbarkeit des Fernmeldegeheimnisses*

Vor diesem Hintergrund ist auf eine i. S. v. Art. 95 DSGVO vorrangige Sonderregelung hinzuweisen, die eine gegenüber Art. 6 Abs. 1 DSGVO – dem allgemeinen Verbot mit Erlaubnisvorbehalt – strengere Regelung enthält:

Gestützt auf Art. 5 RL 2002/58/EG, welcher mit Vertraulichkeit der Kommunikation betitelt ist, ist in § 3 TTDSG der Schutz des Fernmeldegeheimnisses geregelt. Der Kern der Regelung findet sich in § 3 Abs. 3 S. 1, 2 TTDSG, wonach es den auf das Fernmeldegeheimnis Verpflichteten einerseits verboten ist, sich über das zur Erbringung der Telekommunikationsdienste [...] [einschließlich des Schutzes ihrer technischen Systeme] erforderliche Maß hinaus Kenntnis vom Inhalt oder von den näheren Umständen der Telekommunikation zu verschaffen und es ihnen andererseits vorgegeben wird, dass sie die Kenntnisse über Tatsachen, die dem Fernmeldegeheimnis unterliegen, nur zur Erbringung der Telekommunikationsdienste [...] [einschließlich des Schutzes ihrer technischen Systeme] verwenden dürfen. Soweit das explizite Verbot der Kenntnisnahme nicht entgegensteht, d. h. zulässigerweise Kenntnis genommen werden durfte, ist gem. § 3 Abs. 3 S. 3 TTDSG eine Verwendung dieser Kenntnisse für „andere Zwecke“ [als die Erbringung des Dienstes], insbesondere die Weitergabe an andere, nur zulässig, soweit das TTDSG oder eine andere gesetzliche Vorschrift dies vorsieht und sich dabei ausdrücklich auf Telekommunikationsvorgänge bezieht.

Dem Verbot der Kenntnisnahme des § 3 Abs. 3 S. 1 TTDSG ist im Gesetz kein allgemeiner Erlaubnistatbestand gegenübergestellt, welcher – wie Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DSGVO – auf der Grundlage von „berechtigten Interessen“, die im Sachverhalt verschiedentlich erkennbar sind, derartige Kenntnisnahmen oder Weiterverwendungen der Kenntnisse erlauben würden.

Die Anwendbarkeit des Fernmeldegeheimnisses und damit des strengen Verbotes gem. Art. 5 RL 2002/58/EG i. V. m. § 3 Abs. 3 TTDSG setzt, wie nachfolgend dargestellt, die Eröffnung des sachlichen sowie des persönlichen Anwendungsbereiches voraus. Selbst wenn eine Kenntnis (zulässigerweise) vorhanden wäre, dürften die dem Anwendungsbereich des Fernmeldegeheimnisses unterliegenden personenbezogenen Daten nicht zu den im Sachverhalt erkennbaren, berechtigten Interessen aufgrund von Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DSGVO weiterverarbeitet werden, weil diese Norm keine „andere gesetzliche Vorschrift, die sich ausdrücklich auf Telekommunikationsvorgänge bezieht“, i. S. d. vorrangigen Regelung gem. Art. 5 RL 2002/58/EG i. V. m. § 3 Abs. 3 S. 3 TTDSG darstellt.

Daher ist es besonders bedeutsam, dass in tatsächlicher Hinsicht ein Mangel an Trennbarkeit vorliegt, so dass die Zulässigkeitsregeln sowohl die private als auch die dienstliche Kommunikation gleichermaßen erfassen könnten.<sup>4</sup>

c) *Sachlicher Anwendungsbereich des Fernmeldegeheimnisses*

aa) *Der Begriff Telekommunikation – Änderung der Rechtslage*

Gem. § 3 Abs. 1 TTDSG unterliegen dem Fernmeldegeheimnis der Inhalt der „Telekommunikation“ und ihre näheren Umstände, insbesondere die Tatsache, ob jemand an einem Telekommunikationsvorgang beteiligt ist oder war. Das Fernmeldegeheimnis erstreckt sich auch auf die näheren Umstände erfolgloser Verbindungsversuche.

„Telekommunikation“ ist der technische Vorgang des Aussendens, Übermittels und Empfangens von Signalen mittels „Telekommunikationsanlagen“ (§ 3 Nr. 59 TKG).

Bis zu diesem Punkt entspricht die Rechtslage, jedenfalls dem Wortlaut nach, der alten Rechtslage, d. h. jener, die vor dem 1.12.2021 galt. Vorgenannte Regelung des § 3 Abs. 1 TTDSG war zuvor in § 88 Abs. 1 TKG (a. F.) und die Begriffsbestimmung zu „Telekommunikation“ in § 3 Nr. 22 TKG (a. F.) enthalten. Anzumerken ist insoweit, dass es durch zwei streitige Verfahren zu Entscheidungen des EuGH im Jahr 2019 kam, die sich mit der Abgrenzung des Begriffs der Telekommunikation befassten: E-Mail-Dienste wurden damals mit der Begründung nicht als Telekommunikationsdienste eingestuft, dass diese durch Software realisierten Funktionen zwar „Telekommunikation“ voraussetzten, ihre Implementierung jedoch über die technischen Vorgänge des Sendens und Empfangens von Signalen abstrahiert.<sup>5</sup> E-Mail-Dienste würde vielmehr auf einer höheren Abstraktionsschicht über die von anderen erbrachten Telekommunikationsdienste hinweg („over the top“ (OTT)) arbeiten und von den technischen Vorgängen des Sendens und Empfangens von Signalen losgelöst sein. Im Gegensatz dazu befand der EuGH in der zweiten Entscheidung für VoIP-Dienste, also für durch Software realisierte Funktionen, welche eine Sprachübertragung unmittelbar ins bzw. vom klassischen Telefonnetz (PSTN) ermöglichten, dass diese bei wertender Betrachtung der „Telekommunikation“, also den technischen Vorgängen des Sendens und Empfangens von Signalen, zugerechnet werden müssten.<sup>6</sup>

Der europäische Gesetzgeber hat jedoch mit der RL (EU) 2018/1972 die Rechtslage grundlegend verändert und diese Rechtsprechung des EuGH damit überholt. Ganz bewusst ist der Gesetzgeber von der stark technikbezogenen Betrachtungsweise abgerückt und hat nunmehr eine funktionsbezogene Betrachtung in den Mittelpunkt gerückt.<sup>7</sup> Ganz bewusst wollte er, wie nachfolgend anhand der Erwägungsgründe aufgezeigt werden wird, OTT-Dienste von der Regelung erfasst sehen. Der deutsche Gesetzgeber hat diese Änderung in Umsetzung der Richtlinie in der Neufassung des TKG mit Wirkung zum 1.12.2021 dahingehend berücksichtigt, dass sich die Änderungen in den sich an die Begriffsdefinition der Telekommunikation (s. o.) anschließenden Begriffsdefinitionen wiederfinden:

bb) *Exkurs zum Begriff Dienst der elektronischen Post*

Nur der Vollständigkeit wegen sei am Rande angemerkt, dass – soweit sich im TKG noch der früher gebräuchliche unbestimmte Rechtsbegriff des „Dienstes der elektroni-

<sup>4</sup> Voigt, IT-Sicherheitsrecht, 2. Aufl. 2022, Rn. 668.

<sup>5</sup> EuGH, 13.6.2019 – C-193/18, K&R 2019, 487 ff. – Gmail.

<sup>6</sup> EuGH, 5.6.2019 – C-142/18, K&R 2019, 484 ff. – SkypeOut.

<sup>7</sup> Tinnefeld/Buchner, in: Wolff/Brink (Hrsg.), BeckOK Datenschutzrecht, 40. Ed., Stand: 1.5.2022, Grundlagen, Syst. I. Datenschutz in Medien und Telekommunikation, D. II. Rn. 109.

schen Post“ (vgl. etwa § 176 Abs. 5 TKG) findet, dieser auf die Begriffsbestimmung in Art. 2 lit. h der – wie bereits ausgeführt, noch in Kraft befindlichen – RL 2002/58/EG zurückgeht. „Elektronische Post“ ist nicht bloß die deutsche Übersetzung von „E-Mail“, sondern ein eigenständiger und erheblich weitergehender Begriff. Er umfasst jede über ein öffentliches Kommunikationsnetz verschickte Text-, Sprach-, Ton- oder Bildnachricht, die im Netz oder im Endgerät des Empfängers gespeichert werden kann, bis sie von diesem abgerufen wird. E-Mails sind demnach nur ein Teilbereich bzw. nur eine Erscheinungsform elektronischer Post. Das (neue) TTDSG verwendet diesen Begriff jedoch nicht, was insoweit unproblematisch bzw. sogar konsequent ist, weil die RL 2002/58/EG nur in ihrem Art. 13 eine Regelung enthält, die auf „elektronische Post“ Bezug nimmt und diese Regelung in § 7 Abs. 2 Nr. 3, Abs. 3 UWG umgesetzt war bzw. nach wie vor umgesetzt ist (sie wurde nicht ins TTDSG verschoben).

#### cc) Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass jedenfalls der Betrieb der Anwendungssoftware, welche die Funktionen des E-Mail-Servers realisiert, als Betrieb eines interpersonellen Kommunikationsdienstes und damit eines Telekommunikationsdienstes zu werten ist. Die Kenntnisnahme vom Inhalt eines E-Mail-Postfachs stellt mithin, vom sachlichen Anwendungsbereich her beurteilt, einen Eingriff in einen Telekommunikationsdienst und damit den Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses dar.

#### d) Persönlicher Anwendungsbereich des Fernmeldegeheimnisses

##### aa) Privatwirtschaft und Behörden als Regelungsadressaten

Während Art. 4 Nr. 7 DSGVO bewusst keine Differenzierung mehr zwischen nicht-öffentlichen und öffentlichen Verantwortlichen vorsieht, sondern beide unter einem einheitlichen Begriff den im Grundsatz einheitlichen Regelungen zuführt, ist mit Blick auf den im Sachverhalt erwähnten Dienstherrn (und dessen Bedienstete) zunächst § 1 Abs. 3 TTDSG in den Blick zu nehmen. Danach gilt das Gesetz für Unternehmen und Personen, so dass sich die Frage stellt, ob eine Behörde unter einen der beiden Begriffe gefasst werden kann, damit die Regelung zum Fernmeldegeheimnis in § 3 TTDSG auf die Behörde anwendbar sein kann.

Nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung ergibt sich die Verpflichtung zur Wahrung des Fernmeldegeheimnisses für staatliche Stellen und Behörden direkt (und nur) aus Art. 10 Abs. 1 GG, dies jedoch unabhängig von dem Inhalt der Kommunikation (dienstlich bzw. privat). Die Pflichten des § 3 TTDSG wenden sich (hingegen nur) an private Anbieter von TK-Diensten und Betreiber von TK-Anlagen und -Netzen, die nicht direkt an Art. 10 Abs. 1 GG gebunden sind.<sup>8</sup>

Diese Ansicht verkennt jedoch die bisherige Rechtsprechung zum Begriff „Unternehmen“ in § 206 StGB, die auch staatliche Stellen wie eine Universität darunter fasst,<sup>9</sup> übersieht die im Kontext von § 206 StGB geführte Diskussion zum „funktionalen Unternehmensbegriff“ und dem „institutionellen Unternehmensbegriff“ und ist zudem auch deshalb nicht überzeugend, weil das grundgesetzliche und das einfachgesetzliche Fernmeldegeheimnis in sachlicher Hinsicht unterschiedlich ausgestaltet<sup>10</sup> sind (vgl.

u. a. § 3 Abs. 2 S. 2 TTDSG). Vor diesem Hintergrund ist zur Auslegung von § 1 Abs. 3 TTDSG vielmehr auf den Diskussionsstand rund um § 206 StGB zurückzugreifen, wonach auch zwischen den verschiedenen Auffassungen Einigkeit darüber besteht, dass auch Behörden und öffentlich-rechtliche Körperschaften „Unternehmen“ sind, wenn sie ihre Post- oder Telekommunikationsdienste nicht ausschließlich im Rahmen ihres hoheitlichen Aufgabenbereichs erbringen, sondern sie ihren Mitarbeitern, Angehörigen oder Externen „zu anderen Zwecken“ (namentlich insbesondere zur Privatnutzung) zur Verfügung stellen.<sup>11</sup>

##### bb) Der Begriff Diensteanbieter – Änderung der Rechtslage

Nach der Vorgängerregelung des § 3 TTDSG, dem § 88 TKG (a. F.), war zur Wahrung des Fernmeldegeheimnisses jeder „Diensteanbieter“ verpflichtet. Früher war gem. § 3 Nr. 6 TKG (a. F.) jeder ein „Diensteanbieter“, der ganz oder teilweise geschäftsmäßig (a) Telekommunikationsdienste erbringt oder (b) an der Erbringung solcher Dienste mitwirkt. Diese Regelung wurde aufgehoben und der Begriff „Diensteanbieter“ entfiel ersatzlos.

Heute ist gem. § 3 Nr. 1 TKG nur noch derjenige „Anbieter von Telekommunikationsdiensten“, der Telekommunikationsdienste erbringt. Soweit der Gesetzgeber auch einer mitwirkenden Person Pflichten auferlegen wollte, erfolgt dies nicht mehr über den Weg, den Mitwirkenden zum „(Dienste-)Anbieter“ zu erklären, sondern indem in der jeweiligen Norm explizit festgeschrieben ist, dass die Pflichten für den Anbieter von Telekommunikationsdiensten sowie für jede Person gelten, die an der Erbringung des Dienstes mitwirkt. Ob der Arbeitgeber bzw. Dienstherr in Bezug darauf, dass er mittels seiner eigenen IT einen E-Mail-Server betreibt bzw. auf fremder IT für sich einen E-Mail-Server betreiben lässt, selbst ein „Anbieter von Telekommunikationsdiensten“ ist oder ob er nur an der Erbringung eines Dienstes mitwirkt, ist eine neue Rechtsfrage, die sich in der Vergangenheit aus vorgenanntem Grund (siehe § 3 Nr. 6 TKG (a. F.)) nie stellte. Inwieweit sie relevant ist, zeigt der Blick auf den Kreis der auf das Fernmeldegeheimnis Verpflichteten. § 3 Abs. 2 S. 1 TTDSG bestimmt:

Zur Wahrung des Fernmeldegeheimnisses sind verpflichtet:

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

Die Regelungen der Nr. 1 und Nr. 3 adressieren öffentlich zugängliche Dienste bzw. Infrastruktur, so dass diese

<sup>8</sup> *Munz*, in: Taeger/Gabel (Hrsg.), DSGVO – BDSG – TTDSG, 4. Aufl. 2022, TTDSG § 3 Rn. 6.

<sup>9</sup> OLG Karlsruhe, 10. 1. 2005 – 1 Ws 152/04, K&R 2005, 181 ff.

<sup>10</sup> Zur Vorgängerregelung in § 88 TKG (a. F.): *Sander*, CR 2014, 176, 178, *ders.* CR 2014, 292, 296.

<sup>11</sup> *Altenhain*, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum StGB, 4. Aufl. 2021, § 206 Rn. 13.

Regelungen für vorliegenden Sachzusammenhang nicht relevant sind.

Bislang wurde der Arbeitgeber bzw. Dienstherr von der Rechtsprechung nicht als zur Wahrung des Fernmeldegeheimnisses verpflichtet angesehen. Dabei ist die Rechtsprechungshistorie wechselvoll. Vor 17 Jahren wurde unter den Umständen eines Einzelfalls – einer gestatteten Privatnutzung des E-Mail-Postfachs – das Vorliegen eines gem. § 206 StGB strafbaren Eingriffs in das Fernmeldegeheimnis aufgrund des Herausfilterns bestimmter E-Mails erblickt.<sup>12</sup> Demgegenüber wurde der Arbeitgeber bzw. Dienstherr später regelmäßig, sogar dann, wenn er gegenüber seinen Arbeitnehmern bzw. Bediensteten die Privatnutzung der E-Mail-Postfächer ausdrücklich zugelassen hatte, nicht als Diensteanbieter qualifiziert.<sup>13</sup> Zur Begründung führten die Gerichte aus, dass die Qualifizierung als „Diensteanbieter“ davon abhängt, ob ein Erbringen von Telekommunikationsdiensten in Rede stünde, woran es in den damaligen Fällen fehlte. Denn (die alte Rechtslage) enthielt in § 3 Nr. 10 TKG (a. F.) die Begriffsbestimmung für das „geschäftsmäßige Erbringen von Telekommunikationsdiensten“, welches das nachhaltige Angebot von Telekommunikation für Dritte mit oder ohne Gewinnerzielungsabsicht war. Das Vorliegen dieses Tatbestands wurde von der Rechtsprechung abgelehnt.

Besondere Beachtung verdient insoweit, dass diese Regelung aufgehoben wurde und die Begriffsbestimmung für das „Erbringen von Telekommunikationsdiensten“ ersatzlos entfiel, wengleich das Gesetz nach wie vor an diesen Wortlaut anknüpft (s. o., § 3 Nr. 1 TKG (Definition des Anbieters) und § 3 Abs. 2 S. 1 TTDSG (Kreis der Verpflichteten)).

#### cc) Telekommunikationsdienste, Drittbezogenheit (§ 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TTDSG)

Diese gesetzliche Begriffsbestimmung entfiel nicht nur innerhalb des TKG, sondern erfuhr auch keine Fortsetzung im TTDSG. Dieser Umstand ist deshalb von herausgehobener Bedeutung, weil die Rechtsprechung früher maßgeblich damit argumentierte, dass sich aus der Begriffsbestimmung für das Erbringen von Telekommunikationsdiensten in § 3 Nr. 10 TKG (a. F.) die sog. „Drittbezogenheit“ dieser Tätigkeit als Merkmal ergab („für Dritte“). Es lässt sich also argumentieren, dass der Gesetzgeber das Merkmal der Drittbezogenheit bewusst zum 1. 12. 2021 aufgegeben hat.

Während die zitierte Rechtsprechung<sup>14</sup> dieses Merkmal („für Dritte“) stets verneinte, wenn der Arbeitgeber bzw. Dienstherr seinen Arbeitnehmern bzw. Bediensteten – wie in vorliegendem Sachverhalt dargestellt – die Nutzung des Betriebsmittels „E-Mail-Server“ überließ, differenzierte die rechtswissenschaftliche Literatur danach, ob die Nutzung zu dienstlichen oder privaten Zwecken erfolgte, insbesondere sofern letztgenannte eine erlaubte Nutzung war. Für die Fälle der erlaubten Privatnutzung wurde die Drittbezogenheit bejaht, weil der Arbeitnehmer bzw. Bedienstete insoweit dem Arbeitgeber bzw. Dienstherrn als „Dritter“ i. S. v. § 3 Nr. 10 TKG (a. F.) gegenüberstehe. Auch nach bisheriger Auffassung der Aufsichtsbehörden wurde die private Kommunikationsdienstleistung im Betrieb bzw. der Dienststelle miterfasst und damit der Arbeitgeber bzw. Dienstherr als ein auf das Fernmeldegeheimnis Verpflichteter angesehen.<sup>15</sup>

Selbst wenn demnach die zukünftige Rechtsprechung im Wege der Auslegung von § 3 Abs. 2 S. 1 TTDSG weiterhin

eine Drittbezogenheit als Voraussetzung für die Verpflichtung auf das Fernmeldegeheimnis annehmen wollen würde, ist Folgendes zu prognostizieren: Jedenfalls diejenigen Arbeitgeber bzw. Dienstherrn, die nach dem 1. 12. 2021 immer noch eine Privatnutzung des – wie oben im sachlichen Anwendungsbereich dargestellt, im Unterschied zu früher nunmehr der Sache nach gegebenen – Telekommunikationsdienstes gem. § 3 Nr. 61 TKG erlauben, laufen Gefahr, ein Erbringen des bzw. Mitwirken am Dienst mit Drittbezogenheit attestiert zu bekommen und damit zum Kreise der Verpflichteten gem. § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TTDSG zu zählen. Falls die Rechtsprechung einen Drittbezug voraussetzen wollen würden, könnte eine solche Voraussetzung im Wort „angebotene“ i. S. v. § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TTDSG gesehen werden. Das notwendige „Anbieten“ des Telekommunikationsdienstes könnte ein Auseinanderfallen von Anbieter und Nutzer erfordern, worin sich wiederum die Voraussetzungen der Drittbezogenheit ausdrücken könnte. Ob ein solches Auseinanderfallen erforderlich ist, könnte jedoch abzulehnen sein, weil das Gesetz auch die „Eigenerbringung“ kennt (z. B. in § 3 Nr. 77 TKG).

In aktueller Literatur wird in Bezug auf die Definition des Telekommunikationsdienstes gem. § 3 Nr. 61 TKG das Merkmal „in der Regel gegen Entgelt“ hervorgehoben, verbunden mit dem Hinweis darauf, dass eine Entgeltlichkeit in Bezug auf die private Nutzung des dienstlichen E-Mail-Postfachs im Verhältnis von Arbeitgeber bzw. Dienstherr zum Arbeitnehmer bzw. Bediensteten nicht vorliegt und deshalb eine Verpflichtung auf § 3 TTDSG nicht in Betracht käme.<sup>16</sup> Dies vermag nicht zu überzeugen. Das Tatbestandsmerkmal „in der Regel gegen Entgelt“ ist entweder dahingehend zu verstehen, dass es belanglos ist – weil es eben nur in der Regel und nicht immer vorliegt. Oder diese Formulierung des Gesetzgebers ist dahingehend zu verstehen, was vorzugswürdiger erscheint, dass der Dienst typisierend zu betrachten ist. Insoweit ist jedoch zu konstatieren, dass die Nutzungsmöglichkeit „eines“ E-Mail-Postfachs zu privaten Zwecken gerade etwas ist, was einen Marktwert hat, eben weil es „in der Regel“ gegen Entgelt angeboten wird. Die sog. „Freemail“-Angebote, wie sie z. B. Gegenstand der „Inbox-Advertising“-Rechtsprechung sind,<sup>17</sup> sind auch nicht unentgeltlich – dort ist das Entgelt lediglich nicht in Geld bemessen (vgl. dazu auch § 327 Abs. 3 BGB).

#### dd) Betreiben einer Telekommunikationsanlage (§ 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 TTDSG)

Zu prognostizieren ist, dass es zur Beurteilung der vorliegend betrachteten Rechtsfrage möglicherweise auf die Auslegung des Wortes „angebotene“ i. S. v. § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TTDSG und damit eine etwaig immer noch zu fordernde Drittbezogenheit gar nicht ankommen wird. Denn der Arbeitgeber bzw. Dienstherr kann jedenfalls unter § 3

12 OLG Karlsruhe, 10. 1. 2005 – 1 Ws 152/04, K&R 2005, 181 ff.

13 LG Erfurt, 28. 4. 2021 – 1 HK O 43/20; VG Karlsruhe, 27. 5. 2013 – 2 K 3249/12, Rn. 59; LAG Hamm, 10. 7. 2012 – 14 Sa 1711/10, Rn. 175; LAG Berlin-Brandenburg, 16. 2. 2011 – 4 Sa 2132/10, K&R 2011, 608, Rn. 38 ff.; LAG Niedersachsen, 31. 5. 2010 – 12 Sa 875/09, K&R 2010, 613 ff., Rn. 45; VGH Kassel, 19. 5. 2009 – 6 A 2672/08.Z, K&R 2009, 748 ff., Rn. 11 ff.

14 Vgl. Fn. 13.

15 „Die meisten Datenschutzbehörden scheinen dem zu folgen“, so *Thüsing*, Beschäftigtendatenschutz und Compliance, 3. Aufl. 2021, § 3 Rn. 74 unter Verweis auf die Auffassung des LfDI BW, *Brink/Schwab*, ArbRAktuell 2018, 111, 112.

16 *Rossow*, DuD 2022, 93, 95.

17 EuGH, 25. 11. 2021 – C-102/20, K&R 2022, 37 ff.; BGH, 13. 1. 2022 – 1 ZR 25/19, K&R 2022, 696 ff.

Abs. 2 S. 1 Nr. 4 TTDSG fallen, weil der von ihm bzw. für ihn betriebene E-Mail-Server jedenfalls eine Telekommunikationsanlage i. S. d. oben wörtlich zitierten Begriffsbestimmung des § 3 Nr. 60 TKG ist. Für den Arbeitgeber bzw. Dienstherrn wäre es günstig, wenn es hier auf die sich erstmals stellende Rechtsfrage – nach Fortfall der alten Begriffsbestimmung des „Diensteanbieters“ i. S. v. § 3 Nr. 6 TKG (a. F.), welche die Person des Mitwirkenden mit einbezog – ankommen würde, wie die Erbringung des Telekommunikationsdienstes von der der Mitwirkung an der Erbringung abzugrenzen ist (und er lediglich als Mitwirkender eingestuft würde, was auch schon an sich unwahrscheinlich erscheint).

Denn § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 TTDSG verpflichtet – anders als § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 TTDSG – die bloß mitwirkende Person gerade nicht.

In der Literatur wurde bislang vorgeschlagen, dass durch den Tatbestand des Mitwirkens sämtliche an der Dienstleistung tatsächlich beteiligten Personen in den Kreis der nach dem TTDSG Verpflichteten einbezogen werden sollen. Dazu gehören nicht nur die Mitarbeiter bzw. Bediensteten des dienstleistungbringenden Unternehmens, sondern auch alle sonstigen „Erfüllungsgehilfen“, derer sich der Anbieter zur Erbringung des Dienstes bedient. Mitwirkende sind so insbesondere die „Betreiber“ eines Telekommunikationsnetzes, etwa im Rahmen eines Outsourcings von Telekommunikationsdiensten, soweit sie nicht ohnehin den Dienst selbst erbringen. In den Kreis der Verpflichteten sind allerdings nur solche Mitarbeiter oder Bedienstete öffentlicher Stellen einzubeziehen, die tatsächlich mit dem Betrieb des Telekommunikationsnetzes betraut sind, also z. B. das technische Personal.<sup>18</sup>

Mutmaßlich wird es jedoch nicht darauf ankommen, weil § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 TTDSG nur indirekt an die Erbringung eines Telekommunikationsdienstes, nämlich über die Begriffsbestimmung in § 3 Nr. 60 TKG, dem Wortlaut nach jedoch an das „Betreiben“ der Telekommunikationsanlage anknüpft. Was darunter zu verstehen ist, ist zwar im Detail offen, jedoch dürfte im vorliegenden Sachverhalt, in dem der Arbeitgeber bzw. Dienstherr mittels seiner eigenen IT einen E-Mail-Server betreibt bzw. auf fremder IT für sich einen E-Mail-Server betreiben lässt, das Vorliegen des Tatbestands „Betreiber einer Telekommunikationsanlage“ i. S. v. § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 TTDSG schlechterdings nicht zu verneinen sein.

ee) Bewusste Regelung für nicht öffentlich Zugängliches (§ 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 2 und Nr. 4 TTDSG)

Dass der Arbeitgeber bzw. Dienstherr – im Ergebnis – zum Kreise der Verpflichteten gem. § 3 Abs. 2 S. 1 TTDSG zu zählen sein wird, wird ferner durch einen weiteren Umstand verstärkt bzw. die dahingehende Prognose bekräftigt: Im ursprünglichen Referentenentwurf des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie vom 12. 1. 2021 für das neue TTDSG, mit dem das Gesetzgebungsverfahren begonnen wurde, hatte § 3 Abs. 2 S. 1 TTDSG einen ganz anderen Wortlaut und umfasste insbesondere nicht die Aufzählung in Nr. 1 bis Nr. 4. Dieser § 3 Abs. 2 S. 1 TTDSG-RefE lautete:

„Anbieter öffentlicher Telekommunikationsdienste und Betreiber öffentlicher Kommunikationsnetze sind zur Wahrung des Fernmeldegeheimnisses verpflichtet.“

Hiernach wäre der Kreis der Verpflichteten erheblich kleiner gewesen. Wie es sich aus dem Vergleich mit dem oben

zitierten Wortlaut der in Kraft getretenen Regelung des § 3 Abs. 2 S. 1 TTDSG ergibt, wurden im Gesetzgebungsverfahren bewusst die Anbieter von Telekommunikationsdiensten und Betreiber von Telekommunikationsanlagen, die gerade nicht öffentlich zugänglich sind, in den Kreis der Verpflichteten gem. § 3 Abs. 2 S. 1 TTDSG aufgenommen. Der Gesetzgeber war der Auffassung, dass der Kreis der Verpflichteten gegenüber dem RefE erweitert werden müsse, damit sich der Anwendungsbereich des Fernmeldegeheimnis „weiterhin“ auf Betreiber nicht-öffentlicher TK-Netze und Erbringer nicht-öffentlich zugänglicher TK-Dienste erstrecke.<sup>19</sup> Hierdurch soll gewährleistet werden, dass „wie bisher schon“ Anbieter geschlossener Benutzergruppen und Hotel- und Cafébetriebe und Arbeitgeber, die Arbeitnehmer die private Nutzung der betrieblichen TK-Mittel gestatten, unter das Fernmeldegeheimnis fallen.<sup>20</sup>

Zusätzlich zu diesem „historischen“ Argument zur Auslegung von § 3 Abs. 2 S. 1 TTDSG spricht auch die Norm aus sich heraus dafür, dass es – jedenfalls für die Auslegung von § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 TTDSG – nicht darauf ankommt, ob die Telekommunikationsanlage, deren Betrieb in Rede steht, mit einem öffentlich zugänglichen oder einem bloß nicht öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdienst in Zusammenhang steht. Denn in § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 TTDSG, der ebenfalls „Betreiber“ adressiert, ist ausdrücklich das Wort „öffentlicher“ hinzugefügt worden, worauf im Kontext des Betriebs der Telekommunikationsanlagen in § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 TTDSG verzichtet wurde. Weil das Wort „Betreiber“ in den Regelungen des § 3 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 und Nr. 4 TTDSG in unterschiedlichen Kontexten steht, wird zugunsten der Arbeitgeber bzw. Dienstherrn auch nichts aus der Begriffsbestimmung des „Betreibers“ in § 3 Nr. 7 TKG abzuleiten sein, welche zwar für sich genommen ein „öffentliches“ Telekommunikationsnetz oder eine zugehörige Einrichtung voraussetzt, jedoch diese Voraussetzung der Öffentlichkeit in den Nr. 3 und Nr. 4 von § 3 Abs. 2 S. 1 TTDSG gerade unterschiedlich geregelt ist (und dies die vorrangige Sonderregelung sein dürfte, falls überhaupt ein Rückgriff auf § 3 Nr. 7 TKG möglich wäre).

Abschließend ist darauf hinzuweisen, dass der Gesetzgeber bei Erschaffung des TTDSG, in welches auch die Regelungen zum telemedienrechtlichen Datenschutz der früheren §§ 11 bis 15a TMG (a. F.) aufgenommen wurde, keine dem Gedanken des § 11 Abs. 1 TMG (a. F.) entsprechende Regelung ins TTDSG aufgenommen hat. Dort war damals unter der Überschrift „Anbieter-Nutzer-Verhältnis“ geregelt, dass die Vorschriften keine Anwendung finden, „soweit die Bereitstellung der Dienste (1.) im Dienst- und Arbeitsverhältnis zu ausschließlich beruflichen oder dienstlichen Zwecken oder (2.) innerhalb von oder zwischen nicht öffentlichen Stellen oder öffentlichen Stellen ausschließlich zur Steuerung von Arbeits- oder Geschäftsprozessen erfolgt.“

Es lässt sich also argumentieren, dass der Gesetzgeber die Differenzierung nach der Privatnutzung bzw. ausschließlich dienstlichen Nutzung bewusst zum 1. 12. 2021 aufgegeben hat.

ff) Zwischenergebnis

Nach alledem ist als weiteres Zwischenergebnis festzuhalten, dass der Betrieb der Anwendungssoftware, welche die Funktionen des E-Mail-Servers realisiert, aller Voraussicht

<sup>18</sup> *Munz*, in: *Taeger/Gabel* (Fn. 8), § 3 Rn. 14.

<sup>19</sup> *Kiparski*, CR 2021, 482, 485.

<sup>20</sup> *Munz*, in: *Taeger/Gabel* (Fn. 8), § 3 Rn. 17.

nach dazu führt, dass der Arbeitgeber bzw. Dienstherr seit dem 1. 12. 2021 auf die Wahrung des Fernmeldegeheimnisses gem. § 3 TTDSG verpflichtet ist.

#### 4. Zulässigkeit einer Kenntnisnahme von den Inhalten des Postfachs

##### a) Besondere TK-rechtliche Erlaubnisse nicht gegeben

Für die Bewertung der Zulässigkeit der mit der Kenntnisnahme einhergehenden Verarbeitung personenbezogener Daten i. S. v. Art. 4 Nr. 2 DSGVO kann dann nicht auf Erlaubnistatbestände des Art. 6 Abs. 1 DSGVO zugegriffen werden, wenn das vorrangige Verbot gem. § 3 Abs. 3 TTDSG in sachlicher und zeitlicher Hinsicht eingreift und nicht durch telekommunikationsrechtliche Erlaubnisse überwunden wird. Ausgehend von dem Befund, dass ein Telekommunikationsdienst in Rede steht, ergibt sich die Schlussfolgerung, dass Daten einer spezifischen Art Bestandteil des Sachverhalts sind, deren zulässige Verarbeitung in den §§ 9 ff. TTDSG gesondert geregelt ist.

„Verkehrsdaten“ i. S. v. § 3 Nr. 70 TKG sind Daten, deren Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung bei der Erbringung eines Telekommunikationsdienstes erforderlich sind. Die Inhalte der Telekommunikation fallen nicht in die Menge der Verkehrsdaten, so dass sich zur Abgrenzung der früher wie heute nicht gesetzlich definierte Begriff der „Inhaltsdaten“ in der Praxis etabliert hat. Dass es an einer gesetzlichen Definition insoweit fehlt, ist ungeachtet des Umstands festzustellen, dass die Begriffsdefinitionen des § 3 TKG, insbesondere die des „Telekommunikationsdienstes“ in § 3 Nr. 61 TKG, an verschiedenen Stellen sehr wohl an die „Inhalte“ anknüpfen. Besonders darauf hingewiesen sei, dass die Menge der Verkehrsdaten sowohl personenbezogene Daten i. S. v. Art. 4 Nr. 1 DSGVO als auch darüber hinaus weitere Daten umfasst, die mangels einer „betroffenen Person“ (welche qua Definition nur eine natürliche Person sein kann) keine personenbezogenen Daten darstellen. Diese Ausgestaltung des deutschen Gesetzgebers entspricht den Grundgedanken des europäischen Rechts, weil die RL 2002/58/EG nicht Datenschutzrecht enthält, sondern mit dem „Schutz der Privatsphäre“ in der elektronischen Kommunikation auch über dessen sachlichen Anwendungsbereich hinausgehende Regeln.

„Bestandsdaten“ i. S. v. § 3 Nr. 6 TKG setzen ein (gesondertes) Vertragsverhältnis über einen Telekommunikationsdienst voraus und sind daher nicht Bestandteil des Sachverhalts, weil die in Rede stehende Nutzung der E-Mail-Postfächer nur gelegentlich der Überlassung der Nutzungsmöglichkeit des Betriebsmittels im Rahmen des Arbeitsverhältnisses bzw. Dienstverhältnisses erfolgt. Es sind keine Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass auch die ausdrückliche Erlaubnis zur Privatnutzung mehr als eine schlichte Zustimmung war.

Ebenso enthält der Sachverhalt keine „Standortdaten“ i. S. v. § 3 Nr. 56 TKG.

Da eine unmittelbare Kenntnisnahme der Inhalte der Kommunikation (im sog. „Body“ der E-Mail) ausweislich des Sachverhalts in keinem denkbaren Fall ohne eine Kenntnisnahme der Umstände der Kommunikation auskommt, sind zwingend die Regeln über die Zulässigkeit der Verarbeitung von Verkehrsdaten zu beachten.

Die im Sachverhalt erkennbaren berechtigten Interessen des Arbeitgebers bzw. Dienstherrn lassen sich jedoch mit den für die Verarbeitung von Verkehrsdaten geltenden Vorschriften der §§ 9, 10, 11 und 12 TTDSG – sowie der

Vorschriften für damit zusammenhängende Dienste mit Zusatznutzen der §§ 2 Abs. 2 Nr. 5, 13 Abs. 1, Abs. 4 TTDSG – nicht in Einklang bringen.

##### b) Allgemeine TK-rechtliche Erlaubnisse nicht gegeben

Das Verbot der Kenntnisnahme in § 3 Abs. 3 S. 1 TTDSG erstreckt sich über die Verkehrsdaten hinaus auch auf die sog. „Inhaltsdaten“ bzw. Inhalte der Kommunikation. Die in § 3 Abs. 3 TTDSG gewährten Erlaubnisse zur Kenntnisnahme und zur Weiterverwendung decken indes offensichtlich nicht die im Sachverhalt erkennbaren berechtigten Interessen des Arbeitgebers bzw. Dienstherrn, weil sie begrenzt sind auf Kenntnisnahmen in dem zur „Erbringung des Dienstes“ bzw. zum „Betrieb der Telekommunikationsanlagen“ erforderlichen Maß (wobei die „Dienstleistung“ bzw. der „Anlagenbetrieb“ den Schutz der technischen Systeme einschließt). Hieran zeigt sich besonders deutlich, dass § 3 Abs. 3 TTDSG für den Kreis von Verpflichteten gedacht ist, welcher noch im TTDSG-RefE vorgesehen war, nämlich nur die Anbieter öffentlicher Telekommunikationsdienste und Betreiber öffentlicher Kommunikationsnetze. Der Regelung ist eine „Eigenerbringung“ durch den Nutzer fremd, der insoweit eben nicht selbst auch Anbieter von Telekommunikationsdiensten bzw. Anlagenbetreiber sein sollte bzw. dieser Fall wurde, wie sich vorliegend zeigt, nicht bedacht.

##### c) Zeitliche Dimension des Verbots nach § 3 Abs. 3 TTDSG

Besonders hervorzuheben ist, dass die Regelungen des § 3 TTDSG nicht zeitlich begrenzt sind auf den Vorgang der „Übertragung einer Nachricht“ als einzelne Nutzung eines Telekommunikationsdienstes, sondern zeitlich unbegrenzt darüber hinaus gelten sollen. Dies hat der Gesetzgeber des TTDSG durch unreflektierte Übernahme der Vorgängerregelung des § 88 TKG übernommen, soweit es in § 3 Abs. 2 S. 2 TTDSG heißt: „Die Pflicht zur Geheimhaltung besteht auch nach dem Ende der Tätigkeit fort, durch die sie begründet worden ist.“

Auch dies passt konzeptionell zum Kreis von Verpflichteten, welcher noch im TTDSG-RefE vorgesehen war. Im Übrigen sei angemerkt, dass sich die „einfachgesetzliche“ Rechtslage des § 3 TTDSG insoweit von der verfassungsrechtlichen Rechtslage, die nach der Auslegung des BVerfG von Art. 10 GG gegeben ist, unterscheidet – was bisweilen von den Instanzgerichten übersehen wird.<sup>21</sup> Der Schutz des Fernmeldegeheimnisses im Sinne von Art. 10 GG ist nur für einen begrenzten Zeitraum gegeben, nämlich kurzgesagt während der Übertragung einer Nachricht. Konkret prüft das BVerfG das Vorliegen einer „grundrechtsspezifischen Gefährdungslage“ i. S. v. Art. 10 GG und orientiert sich dabei u. a. an dem im Sachverhalt geschilderten, technisch spezifizierten Endpunkt der Übertragung der Nachricht (Mail User Agent (MUA) oder Mail Delivery Agent (MDA)).<sup>22</sup> Nach der Übertragung unterfallen die Informationen in der Nachricht, die zuvor dem Schutz des Fernmeldegeheimnisses unterfielen, (wie auch vor Beginn der Übertragung) nur dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (mithin dem Datenschutz). Vor diesem Hintergrund sind Ansichten in der

21 LAG Hessen, 21. 9. 2018 – 10 Sa 601/18, K&R 2019, 213 ff., Rn. 60 (in Verknüpfung der wortgleichen Vorgängernorm, § 88 Abs. 2 S. 2 TKG (a. F.)).

22 BVerfG, 16. 6. 2009 – 2 BvR 902/06, K&R 2009, 559 ff., Rn. 48 (dort: IMAP).

Literatur abzulehnen, die das grundgesetzliche sowie das einfachgesetzliche Fernmeldegeheimnis undifferenziert behandeln und z. B. Formulierungen dieser Art wählen: Das Fernmeldegeheimnis ist ein grundrechtlich verankertes Recht, welches in Art. 10 Abs. 1 GG normiert ist und durch § 3 TTDSG präzisiert wird.<sup>23</sup>

### III. Kollision einer Verordnung mit der nationalen Umsetzung einer Richtlinie

#### 1. Zulässigkeit einer Kenntnisnahme von den Inhalten des Postfachs aufgrund der Bewertung „personenbezogene Daten“

Im Regelungsbereich der DSGVO ist das Verhältnis von DSGVO, BDSG und TTDSG nach den allgemeinen Regeln über die Normenkollision aufzulösen, das heißt die DSGVO geht als Verordnung i. S. d. Art. 288 Abs. 2 AEUV mitgliedstaatlichen Vorschriften vor, soweit nicht eine Öffnungsklausel zugunsten nationalen Rechts vorliegt.<sup>24</sup> Soweit die Informationen, die nach § 3 Abs. 1 TTDSG dem Fernmeldegeheimnis unterliegen (S. 1) bzw. auf die sich das Fernmeldegeheimnis erstreckt (S. 2), für den Arbeitgeber bzw. Dienstherrn als Verantwortlichen personenbezogene Daten gem. Art. 4 Nr. 1 DSGVO sind, verbietet sich die Anwendbarkeit des einfachgesetzlichen Fernmeldegeheimnisses (konkret: § 3 Abs. 3 TTDSG), um eine i. S. v. Art. 4 Abs. 3 EUV effektive Wirkung der DSGVO zu ermöglichen („effet utile“); dies gilt jedenfalls für „rein innerbetriebliche“ Kommunikation via E-Mails.<sup>25</sup>

Diese Argumentation, welche insbesondere im Kontext von Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. f DSGVO steht, setzt sich zutreffend mit Art. 95 DSGVO und dem sehr weiten Gestaltungsspielraum der Mitgliedstaaten auseinander, welcher diesen durch Art. 5 Abs. 1 RL 2002/58/EG zugebilligt wurde. Der Wortlaut der Richtlinie beschränkt sich hier auf den Regelungsauftrag, dass die Mitgliedstaaten die Vertraulichkeit der Kommunikation durch innerstaatliche Vorschriften sicherzustellen haben. Zutreffend wird jedoch hervorgehoben, dass die RL 2002/58/EG ausweislich ihres Art. 3 Abs. 1 nur für die Verarbeitung personenbezogener Daten i. V. m. der Bereitstellung „öffentlich zugänglicher“ elektronischer Kommunikationsdienste „in öffentlichen“ Kommunikationsnetzen in der Gemeinschaft gilt und dass es daran bei der rein innerbetrieblichen Kommunikation via E-Mail evident fehle. Insoweit enthält daher § 3 Abs. 3 TTDSG eine überschießende Umsetzung der RL 2002/58/EG. Überschießende Regelungen sind jedoch rein nationales Recht und als solches nicht von der Öffnungsklausel des Art. 95 DSGVO privilegiert, so dass es beim Anwendungsvorrang der DSGVO gegenüber (auch diesem) nationalen Recht verbleibt.<sup>26</sup>

Das Nebeneinander von DSGVO und nationalen datenschutzrechtlichen Vorschriften, welche eine Umsetzung der RL 2002/58/EG darstellen, ist hingegen nicht abschließend geklärt.<sup>27</sup> Virulent wird diese Fragestellung, wenn der Blickwinkel über die zuvor betrachtete, innerbetriebliche Kommunikation via E-Mail hinaus erweitert wird und z. B. „das übliche Tagesgeschäft“, namentlich eingehende und ausgehende Handelsbriefe i. S. v. § 257 Abs. 1 Nr. 2, 3 HGB in Gestalt von E-Mails in den Blick genommen werden. Das in der Literatur formulierte Argument, „ein pauschales Verbot der Datenverarbeitung im Telekommunikationskontext ohne die Möglichkeit der Verarbeitung aufgrund eines erheblichen Interesses [wie in § 3 Abs. 3 TTDSG vorgesehen] sei eine unzulässige

Beschränkung des unionalen Datenschutzniveaus“,<sup>28</sup> trägt die dort gewünschte Schlussfolgerung nicht, dass das Fernmeldegeheimnis nach § 3 Abs. 3 TTDSG vollständig von der DSGVO verdrängt wird. Denn die DSGVO ist nur auf die Verarbeitung von Daten in Bezug auf natürliche Personen, mithin personenbezogene Daten anwendbar.

Die anhand der rein innerbetrieblichen Kommunikation via E-Mail entwickelte, zutreffende Argumentation greift jedoch auch hier durch. Die in Abweichung zum Ref-E hinzugefügten Nr. 2 und Nr. 4 in § 3 Abs. 2 S. 1 TTDSG finden keine Grundlage in der RL 2002/58/EG, aufgrund deren Geltungsbereich.

#### 2. Zulässigkeit einer Kenntnisnahme von den Inhalten des Postfachs im Übrigen

Dass die DSGVO nur auf die Verarbeitung von Daten in Bezug auf natürliche Personen anwendbar ist, könnte so dann zu einem Auseinanderfallen der Rechtslagen führen, in Bezug auf solche seltene Kommunikationsvorgänge, an denen keine natürlichen Personen teilnehmen bzw. solche Nachrichten, aus denen die natürlichen Personen (auch nicht über die Adressen von Sendern und Empfängern) i. S. v. Art. 4 Nr. 1 DSGVO nicht „identifizierbar“ sind.

Zu einem Auseinanderlaufen der Ergebnisse wird es indes nicht kommen. Denn insoweit ist maßgeblich zu beachten, dass nach dem in § 1 Abs. 2 TTDSG niedergelegten Willen des deutschen Gesetzgebers alle dem Fernmeldegeheimnis unterliegenden Einzelangaben über Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbaren juristischen Person oder Personengesellschaft, die mit der Fähigkeit ausgestattet ist, Rechte zu erwerben oder Verbindlichkeiten einzugehen, den personenbezogenen Daten gleichstehen. Die Vorschrift entspricht § 91 Abs. 1 S. 2 TKG (a. F.) und geht auf Art. 1 Abs. 2 RL 2002/58/EG zurück; die Richtlinie erkennt dabei ausdrücklich an, dass neben den Grundrechten natürlicher Personen auch berechnete Interessen juristischer Personen zu schützen sind (vgl. Erwägungsgrund 7, 12 RL 2002/58/EG).<sup>29</sup> Daraus ist zu schlussfolgern, dass der deutsche Gesetzgeber einer Gleichbehandlung dieser Arten von Informationen vorgeschrieben hat.

Der die RL 2002/58/EG überschießende, hier betrachtete Teil ist ein rein deutsches Gesetz. Vor diesem Hintergrund sollte dem Willen des deutschen Gesetzgebers entsprochen werden, und eine Gleichbehandlung dieser Arten von Informationen herbeigeführt werden, indem die Erlaubnisse zur Verarbeitung nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 DSGVO analog bzw. entsprechend angewendet und damit als „sonstige gesetzliche“ Normen i. S. v. § 3 Abs. 3 S. 3 TTDSG behandelt werden.

23 *Diel/Selzer*, CR 2022, 119, 119.

24 *Golland*, NJW 2021, 2238, 2238.

25 *Wünschelbaum*, NJW 2022, 1561, 1563.

26 *Golland*, in: Taeger/Gabel (Fn. 8), DSGVO Art. 95 Rn. 17.

27 *Golland*, NJW 2021, 2238, 2238.

28 *Wünschelbaum*, NJW 2022, 1561, 1564.

29 *Sesing-Wagenpfeil*, in: Borges/Hilber (Hrsg.), BeckOK IT-Recht, 6. Ed., Stand: 1. 4. 2022, TTDSG § 1 Rn. 9.



**Stefan Sander**

ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für IT-Recht sowie Software-Systemingenieur, und praktiziert als Gründungspartner von SDS Rechtsanwälte Sander Schöning PartG mbB in Duisburg. Durch die Kombination von Informatik und Rechtswissenschaften zählt er zu einer sehr kleinen Gruppe hochspezialisierter Anwälte.