48. Jahrgang

datenschutz-berater.de

DSB 09/2024

DATENSCHUTZ-BERATER

» Ihr zuverlässiger Partner für Datenschutz und Datensicherheit

ISSN 0170-7256

dfv Mediengruppe

Gregor Wortberg

LDI NRW: Arbeitgeber unterliegen nicht dem Fernmeldegeheimnis bei privater Nutzung durch Beschäftigte

In einer zunehmend digitalisierten Arbeitswelt verschwimmen die Grenzen zwischen beruflicher und privater Kommunikation. Eine häufige Folge ist die private Nutzung dienstlicher Kommunikationskanäle zu privaten Zwecken. Umstritten ist seither die Antwort auf die Frage, ob Arbeitgeber als Anbieter von Telekommunikationsdiensten gelten und somit das Fernmeldegeheimnis für sie gilt. Das LDI Nordrhein-Westfalen hat im 29. Tätigkeitsbericht der Behörde diese Frage aufgegriffen und Stellung bezogen. Dieser Beitrag befasst sich mit den rechtlichen Rahmenbedingungen der Rolle der Arbeitgeber und den Regelungen, die diese treffen sollten, um eine angemessene Balance zwischen den Interessen des Unternehmens und der Privatsphäre der Beschäftigten zu gewährleisten.

Einleitung

Die gesetzlichen Regelungen des Fernmeldegeheimnisses waren lange Zeit ein Bestandteil des deutschen Telekommunikationsrechts. Der Schutz von Kommunikationsinhalten war in § 88 des alten Telekommunikationsgesetzes (TKG a. F.) geregelt. Mit der Einführung des Telemedien-Datenschutz-Gesetzes (TTDSG) im Dezember 2021, das zur Mitte 2024 in das Telekommunikation-Digitale-Dienste-Datenschutzgesetz (TDDDG) umbenannt wurde, wurde der rechtliche Rahmen neu gestaltet.

Warum ist dies für Arbeitgeber von Bedeutung? Mit der Neuregelung wurde auch die Diskussion um die Anwendbarkeit des Fernmeldegeheimnisses auf dienstliche Kommunikation neu entfacht, insbesondere wenn Arbeitgeber die private Nutzung dienstlicher Kommunikationskanäle erlauben oder dulden. Die Anwendbarkeit des Fernmeldegeheimnisses bringt viele praktische Herausforderungen mit sich, wie Data Loss Prevention oder Spam-Schutz, die eine Überwachung der E-Mail-Kommunikation erfordern. Die weiterhin bestehende Diskussion zeigt, dass es noch immer keine klare gesetzliche Regelung zur Anwendbarkeit des Fernmeldegeheimnisses auf dienstliche Kommunikation gibt. Diskussionen erzeugen Auslegungsspielräume und führen zu Rechtsunsicherheit für Arbeitgeber. Die Stellungnahme der Nordrhein-Westfälischen Datenschutzaufsichtsbehörde (LDI NRW) im 29. Tätigkeitsbericht für das Jahr 2023 geht jedoch über eine bloße Meinungsäußerung hinaus. Sie enthält eine rechtliche Bewertung, die auch vom Bundesbeauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit geteilt wird. Das BfDI ist, neben der Bundesnetzagentur, eine der zuständigen Aufsichtsbehörden für das TDDDG. Bevor der Tätigkeitsbericht im Detail betrachtet wird, soll zunächst ein Überblick über die alte und neue Rechtslage gegeben werden.

Rechtslage

Die alte Regelung gemäß § 88 TKG a. F.

Das Fernmeldegeheimnis war in § 88 TKG a. F. geregelt. Die Vorschrift gewährleistete den Schutz aller Kommunikationsinhalte sowie deren näheren Umstände (z. B. Zeitpunkt, Häufigkeit und Dauer der Nutzung). Daten, die dem Fernmeldegeheimnis unterlagen, durften nur verarbeitet werden, wenn dies für die Erbringung eines Telekommunikationsdienstes erforderlich war (§ 88 Abs. 3 TKG a. F.). Als Praxisbeispiel dient hier der Versand einer E-Mail über die unternehmenseigenen Server. Diese E-Mail dürfte jedoch nicht, trotz betrieblicher Erforderlichkeit, eingesehen oder in einer anderen Weise, die nicht im Kontext der technischen Erforderlichkeit steht, verarbeitet werden. Zur Wahrung des Fernmeldegeheimnisses war jeder Diensteanbieter verpflichtet. Nach § 3 TKG a. F. galt als Diensteanbieter „jeder, der ganz oder teilweise geschäftsmäßig a) Telekommunikationsdienste erbringt oder b) an der Erbringung solcher Dienste mitwirkt".

Insbesondere die Interpretation des Begriffs Diensteanbieter war ein zentraler Streitpunkt in der Diskussion um das TKG. Im Jahr 2016 positionierte sich die Datenschutzkonferenz, das Gremium der unabhängigen deutschen Aufsichtsbehörden des Bundes und der Länder, in ihrer „Orientierungshilfe der Datenschutzaufsichtsbehörden zur datenschutzgerechten Nutzung von E-Mail und anderen Internetdiensten" dahingehend, dass das Fernmeldegeheimnis gilt, wenn Arbeitgeber die private Nutzung dienstlicher Kommunikationskanäle erlauben.

Die neue Regelung gemäß § 3 TDDDG

Mit der Einführung des TTDSG, jetzt TDDDG, hat sich der rechtliche Rahmen grundlegend verändert. Während die in § 88 Abs. 3 TKG a. F. formulierten Anforderungen im Kern übernommen wurden, wurde der Kreis der Verpflichteten in § 3 TDDDG wesentlich angepasst. Die alte Regelung adressierte alle Diensteanbieter; die neue Regelung erweitert die Pflicht zur Wahrung des Fernmeldegeheimnisses auf einen breiteren Kreis. Dazu gehören in erster Linie Anbieter von öffentlich zugänglichen und geschäftsmäßig angebotenen Telekommunikationsdiensten sowie Betreiber öffentlicher Telekommunikationsnetze. Erwähnt werden auch Betreiber von Telekommunikationsanlagen, über die

geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste erbracht werden. Zudem sollten die Begriffsbestimmungen im neuen TKG berücksichtigt werden. Die in § 3 Abs. 61 TKG definierten Telekommunikationsdienste umfassen neben Internetzugang, Festnetztelefonie, Mobilfunktelefonie und E-Mail-Kommunikation auch interpersonelle Kommunikationsdienste wie z. B. Chatprogramme. In Bezug auf Arbeitgeber wird trotz differenzierterer Auflistung von Verpflichteten keine explizite Regelung getroffen, und die Frage der Lesart und des Auslegungsspielraums bleibt bestehen.

Rechtliche Bewertung des LDI NRW

Etwa zweieinhalb Jahre nach Inkrafttreten des TDDDG hat die LDI NRW eine rechtliche Bewertung der neuen Rechtslage veröffentlicht. Im 29. Tätigkeitsbericht der Behörde wird festgestellt, dass das Fernmeldegeheimnis nicht mehr für Arbeitgeber gilt, wenn diese die private Nutzung betrieblicher Kommunikationsmittel wie E-Mail oder Internet erlauben oder dulden. Dies wird damit begründet, dass Arbeitgeber nicht mehr dem Telekommunikationsrecht unterliegen und folglich das Fernmeldegeheimnis den Beschäftigten auch nicht mehr garantiert werden muss. Wesentlicher Argumentationspunkt ist die erforderliche Geschäftsmäßigkeit, die in § 3 Abs. 2 TDDDG definiert wird. Arbeitgebern fehlt es in der Regel am Rechtsbindungswillen; sie treten gegenüber den Beschäftigten nicht mit der Absicht eines geschäftsmäßigen Telekommunikationsanbieters auf. Folglich sei es auch nicht beabsichtigt, dass rechtliche Regelungen wie das Fernmeldegeheimnis auf Arbeitgeber angewendet werden. Die öffentliche Zugänglichkeit wird im Kontext des Beschäftigungsverhältnisses nicht weiter betrachtet. Zusammengefasst entfällt nach rechtlicher Bewertung des LDI NRW die Verpflichtung zur Wahrung des Fernmeldegeheimnisses, die nach dem TDDDG vor allem für Anbieter von öffentlich zugänglichen und geschäftsmäßig angebotenen Telekommunikationsdiensten gilt.

Statt der spezifischen telekommunikationsrechtlichen Vorschriften gelten nach Einschätzung des LDI NRW nun die Vorschriften der DSGVO. Dies bedeutet, dass Arbeitgeber weiterhin eine Rechtsgrundlage benötigen, um auf personenbezogene Daten der Beschäftigten zugreifen zu können. Die DSGVO gewährleistet ein ähnlich hohes Schutzniveau wie das frühere Fernmeldegeheimnis, insbesondere für den Schutz der Protokolldaten und E-Mails der Beschäftigten.

Arbeitgeber müssen folglich weiterhin prüfen, ob eine Rechtsgrundlage für den Zugriff besteht, um die Existenz einer solchen im Anwendungsfall sicherzustellen. Darüber hinaus sollten Maßnahmen ergriffen werden, um den Zugriff auf betriebliche Kommunikationsmittel zu regeln und die Beschäftigten entsprechend einzubinden.

Einordnung der Stellungnahme

Für die rechtliche Bewertung der eigenen Rolle bietet die Stellungnahme der LDI NRW für Arbeitgeber eine Grundlage sowie eine Orientierung, wie Begrifflichkeiten seitens der Aufsichtsbehörde ausgelegt werden. Es ist festzuhalten, dass der Kreis der gem. § 3 Abs. 2 TDDDG zur Wahrung des Fernmeldegeheimnisses verpflichteten Stellen so interpretiert wird, dass Arbeitgeber nur dann dem Fernmeldegeheimnis unterliegen könnten, wenn diese geschäftsmäßig Telekommunikationsanlagen betreiben (vgl. § 3 Abs. 2 TDDDG). Zumindest wird dies nahegelegt, da argumentativ nur auf diesen Kreis der Verpflichteten abgestellt wird. Im Umkehrschluss lässt sich daraus schließen, dass seitens des LDI NRW das Mitwirken an der Erbringung von öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdiensten durch Anbieter sowie an der Erbringung von geschäftsmäßig angebotenen Telekommunikationsdiensten, wie in § 3 Abs. 2 lit. f TDDDG genannt, nicht für die Bewertung der Rolle von Arbeitgebern relevant ist.

Dies stellt einen wesentlichen Unterschied zur Argumentation in der Vergangenheit dar, als Arbeitgeber als Diensteanbieter nach Definition des § 3 Abs. 6 TKG a. F. betrachtet wurden, unter anderem, weil die Verarbeitung auf eigenen Servern des Diensteanbieters, in diesem Fall des Arbeitgebers, als Erbringung bzw. Mitwirkung angesehen wurde (vgl. DSK Orientierungshilfe zur datenschutzgerechten Nutzung von E-Mail und anderen Internetdiensten am Arbeitsplatz, S. 4 f.). Ebenso wird die Rolle des Betreibers öffentlicher Telekommunikationsnetze argumentativ nicht erwähnt.

Die Geschäftsmäßigkeit des Betriebs von Telekommunikationsanlagen durch den Arbeitgeber wird seitens des LDI NRW aufgrund fehlendem Rechtsbindungswillen gegenüber den Beschäftigten verneint. Eine weiterführende Argumentation findet nicht statt; eine nähere Betrachtung einer möglichen Begründung ist nur auf Basis von Vermutungen möglich. Hier wäre eine Konkretisierung, auch im Hinblick auf bisherige Argumentationspunkte wie die Mitwirkung, wünschenswert. In Bezug auf den fehlenden Rechtsbindungswillen als einzig genannte Begründung kann interpretiert werden, dass der Arbeitgeber kein Entgelt von Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmern für die private Nutzung verlangt, da der primäre Zweck des Betriebs der Telekommunikationsanlage den Zwecken der Geschäftstätigkeit dient. Weitere Spekulationen hinsichtlich möglicher Begründungen für die Irrelevanz der aufgeführten anderen Verpflichteten erscheinen nicht zielführend.

Was sollten Arbeitgeber betrachten?

Hervorzuheben ist, dass die Nichtanwendbarkeit des Fernmeldegeheimnisses Arbeitgebern nicht die Möglichkeit

des ungeregelten Zugriffs auf E-Mail-Accounts und die darin enthaltene Kommunikation ihrer Beschäftigten gibt. Neben einer fundierten Rechtsgrundlage sollten zudem weitergehende Regelungen mit den Beschäftigten getroffen werden. Im Folgenden werden Handlungsempfehlungen aus datenschutzrechtlicher Perspektive formuliert, die grundsätzlich seitens der Arbeitgeber berücksichtigt werden sollten, jedoch nicht als abschließend betrachtet werden können. Diese Maßnahmen gewährleisten einerseits die Information der Beschäftigten und stärken andererseits die Akzeptanz der festgelegten Regelungen. Folgende Punkte sollten Arbeitgeber in einer schriftlichen Nutzungsrichtlinie festhalten, um die geforderten Regelungen korrekt umzusetzen:

Inhalte einer Nutzungsrichtlinie

Eine Nutzungsrichtlinie für die betrieblichen Kommunikationskanäle sollte klar festlegen, ob und in welchem Umfang die private Nutzung von E-Mail und Internet im Unternehmen gestattet ist. Es sollte konkret festgelegt werden, welche Art der Nutzung erlaubt ist (z. B. private E-Mails in begrenztem Umfang) und was ausdrücklich verboten ist (z. B. die Nutzung von betrieblichen E-Mail-Konten für nicht berufliche oder rechtswidrige Zwecke). Es sollte auch festgelegt werden, welche Konsequenzen bei Verstößen gegen die Richtlinie drohen (z. B. arbeitsrechtliche Maßnahmen). Erläutert werden sollten auch implementierte technische Maßnahmen, die ergriffen werden (z. B. Firewalls, Spam-Filter). Es sollte darüber hinaus festgelegt werden, wie die Nutzung von E-Mail und Internet protokolliert wird, welche Daten dabei erfasst werden und wie diese Daten ausgewertet werden. Dies beinhaltet die Festlegung, wer Zugang zu diesen Daten hat und wie lange sie gespeichert werden.

Hinsichtlich des Zugriffs auf E-Mail-Konten sollten insbesondere bei gestatteter Privatnutzung mit den Beschäftigten gesonderte Regelungen vereinbart werden. In Unternehmen mit Betriebsrat sollte dieser einbezogen werden. Es sollte ein standardisiertes Verfahren für den Zugriff auf E-Mail-Konten festgelegt werden, das sicherstellt, dass der Zugriff kontrolliert und nachvollziehbar bleibt. Dabei sollten möglichst wenige Personen Zugriff haben und sichergestellt werden, dass der Zugriff nur unter Gewährleistung des Vier-Augen-Prinzips erfolgt. Zudem muss die betroffene Person über einen Zugriff informiert werden, und eine Passwortänderung sollte danach erfolgen.

Grundsätzlich sollte der Zugriff jedoch nur für spezifische legitime Zwecke erfolgen, z. B. zur Aufklärung von Sicherheitsvorfällen, bei Verdacht auf strafbare Handlungen oder zur Sicherstellung der Geschäftskontinuität bei Abwesenheit des Beschäftigten. Dies bedeutet, dass eine Rechtsgrundlage im Sinne der DSGVO gegeben sein muss. Folgt man der Argumentation des LDI NRW, dass das Fernmeldegeheimnis nicht greift, muss dies nicht zwingend die Einwilligung der Beschäftigten sein. Der Zugriff sollte auf die relevanten E-Mails oder Daten beschränkt werden, die für den Zweck des Zugriffs notwendig sind. Die Szenarien, die mögliche Zugriffe rechtfertigen, sollten in der Richtlinie erläutert und den Beschäftigten transparent gemacht werden.

Die Beschäftigten müssen gemäß Art. 13 DSGVO über die Verarbeitung ihrer personenbezogenen Daten informiert werden. In diesem Kontext sollten losgelöst von einer Nutzungsrichtlinie die Verarbeitungszwecke im Zusammenhang mit der betrieblichen Kommunikation in den Datenschutzhinweisen für Beschäftigte beschrieben werden.

Da sich die rechtliche Situation weiterentwickeln kann, sollten Arbeitgeber die Regelungen regelmäßig überprüfen und bei Bedarf anpassen. Dies betrifft insbesondere Änderungen im Datenschutzrecht oder neue gerichtliche Entscheidungen.

Fazit

Die Stellungnahme der LDI NRW bietet Arbeitgebern eine Orientierung und Grundlage für eine eigene Bewertung hinsichtlich der Anwendbarkeit des Fernmeldegeheimnisses und ob die private Nutzung gestattet werden sollte. Auch wenn die Stellungnahme des LDI NRW keinen rechtlich bindenden Charakter hat, ist die Veröffentlichung von großer Bedeutung im Kontext der in der Vergangenheit geführten Diskussionen. Dies gilt insbesondere, weil das BfDI als zuständiges Kontrollorgan die rechtliche Bewertung teilt, dass Arbeitgeber, wenn diese die private Nutzung der betrieblichen Kommunikationsmittel erlauben oder dulden, in der Regel nicht dem Fernmeldegeheimnis unterliegen. Unabhängig von der Anwendbarkeit des Fernmeldegeheimnisses entbindet dies Arbeitgeber jedoch nicht von der Pflicht, den datenschutzkonformen Umgang mit den betrieblichen Kommunikationskanälen sicherzustellen und spezifische Regelungen bezüglich der erlaubten Nutzungsweise festzulegen.

Autor: **Gregor Wortberg ist Consultant für Datenschutz bei der migosens GmbH in Mülheim/Ruhr, einem Beratungshaus für Datenschutz, Informationssicherheit & Worksmart. Er ist außerdem als Speaker im Podcast der migosens „Der Datenschutz Talk" zu hören.**