

# **Zur Anwendbarkeit des Fernmeldegeheimnisses nach § 88 TKG bei gestatteter Privatnutzung betrieblicher Telekommunikationsmöglichkeiten**

**Andreas Neumann**

IRNIK-Diskussionspapier Nr. 3

Bonn, 2014



Institut für das Recht der Netzwirtschaften,  
Informations- und Kommunikationstechnologie

Die IRNIK-Diskussionspapiere berichten über ausgewählte Forschungsvorhaben des Instituts und sollen auf diese Weise zur allgemeinen Diskussion aktueller Fragen aus den verschiedenen Tätigkeitsbereichen des Instituts beitragen. Wenn die IRNIK-Diskussionspapiere auf einer drittfinanzierten Tätigkeit beruhen, wird das entsprechend ausgewiesen.

Institut für das Recht der Netzwirtschaften, Informations- und Kommunikationstechnologie (IRNIK) GbR

Hausanschrift: Rheinweg 67, 53129 Bonn  
Postanschrift: Postfach 15 01 61, 53040 Bonn  
Telefon: (+49)-(0)228-8-50-79-97  
Telefax: (+49)-(0)228-8-50-86-62  
WWW: <http://www.irnik.de>  
Elektronische Post: [kontakt@irnik.de](mailto:kontakt@irnik.de)

# Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	I
Abkürzungsverzeichnis.....	III
Zusammenfassung.....	VII
Studie.....	1
A. Einleitung.....	1
B. Grammatikalische Auslegung.....	2
I. Gestattung privater Telekommunikationsnutzung als nachhaltiges.....	
Angebot für Dritte?.....	4
1. Angebot von Telekommunikation.....	5
2. Angebot für Dritte.....	6
3. Nachhaltigkeit des Angebots.....	9
4. Zwischenergebnis.....	10
II. Legaldefinition des Begriffs „Telekommunikationsdienste“ (§ 3 Nr. 24 TKG). .	10
1. Verhältnis zur Legaldefinition des Begriffs.....	
„Diensteanbieter“ (§ 3 Nr. 6 TKG).....	11
2. Exkurs: Bedeutung der regelmäßigen Entgeltlichkeit.....	12
C. Historische Auslegung.....	12
I. Wortlaut der Vorgängervorschrift in § 85 Abs. 2 (i. V. m. § 3.....	
Nr. 5, 16 u. 17) TKG 1996.....	13
II. Materialien zum TKG 1996.....	14
1. Begründung zum Gesetzentwurf.....	14
a) Allgemeine Aussagen zum Kreis der Verpflichteten.....	15
b) Konkrete Beispiele zum Kreis der Verpflichteten.....	15
2. Bericht für den Ausschuss für Post und Telekommunikation.....	18
D. Genetische Auslegung.....	19
I. Materialien zu § 88 TKG.....	20
II. Materialien zu § 3 Nr. 6 TKG.....	20
III. Materialien zu § 3 Nr. 10 TKG.....	21
IV. Materialien zu § 3 Nr. 24 TKG.....	21
E. Systematische Auslegung.....	22
F. Teleologische Auslegung.....	23
I. Zweck des Fernmeldegeheimnisses.....	23
II. Zweck des TKG.....	25
1. Eigenständige Zielsetzung der Vorschrift über das Fernmeldegeheimnis....	26
2. Bezug des Fernmeldegeheimnisses zu den.....	
Gesetzeszwecken nach § 1 TKG.....	29
III. Gegenläufige Interessen.....	30
1. Tatsächliches Gewicht der gegenläufigen Interessen.....	31

a) Vorschriften des TKG zum Datenschutz und zur..... öffentlichen Sicherheit.....	31
b) Allgemeine Möglichkeiten zur Berücksichtigung der..... Interessen der Arbeitgeber.....	33
2. Geringe Schutzwürdigkeit der gegenläufigen Interessen.....	36
G. Fazit.....	37
Literaturverzeichnis.....	39

## Abkürzungsverzeichnis

A.	Auflage
a. A.	andere(n/r) Ansicht
a. a. O.	am angegebenen Ort
Abs.	Absatz/Absätze
AE	Arbeitsrechtliche Entscheidungen ( <i>Zeitschrift</i> )
a. F.	alter Fassung
AG	Aktiengesellschaft
AiB	Arbeitsrecht im Betrieb ( <i>Zeitschrift</i> )
a. M.	am Main
Anm.	Anmerkung
AnwBl	Anwaltsblatt ( <i>Zeitschrift</i> )
ArbG	Arbeitsgericht
ArbR	Arbeitsrecht
ArbRB	Der Arbeits-Rechts-Berater ( <i>Zeitschrift</i> )
ArchivPT	Archiv für Post und Telekommunikation ( <i>Zeitschrift</i> )
Art.	Arikel(n)
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht (AuA)
Az.	Aktenzeichen
BAG	Bundesarbeitsgericht
BB	Betriebs-Berater ( <i>Zeitschrift</i> )
Bd.	Band
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz
Begr.	Begründer
Beschl.	Beschluss
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BKR	Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht ( <i>Zeitschrift</i> )
BR-Drs.	Bundesratsdrucksache
BT-Drs.	Bundestagsdrucksache
BVerfGE	Entscheidungssammlung des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	beziehungsweise
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift ( <i>Zeitschrift</i> )
CDU	Christlich Demokratische Union
Co.	Compagnie
CR	Computer und Recht ( <i>Zeitschrift</i> )
CSU	Christlich-Soziale Union
CuA	Computer und Arbeit ( <i>Zeitschrift</i> )

DB	Der Betrieb ( <i>Zeitschrift</i> )
ders.	derselbe
Dr.	Doktor
DRiZ	Deutsche Richterzeitung ( <i>Zeitschrift</i> )
DuD	Datenschutz und Datensicherheit ( <i>Zeitschrift</i> )
DVP	Deutsche Verwaltungspraxis ( <i>Zeitschrift</i> )
E	Entwurf
EDM	Evidence and Disclosure Management (Handhabung der Beweisbereitstellung und -aufdeckung)
EDV	Elektronische Datenverarbeitung
evtl.	eventuell
EWiR	Entscheidungen zum Wirtschaftsrecht ( <i>Zeitschrift</i> )
f./ff.	folgende
F. D. P.	Freie Demokratische Partei
Fn.	Fußnote
FS	Festschrift
FTEG	Gesetz über Funkanlagen und Telekommunikationsendeinrichtungen
GbR	Gesellschaft bürgerlichen Rechts
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
ggf.	gegebenenfalls
GWR	Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht ( <i>Zeitschrift</i> )
HGB	Handelsgesetzbuch
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg.	Herausgeber
IP	Internet Protocol (Internet-Protokoll)
i. S. d.	im Sinne des
ISDN	Integrated Services Digital Network (diensteintegrierendes digitales Netz)
i. S. v.	im Sinne von
IT	Informationstechnologie
ITRB	Der IT-Rechts-Berater ( <i>Zeitschrift</i> )
IuKDG	Informations- und Kommunikationsdienste-Gesetz
i. V. m.	in Verbindung mit
jurisPR	juris PraxisReport ( <i>Zeitschrift</i> )
JurPC	Internet-Zeitschrift für Rechtsinformatik und Informationsrecht ( <i>Zeitschrift</i> )

JZ	Juristenzeitung ( <i>Zeitschrift</i> )
K&R	Kommunikation & Recht ( <i>Zeitschrift</i> )
Kap.	Kapitel
LAG	Landesarbeitsgericht
lit.	litera
MMR	Multimedia und Recht ( <i>Zeitschrift</i> )
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NJW	Neue Juristische Wochenschrift ( <i>Zeitschrift</i> )
NJW-Spezial	Neue Juristische Wochenschrift-Spezial ( <i>Zeitschrift</i> )
Nr.	Nummer(n)
NRWE	Rechtsprechungsdatenbank des Landes Nordrhein-Westfalen
NVwZ-RR	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht-Rechtsprechungsreport ( <i>Zeitschrift</i> )
NWVBl.	Nordrhein-Westfälische Verwaltungsblätter ( <i>Zeitschrift</i> )
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht ( <i>Zeitschrift</i> )
NZA-RR	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht-Rechtsprechungsreport ( <i>Zeitschrift</i> )
NZWist	Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht ( <i>Zeitschrift</i> )
öAT	Zeitschrift für das öffentliche Arbeits- und Tarifrecht ( <i>Zeitschrift</i> )
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
PersV	Die Personalvertretung ( <i>Zeitschrift</i> )
PIN	persönliche Identifikationsnummer
PostG	Postgesetz
RdA	Recht der Arbeit ( <i>Zeitschrift</i> )
RDV	Recht der Datenverarbeitung ( <i>Zeitschrift</i> )
RegE	Regierungsentwurf
Rn.	Randnummer(n)
RTkom	Zeitschrift für das gesamte Recht der Telekommunikation ( <i>Zeitschrift</i> )
S.	Satz/Sätze Seite(n)
SPD	Sozialdemokratische Partei Deutschlands
StBerG	Steuerberatungsgesetz
StGB	Strafgesetzbuch
StrafR	Strafrecht

TDDSG	Teledienstedatenschutzgesetz
TDSV	Telekommunikations-Datenschutzverordnung
TK	Telekommunikation
TKG	Telekommunikationsgesetz
TKR	Telekommunikationsrecht
TMG	Telemediengesetz
u.	und
u. a.	unter anderem
Urt.	Urteil
usw.	und so weiter
u. U.	unter Umständen
v.	vom/von
VG	Verwaltungsgericht
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
Web-Dok.	Web-Dokument
WM	Wertpapier-Mitteilungen ( <i>Zeitschrift</i> )
WWW	World Wide Web
z. B.	zum Beispiel
ZD	Zeitschrift für Datenschutz ( <i>Zeitschrift</i> )
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht ( <i>Zeitschrift</i> )
ZfPR	Zeitschrift für Personalvertretungsrecht ( <i>Zeitschrift</i> )
ZIS	Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik ( <i>Zeitschrift</i> )
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik ( <i>Zeitschrift</i> )
z. T.	zum Teil
ZTR	Zeitschrift für Tarifrecht ( <i>Zeitschrift</i> )
ZWH	Zeitschrift für Wirtschaftsstrafrecht und Haftung im Unternehmen ( <i>Zeitschrift</i> )



## Zusammenfassung

Die Frage, ob ein Arbeitgeber, der seinen Arbeitnehmern die private Nutzung der betrieblichen Telekommunikationsmöglichkeiten (Telefon, Internetzugang usw.) gestattet, als „Diensteanbieter“ i. S. v. § 3 Nr. 6 TKG dem einfachgesetzlichen Fernmeldegeheimnis nach § 88 TKG unterfällt, ist ein telekommunikationsrechtlicher Klassiker. Seit dem Jahr 2010 haben mehrere Gerichte diese Frage entgegen der bislang vorherrschenden Auffassung verneint und hierbei wachsende Zustimmung durch das wissenschaftliche Schrifttum erhalten.

Der Wortlaut der einschlägigen Vorschriften des TKG erlaubt es, einen Arbeitgeber als „Diensteanbieter“ im telekommunikationsrechtlichen Sinne einzustufen, wenn er die private Telekommunikationsnutzung gestattet. Denn er stellt mit einer gewissen Dauerhaftigkeit Dritten – seinen Arbeitnehmern – zu deren eigenen Zwecken Telekommunikationsmöglichkeiten zur Verfügung. Die hiergegen vorgebrachten Bedenken sind zumeist teleologischer Natur und damit als solche auf grammatikalischer Ebene unbeachtlich. Darüber hinaus wird verbreitet aber auch die Legaldefinition des Begriffs „Telekommunikationsdienste“ nach § 3 Nr. 24 TKG belastet, der zufolge diese „in der Regel gegen Entgelt erbrach[t]“ werden, was u. U. nicht mit der Praxis bei der privaten Nutzung betrieblicher Telekommunikationsmöglichkeiten übereinstimmt. Ein solcher Rückgriff auf § 3 Nr. 24 TKG ist indes methodisch unzulässig: § 3 Nr. 10 TKG enthält eine insoweit speziellere Definition für ein „geschäftsmäßiges Erbringen von Telekommunikationsdiensten“, auf das es für den Begriff „Diensteanbieter“ nach § 3 Nr. 6 TKG ankommt.

Ganz deutlich für die Anwendung des einfachgesetzlichen Fernmeldegeheimnisses auf die gestattete private Telekommunikation im Arbeitsverhältnis sprechen die Gesetzesmaterialien zum geltenden TKG aus dem Jahr 2004 und zu seiner vorherigen Fassung aus dem Jahr 1996. So hieß es in der Begründung zu dem Entwurf der einschlägigen Vorschrift des TKG 1996, dem Fernmeldegeheimnis unterlägen u. a. „Nebenstellenanlagen in Betrieben und Behörden, soweit sie den Beschäftigten zur privaten Nutzung zur Verfügung gestellt sind“. Und ausweislich der Materialien zum geltenden TKG ist man auch im Gesetzgebungsverfahren 2004 davon ausgegangen, dass Betreiber „unternehmensinterne[r] Nebenstellenanlagen“ grundsätzlich als Anbieter (nicht öffentlicher) Telekommunikationsdienste einzustufen sind. Die zuletzt bisweilen vertretene These von einem „Redaktionsversehen“ bei der Einbeziehung der betrieblichen Nebenstellenanlagen erweist sich somit als offensichtlich unhaltbar.

Auch der Zweck des einfachgesetzlichen Fernmeldegeheimnisses fordert die insoweit uneingeschränkte Geltung von § 88 TKG. Der Arbeitnehmer, dem die *private* Nutzung der betrieblichen Telekommunikationsmöglichkeiten gestattet wurde, ist hinsichtlich der Gefahren der räumlich distanzierten Kommunikation (zumindest) genauso schutzwürdig wie andere Telekommunikationsteilnehmer. Das gilt insbesondere mit Blick auf

die Nutzung der Telekommunikationsmöglichkeiten in Hotels und Krankenhäusern, die das einfachgesetzliche Fernmeldegeheimnis ausdrücklich erfassen soll, wie sich aus dem über den Kreis der gewerblichen Telekommunikationsangebote hinausreichenden Anwendungsbereich von § 88 TKG und den mehrfach bestätigten Aussagen in den Gesetzesmaterialien ergibt.

Diese spezifische Zielsetzung des einfachgesetzlichen Fernmeldegeheimnisses wird auch ignoriert, wenn zuletzt des Öfteren aus dem Gesetzeszweck nach § 1 TKG abgeleitet wurde, dass § 88 TKG nur solche Angebote erfassen dürfe, die im Wettbewerb (mit anderen Telekommunikationsanbietern) stehen. Denn auch die Betreiber von Hotels und Krankenhäusern nehmen hinsichtlich der von ihnen zur Verfügung gestellten Telekommunikationsmöglichkeiten nicht an einem solchen Wettbewerb teil. Vielmehr übersieht die isolierte Betrachtung von § 1 TKG auch, dass § 2 Abs. 2 Nr. 1 S. 1 TKG die Wahrung des Fernmeldegeheimnisses ausdrücklich in den Kreis der Regulierungsziele einbezieht, ohne diese Zielsetzung auf den Bereich der Telekommunikationsmärkte zu beschränken. Aber selbst wenn man einen Bezug zwischen dem Anwendungsbereich von § 88 TKG und dem Gesetzeszweck der Wettbewerbsförderung für erforderlich erachten wollte, wäre dieser gegeben. Er folgt schon aus dem Umstand, dass Arbeitnehmer, soweit sie ihre Nachfrage nach Telekommunikationsleistungen unter Rückgriff auf die betrieblichen Telekommunikationsmöglichkeiten ihres Arbeitgebers befriedigen können, nicht mehr auf Leistungen anderer (gewerblicher) Anbieter zurückgreifen werden. Die uneingeschränkte Geltung des einfachgesetzlichen Fernmeldegeheimnisses kann dazu beitragen, dass die Entwicklung des Wettbewerbs durch derartige Kanalisierungseffekte nicht noch zusätzlich beeinträchtigt wird.

Zu guter Letzt ergibt sich auch keine Notwendigkeit, den Anwendungsbereich des Fernmeldegeheimnisses nach § 88 TKG mit Blick auf die sich daraus ergebenden Folgen für den Arbeitgeber eng zu führen. Die insoweit angeführten Konsequenzen – telekommunikationsdatenschutzrechtliche Verpflichtungen, strafrechtliche Sanktionierung nach § 206 StGB, Konflikt mit gesetzlichen Aufbewahrungspflichten usw. – lassen sich durch eine Vielzahl von Maßnahmen erheblich abmildern oder sogar ganz vermeiden. Zu nennen sind u. a. Vorkehrungen auf technischer Ebene, eine sachgerechte Bestimmung der Grenzen des Fernmeldegeheimnisses, klare Vorgaben für die private Telekommunikationsnutzung und als letztes Mittel auch eine Einwilligung der Arbeitnehmer in eng umrissene Eingriffe in die Vertraulichkeit der Telekommunikation. Überdies obliegt es der freien Entscheidung des Arbeitgebers, ob und inwieweit er seinen Arbeitnehmern die private Nutzung der betrieblichen Telekommunikationsmöglichkeiten gestattet. Er hat es also ohnehin selbst in der Hand, ob und in welchem Umfang ihn die Konsequenzen treffen, die sich aus einer Anwendung des einfachgesetzlichen Fernmeldegeheimnisses ergeben. Er bedarf deshalb keines Schutzes durch den Gesetzesanwender. Damit bleibt es mit der schon bislang vorherrschenden Meinung dabei, dass § 88 TKG auch die gestattete Privatnutzung betrieblicher Telekommunikationsmöglichkeiten erfasst.

# Studie

## A. Einleitung

Nach § 88 Abs. 1 TKG unterliegen der Inhalt der Telekommunikation und ihre näheren Umstände dem (einfachgesetzlichen) Fernmeldegeheimnis. Anders als das Fernmeldegeheimnis aus Art. 10 Abs. 1 GG, das unmittelbar nur vor staatlicher Kenntnisnahme schützt, ist zur Wahrung dieses telekommunikationsrechtlichen Fernmeldegeheimnisses nach § 88 Abs. 2 TKG „jeder Diensteanbieter“ verpflichtet. Diese Diensteanbieter dürfen nach § 88 Abs. 3 S. 1 TKG lediglich in dem Umfang Kenntnis vom Inhalt oder den näheren Umständen der Telekommunikation nehmen, wie es erforderlich ist, um den Dienst zu erbringen. Eine weitergehende Verwendung dieser Kenntnisse ist nach § 88 Abs. 3 S. 3 TKG nur zulässig, wenn hierfür eine spezifische gesetzliche Ermächtigung besteht.

Die Notwendigkeit eines solchen Schutzes der (tele-) kommunikativen Vertraulichkeit dürfte selbstverständlich sein, soweit es um gewerbliche Anbieter von Telekommunikationsdiensten geht, deren Geschäftstätigkeit gerade darauf ausgerichtet ist, Telefongespräche, Datenübertragungsleistungen oder ähnliche Dienste zu erbringen. Zunehmend umstritten ist allerdings, ob bzw. unter welchen Voraussetzungen auch Arbeitgeber durch § 88 TKG verpflichtet werden, wenn sie ihren Arbeitnehmern die private Nutzung solcher Telekommunikationsmöglichkeiten gestatten, die in ihrem Betrieb vorhanden sind.

Während lange Zeit die fast einhellige Auffassung den Anwendungsbereich des einfachgesetzlichen Fernmeldegeheimnisses seit seiner Normierung in § 85 TKG 1996 für eröffnet erachtete, soweit der Arbeitgeber die private Nutzung gestattet hat,<sup>1</sup> mehren

---

1 ArbG Hannover, NZA-RR 2005, 420, 421 (Urt. v. 28.4.2005 – Az. 10 Ca 791/04); *Altenburg/v. Reinersdorff/Leister*, MMR 2005, 135, 136; *Arning/Moos/Becker*, CR 2012, 592, 595; *Balsmeier/Weißnicht*, K&R 2005, 537, 540; *Beckschulze*, DB 2003, 2777, 2780; *Beckschulze/Henkel*, DB 2001, 1491, 1496; *Bier*, DuD 2004, 277, 278; *Bizer*, DuD 2004, 432; 2001, 618; *Bock*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 4. A., 2013, § 88 Rn. 24; *Braun/Spiegl*, AiB 2008, 393, 396; *Brink*, jurisPR-ArbR 33/2011 Anm. 5; *Burkard*, NJW-Spezial 2011, 370; *Däubler*, Internet und Arbeitsrecht, 4. A., 2013, Rn. 236 ff. (S. 193 ff.); ders., K&R 2000, 323, 326; *Eckhardt*, in: Heun, Handbuch Telekommunikationsrecht, 2. A., 2007, Teil L Rn. 76 (S. 1461 f.); ders., in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, 2. A., 2011, § 88 TKG Rn. 18; DuD 2008, 103, 104; *Ellinghaus*, in: Arndt/Fetzer/Scherer, TKG, 2008, § 88 Rn. 24 u. 40; *Elschner*, Rechtsfragen der Internet- und E-Mail-Nutzung am Arbeitsplatz, 2004, S. 192; *Ernst*, NZA 2002, 585, 587; *Feldmann*, NZA 2008, 1398; *Fetzer*, in: Arndt/Fetzer/Scherer, TKG, 2008, § 3 Rn. 23 u. 42; *Fischer*, ZD 2012, 265, 266 f.; *Frenzel*, in: Wilms/Masing/Jochum, TKG, Loseblattsammlung, Stand: 8. Ergänzungslieferung (3/2007), § 88 Rn. 19; *Frings/Wahlers*, BB 2011, 3126, 3130; *Gimmy*, DRiZ 2007, 327, 328; *Gola*, MMR 1999, 322, 323 f. u. 325; *Gola/Jaspers*, RDV 1998, 243, 249; *Gola/Müthlein*, RDV 1997, 193, 193 f.; *Gola/Schomerus*, BDSG, 11. A., 2012, § 32 Rn. 18; *Grimm/Freh*, ZWH 2013, 89, 92; *Guttmann*, AE 2010, 129; *Hanebeck/Neunhofer*, K&R 2006, 112, 113; *Hansen-Oest*, in: Wiechert/Schmidt/Königshofen, Telekommunikationsrecht der Bundesrepublik Deutschland – TKR, Loseblattsammlung, Stand: 6. Ergän-

sich in letzter Zeit die Stimmen, die § 88 TKG im Arbeitsverhältnis generell für unanwendbar halten.<sup>2</sup> In diese Richtung weisen auch mehrere gerichtliche Entscheidungen aus jüngerer Vergangenheit.<sup>3</sup> Welche der beiden Auffassung den Vorzug verdient, kann sich nur aus einer Auslegung der einschlägigen Vorschriften ergeben.<sup>4</sup>

## B. Grammatikalische Auslegung

Nach § 88 Abs. 2 S. 1 TKG ist (jeder) „Diensteanbieter“ zu Wahrung des Fernmeldegeheimnisses verpflichtet. Der Begriff „Diensteanbieter“ ist in § 3 Nr. 6 TKG legaldefi-

---

zungslieferung (4/2000), § 85 Rn. 21; *Hartmann/Pröpper*, BB 2009, 1300, 1301; *Hassmer/Witzel*, ITRB 2006, 139, 141; *Heidrich/Tschoepe*, MMR 2004, 75, 76; *Heilmann/Tege*, AuA 2001, 52, 54; *Heun*, CR 2008, 79, 83; *Hilber/Frik*, RdA 2002, 89, 93; *Hoppe/Braun*, MMR 2010, 80, 81; *Hörl/Buddee*, ITRB 2002, 160, 161; *Jenny*, in: *Plath*, BDSG, 2013, § 88 TKG Rn. 15; *Kieper*, DuD 1999, 591, 593; 1998, 583, 585; *Kiesche/Wilke*, AiB 2012, 92, 93 f.; *CuA 4/2011*, 14, 15; *Kluszczewski*, in: *Säcker*, TKG, 3. A., 2013, § 88 Rn. 13 u. 19; *Koch*, NZA 2008, 911, 912; *Kömpf/Kunz*, NZA 2007, 1341, 1345; *Krauß*, JurPC Web-Dok. 14/2004, Abs. 11; *Kutzki/Hackemann*, ZTR 2003, 375, 378; *Lindemann/Simon*, BB 2001, 1950, 1951; *Lunk*, NZA 2009, 457, 460; *Maschmann*, AuA 2000, 519, 522; *Mattl*, Die Kontrolle der Internet- und E-Mail-Nutzung am Arbeitsplatz, 2008, S. 66 f.; *Meinberg/Grabe*, K&R 2004, 409, 413; *Meister/Laun*, in: *Wissmann*, Telekommunikationsrecht, 2. A., 2006, Kap. 14 Rn. 11 (S. 778 f.); *Mengel*, BB 2004, 2014, 2017; 1445, 1449 f.; *Müller*, RDV 1998, 205, 210; *Nägele/Meyer*, K&R 2004, 312, 313; *Naujock*, DuD 2002, 592, 593; *Neumann/Koch*, Telekommunikationsrecht, 2. A., 2013, Kap. 5 Rn. 11 (S. 386); *Nolte/Becker*, BB-Special 5/2008, 23, 24; *Ohlenburg*, MMR 2004, 431, 432; *Pohle*, ITRB 2011, 290, 291 f.; *Post-Ortmann*, RDV 1999, 102, 103; *Pröpper/Römermann*, MMR 2008, 514, 516; *Rath/Karner*, K&R 2007, 446, 450; *Rieß*, DuD 2001, 672, 673; *Rudkowski*, ZfA 2011, 287, 292; *Säcker*, in: *Säcker*, TKG, 3. A., 2013, § 3 Rn. 28; *Sassenberg/Lammer*, DuD 2008, 461, 462; *Sassenberg/Mantz*, BB 2013, 889; *Sauer*, K&R 2008, 399, 400; *Schaar*, in: *Der Hamburgische Datenschutzbeauftragte/Datenschutzbeauftragter debis Systemhaus*, Datenschutz bei Multimedia und Telekommunikation, 2. A., 1998, S. 22, 25; *Scherp/Stief*, BKR 2009, 404, 408; *Schild/Tinnefeld*, DuD 2009, 469, 472; *Schmidl*, DuD 2005, 267, 269; MMR 2005, 343, 344; *Schmidt*, BB 2009, 1295, 1297; *Schoen*, DuD 2008, 286, 287; *Schuster*, DuD 2006, 424, 430; *Störing*, CR 2011, 614, 615; *Tiedemann*, MMR 2010, 641; ZD 2011, 45, 46; *Trute*, in: *Trute/Spoerr/Bosch*, TKG mit FTEG, 2001, § 85 Rn. 11; *Ueckert*, ITRB 2003, 158, 159; *Vehslage*, AnwBl 2001, 145, 146; *Vietmeyer/Byers*, MMR 2010, 807, 808; *Wächter*, JurPC Web-Dok. 28/2011, Abs. 94; *Wedde*, DuD 2004, 21, 22; *Weißnicht*, MMR 2003, 448, 449; *Wellhöner/Byers*, BB 2009, 2310; *Werner*, in: *Der Hamburgische Datenschutzbeauftragte/Datenschutzbeauftragter debis Systemhaus*, Datenschutz bei Multimedia und Telekommunikation, 2. A., 1998, S. 37, 40; *Wolf/Mulert*, BB 2008, 442, 445; *Zerres*, in: *Scheurle/Mayen*, TKG, 2. A., 2008, § 88 Rn. 20; *Zilkens*, DuD 2005, 253, 254; tendenziell auch *Jofer/Wegerich*, K&R 2002, 235, 237; *Kratz/Gubbels*, NZA 2009, 652, 654 f.; *Kremer/Meyer-van Raay*, ITRB 2010, 133, 133 f.; *Möller*, ITRB 2013, 286, 287; *Munz*, in: *Taeger/Gabel*, BDSG und Datenschutzvorschriften des TKG und TMG, 2. A., 2013, § 88 TKG Rn. 23; *Panzer-Heemeier*, DuD 2012, 48, 50; *Vogel/Glas*, DB 2009, 1747, 1752; *Zöll*, in: *Taeger/Gabel*, BDSG und Datenschutzvorschriften des TKG und TMG, 2. A., 2013, § 32 Rn. 44. Entsprechend zu anderen Vorschriften des TKG *Braun*, in: *Beck'scher TKG-Kommentar*, 4. A., 2013, § 91 Rn. 12; *Büttgen*, in: *Scheurle/Mayen*, TKG, 2. A., 2008, § 91 Rn. 15; *Eckhardt*, in: *Beck'scher TKG-Kommentar*, 4. A., 2013, § 109 Rn. 15; *Hartung*, in: *Wilms/Masing/Joachim*, TKG, Loseblattsammlung, Stand: 8. Ergänzungslieferung (3/2007), § 91 Rn. 25; *Königshofen*, DuD 2001, 85, 86; RTkom 1999, 138, 141; *ArchivPT* 1997, 19, 21; *Königshofen/Ulmer*, Datenschutz-Handbuch Telekommunikation, 2006, § 91 Rn. 4; zu § 206 StGB entsprechend *Dann/Gastell*, NJW 2008, 2945, 2946 m. w. N.

niert. Es streitet daher zumindest eine widerlegliche Vermutung dafür,<sup>5</sup> dass auch im Rahmen von § 88 TKG der „Dienstanbieter“ in dem dort definierten Sinne zu verstehen ist.<sup>6</sup> Nach § 3 Nr. 6 TKG ist – soweit hier relevant<sup>7</sup> – „Dienstanbieter“ jeder, der ganz oder teilweise geschäftsmäßig ... Telekommunikationsdienste erbringt“. Konstitutiv für die Dienstanbiereigenschaft ist somit das geschäftsmäßige Erbringen von Telekommunikationsdiensten. Was hierunter zu verstehen ist, wird in § 3 Nr. 10 TKG legaldefiniert: „das nachhaltige Angebot von Telekommunikation für Dritte mit oder ohne Gewinnerzielungsabsicht“. <sup>8</sup> Telekommunikation schließlich ist nach § 3 Nr. 22 TKG „der technische Vorgang des Aussendens, Übermittels und Empfangens von Si-

- 2 *Barton*, RDV 2012, 217, 220; jurisPR-StrafR 14/2012 Anm. 1, Fn. 11; *Diercks*, K&R 2014, 1, 4; *Fülbier/Splittgerber*, NJW 2012, 1995, 1999; *Härting*, CRonline-Blog v. 4.6.2013; *Rübenstahl/Debus*, NZWiSt 2012, 129, 132; *Scheben/Klos*, CCZ 2013, 88, 90 u. 93; *Scheben/Klos/Geschonneck*, CCZ 2012, 13, 16; *Schuster*, CR 2014, 21; *Stamer/Kuhnke*, in: Plath (Fn. 1), § 32 BDSG Rn. 99 ff.; *Thüsing*, Arbeitnehmerdatenschutz und Compliance, 2010, Rn. 226 ff. (S. 106 ff.); *Walther/Zimmer*, BB 2013, 2933; *Wybitul*, BB 37/2011, I; ZD 2011, 69, 71 f.; wohl ebenso *Culmsee/Dorschel*, CR 2013, 290, 293; tendenziell auch *Kort*, DB 2011, 2092; *Lutz/Weigl*, CR 2014, 85, 87; *Zimmer/Heymann*, BB 2010, 1853, 1855 Fn. 23. Bereits aus früherer Zeit: *Barton*, K&R 2004, 305, 310; CR 2003, 839, 843; *Gramlich*, RDV 2001, 123, 124 f.; *Haußmann/Krets*, NZA 2005, 259, 260; *Schimmelpfenig/Wenning*, DB 2006, 2290, 2294; *Seffer/Schneider*, ITRB 2007, 264, 266; tendenziell auch *Beckschulze*, DB 2007, 1526, 1529; *Grobys*, BB 2003, 682, 683; *Härting*, CR 2009, 581, 583; 2007, 311, 312. Differenzierung nach der Entgeltlichkeit *Deiters*, ZD 2012, 109, 110 f. *Fleck*, BB 2003, 306, 308, geht bei privater Internetnutzung und elektronischer Post mit keinem Wort auf das einfachgesetzliche Fernmeldegeheimnis ein, sondern hält diesbezügliche Kontrollmaßnahmen für „nach allgemeinen Grundsätzen zulässig“.
- 3 LAG Berlin-Brandenburg, BB 2011, 2298, 2300 (Urt. v. 16.2.2011 – Az. 4 Sa 2132/10); LAG Niedersachsen, K&R 2010, 613, 615 (Urt. v. 31.5.2010 – Az. 12 Sa 875/09); VG Karlsruhe, NVwZ-RR 2013, 797, 801 (Urt. v. 27.5.2013 – Az. 2 K 3249/12). Entgegen *Diercks*, K&R 2014, 1, 3 Fn. 26, hat das ArbG Düsseldorf, Urt. v. 29.10.2007 – Az. 3 Ca 1455/07, Rn. 42 ff. u. 50 (NRWE), demgegenüber die Anwendbarkeit des TKG nur für den Fall der nicht erlaubten Privatnutzung bzw. der „dienstlichen Internetnutzung“ verneint. Und auch das LAG Hamm, ZD 2013, 135, 139 f. (Urt. v. 10.7.2012 – Az. 14 Sa 1711/10), hat sich entgegen der Auffassung von *Diercks*, K&R 2014, 1, 3 Fn. 26, gerade nicht zum Kreis der durch § 88 TKG Verpflichteten geäußert (zu Recht differenzierend dann wieder *Diercks*, K&R 2014, 1, 5).
- 4 Insoweit zutreffend *Schuster*, CR 2014, 21, 22. Dessen Behauptung, „bis heute“ habe eine solche Auslegung „nur der Arbeitsrechtler(!) Thüsing in nennenswertem Maß“ unternommen, ist demgegenüber zu widersprechen, vgl. vielmehr insbesondere *Elschner* (Fn. 1), S. 164 – 186.
- 5 Zwingend ist die Heranziehung der Legaldefinition demgegenüber nicht, wie die Vorschrift des § 18 TKG zeigt, in welcher mit „Zugang“ etwas anderes gemeint ist als in der Legaldefinition des Begriffes „Zugang“ nach § 3 Nr. 32 TKG; siehe dazu die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 15/2316, 55, 64 (zu § 18 TKG-RegE); *Neumann/Koch* (Fn. 1), Kap. 3 Rn. 422 (S. 324).
- 6 In Rechtsprechung und Literatur wird zumeist ohne weiteres auf die Legaldefinition zurückgegriffen, siehe etwa VGH Kassel, NJW 2009, 2470, 2471 (Beschl. v. 19.5.2009 – Az. 6 A 2672/08.Z); VG Karlsruhe, NVwZ-RR 2013, 797, 801 (Urt. v. 27.5.2013 – Az. 2 K 3249/12); *Braun/Spiegl*, AiB 2008, 393, 396; *Däubler* (Fn. 1), Rn. 234 (S. 192); *Mattl* (Fn. 1), S. 63 f.; *Munz* (Fn. 1), Einführung TKG Rn. 9 u. § 88 TKG Rn. 13; *Schild*, PersV 2012, 94, 96; *Schuster*, CR 2014, 21, 22.
- 7 Soweit darüber hinaus auch derjenige als Dienstanbieter erfasst wird, der „an der Erbringung solcher [Telekommunikations-] Dienste mitwirkt“, ist das für die hier zu klärende Frage ohne zusätzlichen Erkenntniswert, so auch *Schuster*, CR 2014, 21, 23 Fn. 14.

gnalen mittels Telekommunikationsanlagen“, also nach § 3 Nr. 23 TKG mittels „technische[r] Einrichtungen oder Systeme, die als Nachrichten identifizierbare elektromagnetische oder optische Signale senden, übertragen, vermitteln, empfangen, steuern oder kontrollieren können“.

Füllt man § 88 Abs. 2 S. 1 TKG unter Rückgriff auf die gesetzlichen Begriffsbestimmungen in § 3 TKG aus, so ist Diensteanbieter also jeder, der – ganz oder teilweise – nachhaltig den technischen Vorgang des Aussendens, Übermittels und Empfangens von Signalen mittels technischer Einrichtungen oder Systeme, die als Nachrichten identifizierbare elektromagnetische oder optische Signale senden, übertragen, vermitteln, empfangen, steuern oder kontrollieren können, für Dritte mit oder ohne Gewinnerzielungsabsicht anbietet. Da es für die hier zu klärende Frage auf die Einzelheiten der Legaldefinitionen in § 3 Nr. 22 und 23 TKG letztlich nicht ankommt, erscheint es angesichts der Komplexität dieser zusammengeführten Definition allerdings sinnvoller, auf eine diesbezügliche Ausfüllung zu verzichten. Belässt man es bei dem Begriff der Telekommunikation ist Diensteanbieter folglich jeder, der – ganz oder teilweise – nachhaltig Telekommunikation für Dritte mit oder ohne Gewinnerzielungsabsicht anbietet.

## **I. Gestattung privater Telekommunikationsnutzung als nachhaltiges Angebot für Dritte?**

Fraglich ist also, ob derjenige Arbeitgeber, der seinen Arbeitnehmern die Nutzung der im Betrieb vorhandenen Telekommunikationsmöglichkeiten (Telefon, Internetzugang usw.) zu privaten Zwecken gestattet, hierdurch nachhaltig Telekommunikation für Dritte anbietet. Auf eine Gewinnerzielungsabsicht kommt es demgegenüber schon nach dem Wortlaut der Legaldefinition in § 3 Nr. 10 TKG nicht an. Da dieser auch ansonsten keinen Hinweis auf die Notwendigkeit einer Gegenleistung enthält, ist es für die grammatikalische Auslegung ebenso unerheblich, ob die Möglichkeit der privaten Telekommunikationsnutzung entgeltlich oder unentgeltlich eingeräumt wird.<sup>9</sup>

8 Irreführend daher *Dann/Gastell*, NJW 2008, 2945, 2946, denen zufolge es (für § 206 StGB) „[e]ntscheidend [sei], dass das betreffende Unternehmen nicht nur geschäftsmäßig (vgl. § 3 Nr. 10 TKG), sondern auch ‚nachhaltig‘ agiert“. Das geschäftsmäßige Erbringen setzt nach § 3 Nr. 10 TKG die Nachhaltigkeit des Angebots gerade voraus.

9 *Altenburg/v. Reinersdorff/Leister*, MMR 2005, 135, 136; *Bier*, DuD 2004, 277, 278; *Elbel*, Die datenschutzrechtlichen Vorschriften für Diensteanbieter im neuen Telekommunikationsgesetz auf dem Prüfstand des europäischen und deutschen Rechts, 2005, S. 43; *Ellinghaus* (Fn. 1), § 88 Rn. 24; *Ernst*, NZA 2002, 585, 587; *Fischer*, ZD 2012, 265, 266; *Gola/Jaspers*, RDV 1998, 243, 248; *Heidrich/Tschoepe*, MMR 2004, 75, 76; *Kutzki/Hackemann*, ZTR 2003, 375, 378; *Lau*, in: Manssen, Telekommunikations- und Multimediarecht, Loseblattsammlung, Stand: 33. Ergänzungslieferung (11/2013), C § 88 Rn. 19; *Maschmann*, in: FS Hromadka, 2008, S. 233, 252; *Mengel*, BB 2004, 2014, 2017; *Scherp/Stief*, BKR 2009, 404, 408; *Schmidl*, MMR 2005, 343, 344; *Tiedemann*, ZD 2011, 45, 46; *Thüsing* (Fn. 2), Rn. 231 (S. 109); *Vietmeyer/Byers*, MMR 2010, 807, 808; *Zerres* (Fn. 1), § 88 Rn. 19; zu § 91 TKG auch *Büttgen* (Fn. 1), § 91 Rn. 15. A. A. *Kleszczewski* (Fn. 1), § 88 Rn. 18.

Entscheidend ist vielmehr, (1.) ob es sich bei der Gestattung der privaten Telekommunikationsnutzung um ein Angebot von Telekommunikation handelt, (2.) ob es sich um ein Angebot für Dritte handelt und (3.) ob es nachhaltig erfolgt.

### 1. Angebot von Telekommunikation

Man könnte sich auf den Standpunkt stellen, dass die bloße Gestattung der Nutzung ohnehin vorhandener Telekommunikationsmöglichkeiten zu privaten Zwecken kein Angebot von Telekommunikation ist.<sup>10</sup> Der Arbeitgeber, dessen Geschäftstätigkeit (in aller Regel) ganz andere Bereiche betrifft, könne nicht als Anbieter telekommunikativer Dienste angesehen werden und der Arbeitnehmer erkläre durch die bloße Privatnutzung der Telekommunikationsmöglichkeiten auch nicht die Annahme eines solchen Angebots.<sup>11</sup>

Hieran ist sicherlich richtig, dass es sich nicht um ein marktmäßiges Angebot handelt, bei dem der Arbeitgeber als Bestandteil seiner geschäftlichen Tätigkeit ein Produkt entwickelt, um damit im Wettbewerb mit anderen Anbietern die Nachfrage seiner Arbeitnehmer nach einer bestimmten telekommunikativen Leistung zu befriedigen. Eine solche – gewissermaßen gewerbsmäßige oder gewerbliche – Ausgestaltung des Angebots verlangt der Wortlaut von § 3 Nr. 10 TKG aber auch nicht.<sup>12</sup>

Rein sprachlich bezeichnet der Begriff „Angebot“ vielmehr u. a. einen „Vorschlag aus eigenem Antrieb (etwas für einen anderen zu tun)“<sup>13</sup> oder eine „freiwillige Bereiterklärung“<sup>14</sup>. Auch für das spezifisch juristische Begriffsverständnis des BGB ist es für das „Angebot“ einer Leistung ausreichend, dass diese Leistung tatsächlich zur Inanspruchnahme bereitgestellt wird (vgl. § 293 BGB).

In einer Gestattung<sup>15</sup> der privaten Telekommunikation lässt sich ohne weiteres der Vorschlag des Arbeitgebers sehen, die vorhandenen Telekommunikationsmöglichkeiten zu nutzen, und zwar über den reinen Unternehmenszweck hinaus, für den sie der Arbeitgeber unter (zumindest partiellem) Rückgriff auf das Angebot eines (dritten) Tele-

10 So *Deiters*, ZD 2012, 109, 110.

11 In diese Richtung wohl *Schuster*, CR 2014, 21, 23.

12 *Eckhardt*, in: Spindler/Schuster (Fn. 1), § 88 TKG Rn. 17; *Elbel* (Fn. 9), S. 41; *Elschner* (Fn. 1), S. 165; *Fetzer* (Fn. 1), § 3 Rn. 41; *Gramlich*, in: Manssen (Fn. 9), C § 3 Rn. 9; *Härting*, CR 2007, 311; *Hartung* (Fn. 1), § 91 Rn. 21; *Heidrich/Tschoepe*, MMR 2004, 75, 76; *Holznapel/Ricke*, in: Spindler/Schuster (Fn. 1), § 3 TKG Rn. 13; *Koenig/Neumann*, K&R 2000, 417, 418; *Königshofen*, RTkom 1999, 138, 139; RDV 1997, 97, 98; *Lau* (Fn. 9), C § 88 Rn. 19; *Lünenbürger*, in: Scheurle/Mayen (Fn. 1), § 3 Rn. 21; *Ohlenburg*, MMR 2004, 431, 432; *Pohle*, ITRB 2011, 290, 291 f.; *Rieß*, in: Bartsch/Lutterbeck, Neues Recht für neue Medien, 1998, S. 277, 279; *Störing*, CR 2011, 614, 615; *Trute* (Fn. 1), § 85 Rn. 11; *de Wolf*, NZA 2010, 1206, 1207.

13 *Wahrig*, Deutsches Wörterbuch, 7. A., 2002, Stichwort „Angebot“.

14 *Wahrig* (Fn. 13), Stichwort „Angebot“.

15 Zu der hier nicht zu vertiefenden Frage, wann von einer solchen Gestattung auszugehen ist, siehe u. a. *Kratz/Gubbels*, NZA 2009, 652, 652 f.; *Stamer/Kuhnke* (Fn. 2), § 32 BDSG Rn. 88 ff.

kommunikationsunternehmens in aller Regel ursprünglich geschaffen hat.<sup>16</sup> Oder in anderen Worten: Der Arbeitgeber erklärt sich freiwillig bereit, seinen Arbeitnehmern die Telekommunikation zu ermöglichen. Er stellt ihnen die Telekommunikationsmöglichkeit zur Verfügung.<sup>17</sup> Auf grammatikalischer Ebene ist es also möglich, die Gestattung der (privaten) Nutzung vorhandener Telekommunikationsmöglichkeiten als Angebot von Telekommunikation zu verstehen.<sup>18</sup>

## 2. Angebot für Dritte

Es müsste sich dabei auch um ein Angebot für Dritte handeln. Mit dem Begriff „Dritte“ bezeichnet das Gesetz üblicherweise Personen, die außerhalb einer vorgefundenen Beziehung zwischen zwei (anderen) Personen stehen.<sup>19</sup> Dieser Begriff passt bei Lichte betrachtet auf die hier in Rede stehende Konstellation nicht,<sup>20</sup> da es bei § 3 Nr. 6 i. V. m. Nr. 10 TKG alleine um das Verhältnis zwischen dem (Dienste-) Anbieter und dem Nutzer der von ihm angebotenen Telekommunikation geht, also um ein Zweipersonenverhältnis.<sup>21</sup> Deshalb geht auch der Versuch fehl, den Begriff des Dritten unter

16 Das übersieht *Deiters*, ZD 2012, 109, 110; gegen seine Argumentation auch überzeugend *Fischer*, ZD 2012, 265, 266 f.

17 *Kieper*, DuD 1999, 591, 593.

18 *Fülbier/Splittgerber*, NJW 2012, 1995, 1999; *Hilber/Frik*, RdA 2002, 89, 93; *Kieper*, DuD 1999, 591, 593; *de Wolf*, NZA 2010, 1206, 1208; *Zerres* (Fn. 1), § 88 Rn. 20; im Ergebnis auch *Mattl* (Fn. 1), S. 64. *Schuster*, CR 2014, 21, 23, versucht, dieses Ergebnis durch den Vergleich mit anderen Leistungen des Arbeitgebers an seine Arbeitnehmer zu entkräften. Gerade seine Beispiele bestätigen aber das hier gefundene Wortlautverständnis. Im Gegensatz zu den ihm vorliegenden Erkenntnissen ist ein Arbeitgeber, wenn er seinen Arbeitnehmern „Getränke oder Essen bereitstellt“, nämlich sehr wohl jedenfalls dann Lebensmittelunternehmer im (Lebensmittel-) rechtlichen Sinne, wenn er hierfür eine Einrichtung der Gemeinschaftsverpflegung in Form einer Betriebskantine betreibt, vgl. etwa *Pichhardt*, in: *Hahn/Pichhardt*, *Lebensmittelsicherheit*, 2. A., 2008, Teil A Rn. 60 (S. 29). Und natürlich kann man auch bei einem Arbeitgeber, der in dem weiteren Beispiel von *Schuster* für seine Mitarbeiter private Post mittransportiert, insoweit von einem Erbringen von Postdiensten i. S. v. § 4 Nr. 4 PostG sprechen, als es sich jedenfalls begrifflich um ein „Betreiben der Beförderung von Postsendungen“ handelt; siehe auch *Koch*, in: *Groebel/Katzschmann/Koenig/Lemberg*, *Handbuch Postrecht*, 2014, Rn. D.1085 (S. 574), der ausdrücklich nur die „Verteilung von ... *geschäftlicher* Post innerhalb ... eine[s] Unternehmen[s]“ von dem geschäftsmäßigen Erbringen von Postdiensten ausnimmt (Hervorhebung hinzugefügt), also nicht die innerbetriebliche Verteilung privater Post. Für das Einsammeln und (sonstige) Weiterleiten kann nichts anders gelten.

19 Vgl. etwa § 3 Abs. 8 S. 2 f. BDSG, wonach Dritter jeder außerhalb der verantwortlichen Stelle ist, der nicht der Betroffene selbst (oder Auftragsdatenverarbeiter) ist, wo es also um Personen außerhalb der rechtlichen Beziehung zwischen dem Betroffenen und der datenverarbeitenden Stelle geht.

20 A. A. *Wuermeling/Felixberger*, CR 1997, 230, 231 Fn. 16.

21 Vereinzelt wird die Bezugnahme auf einen „Dritten“ deshalb so verstanden, dass nur bei einem Angebot an nicht am Vertrag zwischen Anbieter und Nutzer beteiligte (unbestimmte) Dritte, also allein bei einem Angebot am Markt ein geschäftsmäßiges Erbringen von Telekommunikationsdiensten vorliege, vgl. *Gramlich*, RDV 2001, 123, 124. Dagegen spricht jedoch u. a., dass das TKG in solchen Fällen ausdrücklich einen Öffentlichkeitsbezug herstellt, vgl. etwa § 3 Nr. 16 TKG, und auch bei Angeboten an geschlossene Benutzergruppen von einem geschäftsmäßigen Erbringen von Telekommunikationsdiensten ausgeht (vgl. etwa § 91 Abs. 1 i. V. m. § 91 Abs. 2 oder § 102 Abs. 3 TKG), siehe aus rechtshistorischer Perspektive auch überzeugend *Elschner* (Fn. 1), S. 174 f.



Rückgriff auf § 3 Abs. 8 S. 2 BDSG zu bestimmen,<sup>22</sup> da mit diesem Begriff gerade derjenige (Dritte) gemeint ist, der außerhalb des Verhältnisses von verantwortlicher Stelle und Betroffenen steht (vgl. § 3 Abs. 8 S. 3 BDSG).<sup>23</sup> Zutreffender wäre es im Kontext von § 3 Nr. 6 TKG vielmehr, entsprechend der postrechtlichen Parallelvorschrift in § 4 Nr. 4 PostG von dem nachhaltigen Angebot von Telekommunikation für „andere“ zu sprechen.<sup>24</sup>

Ungeachtet dieser sprachlichen Unschärfe der Legaldefinition ist auf grammatikalischer Ebene jedenfalls entscheidend, ob es sich bei dem Anbieter und bei dem Nutzer um verschiedene Personen handelt.<sup>25</sup> Dabei ist ggf. eine Abgrenzung nach der jeweiligen Sphäre vorzunehmen,<sup>26</sup> u. a. um arbeitsteilige Organisationen (sowohl auf Seiten des Anbieters als auch des Nutzers) zutreffend zu erfassen. Es ist also zu fragen, ob die angebotene Telekommunikation neben eigenen Zwecken (des Anbieters) auch fremden Zwecken (des anderen) dient.<sup>27</sup>

Zumindest bei der hier in Rede stehenden Privatnutzung handeln die Arbeitnehmer bei Inanspruchnahme der ihnen eröffneten Telekommunikationsmöglichkeiten nicht als Vertreter oder Handlungsgehilfen für ihren Arbeitgeber, sondern verfolgen eigene (private) Zwecke.<sup>28</sup> Sie stehen insoweit außerhalb seiner betrieblichen Sphäre.<sup>29</sup> Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Umstand, dass der Arbeitnehmer arbeitsvertraglichen Treue- und Loyalitätspflichten unterliegt.<sup>30</sup> Diese Pflichten mögen ihm bei der Verfolgung der eigenen Zwecke Grenzen setzen.<sup>31</sup> Sie ändern aber nichts daran, dass die Zwecke, die der Arbeitnehmer mit seiner privaten Kommunikation verfolgt,

22 So *Wybitul*, BB 37/2011, I; ZD 2011, 69, 71.

23 Ebenso *Kieper*, DuD 1998, 583, 585.

24 *Elschner* (Fn. 1), S. 170; sowie implizit *Fülbier/Splittgerber*, NJW 2012, 1995, 1999; *Gramlich*, RDV 2001, 123, 124.

25 *Eckhardt*, in: Beck'scher TKG-Kommentar (Fn. 1), § 109 Rn. 15; ders. (Fn. 12), § 88 TKG Rn. 18; *Fischer*, ZD 2012, 265, 266. Im Ausgangspunkt ebenso *Thüsing* (Fn. 2), Rn. 231 (S. 109); ähnlich auch *Vehslage*, AnwBl 2001, 145, 146.

26 So etwa *Fetzer* (Fn. 1), § 3 Rn. 23; *Lutz/Weigl*, CR 2014, 85, 88; *Säcker* (Fn. 1), § 3 Rn. 28; *Sassenberg/Mantz*, BB 2013, 889; *Schütz*, in: Beck'scher TKG-Kommentar (Fn. 1), § 3 Rn. 33 u. 42; *Thüsing* (Fn. 2), Rn. 231 (S. 109). Z. T. wird eine „gewisse Außenwirkung“ gefordert, *Holzner/Ricke* (Fn. 12), § 3 TKG Rn. 13.

27 *Elschner* (Fn. 1), S. 170; *Gola*, MMR 1999, 322, 323; *Gola/Jaspers*, RDV 1998, 243, 248; *Gundermann*, K&R 1998, 48, 51 Fn. 50; *Koenig/Neumann*, K&R 2000, 417, 419; *ZRP* 2003, 5; *Lindemann/Simon*, BB 2001, 1950, 1951; *Sauer*, K&R 2008, 399, 400.

28 *Elschner* (Fn. 1), S. 171; *Hoppe/Braun*, MMR 2010, 80, 81; *Kutzki/Hackemann*, ZTR 2003, 375, 378; *Post-Ortmann*, RDV 1999, 102, 103; *Krauß*, JurPC Web-Dok. 14/2004, Abs. 11; *Lindemann/Simon*, BB 2001, 1950, 1951; *Mattl* (Fn. 1), S. 66; *Nolte/Becker*, BB-Special 5/2008, 23, 24; *Wellhöner/Byers*, BB 2009, 2310; *Wuermeling/Felixberger*, CR 1997, 230, 231; ähnlich auch *Schaar* (Fn. 1), S. 25.

29 *Fetzer* (Fn. 1), § 3 Rn. 23 u. 42; *Fischer*, ZD 2012, 265, 266; *Gola/Jaspers*, RDV 1998, 243, 248; *Rath/Karner*, K&R 2007, 446, 450. Siehe auch *Eckhardt* (Fn. 12), § 88 TKG Rn. 18; *Meister/Laun* (Fn. 1), Kap. 14 Rn. 11 (S. 778 f.). Das wird verkannt, wenn der Arbeitnehmer auch insoweit als Teil des Unternehmens gewertet wird, so aber insbesondere *Deiters*, ZD 2012, 109, 110; *Rübenstahl/Debus*, NZWiSt 2012, 129, 133; *Scheben/Klos/Geschonneck*, CCZ 2012, 13, 16; *Wybitul*, BB 37/2011, I; ZD 2011, 69, 71.

30 So aber *Diercks*, K&R 2014, 1, 4.

31 Hierzu *Diercks*, K&R 2014, 1, 4 m. w. N.

anders als im Falle dienstlicher Kommunikation gerade nicht den Interessen des Arbeitgebers dienen müssen. Da die genannten Pflichten dem Arbeitnehmer Grenzen setzen, verdeutlichen sie den diesbezüglichen Interessengegensatz zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer vielmehr. Es handelt sich somit bei dem Arbeitgeber einerseits und den Arbeitnehmern andererseits nicht nur tatsächlich, sondern auch bei wertender Betrachtung um unterschiedliche Personen, wenn letztere private Zwecke verfolgen.<sup>32</sup> Der Arbeitgeber erklärt sich in den hier relevanten Fällen also gegenüber Dritten (präziser: anderen) bereit, ihnen die Möglichkeit der privaten Nutzung vorhandener Telekommunikationsmöglichkeiten einzuräumen. Bei rein sprachlicher Betrachtung liegt demzufolge ein Angebot von Telekommunikation für Dritte vor.<sup>33</sup>

Soweit die Gestattung der Privatnutzung z. T. für ein untaugliches Abgrenzungskriterium für das Merkmal des „Dritten“ gehalten wird,<sup>34</sup> dürfte es sich hierbei schon von vornherein nicht um ein Argument handeln, das für die Wortlautinterpretation von Bedeutung wäre. Die diesbezüglichen Bedenken sind aber auch in der Sache unberechtigt: Zum einen spielte die Abgrenzung zwischen betrieblichen und (gestatteten) privaten Gesprächen bereits vor Geltung des einfachgesetzlichen Fernmeldegeheimnisses eine weichenstellende Rolle im Rahmen der seinerzeit für geboten erachteten Interessenabwägung.<sup>35</sup> Und zum anderen fehlt es gerade an einem „Angebot“, das der Arbeitgeber den Arbeitnehmern (als „Dritten“) unterbreitet, wenn der Arbeitgeber die Privatnutzung nicht gestattet.<sup>36</sup> Stattdessen stellt er den Arbeitnehmern seine Telekommunikationsmöglichkeiten nur für eigene (betriebliche) Zwecke zur Verfügung. Zugleich sind die Arbeitnehmer arbeitsvertraglich verpflichtet, diese Telekommunikationsmöglichkeiten zu nutzen, so dass sie im betrieblich veranlassten Maße also auch kein Angebot annehmen. Der Arbeitgeber gestattet in diesen Fällen demzufolge nicht die Telekommunikationsnutzung für die Zwecke eines anderen, des „Dritten“, unabhängig davon, an welchem Tatbestandsmerkmal von § 3 Nr. 10 TKG man das letzten Endes festmachen möchte.<sup>37</sup>

32 Zur a. A. siehe Fn. 29.

33 *Altenburg/v. Reinersdorff/Leister*, MMR 2005, 135, 136; *Fischer*, ZD 2012, 265, 266; *Gola/Jaspers*, RDV 1998, 243, 248; *Gundermann*, K&R 1998, 48, 51 Fn. 50; *Hörl/Buddee*, ITRB 2002, 160, 161; *Lutz/Weigl*, CR 2014, 85, 88; *Post-Ortmann*, RDV 1999, 102, 103; *Schuster*, DuD 2006, 424, 430; *Ueckert*, ITRB 2003, 158, 159; *Vietmeyer/Byers*, MMR 2010, 807, 808; *Weißnicht*, MMR 2003, 448, 449; *Wuermeling/Felixberger*, CR 1997, 230, 231; nur scheinbar a. A. *Fülbier/Splittgerber*, NJW 2012, 1995, 1999, die in Wirklichkeit eine „Präzisierung durch teleologische Gesichtspunkte“ befürworten, also den Wortlaut entsprechend beschränken wollen. Ähnlich VG Karlsruhe, NVwZ-RR 2013, 797, 801 (Urt. v. 27.5.2013 – Az. 2 K 3249/12), das ebenfalls maßgeblich auf Zweckgesichtspunkte abstellt.

34 *Schuster*, CR 2014, 21, 26; wohl auch *Fülbier/Splittgerber*, NJW 2012, 1995, 1999.

35 Vgl. etwa BAG, NJW 1987, 674, 678 (Beschl. v. 27.5.1986 – Az. 1 ABR 48/84).

36 A. A. *Bizer*, DuD 2001, 618, 618 f.; *Kieper*, DuD 1999, 591, 593; 1998, 583, 585; *Tinnefeld*, ZRP 1999, 197, 199; *Wedde*, DuD 2004, 21, 22, der allerdings zu Unrecht über die Rechtsfolgen nach § 88 Abs. 3 TKG argumentiert, auf die es mangels Tatbestandsmäßigkeit überhaupt nicht mehr ankommt.

37 Vgl. insgesamt etwa (allgemein) *Bier*, DuD 2004, 277, 277 f.; *Braun/Spiegl*, AiB 2008, 393, 396; *Burkard*, NJW-Spezial 2011, 370; *Däubler* (Fn. 1), Rn. 235 (S. 193); *Elschner* (Fn. 1), S. 171; *Hartmann/Pröpper*, BB 2009, 1300, 1301; *Heidrich/Tschoepe*, MMR 2004,

### 3. Nachhaltigkeit des Angebots

Das Angebot an den Arbeitnehmer als Dritten müsste allerdings auch „nachhaltig“ sein. „Nachhaltig“ hat u. a. die Bedeutung von „anhaltend“<sup>38</sup> und „dauernd“<sup>39</sup>, meint also eine auf zumindest eine gewisse Dauer angelegte Tätigkeit.<sup>40</sup> Der Arbeitgeber, der nur in einzelnen Situationen die private Telekommunikationsnutzung erlaubt, bietet sie damit nicht nachhaltig an.<sup>41</sup> Gestattet der Arbeitgeber die private Nutzung aber dauer-

---

75, 76; Heun, CR 2008, 79, 82 f.; Kiesche/Wilke, AiB 2012, 92, 93; Koenig/Neumann, K&R 2000, 417, 419; ZRP 2003, 5; Königshofen, DuD 2001, 85, 86; Krauß, JurPC Web-Dok. 14/2004, Abs. 9; Mattl (Fn. 1), S. 66; Neumann/Koch (Fn. 1), Kap. 5 Rn. 12 (S. 386); Sassenberg/Mantz, BB 2013, 889; Schild/Tinnefeld, DuD 2009, 469, 472; Thüsing (Fn. 2), Rn. 211 (S. 98); Wellhöner/Byers, BB 2009, 2310, 2312; Weißnicht, MMR 2003, 448, 450; Wisskirchen/Glaser, DB 2011, 1447, 1450; Wolf/Mulert, BB 2008, 442, 445; (zum „Angebot“) Unterrichtung durch die Bundesregierung, BT-Drs. 14/1191, 1, 9; Beckschulze/Henkel, DB 2001, 1491, 1496; Däubler, K&R 2000, 323, 327; Elbel (Fn. 9), S. 42; Grimm/Michaelis, DB 2009, 174, 175; Stamer/Kuhnke (Fn. 2), § 32 BDSG Rn. 81; (zum „Dritten“) Altenburg/v. Reinersdorff/Leister, MMR 2005, 135, 136; Bock (Fn. 1), § 88 Rn. 24; Eckhardt, in: Heun (Fn. 1), Teil L Rn. 76 (S. 1461 f.); ders. (Fn. 12), § 88 TKG Rn. 18; Fetzer (Fn. 1), § 3 Rn. 23 u. 42; Frenzel (Fn. 1), § 88 Rn. 19; Gola, MMR 1999, 322, 323; Hanebeck/Neunhoeffler, K&R 2006, 112, 113; Hansen-Oest (Fn. 1), § 85 Rn. 21; Hilber/Frik, RdA 2002, 89, 93; Hörl/Buddee, ITRB 2002, 160, 161; Jofer/Wegerich, K&R 2002, 235, 236; Kluszczewski (Fn. 1), § 88 Rn. 19; Lindemann/Simon, BB 2001, 1950, 1951; Meister/Laun (Fn. 1), Kap. 14 Rn. 11 (S. 778); Nolte/Becker, BB-Special 5/2008, 23, 24; Rieß, DuD 2001, 672; Säcker (Fn. 1), § 3 Rn. 28; Schaar (Fn. 1), S. 24; Schmidt, BB 2009, 1295, 1297. Siehe im Ergebnis auch OVG Lüneburg, ZD 2012, 44, 46 (Beschl. v. 14.9.2011 – Az. 18 LP 15/10). Mit etwas überraschender Begründung über § 11 Abs. 1 TMG Seel, öAT 2013, 4.

38 Wahrig (Fn. 13), Stichwort „nachhaltig“.

39 Wahrig (Fn. 13), Stichwort „nachhaltig“.

40 Beckschulze/Henkel, DB 2001, 1491, 1496; Bizer, DuD 2001, 618; Bock (Fn. 1), § 88 Rn. 23; Däubler (Fn. 1), Rn. 236b (S. 194); Eckhardt, in: Heun (Fn. 1), Teil B Rn. 56 (S. 78); ders. (Fn. 12), § 88 TKG Rn. 17; Elbel (Fn. 9), S. 40; Ellinghaus (Fn. 1), § 88 Rn. 24; Elschner (Fn. 1), S. 165; Gola, MMR 1999, 322, 324; Gola/Jaspers, RDV 1998, 243, 249; Gundermann, K&R 1998, 48, 51; Hansen-Oest (Fn. 1), § 85 Rn. 16; Härting, CR 2007, 311; Holznapel/Ricke (Fn. 12), § 3 TKG Rn. 13; Jenny (Fn. 1), § 88 TKG Rn. 15; Jofer/Wegerich, K&R 2002, 235, 236; Königshofen, RTKom 1999, 138, 139; RDV 1997, 97, 98; Kutzki/Hackemann, ZTR 2003, 375, 378; Mattl (Fn. 1), S. 64 f.; Ohlenburg, MMR 2004, 431, 432; Pohle, ITRB 2011, 290, 292; Post-Ortmann, RDV 1999, 102, 103; Rieß, DuD 2001, 672, 673; ders. (Fn. 12), S. 282; Rübenstahl/Debus, NZWiSt 2012, 129, 132; Säcker (Fn. 1), § 3 Rn. 26; Störing, CR 2011, 614, 615; Trute (Fn. 1), § 85 Rn. 11; Weißnicht, MMR 2003, 448, 449; de Wolf, NZA 2010, 1206, 1208; Zerres (Fn. 1), § 88 Rn. 19. Zu § 91 TKG (bzw. § 89 TKG 1996) entsprechend Braun (Fn. 1), § 91 Rn. 12; Hartung (Fn. 1), § 91 Rn. 21; Fetzer (Fn. 1), § 91 Rn. 6; Königshofen, DuD 2001, 85, 86; ArchivPT 1997, 19, 21; Königshofen/Ulmer (Fn. 1), § 91 Rn. 2. Weitergehend (auch eine bestimmte Qualität, einen nicht nur geringfügigen Umfang bzw. eine gewisse Erheblichkeit fordernd) Frenzel (Fn. 1), § 88 Rn. 18; Schaar, DuD 1997, 17, 18; Thüsing (Fn. 2), Rn. 230 (S. 107). Hiergegen Elschner (Fn. 1), S. 166. Unklar Schimmelpfennig/Wenning, DB 2006, 2290, 2292, die „nachhaltig“ (ohne nähere Begründung) wohl i. S. v. „eigenständig“ verstehen; dagegen zu Recht Fülbiel/Splittgerber, NJW 2012, 1995, 1999 Fn. 46.

41 Insoweit zustimmungswürdig Löwisch, DB 2009, 2782, 2783. So allgemein auch Bock (Fn. 1), § 88 Rn. 23; Eckhardt, in: Heun (Fn. 1), Teil B Rn. 56 (S. 78); ders. (Fn. 12), § 88 TKG Rn. 17; Elbel (Fn. 9), S. 40; Königshofen/Ulmer (Fn. 1), § 91 Rn. 2.

haft, wie es dem Regelfall entspricht, dann liegt begrifflich auch ein nachhaltiges Angebot vor.<sup>42</sup>

Soweit demgegenüber vertreten wird, dass ein nachhaltiges Angebot i. S. v. § 3 Nr. 10 TKG nur vorliege, wenn es zum Hauptgeschäft des betreffenden Unternehmens bzw. zum Kern seiner unternehmerischen Tätigkeit gehört,<sup>43</sup> gibt jedenfalls der Wortlaut von § 3 Nr. 10 TKG („das nachhaltige Angebot von Telekommunikation“) nichts dafür her.<sup>44</sup> Insbesondere geht es angesichts der ausdrücklichen Legaldefinition für das „geschäftsmäßige Erbringen“ in § 3 Nr. 10 TKG methodisch nicht an, diesbezüglich auf ein allgemeines Begriffsverständnis der Geschäftsmäßigkeit oder auf die Verwendung dieses Begriffs in anderen Gesetzen wie dem StBerG oder dem BDSG abzustellen.<sup>45</sup>

#### 4. Zwischenergebnis

Gestattet ein Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern nicht nur im Einzelfall die private Nutzung vorhandener Telekommunikationsmöglichkeiten, handelt es sich auf sprachlicher Ebene um das nachhaltige Angebot von Telekommunikation für Dritte.<sup>46</sup>

## II. Legaldefinition des Begriffs „Telekommunikationsdienste“ (§ 3 Nr. 24 TKG)

Gegen dieses Wortlautverständnis ist zuletzt die Legaldefinition des Begriffs „Telekommunikationsdienste“ angeführt worden.<sup>47</sup> Hierbei handelt es sich nach § 3 Nr. 24 TKG um „in der Regel gegen Entgelt erbrachte Dienste, die ganz oder überwiegend in der Übertragung von Signalen über Telekommunikationsnetze bestehen“.<sup>48</sup> Insoweit wird bezweifelt, dass man bei der Gestattung der privaten Telekommunikationsnutzung im Arbeitsverhältnis von einem „in der Regel gegen Entgelt erbrachte[n]“ Dienst

42 *Fülbier/Splittgerber*, NJW 2012, 1995, 1999; *Jenny* (Fn. 1), § 88 TKG Rn. 15; *Mattl* (Fn. 1), S. 65; *Schuster*, DuD 2006, 424, 430; *Störing*, CR 2011, 614, 615; *de Wolf*, NZA 2010, 1206, 1208. So im Ausgangspunkt auch *Schuster*, CR 2014, 21, 25 („[a]uf den ersten Blick“).

43 *Schuster*, CR 2014, 21, 25; *Walther/Zimmer*, BB 2013, 2933, 2934.

44 Auch das von *Schuster*, CR 2014, 21, 25, konstruierte Beispiel überzeugt nicht: Wenn ein Zeitungsverlag regelmäßig Papierabfälle als Altpapier verkauft, mag er zwar evtl. nicht nachhaltig Abfallentsorgungsdienste erbringen. Es fiele aber doch begrifflich eher schwer, hier nicht von einer nachhaltigen Tätigkeit auf dem Markt für Altpapier auszugehen, obwohl die Tätigkeit des Verlages „im Kern“ publizistischer Natur ist.

45 So aber *Schuster*, CR 2014, 21, 25.

46 Siehe u. a. *Elschner* (Fn. 1), S. 176; *Mengel*, BB 2004, 1445, 1450; *Müller*, RDV 1998, 205, 210; *Schild*, ZfPR online 8/2011, 19, 21. So selbst auf Grundlage der restriktiven Auffassung *Diercks*, K&R 2014, 1, 4.

47 *Diercks*, K&R 2014, 1, 4; *Löwisch*, DB 2009, 2782; *Scheben/Klos*, CCZ 2013, 88, 90; *Scheben/Klos/Geschonneck*, CCZ 2012, 13, 16; *Schimmelpfennig/Wenning*, DB 2006, 2290, 2292; *Schuster*, CR 2014, 21, 23 f.; *Thüsing* (Fn. 2), Rn. 229 (S. 107); *Wybitul*, ZD 2011, 69, 71; in der Sache auch *Wybitul*, BB 37/2011, I; vgl. tendenziell ebenso VG Karlsruhe, NVwZ-RR 2013, 797, 801 (Urt. v. 27.5.2013 – Az. 2 K 3249/12); *Stamer/Kuhnke* (Fn. 2), § 32 BDSG Rn. 95.

48 Die weitere Klarstellung, dass dies „einschließlich Übertragungsdienste in Rundfunknetzen“ gilt, soll hier aus Vereinfachungsgründen außer Betracht bleiben, da sie im vorliegenden Kontext keine Rolle spielt.

sprechen kann, da sie – gerade im Bereich der Internetkommunikation<sup>49</sup> – oftmals unentgeltlich erfolge.<sup>50</sup>

### 1. Verhältnis zur Legaldefinition des Begriffs „Diensteanbieter“ (§ 3 Nr. 6 TKG)

Bei der Ausfüllung der Legaldefinition des Begriffs „Diensteanbieter“ auf die Legaldefinition des Begriffs „Telekommunikationsdienste“ zurückzugreifen scheint prima facie naheliegend, ist Diensteanbieter nach § 3 Nr. 6 lit. a TKG doch derjenige, der geschäftsmäßig „Telekommunikationsdienste“ erbringt.<sup>51</sup> Allerdings enthält, wie gezeigt, § 3 Nr. 10 TKG eine eigenständige Definition für das „geschäftsmäßig[e] Erbringen von Telekommunikationsdiensten“. Diese wiederum bedient sich gerade *nicht* des Begriffs „Telekommunikationsdienste“ (nach § 3 Nr. 24 TKG).<sup>52</sup> Stattdessen verwendet sie den Begriff „Telekommunikation“, der seinerseits in § 3 Nr. 22 TKG legaldefiniert ist.

Die Legaldefinition für den Begriff „geschäftsmäßiges Erbringen von Telekommunikationsdiensten“ ist gegenüber der Legaldefinition für den Begriff „Telekommunikationsdienste“ spezieller, da sie zusätzlich zu diesem Grundbegriff an die weitergehende Formulierung des geschäftsmäßigen Erbringens anknüpft.<sup>53</sup> In den Bedeutungszusammenhängen, in denen es um ein solches geschäftsmäßiges Erbringen von Telekommunikationsdiensten geht, ist somit die Legaldefinition in § 3 Nr. 10 TKG heranzuziehen. Für einen zusätzlichen oder gar alternativen Rückgriff auf die Legaldefinition in § 3 Nr. 24 TKG ist in diesen Fällen kein Raum.<sup>54</sup> Das betrifft namentlich die Legaldefinition

49 Demgegenüber dürfte die Praxis bei der Gestattung privater Telefongespräche jedenfalls vor der weitflächigen Verbreitung pauschal tarifierter Angebote („Flatrates“) oftmals eine finanzielle Kompensation des Arbeitgebers vorgesehen haben, vgl. etwa *Wuermeling/Felixberger*, CR 1997, 230, 231 („häufig ... bezahlt“). Das verkennt *Schuster*, CR 2014, 21, 24; vgl. aber auch *Altenburg/v. Reinersdorff/Leister*, MMR 2005, 135, 137. Zu Recht differenzierend *Lindemann/Simon*, BB 2001, 1950, 1956; *Walther/Zimmer*, BB 2013, 2933, 2934.

50 *Diercks*, K&R 2014, 1, 4; *Rübenstahl/Debus*, NZWiSt 2012, 129, 133; *Schimmelpfennig/Wenning*, DB 2006, 2290, 2292; *Thüsing* (Fn. 2), Rn. 229 (S. 107); *Wybitul*, BB 37/2011, I; ZD 2011, 69, 71. Noch weitergehend *Schuster*, CR 2014, 21, 24.

51 So denn auch ohne weiteres neben den in Fn. 47 Genannten etwa *Arning/Moos/Becker*, CR 2012, 592, 595; *Bertram*, GWR 2012, 388, 389; *Bock* (Fn. 1), § 88 Rn. 22; *Braun* (Fn. 1), § 91 Rn. 9; *Gramlich* (Fn. 12), C § 3 Rn. 9; *Heun*, CR 2008, 79, 83; *Munz* (Fn. 1), Einführung TKG Rn. 9; *Schmidl*, DuD 2005, 267, 269; *Schütz* (Fn. 26), § 3 Rn. 32; *Thüsing* (Fn. 2), Rn. 202 (S. 95); wohl ebenso *Fetzer* (Fn. 1), § 91 Rn. 6.

52 *Eckhardt*, in: Beck'scher TKG-Kommentar (Fn. 1), § 109 Rn. 16 Fn. 27; ders., in: Heun (Fn. 1), Teil B Rn. 11 (S. 63); ders. (Fn. 12), § 88 TKG Rn. 16 Fn. 19; a. A. *Säcker* (Fn. 1), § 3 Rn. 26.

53 Es handelt sich bei der Definition des geschäftsmäßigen Erbringens von Telekommunikationsdiensten also um die für dieses Begriffskompositum speziellere Definition. Das geschäftsmäßige Erbringen von Telekommunikationsdiensten als solches ist demgegenüber gerade kein Spezialfall eines Telekommunikationsdienstes, da die Voraussetzung der regelmäßigen Entgeltlichkeit nicht gilt, siehe *Elbel* (Fn. 9), S. 43.

54 *Eckhardt*, in: Beck'scher TKG-Kommentar (Fn. 1), § 109 Rn. 18; ders., in: Heun (Fn. 1), Teil B Rn. 10 (S. 63); ders. (Fn. 12), § 88 TKG Rn. 16; *Elbel* (Fn. 9), S. 43; *Fischer*, ZD 2012, 265, 266; wohl auch *Hartung* (Fn. 1), § 91 Rn. 20; *Säcker* (Fn. 1), § 3 Rn. 14 (u. U. im Widerspruch zu Rn. 26). Im Ergebnis ebenso *Jenny* (Fn. 1), § 88 TKG Rn. 13 (aber unter maßgeblicher Bezugnahme auf die regelmäßige Entgeltlichkeit, die in § 3 Nr. 10 TKG gerade nicht gefordert ist).

des Diensteanbieters in § 3 Nr. 6 TKG. Es ist deshalb methodisch falsch, bei deren Ausfüllung auf die gesetzliche Definition in § 3 Nr. 24 TKG zurückzugreifen. Diese ist vielmehr für das Verständnis des Diensteanbieterbegriffs ohne Bedeutung.

## 2. Exkurs: Bedeutung der regelmäßigen Entgeltlichkeit

Nur der Vollständigkeit halber ist deshalb in der Sache kurz auf das eingangs skizzierte Argument einzugehen, das bisweilen aus § 3 Nr. 24 TKG abgeleitet wird. Die Anforderung, dass der Signalübertragungsdienst „in der Regel gegen Entgelt“ erbracht wird, könnte einer Einbeziehung der privaten Telekommunikationsnutzung im Arbeitsverhältnis nur entgegenstehen, wenn es insoweit auf das konkrete Arbeitsverhältnis oder aber zumindest auf die diesbezügliche (betriebliche) Praxis ankäme.<sup>55</sup>

Nach § 3 Nr. 24 TKG ist aber maßgeblich, ob die „Dienste“ in der Regel gegen Entgelt erbracht werden. Anknüpfungspunkt ist also gerade nicht der einzelne Anbieter (etwa ein konkreter Arbeitgeber) oder eine bestimmte Gruppe von Anbietern (etwa die Gesamtheit derjenigen Arbeitgeber, die eine private Telekommunikationsnutzung gestatten).<sup>56</sup> Betrachtet man die Dienste, um die es in den hier relevanten Konstellationen geht, so werden diese „in der Regel gegen Entgelt erbracht“. Das gilt jedenfalls für den Anschluss an das Telefonnetz und das Führen von Telefongesprächen sowie für die Bereitstellung von Internetkonnektivität und die Übertragung von Breitbandverkehr. Lediglich bei Übertragungsdiensten für elektronische Post (E-Mail) könnte angesichts der Verbreitung kostenloser Angebote zweifelhaft sein, ob es sich um einen Dienst handelt, der „in der Regel gegen Entgelt erbracht“ wird.<sup>57</sup> Jedenfalls für den ganz überwiegenden Teil der in Rede stehenden Telekommunikationsmöglichkeiten würde damit auch die – methodisch unzulässige – Heranziehung der Legaldefinition in § 3 Nr. 24 TKG nichts daran ändern, dass es sich auch im Arbeitsverhältnis um „Telekommunikationsdienste“ handelt.

## C. Historische Auslegung

Steht die bislang h. M. demzufolge im Einklang mit dem Wortlaut der einschlägigen Vorschriften des TKG, ist damit aber bekanntlich noch keine abschließende Bewertung getroffen. Vielmehr bedarf es der Normauslegung unter Einbeziehung der weiteren Interpretationsansätze. Von besonderem Interesse ist im vorliegenden Fall ein Aspekt, der ansonsten nur von untergeordneter Bedeutung ist, nämlich die historische Ausle-

---

55 So der Sache nach dann auch *Löwisch*, DB 2009, 2782; *Scheben/Klos/Geschonneck*, CCZ 2012, 13, 16; *Schuster*, CR 2014, 21, 24; *Thüsing* (Fn. 2), Rn. 229 (S. 107); *Walther/Zimmer*, BB 2013, 2933, 2934; *Wybitul*, ZD 2011, 69, 71, wenn dort jeweils auf die Gruppe der Arbeitgeber oder sogar den einzelnen Arbeitgeber abgestellt wird.

56 So auch *Lutz/Weigl*, CR 2014, 85, 87.

57 Auch derartige Dienste werden freilich in der Regel refinanziert, insbesondere durch Werbeeinnahmen, vgl. *Fischer*, ZD 2012, 265, 266; *de Wolf*, NZA 2010, 1206, 1208. Die Frage, ob damit auch die Dienste selbst entgeltlich i. S. v. § 3 Nr. 24 TKG erbracht werden, kann an dieser Stelle nicht vertieft werden.

gung. Hiermit ist nicht die – stets wichtige – Heranziehung der Gesetzgebungsmaterialien gemeint, die hier als genetische Auslegung bezeichnet werden soll. Stattdessen geht es um eine Betrachtung von Normvorläufern (und ggf. -vorbildern).<sup>58</sup>

Eine solche Betrachtung von Vorgängervorschriften kann dazu beitragen, den Hintergrund zu erhellen, vor dem die auszulegende Vorschrift entstanden ist. Das kann nicht nur zu einem besseren Verständnis der Gesetzesgenese beitragen. Es kann auch die gesetzliche Systematik und den Gesetzeszweck verständlicher machen. Ein solcher Ansatz könnte im vorliegenden Fall von besonderem Erkenntniswert sein. Denn zum einen knüpft der Meinungsstreit ganz wesentlich auch an eine Aussage aus den Gesetzgebungsmaterialien zu der Vorgängervorschrift in § 85 TKG 1996 an. Und zum anderen ist den Materialien zum geltenden TKG (2004) zu entnehmen, dass die bisherigen „Vorschriften zum Fernmeldegeheimnis ... unverändert übernommen“ werden sollten.<sup>59</sup> Das lässt es in besonderem Maße geboten erscheinen, die § 88 Abs. 2 TKG entsprechende Regelung in § 85 Abs. 2 TKG 1996 ihrerseits einer interpretatorischen Betrachtung zu unterziehen.<sup>60</sup>

### **I. Wortlaut der Vorgängervorschrift in § 85 Abs. 2 (i. V. m. § 3 Nr. 5, 16 u. 17) TKG 1996**

Obwohl bereits der Regierungsentwurf zu § 88 Abs. 2 TKG (als § 86 Abs. 2 TKG-RegE) die heutige Formulierung enthielt, also an die Stellung als „Diensteanbieter“ anknüpfte, und eine „unverändert[e]“ Übernahme der bisherigen Bestimmungen erfolgen sollte, war § 85 Abs. 2 TKG 1996 im Wortlaut abweichend formuliert. Statt „jeder Diensteanbieter“ war nach dieser (Vorgänger-) Vorschrift zur Wahrung des Fernmeldegeheimnisses verpflichtet, „wer geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste erbringt oder daran mitwirkt“. Dem entspricht die heutige Definition des Diensteanbieters in § 3 Nr. 6 TKG.<sup>61</sup>

Was unter dem „geschäftsmäßige[n] Erbringen von Telekommunikationsdiensten“ zu verstehen ist, war vor Inkrafttreten des heutigen TKG (2004) in § 3 Nr. 5 TKG 1996 legaldefiniert. Die damalige Begriffsbestimmung ist im Kern<sup>62</sup> wortgleich zu der heuti-

---

58 Siehe zu diesem Aspekt der Normauslegung etwa *Blasius*, NWVBl. 2008, 325, 327; *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. I, 11. A., 2013, S. 369 f. (Rn. 360).

59 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 15/2316, 55, 87 (zu § 86 TKG-RegE).

60 *Schuster*, CR 2014, 21, 23 f., belässt es sogar vollständig bei einer Betrachtung der Materialien zum TKG 1996, das er offensichtlich zu Unrecht mit dem hier auszulegenden TKG 2004 gleichsetzt.

61 Diese knüpft ihrerseits an die Begriffsbestimmung an, die – mit nur in der Formulierung leicht abweichendem Wortlaut – in § 2 der Telekommunikations-Datenschutzverordnung enthalten war und der zufolge „Diensteanbieter alle [sind], die ganz oder teilweise geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste erbringen oder daran mitwirken“.

62 Anders als § 3 Nr. 10 TKG stellte § 3 Nr. 5 TKG 1996 noch ausdrücklich klar, dass das Angebot von Telekommunikation auch das Angebot von Übertragungswegen einschließt. Da es im vorliegenden Kontext auf diesen Aspekt nicht ankommt, vgl. auch *Frenzel* (Fn. 1), § 88 Rn. 18, soll er im Folgenden außer Betracht gelassen werden.

gen Definition in § 3 Nr. 10 TKG.<sup>63</sup> Und auch die heutigen Begriffsbestimmungen in § 3 Nr. 22 TKG (Telekommunikation) und § 3 Nr. 23 TKG (Telekommunikationsanlagen) hatten ihre – weitgehend inhalts- und wortgleichen<sup>64</sup> – Entsprechungen in § 3 Nr. 16 TKG 1996 und § 3 Nr. 17 TKG 1996. Unter Einbeziehung der jeweils einschlägigen Legaldefinitionen entspricht § 85 Abs. 2 TKG 1996 demzufolge mit Ausnahme kleiner Nuancen, die hier ohne Bedeutung sind, der heutigen Regelung in § 88 Abs. 2 TKG.

Nur ergänzend ist schließlich darauf hinzuweisen, dass die – im vorliegenden Zusammenhang ohnehin irrelevante – Legaldefinition des Begriffs „Telekommunikationsdienste“ (§ 3 Nr. 24 TKG) keine direkte Entsprechung im TKG 1996 hatte. Stattdessen fand sich dort als Zentralbegriff für kommerzielle Angebote eine Legaldefinition der „Telekommunikationsdienstleistungen“ als „das gewerbliche Angebot von Telekommunikation ... für Dritte“ in § 3 Nr. 18 TKG 1996. In den Bestimmungen zum Fernmeldegeheimnis wurde aber ausdrücklich nicht an diesen Begriff, sondern an das geschäftsmäßige Erbringen von Telekommunikationsdiensten angeknüpft.<sup>65</sup> Das bestätigt aus historischer Sicht das für das geltende TKG (oben, unter B. II. 1.) gefundene Ergebnis, dass die Legaldefinition des Begriffs „Telekommunikationsdienste“ (bzw. für das TKG 1996: „Telekommunikationsdienstleistungen“) ohne Bedeutung für die Ausfüllung des Diensteanbieterbegriffs ist. Dieser beruht vielmehr allein auf der abweichenden Definition des geschäftsmäßigen Erbringens von Telekommunikationsdiensten, für welches es weder darauf ankommt, ob die Leistungen „gewerblich“ oder „in der Regel gegen Entgelt“ erbracht werden.

## II. Materialien zum TKG 1996

Von besonderer Bedeutung für die Auslegung von § 85 Abs. 2 TKG 1996 sind aber die Materialien aus dem damaligen Gesetzgebungsverfahren.

### 1. Begründung zum Gesetzentwurf

So finden sich in der Begründung zu der Entwurfsfassung von § 85 Abs. 2 TKG 1996, die bereits wörtlich mit der dann später in Kraft getretenen Regelung übereinstimmte, ausführliche Erläuterungen zum „Kreis der Verpflichteten“.<sup>66</sup>

---

63 *Eckhardt*, in: Heun (Fn. 1), Teil B Rn. 12 (S. 64).

64 Siehe *Meinberg/Grabe*, K&R 2004, 409, 412; *Säcker* (Fn. 1), § 3 Rn. 59 f.; a. A. allerdings nun *Sander*, CR 2014, 176, 178, der meint, durch die Ersetzung des Begriffs „Nachrichten“ in § 3 Nr. 16 TKG 1996 (von ihm als „§ 3 Nr. 13 TKG 1996“ bezeichnet) durch „Signale“ ergebe sich ein qualitativer Unterschied, obwohl es hierauf keine Hinweise in den Gesetzesmaterialien gibt. Ihm ist entgegenzuhalten, dass durch die Bezugnahme auf die Übertragung „mittels Telekommunikationsanlagen“ schon nach dem TKG 1996 der Telekommunikationsbegriff auf die Übertragung von Signalen (und nicht Nachrichten) bezogen war, *Koenig/Neumann*, K&R-Beilage 3/2004, 1, 7 m. w. N.

65 Vgl. auch *Hansen-Oest* (Fn. 1), § 85 Rn. 16.

66 Hierzu und zum Folgenden die Begründung zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU, SPD und F. D. P., BT-Drs. 13/3609, 33, 53 (zu § 82 Abs. 2 TKG-E 1996).



### a) Allgemeine Aussagen zum Kreis der Verpflichteten

Danach werde „bewußt vom ‚geschäftsmäßigen‘ (und nicht vom ‚gewerblichen‘) Erbringen von Telekommunikationsdiensten gesprochen, um deutlich zu machen, daß es hier nicht auf eine Gewinnerzielungsabsicht ankommt, wie die Definition der Telekommunikationsdienstleistungen in § 3 Nr. 15 [= § 3 Nr. 18 TKG 1996] nahelegt“. Vielmehr solle auch „ein ohne Gewinnerzielungsabsicht erfolgendes, auf Dauer angelegtes Angebot von Telekommunikationsdiensten ... zur Wahrung des Fernmeldegeheimnisses“ verpflichtet.

Diese Ausführungen decken sich zum einen mit der grammatikalischen Interpretation des geschäftsmäßigen Erbringens von Telekommunikationsdiensten, als ein Angebot dann „nachhaltig“ ist, wenn es „auf Dauer angeleg[t]“, also nicht nur vorübergehender Natur ist (dazu oben, unter B. I. 3.). Die Ausführungen verdeutlichen zum anderen aber vor allem auch, dass der Anwendungsbereich des einfachgesetzlichen Fernmeldegeheimnisses bewusst über gewerbliche Dienstangebote hinaus erstreckt werden sollte, wie sie mit dem Begriff „Telekommunikationsdienstleistungen“ nach § 3 Nr. 18 TKG 1996 umschrieben wurden und die nunmehr als „Telekommunikationsdienste“ in § 3 Nr. 24 TKG legaldefiniert sind (siehe oben, unter B. I. 1. und C. I.). Damit wird deutlich, dass es im Jahr 1996 eben nicht *allein* darum ging, den Folgen der Liberalisierung und Privatisierung des Telekommunikationsmarktes Rechnung zu tragen<sup>67</sup> und das Fernmeldegeheimnis auf andere Telekommunikationsunternehmen als den Monopolanbieter zu erstrecken.<sup>68</sup> Denn gerade solche Unternehmen, die an dem nun möglichen Wettbewerb teilnahmen, wären als gewerbliche Anbieter anzusehen gewesen. Der insoweit den legislativen Anlass der Liberalisierung und Privatisierung „überschießende“ Schutzbereich des einfachgesetzlichen Fernmeldegeheimnisses<sup>69</sup> entspricht somit ausdrücklich der gesetzgeberischen Intention.<sup>70</sup>

### b) Konkrete Beispiele zum Kreis der Verpflichteten

Den allgemeinen Aussagen zum Kreis der Verpflichteten folgen darüber hinaus weitere Erläuterungen: „Dem Fernmeldegeheimnis unterliegen damit z. B. Corporate Net-

67 So aber Löwisch, DB 2009, 2782, 2783.

68 Frenzel (Fn. 1), § 88 Rn. 18. A. A. aber Schuster, CR 2014, 21, 24. Der von ihm in diesem Zusammenhang auch genannte § 206 StGB ist im Übrigen erst Ende 1997 in Kraft getreten und hat den bis dahin geltenden § 354 StGB a. F. abgelöst; siehe hierzu Kiper/Ruhmann, DuD 1998, 155, 159.

69 Der (sachliche) Schutzbereich des einfachgesetzlichen Fernmeldegeheimnisses bleibt damit aber immer noch hinter demjenigen des verfassungsrechtlichen Fernmeldegeheimnisses zurück, da Art. 10 GG u. a. auch das nicht auf Dauer angelegte Angebot von Telekommunikation und sogar die Telekommunikation zu eigenen Zwecken erfasst, vgl. Trute (Fn. 1), § 85 Rn. 11, insbesondere also auch rein betriebliche Kommunikationsvorgänge, siehe BAG, NJW 1987, 674, 676 (Beschl. v. 27.5.1986 – Az. 1 ABR 48/84); Elschner (Fn. 1), S. 137; Störing, CR 2011, 614, 616; siehe auch BVerfGE 124, 43, 54 (Beschl. v. 16.6.2009 – Az. 2 BvR 902/06); 106, 28, 36 (Beschl. v. 9.10.2002 – Az. 1 BvR 1611/96, 805/98).

70 Frenzel (Fn. 1), § 88 Rn. 1, weist darauf hin, dass auch die Ausweitung der elektronischen Kommunikation in den einzelnen Lebensbereichen hinter der Regelung des § 88 TKG steht. Dieser Befund betrifft auch die private Nutzung betrieblicher Telekommunikationsmöglichkeiten.

works, Nebenstellenanlagen in Hotels und Krankenhäusern, Clubtelefone und Nebenstellenanlagen in Betrieben und Behörden, soweit sie den Beschäftigten zur privaten Nutzung zur Verfügung gestellt sind.“ Weiter wird ausgeführt, dass wegen „der Komplexität und der Vielfalt denkbarer Konfigurationen bei Telekommunikationsanlagen, die künftig bestehen werden, ... eine enumerative Abgrenzung des Schutzbereichs des Fernmeldegeheimnisses nicht möglich“ sei. Deshalb werde im „Einzelfall ... auf das schutzwürdige Vertrauen der Beteiligten abzustellen sein“.

Die Entwurfsverfasser sind damit ausdrücklich davon ausgegangen, dass das einfachgesetzliche Fernmeldegeheimnis auch im Arbeitsverhältnis gilt, soweit die betrieblichen Telekommunikationseinrichtungen „den Beschäftigten zur privaten Nutzung zur Verfügung gestellt sind“.<sup>71</sup> Die Verwendung des Begriffs „soweit“ verdeutlicht zugleich, dass die Entwurfsverfasser von Nebenstellenanlagen ausgegangen sind, die sowohl betrieblich als auch privat genutzt werden können. Die ohnehin eher lebensfremde Auffassung, es könnten evtl. nur solche Einrichtungen gemeint sein, „die von den für die betriebliche Nutzung vorgesehenen Einrichtungen getrennt sind“,<sup>72</sup> ist damit nicht vereinbar. Die einschlägigen Ausführungen in den Gesetzesmaterialien stehen vielmehr im Einklang mit dem Wortlaut von § 85 Abs. 2 TKG 1996 und den allgemeinen Aussagen zum Kreis der Verpflichteten (siehe oben, unter a)), an die sie inhaltlich anknüpfen („damit“).

Für ein diesbezügliches Redaktionsversehen<sup>73</sup> gibt es demzufolge keinen Anhaltspunkt. Vielmehr hat mit der Bundesregierung ein wesentlich mit der „Redaktion“ des Gesetzes befasstes Bundesorgan kein Jahr nach Inkrafttreten des TKG 1996 im Zusammenhang mit der „Überlassung einer sog. Nebenstellenanlage an Arbeitnehmer“ (für private Telefonate) ausdrücklich darauf hingewiesen, dass die „Formulierung ‘geschäftsmäßiges Erbringen von Telekommunikationsdiensten’ ... im Zuge der Ausschlußberatungen nicht zuletzt deshalb in das TKG aufgenommen worden [sei], damit die Geltung des Fernmeldegeheimnisses nach § 85 TKG und der Datenschutzregelungen im § 89 TKG auch für solche Telekommunikationssituationen sichergestellt ist“.<sup>74</sup> Fernliegend ist aber nicht nur die These vom „Redaktionsversehen“, sondern auch die Annahme, die vorstehend wiedergegebene Aufzählung (Corporate Networks, Nebenstellenanlagen in Hotels usw.) diene der Abgrenzung der geschäftsmäßigen von der gewerblichen Erbringung von Telekommunikationsdiensten.<sup>75</sup> Denn diese Abgrenzung spielte für § 85 TKG 1996 (wie nun auch für § 88 TKG) gerade keine Rolle.<sup>76</sup>

71 *Härting*, CR 2007, 311, 312; *Jenny* (Fn. 1), § 88 TKG Rn. 15; im Ergebnis ebenso (aber auf die „Corporate Networks“ abstellend) *de Wolf*, NZA 2010, 1206, 1208.

72 *Löwisch*, DB 2009, 2782.

73 So die steile These von *Härting*, CRonline-Blog v. 4.6.2013; *Schuster*, CR 2014, 21, 23 f.

74 Antwort des Parlamentarischen Staatssekretärs Dr. *Paul Laufs*, BT-Drs. 13/7540, 20 (zu Nr. 36). Siehe im selben Sinne auch die Antwort der Bundesregierung, BT-Drs. 13/9443, 1, 7 (zu Nr. 14), Ende 1997 sowie die Unterrichtung durch die Bundesregierung, BT-Drs. 14/1191, 1, 9, aus dem Jahr 1999.

75 So aber *Thüsing* (Fn. 2), Rn. 233 (S. 110).

76 Das erkennt auch *Thüsing* (Fn. 2), Rn. 233 (S. 110), ohne deshalb seine durch nichts belegte Prämisse in Zweifel zu ziehen, die zu dieser Erkenntnis im offenen Widerspruch steht.

Demgegenüber ist es zwar im Ausgangspunkt richtig, dass sich die Ausführungen in den Gesetzgebungsmaterialien nur auf „Nebenstellenanlagen“ und damit auf den Bereich der klassischen Festnetztelefonie beziehen.<sup>77</sup> Das dürfte aber einzig dem Umstand geschuldet sein, dass die Privatnutzung betrieblicher Telekommunikationsmöglichkeiten im Jahr 1996 noch vor allem in diesem Bereich praktisch relevant war.<sup>78</sup> Für eine bewusste Herausnahme anderer Telekommunikationsformen ist nichts ersichtlich. Sie hätte auch im Wortlaut der Vorschriften keinen Niederschlag gefunden, so dass eine ausdrückliche Aussage in den Materialien zu erwarten gewesen wäre.<sup>79</sup> Vielmehr dürfte sich gerade mit Blick „auf das schutzwürdige Vertrauen der Beteiligten“, das in der Entwurfsbegründung als maßgebliches Kriterium für die Bestimmung des persönlichen Schutzbereichs hervorgehoben wird, das Interesse an einer vertraulichen Kommunikation per Telefon nicht wesentlich von dem Interesse an einer vertraulichen Kommunikation über eine Breitband- bzw. Internetverbindung unterscheiden.<sup>80</sup>

Wird dem Arbeitnehmer die private Nutzung einer bestimmten Telekommunikationsmöglichkeit gestattet, ist nicht ersichtlich, warum er nicht auf die Privatheit dieser Nutzung vertrauen dürfte.<sup>81</sup> Nicht nachvollziehbar ist es jedenfalls, ein entsprechendes Vertrauen (oder auch nur seine Schutzwürdigkeit) deshalb zu verneinen, weil viele Arbeitgeber die Privatnutzung bestimmter Telekommunikationsmöglichkeiten verboten hätten.<sup>82</sup> Denn in diesen Fällen wird gerade *keine* private Kommunikation ermöglicht. Die Arbeitnehmer, denen im Gegensatz hierzu die Privatnutzung gestattet wird, dürfen daher eher im Gegenteil davon ausgehen, dass ihnen tatsächlich eine *private* Kommunikationsmöglichkeit eingeräumt wurde. Schutzwürdiges Vertrauen auf den spezifischen Vertraulichkeitsschutz durch das einfachgesetzliche Fernmeldegeheimnis kann demgegenüber bei einer rein betrieblichen Nutzung der Telekommunikationsmöglichkeiten fehlen.<sup>83</sup> Insoweit kann sich die Auslegung des Anwendungsbereichs von § 88

---

77 So *Schimmelpfennig/Wenning*, DB 2006, 2290, 2293; *Schuster*, CR 2014, 21, 23. Ähnlich wohl auch *Deiters*, ZD 2012, 109, 113; *Scheben/Klos*, CCZ 2013, 88, 90; *Stamer/Kuhnke* (Fn. 2), § 32 BDSG Rn. 96. *Thüsing* (Fn. 2), Rn. 234 (S. 110), unterliegt offensichtlich einem Missverständnis darüber, was eine „Nebenstellenanlage“ ist, wenn er meint, es handle sich gewissermaßen um eine „isoliert[e], aber allgemein zugänglich[e] Telekommunikationsanlage“. Eine Nebenstellenanlage ist eine private Vermittlungseinrichtung, an die eine oder mehrere Endeinrichtungen angeschlossen und mit dem öffentlichen Netz verbunden sind. Nicht nachvollziehbar daher auch die Einschätzung von *Scheben/Klos*, CCZ 2013, 88, 90, denen zufolge es sich um einen „eher nebulösen“ Begriff handle.

78 Gerade anhand der (ISDN-) Nebenstellenanlagen war vor 1996 auch die Frage nach der Reichweite des Fernmeldegeheimnisses und dem Schutz der dort anfallenden Daten diskutiert worden, siehe etwa *Schapper/Schaar*, CR 1990, 773, 777 ff.

79 Nicht überzeugend daher *Schuster*, CR 2014, 21, 23, der meint, wegen der Beschränkung auf den Bereich der Telefonie „taug[e]“ die Aussage in den Gesetzgebungsmaterialien „gar nicht“, um die Geltung des einfachgesetzlichen Fernmeldegeheimnisses auch mit Blick auf elektronische Post zu begründen.

80 Im Ergebnis ebenso *Härting*, CR 2007, 311, 312. A. A. *Scheben/Klos*, CCZ 2013, 88, 90; *Schimmelpfennig/Wenning*, DB 2006, 2290, 2293.

81 Vgl. auch *Vietmeyer/Byers*, MMR 2010, 807, 809, sowie *Jofer/Wegerich*, K&R 2002, 235, 237 (einschränkend allerdings im Fall der Mischnutzung, a. a. O., S. 238).

82 So aber *Schimmelpfennig/Wenning*, DB 2006, 2290, 2293.

83 *Elschner* (Fn. 1), S. 187; im Ergebnis auch *Hilber/Frik*, RdA 2002, 89, 93 Fn. 42.

TKG dann jenseits der nicht „enumerativen Abgrenzung“ in den Gesetzesmaterialien an dem dort hervorgehobenen Vertrauensschutz orientieren und insoweit zur Unanwendbarkeit des einfachgesetzlichen Fernmeldegeheimnisses führen.<sup>84</sup>

## 2. Bericht für den Ausschuss für Post und Telekommunikation

Während die bereits im Gesetzentwurf für § 85 Abs. 2 TKG 1996 vorgesehene Regelung im weiteren Gesetzgebungsverfahren unverändert blieb, fand die Legaldefinition des „geschäftsmäßige[n] Erbringen[s] von Telekommunikationsdiensten“ in § 3 Nr. 5 TKG 1996 erst im weiteren Verlauf des Verfahrens Eingang in den Gesetzestext. Mit dieser Begriffsbestimmung sollte „die erforderliche Differenzierung im Anwendungsbereich gegenüber den ‚Telekommunikationsdienstleistungen‘ gewährleistet“ werden.<sup>85</sup> Dabei hatte der zuständige Bundestagsausschuss „[i]nsbesondere die Vorgaben im Elften Teil des Gesetzes (Datenschutz, Fernmeldegeheimnis)“ im Blick. Auch diese Ausführungen bestätigen somit die Eigenständigkeit des Anwendungsbereichs der Vorschriften zum Fernmeldegeheimnis gegenüber denjenigen Vorschriften des Gesetzes, die sich mit den gewerblich erbrachten Telekommunikations(dienst)leistungen befassen (dazu oben, unter B. II. 1.).

Dabei ist es zwar sicherlich richtig, dass die Legaldefinition nicht mit dem spezifischen Ziel geschaffen wurde, „Arbeitgeber einzubeziehen“.<sup>86</sup> Gerade wenn man annehmen möchte, dass durch die Begriffsdefinition „nichtkommerzielle Angebote“ mit einbezogen werden sollten,<sup>87</sup> wären Arbeitgeber, die ihren Arbeitnehmern die private Telekommunikation gestatten, hiervon aber (ggf.) (mit-) erfasst. Auch aus den diesbezüglichen Äußerungen des Bundesrates<sup>88</sup> kann somit nichts für ein Verständnis abgeleitet werden, dem zufolge ein nicht kommerzielles Angebot von Telekommunikation (nur?) dann kein geschäftsmäßiges Erbringen von Telekommunikationsdienste wäre, wenn es im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses erfolgt.<sup>89</sup>

Allerdings wird in der Begründung des Berichts für den Bundestagsausschuss weiter ausgeführt, dass die Vorgaben zum Datenschutz und Fernmeldegeheimnis durch den weiter gezogenen Anwendungsbereich „auch für Unternehmen [gelten], die Telekommunikationsdienste ‚ohne Gewinnerzielungsabsicht‘ nutzen“. Diese Beschränkung auf „Unternehmen“ könnte als interpretatorisches Indiz dafür gewertet werden, dass der

---

84 Diesem Ergebnis entspricht die fast einhellige Auffassung, vgl. Fn. 37.

85 Siehe hierzu und zum Folgenden den Bericht der Abgeordneten *Elmar Müller, Hans Martin Bury, Dr. Manuel Kiper, Dr. Max Stadler u. Gerhard Jüttemann*, BT-Drs. 13/4864 (neu), 70, 76 (zu § 3 Nr. 5).

86 So *Schuster*, CR 2014, 21, 23 f.

87 *Schuster*, CR 2014, 21, 24. Im Widerspruch hierzu a. a. O., S. 25, wenn *Schuster* dort nur solche Angebote erfasst sehen will, die lediglich *vorübergehend* ohne Gewinnerzielungsabsicht, aber im Rahmen einer kommerziellen Geschäftstätigkeit (zu Verdrängungspreisen oder im Rahmen von Pilotprojekten) erfolgen.

88 Stellungnahme des Bundesrates, BT-Drs. 13/4438, 5, 7 (zu § 3), abgelehnt in der Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 13/4438, 29, 31 (zu Nr. 12).

89 So aber wohl implizit *Schuster*, CR 2014, 21, 23 f.

Gesetzgeber das einfachgesetzliche Fernmeldegeheimnis nicht auf die Privatnutzung im Arbeitsverhältnis erstrecken wollte.

Bei den betroffenen Betrieben wird es sich indes letztlich ebenfalls um „Unternehmen“ handeln,<sup>90</sup> die lediglich (in der Regel) einen außerhalb der Telekommunikation liegenden (Haupt-) Geschäftszweck verfolgen. Schon deshalb kann aus der Formulierung im Ausschussbericht nichts für eine restriktive Auslegung des Fernmeldegeheimnisses hergeleitet werden. Darüber hinaus ist diese Formulierung aber ohnehin nicht überzubewerten:

Zum einen hat sich auch der Bundestagsausschuss nicht von der Begründung des Gesetzentwurfs distanziert, in der ausdrücklich von der Geltung des Fernmeldegeheimnisses für die Privatnutzung im Arbeitsverhältnis ausgegangen wird. Die Berichtsvorfasser haben, im Gegenteil, ausdrücklich auf die Begründung des Gesetzentwurfs verwiesen, soweit seine Vorschriften – wie der hier im Fokus stehende § 85 Abs. 2 TKG 1996 – unverändert übernommen wurden.<sup>91</sup>

Und zum anderen sind gerade die Begründungen in den Ausschussberichten oftmals sehr knapp formuliert.<sup>92</sup> Es liegt daher nahe, dass hier nur der primäre Anwendungsfall des einfachgesetzlichen Fernmeldegeheimnisses adressiert werden sollte, ohne dass damit eine negative Abgrenzung zur Privatnutzung im Arbeitsverhältnis verbunden wäre. Dementsprechend wurde nach Inkrafttreten des TKG 1996 auch ohne weiteres auf die Begründung zum Entwurf des § 85 Abs. 2 abgestellt, soweit es um die Frage ging, ob das einfachgesetzliche Fernmeldegeheimnis auf die gestattete Privatnutzung von Telekommunikationsmöglichkeiten im Arbeitsverhältnis anwendbar ist.<sup>93</sup>

## D. Genetische Auslegung

Weitere Hinweise zur Beantwortung der Frage, ob das TKG auch bei gestatteter Privatnutzung betrieblicher Telekommunikationsmöglichkeiten gilt, könnten sich auch aus den Materialien zum geltenden TKG ergeben.

---

90 Bei § 206 StGB wird die dortige Beschränkung auf „Unternehmen“ ebenfalls nicht zum Anlass genommen, Arbeitgeber im Falle gestatteter Privatnutzung aus dem Anwendungsbereich herauszunehmen, vgl. *Schmidl*, DuD 2005, 267, 269; MMR 2005, 343, 346.

91 Bericht der Abgeordneten *Elmar Müller, Hans Martin Bury, Dr. Manuel Kiper, Dr. Max Stadler* u. *Gerhard Jüttemann*, BT-Drs. 13/4864 (neu), 70, 75.

92 Diese Praxis zeigt sich gerade im vorliegenden Fall, in dem davon die Rede ist, dass die Vorgaben des TKG zum Fernmeldegeheimnis auch für Unternehmen gelten, die Telekommunikationsdienste ohne Gewinnerzielungsabsicht „nutzen“. Gemeint gewesen ist hier offensichtlich die Anwendbarkeit auf Unternehmen, die Telekommunikationsdienste ohne Gewinnerzielungsabsicht „erbringen“.

93 Siehe etwa *Gola*, MMR 1999, 322, 324; *Gola/Jaspers*, RDV 1998, 243, 248; *Hilber/Frik*, RdA 2002, 89, 93; *Königshofen*, ArchivPT 1997, 19, 21; *Werner* (Fn. 1), S. 40. Auch *Härtling*, CR 2007, 311, 312, geht von einem diesbezüglichen „gesetzgeberischen Willen“ aus. Siehe zum Ganzen auch *Elschner* (Fn. 1), S. 185 f.

## I. Materialien zu § 88 TKG

Diesem ist vor allem die zentrale Aussage zu entnehmen, dass die bisherigen „Vorschriften zum Fernmeldegeheimnis ... unverändert übernommen“ werden sollten.<sup>94</sup> Diese Absicht wurde zwar in formaler Hinsicht nicht vollständig umgesetzt. Wie bereits oben (unter C. I.) ausgeführt, wurde nämlich die Formulierung „wer geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste erbringt oder daran mitwirkt“ in § 85 Abs. 2 TKG 1996 in § 88 Abs. 2 TKG durch den Begriff „jeder Diensteanbieter“ ersetzt und wurde zugleich die diesbezügliche Legaldefinition in § 3 Nr. 6 TKG verankert. Der Aussage in den Gesetzgebungsmaterialien lässt sich jedoch entnehmen, dass damit keine materielle Änderung gegenüber dem TKG 1996 beabsichtigt war.<sup>95</sup> Die Erkenntnisse zum Regelungsgehalt von § 85 Abs. 2 TKG 1996 lassen sich daher in vollem Umfang auf § 88 Abs. 2 TKG 2004 übertragen.

## II. Materialien zu § 3 Nr. 6 TKG

Darüber hinaus wird in den Gesetzesmaterialien darauf hingewiesen, dass die Definition für den Begriff „Diensteanbieter“, die als § 3 Nr. 6 TKG neu in den Gesetzestext aufgenommen wurde, „unverändert § 2 Nr. 2 TDSV [entspreche]“,<sup>96</sup> also der diesbezüglichen Begriffsbestimmung in der Telekommunikations-Datenschutzverordnung aus dem Jahr 2000. Diese Aussage ist zwar in formaler Hinsicht ebenfalls nicht ganz richtig,<sup>97</sup> verdeutlicht jedoch, dass auch insoweit materiell eine Fortschreibung der bisherigen Rechtslage beabsichtigt war.

In diesem Zusammenhang gewinnt deshalb die Begründung jener TDSV Bedeutung. Ihr lässt sich entnehmen, dass der Verordnungsgeber auch solche „Anbieter geschlossener Benutzergruppen“ als Diensteanbieter ansah, die „ihre Dienste nur ihren Teilnehmern anbieten“.<sup>98</sup> Zwar wurden als praktische Anwendungsfälle hierfür nur „Gaststätten, Hotels, Krankenhäuser“ und „corporate networks“ genannt, nicht jedoch Arbeitgeber, die ihren Arbeitnehmern die private Telekommunikationsnutzung gestatten. Die Aufzählung war aber ausdrücklich nur beispielhaft („z. B.“) und damit nicht abschließender Natur. Das gilt auch für eine entsprechende Beschreibung des Anwendungsbereichs der Vorschriften zum Telekommunikationsdatenschutzrecht in den Gesetzesmaterialien zum TKG 2004.<sup>99</sup> Vielmehr zeigen die Materialien zu der Vorschrift über das automatische Auskunftsverfahren nach § 112 TKG, dass auch im Gesetzgebungsverfahren zum TKG 2004 davon ausgegangen wurde, Betreiber „unternehmens-

---

94 Siehe nochmals die Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 15/2316, 55, 87 (zu § 86 TKG-RegE).

95 Vgl. auch *Zerres* (Fn. 1), § 88 Rn. 17.

96 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 15/2316, 55, 57 (zu § 3 Nr. 6 TKG-RegE).

97 Nach § 2 Nr. 2 TDSV waren „Diensteanbieter alle, die ganz oder teilweise geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste erbringen oder daran mitwirken“.

98 Siehe hierzu und zum Folgenden die Verordnungsbegründung, BR-Drs. 300/00, 13, 13 (zu § 1).

99 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 15/2316, 55, 88 (zu § 89 TKG-RegE) („z. B. Gaststätten, Hotels, Krankenhäuser, Corporate Networks“).

interne[r] Nebenstellenanlagen“ könnten grundsätzlich als Anbieter (nicht öffentlicher) Telekommunikationsdienste eingestuft werden.<sup>100</sup> Auch das widerlegt die Annahme, bei den entsprechenden Ausführungen in den Materialien zum TKG 1996 handele es sich um ein „Redaktionsversehen“ (dazu bereits oben, unter C. II. 1. b)).

### III. Materialien zu § 3 Nr. 10 TKG

Weiter wird in den Materialien aus dem Gesetzgebungsverfahren zum geltenden TKG ausgeführt, dass die Legaldefinition des „geschäftsmäßige[n] Erbringen[s] von Telekommunikationsdiensten“ aus „§ 3 Nr. 5 TKG-alt unverändert übernommen“ werden sollte.<sup>101</sup> Auch diese Aussage ist in formaler Hinsicht nicht ganz zutreffend, da der in § 3 Nr. 5 TKG 1996 enthaltene Zusatz „einschließlich des Angebots von Übertragungswegen“ nicht in das geltende TKG übernommen wurde, verdeutlicht aber auch hier die beabsichtigte Kontinuität.

Darüber hinaus ist den Materialien zu § 3 Nr. 10 TKG zu entnehmen, dass ein nachhaltiges Angebot „dann vor[liege], wenn das Angebot eine gewisse Häufigkeit aufweist und auf eine gewisse Dauer angelegt ist“.<sup>102</sup> Soweit es um die notwendige Dauerhaftigkeit geht, wird damit die grammatikalische und historische Auslegung bestätigt (dazu oben, unter B. I. 3. und C. II. 1. a)). Nicht ganz klar ist demgegenüber, was mit dem Erfordernis einer „gewisse[n] Häufigkeit“ gemeint ist. Sofern diese Anforderung nicht auch lediglich auf die zeitliche Ausgestaltung des Angebots gemünzt sein sollte, käme in ihr evtl. eine Art De-minimis-Gedanke zum Ausdruck.<sup>103</sup> Dann wäre ein Angebot u. U. nicht nachhaltig, wenn es nur gegenüber einigen wenigen Personen erfolgt. Selbst bei einem so restriktiven Verständnis sprächen die Gesetzgebungsmaterialien zu § 3 Nr. 10 TKG aber gerade nicht dafür, dass die Gestattung der privaten Telekommunikationsnutzung durch einen Arbeitgeber per se nicht als „geschäftsmäßiges Erbringen von Telekommunikationsdiensten“ anzusehen wäre. Vielmehr käme es dann ggf. auf die Größe des betreffenden Unternehmens an.<sup>104</sup>

### IV. Materialien zu § 3 Nr. 24 TKG

Zu guter Letzt bestätigen die Materialien zum geltenden TKG, dass der in § 3 Nr. 24 TKG legaldefinierte Begriff der „Telekommunikationsdienste“ „bisher in § 3 Nr. 18 und 19 TKG-alt dargestellt“ war und „den der Telekommunikationsdienstleistungen im

---

100 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 15/2316, 55, 95 (zu § 110 TKG-RegE) („Anbieter nichtöffentlicher Telekommunikationsdienste ... (insbesondere im Hinblick auf unternehmensinterne Nebenstellenanlagen, Hotels, Krankenhäuser und Corporate Networks)“).

101 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 15/2316, 55, 57 (zu § 3 Nr. 11 TKG-RegE).

102 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 15/2316, 55, 57 (zu § 3 Nr. 11 TKG-RegE); in diesem Sinne dann auch etwa *Fetzer* (Fn. 1), § 3 Rn. 41; *Lünenbürger* (Fn. 12), § 3 Rn. 21; *Meinberg/Grabe*, K&R 2004, 409, 413; *Schütz* (Fn. 26), § 3 Rn. 33.

103 Zu Recht a. A. *Braun* (Fn. 1), § 91 Rn. 12.

104 Bei welcher Beschäftigtenzahl ggf. die Grenze zu ziehen wäre, ab der von einer „gewisse[n] Häufigkeit“ auszugehen ist, soll an dieser Stelle nicht vertieft werden. Sie dürfte angesichts der vorsichtigen Formulierung jedenfalls nicht zu hoch anzusetzen sein.

TKG-alt“ ersetzen sollte (siehe bereits oben, unter C. I.).<sup>105</sup> Es sollten also lediglich die Bezeichnung und der Wortlaut der Definition desjenigen Begriffs geändert werden, mit dem bislang gewerbliche Angebote im Bereich der Telekommunikation bezeichnet wurden. Damit sollte eine sprachliche Angleichung an die richtlinienrechtlichen Vorgaben erfolgen.<sup>106</sup> Hinweise darauf, dass die Begriffsbestimmung entgegen der ausdrücklichen Regelungsabsicht bei Verabschiedung des TKG 1996 nunmehr auch im Kontext eines „geschäftsmäßige[n] Erbringen[s] von Telekommunikationsdiensten“ i. S. v. § 3 Nr. 10 TKG relevant werden sollte, sind den Gesetzgebungsmaterialien zum geltenden TKG demgegenüber nicht zu entnehmen.<sup>107</sup>

## E. Systematische Auslegung

In systematischer Hinsicht ist vor allem auf § 88 Abs. 3 S. 1 TKG hinzuweisen. Nach dieser Vorschrift ist es den „nach Absatz 2 Verpflichteten ... untersagt, sich oder anderen über das für die geschäftsmäßige Erbringung der Telekommunikationsdienste ... erforderliche Maß hinaus Kenntnis“ von dem Fernmeldegeheimnis unterliegenden Umständen zu verschaffen. Diese Bestimmung knüpft explizit an das geschäftsmäßige Erbringen von Telekommunikationsdiensten an. Das bestätigt den bisherigen Befund, dass auch der Begriff des nach § 88 Abs. 2 S. 1 TKG verpflichteten Diensteanbieters an diese in § 3 Nr. 10 TKG legaldefinierte Tätigkeit anknüpft, nicht aber an das Erbringen eines Telekommunikationsdienstes i. S. v. § 3 Nr. 24 TKG, also eines „in der Regel gegen Entgelt“ erbrachten Dienstes (dazu oben, unter B. II. 1. und D. IV.). Darüber hinausgehende Erkenntnisse sind der Gesetzessystematik für die hier in Rede stehende Frage nicht zu entnehmen.<sup>108</sup>

105 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 15/2316, 55, 58 (zu § 3 Nr. 25 TKG-RegE).

106 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 15/2316, 55, 58 (zu § 3 Nr. 25 TKG-RegE).

107 Vgl. auch *Eckhardt* (Fn. 63), Teil B Rn. 13 (S. 64).

108 Vgl. auch *Schuster*, CR 2014, 21, 26, der allerdings zu Unrecht behauptet, der Begriff „Diensteanbieter“ ziehe sich durch das gesamte Gesetz. Von einigen wenigen (neueren) Vorschriften (§ 45h Abs. 4, § 45p Abs. 1 S. 1 Nr. 2, § 66b Abs. 2, § 66d Abs. 4 S. 1, § 66e Abs. 1 S. 1, Abs. 2 S. 1, § 66i Abs. 2 S. 2 TKG) abgesehen wird der Begriff – jenseits der Legaldefinitionen in § 3 TKG – ausschließlich im siebten Gesetzesteil (Fernmeldegeheimnis, Datenschutz, Öffentliche Sicherheit) verwendet, vgl. auch *Gramlich* (Fn. 12), C § 3 Rn. 6. Insbesondere findet der Begriff im zweiten Gesetzesteil, der die Bestimmungen zur Marktregulierung enthält, keine Verwendung, obwohl die hinter dem Begriff stehende Legaldefinition *Schuster*, CR 2014, 21, 26, zufolge doch angeblich verhindern soll, „dass in den Randbereichen von Gewinnerzielungsabsicht, Geschäftsmäßigkeit und Kostenlosigkeit gewisse Dienste-Angebote ... aus dem Gesetzesbereich, insbesondere aus der Regulierung herausfallen“. Träfe diese mehr postulierte als begründete These zu, hätte es doch nahe gelegen, wenn der Begriff dann auch im Rahmen der primären Vorschriften zur wettbewerblichen Regulierung verwendet worden wäre.



## F. Teleologische Auslegung

Kann sich die bislang h. M. demzufolge nicht nur auf den Wortlaut der einschlägigen Vorschriften, sondern auch auf die Vorgängerbestimmungen, die Gesetzgebungsgeschichte und in gewissem Umfang auch auf die Gesetzessystematik stützen, könnte ein restriktiveres Verständnis ausschließlich noch aus dem Gesetzeszweck abgeleitet werden.

### I. Zweck des Fernmeldegeheimnisses

§ 88 TKG soll als „einfachgesetzliche Ausprägung des Fernmeldegeheimnisses“ „im Kern gegen die Verletzung des Interesses [schützen], den Inhalt und die näheren Umstände der Telekommunikation gegenüber Dritten geheim zu halten“.<sup>109</sup> Diese einfachgesetzliche Umsetzung des Grundrechts aus Art. 10 GG war mit der Liberalisierung und Privatisierung des Telekommunikationssektors notwendig geworden, in deren Folge Telekommunikationsdienste nicht mehr durch ein staatliches Monopolunternehmen erbracht werden, das unmittelbar an die Grundrechte gebunden war, sondern durch private Anbieter.<sup>110</sup> Das einfachgesetzliche Fernmeldegeheimnis könnte daher aus teleologischen Erwägungen heraus auf die gestattete Privatnutzung betrieblicher Telekommunikationsmöglichkeiten unanwendbar sein, wenn dort kein (vergleichbar) schutzwürdiges Interesse an Vertraulichkeit bestünde.<sup>111</sup>

Gestattet der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern die private Telekommunikation, so werden diese allerdings auch erwarten (dürfen), dass die diesbezügliche Telekommunikation tatsächlich *privat* erfolgt,<sup>112</sup> dass also der Arbeitgeber keine Kenntnis von dem Inhalt und/oder den näheren Umständen der Telekommunikation nimmt.<sup>113</sup> Anerkannt

109 Begründung zum Gesetzentwurf der Fraktionen der CDU/CSU, SPD und F. D. P., BT-Drs. 13/3609, 33, 53 (zu § 82 TKG-E 1996). Unzutreffend daher *Wybitul*, ZD 2011, 69, 71, der § 88 TKG als datenschutzrechtliche Vorschrift dem Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts zuordnet.

110 *Büttgen* (Fn. 1), § 91 Rn. 8; *Eckhardt* (Fn. 63), Teil L Rn. 2 (S. 1447); ders. (Fn. 12), § 88 TKG Rn. 2; *Ellinghaus* (Fn. 1), § 88 Rn. 6 f.; *Frenzel* (Fn. 1), § 88 Rn. 1 u. 3 ff.; *Hanebeck/Neunhoeffter*, K&R 2006, 112; *Jenny* (Fn. 1), § 88 TKG Rn. 1; *Kluszczewski* (Fn. 1), § 88 Rn. 2 u. 9; *Lau* (Fn. 9), C § 88 Rn. 5 ff.; *Meister/Laun* (Fn. 1), Kap. 14 Rn. 3 (S. 775); *Neumann/Koch* (Fn. 1), Kap. 2 Rn. 61 (S. 75) u. Kap. 5 Rn. 5 (S. 384); *Thüsing* (Fn. 2), Rn. 231 (S. 108) u. Rn. 240 (S. 112); vgl. auch BVerfGE 106, 28, 37 (Beschl. v. 9.10.2002 – Az. 1 BvR 1611/96, 805/98).

111 So etwa *Stamer/Kuhnke* (Fn. 2), § 32 BDSG Rn. 100; in diese Richtung auch *Fülbier/Splittgerber*, NJW 2012, 1995, 1999; *Gola/Müthlein*, RDV 1997, 193, 194; *Hanebeck/Neunhoeffter*, K&R 2006, 112, 115. Die tatsächliche Verbreitung eines bestimmten Verhaltens – wie etwa der Kontrolle privater Telekommunikation durch Arbeitgeber – kann jedenfalls nicht dazu führen, dass insoweit etwa von einer konkludenten Einwilligung in die Aufhebung des rechtlichen Schutzes ausgegangen wird, siehe BVerfGE 106, 28, 46 f. (Beschl. v. 9.10.2002 – Az. 1 BvR 1611/96, 805/98).

112 Diese Erwartung ist demgegenüber in den Fällen nicht berechtigt (und der Arbeitnehmer daher nicht schutzbedürftig), in denen der Arbeitgeber die private Nutzung nicht gestattet hat, vgl. Fn. 83. Das übersieht *Schuster*, CR 2014, 21, 26, wenn er insoweit eine „willkürlich[e]“ Abgrenzung zu erkennen meint.

113 Bei der privaten E-Mail des Arbeitnehmers handelt es sich also gerade nicht mehr um die „eigene Post“ des Arbeitgebers, was *Schuster*, CR 2014, 21, 27 (ähnlich auch *Barton*, jurisPR-StrafR 14/2012 Anm. 1, unter I.), verkennt. Das Problem, zwischen privaten und be-

termaßen hat der Arbeitnehmer ein berechtigtes Interesse am Schutz der ihm eingeräumten Privatsphäre auch innerhalb des Betriebs und in Bezug auf Einrichtungen, die ihm der Arbeitgeber zur privaten Nutzung zur Verfügung stellt.<sup>114</sup> Dieses Interesse verdichtet sich zu dem von § 88 TKG geschützten Vertraulichkeitsinteresse, soweit nicht lediglich ein Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht i. S. v. Art. 2 Abs. 1 GG in Rede steht, sondern in einen Kommunikationsvorgang, der aufgrund der besonderen Gefahren einer räumlich distanzierter Kommunikation<sup>115</sup> verfassungsrechtlich durch Art. 10 GG besonders geschützt ist.<sup>116</sup> Wie bei einem gewerblichen Anbieter von Telekommunikationsdiensten bzw. -dienstleistungen muss sich auch der Arbeitnehmer

ruflichen Nachrichten zu unterscheiden, auf das etwa *Stamer/Kuhnke* (Fn. 2), § 32 BDSG Rn. 100; *Thüsing* (Fn. 2), Rn. 237 (S. 111), abstellen, kann gerade bei der elektronischen Post unschwer z. B. durch die Bereitstellung spezifischer E-Mail-Adressen gelöst werden, so auch *Beckschulze*, DB 2009, 2097; 2003, 2777, 2779; *Bier*, DuD 2004, 277, 281; *Elschner* (Fn. 1), S. 193 f.; *Frings/Wahlers*, BB 2011, 3126, 3133; *Gimmy*, DRiZ 2007, 327, 329; *Gola*, MMR 1999, 322, 326; *Grobys*, NJW-Spezial 2004, 273, 274; *Hörl/Buddee*, ITRB 2002, 160, 163; *Kiesche/Wilke*, AiB 2012, 92, 94; *Kliemt*, AuA 2001, 532, 536; *Koch*, NZA 2008, 911, 913; *Lindemann/Simon*, BB 2001, 1950, 1953 u. 1956; *Mattl* (Fn. 1), S. 68 u. 192; *Mengel*, BB 2004, 1445, 1453; *Nägele/Meyer*, K&R 2004, 312, 317; *Nolte/Becker*, BB-Special 5/2008, 23, 25; *Rath/Karner*, K&R 2007, 446, 452; *Roßmann*, DuD 2002, 286, 290; *Sassenberg/Mantz*, BB 2013, 889, 893; *Schmidt*, BB 2009, 1295, 1297; *Seel*, öAT 2013, 4, 7; *Ueckert*, ITRB 2003, 158, 159; *Vietmeyer/Byers*, MMR 2010, 807, 809; *Weißnicht*, MMR 2003, 448, 453; *Wellhöner/Byers*, BB 2009, 2310; *Wisskirchen/Glaser*, DB 2011, 1447, 1450; *de Wolf*, NZA 2010, 1206, 1211, sowie sogar *Stamer/Kuhnke* (Fn. 2), § 32 BDSG Rn. 112; a. A. *Schimmelpfennig/Wenning*, DB 2006, 2290, 2291, die offensichtlich zu Unrecht davon ausgehen, dass die Möglichkeiten des Zugriffs auf die Korrespondenz eines Arbeitnehmers für separate Adressen nicht unterschiedlich ausgestaltet werden können. Auch die Bedenken von *Zilkens*, DuD 2005, 253, 260 f. (zusätzlicher Verwaltungsaufwand, Protokollierung von Verkehrsdaten[?], zusätzliche Belastung des Systems mit der Gefahr erheblicher Verzögerung bei der Zustellung der elektronischen Post) – ähnlich *Barton*, RDV 2012, 217, 225; *Naujock*, DuD 2002, 592, 593 – dürften unberechtigt sein und sind jedenfalls angesichts der Vorteile einer solchen Lösung nicht durchgreifend. Für private Telefongespräche kann eine persönliche Identifikationsnummer bzw. Vorwahl, vgl. *Beckschulze*, DB 2003, 2777, 2779; *Elschner* (Fn. 1), S. 194; *Lunk*, NZA 2009, 457, 460; *Mengel*, BB 2004, 1445, 1453; *Roßmann*, DuD 2002, 286, 290; *Schmidt*, BB 2009, 1295, 1297; *Zilkens*, DuD 2005, 253, 254 f., oder (um auch eingehende Anrufe eindeutig zuordnen zu können) ggf. sogar eine zweite Durchwahlnummer eingerichtet werden.

114 BAG, BB 2014, 890, 893 Rn. 28 (Urt. v. 20.6.2013 – Az. 2 AZR 546/12) (zu einem abschließbaren Schrank).

115 BVerfGE 120, 274, 308 (Urt. v. 27.2.2008 – Az. 1 BvR 370, 595/07); 115, 166, 182 u. 186 (Urt. v. 2.3.2006 – Az. 2 BvR 2099/04); VGH Kassel, NJW 2009, 2470, 2471 (Beschl. v. 19.5.2009 – Az. 6 A 2672/08.Z); auf die Zugriffsmöglichkeiten in einer von keinem Kommunikationsteilnehmer beherrschbaren Sphäre abstellend auch BVerfGE 124, 43, 56 (Beschl. v. 16.6.2009 – Az. 2 BvR 902/06).

116 Vgl. auch *Kluszczewski* (Fn. 1), § 88 Rn. 18; *Kremer/Meyer-van Raay*, ITRB 2010, 133, 134; sowie allgemein für nicht gewerbliche Angebote *Zerres* (Fn. 1), § 88 Rn. 17. Auch das OLG Karlsruhe, CR 2006, 288, 289 (Beschl. v. 10.1.2005 – Az. 1 Ws 152/04), nimmt im Kontext von § 206 StGB „das subjektive Recht auf Geheimhaltung des Inhalts und der näheren Umstände ... der Telekommunikation“ zum Anlass einer weiten Auslegung des personalen Anwendungsbereichs. Nicht überzeugend demgegenüber die Erwägung von *Stamer/Kuhnke* (Fn. 2), § 32 BDSG Rn. 100, die auf den Schutz des Arbeitnehmers durch das subsidiär anwendbare BDSG verweisen; ähnlich auch etwa *Deiters*, ZD 2012, 109, 110. Diesen weitgehend abwägungsüberantworteten Schutz hat der Gesetzgeber ausweislich der Schaffung von § 88 TKG mit Blick auf Art. 10 GG gerade nicht für ausreichend er-

bei der gestatteten Privatnutzung der betrieblichen Telekommunikationsmöglichkeiten einer Kommunikationsinfrastruktur anvertrauen, die für ihn fremd ist und von ihm nur sehr begrenzt vor Eingriffen ihres Betreibers und Dritter abgeschirmt werden kann.<sup>117</sup>

Letzten Endes ist mit Blick auf die Schutzbedürftigkeit des Interesses eines Arbeitnehmers an vertraulicher Kommunikation somit auch kein relevanter Unterschied zu dem diesbezüglichen Interesse eines Hotelgasts oder eines Krankenhauspatienten zu verzeichnen. Im Gegenteil: Während der Aufenthalt in einem Hotel bzw. Krankenhaus üblicherweise vorübergehender Natur ist, steht der Arbeitnehmer regelmäßig in einer längerfristigen rechtlichen Beziehung zu dem Arbeitgeber. Er hat also ein besonderes Interesse daran, dass der Arbeitgeber nicht Erkenntnisse aus seinem privaten Verhalten gewinnt, da der Arbeitgeber diese im Rahmen des Arbeitsverhältnisses – etwa bei Gehaltsverhandlungen, bei Beförderungsentscheidungen oder aus Anlass einer Kündigung – verwerten könnte.<sup>118</sup> Hotels und Krankenhäuser werden in den Gesetzesmaterialien aber ausdrücklich als Beispiele für Anbieter geschlossener Benutzergruppen genannt, die ihre Dienste nur ihren Teilnehmern anbieten, und die somit als Diensteanbieter im Sinne der Vorschriften über den Telekommunikationsdatenschutz zu qualifizieren sind.<sup>119</sup> Diese Wertung ist ohne weiteres auf den Anwendungsbereich des Fernmeldegeheimnisses einerseits (siehe auch oben, unter D. II.) und auf die Ermöglichung der privaten Telekommunikationsnutzung im Arbeitsverhältnis andererseits übertragbar. Der Zweck des (einfachgesetzlichen) Fernmeldegeheimnisses legt folglich eine Herausnahme der gestatteten Privatnutzung betrieblicher Telekommunikationsmöglichkeiten aus dem Anwendungsbereich von § 88 Abs. 2 TKG nicht nahe. Er spricht vielmehr – im Gegenteil – gerade gegen eine solche Sonderbehandlung.

## II. Zweck des TKG

Die restriktive Auffassung, die sich neuerdings im Vordringen befindet, stützt ihre teleologischen Erwägungen deshalb auch gar nicht in erster Linie auf den Zweck des einfachgesetzlichen Fernmeldegeheimnisses. Stattdessen rekurriert sie auf den in § 1 TKG normierten Gesetzeszweck, also auf die beabsichtigte Förderung des Wettbewerbs und leistungsfähiger Telekommunikationsinfrastrukturen sowie auf die Gewährleistung einer telekommunikativen Grundversorgung. Mit diesen Zwecken habe die Erstreckung des einfachgesetzlichen Fernmeldegeheimnisses auf die private Nutzung betrieblicher Telekommunikationsmöglichkeiten nichts zu tun.<sup>120</sup> Eine diesbezügliche In-

---

achtet. Allgemein zur Spezialität des Schutzes durch das Fernmeldegeheimnisses gegenüber dem Schutz durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht auf verfassungsrechtlicher Ebene BVerfGE 125, 260, 310 (Urt. v. 2.3.2010 – Az. 1 BvR 256, 263, 586/08); 124, 43, 56 (Beschl. v. 16.6.2009 – Az. 2 BvR 902/06).

117 Werner (Fn. 1), S. 40.

118 In diese Richtung auch *Zilkens*, DuD 2005, 253, 257.

119 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 15/2316, 55, 88 (zu § 89 TKG-RegE).

120 VG Karlsruhe, NVwZ-RR 2013, 797, 801 (Urt. v. 27.5.2013 – Az. 2 K 3249/12); *Diercks*, K&R 2014, 1, 4; *Fülber/Splittgerber*, NJW 2012, 1995, 1999; *Härting*, CRonline-Blog v. 4.6.2013; *Haußmann/Krets*, NZA 2005, 259, 260; *Scheben/Klos*, CCZ 2013, 88, 90; *Schimmelpfennig/Wenning*, DB 2006, 2290, 2293; *Schuster*, CR 2014, 21, 26; *Walther*/

pflichtnahme von Arbeitgebern könne zur Erreichung dieser Zwecke nichts beitragen. Namentlich mit Blick auf den Gesetzeszweck der Wettbewerbsförderung sei vielmehr nicht ersichtlich, wie ein Arbeitgeber, der seinen Arbeitnehmern die private Telekommunikationsnutzung ermöglicht, in einen Wettbewerb zu anderen Anbietern treten könne.<sup>121</sup> Diensteanbieter könne daher nur derjenige sein, der mit einem marktmäßigen Angebot am Wettbewerb teilnimmt<sup>122</sup> bzw. dessen Haupttätigkeit im gewerblichen Angebot von Telekommunikationsdiensten liegt<sup>123</sup>.

### 1. Eigenständige Zielsetzung der Vorschrift über das Fernmeldegeheimnis

Diese Argumentation übersieht bereits, dass es nicht zwingend möglich ist, aus einem explizit normierten Gesetzeszweck konkrete Auslegungshinweise für jede Vorschrift des betreffenden Gesetzes unmittelbar abzuleiten.<sup>124</sup> Das gilt gerade auch für das TKG, dessen Vorschriften vielfältigen, in § 2 Abs. 2 TKG näher ausdifferenzierten<sup>125</sup> Zielen dienen. Hierzu gehört auch die Wahrung des Fernmeldegeheimnisses nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 (S. 1) TKG. Dieses Ziel ist nicht auf die Telekommunikationsmärkte (vgl. § 2 Abs. 2 Nr. 2 TKG) beschränkt<sup>126</sup> und wird für den Bereich des Fernmeldegeheimnisses durch die spezifischen Vorschriften im siebten Gesetzesteil konkretisierend ausgefüllt.<sup>127</sup> Bereits diese explizite Fundierung in einem wettbewerbsunabhängigen Regulierungsziel spricht gegen die Notwendigkeit, das Fernmeldegeheimnis auf marktmäßige Angebote zu beschränken.<sup>128</sup>

Für das TKG 1996 hätte man in diesem Zusammenhang allerdings noch auf die Legaldefinition der Regulierung in § 3 Nr. 13 TKG 1996 verweisen können, der zufolge es sich hierbei, soweit vorliegend relevant, um die Maßnahmen handelte, „die zur Erreichung der in § 2 Abs. 2 genannten Ziele ergriffen werden und durch die das Verhalten von Telekommunikationsunternehmen beim Angebot von Telekommunikationsdienstleistungen ... geregelt werden“. Die Bezugnahme auf „Telekommunikationsunternehmen“ – verstanden als gewerbliche Anbieter<sup>129</sup> – und die (gewerblichen) „Telekommu-

---

*Zimmer*, BB 2013, 2933, 2934; vgl. auch *Barton*, K&R 2004, 305, 310; CR 2003, 839, 843; 592, 596; *Mattl* (Fn. 1), S. 63; *Müller*, RDV 1998, 205, 210; *Seffer/Schneider*, ITRB 2007, 264, 266; sowie tendenziell *Härting*, CR 2007, 311, 312; zu § 113a TKG entsprechend *Grimm/Michaelis*, DB 2009, 174, 176.

121 *Barton*, CR 2003, 839, 843; 592, 596; *Härting*, CRonline-Blog v. 4.6.2013; *Haußmann/Krets*, NZA 2005, 259, 260; *Schimmelpfennig/Wenning*, DB 2006, 2290, 2294; ähnlich auch *Diercks*, K&R 2014, 1, 4; tendenziell ebenfalls *Härting*, CR 2007, 311, 312.

122 In diesem Sinne *Fülbiel/Splittgerber*, NJW 2012, 1995, 1999; *Löwisch*, DB 2009, 2782; *Thüsing* (Fn. 2), Rn. 241 (S. 113).

123 *Schuster*, CR 2014, 21, 27. In diese Richtung auch *de Wolf*, NZA 2010, 1206, 1207.

124 Ähnlich auch *Kratz/Gubbels*, NZA 2009, 652, 655 („nur das vorrangige Primärziel des Gesetzes“).

125 Siehe hierzu *Wilms*, in: *Wilms/Masing/Jochum* (Fn. 1), Einl. Rn. 8.

126 Ähnlich auch *Elschner* (Fn. 1), S. 178.

127 Allgemein hierzu *Wilms* (Fn. 125), Einl. Rn. 8.

128 Vgl. insoweit auch *Barton*, CR 2003, 592, 596 f.; *Elschner* (Fn. 1), S. 177 f.; *Kratz/Gubbels*, NZA 2009, 652, 655.

129 Vgl. *Spoerr*, in: *Trute/Spoerr/Bosch* (Fn. 1), § 3 Rn. 66.

nikationsdienstleistungen“ hätte insoweit als Argumentationsansatz für die restriktive Auffassung herangezogen werden können (wurde von deren Vertretern bislang aber, soweit ersichtlich, noch nicht erkannt).

Hiergegen spricht jedoch schon für das TKG 1996, dass der Gesetzesteil zum Fernmeldegeheimnis, zum Datenschutz und zur öffentlichen Sicherheit gerade darüber hinausgehende Regelungen enthielt, die sich auch auf das geschäftsmäßige Erbringen von Telekommunikationsdiensten bezogen, also gerade nicht auf das Verhalten „beim Angebot von Telekommunikationsdienstleistungen“ beschränkt waren. Darüber hinaus ist die Verpflichtung zur Wahrung des Fernmeldegeheimnisses eine gesetzliche Verpflichtung, wohingegen der maßnahmenzentrierte Begriff der Regulierung auf behördliche Handlungen abstellt.<sup>130</sup> Weiter hätte berücksichtigt werden können, dass der betreffende Gesetzesteil als einziger der Teile mit materiellen Regelungen zum Verhalten im Telekommunikationssektor systematisch *hinter* dem Gesetzesteil über die Regulierungsbehörde verortet war. Das bestätigt, dass die dortigen Regelungen gerade aus dem Bereich der auf die Zwecke des § 1 TKG 1996 gerichteten Regulierung herausgelöst sein sollten. Mit der großen Novelle des TKG im Jahr 2004 ist aber ohnehin die insoweit evtl. beschränkte Legaldefinition der Regulierung gestrichen worden. Das spricht in Verbindung mit der systematischen Verschiebung des Gesetzesteils über das Fernmeldegeheimnis, den Datenschutz und die öffentliche Sicherheit *vor* den Gesetzesteil über die Bundesnetzagentur dafür, dass nun schon aus dem Begriff der Regulierung selbst keine Beschränkung auf den Bereich der marktmäßigen Betätigung mehr abgeleitet werden kann.<sup>131</sup>

Dessen ungeachtet bezwecken die Vorschriften des siebten Gesetzesteils zum Fernmeldegeheimnis, zum Datenschutz und zur öffentlichen Sicherheit ersichtlich nicht als solche die Förderung des Wettbewerbs bzw. leistungsfähiger Telekommunikationsinfrastrukturen oder die Sicherstellung einer telekommunikativen Grundversorgung. Sie dienen vielmehr individuellen und öffentlichen Interessen im Spannungsfeld von Vertraulichkeitsschutz und den Sicherheitsbelangen der Allgemeinheit. Auf ein marktmäßiges Angebot oder gar auf die primäre Tätigkeit als gewerblicher Anbieter von Telekommunikationsdiensten sollte es insoweit ausweislich der in den Gesetzgebungsverfahren sowohl zum TKG 1996 als auch zum geltenden TKG dokumentierten Regelungsabsicht (dazu oben, unter C. II. 1. a) bzw. D.) und ausweislich der bewussten Einbeziehung telekommunikationsfremder Anbieter wie Hotels und Krankenhäuser<sup>132</sup> gerade nicht ankommen.<sup>133</sup> Dem entspricht es, dass einer der Verfasser des Ausschussberichts zum TKG 1996 anderthalb Jahre nach Inkrafttreten des Gesetzes „die

130 Zu letztgenanntem Aspekt *Spoerr* (Fn. 129), § 3 Rn. 64; wohl auch *Schuster*, in: Beck'scher TKG-Kommentar, 2. A., 2000, § 3 Rn. 16.

131 Dieser Aspekt wird nicht hinreichend beachtet, wenn gemeinhin davon ausgegangen wird, dass der Regulierungsbegriff nach § 3 Nr. 13 TKG 1996 mangels erkennbarer gegenteiliger Absicht auch für das aktuelle TKG gelte, vgl. etwa *Wilms* (Fn. 125), § 1 Rn. 5.

132 Pointiert *Lau* (Fn. 9), C § 88 Rn. 19.

133 *Fischer*, ZD 2012, 265, 266; unter Hinweis auf § 3 Nr. 10 TKG ebenso *Kratz/Gubbels*, NZA 2009, 652, 655.

Verbesserung des Datenschutzes und des Schutzes des Fernmeldegeheimnisses“ als eine „weitere Absicht“ bezeichnete, die neben der „Liberalisierung des Telekommunikationsmarktes [als] erklärte[m] Ziel des 1996 verabschiedeten Telekommunikationsgesetzes“ mit jenem verfolgt wurde.<sup>134</sup>

Demzufolge ist es auch unzutreffend, wenn bisweilen die Auffassung vertreten wird, das BVerfG habe in seinem Urteil zur Vorratsdatenspeicherung den Typus eines „Diensteanbieters“ i. S. v. § 3 Nr. 6 TKG als eines unter den Bedingungen von Wirtschaftlichkeit und Kostendruck handelnden Unternehmens<sup>135</sup> beschrieben.<sup>136</sup> Diese Vorschrift findet in der Entscheidung vielmehr überhaupt keine Erwähnung. Die dort verfahrensgegenständlichen Vorschriften der §§ 113a, 113b TKG richten sich demgegenüber an diejenigen, die *öffentlich zugängliche* Telekommunikationsdienste erbringen. Derartige Unternehmen, die das BVerfG umgangssprachlich verkürzt als „Diensteanbieter“ bezeichnet hat, werden aber in der Tat jedenfalls in aller Regel mit einem marktmäßigen Angebot am Wettbewerb auf dem betreffenden Markt teilnehmen.<sup>137</sup> Mit einem geschäftsmäßigen Erbringen von Telekommunikationsdiensten i. S. v. § 3 Nr. 10 TKG bzw. einem Diensteanbieter i. S. v. § 3 Nr. 6 TKG hat das nichts zu tun.<sup>138</sup>

Die in den Gesetzesmaterialien dokumentierte Intention, auch solche Anbieter einzu beziehen, die – wie Betreiber von Hotels und Krankenhäusern – selbst nicht am Wettbewerb auf den Telekommunikationsmärkten teilnehmen, steht vielmehr im Einklang mit der (bewussten) Unterscheidung zwischen dem geschäftsmäßigen Erbringen von Telekommunikationsdiensten als Anknüpfungspunkt für die Vorschriften des siebten Gesetzesteils einerseits und Telekommunikationsdienst(leistung)en als Anknüpfungspunkt für die wettbewerbliche Regulierung andererseits. Von der restriktiven Auffassung kann diese Differenzierung demgegenüber nicht befriedigend erklärt werden, wenn sie in diesem Zusammenhang nicht sogar gänzlich ausgeblendet wird.

Entsprechendes gilt für die – durch nichts belegte – Behauptung, die als Teil des Regulierungsziels nach § 2 Abs. 2 Nr. 1 TKG genannte Wahrung des Fernmeldegeheimnisses sei auf den Wettbewerb im Bereich der Telekommunikation beschränkt.<sup>139</sup> Eine solche Annahme steht ebenfalls im Widerspruch sowohl zu der in den Gesetzgebungsmaterialien dokumentierten Regelungsabsicht als auch zu der aus ihr folgenden Differenzierung der gesetzlichen Anknüpfungspunkte. Der in § 1 TKG normierte Gesetzes-

---

134 Kleine Anfrage des Abgeordneten Dr. *Manuel Kiper* und der Fraktion BÜNDNIS 90/DIE GRÜNEN, BT-Drs. 13/8920, 1.

135 Vgl. BVerfGE 125, 260, 325 u. 349 (Urt. v. 2.3.2010 – Az. 1 BvR 256, 263, 586/08).

136 *Walther/Zimmer*, BB 2013, 2933, 2936; ähnlich, aber möglicherweise beschränkt auf die nur betriebliche Nutzung ArbG Berlin, Urt. v. 17.8.2010 – Az. 36 Ca 235/10, S. 6 f.

137 So auch explizit BVerfGE 125, 260, 359 u. 361 (Urt. v. 2.3.2010 – Az. 1 BvR 256, 263, 586/08) („typischerweise zu Erwerbszwecken“, „auf dem Telekommunikationsmarkt“).

138 Vgl. *Beckschulze*, DB 2009, 2097, 2098; *Feldmann*, NZA 2008, 1398; *Grimm/Michaelis*, DB 2009, 174, 175 f.; *Hoeren*, JZ 2008, 668, 669; a. A. *Koch*, NZA 2008, 911, 914 f.

139 *Löwisch*, DB 2009, 2782.

zweck kann somit für die Auslegung von § 88 TKG wegen der speziellen Zielsetzungen hinter dieser Vorschrift letzten Endes nichts beisteuern.<sup>140</sup>

## 2. Bezug des Fernmeldegeheimnisses zu den Gesetzeszwecken nach § 1 TKG

Aber selbst wenn man insoweit einen zumindest potentiellen Bezug der auf das Fernmeldegeheimnis nach § 88 TKG verpflichteten Diensteanbieter zu den Verhältnissen auf den Telekommunikationsmärkten verlangen wollte, auf welche die in § 1 TKG vorgesehene Wettbewerbsförderung zielt, spräche dies letzten Endes nicht entscheidend gegen die bislang herrschende Auffassung.

So weist § 88 TKG bereits deshalb einen sachlichen Bezug zu den in § 1 TKG formulierten Gesetzeszwecken auf, weil beide Normen eine gesetzgeberische Reaktion auf die Privatisierung und Liberalisierung des Telekommunikationssektors sind.<sup>141</sup> Durch die Beseitigung des früheren Staatsmonopols wurde nicht nur eine staatliche Verpflichtung zur Förderung von Wettbewerb und Infrastrukturausbau sowie zur Gewährleistung einer telekommunikativen Grundversorgung aktiviert, die in § 1 TKG Ausdruck gefunden hat. Es wurde auch die Voraussetzung dafür geschaffen, dass die Telekommunikationsinfrastruktur gegenüber dem früheren Zustand zu Zeiten der Deutschen Bundespost vielschichtig ausgefächert wurde.<sup>142</sup> Auf diese Weise haben Telekommunikationsangebote – durch sinkende Preise (sowohl für die Telekommunikationseinrichtungen als auch für die entsprechenden Dienste), neue technische Möglichkeiten usw. – an Bedeutung gewonnen, die im früheren Umfeld nur Randerscheinungen waren. Das betrifft sowohl kostenlose Angebote<sup>143</sup> als auch nicht öffentliche Angebote<sup>144</sup> wie die hier in Rede stehende Gestattung der privaten Nutzung betrieblicher Telekommunikationsmöglichkeiten, ohne dass mit Blick auf das betroffene Vertraulichkeitsinteresse relevante Unterschiede zu marktmäßigen Angeboten bestünden. Es lässt sich daher eine Parallele zwischen dem Privatisierungs- und Liberalisierungszweck, der in § 1 TKG zum Ausdruck kommt, und einer weiten Auslegung des Fernmeldegeheimnisses nach § 88 TKG ziehen, mit der eine effektive Sicherung der Vertraulichkeit im privatisierten und liberalisierten Telekommunikationsumfeld sichergestellt wird.<sup>145</sup>

Dessen ungeachtet besteht aber vor allem auch eine unmittelbare Verbindung zwischen der Erstreckung des Fernmeldegeheimnisses auf die Gestattung der privaten Nutzung betrieblicher Telekommunikationsmöglichkeiten und dem in § 1 TKG enthaltenen Gesetzeszweck der Wettbewerbsförderung. Es ist nämlich ersichtlich von Relevanz für die Entwicklung des Wettbewerbs im Telekommunikationssektor, wenn Arbeitgeber

140 Müller, RDV 1998, 205, 210.

141 Elschner (Fn. 1), S. 177.

142 Elschner (Fn. 1), S. 177; Wuermeling/Felixberger, CR 1997, 230, 234; siehe auch Fn. 70.

143 Siehe hierzu de Wolf, NZA 2010, 1206, 1208 (u. a. unter Hinweis auf kostenlosen Internetzugang z. B. in Cafés).

144 Vgl. Wuermeling/Felixberger, CR 1997, 230, 234.

145 Elschner (Fn. 1), S. 177.

ihren Arbeitnehmern die private Nutzung der betrieblichen Telekommunikationsmöglichkeiten gestatten: In dem Umfang, in dem Arbeitnehmer ihre private Nachfrage nach Telekommunikation im Rahmen ihres Arbeitsverhältnisses befriedigen können, werden sie nicht auf (andere) Angebote zurückgreifen.<sup>146</sup> Tätigt der Arbeitnehmer z. B. einen privaten Anruf über das Telefon an seinem Arbeitsplatz, wird er diesen Anruf nicht vor oder nach der Arbeitszeit bzw. in einer Arbeitspause von einem „privaten“ Anschluss unter Rückgriff auf ein marktmäßiges Angebot durchführen.<sup>147</sup> Eine solche Ersetzungswirkung besteht auch, wenn der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern die Nutzungsmöglichkeit unter Rückgriff auf die Leistungen seines eigenen Anbieters unentgeltlich anbietet.<sup>148</sup> Denn auch in diesem Fall werden die Arbeitnehmer von der Inanspruchnahme konkurrierender Angebote abgehalten.

Es dient daher der Schaffung gleicher Rahmenbedingungen und damit der Förderung des Wettbewerbs im Bereich marktmäßiger Angebote, wenn Arbeitgeber, die ihren Arbeitnehmern die Telekommunikationsnutzung zu privaten Zwecken ermöglichen, zumindest grundsätzlich denselben Anforderungen zum Schutz grundrechtlich fundierter Privatinteressen unterliegen wie die Unternehmen, auf deren kommerzielle Angebote ansonsten ggf. zurückgegriffen würde. Führt man sich diese Zusammenhänge vor Augen, besteht somit sogar ein sachlicher Bezug zu den in § 1 TKG normierten Gesetzeszwecken, der für – und nicht etwa gegen – die Anwendung des einfachgesetzlichen Fernmeldegeheimnisses bei gestatteter Privatnutzung im Arbeitsverhältnis spricht.

### III. Gegenläufige Interessen

Daneben werden aber auch gegenläufige Interessen des Arbeitgebers als Argument für einen enge(re)n personalen Anwendungsbereich von § 88 TKG herangezogen. Hierbei werden im Wege einer Folgenbetrachtung insbesondere die telekommunikations(datenschutz)rechtlichen<sup>149</sup> Konsequenzen aufgezeigt, die sich aus einer Qualifikation als „Diensteanbieter“ i. S. v. § 3 Nr. 6 TKG ergeben.<sup>150</sup> Es könne nicht davon aus-

146 Das übersehen *Schimmelpfennig/Wenning*, DB 2006, 2290, 2294. Ähnlich wie hier, aber ohne Not beschränkt auf kostenpflichtige Nutzungsmöglichkeiten *Däubler* (Fn. 1), Rn. 237b (S. 195 f.).

147 Zur Verdeutlichung der Dimensionen: Ende 2013 betrug allein die Zahl der sozialversicherungspflichtigen Vollzeitbeschäftigten in Deutschland über 22 Millionen. Einzelne Arbeitgeber, wie die Siemens AG oder die Daimler AG, beschäftigen jeweils (deutlich) über 100 000 Arbeitnehmer.

148 A. A. *Däubler* (Fn. 1), Rn. 237b (S. 195 f.); *Thüsing* (Fn. 2), Rn. 241 (S. 113).

149 Die Frage, ob tatsächlich von einem Gleichlauf des personalen Anwendungsbereichs von § 88 TKG einerseits und der Vorschriften über den Telekommunikationsdatenschutz nach §§ 91 ff. TKG andererseits ausgegangen werden kann, wie die restriktive Auffassung im Einklang mit der ganz h. M. – vgl. etwa *Jenny* (Fn. 1), § 88 TKG Rn. 4 – ohne weiteres unterstellt, soll an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden, vgl. hierzu (ebenfalls einen Gleichlauf bejahend) *Thüsing* (Fn. 2), Rn. 203 ff. (S. 96 f.).

150 So *Schimmelpfennig/Wenning*, DB 2006, 2290, 2294 Fn. 46; *Schuster*, CR 2014, 21, 21 f.; *Wuermeling/Felixberger*, CR 1997, 230, 231 f. Ähnlich auch *Deiters*, ZD 2012, 109, 111 ff.; *Haußmann/Krets*, NZA 2005, 259, 261; *Lutz/Weigl*, CR 2014, 85, 87; *Stamer/Kuhnke* (Fn. 2), § 32 BDSG Rn. 100. Entsprechend zu etwaigen strafrechtlichen Konsequenzen (über § 206 StGB) *Barton*, CR 2003, 839, 843; tendenziell auch *Härting*, CR 2007, 311, 312, sowie allgemein *Barton*, jurisPR-StrafR 14/2012 Anm. 1, unter I.;



gegangen werden, dass das Gesetz einen Arbeitgeber, der seinen Arbeitnehmern die private Telekommunikationsnutzung gestattet, diesen Verpflichtungen und Beschränkungen unterwerfen will. Vielmehr gehe der Begriff des Diensteanbieters in Ansehung dieser Vorgaben von einem Unternehmen aus, das als gewerblicher Anbieter am Markt tätig wird.<sup>151</sup> Ergänzend wird in diesem Zusammenhang auf außertelekommunikationsrechtliche Verpflichtungen hingewiesen, die der Arbeitgeber nicht erfüllen könne, wenn seinem Zugriff auf die Telekommunikation seiner Arbeitnehmer das Fernmeldegeheimnis aus § 88 TKG entgegenstehe. Das betreffe mit Blick auf die elektronische Post insbesondere die Dokumentationspflicht für Handelsbriefe z. B. nach § 257 Abs. 1 Nr. 2 und 3 HGB.<sup>152</sup>

### 1. Tatsächliches Gewicht der gegenläufigen Interessen

Die diesbezüglichen Bedenken sind jedenfalls in weiten Teilen schon nur sehr eingeschränkt nachvollziehbar.<sup>153</sup>

#### a) Vorschriften des TKG zum Datenschutz und zur öffentlichen Sicherheit

Das gilt zunächst für die vermeintlichen Schwierigkeiten, die sich aus den Vorschriften zum Telekommunikationsdatenschutz ergeben sollen. Es wird schon in Zweifel gezogen, ob die §§ 91 ff. TKG nach der TKG-Novelle 2012 überhaupt noch auf Diensteanbieter anwendbar sind, deren Angebot sich – wie die Gestattung der Privatnutzung durch einen Arbeitgeber – nicht an die Öffentlichkeit richtet. Für eine diesbezügliche Einschränkung des Anwendungsbereichs könnte sprechen, dass der entsprechende Gesetzesabschnitt den Schutz personenbezogener Daten „der Teilnehmer und Nutzer“ regelt (§ 91 Abs. 1 S. 1 TKG), Nutzer und Teilnehmer nach der Neufassung von § 3 Nr. 14 und 20 TKG aber mittlerweile durch ihren Bezug zu *öffentlich zugänglichen* Telekommunikationsdiensten (§ 3 Nr. 17a TKG) gekennzeichnet sind.<sup>154</sup> Aber auch, wenn man sich dieser Auffassung angesichts der insoweit schweigsamen Gesetzesmaterialien und dem Spannungsverhältnis zu den Vorschriften, die gerade in §§ 91 ff. TKG auch für nicht öffentliche Dienste gelten, nicht anschließen will<sup>155</sup> oder zumindest eine analoge Anwendung der §§ 91 ff. TKG für angezeigt erachtet,<sup>156</sup> ergeben sich aus die-

---

*Gramlich*, RDV 2001, 123, 125; *Scheben/Klos*, CCZ 2013, 88, 90; *Thüsing* (Fn. 2), Rn. 235 ff. (S. 110 ff.); sowie sogar auf Grundlage der h. M. *Hanebeck/Neunhoffer*, K&R 2006, 112, 115; *Hoppe/Braun*, MMR 2010, 80, 83; *Mattl* (Fn. 1), S. 67; *Sassenberg/Mantz*, BB 2013, 889.

151 *Schuster*, CR 2014, 21, 22 u. 27.

152 *Barton*, RDV 2012, 217, 222 u. 225; jurisPR-StrafR 14/2012 Anm. 1, unter I.; *Diercks*, K&R 2014, 1, 4; *Schimmelpfennig/Wenning*, DB 2006, 2290, 2291; *Seffer/Schneider*, ITRB 2007, 264, 266; *Thüsing* (Fn. 2), Rn. 236 (S. 110 f.); tendenziell auch *Hoppe/Braun*, MMR 2010, 80, 83; vgl. des Weiteren *Rath/Karner*, K&R 2007, 446, 447.

153 Vgl. auch *Elschner* (Fn. 1), S. 179 ff.

154 *Sander*, CR 2014, 176, 182.

155 So etwa *Jenny* (Fn. 1), § 91 TKG Rn. 7 („aus teleologischen Erwägungen“); *Munz* (Fn. 1), § 91 TKG Rn. 11; *Pokutnev/Schmid*, CR 2012, 360, 361 f.

156 Zur fehlenden Abstimmung der Änderungen von § 3 Nr. 14 und 20 TKG mit den Vorschriften der §§ 91 ff. TKG siehe *Braun* (Fn. 1), § 3 Rn. 71; *Eckhardt/Schmitz*, CR 2011, 436, 436 f.

sen Vorschriften keine Anwendungsprobleme, die eine Engführung des Kreises der Diensteanbieter erfordern würden

So dürfte die Frage, auf welchen Vertrag es im Rahmen der Informationspflichten nach § 93 TKG ankommt,<sup>157</sup> ohne weiteres zugunsten des (ggf. mündlich bzw. konkludent geschlossenen) Vertrags über das geschäftsmäßige Erbringen von Telekommunikationsdiensten zu beantworten sein,<sup>158</sup> da der Arbeitsvertrag selbst keinen Bezug zum TKG hat. Die Verpflichtung, eine Rufnummernunterdrückung (§ 102 Abs. 1 TKG) und die automatische Anrufweiserschaltung (§ 103 S. 1 TKG) einzuräumen,<sup>159</sup> gilt nach § 102 Abs. 3, § 103 S. 2 TKG nicht für geschlossene Benutzergruppen. Eine solche liegt bei einem Dienstangebot nur an die Arbeitnehmer eines bestimmten Arbeitgebers vor.<sup>160</sup> Der Gesetzgeber hat gerade auch mit diesen Ausnahmeregelungen explizit den Unterschieden Rechnung getragen, die zwischen marktmäßigen Angeboten, die im Wettbewerb erbracht werden, und anderen Dienstangeboten bestehen.<sup>161</sup>

Der ebenfalls potentiell belastende Anspruch auf Aufnahme in ein Teilnehmerverzeichnis<sup>162</sup> ergibt sich nicht aus § 104 S. 1 TKG,<sup>163</sup> sondern trifft nach § 45m Abs. 1 S. 1 TKG nur Anbieter öffentlicher Telefondienste.<sup>164</sup> Zu diesen gehört der Arbeitgeber nicht, dessen Angebot sich nur an seine Arbeitnehmer richtet.<sup>165</sup> Die sich aus § 109 TKG ergebende Pflicht, Maßnahmen zum Schutz des Fernmeldegeheimnisses zu ergreifen,<sup>166</sup> gilt schlussendlich für solche Anbieter nicht öffentlicher Dienste nur im Umfang der Grundsatznorm des § 109 Abs. 1 TKG.<sup>167</sup> Bei deren Anwendung ist – schon aus verfassungsrechtlichen Gründen – trotz des 2012 verschärften Wortlauts dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung zu tragen.<sup>168</sup> Bei der Gestattung einer privaten

157 Schuster, CR 2014, 21.

158 Entsprechend zu § 95 TKG auch Lutz/Weigl, CR 2014, 85, 89.

159 Schuster, CR 2014, 21.

160 Beckschulze, DB 2009, 2097, 2098; Büttgen, in: Beck'scher TKG-Kommentar (Fn. 1), § 103 Rn. 5; ders. (Fn. 1), § 91 Rn. 15; Elschner (Fn. 1), S. 190; Feldmann, NZA 2008, 1398, 1399; Grimm/Michaelis, DB 2009, 174, 175 f.; Hartung (Fn. 1), § 91 Rn. 25; Kleszczewski (Fn. 1), § 91 Rn. 31; Neumann/Koch (Fn. 1), Kap. 5 Rn. 15 (S. 388); allgemein auch Eckhardt (Fn. 63), Teil B Rn. 55 (S. 78); Säcker (Fn. 1), § 3 Rn. 26; a. A. evtl. Büning, in: Beck'scher TKG-Kommentar (Fn. 1), § 102 Rn. 26.

161 Begründung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung, BT-Drs. 15/2316, 55, 88 (zu § 89 TKG-RegE); Kleszczewski (Fn. 1), § 91 Rn. 31. Das übersieht Schuster, CR 2014, 21, 21 f.

162 Schuster, CR 2014, 21, 21 f.

163 Vgl. Eckhardt (Fn. 63), Teil L Rn. 317 (S. 1515); Ohlenburg, MMR 2004, 431, 438.

164 Vgl. Jenny (Fn. 1), §§ 104, 105 TKG Rn. 1.

165 Man könnte zwar daran denken, den Arbeitgeber als Wiederverkäufer i. S. v. § 45m Abs. 2 TKG verpflichtet anzusehen; dagegen spricht jedoch, dass ein Wiederverkäufer das Telefondienstprodukt bei einem anderen Anbieter zu Großhandelsbedingungen einkauft, siehe Hartl, in: Arndt/Fetzer/Scherer (Fn. 1), § 45m Rn. 16, wovon bei einem Arbeitgeber trotz etwaiger Großkundenrabatte nicht auszugehen ist.

166 Schuster, CR 2014, 21, 22.

167 Däubler (Fn. 1), Rn. 278 (S. 216) (missverständlich allerdings a. a. O, Rn. 237a [S. 195]).

168 Vgl. Eckhardt, in: Beck'scher TKG-Kommentar (Fn. 1), § 109 Rn. 30; Eckhardt/Schmitz, CR 2011, 436, 440.

Nutzung betrieblicher Telekommunikationsmöglichkeiten gelten daher nur entsprechend abgestufte Anforderungen.<sup>169</sup>

*b) Allgemeine Möglichkeiten zur Berücksichtigung der Interessen der Arbeitgeber*

Ungeachtet der Frage, welche Belastungen sich tatsächlich bei Anwendbarkeit der §§ 91 ff. TKG ergeben, gibt es allgemein verschiedene Möglichkeiten, die berechtigten Interessen der Arbeitgeber bei einer gestatteten Privatnutzung der betrieblichen Telekommunikationsmöglichkeiten zu berücksichtigen, ohne dass deshalb die Geltung des einfachgesetzlichen Fernmeldegeheimnisses an sich in Zweifel gezogen werden müsste.<sup>170</sup>

So werden sich einige praktisch besonders bedeutsame Schwierigkeiten auf technischer Ebene<sup>171</sup> oder ggf. durch eine sachgerechte<sup>172</sup> Bestimmung der Grenzen des Fernmeldegeheimnisses überwinden lassen. Das betrifft insbesondere<sup>173</sup> den in der arbeitsrechtlichen Praxis offensichtlich als besonders drängend empfundenen Zugriff auf elektronische Nachrichten (u. a. zur Erfüllung etwaiger Aufbewahrungspflichten), die endgültig (nur noch) auf dem Rechner des Arbeitnehmers gespeichert sind. Hier ist

---

169 Siehe *Elschner* (Fn. 1), S. 180 f.

170 Nicht zugänglich ist es demgegenüber, mit *Grobys*, NJW-Spezial 2004, 273, trotz Anwendbarkeit des § 88 TKG auf die „einschlägigen Erlaubnisnormen des Bundesdatenschutzgesetzes“ zurückzugreifen und damit jedenfalls eine Datenverarbeitung in weitem Umfang zuzulassen. Dieser „Ansatz“ verstößt offensichtlich gegen § 88 Abs. 3 TKG.

171 Z. B. durch die Einrichtung einer PIN für private Telefonate bzw. einer separaten Adresse für private elektronische Post, vgl. Fn. 113. Eine elegante Lösungsmöglichkeit für das in der Praxis sehr umstrittene Problem des Zugriffs auf elektronische Nachrichten dürfte auch darin bestehen, zwar einerseits keine Privatnutzung der betrieblichen Systeme für die elektronische Post, andererseits aber eine private Nutzung des Internetzugangs zu gestatten, auf deren Grundlage der Arbeitnehmer dann seine elektronische Post über das WWW-basierte System eines Drittanbieters lesen und versenden kann, siehe *Beckschulze*, DB 2009, 2097; *Culmsee/Dorschel*, CR 2013, 290, 294; *Grimm*, ArbRB 2011, 200, 201; *Hörl/Buddee*, ITRB 2002, 160, 163; *Kutzki/Hackemann*, ZTR 2003, 375, 377; *Mattl* (Fn. 1), S. 68 u. 192; *Pröpper/Römermann*, MMR 2008, 514, 515; *Seel*, öAT 2013, 4, 7; *Ueckert*, ITRB 2003, 158, 159; *Zöll* (Fn. 1), § 32 Rn. 43.

172 Nicht sachgerecht demgegenüber der Versuch von *Sander*, CR 2014, 176, 178, der meint, der sachliche Schutzbereich des § 88 TKG habe gegenüber § 85 TKG 1996 eine qualitative Änderung dadurch erfahren, dass in der Legaldefinition des Begriffs „Telekommunikation“ (§ 3 Nr. 16 TKG 1996 bzw. § 3 Nr. 22 TKG) nicht mehr auf die Übertragung von Nachrichten, sondern nur noch auf die Übertragung von Signalen abgestellt wird. Diese Auffassung beruht bereits auf einem Fehlverständnis von § 3 Nr. 16 TKG 1996, siehe Fn. 64, und übersieht außerdem, dass sich § 88 Abs. 1 TKG auf den „Inhalt“ der Telekommunikation bezieht, also gerade auf die durch die Signale repräsentierten Nachrichten.

173 Zu einem weiteren Versuch, Grenzen der sachlichen Reichweite des Fernmeldegeheimnisses (gegenüber dem unternehmensexternen Dritten) aufzuzeigen, siehe *Kempermann*, ZD 2012, 12, 14.

anknüpfend an die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung<sup>174</sup> möglicherweise der sachliche Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses nicht (mehr) betroffen.<sup>175</sup>

Viele der vermeintlichen Probleme dürften sich des Weiteren durch klare Vorgaben für die private Telekommunikationsnutzung lösen lassen.<sup>176</sup> So ist z. B. nicht recht ersichtlich, warum es dem Arbeitgeber nicht möglich sein soll, bei gestatteter Privatnutzung seiner handelsrechtlichen Verpflichtung zur Dokumentation der ein- und ausgehenden Handelsbriefe nachzukommen, indem er seine Arbeitnehmer anweist, die betriebliche Korrespondenz entsprechend zu separieren und zu dokumentieren.<sup>177</sup> Die tatsächliche

174 BVerfGE 124, 43, 54 (Beschl. v. 16.6.2009 – Az. 2 BvR 902/06); 120, 274, 307 f. (Urt. v. 27.2.2008 – Az. 1 BvR 370, 595/07); 115, 166, 183 ff. (Urt. v. 2.3.2006 – Az. 2 BvR 2099/04).

175 So zumindest VGH Kassel, NJW 2009, 2470, 2471 f. (Beschl. v. 19.5.2009 – Az. 6 A 2672/08.Z); LAG Berlin-Brandenburg, BB 2011, 2298, 2300 (Urt. v. 16.2.2011 – Az. 4 Sa 2132/10); LAG Hamm, ZD 2013, 135, 139 f. (Urt. v. 10.7.2012 – Az. 14 Sa 1711/10); LAG Niedersachsen, K&R 2010, 613, 615 (Urt. v. 31.5.2010 – Az. 12 Sa 875/09); VG Frankfurt a. M., WM 2009, 948, 950 f. (Urt. v. 6.11.2008 – Az. 1 K 628/08.F); VG Karlsruhe, NVwZ-RR 2013, 797, 801 (Urt. v. 27.5.2013 – Az. 2 K 3249/12); ArbG Berlin, Urt. v. 17.8.2010 – Az. 36 Ca 235/10, S. 6; *Arning/Moos/Becker*, CR 2012, 592, 595; *Beckschulze*, DB 2009, 2097, 2098; *Behling*, BB 2010, 892, 893; *Burkard*, NJW-Spezial 2011, 370; *Däubler* (Fn. 1), Rn. 237d (S. 197); *Culmsee/Dorschel*, CR 2013, 290, 293 Fn. 38; *Eckhardt*, DuD 2008, 103, 104 f.; *Härting*, CR 2009, 581, 584; 2007, 311, 313; *Heinemeyer*, CCZ 2013, 115, 117; *Hoppe/Braun*, MMR 2010, 80, 82; *Hülsdunk*, EWiR 2006, 305, 306; *Jandt*, K&R 2011, 631, 632; *Just/Voß*, EWiR 2009, 657, 658; *Möller*, ITRB 2013, 286, 287; *Panzer-Heemeier*, DuD 2012, 48, 52; *Rübenstahl/Debus*, NZWiSt 2012, 129, 133 f.; *Sassenberg/Mantz*, BB 2013, 889, 890; *Scherp/Stief*, BKR 2009, 404, 408; *Schild*, PersV 2012, 94, 96; *Tiedemann*, MMR 2010, 641, 642; ZD 2011, 45, 46; *Vahle*, DVP 2012, 132; *Vogel/Glas*, DB 2009, 1747, 1753; a. A. *Mattl* (Fn. 1), S. 59 f.; *de Wolf*, NZA 2010, 1206, 1210; mit Blick auf die abweichende technische Gestaltung in der Praxis skeptisch bzw. differenzierend auch *Barton*, RDV 2012, 217, 221; *Brink*, jurisPR-ArbR 33/2011 Anm. 5; *Kiesche/Wilke*, AiB 2012, 92, 94; *Kremer/Meyer-van Raay*, ITRB 2010, 133, 135; *Rath/Karner*, K&R 2010, 469, 472 f.; *Schild*, ZfPR online 8/2011, 19, 22; *Schuster*, ZIS 2010, 68, 72; *Seel*, öAT 2013, 4, 6. Noch weitergehend wird z. T. die Auffassung vertreten, dass für § 88 TKG im Gegensatz zu Art. 10 GG allein der technische Begriff der Telekommunikation nach § 3 Nr. 22 TKG gelte, womit auch auf Anlagen des Diensteanbieters ruhende Nachrichten per se nicht dem Schutzbereich des § 88 TKG unterfielen, so *Behling*, BB 2010, 892, 894; im Ansatz ähnlich auch *Sander*, CR 2014, 176, 178; anders für Art. 10 GG BVerfGE 124, 43, 54 ff. (Beschl. v. 16.6.2009 – Az. 2 BvR 902/06).

176 Vgl. *Burkard*, NJW-Spezial 2011, 370, 370 f.; *Fülbier/Splittgerber*, NJW 2012, 1995, 2000; *Hartmann/Pröpper*, BB 2009, 1300, 1301; *Kliemt*, AuA 2001, 532, 533; *Kremer/Meyer-van Raay*, ITRB 2010, 133, 137 f.; *Lensdorf/Born*, CR 2013, 30, 34 ff.; *Maschmann* (Fn. 9), S. 248; *Munz* (Fn. 1), § 88 TKG Rn. 23; *Pröpper/Römermann*, MMR 2008, 514, 516; *Scherp/Stief*, BKR 2009, 404, 408; *Tiedemann*, ZD 2011, 45, 47; *Vietmeyer/Byers*, MMR 2010, 807, 809; *Wellhöner/Byers*, BB 2009, 2310; *Wybitul*, ZD 2011, 69, 73.

177 Vgl. auch *Beckschulze*, DB 2009, 2097; *Däubler* (Fn. 1), Rn. 286a (S. 219); *Rath/Karner*, K&R 2007, 446, 452; *de Wolf*, NZA 2010, 1206, 1208 u. 1211. Noch weitergehend *Kratz/Gubbels*, NZA 2009, 652, 655, die insoweit von einer ohne gesonderte Weisung bestehenden Nebenpflicht des Arbeitnehmers ausgehen. Das dürfte zu weit gehen, da hiermit der Vertrauensschutz durch das Fernmeldegeheimnis ohne Not durch ungeschriebene arbeitsvertragliche Verpflichtungen eingeschränkt würde, siehe zur vergleichbaren Frage, inwieweit von einer konkludenten Einwilligung in eine Aufhebung der Vertraulichkeit ausgegangen werden kann, erneut BVerfGE 106, 28, 46 f. (Beschl. v. 9.10.2002 – Az. 1 BvR 1611/96, 805/98). Zweifelhaft erscheint auch die ähnliche Auffassung von *Seffer/Schneider*, ITRB 2007, 264, 266, dass es sich bei den einschlägigen Aufbewahrungsvorschriften

Unsicherheit, dass ein Arbeitnehmer aus „Vergesslichkeit, Schlamperei oder Betrug“<sup>178</sup> einer solchen Weisung möglicherweise nicht nachkommt und deshalb einzelne Handelsbriefe nicht aufbewahrt werden, besteht bei der herkömmlichen Korrespondenz ebenfalls.<sup>179</sup>

Zu guter Letzt kommt auch eine Einwilligung des Arbeitnehmers in Betracht, um dem Arbeitgeber die Möglichkeit zu geben, zur Verfolgung seiner berechtigten Interessen in bestimmten Fällen die Vertraulichkeit der privaten Telekommunikation aufzuheben.<sup>180</sup> Die Annahme, eine solche Einwilligung sei praxisuntauglich, da der Arbeitgeber für einen Eingriff in das Fernmeldegeheimnis nicht nur der Einwilligung seines Arbeitnehmers, sondern auch der Einwilligung des jeweiligen Kommunikationspartners bedürfe,<sup>181</sup> entspricht zwar der wohl vorherrschenden Auffassung im Schrifttum,<sup>182</sup> ist aber abzulehnen. Das Fernmeldegeheimnis schützt nicht das Vertrauen auf den Kommunikationspartner.<sup>183</sup> Es ist also nicht tangiert, wenn einer der beteiligten Kommunikationspartner die Vertraulichkeit der Kommunikation (und das ist entscheidend für die

---

(etwa des HGB) insoweit um *leges speciales* zum TKG handle. Denn bei diesen Vorschriften handelt es sich um allgemeine Dokumentationspflichten für alle Handelsbriefe, während § 88 Abs. 3 TKG einen spezifisch für den Bereich der Telekommunikation geltenden Vertraulichkeitsschutz formuliert, der nur durch spezifisch auf Telekommunikationsvorgänge bezogene gesetzliche Vorschriften durchbrochen werden kann (§ 88 Abs. 3 S. 3 TKG); im Ergebnis wie hier *Möller*, ITRB 2013, 286, 288. Nicht zwingend ist auch die Auffassung von *Beckschulze*, DB 2009, 2097, dem zufolge jede private Nutzungsmöglichkeit immer unter dem Vorbehalt stehe, dass der Arbeitgeber seinen gesetzlichen (Aufbewahrungs-) Pflichten nachkommen kann. Abgesehen davon, dass zu einer solchen Einschränkung angesichts der vielfältigen Handlungsmöglichkeiten kein Anlass besteht, widerspricht sie auch dem insoweit einschränkungslosen Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses. Es dürfte umgekehrt einiges dafür sprechen, dass die gesetzlichen Aufbewahrungspflichten nur so weit reichen, wie der Arbeitgeber ihnen ohne Rechtsverstoß nachkommen kann; jedenfalls wird es insoweit an einem Verschulden fehlen.

178 *De Wolf*, NZA 2010, 1206, 1208.

179 A. A. *de Wolf*, NZA 2010, 1206, 1208, der hier ein „ernstes Problem“ sieht.

180 Siehe hierzu *Altenburg/v. Reinersdorff/Leister*, MMR 2005, 135; *Barton*, K&R 2004, 305, 310; *Beckschulze*, DB 2003, 2777, 2777 f.; *Burkard*, NJW-Spezial 2011, 370, 370 f.; *Gimmy*, DRiZ 2007, 327, 329; *Gola*, MMR 1999, 322, 327; *Hartmann/Pröpper*, BB 2009, 1300, 1301; *Hoppe/Braun*, MMR 2010, 80, 84; *Maschmann* (Fn. 9), S. 253; *Mattl* (Fn. 1), S. 87 ff. u. 194 f.; *Meister/Laun* (Fn. 1), Kap. 14 Rn. 11 (S. 779); *Mengel*, BB 2004, 2014, 2021; 1445, 1452; *Naujock*, DuD 2002, 592, 594; *Pröpper/Römermann*, MMR 2008, 514, 517; *Seel*, öAT 2013, 4, 6; *Weißnicht*, MMR 2003, 448, 449; *Zilkens*, DuD 2005, 253, 255 f. u. 261; im Ergebnis auch *Härting*, CR 2007, 311, 312 f.

181 *Härting*, CR 2007, 311, 312; *Hilber/Frik*, RdA 2002, 89, 94; *Schimmelpfennig/Wenning*, DB 2006, 2290, 2292; *Schuster*, CR 2014, 21; *Stamer/Kuhnke* (Fn. 2), § 32 BDSG Rn. 111; *Thüsing* (Fn. 2), Rn. 237 (S. 111). Generell gegen die Möglichkeit einer Einwilligung *Kieper*, DuD 1998, 583, 588.

182 Vgl. etwa *Baldus*, in: *Epping/Hillgruber*, GG, 2009, Art. 10 Rn. 16 u. 27; *Balsmeier/Weißnicht*, K&R 2005, 537, 541; *Bizer*, DuD 2004, 432; *Bock* (Fn. 1), § 88 Rn. 19 u. 44; *Dann/Gastell*, NJW 2008, 2945, 2946; *Ellinghaus* (Fn. 1), § 88 Rn. 11; *Frenzel* (Fn. 1), § 88 Rn. 17; *Hanebeck/Neunhoffer*, K&R 2006, 112, 113 f.; *Hansen-Oest* (Fn. 1), § 85 Rn. 9; *Hörl/Buddee*, ITRB 2002, 160, 161; *Königshofen*, RDV 1997, 97, 98; *Kremer/Meyer-van Raay*, ITRB 2010, 133, 135; *Nolte/Becker*, BB-Special 5/2008, 23, 25; *Rieß*, DuD 2001, 672, 674; *Zerres* (Fn. 1), § 88 Rn. 15; evtl. auch *Lau* (Fn. 9), C § 88 Rn. 85. Im Kontext von § 206 StGB ebenso OLG Karlsruhe, CR 2006, 288, 290 (Beschl. v. 10.1.2005 – Az. 1 Ws 152/04).

Abgrenzung etwa zu einer Fangschaltung: hinsichtlich der ihm selbst zugänglichen Informationen und Inhalte<sup>184</sup>) durch seine Einwilligung in einen Eingriff aufhebt.<sup>185</sup>

## 2. Geringe Schutzwürdigkeit der gegenläufigen Interessen

Selbst wenn man die Frage nach dem tatsächlichen Gewicht der einem Vertraulichkeitsschutz aus § 88 TKG gegenläufigen Interessen (des Arbeitgebers) ausblendet, sind diese aber bestenfalls in sehr geringem Maße schutzwürdig. Es obliegt nämlich allein der Entscheidung des Arbeitgebers, ob und in welchem Umfang (Telefon, Internet usw.) er die Privatnutzung gestattet.<sup>186</sup> Er hat es also rechtlich selbst in der Hand, ob

183 Siehe BVerfGE 120, 274, 340 (Urt. v. 27.2.2008 – Az. 1 BvR 370, 595/07); 106, 28, 37 (Beschl. v. 9.10.2002 – Az. 1 BvR 1611/96, 805/98); *Baldus* (Fn. 182), Art. 10 Rn. 24.5 u. 60; *Bock* (Fn. 1), § 88 Rn. 4; *Eckhardt* (Fn. 63), Teil L Rn. 18 (S. 1450); *Ellinghaus* (Fn. 1), § 88 Rn. 9; *Löwer*, in: v. Münch/Kunig, GG, Bd. 1, 6. A., 2012, Art. 10 Rn. 7; *Möller*, ITRB 2013, 286, 287; *Rieß*, DuD 2001, 672; *Schuster*, ZIS 2010, 68, 74.

184 Siehe auch BVerfGE 106, 28, 38 (Beschl. v. 9.10.2002 – Az. 1 BvR 1611/96, 805/98) („in seinem Einfluss- und Verantwortungsbereich“).

185 Siehe BVerfGE 120, 274, 341 (Urt. v. 27.2.2008 – Az. 1 BvR 370, 595/07) („Da das Telekommunikationsgeheimnis das personengebundene Vertrauen der Kommunikationsbeteiligten zueinander nicht schützt, erfasst die staatliche Stelle die Kommunikationsinhalte bereits dann autorisiert, wenn nur einer von mehreren Beteiligten ihr diesen Zugriff freiwillig ermöglicht hat.“); 106, 28, 37 f. (Beschl. v. 9.10.2002 – Az. 1 BvR 1611/96, 805/98); *Grobys*, NJW-Spezial 2004, 273; *Jenny* (Fn. 1), § 88 TKG Rn. 11; *Löwer* (Fn. 183), Art. 10 Rn. 7; *Löwisch*, DB 2009, 2782, 2783; wohl auch *Munz* (Fn. 1), § 88 TKG Rn. 18, sowie (jedenfalls für elektronische Post) *Beckschulze*, DB 2003, 2777, 2780; *Elschner* (Fn. 1), S. 149; *Kempermann*, ZD 2012, 12, 14; *Mattl* (Fn. 1), S. 101 f.; *Seffer/Schneider*, ITRB 2007, 264, 266; *Schuster*, ZIS 2010, 68, 74; ähnlich auch (für den Schutz vor unerwünschten elektronischen Nachrichten) *Eckhardt* (Fn. 12), § 88 TKG Rn. 29 f.; *Kleszczewski* (Fn. 1), § 88 Rn. 11; *Lejeune*, CR 2005, 290, 291; *Rath/Karner*, K&R 2007, 446, 452; für das bloße Unterdrücken einer elektronischen Nachricht auch *Härting*, CR 2007, 311, 316; noch weitergehend (auch eine Betriebsvereinbarung für ausreichend erachtend) *Beckschulze*, DB 2003, 2777, 2785; *Beckschulze/Henkel*, DB 2001, 1491, 1496; *Deiters*, ZD 2012, 109, 113; *Grobys*, NJW-Spezial 2004, 273, 273 f.; *Krauß*, JurPC Web-Dok. 14/2004, Abs. 17; *Meister/Laun* (Fn. 1), Kap. 14 Rn. 11 (S. 779); *Thüsing* (Fn. 2), Rn. 107 ff. (S. 52 ff.); *Vehslage*, AnwBl 2001, 145, 147; insoweit (zu Recht) a. A. *Bizer*, DuD 2004, 432; 2001, 618, 619; *Däubler* (Fn. 1), Rn. 237c (S. 196); *Elschner* (Fn. 1), S. 199; *Hanebeck/Neunhoeffler*, K&R 2006, 112, 114; *Haußmann/Krets*, NZA 2005, 259, 263; *Hilber/Frik*, RdA 2002, 89, 94; *Hoppe/Braun*, MMR 2010, 80, 84; *Kempermann*, ZD 2012, 12, 14; *Kieper*, DuD 1998, 583, 588; *Kiesche/Wilke*, CuA 4/2011, 14, 17; *Kremer/Meyer-van Raay*, ITRB 2010, 133, 136; *Löwisch*, DB 2009, 2782, 2783; *Mattl* (Fn. 1), S. 104 ff.; *Mengel*, BB 2004, 2014, 2021; 1445, 1452 f.; *Munz* (Fn. 1), § 88 TKG Rn. 18; *Panzer-Heemeier*, DuD 2012, 48, 50; *Roßmann*, DuD 2002, 286, 289; *Schimmelpfennig/Wenning*, DB 2006, 2290, 2291; *Tinnefeld*, ZRP 1999, 197, 199; *Weißnicht*, MMR 2003, 448, 449; *Wulff/Richter*, AiB 2006, 214, 217; *Zilkens*, DuD 2005, 253, 255; tendenziell auch *Naujock*, DuD 2002, 592, 594. Zur Möglichkeit einer Regelung durch Tarifvertrag (bejahend) *Löwisch*, DB 2009, 2782, 2783; *Vehslage*, AnwBl 2001, 145, 147; a. A. *Däubler* (Fn. 1), Rn. 237c (S. 196); *Elschner* (Fn. 1), S. 199; *Schimmelpfennig/Wenning*, DB 2006, 2290, 2291.

186 Siehe BAG, BB 2014, 829, 830 Rn. 29 (Beschl. v. 15.10.2013 – Az. 1 ABR 31/12); *Altenburg/v. Reinersdorff/Leister*, MMR 2005, 135; *Barton*, K&R 2004, 305, 311; *Beckschulze*, DB 2003, 2777; *Bertram*, GWR 2012, 388, 389 f.; *Bier*, DuD 2004, 277, 280; *Bloesinger*, BB 2007, 2177, 2177 f.; *Braun/Spiegl*, AiB 2008, 393; *Culmsee/Dorschel*, CR 2013, 290, 294; *Däubler*, K&R 2000, 323, 324; *Fischer*, ZD 2012, 265, 267; *Frings/Wahlers*, BB 2011, 3126, 3130; *Fülbier/Splittgerber*, NJW 2012, 1995, 1999; *Gimmy*, DRiZ 2007, 327; *Hane-*

ihn die telekommunikationsrechtlichen Verpflichtungen und die weitergehenden Konsequenzen treffen, die sich hieraus ergeben.<sup>187</sup>

Im Gegensatz zu im Wettbewerb stehenden Telekommunikationsanbietern hat der Arbeitgeber auch kein unmittelbares wirtschaftliches Eigeninteresse an der Gestattung einer privaten Nutzung der betrieblichen Telekommunikationsmöglichkeiten, sondern bestenfalls entsprechende Anreize zur Förderung der Mitarbeitermotivation und des Betriebsfriedens.<sup>188</sup> Von daher ist der Arbeitgeber insoweit letzten Endes auch nicht oder nur in sehr begrenztem Maße schutzbedürftig.<sup>189</sup> Auch mit Blick auf die Folgen, die sich aus einer Einstufung als Diensteanbieter ergeben mögen, bedarf es also keiner restriktiven Auslegung des Diensteanbieterbegriffs bzw. des einfachgesetzlichen Fernmeldegeheimnisses.<sup>190</sup>

## G. Fazit

Die bisher herrschende Auffassung steht im Einklang mit § 88 Abs. 2 S. 1 TKG: Arbeitgeber, die ihren Arbeitnehmern die private Nutzung der betrieblichen Telekommunikationsmöglichkeiten gestatten, unterliegen als Diensteanbieter dem einfachgesetzlichen Fernmeldegeheimnis. Zwar befindet sich eine gegenteilige Auffassung derzeit im Vordringen. Deren Argumente sind aber ungeachtet der bisweilen doch sehr prononcierten Form, in der sie vorgebracht werden,<sup>191</sup> bei näherer Betrachtung nicht belastbar. Insbesondere ist der Rückgriff auf die Definition der „Telekommunikationsdienste“ in § 3 Nr. 24 TKG angesichts der spezielleren Legaldefinition in § 3 Nr. 10 TKG unzu-

---

*beck/Neunhoffer*, K&R 2006, 112, 115; *Härting*, CR 2007, 311, 312; *Heilmann/Tege*, AuA 2001, 52, 55; *Hörl/Buddee*, ITRB 2002, 160; *Kliemt*, AuA 2001, 532, 533; *Kömpf/Kunz*, NZA 2007, 1341, 1344 f.; *Kratz/Gubbels*, NZA 2009, 652; *Lensdorf/Born*, CR 2013, 30, 33; *Lindemann/Simon*, BB 2001, 1950, 1953; *Maschmann* (Fn. 9), S. 248; *Mattl* (Fn. 1), S. 33 ff.; *Mengel*, BB 2004, 2014; 1445, 1446; *Nägele/Meyer*, K&R 2004, 312; *Naujock*, DuD 2002, 592, 594; *Panzer-Heemeier*, DuD 2012, 48, 49; *Schimmelpfennig/Wenning*, DB 2006, 2290; *Schmidl*, MMR 2005, 343, 344; *Schmidt*, BB 2009, 1295, 1297; *Seel*, öAT 2013, 4; *Seffer/Schneider*, ITRB 2007, 264, 265; *Vehslage*, AnwBl 2001, 145; *Vietmeyer/Byers*, MMR 2010, 807, 808; *Weißnicht*, MMR 2003, 448; *Wellhöner/Byers*, BB 2009, 2310; *Zilkens*, DuD 2005, 253.

187 A. A. *Thüsing* (Fn. 2), Rn. 242 (S. 113 f.), mit der bemerkenswerten Überlegung, der Arbeitgeber könne seine Interessen nur durch eine Überwachung des Telekommunikationsverkehrs (bzw. des E-Mail-Verkehrs) durchsetzen. Ähnlich *Hanebeck/Neunhoffer*, K&R 2006, 112, 115. Warum der Arbeitgeber seine Interessen nicht auch einfach durch ein Verbot der Privatnutzung oder ihre Gestattung nur im Rahmen sachangemessener Beschränkungen durchsetzen kann, bleibt insoweit unklar.

188 Siehe zu letztgenanntem Aspekt *Burkard*, NJW-Spezial 2011, 370; *Deiters*, ZD 2012, 109, 110; *Kempermann*, ZD 2012, 12; *Nolte/Becker*, BB-Special 5/2008, 23, 24. *Maschmann* (Fn. 9), S. 248, spricht von „personalpolitischen Gründen“, und weist a. a. O., S. 253, darauf hin, dass ein Verbot der Privatnutzung angesichts der mittlerweile erreichten Verbreitung von Internetzugängen nicht mehr unbillig erscheine.

189 Ebenso *Schmidt*, BB 2009, 1295, 1297. In diese Richtung auch *Säcker* (Fn. 1), § 3 Rn. 28; *Wellhöner/Byers*, BB 2009, 2310.

190 *Elschner* (Fn. 1), S. 184.

191 Siehe etwa *Schuster*, CR 2014, 21, der sich auf seine unstrittige Erfahrung im Telekommunikationsrecht beruft, die ihn „verwundert“ der bislang h. M. gegenüberstehen lasse.

lässig. Der unreflektierte Rückgriff auf den in § 1 TKG normierten Gesetzeszweck verkennt sowohl die spezifische Zwecksetzung von § 88 TKG, also den Schutz der Vertraulichkeit, der gerade auch bei der privaten Nutzung betrieblicher Telekommunikationsmöglichkeiten virulent ist, als auch die wettbewerblichen Implikationen der privaten Nutzung betrieblicher Telekommunikationsmöglichkeiten. Es wäre daher wünschenswert, wenn die Rechtsprechung einiger Gerichte, auf die sich die restriktive Auffassung beruft, schnellstmöglich korrigiert wird.

In praktischer Hinsicht wird die hier diskutierte Frage aber voraussichtlich zumindest auf mittlere und längere Sicht zumindest partiell an Relevanz verlieren: Wenn sich pauschal tarifierte Angebote auch im Bereich der mobilen Sprach- und Datenübertragung (weiter) etablieren sollten, dürften mehr und mehr Arbeitnehmer auch am Arbeitsplatz bzw. während der Arbeitspausen ihre eigenen mobilen Endgeräte zur privaten Telekommunikation nutzen können.<sup>192</sup> Bis dahin oder aber bis zu einer Änderung der einschlägigen Vorschriften<sup>193</sup> bleibt es dabei: Erlaubt der Arbeitgeber seinen Arbeitnehmern die private Nutzung der betrieblichen Telekommunikationsmöglichkeiten, muss er die von ihm eröffnete Privatsphäre dann auch respektieren, unterfällt er also als Diensteanbieter im telekommunikationsrechtlichen Sinne dem Fernmeldegeheimnis aus § 88 TKG.<sup>194</sup>

---

192 In diese Richtung auch *Koch*, NZA 2008, 911, 916; *Walther/Zimmer*, BB 2013, 2933, 2937.

193 Zu derartigen Bestrebungen siehe *Bock* (Fn. 1), § 88 Rn. 3.

194 So im Übrigen auch die Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drs. 17/4230, 38, 42 (zu Nr. 28 lit. b): „Insoweit bleibt es bei der bestehenden Rechtslage, wonach die vom Arbeitgeber erlaubte private Nutzung von Telekommunikationsdiensten am Arbeitsplatz nach den Vorschriften des Telekommunikationsgesetzes, insbesondere nach § 88 TKG, zu beurteilen ist.“



## Literaturverzeichnis

- Altenburg, Stephan/v. Reinersdorff, Wolfgang/Leister, Thomas*, Telekommunikation am Arbeitsplatz, MMR 2005, 135
- Arndt, Hans-Wolfgang/Fetzer, Thomas/Scherer, Joachim* (Hrsg.), TKG, 2008
- Arning, Marian/Moos, Flemming/Becker, Maximilian*, Vertragliche Absicherung von Bring Your Own Device, CR 2012, 592
- Balsmeier, Benjamin/Weißnicht, Elmar*, Überwachung am Arbeitsplatz und deren Einfluss auf die Datenschutzrechte Dritter, K&R 2005, 537
- Barton, Dirk-Michael*, E-Mail-Kontrolle durch Arbeitgeber, CR 2003, 839
- Barton, Dirk-Michael*, Keine Strafbarkeit des Arbeitgebers gemäß § 206 StGB infolge „Irrtums“ gemäß § 17 StGB, jurisPR-StrafR 14/2012 Anm. 1
- Barton, Dirk-Michael*, Keine Strafbarkeit wegen Verletzung des Fernmeldegeheimnisses nach § 206 StGB bei betrieblicher E-Mail-Kontrolle, RDV 2012, 217
- Barton, Dirk-Michael*, (Mit-) Verantwortlichkeit des Arbeitgebers für rechtsmissbräuchliche Online-Nutzungen durch den Arbeitnehmer, CR 2003, 592
- Barton, Dirk-Michael*, Risiko-Management und IT-Sicherheit, K&R 2004, 305
- Beck'scher TKG-Kommentar, 2. A., 2000
- Beck'scher TKG-Kommentar, 4. A., 2013
- Beckschulze, Martin*, Internet-, Intranet- und E-Mail-Einsatz am Arbeitsplatz, DB 2003, 2777
- Beckschulze, Martin*, Internet-, Intranet- und E-Mail-Einsatz am Arbeitsplatz, DB 2007, 1526
- Beckschulze, Martin*, Internet- und E-Mail-Einsatz am Arbeitsplatz, DB 2009, 2097
- Beckschulze, Martin/Henkel, Wolfram*, Der Einfluss des Internets auf das Arbeitsrecht, DB 2001, 1491
- Behling, Thorsten B.*, Compliance versus Fernmeldegeheimnis, BB 2010, 892
- Bertram, Axel*, Offline – Verbot privater Internetnutzung am Arbeitsplatz jederzeit möglich?, GWR 2012, 388
- Bier, Sascha*, Internet und Email am Arbeitsplatz, DuD 2004, 277
- Bizer, Johann*, Die dienstliche Telekommunikation unter dem Schutz des Fernmeldegeheimnisses, DuD 2001, 618
- Bizer, Johann*, Private Internetnutzung am Arbeitsplatz, DuD 2004, 432
- Blasius, Hans*, Die Rolle des Richters bei der Bildung von Recht, NWVBI. 2008, 325
- Bloesinger, Hubert*, Grundlagen und Grenzen privater Internetnutzung am Arbeitsplatz, BB 2007, 2177
- Braun, Frank/Spiegl, Katarina*, E-Mail und Internet am Arbeitsplatz, AiB 2008, 393
- Brink, Stefan*, Datenschutzrechtliche Konsequenzen der Gestattung privater Nutzung des dienstlichen E-Mail-Accounts, jurisPR-ArbR 33/2011 Anm. 5

- Burkard, Julia*, Data-use-Policies – Ausgleich von Unternehmens- und Arbeitnehmerinteressen, NJW-Spezial 2011, 370
- Culmsee, Thorsten/Dorschel, Joachim*, E-Mails als Nebenpflicht – Treuepflichten bei der Bereitstellung von E-Mail-Accounts, CR 2013, 290
- Dann, Matthias/Gastell, Roland*, Geheime Mitarbeiterkontrollen: Straf- und arbeitsrechtliche Risiken bei unternehmensinterner Aufklärung, NJW 2008, 2945
- Däubler, Wolfgang*, Internet und Arbeitsrecht, 4. A., 2013
- Däubler, Wolfgang*, Nutzung des Internet durch Arbeitnehmer, K&R 2000, 323
- Deiters, Gerhard*, Betriebsvereinbarung Kommunikation, ZD 2012, 109
- Diercks, Nina*, Social Media im Unternehmen, K&R 2014, 1
- Eckhardt, Jens*, Archivierung von E-Mails, DuD 2008, 103
- Eckhardt, Jens/Schmitz, Peter*, Datenschutz in der TKG-Novelle, CR 2011, 436
- Elbel, Thomas*, Die datenschutzrechtlichen Vorschriften für Diensteanbieter im neuen Telekommunikationsgesetz auf dem Prüfstand des europäischen und deutschen Rechts, 2005
- Elschner, Günter*, Rechtsfragen der Internet- und E-Mail-Nutzung am Arbeitsplatz, 2004
- Epping, Volker/Hillgruber, Christian* (Hrsg.), GG, 2009
- Ernst, Stefan*, Der Arbeitgeber, die E-Mail und das Internet, NZA 2002, 585
- Feldmann, Thorsten*, Unterliegen Arbeitgeber der Pflicht zur Vorratsdatenspeicherung gem. § 113a TKG?, NZA 2008, 1398
- Fischer, Julian*, Arbeitnehmerschutz beim E-Mail-Verkehr, ZD 2012, 265
- Fleck, Ulrike*, Brauchen wir ein Arbeitnehmerdatenschutzgesetz?, BB 2003, 306
- Frings, Arno/Wahlers, Ulrich*, Social Media, iPad & Co. im Arbeitsverhältnis, BB 2011, 3126
- Fülbier, Ulrich/Splittgerber, Andreas*, Keine (Fernmelde-) Geheimnisse vor dem Arbeitgeber?, NJW 2012, 1995
- Gimmy, Marc André*, Nutzung des Internets am Arbeitsplatz – ein Überblick, DRiZ 2007, 327
- Gola, Peter*, Neuer Tele-Datenschutz für Arbeitnehmer?, MMR 1999, 322
- Gola, Peter/Jaspers, Andreas*, Datenschutz bei Telearbeit – Zur Anwendung von BDSG, TKG und TDDSG, RDV 1998, 243
- Gola, Peter/Müthlein, Thomas*, Neuer Tele-Datenschutz – bei fehlender Koordination über das Ziel hinausgeschossen?, RDV 1997, 193
- Gola, Peter/Schomerus, Rudolf* (Hrsg.), BDSG, 11. A., 2012
- Gramlich, Ludwig*, Internetnutzung zu privaten Zwecken in Behörden und Unternehmen, RDV 2001, 123

- Grimm, Detlef*, Anmerkung zum Urteil des LAG Berlin-Brandenburg v. 16.2.2011, ArbRB 2011, 200
- Grimm, Detlef/Freh, Stefan*, Arbeitsrecht und Compliance (Teil II), ZWH 2013, 89
- Grimm, Detlef/Michaelis, Isabel*, Keine Vorratsdatenspeicherungspflicht für Arbeitgeber, DB 2009, 174
- Grobys, Marcel*, Nutzung von E-Mail/Internet am Arbeitsplatz, NJW-Spezial 2004, 273
- Grobys, Marcel*, Wir brauchen ein Arbeitnehmerdatenschutzgesetz!, BB 2003, 682
- Groebel, Annegret/Katzschmann, Tobias/Koenig, Christian/Lemberg, Nils H.* (Hrsg.), Handbuch Postrecht, 2014
- Gundermann, Lukas*, Das neue TKG-Begleitgesetz, K&R 1998, 48
- Guttmann, Micha*, Internet-Kommunikation am Arbeitsplatz: Von E-Mail bis Facebook, AE 2010, 129
- Hahn, Peter/Pichhardt, Klaus*, Lebensmittelsicherheit, 2. A., 2008
- Hanebeck, Alexander/Neunhoeffer, Friederike*, Anwendungsbereich und Reichweite des telekommunikationsrechtlichen Fernmeldegeheimnisses – Rechtliche Schwierigkeiten bei der Anwendung des TKG, K&R 2006, 112
- Härting, Niko*, Beschlagnahme und Archivierung von Mails, CR 2009, 581
- Härting, Niko*, E-Mail und Telekommunikationsgeheimnis, CR 2007, 311
- Härting, Niko*, VG Karlsruhe: Kein TK-Geheimnis für private Mails am Arbeitsplatz (Fall Mappus), CRonline-Blog v. 4.6.2013
- Hartmann, Daniel/Pröpper, Martin*, Internet und E-Mail am Arbeitsplatz – Mustervereinbarung für den dienstlichen und privaten Zugang, BB 2009, 1300
- Hassemer, Ines M./Witzel, Michaela*, Filterung und Kontrolle des Datenverkehrs, ITRB 2006, 139
- Haußmann, Katrin/Krets, Jérôme*, EDV-Betriebsvereinbarungen im Praxistest, NZA 2005, 259
- Heidrich, Joerg/Tschoepe, Sven*, Rechtsprobleme der E-Mail-Filterung, MMR 2004, 75
- Heilmann, Joachim/Tege, Claudia*, Informationstechnologie im Unternehmen, AuA 2001, 52
- Heinemeyer, Ilka*, Anmerkung zum Urteil des LAG Hamm v. 10.7.2012, CCZ 2013, 115
- Heun, Sven-Erik* (Hrsg.), Handbuch Telekommunikationsrecht, 2. A., 2007
- Heun, Sven-Erik*, IT-Unternehmen als Telekommunikationsanbieter, CR 2008, 79
- Hilber, Marc D./Frik, Roman*, Rechtliche Aspekte der Nutzung von Netzwerken durch Arbeitnehmer und den Betriebsrat, RdA 2002, 89
- Hoeren, Thomas*, Die Umsetzung der Richtlinie zur Vorratsdatenspeicherung – Konsequenzen für die Privatwirtschaft, JZ 2008, 668
- Hoppe, René/Braun, Frank*, Arbeitnehmer-E-Mails: Vertrauen ist gut – Kontrolle ist schlecht, MMR 2010, 80
- Hörl, Bernhard/Buddee, Antje*, Private E-Mail-Nutzung am Arbeitsplatz, ITRB 2002, 160

*Hülsdunk, Lutz*, Anmerkung zum Urteil des BVerfG v. 2.3.2006, EWiR 2006, 305

*Jandt, Silke*, Fernmeldegeheimnis im Arbeitsverhältnis bei erlaubter E-Mail-Nutzung zu privaten Zwecken, K&R 2011, 631

*Jofer, Robert/Wegerich, Christine*, Betriebliche Nutzung von E-Mail-Diensten – Kontrollbefugnisse des Arbeitgebers, K&R 2002, 235

*Just, Clemens/Voß, Thorsten*, Anmerkung zum Beschluss des VGH Kassel v. 19.5.2009, EWiR 2009, 657

*Kempermann, Philip*, Strafbarkeit nach § 206 StGB bei Kontrolle von Mitarbeiter-E-Mails, ZD 2012, 12

*Kieper, Marcus*, Datenschutz für Telearbeitnehmer, DuD 1998, 583

*Kieper, Marcus*, Datenschutzrechtliche Bewertung von Proxy-Cache-Servern, DuD 1999, 591

*Kiesche, Eberhard/Wilke, Matthias*, E-Mail und Internet am Arbeitsplatz, CuA 4/2011, 15

*Kiesche, Eberhard/Wilke, Matthias*, Fernmeldegeheimnis im Arbeitsverhältnis, AiB 2012, 92

*Kiper, Manuel/Ruhmann, Ingo*, Überwachung der Telekommunikation, DuD 1998, 155

*Kliemt, Michael*, Vertrauen ist gut, Kontrolle ist besser?, AuA 2001, 532

*Koch, Frank A.*, Rechtsprobleme privater Nutzung betrieblicher elektronischer Kommunikationsmittel, NZA 2008, 911

*Koenig, Christian/Neumann, Andreas*, Die neue Telekommunikations-Datenschutzverordnung, K&R 2000, 417

*Koenig, Christian/Neumann, Andreas*, Telekommunikationsrechtliche Ansprüche auf Leistungen der Fakturierung und des Inkassos für Internet-by-Call-Dienstleistungen, K&R-Beilage 3/2004, 1

*Koenig, Christian/Neumann, Andreas*, Das Ende des sektorspezifischen Datenschutzes für die Telekommunikation?, ZRP 2003, 5

*Kömpf, Nicola/Kunz, Holger*, Kontrolle der Nutzung von Internet und E-Mail am Arbeitsplatz in Frankreich und in Deutschland, NZA 2007, 1341

*Königshofen, Thomas*, Datenschutz in der Telekommunikation, ArchivPT 1997, 19

*Königshofen, Thomas*, Die Telekommunikations-Datenschutzverordnung – TDSV, DuD 2001, 85

*Königshofen, Thomas*, Die Umsetzung von TKG und TDSV durch Netzbetreiber, Service-Provider und Telekommunikationsanbieter, RDV 1997, 97

*Königshofen, Thomas*, Neue rechtliche Anforderungen an die Sicherheit, den Datenschutz und die Telekommunikationsüberwachung für Betriebe und Behörden, RTkom 1999, 138

*Königshofen, Thomas/Ulmer, Claus-Dieter*, Datenschutz-Handbuch Telekommunikation, 2006

- Kort, Michael*, Einsatz von IT-Sicherheitsmaßnahmen durch den Arbeitgeber: Konsequenzen einer Anwendung des Telekommunikationsgesetzes (TKG), DB 2011, 2092
- Kratz, Felix/Gubbels, Achim*, Beweisverwertungsverbote bei privater Internetnutzung am Arbeitsplatz, NZA 2009, 652
- Krauß, Claudia*, Internet am Arbeitsplatz, JurPC Web-Dok. 14/2004
- Kremer, Michaela/Meyer-van Raay, Oliver*, Der Zugriff auf Mitarbeiter-Mails durch den Arbeitgeber und dessen Outsourcing-Provider, ITRB 2010, 133
- Kutzki, Juergen/Hackemann, Martin*, Internet & E-Mail in der Behörde, ZTR 2003, 375
- Lejeune, Mathias*, Anmerkung zum Beschluss des OLG Karlsruhe v. 10.1.2005, CR 2005, 290
- Lensdorf, Lars/Born, Walter*, Die Nutzung und Kontrolle des dienstlichen E-Mail-Accounts und Internetzugangs, CR 2013, 30
- Lindemann, Achim/Simon, Oliver*, Betriebsvereinbarungen zur E-Mail-, Internet- und Intranet-Nutzung, BB 2001, 1950
- Löwisch, Manfred*, Fernmeldegeheimnis und Datenschutz bei der Mitarbeiterkontrolle, DB 2009, 2782
- Lunk, Stefan*, Prozessuale Verwertungsverbote im Arbeitsrecht, NZA 2009, 457
- Lutz, Holger/Weigl, Michaela*, Unified Communications as a Service, CR 2014, 85
- Manssen, Gerrit* (Hrsg.), Telekommunikations- und Multimediarecht, Loseblattsammlung, Stand: 33. Ergänzungslieferung (11/2013)
- Maschmann, Frank*, Mitarbeiterkontrolle in Theorie und Praxis, in: FS Hromadka, 2008, S. 233
- Maschmann, Frank*, Wieweit kann der Arbeitgeber gehen?, AuA 2000, 519
- Mattl, Tina*, Die Kontrolle der Internet- und E-Mail-Nutzung am Arbeitsplatz, 2008
- Meinberg, Ralf/Grabe, Olaf*, Voice over IP – IP basierter Sprachdienst vor dem Hintergrund des novellierten TKG, K&R 2004, 409
- Mengel, Anja*, Kontrolle der E-mail- und Internetkommunikation am Arbeitsplatz, BB 2004, 2014
- Mengel, Anja*, Kontrolle der Telefonkommunikation am Arbeitsplatz – Wege durch einen juristischen Irrgarten?, BB 2004, 1445
- Möller, Reinhard*, Löschung des E-Mail-Accounts nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses, ITRB 2013, 286
- Müller, Andreas*, Datenschutz beim betrieblichen E-Mailing, RDV 1998, 205
- Müller, Friedrich/Christensen, Ralph*, Juristische Methodik, Bd. I, 11. A., 2013
- v. Münch, Ingo/Kunig, Philip* (Hrsg.), GG, Bd. 1, 6. A., 2012
- Nägele, Stefan/Meyer, Lars*, Internet und E-Mail am Arbeitsplatz: Rechtliche Rahmenbedingungen der Nutzung und Kontrolle sowie der Reaktion auf Missbrauch, K&R 2004, 312
- Naujock, Anke*, Internet-Richtlinien: Nutzung am Arbeitsplatz, DuD 2002, 592

- Neumann, Andreas/Koch, Alexander*, Telekommunikationsrecht, 2. A., 2013
- Nolte, Norbert/Becker, Thomas*, IT-Compliance, BB-Special 5/2008, 23
- Ohlenburg, Anna*, Der neue Telekommunikationsdatenschutz, MMR 2004, 431
- Panzer-Heemeier, Andrea*, Der Zugriff auf dienstliche E-Mails, DuD 2012, 48
- Plath, Kai-Uwe* (Hrsg.), BDSG, 2013
- Pohle, Jan*, Einbeziehung telekommunikativer Leistungen in IT-Verträgen, ITRB 2011, 290
- Pokutnev, Anna/Schmid, Uwe Frank*, Die TKG-Novelle 2012 aus datenschutzrechtlicher Sicht, CR 2012, 360
- Post-Ortmann, Karin*, Der Arbeitgeber als Anbieter von Telekommunikations- und Tele-diensten, RDV 1999, 102
- Pröpper, Martin/Römermann, Martin*, Nutzung von Internet und E-Mail am Arbeitsplatz (Mustervereinbarung), MMR 2008, 514
- Rath, Michael/Karner, Sophia*, Internetnutzung und Datenschutz am Arbeitsplatz, K&R 2010, 469
- Rath, Michael/Karner, Sophia*, Private Internetnutzung am Arbeitsplatz – rechtliche Zulässigkeit und Kontrollmöglichkeiten des Arbeitgebers, K&R 2007, 446
- Rieß, Joachim*, Anwendbarkeit des TKG und des IuKDG auf Telekommunikations-diensteanbieter, Service Provider und Telediensteanbieter, in: Bartsch/Lutterbeck (Hrsg.), Neues Recht für neue Medien, 1998, S. 277
- Rieß, Joachim*, TK-Datenschutz im Unternehmen (Teil 1), DuD 2001, 672
- Roßmann, Ray*, Grundlagen der EDV-Mitbestimmung, DuD 2002, 286
- Rübenstahl, Markus/Debus, Stefanie*, Strafbarkeit verdachtsabhängiger E-Mail- und EDV-Kontrollen bei Internal Investigations?, NZWiSt 2012, 129
- Rudkowski, Lena*, Ein „Arbeitnehmerüberwachungsgesetz“? – Die Kontrollrechte des Arbeitgebers im Entwurf eines Gesetzes zur Regelung des Beschäftigtendatenschutzes, ZfA 2011, 287
- Säcker, Franz Jürgen* (Hrsg.), TKG, 3. A., 2013
- Sander, Stefan*, E-Mails und die Telekommunikation i. S. d. TKG, CR 2014, 176
- Sassenberg, Thomas/Lammer, Katharina-Patricia*, Zulässigkeit der Spam-Filterung im Unternehmen, DuD 2008, 461
- Sassenberg, Thomas/Mantz, Reto*, Die (private) E-Mail-Nutzung im Unternehmen, BB 2013, 889
- Sauer, Olaf C.*, Der Einsatz von Spamfiltern am Arbeitsplatz – Eine kritische Analyse, K&R 2008, 399,
- Schaar, Peter*, Datenschutz in der liberalisierten Telekommunikation, DuD 1997, 17

- Schaar, Peter*, Datenschutzregelungen für die Telekommunikation, in: Der Hamburgische Datenschutzbeauftragte/Datenschutzbeauftragter debis Systemhaus (Hrsg.), Datenschutz bei Multimedia und Telekommunikation, 2. A., 1998, S. 22
- Schapper, Claus-Henning/Schaar, Peter*, Rechtliche Rahmenbedingungen von ISDN-Nebenstellenanlagen, CR 1990, 773
- Scheben, Barbara/Klos, Christian*, Analyse von Chatprotokollen und E-Mails – Was ist erlaubt? Was ist verwertbar?, CCZ 2013, 88
- Scheben, Barbara/Klos, Christian/Geschonneck, Alexander*, Evidence and Disclosure Management (EDM) – Eine (datenschutz-) rechtliche Analyse, CCZ 2012, 13
- Scherp, Dirk/Stief, Alexander*, Compliance – Sonderuntersuchungen in Banken und der Datenschutz, BKR 2009, 404
- Scheurle, Klaus-Dieter/Mayen, Thomas* (Hrsg.), TKG, 2. A., 2008
- Schild, Hans-Hermann*, Anmerkung zum Urteil des LAG Berlin-Brandenburg v. 16.2.2011, ZfPR online 8/2011, 19
- Schild, Hans-Hermann*, Der Einsatz der E-Mail, PersV 2012, 94
- Schild, Hans-Hermann/Tinnefeld, Marie-Theres*, Entwicklungen im Arbeitnehmerdatenschutz, DuD 2009, 469
- Schimmelpfennig, Hans-Christoph/Wenning, Holger*, Arbeitgeber als Telekommunikationsdienste-Anbieter?, DB 2006, 2290
- Schmidl, Michael*, E-Mail-Filterung am Arbeitsplatz, MMR 2005, 343
- Schmidl, Michael*, Private E-Mail-Nutzung – Der Fluch der guten Tat, DuD 2005, 267
- Schmidt, Bernd*, Vertrauen ist gut, Compliance ist besser!, BB 2009, 1295
- Schoen, Thomas*, Umgang mit E-Mail-Accounts ausgeschiedener Mitarbeiter, DuD 2008, 286
- Schuster, Fabian*, Der Arbeitgeber und das Telekommunikationsgesetz, CR 2014, 21
- Schuster, Frank Peter*, IT-gestützte interne Ermittlungen in Unternehmen – Strafbarkeitsrisiken nach den §§ 202a, 206 StGB, ZIS 2010, 68
- Schuster, Heidi*, Haftung für Malware im Arbeitsverhältnis, DuD 2006, 424
- Seel, Henning-Alexander*, Aktuelles zum Umgang mit Emails und Internet im Arbeitsverhältnis – Was sind die Folgen privater Nutzungsmöglichkeit?, öAT 2013, 4
- Seffer, Adi/Schneider, Jörg*, Behandlung des E-Mail-Accounts ausgeschiedener Organmitglieder, ITRB 2007, 264
- Spindler, Gerald/Schuster, Fabian* (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, 2. A., 2011
- Störing, Marc*, Anmerkung zum Urteil des LAG Berlin-Brandenburg v. 16.2.2011, CR 2011, 614
- Taeger, Jürgen/Gabel, Detlev* (Hrsg.), BDSG und Datenschutzvorschriften des TKG und TMG, 2. A., 2013
- Thüsing, Gregor*, Arbeitnehmerdatenschutz und Compliance, 2010
- Tiedemann, Jens*, Anmerkung zum Urteil des LAG Berlin-Brandenburg v. 16.2.2011, ZD 2011, 45

- Tiedemann, Jens*, Anmerkung zum Urteil des LAG Niedersachsen v. 31.5.2010, MMR 2010, 641
- Tinnefeld, Marie-Theres*, Arbeitnehmerdatenschutz und neue Unternehmenskulturen – Stand und Regelungsbedarf, ZRP 1999, 197
- Trute, Hans-Heinrich/Spoerr, Wolfgang/Bosch, Wolfgang* (Hrsg.), TKG mit FTEG, 2001
- Ueckert, André*, Private Internet- und E-Mail-Nutzung am Arbeitsplatz, ITRB 2003, 158
- Vahle, Jürgen*, Anmerkung zum Urteil des LAG Berlin-Brandenburg v. 16.2.2011, DVP 2012, 132
- Vehslage, Thorsten*, Privates Surfen am Arbeitsplatz, AnwBl 2001, 145
- Vietmeyer, Katja/Byers, Philipp*, Der Arbeitgeber als TK-Anbieter im Arbeitsverhältnis, MMR 2010, 807
- Vogel, Florian/Glas, Vera*, Datenschutzrechtliche Probleme unternehmensinterner Ermittlungen, DB 2009, 1747
- Wächter, Michael*, Beschäftigtendatenschutz bei nutzergenerierten sozialen Medien, JurPC Web-Dok. 28/2011
- Wahrig, Gerhard* (Begr.), Deutsches Wörterbuch, 7. A., 2002
- Walther, Michael/Zimmer, Mark*, Mehr Rechtssicherheit für Compliance-Ermittlungen, BB 2013, 2933
- Wedde, Peter*, Schutz vor verdeckten Kontrollen im Arbeitsverhältnis, DuD 2004, 21
- Weißnicht, Elmar*, Die Nutzung des Internet am Arbeitsplatz, MMR 2003, 448
- Wellhöner, Astrid/Byers, Philipp*, Datenschutz im Betrieb – Alltägliche Herausforderung für den Arbeitgeber?!, BB 2009, 2310
- Werner, Ulrich*, Befugnisse der Sicherheitsbehörden nach neuem Telekommunikationsrecht, in: Der Hamburgische Datenschutzbeauftragte/Datenschutzbeauftragter debis Systemhaus (Hrsg.), Datenschutz bei Multimedia und Telekommunikation, 2. A., 1998, S. 37
- Wiechert, Eckart/Schmidt, Joachim/Königshofen, Thomas* (Hrsg.), Telekommunikationsrecht der Bundesrepublik Deutschland – TKR, Loseblattsammlung, Stand: 6. Ergänzungslieferung (4/2000)
- Wilms, Heinrich/Masing, Johannes/Jochum, Georg* (Hrsg.), TKG, Loseblattsammlung, Stand: 8. Ergänzungslieferung (3/2007)
- Wisskirchen, Gerlind/Glaser, Julia*, Unternehmensinterne Untersuchungen (Teil II), DB 2011, 1447
- Wissmann, Martin* (Hrsg.), Telekommunikationsrecht, 2. A., 2006
- de Wolf, Abraham*, Kollidierende Pflichten: zwischen Schutz von E-Mails und „Compliance“ im Unternehmen, NZA 2010, 1206
- Wolf, Thomas/Mulert, Gerrit*, Die Zulässigkeit der Überwachung von E-Mail-Korrespondenz am Arbeitsplatz, BB 2008, 442



*Wuermeling, Ulrich/Felixberger, Stefan*, Fernmeldegeheimnis und Datenschutz im Telekommunikationsgesetz, CR 1997, 230

*Wulff, Manfred/Richter, Julian*, Private Internetnutzung am Arbeitsplatz, AiB 2006, 214

*Wybitul, Tim*, Machen sich Arbeitgeber strafbar, wenn sie betriebliche E-Mail-Zugänge ihrer Beschäftigten kontrollieren?, BB 37/2011, I

*Wybitul, Tim*, Neue Spielregeln bei E-Mail-Kontrollen durch den Arbeitgeber, ZD 2011, 69

*Zilkens, Martin*, Datenschutz am Arbeitsplatz, DuD 2005, 253

*Zimmer, Mark/Heymann, Robert C. J.*, Beteiligungsrechte des Betriebsrats bei unternehmensinternen Ermittlungen, BB 2010, 1853