



Ausarbeitung

**Arbeitsrechtliche Aspekte der dienstlichen Nutzung
privater Endgeräte**

**Arbeitsrechtliche Aspekte der dienstlichen Nutzung
privater Endgeräte**

Aktenzeichen: WD 6 - 3000 - 056/19
Abschluss der Arbeit: 27. Mai 2019
Fachbereich: WD 6: Arbeit und Soziales

Die Wissenschaftlichen Dienste des Deutschen Bundestages unterstützen die Mitglieder des Deutschen Bundestages bei ihrer mandatsbezogenen Tätigkeit. Ihre Arbeiten geben nicht die Auffassung des Deutschen Bundestages, eines seiner Organe oder der Bundestagsverwaltung wieder. Vielmehr liegen sie in der fachlichen Verantwortung der Verfasserinnen und Verfasser sowie der Fachbereichsleitung. Arbeiten der Wissenschaftlichen Dienste geben nur den zum Zeitpunkt der Erstellung des Textes aktuellen Stand wieder und stellen eine individuelle Auftragsarbeit für einen Abgeordneten des Bundestages dar. Die Arbeiten können der Geheimschutzordnung des Bundestages unterliegende, geschützte oder andere nicht zur Veröffentlichung geeignete Informationen enthalten. Eine beabsichtigte Weitergabe oder Veröffentlichung ist vorab dem jeweiligen Fachbereich anzuzeigen und nur mit Angabe der Quelle zulässig. Der Fachbereich berät über die dabei zu berücksichtigenden Fragen.

Inhaltsverzeichnis

| | | |
|-----------|----------------------------------------------------------------------------------|-----------|
| 1. | Einleitung | 4 |
| 2. | Begriffsbestimmungen und Erscheinungsformen | 4 |
| 2.1. | BYOD – „Bring Your Own Device“ | 4 |
| 2.2. | Consumerisation | 5 |
| 2.3. | CYOD – „Choose Your Own Device“ | 5 |
| 2.4. | COPE – „Corporate Owned, Personally Enabled“ | 6 |
| 3. | Arbeitsrechtliche Rechtsgrundlagen | 6 |
| 3.1. | Direktionsrecht | 6 |
| 3.2. | Individualvertragliche Vereinbarung | 7 |
| 3.3. | Betriebsvereinbarung | 8 |
| 3.4. | Betriebliche Übung | 9 |
| 4. | Haftung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber | 11 |
| 4.1. | Arbeitnehmerhaftung | 11 |
| 4.2. | Arbeitgeberhaftung | 12 |
| 4.2.1. | Verschuldensabhängige Haftung des Arbeitgebers | 13 |
| 4.2.2. | Verschuldensunabhängige Haftung des Arbeitgebers | 13 |
| 4.3. | Möglichkeiten der Haftungsbegrenzung und des Haftungsausschlusses | 15 |
| 5. | Weitere arbeitsrechtliche Aspekte | 16 |
| 5.1. | Arbeitszeit | 16 |
| 5.2. | Arbeitsschutz | 17 |
| 5.2.1. | Arbeitsschutzgesetz | 17 |
| 5.2.2. | Arbeitsstättenverordnung | 18 |
| 5.2.3. | Betriebssicherheitsverordnung | 19 |
| 5.3. | Kostentragung | 20 |
| 5.4. | Regelung der privaten Nutzung | 21 |
| 5.5. | Beendigung des Arbeitsverhältnisses | 21 |
| 6. | Beteiligungsrechte des Betriebsrates | 22 |
| 6.1. | Betriebliche Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 BetrVG | 22 |
| 6.1.1. | § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG: Ordnung und Verhalten | 22 |
| 6.1.2. | § 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG: Arbeitszeit | 23 |
| 6.1.3. | § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG: Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen | 24 |
| 6.1.4. | § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG: Arbeits- und Gesundheitsschutz | 25 |
| 6.2. | Unterrichtungs- und Beratungsrechte | 25 |
| 7. | Dokumentationspflichten | 26 |

1. Einleitung

Mit der vorliegenden Arbeit sollen die arbeitsrechtlichen Rahmenbedingungen im Hinblick auf die Nutzung privater Endgeräte für den dienstlichen Gebrauch dargestellt werden. Es soll lediglich auf die arbeitsrechtlichen Regelungen eingegangen werden, die spezifische Bestimmungen für die Nutzung privater Endgeräte enthalten oder bei denen eine solche Nutzung zu besonderen Herausforderungen und Risiken führen kann.

2. Begriffsbestimmungen und Erscheinungsformen

2.1. BYOD – „Bring Your Own Device“

Mit „Bring Your Own Device“ („Bring dein eigenes Gerät mit“), kurz BYOD, wird das Phänomen der Nutzung privater, im Eigentum der Arbeitnehmer¹ stehender IT-Endgeräte für dienstliche Zwecke bezeichnet. Die Bezeichnung sagt zunächst nichts über den Umfang und die Art der Nutzung oder deren rechtliche Gestaltung aus.² Eine feststehende oder gesetzliche Definition von BYOD gibt es nicht. Im Folgenden werden die gebräuchlichsten Begrifflichkeiten und Erscheinungsformen von BYOD dargestellt und von anderen Konzepten abgegrenzt.

Differenziert werden kann zunächst nach Art der Nutzung, das heißt danach, wie das private Gerät genutzt wird. Eine typische einfache Form des BYOD liegt beispielsweise darin, dass der Arbeitnehmer seinen Laptop oder sein Smartphone für das Verfassen von betrieblich veranlasster Korrespondenz nutzt und diese dann über einen USB-Stick oder über E-Mail an die berufliche Adresse versendet und weiterverarbeitet. Weiter fortentwickelte Formen des BYOD liegen vor, wenn das private Gerät an die firmeninterne Infrastruktur angebunden wird, sei es durch eine VPN-Verbindung oder durch die Nutzung einer unternehmensweiten Cloud.³ Die komplexeste Ausprägung des BYOD dürfte im Zugriff auf die arbeitgebereigenen IT-Ressourcen durch Verbindung mit dem Unternehmensnetzwerk liegen.⁴

Eine Differenzierung kann auch im Hinblick auf die Ausgestaltung vorgenommen werden. Es ist zu unterscheiden, ob BYOD als verpflichtender Betriebsmittlersatz, bei dem die Betriebsmittel vollständig durch private Endgeräte ersetzt werden, oder als optionaler Einsatz, das heißt als

1 Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird im Folgenden ausschließlich die männliche Form verwendet. Es sind stets Personen jeglichen Geschlechts gleichermaßen gemeint.

2 Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik, Überblickspapier Consumerisation und BYOD, Version 1.2 vom 31. Juli 2013, abrufbar unter: https://www.bsi-fuer-buerger.de/SharedDocs/Downloads/DE/BSI/Grundschutz/Download/Ueberblickspapier_BYOD_pdf.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (zuletzt abgerufen am 15. April 2019); *Monsch*, Bring Your Own Device (BYOD), 2017, S. 21 f.

3 *Helfrich* in Forgó/Helfrich/Schneider, Betrieblicher Datenschutz, 3. Auflage 2019, Teil V. Kapitel 2 Rn. 8.

4 *Monsch*, Bring Your Own Device (BYOD), 2017, S. 22.

zusätzliche Möglichkeit der Verwendung privater Geräte ausgestaltet ist.⁵ Der häufig stattfindende, aber rechtlich nicht geregelte Einsatz von privaten Endgeräten für dienstliche Zwecke wird dagegen in der Literatur unter dem Stichwort „Wildwuchs“ oder „Schatten-IT“ behandelt.⁶

Die Ausarbeitung bezieht sich auf sämtliche unter die oben stehende Definition fallende Formen des geregelten BYOD. Eine juristische Bewertung ist jedoch von der einzelnen Ausgestaltung der Vereinbarung zum BYOD abhängig und kann daher im Rahmen dieser Ausarbeitung nicht abschließend erfolgen. Soweit sich insbesondere im Hinblick auf den verpflichtenden oder optionalen Einsatz von BYOD Unterschiede ergeben, wird in den folgenden Abschnitten darauf hingewiesen.

2.2. Consumerisation

Consumerisation wird als weiter Oberbegriff verwendet und lässt sich grob als das Phänomen der Vermischung von privater und beruflicher Nutzung von Geräten wie auch von Programmen und Diensten verstehen.⁷ Damit ist der Begriff in weiten Teilen deckungsgleich mit dem Begriff des BYOD, geht aber insoweit darüber hinaus, als auch die dienstliche Nutzung von Programmen und sonstigen Diensten (wie zum Beispiel Online Kalender oder privates E-Mail-Konto) erfasst ist.⁸

2.3. CYOD – „Choose Your Own Device“

Abzugrenzen von BYOD ist das Konzept „Choose Your Own Device“ („Wähle dein eigenes Gerät“), kurz CYOD, bei dem der Arbeitgeber den Arbeitnehmern eine Auswahlmöglichkeit an Geräten gibt, mit welchen sie beruflich ausgestattet werden und arbeiten möchten. Eine private Nutzung dieser Geräte kann, aber muss nicht zwingend dabei erlaubt werden.⁹ Gestellt und gewartet werden die Geräte bei diesem Konzept vom Arbeitgeber.¹⁰

5 *Braun* in jurisPK-Internetrecht, 5. Auflage 2017, Kapitel 7 Rn. 287.

6 *Monsch*, Bring Your Own Device (BYOD), 2017, S. 24.

7 Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik, Überblickspapier Consumerisation und BYOD, Version 1.2 vom 31. Juli 2013, abrufbar unter: https://www.bsi-fuer-buerger.de/SharedDocs/Downloads/DE/BSI/Grundschutz/Download/Ueberblickspapier_BYOD_pdf.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (zuletzt abgerufen am 15. April 2019).

8 *Heldmann*, Dienstliche Nutzung privater Endgeräte (BYOD) und privater Gebrauch betrieblicher Kommunikationsmittel, 2015, S. 1.

9 *Dechent*, Datenschutz im Personalwesen, 4.1.1 Bring your own device (BYOD), Haufe TVöD Office Verwaltung, Stand 25. Mai 2018.

10 *Monsch*, Bring Your Own Device (BYOD), 2017, S. 27.

2.4. COPE – „Corporate Owned, Personally Enabled“

Im Gegensatz dazu beschreibt der Begriff „Corporate Owned, Personally Enabled“ (sinngemäß: „unternehmenseigene Geräte, die von Mitarbeitern eingerichtet und gepflegt werden“¹¹), kurz COPE, das Konzept, wonach ein Unternehmen zwar die Geräte aussucht, die seinen Arbeitnehmern zur Verfügung gestellt werden, aber die private Nutzung ausdrücklich eingeräumt wird und die Geräte von den Arbeitnehmern selbst konfiguriert und gewartet werden.¹²

3. Arbeitsrechtliche Rechtsgrundlagen

Zunächst stellt sich die Frage aufgrund welcher Rechtsgrundlage die Einführung von BYOD in einem Unternehmen möglich ist und welche Natur mögliche Vereinbarungen zur Einführung und Nutzung von BYOD haben können.

3.1. Direktionsrecht

Es besteht Einigkeit darüber, dass eine Einführung von BYOD, sei es optional oder verpflichtend, nicht allein durch eine Weisung des Arbeitgebers im Rahmen seines Direktionsrechtes nach § 106 Satz 1 Gewerbeordnung (GewO) möglich ist. Nach § 106 Satz 1 GewO kann der Arbeitgeber die im Arbeitsvertrag rahmenmäßig festgelegte Tätigkeit bezüglich Art, Ort und Zeit der zu leistenden Arbeit durch einseitige Leistungsbestimmung näher konkretisieren. Das Weisungsrecht reicht nur soweit, wie die Arbeitsbedingungen nicht durch den Arbeitsvertrag, durch Bestimmungen einer Betriebsvereinbarung, eines anwendbaren Tarifvertrages oder durch gesetzliche Vorschriften festgelegt sind.¹³

Eine Weisung bezüglich des BYOD dürfte aus zwei Gründen nicht möglich sein. Zum einen unterliegt bereits das Privateigentum des Arbeitnehmers grundsätzlich nicht der Disposition des Arbeitgebers.¹⁴ Zum anderen wird zumindest bei der verpflichtenden Einführung von BYOD die Pflichtenstellung des Arbeitnehmers nicht konkretisiert, sondern erweitert.¹⁵ Denn es obliegt

11 *Himmelsbacher*, BYOD, CYOD, COPE – was steckt dahinter?, 4. März 2013, abrufbar unter: <https://www.lan-line.de/byod-cyod-cope-%E2%80%93-was-steckt-dahinter-html/> (zuletzt abgerufen am 23. April 2019).

12 *Dechent*, Datenschutz im Personalwesen, 4.1.1 Bring your own device (BYOD), Haufe TVöD Office Verwaltung, Stand 25. Mai 2018; *Monsch*, Bring Your Own Device (BYOD), 2017, S. 25 f.

13 *Boecken/Pils* in *Boecken/Düwell/Diller/Hanau*, Gesamtes Arbeitsrecht, 1. Auflage 2016, GewO § 106 Rn. 3; *Preis* in *Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht*, 19. Auflage 2019, GewO § 106 Rn. 5.

14 *Monsch*, Bring Your Own Device (BYOD), 2017, S. 30.

15 *Zöll/Kielkowski*, Arbeitsrechtliche Umsetzung von „Bring Your Own Device“ (BYOD), BB 2012, S. 2626.

grundsätzlich dem Arbeitgeber, die zur Erbringung der Arbeitsleistung erforderlichen Arbeitsmittel zur Verfügung zu stellen.¹⁶ Mithin dürfte verpflichtendes BYOD eine vertragliche Regelung erfordern.¹⁷

3.2. Individualvertragliche Vereinbarung

Soweit Einigkeit über die Notwendigkeit einer Vereinbarung zwischen dem Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer besteht, ist umstritten, welche Rechtsnatur eine solche Vereinbarung haben kann.

Zum Teil wird angenommen, dass die Einführung und Nutzung von BYOD über ein vom Arbeitsvertrag gesondertes Rechtsverhältnis realisiert werden kann. Eine solche individualvertragliche Vereinbarung könnte als Auftrags-, Geschäftsbesorgungs-, Leih- oder Mietverhältnis¹⁸ ausgestaltet werden, das Regelungsregime hätte beispielsweise Auswirkungen auf die Frage eines Nutzungsentgelts (siehe unter 5.3).¹⁹

Nach wohl herrschender Ansicht kann BYOD nur durch eine arbeitsvertragliche Vereinbarung eingeführt werden, da sonst arbeitsrechtliche Schutzregelungen, insbesondere die Grundsätze der Arbeitnehmerhaftung, umgangen werden würden.²⁰ Daher müssen nach überwiegender Ansicht diese Schutzstandards innerhalb gesonderter Rechtsverhältnisse über BYOD zumindest auch entsprechend gelten.²¹

Die individualvertragliche Vereinbarung und ihre Einzelheiten zur Nutzung von privaten Endgeräten unterliegen den Vorgaben einer Kontrolle nach den Vorschriften über die Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) nach §§ 305 ff. Bürgerliches Gesetzbuch (BGB). Insbesondere sind die Nutzungsvereinbarungen am Maßstab des § 307 BGB zu messen, wonach der Arbeitnehmer durch die Klauselgestaltung nicht unangemessen benachteiligt werden darf.²² Die Ausgestaltung

16 Jousen in Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, 51. Edition 1. März 2019, BGB § 611a Rn. 281; Seel, Private Endgeräte im betrieblichen Einsatz – Rechtsfragen im Rahmen von „BYOD“, MDR 2014, S. 70.

17 Zöll/Kielkowski, Arbeitsrechtliche Umsetzung von „Bring Your Own Device“ (BYOD), BB 2012, S. 2626; Monsch, Bring Your Own Device (BYOD), 2017, S. 30 f.

18 Zur Ausgestaltung als Mietverhältnis Göpfert/Wilke, Nutzung privater Smartphones für dienstliche Zwecke, NZA 2012, S. 769.

19 Monsch, Bring Your Own Device (BYOD), 2017, S. 32.

20 Zöll/Kielkowski, Arbeitsrechtliche Umsetzung von „Bring Your Own Device“ (BYOD), BB 2012, S. 2626; Monsch, Bring Your Own Device (BYOD), 2017, S. 30 ff.; andere Ansicht Göpfert/Wilke, Nutzung privater Smartphones für dienstliche Zwecke, NZA 2012, S. 769.

21 Zöll/Kielkowski, Arbeitsrechtliche Umsetzung von „Bring Your Own Device“ (BYOD), BB 2012, S. 2626; Monsch, Bring Your Own Device (BYOD), 2017, S. 30 ff.; andere Ansicht Göpfert/Wilke, Nutzung privater Smartphones für dienstliche Zwecke, NZA 2012, S. 769.

22 Hoppe in Kramer, IT-Arbeitsrecht, 1. Auflage 2017, B. Individualarbeitsrecht Rn. 623.

einzelner Nutzungsregelungen und ihrer arbeitsrechtlichen Implikationen sowie die für sie geltenden zwingenden Vorgaben werden in dieser Arbeit beleuchtet.

3.3. Betriebsvereinbarung

Eine Einführung von BYOD ausschließlich durch den Abschluss einer Betriebsvereinbarung wird in der Literatur überwiegend für nicht möglich gehalten. Insbesondere im Fall einer verpflichtenden Nutzung von privaten Endgeräten handelt es sich um eine Erweiterung der Arbeitnehmerpflichten, da, wie oben bereits dargestellt, grundsätzlich der Arbeitgeber die Betriebsmittel zu stellen hat. Dies dürfte eine individualvertragliche Vereinbarung bereits erforderlich machen. Nach dem im Arbeitsrecht geltenden Günstigkeitsprinzip²³ wäre bei Einführung durch Betriebsvereinbarung das Recht der Arbeitnehmer, auf Betriebsmittel des Arbeitgebers zurückzugreifen, weiterhin durch Berufung auf den insoweit günstigeren Arbeitsvertrag gewährleistet.²⁴ Unabhängig von der verpflichtenden oder optionalen Einführung von BYOD dürfte eine ausschließliche Regelung durch Betriebsvereinbarung auch schon deshalb nicht möglich sein, weil die außerbetriebliche, private Lebensgestaltung der Arbeitnehmer, zu der auch die Nutzung privater Endgeräte gehört, nicht kollektivrechtlich durch die Betriebsparteien regelbar sein dürfte.²⁵

Von der Möglichkeit der Einführung von BYOD durch Betriebsvereinbarung ist die Frage nach der Regelung konkreter Nutzungsvorgaben im Rahmen von BYOD durch Betriebsvereinbarung, sowie die Frage nach einer Mitbestimmungspflicht bei der Einführung und Ausgestaltung (dazu unter 6.1) zu unterscheiden. Wird die Möglichkeit von BYOD durch arbeitsvertragliche Individualvereinbarung eröffnet und stellt der Arbeitnehmer sein Privatgerät zur betrieblichen Nutzung zur Verfügung, ist auch die Möglichkeit der Regelung der Nutzung durch Kollektivvereinbarung eröffnet.²⁶ Werden die Modalitäten des BYOD durch Betriebsvereinbarung ausgestaltet, auf die die arbeitsvertragliche Vereinbarung im Wege einer dynamischen Verweisung Bezug nimmt, dürften sich aus arbeitsrechtlicher Sicht zwei grundsätzliche Folgen ergeben: Zum einen gelten Betriebsvereinbarungen nach § 77 Abs. 4 Satz 1 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) unmittelbar und zwingend für alle von ihr erfassten Arbeitsverhältnisse im Betrieb und ermöglichen daher die Festlegung einheitlicher und flexibel anpassbarer Nutzungsbestimmungen.²⁷ Eine im Einzelfall günstigere individualvertragliche Vereinbarung mit dem Arbeitnehmer bliebe nach dem

23 *Kania* in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 19. Auflage 2019, BetrVG § 77 Rn. 68 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG).

24 *Zöll/Kielkowski*, Arbeitsrechtliche Umsetzung von „Bring Your Own Device“ (BYOD), BB 2012, S. 2626; *Heldmann*, Dienstliche Nutzung privater Endgeräte (BYOD) und privater Gebrauch betrieblicher Kommunikationsmittel, 2015, S. 100.

25 *Monsch*, Bring Your Own Device (BYOD), 2017, S. 35 f.; *Zöll/Kielkowski*, Arbeitsrechtliche Umsetzung von „Bring Your Own Device“ (BYOD), BB 2012, S. 2626.

26 *Göpfert/Wilke*, Nutzung privater Smartphones für dienstliche Zwecke, NZA 2012, S. 770; *Monsch*, Bring Your Own Device (BYOD), 2017, S. 36 f.

27 *Monsch*, Bring Your Own Device (BYOD), 2017, S. 36 f.; *Heldmann*, Dienstliche Nutzung privater Endgeräte (BYOD) und privater Gebrauch betrieblicher Kommunikationsmittel, 2015, S. 101.

Günstigkeitsprinzip jedoch weiterhin vorrangig anwendbar.²⁸ Zum anderen unterliegen Betriebsvereinbarungen nach § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB grundsätzlich nicht der zuvor angesprochenen Kontrolle nach den Vorschriften über die AGB.²⁹ Zu berücksichtigen ist jedoch, dass die Verweisung im Arbeitsvertrag selbst einer AGB-Kontrolle standhalten muss.³⁰

3.4. Betriebliche Übung

Auch wenn es in einem Betrieb an einer Regelung der Nutzung von privaten Endgeräten zu Dienstzwecken fehlt, kommt es faktisch in der Praxis häufig dennoch zu einem Einsatz von Privatgeräten. Aus arbeitsrechtlicher Sicht stellt sich daher die Frage, ob sich aus einer Duldung der Nutzung seitens des Arbeitgebers ein Anspruch des Arbeitnehmers auf die Nutzung von BYOD ergeben kann. Dafür könnte auf das Rechtsinstitut der „betrieblichen Übung“ abgestellt werden.

Unter einer betrieblichen Übung ist nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers zu verstehen, aus denen die Arbeitnehmer schließen können, ihnen solle eine Leistung oder eine Vergünstigung auf Dauer eingeräumt werden.³¹ Nach der vom Bundesarbeitsgericht vertretenen sogenannten Vertragstheorie³² ist das Verhalten des Arbeitgebers dann als konkludentes Vertragsangebot zu werten, das vom Arbeitnehmer durch widerspruchsfreie Inanspruchnahme der Leistung angenommen wird, ohne dass es des Zugangs einer Annahmeerklärung bedarf (§ 151 Satz 1 BGB). Es erwachsen somit vertragliche Ansprüche auf die üblich gewordenen Vergünstigungen.³³ Für die Entstehung des Anspruchs ist nicht der Verpflichtungswille des Arbeitgebers entscheidend, sondern ob und wie weit der Arbeitnehmer die Erklärung bzw. das Verhalten des Arbeitgebers unter Berücksichtigung von Treu und Glauben (§ 242 BGB) und den Begleitumständen als bindende Erklärung verstehen durfte (§§ 133, 157 BGB).³⁴ „Eine allgemeinverbindliche Regel, ab welcher Anzahl von Leistungen der Arbeitnehmer erwarten darf, dass auch er die Leistung erhält, sobald er die Voraussetzungen erfüllt, gibt es nicht. Die Regel, dass eine dreimalige vorbehaltlose Gewährung zur Verbindlichkeit erstarkt, ist für jährlich an die gesamte Belegschaft geleistete Gratifikationen aufgestellt worden. Bei anderen Sozialleistungen ist auf Art, Dauer und Intensität der

28 Vgl. *Kania* in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 19. Auflage 2019, BetrVG § 77 Rn. 68 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung des BAG.

29 BAG, Urteil vom 13. Oktober 2015 – 1 AZR 853/13 –, Rn. 31, juris; *Boemke/Ulrici* in Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath, Handkommentar Arbeitsrecht, 4. Auflage 2017, BGB § 310 Rn. 20.

30 *Heldmann*, Dienstliche Nutzung privater Endgeräte (BYOD) und privater Gebrauch betrieblicher Kommunikationsmittel, 2015, S. 99 f.

31 *Heemeier* in Grobys/Panzer, StichwortKommentar Arbeitsrecht, Betriebliche Übung Rn. 1; BAG, Urteil vom 16. Januar 2002 – 5 AZR 715/00 –, Rn. 16, juris; BAG, Urteil vom 28. Juni 2006 – 10 AZR 385/05 –, Rn. 35, juris.

32 *Ahrendt* in Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 17. Auflage 2017, § 110. Betriebliche Übung Rn. 4 ff. mit weiteren Nachweisen aus der Rechtsprechung des BAG, etwa BAG, Urteil vom 19. März 2014 – 5 AZR 954/12 –, Rn. 43, juris.

33 *Preis* in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 19. Auflage 2019, BGB § 611a Rn. 220a.

34 *Preis* in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 19. Auflage 2019, BGB § 611a Rn. 220a.

Leistungen abzustellen. Wie lange die Übung bestehen muss, damit die Arbeitnehmer berechtigt erwarten können, dass sie fortgesetzt werde, hängt davon ab, wie häufig die Leistungen erbracht worden sind.³⁵ Berücksichtigt werden auch Art und Inhalt der Leistungen.³⁶

Ob unter Anwendung dieser Maßstäbe ein Anspruch auf die Nutzung von BYOD aus betrieblicher Übung abgeleitet werden kann, wird in der Literatur nicht einheitlich beantwortet. In der Rechtsprechung wurde diese Frage noch nicht behandelt. Grundsätzlich kann die Frage nur unter Berücksichtigung der Umstände im Einzelfall abschließend beantwortet werden.

Zum Teil hält die Literatur einen Anspruch auf BYOD aufgrund betrieblicher Übung für möglich, wenn der Arbeitgeber die dienstliche Nutzung von Privatgeräten duldet.³⁷ Von anderen wird dagegen in Anlehnung an die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ein Anspruch abgelehnt, da die kompensationslose BYOD-Nutzung als reine Annehmlichkeit dem Institut der betrieblichen Übung nicht zugänglich sein dürfte.³⁸

Ein Anspruch aufgrund betrieblicher Übung erscheint insbesondere im Hinblick darauf problematisch, dass der Arbeitgeber von einer betrieblichen Handhabung keine ausreichend konkrete Kenntnis hat. Selbst wenn ihm bekannt ist, dass private Geräte genutzt werden, so dürften ihm regelmäßig Art und Umfang der Nutzung unbekannt sein.³⁹ Dann fehlt es bereits an einem hinreichend bestimmten Angebot des Arbeitgebers.⁴⁰ Dieses Argument entspricht auch der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts in Fällen, in denen eine bestimmte Handhabung – wie zum Beispiel die private Nutzung der betrieblichen Telefonanlagen, des E-Mail-Servers oder des Internets – vom Arbeitgeber nur geduldet wird.⁴¹ Gegen die Annahme eines Rechtsbindungswillens des Arbeitgebers und damit gegen die Annahme einer betrieblichen Übung wird weiterhin eingewendet, dass mit der Nutzung von BYOD viele zu regelnde Einzelfragen und gravierende Sicherheits- und Kostenrisiken verbunden sind.⁴²

35 BAG, Urteil vom 28. Juni 2006 – 10 AZR 385/05 –, Rn. 36, juris.

36 BAG, Urteil vom 28. Juni 2006 – 10 AZR 385/05 –, Rn. 36, juris.

37 *Arning/Moos/Becker*, Vertragliche Absicherung von Bring Your Own Device, CR 2012, S. 592.

38 *Zöll/Kielkowski*, Arbeitsrechtliche Umsetzung von „Bring Your Own Device“ (BYOD), BB 2012, Fn. 29 mit Verweis auf BAG, Urteil vom 16. April 1997 – 10 AZR 705/96 –, Rn. 26, juris.

39 *Monsch*, Bring Your Own Device (BYOD), 2017, S. 40 f.

40 *Ahrendt* in *Schaub*, Arbeitsrechts-Handbuch, 17. Auflage 2017, § 110. Betriebliche Übung Rn. 14.

41 *Ahrendt* in *Schaub*, Arbeitsrechts-Handbuch, 17. Auflage 2017, § 110. Betriebliche Übung Rn. 14.

42 *Monsch*, Bring Your Own Device (BYOD), 2017, S. 41.

4. Haftung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber

In Bezug auf die Haftung zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber bei der Einführung und Nutzung von BYOD sind insbesondere die sich daraus ergebenden besonderen tatsächlichen Risiken in den Blick zu nehmen und es ist der Frage nachzugehen, ob sich hinsichtlich der juristischen Bewertung Besonderheiten ergeben.

4.1. Arbeitnehmerhaftung

Die Besonderheit im Rahmen von BYOD liegt für die Arbeitnehmerhaftung in einem gesteigerten Schadensrisiko, insbesondere für die IT-Infrastruktur und den Datenbestand des Unternehmens. Beispielsweise kann durch die Verwendung des privaten Endgeräts – sei es durch fehlende oder nicht aktualisierte Anti-Viren-Software oder durch Umgehung von technischen Sicherungsmaßnahmen – die Unternehmens-IT von Viren befallen werden. Das Ausmaß des Schadens kann auch deshalb besonders groß sein, da auch Daten von außenstehenden Dritten, wie zum Beispiel Geschäftskunden, betroffen sein können und diese Schadensersatzansprüche gegen den Arbeitgeber geltend machen könnten.⁴³

Hinsichtlich der juristischen Haftungsregime ergeben sich im Arbeitsrecht dagegen keine Besonderheiten: Dem Arbeitgeber können vertragliche Schadensersatzansprüche und deliktische Ansprüche gegen den Arbeitnehmer zustehen. Es sind jedoch die Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleichs zu berücksichtigen (dazu sogleich). Grundlage für einen vertraglichen Schadensersatzanspruch sind §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB. Es gilt die Beweislastregel des § 619a BGB nach der der Arbeitgeber für den Schadensersatzanspruch darlegen und beweisen muss, dass der Arbeitnehmer die in Rede stehende Pflichtverletzung zu vertreten hat. Deliktische Ansprüche können gegen den Arbeitnehmer aus §§ 823 ff. BGB bestehen.⁴⁴

Sowohl bei vertraglichen als auch bei deliktischen Schadensersatzansprüchen des Arbeitgebers gegen den Arbeitnehmer gelten die Grundsätze der Arbeitnehmerhaftung mit der abgestuften Haftungsprivilegierung (Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleichs⁴⁵). Es ist in der Rechtsprechung und Literatur seit langem anerkannt, dass es unangemessen wäre, den Arbeitnehmer für im Rahmen einer betrieblich veranlassten Tätigkeit fahrlässig verursachte Schäden voll haften zu lassen; zu diesem Haftungsrisiko steht das Arbeitsentgelt regelmäßig außer Verhältnis.⁴⁶ Nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts ist die Haftung des Arbeitnehmers daher abhängig vom Verschuldensgrad wie folgt beschränkt: Vorsätzlich verursachte Schäden hat

43 *Monsch*, Bring Your Own Device (BYOD), 2017, S. 79.

44 *Linck* in *Schaub*, Arbeitsrechts-Handbuch, 17. Auflage 2017, § 59. Arbeitnehmerhaftung Rn. 1; *Monsch*, Bring Your Own Device (BYOD), 2017, S. 79.

45 Ständige Rechtsprechung des BAG, etwa BAG, Urteil vom 5. Februar 2004 – 8 AZR 91/03 –, Rn. 26, juris; BAG, Beschluss vom 27. September 1994 – GS 1/89 (A) –, juris.

46 *Waas/Palonka* in *Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath*, Handkommentar Arbeitsrecht, 4. Auflage 2017, BGB § 619a Rn. 5.

der Arbeitnehmer in vollem Umfang zu tragen. Gleiches gilt grundsätzlich auch für grob fahrlässig verursachte Schäden. Es sind jedoch Haftungserleichterungen möglich. So kommt eine Haftungsbegrenzung durch Begrenzung des Schadensersatzes in Betracht, wenn der Verdienst des Arbeitnehmers in einem deutlichen Missverhältnis zum verwirklichten Schadensrisiko steht. Bei einfacher bzw. mittlerer Fahrlässigkeit haben Arbeitnehmer und Arbeitgeber den Schaden anteilig zu tragen. Es ist eine Abwägung der Gesamtumstände, insbesondere von Schadensanlass und Schadensfolgen nach Billigkeit und Zumutbarkeitsgesichtspunkten vorzunehmen. Zu den Umständen, denen je nach Lage des Einzelfalls ein unterschiedliches Gewicht beizumessen ist, gehören insbesondere der Grad des dem Arbeitnehmer zur Last fallenden Verschuldens, die Gefahrgeneignetheit der Arbeit, die Höhe des Schadens, die Versicherbarkeit des Risikos, die Stellung des Arbeitnehmers im Betrieb und die Höhe seines Arbeitsentgelts sowie seine persönlichen Umstände.⁴⁷ Trifft den Arbeitnehmer nur leichteste Fahrlässigkeit, entfällt eine Haftung.⁴⁸

Für die Anwendung dieser Haftungsbeschränkungen kommt es auf die betriebliche Veranlassung einer Tätigkeit an. Als betrieblich veranlasst sind solche Tätigkeiten anzusehen, die arbeitsvertraglich übertragen worden sind oder die der Arbeitnehmer im Interesse des Arbeitgebers für den Betrieb ausführt.⁴⁹ Kommt es zu Schäden durch die vertraglich geregelte Nutzung von privaten Endgeräten für dienstliche Zwecke, dürften die Haftungsbeschränkungen mithin auch ohne gesonderte Haftungsvereinbarung Anwendung finden.⁵⁰

4.2. Arbeitgeberhaftung

Für die Arbeitnehmer stellt sich die Frage nach Ersatzansprüchen gegen den Arbeitgeber im Falle von Verlust, Diebstahl oder Beschädigung des dienstlich genutzten Privatgeräts. Es kommt sowohl eine verschuldensabhängige als auch eine verschuldensunabhängige Haftung des Arbeitgebers in Betracht.

Zum Teil wird die Haftung im Falle des Verlusts oder einer Beschädigung des privaten Endgeräts als durch die vertragliche Gestaltung bedingt angesehen und das jeweilige Haftungsregime, zum Beispiel das des Mietrechts, angewendet.⁵¹ Überwiegend wird dies wegen einer möglichen Umgehung von arbeitsrechtlichen Schutzvorschriften abgelehnt (siehe oben, 3.2). Darüber hinaus wird gegen die Heranziehung von mietrechtlichen Vorschriften zur Ersatzbeschaffung angeführt, dass dies gegen den Grundsatz verstoße, dass bei gemischten Verträgen grundsätzlich die Regeln des Vertragstypus gelten, der den rechtlichen oder wirtschaftlichen Schwerpunkt bildet (hier: des

47 Vgl. etwa BAG, Beschluss vom 27. September 1994 – GS 1/89 (A) –, Rn. 16, juris; BAG, Urteil vom 18. Januar 2007 – 8 AZR 250/06 –, Rn. 30, juris; *Linck* in Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 17. Auflage 2017, § 59. Arbeitnehmerhaftung Rn. 29.

48 BAG, Urteil vom 28. Oktober 2010 – 8 AZR 418/09 –, Rn. 17, juris; *Linck* in Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 17. Auflage 2017, § 59. Arbeitnehmerhaftung Rn. 40.

49 *Preis* in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 19. Auflage 2019, BGB § 619a Rn. 12; BAG, Urteil vom 9. August 1966 – 1 AZR 426/65 –, juris.

50 So auch *Monsch*, Bring Your Own Device (BYOD), 2017, S. 80.

51 So *Göpfert/Wilke*, Nutzung privater Smartphones für dienstliche Zwecke, NZA 2012, S. 769.

Arbeitsverhältnisses mit seiner spezifischen Risikoverteilung).⁵² Im Folgenden wird die Haftung nach dem arbeitsrechtlichen Haftungsregime dargestellt.

4.2.1. Verschuldensabhängige Haftung des Arbeitgebers

Im Rahmen der verschuldensabhängigen Haftung des Arbeitgebers findet neben den allgemeinen Grundsätzen der unerlaubten Handlung der vertragsrechtliche Schadensersatzanspruch nach §§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2 BGB Anwendung.⁵³ Den Arbeitgeber treffen in Bezug auf das vom Arbeitnehmer berechtigterweise in den Betrieb eingebrachte Privateigentum nach § 241 Abs. 2 BGB Obhuts- und Verwahrungspflichten, um es möglichst vor Verlust oder Beschädigung zu bewahren.⁵⁴ Dieser Pflicht genügt der Arbeitgeber, „wenn er die Maßnahmen trifft, die ihm aufgrund des Treuegedankens (§ 242 BGB) und unter Berücksichtigung der besonderen betrieblichen und örtlichen Verhältnisse zugemutet werden können. Die Beurteilung des Zumutbaren richtet sich letztlich nach den Besonderheiten des Einzelfalles.“⁵⁵ Die Schutzpflicht wird in ihrem Umfang umso mehr abgeschwächt, je weniger der betreffende Gegenstand mit dem betrieblichen Geschehen im Zusammenhang steht.⁵⁶

Hinsichtlich der Obhuts- und Verwahrungspflichten in Bezug auf private Endgeräte ergeben sich grundsätzlich keine Besonderheiten.⁵⁷ Zum Teil wird in der Literatur die Ansicht vertreten, dem Arbeitgeber seien weitreichendere Schutzpflichten zuzumuten, wenn es sich um verpflichtenden und nicht nur optionalen BYOD-Einsatz handelt, da die Einbringung des Endgeräts in diesem Fall zur Erbringung der Arbeitsleistung zwingend notwendig sei.⁵⁸

4.2.2. Verschuldensunabhängige Haftung des Arbeitgebers

Bedeutender erscheint die Frage, ob der Arbeitnehmer auch Ansprüche gegen den Arbeitgeber geltend machen kann, wenn das private Gerät ohne schuldhafte Einwirkung des Arbeitgebers

52 Däubler, Bring your own device – Arbeit mit eigenen Geräten, Der Personalrat 12/2015, S. 38 ff.

53 Arning/Moos/Becker, Vertragliche Absicherung von Bring Your Own Device, CR 2012, S. 597; Ahrendt in Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 17. Auflage 2017, § 106. Schutz- und Rücksichtnahmepflichten Rn. 23.

54 Ahrendt in Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 17. Auflage 2017, § 106. Schutz- und Rücksichtnahmepflichten Rn. 23.

55 BAG, Urteil vom 25. Mai 2000 – 8 AZR 518/99 –, Rn. 14, juris.

56 Ring/Boemke in Däubler/Hjort/Schubert/Wolmerath, Handkommentar Arbeitsrecht, 4. Auflage 2017, BGB § 611a Rn. 406.

57 So auch Heldmann, Dienstliche Nutzung privater Endgeräte (BYOD) und privater Gebrauch betrieblicher Kommunikationsmittel, 2015, S. 68.

58 So Monsch, Bring Your Own Device (BYOD), 2017, S. 81 ff.

beschädigt wird (verschuldensunabhängige Haftung). Auch dazu kann auf eine allgemein im Arbeitsrecht anerkannte Figur (Ersatz von Eigenschäden) zurückgegriffen werden.⁵⁹

Grundsätzlich gilt, dass der Arbeitnehmer gegen den Arbeitgeber Aufwendungsersatz geltend machen kann, sobald er eigenes Vermögen im Interesse des Arbeitgebers eingesetzt hat und die erbrachten Aufwendungen nicht durch Vergütung abgegolten sind. Als Rechtsgrundlage für diesen Anspruch sieht die Rechtsprechung die analoge Anwendung von §§ 670, 675 BGB an.⁶⁰ Während Aufwendungen grundsätzlich freiwillige Vermögensopfer darstellen, hat das Bundesarbeitsgericht den Anspruch aus der Analogie zu §§ 670, 675 BGB auch auf unfreiwillige Vermögensopfer ausgedehnt.⁶¹ Wie bei dem Anspruch auf Aufwendungsersatz ist auch ein Ersatzanspruch von Eigenschäden nur dann gegeben, wenn der beschädigte Vermögensgegenstand mit Willen und Wissen des Arbeitgebers bei der Arbeitsleistung verwendet worden ist, der Schaden infolge einer betrieblich veranlassten Tätigkeit eintritt und nicht bereits durch das allgemeine Arbeitsentgelt abgegolten ist.⁶² Ein Ersatzanspruch kann durch ein Mitverschulden des Arbeitnehmers analog § 254 BGB gemindert sein, wobei ebenfalls die Grundsätze des innerbetrieblichen Schadensausgleiches (siehe 4.1) Anwendung finden.⁶³

Ob diese Voraussetzungen auf Schäden am privaten Endgerät im Rahmen von BYOD Anwendung finden, ist in der Rechtsprechung noch nicht geklärt worden. In der Literatur wird überwiegend von der Möglichkeit eines solchen Anspruchs ausgegangen, da es sich bei der Nutzung von vertraglich geregelter BYOD um eine „betriebliche Veranlassung“ handele.⁶⁴ Zum Teil wird für das Vorliegen einer betrieblichen Veranlassung darauf abgestellt, ob die Beschädigung bei Ausführung einer betrieblichen Tätigkeit eingetreten ist oder ob der Anlass dem allgemeinen Lebensrisiko des Arbeitnehmers zuzurechnen ist.⁶⁵

59 *Monsch*, Bring Your Own Device (BYOD), 2017, S. 88.

60 Vgl. BAG, Urteil vom 16. Oktober 2007 – 9 AZR 170/07 –, Rn. 23, juris; BAG, Urteil vom 1. Februar 1963 – 5 AZR 74/62 –, Rn. 7, juris.

61 BAG, Urteil vom 22. Juni 2011 – 8 AZR 102/10 –, Rn. 20, juris; BAG, Beschluss vom 10. November 1961 – GS 1/60 –, Rn. 44, juris.

62 *Joussen* in Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, 51. Edition, 1. März 2019, BGB § 611a Rn. 276.

63 *Joussen* in Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht, 51. Edition 1. März 2019, BGB § 611a Rn. 278.

64 So *Braun* in jurisPK-Internetrecht, 5. Auflage 2017, Kapitel 7 Rn. 291; *Heldmann*, Dienstliche Nutzung privater Endgeräte (BYOD) und privater Gebrauch betrieblicher Kommunikationsmittel, 2015, S.68 f.; *Seel*, Private Endgeräte im betrieblichen Einsatz – Rechtsfragen im Rahmen von „BYOD“, MDR 2014, S. 71; *Franck*, Bring your own device – Rechtliche und tatsächliche Aspekte, RDV 2013, Heft 4, S. 189.

65 *Heldmann*, Dienstliche Nutzung privater Endgeräte (BYOD) und privater Gebrauch betrieblicher Kommunikationsmittel, 2015, S. 69; *Zöll/Kielkowski*, Arbeitsrechtliche Umsetzung von „Bring Your Own Device“ (BYOD), BB 2012, S. 2627 f.; *Preis* in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 19. Auflage 2019, BGB § 611a Rn. 82.

Zum Teil wird auch die Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zum Ersatz von Schäden im Rahmen des Einsatzes eines arbeitnehmereigenen PKWs herangezogen⁶⁶: Danach handelt es sich um einen Einsatz des PKWs im Betätigungsbereich des Arbeitgebers, wenn ohne den Einsatz des Arbeitnehmerfahrzeugs der Arbeitgeber ein eigenes Fahrzeug hätte einsetzen und damit dessen Unfallgefahr tragen müssen.⁶⁷ Wenn die Nutzung auf Verlangen des Arbeitgebers erfolgt, fällt sie in den Risikobereich des Arbeitgebers – auch wenn sie außerhalb der Arbeitszeit erfolgt.⁶⁸ Ist es dem Arbeitnehmer jedoch freigestellt, ob er zu Fuß geht, mit öffentlichen Verkehrsmitteln fährt oder in seinem Interesse das eigene Fahrzeug nutzt, erfolgt dies nicht im Betätigungsbereich des Arbeitgebers.⁶⁹

Bei der Übertragung dieser Grundsätze auf die Situation des BYOD dürfte es auf die konkrete vertragliche Ausgestaltung der BYOD-Vereinbarung ankommen. Es könnten sich zwischen dem betriebsmittelersetzenden, verpflichtenden BYOD und dem optionalen BYOD Unterschiede ergeben. *Monsch* kommt zu dem Ergebnis, dass den Arbeitgeber lediglich bei dem betriebsmittelersetzenden BYOD eine Entschädigungspflicht analog § 670 BGB treffe, während im Rahmen eines optionalen BYOD-Modells der Arbeitnehmer das Privatgerät primär aus eigenem Interesse nutze.⁷⁰ Andere Stimmen stellen generell darauf ab, ob die Vereinbarung von BYOD den Einsatz von Firmengeräten ersetzen soll und ob der Einsatz von privaten Endgeräten gerade gewünscht ist. Dies gelte nicht nur bei einer vertraglichen Verpflichtung, sondern auch dann, wenn der Arbeitgeber die Arbeit so zuteilt, dass dem Arbeitnehmer nichts anderes übrig bleibt, als BYOD zu nutzen.⁷¹

4.3. Möglichkeiten der Haftungsbegrenzung und des Haftungsausschlusses

Hinsichtlich der verschuldensabhängigen Haftung sind Haftungsbegrenzungen durch vertragliche Formulklauseln denkbar, aber nur im Rahmen der §§ 307 ff. BGB zulässig. Nicht möglich ist die vertragliche Freizeichnung von der Vorsatzhaftung oder der Haftung bei grober Fahrlässigkeit (§ 309 Nr. 7 Buchstabe b BGB). Stets wäre eine Haftungsbegrenzung am Maßstab des § 307 Abs. 1 und 2 BGB zu messen, das heißt sie darf den Arbeitnehmer nicht unangemessen benachteiligen.⁷²

66 *Monsch*, Bring Your Own Device (BYOD), 2017, S. 91 f.; *Arning/Moos/Becker*, Vertragliche Absicherung von Bring Your Own Device, CR 2012, S. 597 f.

67 BAG, Urteil vom 28. Oktober 2010 – 8 AZR 647/09 –, Rn. 28, juris; BAG, Urteil vom 23. November 2006 – 8 AZR 701/05 –, Rn. 13, juris.

68 *Linck* in *Schaub*, Arbeitsrechts-Handbuch, 17. Auflage 2017, § 60. Haftung des Arbeitgebers Rn. 3.

69 *Linck* in *Schaub*, Arbeitsrechts-Handbuch, 17. Auflage 2017, § 60. Haftung des Arbeitgebers Rn. 3 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung des BAG.

70 *Monsch*, Bring Your Own Device (BYOD), 2017, S. 91 ff und 76 ff., in Fußnote 142 mit Hinweis auf eine mögliche andere Ansicht, die das Interesse des Arbeitgebers auch am optionalen BYOD (zum Beispiel aufgrund einer Steigerung von Mitarbeiterzufriedenheit und Produktivität) stärker berücksichtigt.

71 *Arning/Moos/Becker*, Vertragliche Absicherung von Bring Your Own Device, CR 2012, S. 597 f.

72 *Monsch*, Bring Your Own Device (BYOD), 2017, S. 83 f.

In der Literatur wird weiterhin überwiegend angenommen, dass die verschuldensunabhängige Arbeitgeberhaftung abbedungen werden kann, wenn der Arbeitnehmer für die Gefahrtragung eine entsprechende Abgeltung erhält.⁷³ Eine solche gesonderte Risikoprämienzahlung müsste nach der Höhe so bemessen sein, dass der Arbeitnehmer zumindest eine zur Risikoabdeckung ausreichende Geräteversicherung abschließen kann. Alternativ könnte der Arbeitgeber selbst eine Geräteversicherung für Schäden und Verlust von den Privatgeräten abschließen.⁷⁴

5. Weitere arbeitsrechtliche Aspekte

5.1. Arbeitszeit

Im Bereich der Regelungen zur Arbeitszeit im Rahmen von BYOD ergeben sich keine Besonderheiten. Das Arbeitszeitgesetz (ArbZG) kommt auch hier zur Anwendung. Exemplarisch sei auf die Regelung zur zugelassenen Höchstarbeitszeit in § 3 ArbZG, die vorgeschriebene Ruhezeit nach § 5 ArbZG und das Sonn- und Feiertagsbeschäftigungsverbot nach § 10 ArbZG hingewiesen. Es entstehen durch die Nutzung von privaten Endgeräten für dienstliche Zwecke auch keine neuartigen Probleme oder Herausforderungen im Hinblick auf die Regelung der Arbeitszeit, sie decken sich in weiten Teilen mit den Herausforderungen bei Telearbeit und mobiler Arbeit⁷⁵ sowie dem Einsatz von IT-Arbeitsmitteln im Allgemeinen. Daher werden im Kontext von BYOD auch häufig die im Einzelnen sehr umstrittenen Fragen zum Beispiel nach der arbeitszeitrechtlichen Bewertung der Beantwortung von dienstlichen E-Mails außerhalb der Dienstzeit⁷⁶ und danach, ob eine solche kurzfristige Tätigkeit immer als Unterbrechung der Ruhezeit nach § 5 Abs. 1 ArbZG anzusehen ist⁷⁷, angesprochen. Hier ergeben sich allerdings keine Besonderheiten aufgrund der Nutzung eigener Endgeräte.

Jedoch kann die Möglichkeit der Erreichbarkeit außerhalb der Arbeitszeit im Gegensatz zu allgemeinen IT-Arbeitsmitteln noch dadurch verstärkt werden, dass das Gerät gleichzeitig privat genutzt wird und der Arbeitnehmer deshalb ein Interesse daran hat, dass das Gerät auch in der

73 So *Arning/Moos/Becker*, Vertragliche Absicherung von Bring Your Own Device, CR 2012, S. 598; *Hoppe* in *Kramer*, IT-Arbeitsrecht, 1. Auflage 2017, B. Individualarbeitsrecht Rn. 664; *Seel*, Private Endgeräte im betrieblichen Einsatz – Rechtsfragen im Rahmen von „BYOD“, MDR 2014, S. 71; *Franck*, Bring your own device – Rechtliche und tatsächliche Aspekte, RDV 2013, Heft 4, S. 189; *Zöll/Kielkowski*, Arbeitsrechtliche Umsetzung von „Bring Your Own Device“ (BYOD), BB 2012, S. 2627 f.

74 *Monsch*, Bring Your Own Device (BYOD), 2017, S. 92.

75 Zu den grundlegenden arbeitszeitlichen Regelungen im Hinblick auf Telearbeit und Mobiles Arbeiten: *Deutscher Bundestag*, Wissenschaftliche Dienste: Telearbeit und Mobiles Arbeiten, 2017, WD 6-3000-149/16, S. 10 f.

76 Zu den Problemen der arbeitszeitrechtlichen Bewertung siehe zum Beispiel *Pollert*, Arbeitnehmer-Smartphone als Betriebsmittel – ein kostensparendes Modell?, NZA-Beilage 2014, S. 154. Zu den Problemen der ständigen Erreichbarkeit durch IT-Mittel: *Kramer* in *Kramer*, IT-Arbeitsrecht, 1. Auflage 2017, B. Individualarbeitsrecht Rn. 854 ff.

77 Zur Problematik der Unterbrechung der Ruhezeit siehe etwa *Monsch*, Bring Your Own Device (BYOD), 2017, S. 58 ff.; *Zöll/Kielkowski*, Arbeitsrechtliche Umsetzung von „Bring Your Own Device“ (BYOD), BB 2012, S. 2628; *Jacobs*, Reformbedarf im Arbeitszeitrecht, NZA 2016, S. 736 f.

Freizeit angeschaltet ist. Damit besteht das Risiko, dass etwa die nach § 3 ArbZG zulässige Arbeitszeit überschritten wird. Diesem Risiko hat der Arbeitgeber durch Anweisungen an den Arbeitnehmer oder durch technische Vorkehrungen zu begegnen.⁷⁸

Zum Teil wird in der Literatur speziell für BYOD die entsprechende Anwendung der Regelungen über die Rufbereitschaft diskutiert. Rufbereitschaft setzt grundsätzlich eine Anweisung des Arbeitgebers an den Arbeitnehmer voraus, sich an frei gewählter Stelle für den Bedarfsfall bereitzuhalten, und hat zur Folge, dass die abgerufene Tätigkeitszeit dann als Arbeitszeit gilt.⁷⁹ Gegen eine Übertragung dieser Wertung auf die Erfüllung dienstlicher Aufgaben außerhalb der Arbeitszeit ohne Anweisung des Arbeitgebers im Rahmen von BYOD wird angeführt, dass es gerade an einem zurechenbaren Verhalten des Arbeitgebers fehle.⁸⁰ In der Literatur wird zum Teil vertreten, dass in der Nutzung und der Verwendung der erbrachten Ergebnisse durch den Arbeitgeber eine rückwirkende Genehmigung liegen könnte (Rechtsgedanke des § 184 BGB).⁸¹

5.2. Arbeitsschutz

Die Nutzung von privaten Endgeräten für dienstliche Zwecke entbindet nicht von den arbeitsmittelbezogenen Schutzvorschriften.⁸² Es dürften keine Besonderheiten im Gegensatz zu arbeitgeber-eigenen Betriebsmitteln gelten. Soweit die Privatgeräte im Rahmen von Telearbeit oder mobiler Arbeit genutzt werden, gelten die Arbeitsschutzgesetze nach den dafür einschlägigen Vorgaben (siehe unten).⁸³ Während das Arbeitsschutzgesetz den Schutz aller Beschäftigten durch Arbeitgeber umfassend regelt, wird es für wichtige Schwerpunkte durch Verordnungen konkretisiert (beispielsweise durch die Verordnungen, die unter 5.2.2 und 5.2.3 behandelt werden).⁸⁴

5.2.1. Arbeitsschutzgesetz

Das Arbeitsschutzgesetz (ArbSchG) findet auch im Rahmen von BYOD Anwendung. Der Arbeitgeber hat die erforderlichen Maßnahmen unter Berücksichtigung der Umstände zu treffen, die Sicherheit und Gesundheit der Beschäftigten bei der Arbeit beeinflussen (§ 3 Abs. 1 ArbSchG). § 4 ArbSchG enthält allgemeine Grundsätze des Arbeitsschutzes. Aus § 5 ArbSchG folgt die allgemeine Pflicht zur Ermittlung von besonderen Gefährdungen – daher sind die spezifischen

78 Göpfert/Wilke, Nutzung privater Smartphones für dienstliche Zwecke, NZA 2012, S. 768.

79 Kramer in Kramer, IT-Arbeitsrecht, 1. Auflage 2017, B. Individualarbeitsrecht Rn. 862.

80 Heldmann, Dienstliche Nutzung privater Endgeräte (BYOD) und privater Gebrauch betrieblicher Kommunikationsmittel, 2015, S. 54 f.

81 Zöll/Kielkowski, Arbeitsrechtliche Umsetzung von „Bring Your Own Device“ (BYOD), BB 2012, S. 2628; Seel, Private Endgeräte im betrieblichen Einsatz – Rechtsfragen im Rahmen von „BYOD“, MDR 2014, S. 71.

82 Kohte, Arbeitsschutz in der digitalen Arbeitswelt, NZA 2015, S. 1421.

83 Zu den grundlegenden Vorschriften des Arbeitsschutzes im Hinblick auf Telearbeit und mobiles Arbeiten: *Deutscher Bundestag*, Wissenschaftliche Dienste: Telearbeit und Mobiles Arbeiten, 2017, WD 6-3000-149/16, S. 6 ff.

84 Wink in Kollmer/Klindt/Schucht, Arbeitsschutzgesetz, 3. Auflage 2016, BetrSichV § 1 Rn. 1a.

Gefährdungen durch die Nutzung von BYOD zu ermitteln. Dabei sind die durch die Bildschirmarbeit bedingten Risiken und Anforderungen sowie das Risiko von Gesundheitsgefährdungen durch die erweiterte Erreichbarkeit besonders zu berücksichtigen.⁸⁵ Der Arbeitgeber muss seinen Schutzpflichten durch entsprechende organisatorische Maßnahmen gerecht werden.⁸⁶ Eine wichtige Rolle dürfte in diesem Zusammenhang auch die Unterweisungspflicht nach § 12 ArbSchG spielen. Danach hat der Arbeitgeber die Beschäftigten über Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Arbeit während ihrer Arbeitszeit ausreichend und angemessen zu unterweisen. Die Beschäftigten trifft gemäß § 15 ArbSchG selbst auch die Verpflichtung, nach ihren Möglichkeiten sowie gemäß der Unterweisung und Weisung des Arbeitgebers für ihre Sicherheit und Gesundheit bei der Arbeit Sorge zu tragen.

Ein Beispiel für denkbare organisatorische Maßnahmen des Arbeitgebers wäre die Bereitstellung ergonomisch gestalteter sicherer Arbeitsgeräte durch Ausstattung der mitarbeitereigenen Laptops, Notebooks und ggf. Tablet-PCs mit zusätzlichen Bildschirmen, externen Tastaturen und höhenverstellbaren Standfüßen.⁸⁷

5.2.2. Arbeitsstättenverordnung

Die Arbeitsstättenverordnung (ArbStättV) enthält Vorschriften für die Sicherheit und den Schutz der Gesundheit der Beschäftigten beim Einrichten und Betreiben von Arbeitsstätten und dient der praktischen Verwirklichung der Ziele des Arbeitsschutzgesetzes.⁸⁸ In welchem Umfang die Verordnung auf BYOD Anwendung findet, dürfte von der jeweiligen Ausgestaltung des BYOD abhängen. Soweit es um den dauerhaften Einsatz privater Endgeräte am Arbeitsplatz in der Arbeitsstätte (§ 2 Abs. 1 und 2 ArbStättV) geht, dürfte die Verordnung umfänglich Anwendung finden.⁸⁹ Arbeitsplätze sind nach § 2 Abs. 4 ArbStättV Bereiche, in denen Beschäftigte im Rahmen ihrer Arbeit tätig sind.

Relevant sind hier insbesondere die Anforderungen an tragbare Bildschirmgeräte in Nummer 6.4 des Anhangs der ArbStättV. Dort sind Vorgaben für Größe, Form, Gewicht von Bildschirmgeräten und deren Verwendungsmöglichkeiten enthalten. Werden tragbare Bildschirmgeräte ortsfest an Arbeitsplätzen verwendet, gelten nach Nummer 6.4 Abs. 5 des Anhangs der ArbStättV auch die allgemeinen strengeren Anforderungen an Bildschirmarbeitsplätze nach Nummer 6.1 des Anhangs der ArbStättV (beispielsweise im Hinblick auf Ergonomie).

85 *Monsch*, Bring Your Own Device (BYOD), 2017, S. 67. Zur Frage der Gesundheitsgefährdungen siehe auch: *Kohte*, Arbeitsschutz in der digitalen Arbeitswelt, NZA 2015, S. 1423.

86 Vgl. *Kollmer* in *Kollmer/Klindt/Schucht*, Arbeitsschutzgesetz, 3. Auflage 2016, § 1 Rn. 35 ff.

87 *Monsch*, Bring Your Own Device (BYOD), 2017, S. 68; *Deutscher Bundestag*, Wissenschaftliche Dienste: Telearbeit und Mobiles Arbeiten, 2017, WD 6-3000-149/16, S. 9 mit weiteren Nachweisen.

88 Vgl. *Kollmer* in *Kollmer/Wiebauer/Schucht*, Arbeitsstättenverordnung, 4. Auflage 2019, vor § 1, Rn. 16.

89 Vgl. *Wiebauer* in *Kollmer/Wiebauer/Schucht*, Arbeitsstättenverordnung, 4. Auflage 2019, 6.4 Rn. 2. So auch bezüglich der Regelungen der Bildschirmarbeitsverordnung, die seit Dezember 2016 in die neugefasste ArbStättV integriert wurden: *Monsch*, Bring Your Own Device (BYOD), 2017, S. 68.

Soweit die privaten Endgeräte im Rahmen von Telearbeitsplätzen⁹⁰ eingesetzt werden, dürften die Vorschriften der ArbStättV in auf das Wesentliche beschränktem Umfang gelten.⁹¹ Im Vordergrund steht dabei die Einrichtung und Ausstattung des Bildschirmarbeitsplatzes mit Mobiliar, sonstigen Arbeitsmitteln und Kommunikationsgeräten. Es gelten für Telearbeitsplätze daher nur die Anforderungen des § 3 (Gefährdungsbeurteilung) ArbStättV bei der erstmaligen Beurteilung der Arbeitsbedingungen und des Arbeitsplatzes, der § 6 (Unterweisung) ArbStättV und die Nummer 6 des Anhangs der Verordnung.⁹²

Finden die privaten Endgeräte hingegen lediglich im Rahmen von mobilem Arbeiten außerhalb von Arbeitsstätten Anwendung, so finden lediglich die bereits schon erörterten Schutzpflichten aus dem ArbSchG Anwendung (siehe 5.2.1).⁹³

5.2.3. Betriebssicherheitsverordnung

Die Verordnung über Sicherheit und Gesundheitsschutz bei der Verwendung von Arbeitsmitteln (Betriebssicherheitsverordnung, BetrSichV) konkretisiert das Arbeitsschutzgesetz bezogen auf die Verwendung von Arbeitsmitteln.⁹⁴ In die BetrSichV wurde mit § 5 Abs. 4 BetrSichV eine Bestimmung aufgenommen, nach der der Arbeitgeber dafür zu sorgen hat, „dass Beschäftigte nur die Arbeitsmittel verwenden, die er ihnen zur Verfügung gestellt hat oder deren Verwendung er ihnen ausdrücklich gestattet hat.“ Daraus ergibt sich, dass die Verordnung auch bezüglich solcher Arbeitsmittel Anwendung findet, die ein Beschäftigter unter Billigung des Arbeitgebers mitgebracht hat. Der Arbeitgeber ist damit auch in Fällen von BYOD im Rahmen der Vorschriften der Verordnung für den sicheren Gebrauch der eigenen Endgeräte verantwortlich.⁹⁵

Zentrales Element der BetrSichV ist ebenfalls die Vornahme einer Gefährdungsbeurteilung (§ 3 Abs. 1 BetrSichV). Arbeitsmittel dürfen nach § 4 Abs. 1 BetrSichV erst verwendet werden, nachdem der Arbeitgeber eine solche Gefährdungsbeurteilung vorgenommen hat. In die Gefährdungsbeurteilung sind gem. § 3 Abs. 2 Satz 1 BetrSichV alle Gefahren einzubeziehen, die von den

90 Nach § 2 Abs. 7 ArbStättV sind dies „vom Arbeitgeber fest eingerichtete Bildschirmarbeitsplätze im Privatbereich der Beschäftigten, für die der Arbeitgeber eine mit den Beschäftigten vereinbarte wöchentliche Arbeitszeit und die Dauer der Einrichtung festgelegt hat“.

91 Zu Anwendung und Umfang der Regelungen der ArbStättV auf Telearbeitsplätze: *Deutscher Bundestag, Wissenschaftliche Dienste: Telearbeit und Mobiles Arbeiten*, 2017, WD 6-3000-149/16, S. 7 f.; Bundesrats-Drs. 506/16, Entwurf einer Verordnung zur Änderung von Arbeitsschutzverordnungen vom 8. September 2016, S. 23.

92 Bundesrats-Drs. 506/16, Entwurf einer Verordnung zur Änderung von Arbeitsschutzverordnungen vom 8. September 2016, S. 23.

93 Bundesrats-Drs. 506/16, Entwurf einer Verordnung zur Änderung von Arbeitsschutzverordnungen vom 8. September 2016, S. 24.

94 *Wink* in Kollmer/Klindt/Schucht, Arbeitsschutzgesetz, 3. Auflage 2016, BetrSichV § 1 Rn. 1a.

95 *Wiebauer*, Arbeitsschutz und Digitalisierung, NZA 2016, S. 1430; *Wink* in Kollmer/Klindt/Schlucht, Arbeitsschutzgesetz, 3. Auflage 2016, BetrSichV § 5 Rn. 3; Bundesrats-Drs. 400/14 vom 28. August 2014, S. 83.

Arbeitsmitteln selbst, von der Arbeitsumgebung und den Arbeitsgegenständen ausgehen, an denen Tätigkeiten mit den Arbeitsmitteln durchgeführt werden.⁹⁶

5.3. Kostentragung

Neben der bereits behandelten Frage der Haftung im Falle von Verlust oder Beschädigung des Endgerätes (siehe 4.) stellt sich auch die Frage nach der Kostentragung für die Bereitstellung, Nutzung und Wartung des Gerätes, insbesondere danach, ob der Arbeitnehmer seine Kosten vom Arbeitgeber ersetzt verlangen kann. Im Grunde kann dazu auf die bereits in der Haftung des Arbeitgebers aufgezeigte Figur des Aufwendungsersatzes nach §§ 670, 675 BGB analog zurückgegriffen werden (siehe 4.2.2). Ein Arbeitnehmer kann danach gegen den Arbeitgeber Aufwendungsersatz geltend machen, sobald er eigenes Vermögen im Interesse des Arbeitgebers eingesetzt hat und die erbrachten Aufwendungen nicht durch Vergütung abgegolten sind.⁹⁷ Im Gegensatz zur Frage der Haftung bei Schäden handelt es sich im Rahmen des Kostenersatzes tatsächlich um freiwillige Vermögensopfer, das heißt Aufwendungen, die getätigt werden. Wenn die Aufwendungen in Bezug auf die Arbeitsausführung gemacht wurden, als Folge einer Arbeitgeberweisung oder nach verständigem Ermessen subjektiv für notwendig gehalten werden durften und der Arbeitnehmer keine besondere Abgeltung für sie vom Arbeitgeber erhält, dann kann der Arbeitnehmer sie vom Arbeitgeber ersetzt verlangen.⁹⁸ In Betracht kommen solche Aufwendungen wie ein Nutzungsentgelt für das private Endgerät, der Ersatz der Betriebskosten (Nutzung von Internet oder Telefonie) sowie Wartungskosten. Im Einzelnen dürfte die Bewertung, ob eine Aufwendung im Interesse des Arbeitgebers getätigt wurde, von der Ausgestaltung des BYOD im Einzelnen und der Abwägung von Arbeitgeber- und Arbeitnehmerinteressen abhängen (zu den Argumenten siehe 4.2.2).

Grundsätzlich hat der Aufwendungsersatzanspruch aus § 670 BGB dispositiven Charakter und kann durch Vereinbarung ausgeschlossen werden.⁹⁹ Ein formularmäßiger Ausschluss ist an den Anforderungen der §§ 305 ff. BGB zu messen. Zumindest im Hinblick auf das verpflichtende, betriebsmitteleretzende BYOD dürfte im generellen Ausschluss des Aufwendungsersatzes eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers im Sinne des § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB liegen, da vom Grundsatz abgewichen wird, dass der Arbeitgeber die Betriebsmittel zur Verfügung zu stellen hat.¹⁰⁰

96 Müller, Homeoffice in der arbeitsrechtlichen Praxis, § 3 Rn. 360.

97 Vgl. BAG, Urteil vom 16. Oktober 2007 – 9 AZR 170/07 –, Rn. 23, juris; BAG, Urteil vom 1. Februar 1963 – 5 AZR 74/62 –, Rn. 7, juris.

98 BAG, Urteil vom 1. Februar 1963 – 5 AZR 74/62 –, juris; Preis in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 19. Auflage 2019, BGB § 611a Rn. 555.

99 BAG, Urteil vom 14. Oktober 2003 – 9 AZR 657/02 –, Rn. 49, juris; Koch in Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 17. Auflage 2017, § 82. Ersatz von Auslagen Rn. 19.

100 Göpfert/Wilke, Nutzung privater Smartphones für dienstliche Zwecke, NZA 2012, S. 768; Monsch, Bring Your Own Device (BYOD), 2017, S. 76.

Möglich und praktikabel dürfte aber die Vereinbarung einer Pauschale sein. Auch eine Pauschalvereinbarung muss den Anforderungen der §§ 305 ff. BGB genügen, insbesondere muss sie alle abgegoltenen Aufwendungen genau bezeichnen, hinreichend bemessen sein, die tatsächlich angefallenen Kosten auch abdecken und darf den Arbeitnehmer nicht im Sinne des § 307 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 BGB unangemessen benachteiligen.¹⁰¹

5.4. Regelung der privaten Nutzung

Während der Arbeitszeit dürfte der Arbeitgeber die private Nutzung des eigenen Endgeräts durch Ausübung seines Direktionsrechts unproblematisch ausschließen bzw. auf die Pausenzeiten beschränken können. Daran sollte auch die eigentumsrechtliche Lage nichts ändern.¹⁰² Der zum Teil in der Literatur geführte Streit darüber, ob auch außerhalb der Arbeitszeit die Privatnutzung der privaten Endgeräte durch den Arbeitgeber ausgeschlossen werden kann,¹⁰³ dürfte in der Praxis eine weniger bedeutende Rolle spielen. Die Doppelnutzung des Geräts ist gerade die Essenz des BYOD.¹⁰⁴ Mögliche und erforderliche Nutzungsregelungen können sich für die private Nutzung jedoch im Rahmen von datenschutzrechtlichen Organisationsmaßnahmen ergeben,¹⁰⁵ sie sind jedoch nicht Gegenstand dieser Arbeit.

5.5. Beendigung des Arbeitsverhältnisses

Im Arbeitsrecht ist der Arbeitnehmer nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses grundsätzlich wie ein Beauftragter nach § 667 BGB verpflichtet, alles, was er zur Ausführung der ihm übertragenen Arbeit erhalten hat, sowie das, was er aus dem Arbeitsverhältnis erlangt hat, herauszugeben.¹⁰⁶ Dies wird sich im Rahmen von BYOD auch auf die Geschäftsunterlagen und Kontaktdaten, die auf dem privaten Endgerät gespeichert sind, beziehen.¹⁰⁷ Aufgrund der Eigentümerstellung des Arbeitnehmers könnten sich tatsächliche Probleme der Umsetzung und insbesondere der Kontrolle der Herausgabepflichten für den Arbeitgeber ergeben. Ihnen kann durch technisch-organisatorische Maßnahmen wie der Möglichkeit der Fernlöschung von Daten begegnet werden.¹⁰⁸

101 *Heldmann*, Dienstliche Nutzung privater Endgeräte (BYOD) und privater Gebrauch betrieblicher Kommunikationsmittel, 2015, S. 79; *Monsch*, Bring Your Own Device (BYOD), 2017, S. 73.

102 *Monsch*, Bring Your Own Device (BYOD), 2017, S. 45.

103 Darstellung des Streits mit weiteren Nachweisen: *Monsch*, Bring Your Own Device (BYOD), 2017, S. 45.

104 So auch *Monsch*, Bring Your Own Device (BYOD), 2017, S. 45.

105 *Monsch*, Bring Your Own Device (BYOD), 2017, S. 47.

106 BAG, Urteil vom 14. Dezember 2011 – 10 AZR 283/10 –, Rn. 17, juris; *Preis* in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 19. Auflage 2019, BGB § 611a Rn. 754.

107 *Monsch*, Bring Your Own Device (BYOD), 2017, S. 95.

108 *Monsch*, Bring Your Own Device (BYOD), 2017, S. 96.

Unabhängig von der Beendigung des Arbeitsverhältnisses dürfte es eine Herausgabepflicht des gesamten Gerätes für den Arbeitnehmer aufgrund seiner Eigentümerstellung ohne gesonderte Vereinbarung wohl nicht geben.¹⁰⁹ Die Regelung einer solchen Pflicht könnte aber gegebenenfalls unter Umständen sinnvoll sein, zum Beispiel für den Fall des Verdachts von Straftaten oder für die Durchführung von Wartungs- oder Supportarbeiten.¹¹⁰

6. Beteiligungsrechte des Betriebsrates

Das Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) findet auf alle Betriebe privatrechtlicher Rechtsträger Anwendung, in denen in der Regel mindestens fünf ständige für die Wahl eines Betriebsrates wahlberechtigte Arbeitnehmer beschäftigt sind. Wenn ein Betriebsrat gewählt wurde, können sich in Bezug auf Einführung und Ausgestaltung von BYOD im Betrieb Beteiligungsrechte in Form von Unterrichts- und Beratungsrechten (nach §§ 80 Abs. 2, 90 BetrVG, siehe 6.2) und zwingenden Mitbestimmungsrechten nach § 87 Abs. 1 BetrVG (siehe 6.1) ergeben.

6.1. Betriebliche Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 BetrVG

Im Rahmen der Einführung und Nutzung von BYOD ergeben sich verschiedene Anknüpfungspunkte für eine Mitbestimmungspflicht nach § 87 Abs. 1 BetrVG.

6.1.1. § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG: Ordnung und Verhalten

§ 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG löst eine Mitbestimmungspflicht im Hinblick auf Fragen der Ordnung des Betriebs und des Verhaltens der Arbeitnehmer im Betrieb aus. Mitbestimmungspflichtig ist nicht nur die Normierung von verbindlichen Verhaltensregeln, sondern auch deren Vollzug. Soweit es jedoch um das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb geht, greift dieses Mitbestimmungsrecht nur dann, wenn ein Bezug zur betrieblichen Ordnung besteht. Deshalb sind alle Maßnahmen des Arbeitgebers, die sich nur auf die Erbringung der Arbeitsleistung beziehen oder in anderer Weise lediglich das Verhältnis des Arbeitnehmers zum Arbeitgeber betreffen, von der Mitbestimmungspflicht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG ausgenommen.¹¹¹ Werden in den Nutzungsvereinbarungen zum BYOD konkrete Verhaltensregelungen bei der Endgerätenutzung getroffen, wird eine Mitbestimmungspflicht anzunehmen sein, sofern ein Bezug zur betrieblichen Ordnung gegeben ist. Keine Rolle spielt dabei, ob das Endgerät auch außerhalb des Betriebsgeländes verwendet wird. Der Anwendungsbereich der Vorschrift wird nicht räumlich, sondern funktional bestimmt. Durch die freiwillig vereinbarte Nutzung des Privatgeräts zu dienstlichen Zwecken dürfte ein Betriebsbezug hergestellt und das Privateigentum des Arbeitnehmers in die

109 *Arning/Moos/Becker*, Vertragliche Absicherung von Bring Your Own Device, CR 2012, S. 594.; *Göpfert/Wilke*, Nutzung privater Smartphones für dienstliche Zwecke, NZA 2012, S. 769; *Monsch*, Bring Your Own Device (BYOD), 2017, S. 95.

110 *Göpfert/Wilke*, Nutzung privater Smartphones für dienstliche Zwecke, NZA 2012, S. 769; *Monsch*, Bring Your Own Device (BYOD), 2017, S. 95.

111 *Richardi* in *Richardi*, Betriebsverfassungsgesetz, 16. Auflage 2018, BetrVG § 87 Rn. 176.

Arbeitsorganisation eingebunden werden.¹¹² Mitbestimmungspflichtige Regelungen könnten beispielsweise die Anweisung sein, dass Arbeitnehmer ihr Gerät mit einem Passwort vor dem Zugriff Dritter schützen oder bei Kundenterminen lautlos stellen sollen.¹¹³ Auch unverbindliche Regelungen wie die Aufforderung, im Ausland kein Datenroaming zu dienstlichen Zwecken zuzulassen, um zusätzliche Kosten zu vermeiden, könnten durch den Betriebsrat mitbestimmt werden.¹¹⁴ Es dürfte unerheblich sein, dass eine Regelung auch das Privatleben des Arbeitnehmers tangiert. Solange nicht ausschließlich das Privatverhalten betroffen ist, besteht zum Schutz des Arbeitnehmers die Mitbestimmungspflicht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG.¹¹⁵ Ein Beispiel dafür könnte in der Anweisung gesehen werden, auch außerbetrieblich sogenannte „Jailbreaks“, Verhaltensweisen mit denen Schutzmechanismen umgangen werden, um nicht lizenzierte Software zu installieren oder Funktionen freizuschalten, zu unterlassen.¹¹⁶

6.1.2. § 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG: Arbeitszeit

Im Rahmen der Einführung von BYOD können auch die Arbeitszeit betreffende Mitbestimmungstatbestände (§ 87 Abs. 1 Nr. 2 und 3 BetrVG) erfüllt sein, soweit Fragen des zeitlichen Umfangs der Gerätenutzung geregelt werden.¹¹⁷ Nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG besteht ein Mitbestimmungsrecht bezüglich Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit. Arbeitszeit im mitbestimmungsrechtlichen Sinne ist die Zeit, in welcher der Arbeitnehmer berechtigt beziehungsweise verpflichtet ist, seine vertraglich geschuldete Arbeit zu leisten. Zweck des Mitbestimmungsrechtes nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG ist es, das Interesse der Arbeitnehmer an der Lage ihrer Arbeitszeit und Freizeit für die Gestaltung ihres Privatlebens zu berücksichtigen.¹¹⁸ Eine Betroffenheit könnte sich beispielsweise bei Regelungen zur Rufbereitschaft am privaten Gerät ergeben.¹¹⁹

112 Göpfert/Wilke, Nutzung privater Smartphones für dienstliche Zwecke, NZA 2012, S. 770; Hoppe in Kramer, IT-Arbeitsrecht, 1. Auflage 2017, B. Individualarbeitsrecht Rn. 640.

113 Göpfert/Wilke, Nutzung privater Smartphones für dienstliche Zwecke, NZA 2012, S. 770.

114 Arning/Moos/Becker, Vertragliche Absicherung von Bring Your Own Device, CR 2012, S. 594.

115 Vgl. BAG, Beschluss vom 22. Juli 2008 – 1 ABR 40/07 –, juris.

116 Monsch, Bring Your Own Device (BYOD), 2017, S. 102.

117 Seel, Private Endgeräte im betrieblichen Einsatz – Rechtsfragen im Rahmen von „BYOD“, MDR 2014, S. 73.

118 Kania in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 19. Auflage 2019, BetrVG § 87 Rn. 25.

119 Monsch, Bring Your Own Device (BYOD), 2017, S. 104.

Der Tatbestand des § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG ergänzt den § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG für den Sonderfall der vorübergehenden Verkürzung oder Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeiten.¹²⁰ Dieser Tatbestand dürfte im Rahmen von BYOD im Hinblick auf die Möglichkeit der ständigen Erreichbarkeit (dazu auch unter 5.2) von Bedeutung sein und bei entsprechenden Regelungen eine Mitbestimmungspflicht auslösen.¹²¹

6.1.3. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG: Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen

Nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG wird ein zwingendes Mitbestimmungsrecht des Betriebsrates ausgelöst, wenn es um Regelungen zur Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen geht, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen. Technische Einrichtungen sind grundsätzlich alle optischen, mechanischen, akustischen oder elektronischen Geräte.¹²² Das Tatbestandsmerkmal der Bestimmung zur Überwachung ist trotz des missverständlichen Wortlauts bereits dann anzunehmen, wenn die technische Einrichtung objektiv geeignet ist, das Verhalten oder die Leistung von Arbeitnehmern zu überwachen.¹²³ Davon abzugrenzen ist die bloß theoretische Möglichkeit technischer Einrichtungen, auf Grund ihrer technischen Voraussetzungen, Arbeitnehmerdaten zu verarbeiten. Eine objektive Eignung zur Überwachung wird im Rahmen des Tatbestandes erst angenommen, wenn eine solche Einrichtung konkrete Funktionen beinhaltet, um das Verhalten oder die Leistung von Arbeitnehmern zu überwachen.¹²⁴ Ob die Voraussetzungen für die Mitbestimmungspflicht im Falle von BYOD vorliegen, dürfte wiederum von der Ausgestaltung im Einzelfall, insbesondere die technischen Zugriffsmöglichkeiten des Arbeitgebers auf das Gerät des Arbeitnehmers (und somit auf gespeicherte Verhaltens- und Leistungsdaten), ankommen.¹²⁵

In der Praxis dürfte bei der Verwendung von privaten Endgeräten zu beruflichen Zwecken oftmals ein ausreichender Zugriff des Arbeitgebers gegeben sein und die Mitbestimmungspflicht somit bestehen.¹²⁶ Dies wird der Fall sein, sobald das private Gerät in das Netzwerk des Arbeitgebers auf irgendeine Art und Weise integriert ist.¹²⁷ Eine abstrakte Eignung zur Überwachung kann sich aus automatisierten Protokollierungsmöglichkeiten des Nutzungsverhaltens der Mitarbeiter

120 *Kania* in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 19. Auflage 2019, BetrVG § 87 Rn. 31.

121 Vgl. *Monsch*, Bring Your Own Device (BYOD), 2017, S. 104 f.

122 *Kania* in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 19. Auflage 2019, BetrVG § 87 Rn. 49.

123 BAG, Beschluss vom 9. September 1975 – 1 ABR 20/74 –, juris; *Kania* in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 19. Auflage 2019, BetrVG § 87 Rn. 55.

124 *Kania* in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 19. Auflage 2019, BetrVG § 87 Rn. 55.

125 Vgl. *Hitzelberger-Kijima*, Die Mitbestimmung bei technischen Überwachungseinrichtungen, öAT 2017, S. 138.

126 So zum Beispiel: *Schwarze* in Boecken/Düwell/Diller/Hanau, Gesamtes Arbeitsrecht, 1. Auflage 2016, BetrVG § 87 Rn. 158; *Göpfert/Wilke*, Nutzung privater Smartphones für dienstliche Zwecke, NZA 2012, S. 765; *Hitzelberger-Kijima*, Die Mitbestimmung bei technischen Überwachungseinrichtungen, öAT 2017, S. 138.

127 *Hitzelberger-Kijima*, Die Mitbestimmung bei technischen Überwachungseinrichtungen, öAT 2017, S. 138.

ergeben. Zum Beispiel kann bei Nutzung einer „Container-App“¹²⁸, die auf dem Gerät des Arbeitnehmers installiert ist, das Nutzungsverhalten des Arbeitnehmers genau nachvollzogen werden.¹²⁹ Auch wenn eine Synchronisation des Endgeräts der Arbeitnehmers mit dem Unternehmensserver vorgesehen ist, ergibt sich aus den übertragenen Daten (wie zum Beispiel Uhrzeit, Verbindungsdaten, digitale Kalenderinhalte) die Möglichkeit, Rückschlüsse auf die Arbeitsleistung des Arbeitnehmers zu ziehen.¹³⁰

Das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG ist nicht auf den Zeitpunkt der Einführung von BYOD beschränkt, sondern erstreckt sich auch auf den Zeitraum der Nutzung und die überbetriebliche Vernetzung.¹³¹

6.1.4. § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG: Arbeits- und Gesundheitsschutz

Nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG besteht ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats beim Gesundheitsschutz im Rahmen gesetzlicher Vorschriften und Unfallverhütungsvorschriften. Der Tatbestand dürfte im Rahmen der Ausfüllung der bereits angesprochenen Regelungen zum Arbeitsschutz, insbesondere im Rahmen der Gefährdungsbeurteilungen nach § 5 ArbSchG und Unterweisungen nach § 12 ArbSchG, soweit es sich um Regelungen kollektiver Natur handelt, eine Rolle spielen.¹³²

6.2. Unterrichts- und Beratungsrechte

Es sei weiterhin auf die Unterrichts- und Beratungsrechte des Betriebsrates hingewiesen. In § 80 Abs. 2 BetrVG ist ein allgemeiner Unterrichtsanspruch geregelt. Danach besteht eine allgemeine Informationspflicht des Arbeitgebers, soweit der Betriebsrat zur Durchführung der ihm obliegenden Aufgaben Informationen benötigt. Durch die Unterrichtung soll dem Betriebsrat die sachgerechte und wirksame Wahrnehmung seiner gesetzlichen Aufgaben ermöglicht werden.¹³³ Dazu muss die Unterrichtung umfassend und rechtzeitig erfolgen.¹³⁴ Bei der Einführung und

128 Eine Container-App ermöglicht es, dienstliche Daten und Anwendungen separat vom übrigen System des Gerätes in einem geschlossenen „Datencontainer“ zu verarbeiten und abzuspeichern (*Monsch*, Bring Your Own Device (BYOD), 2017, S. 136).

129 *Hoppe* in Kramer, IT-Arbeitsrecht, 1. Auflage 2017, Rn. 643.

130 *Hoppe* in Kramer, IT-Arbeitsrecht, 1. Auflage 2017, Rn. 643; *Arning/Moos/Becker*, Vertragliche Absicherung von Bring Your Own Device, CR 2012, S. 593; *Göpfert/Wilke*, Nutzung privater Smartphones für dienstliche Zwecke, NZA 2012, S. 769.

131 *Hoppe* in Kramer, IT-Arbeitsrecht, 1. Auflage 2017, Rn. 643; *Arning/Moos/Becker*, Vertragliche Absicherung von Bring Your Own Device, CR 2012, S. 593.

132 Vgl. *Werner* in Beck-Online-Kommentar Arbeitsrecht, 51. Edition 1. Dezember 2018, BetrVG § 87 Rn 110 ff.; *Monsch*, Bring Your Own Device (BYOD), 2017, S. 108 f.

133 *Kania* in Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 19. Auflage 2019, BetrVG § 80 Rn. 17.

134 *Thüsing* in Richardi, Betriebsverfassungsgesetz, 16. Auflage 2018, BetrVG § 80 Rn. 49.

Regelung von BYOD müsste mithin der Betriebsrat noch im Planungsstadium ausreichend unterrichtet werden.¹³⁵

Aus § 90 Abs. 1 BetrVG folgt weiterhin ein besonderes Unterrichtsrecht in Angelegenheiten, die sich auf die technische und organisatorische Gestaltung der Arbeitsplätze sowie der Arbeitsabläufe und der Arbeitsumgebung auswirken können.¹³⁶ Nach § 90 Abs. 2 BetrVG hat der Arbeitgeber mit dem Betriebsrat die vorgesehenen Maßnahmen und ihre Auswirkungen auf die Arbeitnehmer, insbesondere auf die Art ihrer Arbeit sowie die sich daraus ergebenden Anforderungen an die Arbeitnehmer so rechtzeitig zu beraten, dass Vorschläge und Bedenken des Betriebsrats bei der Planung berücksichtigt werden können. Auch diese Unterrichts- und Beratungsrechte werden bei der Einführung und Regelung von BYOD berücksichtigt werden müssen.¹³⁷

7. Dokumentationspflichten

Die Nutzung privater Endgeräte für dienstliche Zwecke kann auch im Hinblick auf die Einhaltung gesetzlicher Dokumentationspflichten, wie sie sich etwa aus Datenschutzrecht, aus dem Vierten Buch Sozialgesetzbuch Viertes Buch, in Bezug auf die Arbeitszeit (§ 16 Abs. 2 ArbZG), in Bezug auf den Mindestlohn (Mindestlohnaufzeichnungsverordnung), aus dem Arbeitsschutz oder aus steuerrechtlichen Gesichtspunkten ergeben können, tatsächliche Schwierigkeiten bergen. Probleme können insbesondere dann entstehen, wenn die Daten oder Unterlagen lediglich auf den privaten Endgeräten der Arbeitnehmer gespeichert werden und das Gerät nicht von der zentralen Archivierung durch den Arbeitgeber erfasst wird.¹³⁸ Es besteht insoweit organisatorischer und technischer Regelungsbedarf. Der Arbeitgeber muss durch entsprechende Maßnahmen die ordnungsgemäße Archivierung und Zugriffsmöglichkeiten auf die Daten sicherstellen.¹³⁹ In Frage kommen beispielsweise „Virtualisierungs-Lösungen“, bei denen eine Datentrennung stattfindet und die Daten lediglich auf dem Unternehmensserver gespeichert werden, oder „Containerization-Lösungen“¹⁴⁰, bei denen die Daten separat auf dem Privatgerät gespeichert werden und dementsprechend ein Fernzugriff auf die Daten sichergestellt werden muss.¹⁴¹

135 *Monsch*, Bring Your Own Device (BYOD), 2017, S. 97.

136 *Werner* in Beck-Online-Kommentar Arbeitsrecht, 51. Edition 1. Dezember 2018, BetrVG § 90 vor Rn. 1.

137 Siehe auch *Monsch*, Bring Your Own Device (BYOD), 2017, S. 97 ff.

138 *Conrad/Schneider*, Einsatz von „privater IT“ im Unternehmen, Kein privater USB-Stick, aber „Bring your own device“ (BYOD)?, ZD 2011, S. 158.

139 So in Bezug auf Aufbewahrungspflichten von Geschäftsunterlagen: *Franck*, Bring your own device – Rechtliche und tatsächliche Aspekte, RDV 2013, Heft 4, S. 189; *Göpfert/Wilke*, Nutzung privater Smartphones für dienstliche Zwecke, NZA 2012, S. 768.

140 Zu sogenannten „Container-Apps“ siehe Fn. 128.

141 *Monsch*, Bring Your Own Device (BYOD), 2017, S. 170 f.