

Bring your own Device – Arbeit mit eigenen Geräten?

Kommunikationstechnologien Private mobile IT-Geräten auch für dienstliche Zwecke zu nutzen ist ein wachsender Trend. Dabei gilt es Einiges zu beachten.

Von **Wolfgang Däubler**

Eigentlich ist es eine Selbstverständlichkeit: Der Arbeitgeber stellt die Räume und insbesondere die Geräte zur Verfügung, mit denen der Arbeitnehmer arbeiten soll. Dies ist nicht nur ein Indiz dafür, dass überhaupt »abhängige Arbeit« geleistet wird.¹ Vielmehr ergeben sich zahlreiche weitere Folgen: Wird das Gerät beispielsweise defekt und kann der Arbeitnehmer deshalb vorübergehend nicht weiterarbeiten, so gerät der Arbeitgeber in Annahmeverzug und muss nach § 615 Satz 1 BGB die vereinbarte Vergütung fortzahlen. Kommt die fragliche Sache abhanden, muss der Arbeitgeber Ersatz beschaffen. Schließlich ist es ja seine Angelegenheit, für die Voraussetzungen zu sorgen, unter denen überhaupt gearbeitet werden kann. Beschädigt der Arbeitnehmer Gegenstände des Arbeitgebers, haftet er für den dabei entstehenden Schaden. Allerdings nur im Rahmen der Grundsätze über den so genannten innerbetrieblichen Schadensausgleich, also im Prinzip nur, wenn er vorsätzlich oder grob fahrlässig gehandelt hat.

Ein neuer Hype?

In den USA ist insbesondere in der IT-Branche ein wachsender Trend zu verzeichnen: Beschäftigte bringen ihr eigenes mobiles Datengerät mit und verwenden es für die Arbeit.² Dafür hat sich der Ausdruck »Bring your own device« (abgekürzt: Byod) eingebürgert. Auf dem privaten Laptop, Smartphone oder Tablet-Computer befinden sich in einem solchen Fall gleichermaßen private wie dienstliche Daten. Weiter kann von dort aus jederzeit auf das Firmennetzwerk des Arbeitgebers zugegriffen werden.

Auch in Deutschland gibt es Erscheinungen dieser Art.³ Bei einer Befragung gaben 67% der in die Untersuchung einbezogenen Angestellten an, ihre privaten Handys und Computer »zumindest gelegentlich« auch für dienstliche Zwecke einzusetzen.⁴

Für Byod sprechen im Wesentlichen zwei Argumente:

- Der Beschäftigte kann sein gewohntes Gerät weiterbenutzen und muss sich nicht bei jeder Gelegenheit umstellen.⁵ Nicht selten ist das, was ein »IT-Freak« benutzt, auch moderner und technisch ausgereifter als die

¹ Däubler, Arbeitsrecht 1, 16. Aufl., 2006, Rn. 24h.

² Sinn CuA 10/2011, 4; Göpfert/Wilke, NZA 2012, 765 (766).

³ Zahlenangaben bei Herrnleben MMR 2012, 205.

⁴ Mitgeteilt bei Arning u.a., CR 2012, 592.

⁵ Imping/Pohle, K&R 2012, 470; vgl. auch Giese AiB 3/2014, 30.

in der Firma vorhandenen Geräte.⁶ Damit weiterarbeiten zu können, erhöht die Arbeitszufriedenheit und das Engagement.

- Der Arbeitgeber spart die Anschaffungskosten für ein Dienstgerät. Um den Arbeitnehmer nicht zu übervorteilen und so den »Zufriedenheitsgewinn« wieder zu zerstören, stellt der Arbeitgeber einen pauschalen Geldbetrag zur Verfügung, mit dem der Arbeitnehmer seine Flatrate bezahlen kann, aber – je nach Vereinbarung – auch für die Wartung sorgen muss.⁷

Byod hat nicht nur Vorteile

Alle Dinge haben ihre zwei Seiten. Die Wahrscheinlichkeit, dass der Arbeitnehmer auch in seiner Freizeit für die Arbeit zur Verfügung steht, wird deutlich größer.⁸ Weiter lässt sich nicht völlig ausschließen, dass der Arbeitgeber die auf dem Gerät gespeicherten privaten Daten unter bestimmten Umständen zur Kenntnis bekommt.⁹ Aber auch für den Arbeitgeber ist nicht alles Gold was glänzt: Die auf dem privaten Gerät befindlichen Firmendaten müssen gegen rechtswidrige Zugriffe gesichert werden, was hohe Sorgfalt und Loyalität beim Arbeitnehmer voraussetzt. Denkbar ist, dass das Gerät beschädigt wird oder abhandenkommt. Für solche Fälle wird oft eine »Fernlöschung« unvermeidbar sein, die je nach den Umständen auch die privaten Daten des Arbeitnehmers erfasst. Außerdem muss man für weitere Fragen Vorsorge treffen:

- Wer beschafft auf wessen Kosten ein Ersatzgerät?
- Bleibt der Entgeltanspruch wie im Normalfall des Arbeitsverhältnisses unberührt, wenn einige Zeit nicht weiter gearbeitet werden kann, weil das Gerät kaputt ging oder abhandengekommen ist?
- Und weiter: Hat der Arbeitnehmer für die verwandte Software eventuell nur eine Lizenz für den privaten Gebrauch, die den Einsatz für gewerbliche Zwecke nicht abdeckt?¹⁰ Wer muss die Mehrkosten bezahlen?

Die wichtigsten arbeitsrechtlichen Probleme sollen im Folgenden behandelt werden.¹¹ Dabei bleibt dahingestellt, ob Firmen oder die öffentliche Hand diese Arbeitsform in Zukunft forcieren werden¹² oder ob es sich um ein Übergangsphänomen handelt. Können die Unternehmen die höhere Arbeitszufriedenheit nicht auch dadurch schaffen, dass sich der Arbeitnehmer sein Dienstgerät selbst aussuchen kann?¹³ Die Tatsache, dass das

⁶ Arning u.a., CR 2012, 592; Göpfert/Wilke, NZA 2012, 765.

⁷ Sinn, CuA 10/2011, 6.

⁸ Göpfert/Wilke, NZA 2012, 765 (768).

⁹ Sinn CuA 10/2011, 7

¹⁰ Arning u.a., CR 2012, 470 (471); Conrad/Schneider, ZD 2011, 153 (157); Imping/Pohle, K&R 2012, 470 (471).

¹¹ Eingehender zu diesem Thema Däubler, Internet und Arbeitsrecht, 5. Aufl., 2015, § 4.

¹² Conrad/Schneider, ZD 2011, 153 (158).

¹³ So die Alternative bei Göpfert/Wilke, NZA 2012, 765 (771) und bei Giese AiB 3/2014, 30 (32). Überlegungen in diese Richtung auch bei Däubler AiB 3/2014, 31.

Phänomen „Byod“ intensiv in den Jahren 2011 und 2012 diskutiert wurde, dass es jedoch bis heute kaum Gerichtsentscheidungen zu diesem Fragenbereich gibt, spricht dafür, dass sich seine praktische Bedeutung bisher in Grenzen hält. Dennoch ist es sinnvoll, sich die bei dieser Arbeitsform auftauchenden Rechtsfragen näher anzuschauen, weil es immer entsprechende Wünsche und Vereinbarungen geben kann und auch die „gelegentliche“ dienstliche Nutzung von Privatgeräten dieselben Probleme aufwirft.

Einführung von BYOD mit Hilfe des Direktionsrechts?

Der Arbeitgeber kann nicht einseitig anordnen, dass der Arbeitnehmer nunmehr mit einem eigenen Gerät arbeiten muss. Das Direktionsrecht nach §106 GewO deckt eine solche Weisung nicht. Vielmehr bezieht es sich nur auf die Bestimmung von »Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung« sowie auf die Ordnung und das Verhalten der Arbeitnehmer im Betrieb. Die Voraussetzungen dafür, dass überhaupt gearbeitet werden kann, hat der Arbeitgeber zu schaffen. Insoweit kann er den Arbeitnehmer nicht zu einem bestimmten Tun verpflichten. Notwendig ist vielmehr eine Vereinbarung mit dem Arbeitnehmer, die bei der Einstellung, aber auch während eines bestehenden Arbeitsverhältnisses getroffen werden kann.

Die notwendige Abmachung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer

Eine Abmachung, wonach der Arbeitnehmer entgegen der allgemeinen Regel einen Teil der Arbeitsmittel zur Verfügung stellt, ist grundsätzlich zulässig. In der Rechtsprechung finden sich Beispiele, wonach ein Model in einer bestimmten Kleidung erscheinen¹⁴ und der angestellte Taxifahrer sein eigenes Fahrzeug einsetzen muss.¹⁵ Auch bei Außendienstmitarbeitern ist die einvernehmliche Benutzung des eigenen Pkw nicht ungewöhnlich. Da eine solche Abrede von dem (ungeschriebenen) Grundsatz abweicht, dass mit Gegenständen des Arbeitgebers gearbeitet wird, unterliegt sie nach § 307 Abs. 1 BGB der AGB-Kontrolle. Inhaltlich handelt es sich dabei nicht um die Bestimmung der »Hauptleistung«, sondern um eine typische Nebenabrede, eine »Modifikation« des Leistungsversprechens, die in der Rechtsprechung des BGH seit jeher der AGB-Kontrolle unterworfen wurde.¹⁶ Auch das BAG hat sich dieser Auffassung angeschlossen.¹⁷

Durch eine Abmachung über das Einbringen des eigenen Smartphones oder vergleichbarer Geräte darf der Arbeitnehmer nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessen benachteiligt werden. Das wäre beispielsweise der Fall, wenn ihm jede private Nutzung untersagt würde. Außerdem muss er die Kosten ersetzt erhalten, die die Inanspruchnahme bestimmter Internet-Dienste (wie z.B. Juris) für betriebliche Zwecke oder die Datenübermittlung aus dem Ausland mit sich bringt. Schließlich wäre es

¹⁴ BSG 12. 12. 1990 – 11 RAr 73/90 –, NZA 1991, 907 (908).

¹⁵ BAG 29. 5. 1991 – 7 ABR 67/90 –, AP Nr. 2 zu § 9 BetrVG 1972

¹⁶ BGH 12. 3. 1987 – VII ZR 37/86 –, NJW 1987, 1931 (1935); BGH 24. 3. 1999 – IV ZR 90/98 –, NJW 1999, 2279 (2280).

¹⁷ So zuletzt BAG 21. 6. 2011 – 9 AZR 203/10 –, AP Nr. 53 zu § 307 BGB, wonach eine Ausgleichsklausel als Teil eines Aufhebungsvertrags der AGB-Kontrolle unterliegt.

unbillig, ihm die gesamte Flatrate aufzubürden; angesichts der vorgesehenen dienstlichen Nutzung muss der Arbeitgeber jedenfalls einen angemessenen Teil beisteuern, sofern er nicht freiwillig die gesamten Kosten übernimmt.

Beteiligung des Personalrats

Durch den Anschluss des eigenen Geräts an das in der Dienststelle bestehende Netz wird die Möglichkeit geschaffen, mit technischen Mitteln Verhalten und Leistung des Arbeitnehmers zu überwachen. Deshalb kann der Personalrat nach § 75 Abs. 3 Nr. 17 BPersVG mitbestimmen.¹⁸ Wie intensiv die Kontrollmöglichkeiten sind und ob sie auch Teile des Freizeitverhaltens umfassen, spielt für das grundsätzliche Eingreifen des § 75 Abs. 3 Nr. 17 BPersVG keine Rolle.

In der Literatur wird weiter auf § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG verwiesen, wonach das »Verhalten der Arbeitnehmer« und die »Ordnung im Betrieb« von der Mitbestimmung erfasst sind.¹⁹ Die Anweisung, wie das Passwort zu schützen ist, sowie die Abruffrequenz der dienstlichen E-Mails werden beispielsweise dazu gezählt.²⁰ An anderer Stelle ist von der Pflicht zur Verschlüsselung der Firmendaten die Rede.²¹ Für § 75 Abs. 3 Nr. 15 BPersVG kann nichts anderes gelten.

Weitere Fragen

Auch wenn personenbezogene Daten auf einem Gerät des Arbeitnehmers gespeichert sind oder verarbeitet werden, bleibt der Arbeitgeber verantwortliche Stelle im Sinne des BDSG, da er weiterhin weisungsbefugt ist. Die Zuordnung der Daten ändert sich nicht dadurch, dass das »Speichermedium« nicht dem Unternehmen gehört – so wenig wie dies der Fall ist, wenn ein Server von einem Dienstleister geleast wurde. Mit Rücksicht darauf besteht auch kein Grund, die Regeln über die Auftragsdatenverarbeitung nach § 11 BDSG anzuwenden. Alle Beschäftigten im Sinne des § 3 Abs. 11 BDSG, zu denen auch arbeitnehmerähnliche Personen und Beamte gehören, werden datenschutzrechtlich als Teil des Unternehmens und damit der verantwortlichen Stelle angesehen. Anders verhält es sich nur dann, wenn der »Mitarbeiter« ein wirtschaftlich selbständiger Unternehmer ist, der aber in Bezug auf die Daten den Weisungen des Auftraggebers folgen muss: Hier wäre § 11 BDSG anzuwenden. Abweichend liegt der Fall auch dann, wenn der Arbeitnehmer sein privates Gerät ohne Wissen und Duldung durch den Arbeitgeber zum Beispiel für eine unerlaubte Nebentätigkeit einsetzt: Hier würde er selbst zur verantwortlichen Stelle.²²

¹⁸ Ebenso für § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG Arning u.a., CR 2012, 592 (593); Giese, AiB 3/2014, 32; Göpfert/Wilke, NZA 2012, 765 (769); Imping/Pohle, K&R 2012, 470 (475).

¹⁹ Conrad/Schneider, ZD 2011, 153 (157).

²⁰ Arning u.a., CR 2012, 592 (593).

²¹ Brandt, CuA 10/2011, 13.

²² Conrad/Schneider, ZD 2011, 153 (154).

Infokasten

Auswertung

Kontrollrechte des Arbeitgebers

Die üblichen Kontrollrechte des Arbeitgebers stoßen auf Schwierigkeiten. Besteht beispielsweise gegen den Arbeitnehmer der Verdacht einer Straftat, so würde nach § 32 Abs. 1 Satz 2 BDSG eine heimliche Auswertung der Daten auf dem Dienstgerät in Betracht kommen.²³ Handelt es sich allerdings um ein privates Gerät, scheidet eine heimliche Auswertung regelmäßig bereits aus faktischen Gründen aus. Selbst wenn ein Remote-Zugriff eingerichtet wäre, dürfte der Arbeitgeber davon keinen Gebrauch machen, wenn auf dem Privatgerät dienstliche und private Daten nicht getrennt sind.

Beschädigung und Verlust des Geräts

Wird das Gerät im Zusammenhang mit der dienstlichen Nutzung beschädigt oder zerstört oder ist es nicht mehr auffindbar, so ist seine Wertminderung beziehungsweise sein Verlust eine »Aufwendung«, die nach § 670 BGB vom Arbeitgeber zu ersetzen ist.²⁴ Im Regelfall hat dieser daher ein Ersatzgerät zu beschaffen. Genauso wird verfahren, wenn ein Arbeitnehmer in Abstimmung mit dem Arbeitgeber sein Privatfahrzeug für dienstliche Zwecke verwendet und dieses gestohlen wird.²⁵

Ein separates Mietverhältnis zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer zu konstruieren, das den Arbeitnehmer als »Vermieter« zur Ersatzbeschaffung verpflichtet,²⁶ ist wenig lebensnah und verstößt überdies gegen den Grundsatz, dass bei gemischten Verträgen grundsätzlich die Regeln des Vertragstypus gelten, der den rechtlichen oder wirtschaftlichen Schwerpunkt bildet.²⁷ Dies ist hier das Arbeitsverhältnis mit seiner spezifischen Risikoverteilung. Auch im Parallellfall des dienstlich genutzten Privatwagens wird Entsprechendes angenommen. Allerdings hat die Ersatzpflicht Grenzen: Der Anspruch besteht nur insoweit, als der Arbeitgeber eine Beschädigung seiner eigenen Sachen nach den Grundsätzen des innerbetrieblichen Schadensausgleichs hätte hinnehmen müssen.²⁸ Bei grober Fahrlässigkeit des Arbeitnehmers ist dies in der Regel nicht mehr der Fall. Bei einfacher oder mittlerer Fahrlässigkeit wird der Schaden zwischen beiden Seiten aufgeteilt, so dass insoweit nur ein anteiliger Aufwendungsersatzanspruch in Betracht kommt.²⁹ Bei leichtester Fahrlässigkeit des Arbeitnehmers und bei fehlendem Verschulden ist voller Ersatz geschuldet. Zu den Aufwendungen zählen auch die Beträge, die wegen der Rekonstruktion der (dienstlichen) Datenbestände von einem Dritten in Rechnung gestellt werden.

²³ Einzelheiten bei Däubler, Gläserne Belegschaften?, 6. Aufl., 2015, Rn. 379 ff.

²⁴ Göpfert/Wilke, NZA 2012, 765 (769).

²⁵ BAG 22. 6. 2011 – 8 AZR 102/10 –, NZA 2012, 91

²⁶ So Göpfert/Wilke, NZA 2012, 765 (769).

²⁷ Palandt-Grüneberg, BGB, 74. Aufl., 2015, Überblick vor § 311 Rn. 26.

²⁸ BAG, a. a. O.

²⁹ Weitere Nachweise und Einzelheiten bei Däubler, Arbeitsrecht 2, 12. Aufl., 2009, Rn. 903.

Sinnvoll ist es, bei verloren gegangenen Geräten eine Fernlöschung vorzunehmen, um einen Datenmissbrauch und eine eventuell Mitteilung nach § 42a BDSG wegen einer groben „Datenpanne“ auszuschließen. Soweit private und dienstliche Daten nicht getrennt sind, könnte eine Löschung aber nur mit Zustimmung des Arbeitnehmers erfolgen: Ist dieser inzwischen ausgeschieden oder ist er ein gesuchter Experte, der sich ein »nein« leisten kann, käme der Arbeitgeber in eine schwierige Situation. Auch aus diesem Grund ist es höchst sinnvoll, von Anfang an eine Trennung zwischen privaten und dienstlichen Daten vorzunehmen.

Denkbar ist, dass wegen der Funktionsunfähigkeit des Geräts oder wegen seines Abhandenkommens nicht weitergearbeitet werden kann. In aller Regel ist für einen solchen Fall Vorsorge getroffen, indem Sicherungskopien auf einem externen Speicher hergestellt werden. Ist dies anders, stellt sich das Problem, ob der Arbeitnehmer nach § 615 Satz 1 BGB seine Vergütung weiter beziehen kann. In der Tat bleibt das Betriebsrisiko auch in einer solchen Konstellation auf Seiten des Arbeitgebers. Anders verhält es sich dann, wenn der Arbeitnehmer grob fahrlässig gehandelt hat. Hier entfällt nach § 326 Abs. 1 BGB auch der Anspruch auf das Entgelt. Ob der Arbeitgeber von dieser Möglichkeit wirklich Gebrauch macht, hängt davon ab, wie die innerbetrieblichen Umgangsformen beschaffen sind und ob es sich um eine »wertvolle« Arbeitskraft handelt, deren Weggang auf alle Fälle vermieden werden soll.

Ermittlungsmaßnahmen

Besteht gegen den Arbeitnehmer der durch Tatsachen begründete dringende Verdacht, eine Straftat gegen den Arbeitgeber, einen Arbeitskollegen oder einen Kunden begangen zu haben, so könnte der Arbeitgeber das ihm gehörende Gerät herausverlangen, um die dort gespeicherten Daten zu analysieren. Notfalls könnte er es dem Arbeitnehmer unmittelbar wegnehmen. Dabei ist immer vorausgesetzt, dass keine andere, weniger belastende Möglichkeit der Aufklärung besteht. Im vorliegenden Fall ist dies anders, da das Eigentum am Gerät beim Arbeitnehmer liegt und dieser außerdem Mitbesitzer ist: Nach § 866 BGB ist damit eine Wegnahme im Wege der Selbsthilfe ausdrücklich ausgeschlossen. Der Arbeitgeber ist in solchen Fällen auf die freiwillige Kooperation des Arbeitnehmers angewiesen, mit der nur dann zu rechnen ist, wenn die Beschuldigung ersichtlich zu Unrecht erfolgte oder der Betroffene in der Lage war, alle Spuren seines vertragswidrigen oder illegalen Tuns zu beseitigen.

Ausscheiden des Arbeitnehmers

Wird das Arbeitsverhältnis durch Kündigung oder durch Aufhebungsvertrag beendet, so stellt sich das Problem, wie mit dem Gerät zu verfahren ist. Eine ähnliche Situation ergibt sich dann, wenn der Arbeitnehmer an einen völlig anderen Arbeitsplatz versetzt wird, wo er die bisherigen Daten nicht mehr benötigt.

Bei Beendigung des Arbeitsverhältnisses muss der Arbeitnehmer grundsätzlich alle Gegenstände an den Arbeitgeber herausgeben, die ihm im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis überlassen wurden oder die, wie zum Beispiel Planungsunterlagen, in dessen Verlauf entstanden sind.³⁰ Dies gilt auch für Dateien, die

³⁰ Kittner/Däubler/Zwanziger-Deinert, Kündigungsschutzrecht, 9. Aufl., 2014, Einl. Rn. 398a; Däubler, 6

arbeitsbezogene, d. h. dienstliche Informationen zum Gegenstand haben.³¹ Sie sind dem Arbeitgeber zu überspielen oder ihm auf einem besonderen Datenträger zu übergeben. Auf dessen Verlangen hin sind sie anschließend zu löschen. Das Gerät als solches verbleibt dem Arbeitnehmer als dem Eigentümer. Selbstredend behält er auch seine privaten Daten sowie die Apps, die er herunter geladen hat. Bei letzteren kommt nur dann eine Ausnahme in Betracht, wenn sie auf Weisung des Arbeitgebers gespeichert und nur für dienstliche Zwecke verwendet wurden.

Ergebnis

Byod bringt zahlreiche ungewohnte Probleme mit sich. Sie lassen sich lösen, wenn beide Seiten – Arbeitgeber und Arbeitnehmer - auch im Konfliktfall faire Umgangsformen bewahren. Ob man davon im Regelfall ausgehen kann, wird sich weisen. Sinnvoll ist der Abschluss von Dienstvereinbarungen, die die aufgeworfenen Fragen regeln.

Habe den Hinweis auf private Arbeitgeber – gibt es im ÖD nicht – durch den letzten Satz getauscht. Einverstanden? Ja. Die Bezugnahme auf private Arbeitgeber sollte andeuten, dass die Verhältnisse im öffentlichen Dienst möglicherweise andere sind.

Prof. Dr. Wolfgang Däubler,
Universität Bremen.