

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 380

**Haftungsrechtliche Fragen
des Einsatzes privater Informations-
und Kommunikationstechnik
im Arbeitsverhältnis**

Von

Lukas Brauer



Duncker & Humblot · Berlin

LUKAS BRAUER

Haftungsrechtliche Fragen des Einsatzes
privater Informations- und Kommunikationstechnik
im Arbeitsverhältnis

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 380

Haftungsrechtliche Fragen des Einsatzes privater Informations- und Kommunikationstechnik im Arbeitsverhältnis

Von

Lukas Brauer



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover hat diese Arbeit im Jahre 2022 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2023 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpf
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 0582-0227
ISBN 978-3-428-18982-3 (Print)
ISBN 978-3-428-58982-1 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☼

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Wintersemester 2022/2023 von der Juristischen Fakultät der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover als Dissertation angenommen. Sie ist in meiner Zeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Zivilrecht, Arbeitsrecht und Zivilprozessrecht entstanden. Für die Veröffentlichung wurden Literatur und Rechtsprechung bis Anfang April 2023 berücksichtigt.

Mein herzlicher Dank gilt zunächst meinem Doktorvater, Herr Univ.-Prof. Dr. Roland Schwarze, für den Themenvorschlag, für seine umfassende Betreuung meiner Doktorarbeit, die zahlreichen wertvollen Hinweise und Anregungen zu meiner Arbeit sowie für die Freiheit der Bearbeitung des Themas. Die Zeit an seinem Lehrstuhl wird mir immer in guter Erinnerung bleiben.

Ganz besonders danken möchte ich darüber hinaus Herrn Prof. Dr. Heinrich Kiel für die äußerst zügige Erstattung des Zweitgutachtens.

Hannover, im April 2023

Lukas Brauer

Inhaltsverzeichnis

Einführung

§ 1 Digitalisierte Arbeitswelt und private Informationstechnik	19
§ 2 Gegenstand und Gang der Untersuchung	23

Teil 1

Grundlagen des Einsatzes privater Arbeitsgeräte	25
§ 3 Systematisierung und Rechtsgrundlage	25
I. Systematisierung der Einsatzkonstellationen	25
1. Differenzierung nach Pflichtenaufteilung	25
2. Differenzierung nach Nutzungsweise des Privatgeräts	27
II. Rechtsgrundlage des Einsatzes privater Arbeitsgeräte	27
1. Einzelvertragliche Rechtsgrundlage	27
2. Weisungsrecht	29
3. Betriebliche Übung	30
4. Betriebsvereinbarung	30
§ 4 Interessenlage am Einsatz privater Arbeitsgeräte	31
I. Vorzüge und Nachteile einer Flexibilisierung von Arbeit	32
1. Freiheitsgewinn	32
2. Verlust arbeitsfreier Räume	32
3. Ambivalenz der Entwicklung	34
II. Vorzüge und Nachteile des Einsatzes privater Arbeitsgeräte	35
1. Kostenreduktion und Technisierung des Betriebs	35
2. Erreichbarkeit der Arbeitnehmer	36
3. Schlussfolgerung	38
III. Einsatz von Privatgeräten durch unqualifizierte Beschäftigte	39

Teil 2

Haftungsverteilung nach dem arbeitsrechtlichen Haftungsregime	42
§ 5 Prinzipien des innerbetrieblichen Schadensausgleichs	43
I. Betriebsrisiko als maßgebliches Zurechnungsprinzip	44
II. Soziale Schutzbedürftigkeit des Arbeitnehmers	48

III. Fremdbestimmung bei indirekten Steuerungsformen	49
1. Heranziehung von Grundgedanken der Gefährdungshaftung	49
2. Fremdbestimmtheit der Arbeitsorganisation	50
a) Formen und Konzepte von Kontrolle	51
b) Autonomie und Macht in den neuen Organisationsformen	55
c) Konzept der indirekten Steuerung	56
aa) Vermarktlichung der Arbeitsorganisation	57
bb) Kontrollierbarkeit der Arbeitsergebnisse	58
cc) Nutzbarmachung interner und externer Konkurrenz	59
dd) Zwischenergebnis	60
3. Schlussfolgerungen	61
IV. Fazit	63
§ 6 Haftungsverteilung zwischen den Arbeitsvertragsparteien	64
I. Die haftungsentlastenden Rechtsinstitute in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts	64
1. Haftungsprivileg des Arbeitnehmers	64
2. Verschuldensunabhängige Haftung des Arbeitgebers	66
II. Analyse der materiell-rechtlichen Risikoverteilung	68
1. Kongruente Anwendungsbereiche	68
2. Kongruente Schadensverteilung	72
3. Zwischenergebnis	76
III. Analyse der prozessrechtlichen Risikoverteilung	77
1. Bedeutung der Beweislast in Haftungsprozessen	78
2. Beweislastverteilung im arbeitsrechtlichen Haftungsregime	79
a) Prozessuale Lasten bei herkömmlicher Pflichtenaufteilung	79
aa) Grundlegende Verteilung der objektiven Beweislast	79
bb) Beweiserleichterungen zugunsten des Arbeitgebers	82
(1) Anscheinsbeweis bzgl. haftungsbegründenden Verschuldens	82
(2) Grundsätze der abgestuften Darlegungs- und Beweislast	82
(a) Erfordernis der alleinigen Kontrolle des Arbeitnehmers	83
(b) Rechtsprechung des BAG zur Mankohaftung	83
(c) Transfer auf den Einsatz von Mobilgeräten	83
(d) Überzeugungskraft der Rechtsprechung im vorliegenden Kontext	85
b) Prozessuale Lasten bei Einsatz von privaten Arbeitsgeräten	86
3. Vergleichende Betrachtung der prozessualen Risikoverteilung	88
a) Inkongruenz der Beweislastverteilung	88
b) Schwierigkeiten beim Nachweis der Betrieblichkeit	90
c) Fehlendes Verschuldenserfordernis als gegenläufige Erwägung	91
4. Durchsetzungshemmnisse auf Arbeitnehmerseite	94
5. Schlussfolgerung	95

IV. Modifikation der Beweislastverteilung bei Eigenschäden von Arbeitnehmern	95
1. Anwendung der Beweislastgrundregel	96
a) Uneinheitlichkeit bzgl. des dogmatischen Anknüpfungspunktes	96
b) Verknüpfung des Arbeitnehmerschuldens mit § 670 BGB	97
c) Verknüpfung des Arbeitnehmerschuldens mit § 254 BGB	98
2. Sachliche Kriterien der Beweislastverteilung	99
a) Die begrenzte Aussagekraft der Beweislastgrundregel	99
b) Prozessrechtliche Kriterien	101
aa) Angreiferprinzip	101
bb) Beweisnähe	102
cc) Gebotenheit des Negativbeweises	104
c) Materiell-rechtliche Kriterien	104
aa) Zweck des materiellen Rechts	104
bb) Zweckmäßigkeits- und Gerechtigkeitserwägung	105
(1) Machtgefälle im Arbeitsverhältnis	105
(2) Prozessabschreckung	106
(3) Gleichbehandlungsgebot	107
(4) Präventivzweck der Haftungsnorm	108
d) Zusammenfassung	109
3. Beweiserleichterungen zugunsten des Arbeitgebers	109
4. Schlussfolgerungen	110
§ 7 Haftungsverteilung bei der Schädigung von Arbeitskollegen	111
I. Kongruenz der Wertungsgrundlage	111
II. Analyse der materiell-rechtlichen Risikoverteilung	113
1. Außenhaftung und Freistellung im Innenverhältnis	114
a) Unbeschränkte Außenhaftung zwischen Arbeitskollegen	114
b) Freistellung im Innenverhältnis zum Arbeitgeber	115
aa) Rechtsgrundlage der Freistellung	115
bb) Dogmatische Begründung	116
cc) Fälligkeit und Umfang des Freistellungsanspruch	117
2. Kongruenz in Anwendungsbereich und Schadensverteilung	118
3. „Haftungslücke“ Insolvenzzisiko	120
III. Analyse der prozessualen Risikoverteilung	121
1. Inhalt des Freistellungsanspruchs	121
2. Beweislast für die Voraussetzungen des innerbetrieblichen Schadensausgleichs	122
a) Herleitung der Beweislastregel aus der Rechtsprechung	122
b) Begründung eines abweichenden Ergebnisses	122

Teil 3

**Schadensausgleich beim Einsatz privater Informations-
und Kommunikationstechnologie** 125

Kapitel 1

Das betriebliche Risiko beim Einsatz privater IKT 125

§ 8 Die Anwendung herkömmlicher Abgrenzungsmodelle auf digitale Arbeitsverhältnisse	125
I. Bestimmung des Geltungsbereichs in der Rechtsprechung	125
II. Konkretisierung und Grenzen des Abgrenzungsdogmas	127
1. Betriebszwecke und -interessen in modernen Arbeitsstrukturen	127
2. Die Entgrenzung von privater und beruflicher Sphäre	128
III. Teleologische Bestimmung der Risikosphären	130
1. Rückgriff auf die arbeitsrechtlichen Zurechnungsprinzipien	130
2. Dogmatische Grundierung teleologischer Bestimmung der Risikosphären	130
3. Die konzentrischen Kreise der Betrieblichkeit	133
§ 9 Teleologische Konkretisierung des Anwendungsbereichs für den Einsatz privater IKT	135
I. Abgrenzungsfragen beim Einsatz des Arbeitsgeräts	135
1. Normaltypus betrieblicher Tätigkeit	136
a) Merkmale typischer Betriebstätigkeit	136
b) Sonderfall der einverständlichen Erweiterung des Leistungsprogrammes	137
c) Sonderfall der geschuldeten, objektiv interessenwidrigen Tätigkeit ..	137
d) Zwischenergebnis	138
2. Zurechnung tätigkeitsspezifischer Risiken nicht geschuldeter Tätigkeiten	138
a) Selbstbestimmtes Tätigwerden unter fremdbestimmten Rahmenbedingungen	139
aa) Selbst- und Fremdbestimmung in modernen Arbeitsformen	139
bb) Voraussetzungen der Risikozurechnung	140
(1) Sachzusammenhang mit arbeitgeberseitigen Vorgaben	141
(2) Betriebliche Handlungstendenz	142
cc) Zwischenergebnis	142
b) Eigeninitiatives Tätigwerden	143
3. Zurechnung von umgebungsspezifischen Risiken betrieblicher Tätigkeit	144
a) Tätigwerden aus dem privaten Lebensumfeld	144
aa) Risikozuweisung bei vertraglicher Regelung	145
bb) Risikozuweisung bei angewiesenem Tätigwerden	146
cc) Risikozuweisung bei Fehlen ausdrücklicher Anweisung	146
(1) Duldung durch den Arbeitgeber	147

(2) Überobligatorisches Tätigwerden aus betrieblichen Gründen	147
(3) Obliegenheit des Arbeitnehmers zur Inkenntnissetzung des Arbeitgebers	148
(4) Schlussfolgerung	149
dd) Zwischenergebnis	149
b) Mobiles Tätigwerden	150
4. Zurechnung der Risiken des Einsatzes privater Arbeitsgeräte	152
II. Abgrenzungsfragen bei unterhalb der Einsatzschwelle liegenden Schadensszenarien	154
1. Zurechnung der Schadensrisiken des Mitführens von Arbeitsgeräten	154
a) Mitführen während der regulären Arbeitszeit	154
aa) Schädigung betrieblicher Arbeitsmittel	154
bb) Schädigung privater Arbeitsgeräte	154
b) Mitführen außerhalb der regulären Arbeitszeiten	156
aa) Risikozuweisung beim Einsatz von Betriebsgeräten	156
(1) Vor- und Nachbereitung betrieblicher Tätigkeit	157
(2) Erreichbarkeitszeiträume	158
(3) Zwischenergebnis	159
bb) Risikozuweisung beim Einsatz von privaten Arbeitsgeräten	160
(1) Risikoverteilung bei direkter Steuerung	160
(2) Risikoverteilung bei indirekter Steuerung	161
2. Zurechnung der Schadensrisiken des Vorhaltens von Arbeitsgeräten	163
a) Risiken des Vorhaltens in der Betriebssphäre	163
b) Risiken des Vorhaltens in der Privatsphäre	164
aa) Vorhalten von betrieblichen Arbeitsgeräten	164
bb) Vorhalten von privaten Arbeitsgeräten	165
c) Sonderfall: Schädigung durch Dritte	166
aa) Schädigung des Betriebsgeräts	166
(1) Begründung der Risikozuweisung über den Parteiwillen	166
(2) Kritik am vertragsbezogenen Begründungsansatz	167
(3) Eigener Begründungsansatz	169
bb) Schädigung des privaten Arbeitsgeräts	171
3. Zusammentreffen privater und betrieblicher Schadensrisiken	172
a) Bestimmung des anwendbaren Haftungsregimes	173
aa) Mitursächlichkeit des privaten und betrieblichen Handlungsteils	173
bb) Vorrang des arbeitsrechtlichen Haftungsregimes	173
cc) Korrektur des arbeitsrechtlichen Haftungsregimes	175
b) Private Schadensrisiken als Teil der betrieblichen Risikosphäre	176
aa) Veranlassung durch den Arbeitgeber	176
bb) Veranlassung durch Umstände der Betriebsorganisation	177
III. Zusammenfassung	178

Kapitel 2

**Innerbetriebliche Schadensverteilung beim Einsatz privater IKT
zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer**

	180
§ 10 Spezifische Risiken des Einsatzes privater IKT	180
I. Schadensdimension beim Einsatz von IT-Geräten	180
II. Klassifizierung der Risiken	182
1. Risiken der Mobilität und Funktionalität	182
a) Ausweitung der Unternehmensgrenzen	182
b) Professionalisierte Angriffsmethodik	183
c) Angreifbarkeit mobiler Endgeräte	185
d) Risiken der mobilen Nutzung	186
2. Risiken der Privatheit	187
a) Risikopotential privater Internetnutzung	187
b) Fehlende oder schwache Sicherheitsvorkehrungen	188
c) Weitere private Risikofaktoren	189
III. Gefährdungspotenziale für Arbeitsvertragsparteien und Dritte	190
§ 11 Haftungsrisiko des Arbeitnehmers beim Einsatz privater IKT	191
I. Verkehrssicherungspflichten und vertragliche Nebenpflichten	191
II. Begründung und Reichweite vertraglicher Schutzpflichten	192
1. Vertraglich geregelte Schutzpflichten	193
2. Abstellen auf die konkrete Vertragsbeziehung	193
a) Berechtigte Schutzerwartungen des Arbeitgebers	194
b) Fehlende Vertrauensfähigkeit des Arbeitnehmers	195
c) Ableitungen von der Intensität des Rechtsgüterkontakts	195
III. Schutzpflichten des Arbeitnehmers beim Einsatz privater IT	196
1. Darstellung der maßgeblichen Kriterien	196
2. Eingrenzung des Pflichtenprogramms mit Zumutbarkeitserwägungen ...	196
3. Konkretisierung anhand typischer Schadenshergänge	197
a) Verbot der aktiven Schädigung	197
aa) Pflichten bei Speicherung von Unternehmensdaten auf privaten Geräten	197
bb) Unterlassungspflichten bei infiziertem IT-System	198
cc) Umgehung von Sicherheitsvorkehrungen	199
dd) Sonstige Unterlassungspflichten	199
b) Pflicht zu aktiven Schutzmaßnahmen	200
aa) Schutzbedürftigkeit des Arbeitgebers	201
(1) Schutzvorkehrungen des Arbeitgebers	201
(a) Grundlegende IT-Sicherheitsmaßnahmen	201
(b) Gezielte Sicherheitsmaßnahmen für den Einsatz von Mo- bilgeräten	201

(c) Verwaltung und Kontrolle von privaten Endgeräten	202
(d) Schutz der Zugänge zum Unternehmensnetzwerk	203
(e) Maßnahmen des Datenschutzes	203
(f) Zusammenfassung und Schlussfolgerungen	205
(2) Betrachtungen zur Sachkompetenz der Arbeitsvertragsparteien	206
bb) Verhaltens- und Abwehrrpflichten der Arbeitnehmer	206
cc) Pflichten zum Schutz von Unternehmensdaten	208
(1) Trennung betrieblicher und privater Daten	208
(2) Sicherung betrieblicher Daten	208
c) Schutzpflichten in der Privatsphäre	210
aa) Reichweite des vertraglichen Schutzes	210
bb) Vertragliche Regelung von in den Privatbereich hineinwirkenden Schutzpflichten	212
cc) Schutzpflichten bei privater Internetnutzung	213
(1) Erfordernis eines qualifizierten Risikos	214
(2) Haftungsbegründendes Nutzungsverhalten des Arbeitnehmers	214
dd) Maßnahmen gegen Diebstahl, Verlust oder Beschädigung	216
ee) Weitergabe an Dritte	217
ff) Informationspflichten	218
IV. Weitere Haftungsvoraussetzungen	219
1. Bezug des Verschuldens auf die Pflichtverletzung	220
2. Erkennbarkeit der Pflichtverletzung	220
V. Haftungsverteilung gem. § 254 BGB	221
1. Haftungsprivilegierung des Arbeitnehmers	222
2. Arbeitgeberseitiges Mitverschulden und anzurechnende Betriebsgefahr	224
a) Potenzielle Maßnahmen der Schadensvorbeugung und -minderung . .	225
aa) Erkennbarkeit der Gefährdung unternehmerischer Rechtsgüter . .	225
bb) Vermeidbarkeit der Gefährdungslage	226
(1) Grundlegende Maßnahmen der IT-Sicherheit	226
(2) Maßnahmen zum Schutze betrieblicher Daten	227
(3) Schlussfolgerungen	228
b) Bestimmung des anzulegenden Sorgfaltsmaßstabs	228
c) Haftungsverteilung nach Wahrscheinlichkeit und Verschuldensgrad	230
VI. Schlussfolgerungen	231
§ 12 Besondere Probleme bei der Erstattung von Eigenschäden	232
I. Verschuldensunabhängige Einstandspflicht des Arbeitgebers	232
II. Vertragliche und deliktische Verschuldenshaftung	233

Kapitel 3

Der Schadensausgleich bei Schädigung von Dritten, insb. Arbeitskollegen	234
§ 13 Haftungsrisiko des Arbeitnehmers bei Schädigung von Rechtsgütern Dritter	234
I. Bedrohungslage für die Rechtsgüter Dritter	234
II. Delikts- und vertragsrechtlicher Schutzbereich	235
1. Software und Datenträger als Schutzgut i. S. v. § 823 BGB	235
2. Deliktsrechtlicher Schutz von Daten	236
3. Bedeutung von Verkehrspflichten im Haftungstatbestand	236
4. Vertragliche Ansprüche des Dritten	238
III. Verkehrspflichten im Haftungstatbestand des § 823 I BGB	239
1. Verkehrspflichten im Lichte digitaler Wertschöpfung	239
2. (Eingeschränkte) Anwendung der Kombinationslehre	239
3. Funktionen der Verkehrspflichten	241
a) Verkehrspflichten als äußerste Sorgfaltsanforderungen	242
b) Bezugspunkt des Verschuldens	243
c) Verkehrspflichten und haftungsbegründende Kausalität	244
4. Systematisierung von Verkehrspflichten	244
5. Begründung und Reichweite von Verkehrspflichten	245
a) Adressat von Verkehrspflichten, insb. Bereichsverantwortlichkeit	245
b) Inhalt der Verkehrspflicht	247
IV. Verkehrspflichten beim Einsatz privater Arbeitsgeräte	249
1. Grundlegende Abgrenzung der Pflichtenkreise	249
a) Pflichtenkreis des Arbeitgebers	249
b) Pflichtenkreis des Arbeitnehmers	250
aa) Verkehrspflichtigkeit wegen Gefahrschaffung	250
bb) Verkehrspflichtigkeit infolge Aufgabenübernahme	251
(1) Vertrauensbeziehung zum Arbeitgeber	252
(2) Gefahrbeherrschung und Weisungsgebundenheit	252
(3) Leistungsfähigkeit des Arbeitnehmers	254
c) Organisationspflichten und Geschäftsherrenhaftung gem. § 831 BGB	254
aa) Organisationspflichten bei Pflichtendelegation	255
bb) Geschäftsherrenhaftung bei Pflichtendelegation	256
cc) Schlussfolgerung	257
2. Verkehrspflichten beim Einsatz privater Arbeitsgeräte	258
a) Charakteristik der Drittgefährdung	258
aa) Betriebliche Gefahrenpunkte für Rechtsgüter Dritter	258
bb) Betriebliches Handlungsgeflecht	259
cc) Mehrstufigkeit des Kausalverlaufes	260
dd) Schlussfolgerung für die Abgrenzung der Pflichtenkreise	261

b) Pflichtenkreise beim Einsatz von Betriebsgeräten	262
aa) Bereichsverantwortlichkeit des Arbeitgebers	262
(1) Bereichsverantwortlichkeit bei Drittgefährdung	262
(2) Räumliche und funktionale Abgrenzungsmethode	262
(3) Pflichtenprogramm des Arbeitgebers	263
(a) Betriebliche Verwaltung fremder Daten	264
(b) Maßnahmen der IT-Sicherheit	264
(c) Sichere Datenübertragung	266
(d) Zwischenergebnis	266
(4) Grenzen der Bereichsverantwortlichkeit	266
(a) Bereichsverantwortlichkeit bei Mitwirkung des Arbeitnehmers	267
(b) Schutzobliegenheit des Geschädigten	268
bb) Originäre Verkehrspflichten des Arbeitnehmers	269
(1) Erfordernis des konkret gefährlichen, schadensnahen Verhaltens	270
(2) Anwendung auf den Einsatz privater IT	270
(3) Zwischenergebnis	272
cc) Erfüllungsübernahme und Organisationspflichten	272
(1) Erfüllungsübernahme beim Einsatz von Betriebsgeräten	273
(a) Erfüllungsübernahme und Risiken mobilen Arbeitens	273
(b) Übernahme von Datenschutzmaßnahmen	274
(c) Übernahme sonstiger IT-Sicherheitsmaßnahmen	275
(2) Organisationspflichten des Arbeitgebers	275
(a) Anweisungssystem	276
(b) Auswahl- und Überwachungssystem	277
(c) Informationssystem	279
dd) Zusammenfassung	279
c) Pflichtenkreise beim Einsatz von privaten Arbeitsgeräten	280
aa) Grad der Drittgefährdung beim Einsatz privater IT-Geräte	281
bb) Verkürzte Bereichsverantwortlichkeit?	282
(1) Grundsätzliche Verfügungsmacht des Arbeitnehmers	282
(2) Zugriffsrechte des Arbeitgebers	283
(3) Obliegenheit zur Überwindung beschränkter Verfügungsgewalt?	284
cc) Haftungsverantwortung des Arbeitgebers bei privater Auslösehandlung	285
(1) Besondere Schutzmaßnahmen gegen Schadsoftware und Datendiebstahl	286
(2) Besonderer Schutz privater IT-Geräte	287
(3) Erweiterter Schutz bei lokaler Speicherung	287

(4) Zwischenergebnis	288
dd) Haftungsverantwortung des Arbeitnehmers	288
ee) Erfüllungsübernahme und Organisationspflichten	290
d) Besonderheiten bei Schädigung von Arbeitskollegen	291
V. Zusammenfassende Betrachtung	292
§ 14 Durchsetzung von Freistellungsansprüchen bei Drittschädigung	294
I. Erfordernis zweifacher Betriebsbedingtheit	294
II. Spezielle Durchsetzungshindernisse beim betrieblichen Einsatz privater Informations- und Kommunikationstechnik	296
1. Unsichere Rechtslage	296
2. Besondere Bedeutung der Freistellung	297
III. Die Rechtsstellung des freistellungsberechtigten Arbeitnehmers	297
1. Freistellungsklage bei titulierter Haftpflicht	299
a) Bindungswirkung bezüglich Begründetheit der Drittforderung	299
b) Strukturschwäche des Freistellungsanspruches	300
2. Freistellungsklage bei außerprozessualer Tilgung der Drittforderung	301
a) Zahlungsanspruch des schädigenden Arbeitnehmers	301
b) Streitverkündung im Freistellungsprozess	302
3. Vorbeugende Freistellungsklage	303
4. Zwischenergebnis	303
IV. Eventualbefreiung als Bestandteil der Freistellungspflicht	305
1. Eventualbefreiung als Rechtsschutzelement	305
2. Pflicht des Arbeitgebers zur Eventualbefreiung	306
3. Wirkungen der Eventualbefreiungspflicht im Arbeitsverhältnis	308
a) Wirkung der Freistellungspflicht im Außenverhältnis	308
b) Risikozuweisung im Innenverhältnis zivilrechtlicher Vertragsparteien	311
aa) Erstattung der Kosten des Haftungsprozesses	311
bb) Bindung an den Ausgang des Haftungsprozesses	311
cc) Risikozuweisung bei außerprozessualer Zahlung	313
dd) Zwischenergebnis	314
c) Risikozuweisung im Innenverhältnis der Arbeitsvertragsparteien	314
aa) Risikozuweisung bei außerprozessualer Zahlung	314
(1) Besonderheiten des arbeitsrechtlichen Freistellungsanspruchs	314
(2) Bindung des Arbeitgebers an die vorprozessuale Befriedigung	315
bb) Kostentragungspflicht des Arbeitgebers	317
(1) Obliegenheit bei subjektiv unbegründeter Drittforderung	317
(2) Obliegenheit bei subjektiv begründeter Drittforderung	318
(a) Kostenerstattung bei titulierter Drittforderung	320
(b) Kostenerstattung bei Obsiegen des Schädigers im Haftungsprozess	320
(3) Zwischenergebnis	321

cc) Risikozuweisung bei vorbeugender Freistellungsklage	322
(1) Zulässigkeit der vorweggenommenen Freistellungsklage	322
(2) Zulässigkeit der vorweggenommenen Feststellungsklage	322
(a) Feststellungsfähigkeit der betrieblich veranlassten Sch-	
densursache	323
(b) Feststellungsfähigkeit des vollen Freistellungsanspruchs	325
4. Mitwirkungsobliegenheiten des schädigenden Arbeitnehmers	326
a) Anzeige- und Auskunftsobliegenheiten	327
aa) Anzeigeobliegenheit	328
bb) Aufklärungsobliegenheit	329
b) Rechtsfolgen bei Verletzung der Obliegenheit	330
aa) Verletzung der Anzeigeobliegenheit	330
bb) Verletzung der Aufklärungs- und Auskunftsobliegenheit	331
c) Die Problematik der Unklarheit über die Betrieblichkeit des Scha-	
denshergangs	332
5. Die Rechtsstellung des geschädigten Arbeitnehmers	333
6. Zusammenfassung und Bewertung	335
a) Einklang mit den arbeitsrechtlichen Wertungen	336
b) Interessengerechtigkeit der vorliegenden Konzeption	336
c) Schutzfunktion des Freistellungsanspruchs	338

Teil 4

Zusammenfassung	339
------------------------	-----

Literaturverzeichnis	347
---------------------------------------	-----

Stichwortverzeichnis	363
---------------------------------------	-----

Einführung

§ 1 Digitalisierte Arbeitswelt und private Informationstechnik

Die fortschreitende Digitalisierung der abhängigen Arbeit wird im arbeitsrechtlichen Schrifttum unter dem Stichwort Arbeitswelt 4.0 bereits diskutiert. Tragweite und Tempo dieser Entwicklung werden deutlich, wenn diese als „vierte industrielle Revolution“ bezeichnet wird, die geprägt sei von der umfassenden und sprunghaften Digitalisierung von Dienstleistung und industrieller Produktion.¹ Realistisch ist die Annahme, dass zumindest in einem Teilbereich der Arbeitswelt eine „evolutionäre Digitalisierung“ voranschreitet, die zu einer „Diskontinuierung der Arbeitsprozesse“ führt.² Digitalisierung meint in diesem Zusammenhang nicht mehr nur die Umwandlung von Informationen in binäre, maschinenoperable Daten, sondern die Entstehung einer gesellschaftlichen Handlungsebene, eines Informationsraums, der auf dem Internet gründet.³ Dieser globale Informationsraum, in dem Arbeit direkt oder indirekt stattfindet, stellt das Fundament moderner Arbeits- und Wertschöpfungsprozesse dar,⁴ ermöglicht eine rasche und umfassende Interaktion und Informatisierung⁵ und führt zu tiefgreifenden Veränderungsprozessen in der Arbeitswelt, in der der zunehmende Einsatz von Informations- und Kommunikationstechnologie einen wichtigen Teilaspekt darstellt.

Die für Arbeitsprozesse genutzte IT-Infrastruktur steht aber immer seltener vollständig im Eigentum des Unternehmens, was den Anstoß für die vorliegende Untersuchung bildet. Der Einsatz privater IT, hier hervorzuheben sind Mobiltelefone, Laptops und Tablets, stellt ein vielseitiges Phänomen dar, das nicht nur in der Rechtswissenschaft, sondern auch in der Ökonomie unter dem Stichwort „Bring Your Own Device“ diskutiert wird.⁶ Diese Begrifflichkeit führt, weil sie den Fokus auf die Unternehmensstrategie richtet, zu einer Verengung der Thematik. Private Informationstechnik ist in Unternehmen aber nicht nur im Rahmen einer gezielten

¹ Hanau, NJW 2016, 2613; Steffan, NZA 2015, 1409; Schubert, RdA 2018, 200 (201).

² Schwarze, in: Hanau/Matiaske (Hrsg.), Entgrenzung von Arbeitsverhältnissen, S. 49.

³ Boes/Kämpf, BMAS-Werkheft 01, März 2016, 22 (23 f.).

⁴ Papsdorf, in: Böhle/Voß/Wachtler (Hrsg.), Hdb Arbeitssoziologie, Bd. 1, S. 401 (412 ff.).

⁵ Boes/Kämpf, BMAS-Werkheft 01, März 2016, 22 (23 f.): „Marktplatz für Arbeitskraft“.

⁶ Vgl. Imping/Pohle, KuR 2012, 470: „private IT“; Arning/Moos/Becker, CR 2012, 592: unpräzise „elektronische Geräte“; vgl. auch Conrad/Schneider, ZD 2011, 153, mit dem zutreffenden Hinweis, dass BYOD neben der Hard- auch die Software erfasse, vgl. weiter die einführenden Bemerkungen bei Auer-Reinsdorff/Conrad/Conrad, Hdb IT- und Datenschutzrecht, § 37 Rn. 294.

und zentral gesteuerten Unternehmensstrategie anzutreffen. Vielmehr geschieht der Rückgriff auf private Geräte wegen der betrieblichen Erfordernisse oder der Erwartungen auf Arbeitgeberseite an Erreichbarkeit und Einsatzbereitschaft nicht selten, ohne dass eine begleitende Unternehmensstrategie besteht. Neben dieser organisatorischen Facette sollen aber auch die unterschiedlichen Einsatzfelder und -gelegenheiten beleuchtet werden. Diese Analyse dient sodann als Grundlage für die Untersuchung allgemeiner und spezieller Haftungsfragen. Haftungsfragen, die von hoher Relevanz sind, obwohl deutsche Unternehmen der flächendeckenden Ersetzung von betrieblicher IT-Infrastruktur durch private Geräte eher skeptisch gegenüberstehen, was aber nicht bedeutet, dass private IT nicht für bestimmte Tätigkeiten und in bestimmten Zeiten, z. B. für ein überobligatorisches, ungeplantes Tätigkeitwerden nach Ende der Arbeitszeit, eingesetzt würde.⁷ Weil Unternehmen sich die positiven Aspekte des Einsatzes privater IT zu Nutze machen wollen, gilt ihre Implementierung im Unternehmen als zentrales Thema.⁸ Auch wenn mit Blick auf den Datenschutz und die IT-Sicherheit Hindernisse für BYOD-Konzepte bestehen, hat der Einsatz privater IT auch in deutsche Unternehmen Eingang gefunden hat.⁹ Dabei scheint die Bedeutung des gezielten und zentral gesteuerten Einsatzes von privater IT deutlich hinter solchen Einsatzkonstellationen zurückzubleiben, in denen die Benutzung des privaten Mobiltelefons oder Laptops auf einer faktischen Notwendigkeit beruht. Gerade in den Fällen, in denen der Einsatz privater IT Resultat des mobilen, flexiblen und häufig spontanen Tätigwerdens ist, besteht Forschungsbedarf, da der Einsatz von Unternehmensseite – anders als bei Bestehen einer BYOD-Strategie – nicht durch betriebliche Vereinbarung geregelt ist.

Die Relevanz des Themas geht zudem nicht dadurch verloren, dass der digitale Wandel an den Grundfesten des herkömmlichen, zweipoligen Arbeitsverhältnisses rüttelt. Am Wertschöpfungsprozess eines Unternehmens sind vermehrt nicht mehr nur die eigenen, über Arbeitsverträge beschäftigten Arbeitnehmer, sondern zunehmend auch externe Arbeitskräfte beteiligt.¹⁰ Dem Einsatz von Fremdbelegschaft entspricht eine veränderte Unternehmensorganisation. Standardisierung und Zentralisierung weichen flexiblen und projektorientierten Strukturen und einer Vernetzung über die Grenzen des fokalen Unternehmens hinweg.¹¹ Dahinter steht eine tiefgreifende Diskontinuierung der digitalen Arbeit, die damit beginnt, dass Arbeitende weder an einen räumlich noch zeitlich definierten Arbeitszusammenhang

⁷ Zwei Drittel der (befragten) Angestellten in Deutschland setzen (auch) eigene Smartphones und Computer für betriebliche Zwecke, vgl. *Arning/Flemming/Becker*, CR 2012, 592.

⁸ Vgl. *Beyer*, computerwoche.de vom 23.8.2011; *Franck*, RDV 2013, 185.

⁹ *Göpfert/Wilke*, NZA 2012, 765 (766); vgl. auch *Weiß/Leimeister*, Wirtschaftsinformatik 2012, 351; *Rubbert*, LANline 4/2017, 38.

¹⁰ *Däubler/Klebe*, NZA 2015, 1032; *Bücker*, AI-Studien 2016, Heft 2, 39 (40); dies betrifft insb. sog. Wissensarbeit, vgl. *Uffmann*, NZA 2016, 977 (978).

¹¹ *Bücker*, AI-Studien 2016, Heft 2, 39 (40).

gebunden sind.¹² Sie setzt sich fort in „gegenständlicher Diskontinuität“ – das Ergebnis der Arbeit ist bestimmt, bzgl. der Zielerreichung und des Vorgehens bestehen Freiheiten – und führt zu „personeller Diskontinuität“, also Organisationen, die einer dauerhaften Kooperation mit Personal nicht mehr bedürfen.¹³

Ein Auslagern von einzelnen Abteilungen und Teilprozessen ist zumindest in einigen Branchen und Berufen kosteneffektiv, da der Einkauf von Arbeitskraft am Markt aufgrund bestehender Strukturen mit geringen Transaktionskosten verbunden ist, die hinter den Folgekosten arbeitsvertraglicher Bindung deutlich zurückbleiben.¹⁴ Paradigmatisch für diese Entwicklung sind neue Arbeitsformen wie Crowdworking und Crowdsourcing, die offenbaren, dass Unternehmen zunehmend von der auf Dauer angelegten arbeitsvertraglichen Bindung Abstand nehmen und zu einer unmittelbaren und flexiblen Deckung des Arbeitsbedarfs am Markt übergehen.¹⁵ Die ökonomischen Vorteile liegen auf der Hand: Neben der Verringerung von Personalkosten spielen Zeitersparnisse eine Rolle, die sich durch eine Zerstückelung von Arbeitsschritten in Kleinstsegmente und das damit ermöglichte simultane Vorgehen realisieren lassen.¹⁶ Das Potenzial ist immens, da nicht nur einfache Tätigkeiten zerstückelt und verkauft werden, sondern auch komplexe Entwicklungsleistungen in Crowdwork erbracht werden können.¹⁷ Festzuhalten ist, dass digitale Arbeit in „virtuellen Organisationsformen“ und damit in kurzfristigen, instabilen und nicht selten auch prekären Beschäftigungsverhältnissen stattfindet.¹⁸

Wenngleich der „digitale Wandel“ die Externalisierung und Modularisierung der Arbeit, unternehmensübergreifende Netzwerkstrukturen sowie die Beteiligung von Fremdbelegschaft am Wertschöpfungsprozess befördert und damit Geschäftsmodelle vordringlich sind, die traditionelle Organisationsformen verflüssigen¹⁹, ist apodiktischen Thesen, die dem zweiseitigen Arbeitsverhältnis bereits den Untergang erklären, nicht beizutreten. Die langfristige Bindung von Wissen und Erfahrung sowie der Aufbau von Vertrauenskapital sind Aspekte, die auch in einer digitalisierten Arbeitswelt von wesentlicher Bedeutung sind.²⁰ Gerade wegen der unternehmerischen Konkurrenz um Fachkräfte und Spezialisten dürfte die langfristige Bindung von Wissen und Vertrauen bei unternehmerischen Entscheidungen in einem

¹² *Schwarze*, in: Hanau/Matiaske (Hrsg.), Entgrenzung von Arbeitsverhältnissen, S. 49 (51): „räumliche“ und „zeitliche Diskontinuität“.

¹³ Vgl. *Schwarze*, in: Hanau/Matiaske (Hrsg.), Entgrenzung von Arbeitsverhältnissen, S. 49.

¹⁴ Vgl. *Hanau*, NJW 2016, 2613 (2614).

¹⁵ *Bücker*, AI-Studien 2016, Heft 2, 39 (40); *Boes/Kämpf*, BMAS-Werkheft 01, März 2016, 22 (24).

¹⁶ Vgl. *Thüsing*, SR 2016, 87 (90).

¹⁷ Vgl. *Boes/Kämpf*, BMAS-Werkheft 01, März 2016, 22 (24).

¹⁸ Vgl. *Papsdorf*, in: Böhle/Voß/Wachtler (Hrsg.), Hdb Arbeitssoziologie, Bd. 1, S. 401 (413).

¹⁹ *Krause*, Gutachten B zum 71. Dt. Juristentag, S. 20.

²⁰ Vgl. *Däubler/Klebe*, NZA 2015, 1032; *Hanau*, NJW 2016, 2613 (2614).