


Autor:	Dr. Klaus Lodigkeit, LL.M., RA, FA für Gewerblichen Rechtsschutz, FA für IT-Recht und FA für Urheber- und Medienrecht
Datum:	22.04.2022
Quelle:	
Normen:	Art 2 GG, Art 1 GG, § 1 BDSG 2018, § 26 BDSG 2018, § 26 BDSG 2018 ... mehr
Fundstelle:	AnwZert ITR 8/2022 Anm. 3
Herausgeber:	Prof. Dr. Dirk Heckmann, Technische Universität München Prof. Dr. Peter Bräutigam, RA und FA für IT-Recht, München
Zitiervorschlag:	Lodigkeit, AnwZert ITR 8/2022 Anm. 3

Künstliche Intelligenz (KI) in der Arbeitswelt (Teil 2): Spannungsfelder der KI in der Arbeitswelt

A. Einleitung

Krisen beschleunigen große Veränderungen. Die Corona-Pandemie gilt als Katalysator für die Digitalisierung und damit auch für die digitale Arbeitswelt.¹ Für das Homeoffice bedarf es verschiedener Technologien, damit die Mitarbeiter sicher von zuhause aus arbeiten können, zum Beispiel einer digitalen Zeiterfassung, Netzwerkverbindungen in Form eines VPNs (Virtual Private Network) oder Videokonferenzsysteme. Die im Zuge der digitalen Transformation entstehende Datenflut wird durch Künstliche Intelligenz analysiert werden.² Das führt zu verschiedenen Spannungsfeldern, insbesondere zwischen KI und Datenschutzrecht sowie KI und Arbeitsrecht. Das sind die Schwerpunkte des zweiten Teils des Aufsatzes.³ Im ersten Teil „Künstliche Intelligenz (KI) in der Arbeitswelt“ wurden die Themen „Digitalisierung der Arbeitswelt“ sowie der Begriff der Künstlichen Intelligenz aus interdisziplinärer Perspektive näher untersucht.⁴

B. Die Rechtslage

I. Spannungsfeld zwischen Künstlicher Intelligenz und Datenschutzrecht

Fraglich erscheint dabei, ob die Bürgerinnen und Bürger noch wissen, „wer was wann und bei welcher Gelegenheit über sie weiß“⁵, wie es das BVerfG in seiner Entscheidung zum Volkszählungsurteil forderte. Das zu schützen ist Aufgabe des Staates. Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung wurde aus dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG hergeleitet. Mit dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung wären eine Gesellschaftsordnung und eine darauf basierende Rechtsordnung unvereinbar, in der Bürger nicht mehr wissen, wer die Daten speichert und wie diese gespeichert werden.⁶

Der Schutz von personenbezogenen Daten ist ein Grundrecht gemäß Art. 8 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union und aus Art. 18 Abs. 1 AEUV.⁷ Zur Durchsetzung dieses Rechts ist am 25.05.2018 die Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) in Kraft getreten.⁸ Zuvor galt die Datenschutzrichtlinie der EU, diese bedurfte eines Transformationsaktes in das jeweilige Recht des Mitgliedstaates. Durch die DSGVO soll die Harmonisierung der Grundrechte und Grundfreiheiten zwischen den Mitgliedstaaten realisiert werden.⁹

Die DSGVO genießt im Verhältnis zum Bundesdatenschutzgesetz bzw. zu den Landesdatenschutzgesetzen Anwendungsvorrang.¹⁰ Dies ergibt sich aus Art. 288 Abs. 2 AEUV bzw. § 1 Abs. 5 BDSG. Danach gilt die Verordnung allgemein, unmittelbar und verbindlich. In Art. 5 DSGVO sind die nachfolgenden

Grundsätze für die Verarbeitung personenbezogener Daten enthalten: Rechtmäßigkeit, Treu und Glauben, Transparenz; Zweckbindung; Datenminimierung; Richtigkeit; Speicherbegrenzung; Integrität und Vertraulichkeit; Rechenschaftspflicht.

Grundsätzlich ist die Verarbeitung personenbezogener Daten verboten, es sei denn, die Ausnahmetatbestände sind erfüllt, Art. 5 Abs. 1 Buchst. a Var. 1 DSGVO. Die Rechtmäßigkeit wird in Art. 6 DSGVO konkretisiert. Die Erlaubnistatbestände sind dabei in Abs. 1 aufgezählt. Zudem bestehen Öffnungsklauseln für nationale Vorschriften.

Für die Anwendung von KI-Systemen bedarf es insbesondere der Einwilligung des Betroffenen (Buchst. a) bzw. es müssen berechnete Interessen (Buchst. f) vorliegen. Hinsichtlich des Einsatzes im Rahmen der öffentlichen Verwaltung ist eine rechtliche Verpflichtung (Buchst. c), lebenswichtiger Interessenschutz einer natürlichen Person (Buchst. d) oder öffentliches Interesse bzw. Ausübung öffentlicher Gewalt (Buchst. e) erforderlich. Auch für die Einwilligung des Betroffenen gilt die Transparenzpflicht. Zudem muss eine Widerrufsmöglichkeit bestehen (Art. 7 Abs. 1 DSGVO).

Die Regulierung der „Black-Box“¹¹ KI stellt ein sehr schwieriges Unterfangen dar. Die Undurchsichtigkeit und Komplexität der KI bergen eine große Herausforderung für die Umsetzung der Datenschutzgrundverordnung.

Für die KI-Anwendung muss zwingend ein Rechtfertigungsgrund vorliegen. Der KI-Entwickler hat eine entscheidende Rolle als Verantwortlicher bei der Umsetzung der in Art. 5 DSGVO dargelegten Grundsätze. Auch hinsichtlich der Einhaltung der Transparenzpflichten bestehen sehr große Herausforderungen. Eine Anonymisierung erscheint kaum möglich. Bei selbstlernender KI stellt die Umsetzung der DSGVO dabei ein Paradoxon dar. Bei anderen KI-Systemen scheint der Vollzug der Datenschutzgrundverordnung hingegen möglich. Entscheidend wird es dabei auf den KI-Entwickler ankommen.

Auch im Rahmen der Bewerberauswahl wird KI eingesetzt, beispielsweise könnten alle nicht ausgewählten Bewerber von der KI aussortiert und informiert werden. Nach Art. 22 Abs. 1 DSGVO hat der Arbeitnehmer das Recht, nicht ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung beruhenden Entscheidung unterworfen zu sein. Eine ausschließlich automatisierte Ablehnung mithilfe von KI ist somit nicht zulässig – eine Vorsortierung der Bewerber mittels KI hingegen schon.

Neben der DSGVO gilt in Deutschland das Bundesdatenschutzgesetz (BDSG). In § 26 BDSG als spezielle Vorschrift zum Arbeitnehmerdatenschutz findet sich z.B. der allgemeine Grundsatz, dass personenbezogene Daten der Beschäftigten vom Arbeitgeber nur verarbeitet werden dürfen, wenn dies für die Entscheidung über die Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses notwendig ist und/oder nach Begründung des Beschäftigungsverhältnisses für seine Durchführung (z.B. für Lohnabrechnungen) oder seine Beendigung oder für die Arbeit der Interessenvertretungen der Beschäftigten erforderlich ist (§ 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG). Ausgehend von obigem Beispielfall ist die Datenverarbeitung von Bewerbern aufgrund der Einstellung notwendig. Jedoch müssen die Daten der nicht eingestellten Bewerber gelöscht werden.

II. Spannungsfeld zwischen Künstlicher Intelligenz und Arbeitsrecht

Im Gesetz zur Förderung von Betriebsratswahlen und der Betriebsarbeit in einer digitalen Arbeitswelt (Betriebsratsrätemodernisierungsgesetz – BRMG, BGBl I 2021, 1762) wird „Künstliche Intelligenz“ an drei Stellen explizit genannt, nämlich im Rahmen der Mitwirkung und Mitbestimmung der Arbeitnehmer gemäß § 80 Abs. 3 Satz 2 BetrVG, im Rahmen der Gestaltung von Arbeitsabläufen gemäß § 90 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG sowie im Rahmen von personellen Angelegenheiten gemäß § 95 Abs. 2a BetrVG. Das BRMG führt damit zu Novellen im Betriebsverfassungsgesetz. Ziel des Gesetzes ist es, dass der Betriebsrat in die Lage versetzt wird, komplexe informationstechnische Zusammenhänge zu verstehen, zu bewerten und mitzugestalten.¹²

1. Hinzuziehung von Sachverständigen gemäß § 80 Abs. 3 BetrVG

Zur Verdeutlichung der Problematik betrachten wir drei Beispiele: Ein Unternehmen beabsichtigt, Diktiersoftware einzusetzen, eine KI-basierte Arbeitszeitauswertung einzuführen und autonome Fahrzeuge auf dem Betriebsgelände zu nutzen.

Der Betriebsrat kann für die Erfüllung seiner Aufgaben Sachverständige zu Rate ziehen, § 80 Abs. 3 Satz 1 BetrVG. Dies steht jedoch unter dem Erforderlichkeitsvorbehalt. Den Sachverständigen kennzeichnet dabei besondere Sachkunde in einem bestimmten Fachgebiet.¹³ Er agiert als Hilfe für den Betriebsrat. Die Hinzuziehung eines Sachverständigen gilt als erforderlich, wenn der Betriebsrat zur Durchführung seiner Aufgaben die Einführung oder die Anwendung von Künstlicher Intelligenz bewerten muss. Letztlich müssen sich Arbeitgeber und Betriebsrat in Hinblick auf den Sachverständigen und dessen Honorar einigen.

Bei den zuvor genannten Beispielen muss zunächst geprüft werden, ob KI nach dem Betriebsverfassungsgesetz überhaupt vorliegt. Unter Künstlicher Intelligenz i.S.d. BetrVG werden technische Systeme verstanden, die aufgrund von Informatikanwendungen in der Lage sind, ein menschenähnliches Verhalten nachzubilden, welches nicht vollständig vorhersehbar ist.¹⁴

Die zuvor erwähnte Diktiersoftware ist keine KI, weil es vollständig vorhersehbar ist, wie die Sprache in Zeichen übertragen wird. Daher muss eine Erforderlichkeitsprüfung i.S.d. § 80 Abs. 3 Satz 1 BetrVG erfolgen. Die Einführung einer KI-basierten Arbeitszeitauswertung ist ebenso vorhersehbar wie die Nutzung autonomer Fahrzeuge auf dem Betriebsgelände. Auch hier muss die Erforderlichkeit durch die Hinzuziehung eines Sachverständigen geprüft werden.

Welches Vorgehen ist Betriebsräten in solchen Fällen zu raten? Zunächst sollte ein Beschluss des Betriebsrats in Hinblick auf die Hinzuziehung eines Sachverständigen in einer Betriebsratssitzung erfolgen. Die Erforderlichkeit muss plausibel und nachvollziehbar sein und zudem ausführlich begründet werden. Wenn KI vorliegt, ist keine solche Begründung erforderlich. Der Beschluss des Betriebsrates muss so dann auch dem Arbeitgeber mitgeteilt werden. Stimmt der Arbeitgeber der Hinzuziehung eines Sachverständigen nicht zu, muss ein Beschlussverfahren beim Arbeitsgericht gemäß den §§ 2a und 80 ff. ArbGG eingeleitet werden.

2. Unterrichts- und Beratungsrechte gemäß § 90 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG

Zum besseren Verständnis des Problems beginnen wir mit folgendem Beispiel: Der Arbeitgeber plant, ein KI-gestütztes Weisungssystem für Lagerarbeiten einzusetzen.

Nach § 90 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG hat der Arbeitgeber den Betriebsrat über die Planung von Arbeitsverfahren und Arbeitsabläufen einschließlich des Einsatzes von Künstlicher Intelligenz rechtzeitig unter Vorlage der erforderlichen Unterlagen zu unterrichten. § 90 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG statuiert dabei eine umfassende Unterrichtspflicht des Arbeitgebers; bereits frühzeitig bei der Planung des KI-Einsatzes muss der Betriebsrat informiert werden. Dazu gehören unter anderem auch ausführliche Erläuterungen der Funktionsweise der geplanten Technologien.

Welches Vorgehen ist Betriebsräten in solchen Fällen zu raten? Bei einem KI-gestützten Weisungssystem handelt es sich um KI, denn dessen Weisungen an den Arbeitnehmer sind nicht vorhersehbar. Der Betriebsrat sollte daher zum Einsatz der KI und dessen Außenwirkungen beraten. Ziel des Betriebsrates könnte es auch sein, dass bestimmte Weisungen nicht erfolgen dürfen. Dann liegt es am Betriebsrat, darüber zu informieren, welche Weisungen künftig vom System erteilt werden dürfen. Um eine derartige Entscheidung zu ermöglichen, müssen dem Betriebsrat Unterlagen zur Funktionsweise des KI-Systems vorgelegt werden.

3. Zustimmungsvorbehalt des Betriebsrates gemäß § 95 Abs. 2a BetrVG

Der Arbeitgeber erlässt beispielsweise Richtlinien zur personellen Auswahl bei Einstellungen, Versetzungen, Umgruppierungen oder Kündigungen, unter anderen soll auch ein Bewerber-Ranking erstellt

werden. Im Rahmen der Berechnung der Auslastung von Mitarbeitenden ist geplant, KI einzusetzen, um Mitarbeitende flexibel versetzen zu können.

Nach § 95 Abs. 1 BetrVG bedürfen Richtlinien über die personelle Auswahl bei Einstellungen, Versetzungen, Umgruppierungen und Kündigungen der Zustimmung des Betriebsrats. Das gilt nach § 95 Abs. 2a BetrVG auch, wenn bei der Aufstellung der Richtlinien Künstliche Intelligenz zum Einsatz kommt.

Richtlinien hinsichtlich des Bewerber-Rankings und der Auslastung von Mitarbeitenden hinsichtlich der Versetzung erfordern die Zustimmung des Betriebsrates nach § 95 Abs. 1 BetrVG. Kommt keine Einigung zustande, dann entscheidet auf Antrag des Arbeitgebers die Einigungsstelle.

Sollte bei der Erstellung der Richtlinien KI zum Einsatz kommen, beispielsweise um Kriterien zur Versetzung festzulegen, dann ergibt sich die Zustimmungspflicht aus § 95 Abs. 2a BetrVG.

4. Weitere Beteiligungsrechte durch den Einsatz von KI

Der Einsatz von KI kann weitere Beteiligungsrechte des Betriebsrates auslösen.

a) Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten

Neben einem KI-Weisungssystem für Lagermitarbeiter plant der Arbeitgeber, auch die Schnelligkeit der Mitarbeiter zu erfassen. Es sollen individuelle Mitarbeiterprognosen erstellt werden. Die Mitarbeiterdaten sollen dabei anonymisiert erhoben werden.

Nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG hat der Betriebsrat über die Einführung technischer Einrichtungen mitzubestimmen, die objektiv geeignet sind, das Verhalten und/oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen. Die o.g. KI löst also Beteiligungsrechte hinsichtlich der Überwachung der Beschäftigten aus. Eine KI, die anonymisierte Daten erhebt, löst ein solches Beteiligungsrecht hingegen nicht aus.

Trifft die KI weitere Entscheidungen in Hinblick auf die Ordnung des Betriebs, die tägliche Arbeitszeit oder die Verkürzung oder Verlängerung der Arbeitszeit, dann sind weitere Mitbestimmungsrechte gemäß § 87 Abs. 1 BetrVG betroffen. Es können daher diesbezüglich auch Betriebsvereinbarungen geschlossen werden. Der Betriebsrat kann in diesen Fällen zudem auch initiativ tätig werden.

b) Zustimmung zu Beurteilungsgrundsätzen

Der Arbeitgeber möchte mittels KI die Leistungen und das Verhalten der Mitarbeiter be- und auswerten sowie ein Mitarbeiter-Ranking stellen.

Nach § 94 Abs. 1 BetrVG bedürfen Personalfragebogen der Zustimmung des Betriebsrats. Das gilt nach § 94 Abs. 2 BetrVG auch entsprechend für persönliche Angaben in schriftlichen Arbeitsverträgen, die allgemein für den Betrieb verwendet werden sollen sowie für die Aufstellung allgemeiner Beurteilungsgrundsätze.

Der Betriebsrat sollte unbedingt auf die Programmierung einer solchen KI Einfluss nehmen. Nach § 94 Abs. 2 Alt. 2, Abs. 1 Satz 1 BetrVG bedarf die Aufstellung eines solchen Rankings seiner Zustimmung.

c) Beteiligung in personellen Angelegenheiten

Beispiel: Die Einstellung eines Bewerbers erfolgt, nachdem im Bewerbungsverfahren ein Ranking mittels KI erstellt worden ist. Die Entlassung eines Arbeitnehmers erfolgt aufgrund der schlechten Leistungsprognose, die die KI ermittelt hat.

Eine alleinige Entscheidung durch KI ist gemäß Art. 22 Abs. 1 DSGVO unzulässig. In dem vorliegenden Beispiel erfolgt die Entscheidung jedoch nicht allein durch die KI. Somit sind die Maßnahmen hinsichtlich der DSGVO – unter Einhaltung aller datenschutzrechtlichen Grundsätze – zulässig.

Die Maßnahmen lösen derweil Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates aus. Nach § 99 Abs. 1 BetrVG besteht die Mitbestimmung des Betriebsrates bei personellen Einzelmaßnahmen (Einstellung, Eingruppierung, Umgruppierung und Versetzung). Das gilt auch für Unternehmen mit mehr als zwanzig wahlberechtigten Arbeitnehmern. Dem Betriebsrat sind die erforderlichen Bewerbungsunterlagen vorzule-

gen und Auskunft über die Person der Beteiligten zu geben. Weiterhin muss dem Betriebsrat unter Vorlage der erforderlichen Unterlagen Auskunft über die Auswirkungen der geplanten Maßnahmen erteilt werden. Zudem ist die Zustimmung des Betriebsrats zu der geplanten Maßnahme einzuholen. Somit ist für die Einstellung die Mitbestimmung des Betriebsrates erforderlich. Nach § 102 Abs. 1 BetrVG ist auch bei Kündigungen die Mitbestimmung des Betriebsrates nötig. Danach ist der Betriebsrat vor jeder Kündigung zu hören. Weiterhin sind ihm die Gründe für die Kündigung mitzuteilen. Eine ohne Anhörung des Betriebsrats ausgesprochene Kündigung ist unwirksam. Somit besteht für die Entlassung das Erfordernis der Mitbestimmung des Betriebsrates. Im Rahmen des Beteiligungsverfahrens gemäß den §§ 99 Abs. 1 Satz 1, 102 BetrVG bestehen überdies Informationsrechte des Betriebsrates, wie eine Gesamtbewertung zustande gekommen ist oder warum eine Kündigung zustande gekommen ist.

C. Auswirkungen für die Praxis

„Eine Gesellschaft, die sich wirtschaftlich und sozial nach vorne bewegen will, ist ohne Mitbestimmung und die dazugehörige Mitverantwortung nicht zu denken.“¹⁵ (Helmut Schmidt)

Das Betriebsverfassungsrecht und die KI-VO enthalten eine Vielzahl von Möglichkeiten, die KI zu reglementieren. Das Betriebsverfassungsrecht sieht eine Reihe von Mitbestimmungsmöglichkeiten des Betriebsrates vor. Dieser sollte die ihm gebotenen Möglichkeiten aufgreifen, um dem Arbeitnehmer so viel Transparenz wie möglich beim Einsatz von KI zu geben, damit die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer verstehen, welche Abläufe die KI ändert. Der Betriebsrat kann einen Sachverständigen hinzuziehen, hat Unterrichts- und Beratungsrechte bzw. Zustimmungsrechte. Er kann auch bereits bestehende Beteiligungsrechte einsetzen.

D. Literaturempfehlungen

Frank/Heine, NZA 2021, 448.

Martini, Blackbox Algorithmus – Grundfragen einer Regulierung Künstlicher Intelligenz, 2019.

Fußnoten

- 1) Reiss, Komplexitätsfokussiertes Management der Digitalisierung, in: Corsten/Roth, Handbuch Digitalisierung, S. 189.
- 2) Ng/Soo, Data Science – was ist das eigentlich?!, S. 7 f.
- 3) Dieser Beitrag entstand unter Mitwirkung von Stephan Weiland, M.A., Ass. Jur.

- 4) Lodigkeit, AnwZert ITR 6/2022, Anm. 2.
- 5) BVerfG, Urtr. v. 15.12.1983 - 1 BvR 209/83 - BVerfGE 65, 1, 43.
- 6) BVerfG, Urtr. v. 15.12.1983 - 1 BvR 209/83 - BVerfGE 65, 1, 43.
- 7) ErwGr. 1 der DSGVO; Art. 1 Abs. 1 DSGVO.
- 8) Art. 99 Abs. 2 DSGVO.
- 9) ErwGr. 3 der DSGVO.
- 10) Ausführlich zum Begriff: Kruis, Der Anwendungsvorrang des EU-Rechts in Theorie und Praxis, passim.
- 11) Zum Begriff: Martini, Blackbox Algorithmus - Grundfragen einer Regulierung Künstlicher Intelligenz, S. 33 ff.
- 12) BT-Drs. 19/28899, S. 14.
- 13) Obermeyer, Die Lehre von den Sachverständigen im Civilprocess nach dem bisherigen gemeinen Recht und nach der neueren Gesetzgebung, (1880), S. 46.
- 14) Frank/Heine, NZA 2021, 448 ff.
- 15) <https://www.mitbestimmung.de/html/24-zitate-uber-mitbestimmung-10238.html>, zuletzt abgerufen am 15.04.2022.