

Künstliche Intelligenz als Herausforderung für das Arbeitsrecht: KI-Verordnung – Beschäftigtendatenschutz – Antidiskriminierungsrecht – Betriebsratsbeteiligung

Tagungsbericht zum 22. Göttinger Forum zum Arbeitsrecht

von Wiss. Mit. Wilke Buschmann und Wiss. Mit. Fredrik Klee

Zum 22. Göttinger Forum zum Arbeitsrecht begrüßte der Verein zur Förderung der Arbeitsrechtsvergleichung und des internationalen Arbeitsrechts e.V. zusammen mit dem Institut für Arbeitsrecht der Universität Göttingen in Person von *Prof. Dr. Hansjörg Otto* (Göttingen) am 24.10.2024 rund 150 Teilnehmende, die ihren Weg aus dem ganzen Bundesgebiet nach Göttingen fanden. Zu Beginn der Veranstaltung erinnerte *Prof. Dr. Rüdiger Krause* (Göttingen) an *Prof. Dr. Dres. h.c. Franz Gamillscheg*, der am 3. Mai 2024 einhundert Jahre alt geworden wäre und Initiator sowie Mitbegründer des Fördervereins – und damit auch des Göttinger Forums zum Arbeitsrecht – war. Zum 22. Göttinger Forum mit dem Titel »Künstliche Intelligenz als Herausforderung für das Arbeitsrecht: KI-Verordnung – Beschäftigtendatenschutz – Antidiskriminierungsrecht – Betriebsratsbeteiligung«, hätte er es laut *Krause* sich wohl nicht nehmen lassen pointiert zu fragen, warum man sich nicht erstmal mit natürlicher Intelligenz beschäftige.

Nach einer kurzen Einführung zu den potenziellen Chancen und Risiken, die mit Künstlicher Intelligenz einhergehen, übergab *Otto* das Wort an den ersten Referenten des Tages, *Prof. Dr. Manuel Trenz* (Göttingen). Der Wirtschaftsinformatiker gab mit seinem Vortrag umfangreiche Einblicke in die Einsatzmöglichkeiten von KI im Personalmanagement und warf zu Beginn drei Thesen auf: »1. KI revolutioniert das Recruiting durch effizientere und objektivere Bewerberauswahl. 2. KI läutet das Ende des traditionellen Personalmanagements ein, indem sie menschliche Entscheidungen ersetzt. 3. Der Einsatz von KI im Personalmanagement schafft eine neue Form der Arbeitsplatzüberwachung.« Als grundsätzliche Herausforderungen Künstlicher Intelligenz, unter der *Trenz* die Fähigkeit einer Maschine, menschliche Fähigkeiten wie logisches Denken, Lernen, Planen und Kreativität zu imitieren versteht, identifizierte er Transparenz und Nachvollziehbarkeit (»black box«), Diskriminierung und Bias sowie den Datenschutz. Anhand von eingängigen Beispielen veranschaulichte er, wie KI schon eingesetzt werde: So nutze das Dienstleistungsunternehmen UBER die Technologie zur vollautomatisierten Steuerung, Bewertung und Disziplinierung seiner Fahrerinnen und Fahrer. Im Bewerbungsmanagement helfen Chatbots den Bewerberinnen und Bewerbern bei etwaigen Fragen rund um das Bewerbungsverfahren, Lebensläufe werden automatisiert analysiert und es können Vorhersagen über die Personenpassung getroffen werden. Das KI- und Personalmanagementunternehmen HireVue nutze seine Software zur Analyse von Antworten und lässt diese einen Vorschlag für das weitere Vorgehen entwerfen. Die Letztentscheidungsgewalt liege aber bei einem Menschen. Pymetrics hingegen analysiere die Performance der Bewerberinnen und Bewerber bei neurowissenschaftlichen

Spielen und erstelle so ein Profil von den kognitiven und sozialen Eigenschaften. KI werde zudem bei der Mitarbeitersteuerung eingesetzt. So sei es möglich durch Überwachung von Arbeitsleistung und Verhalten Schicht- und Arbeitspläne zu optimieren. Neben kritikwürdigen, sehr eingriffsintensiven Ansätzen – etwa bei den Unternehmen Verint (»capture everything«) oder Amazon, wo es ohne menschliche Prüfung bis zur vollautomatisierten Entlassung kommen könne – gebe es auch Lichtblicke, wenn KI zur Verbesserung der Mitarbeitendenzufriedenheit oder Burnoutprävention genutzt werde. *Trenz* schlussfolgerte, dass der Einsatz von Künstlicher Intelligenz die Rolle des Personalmanagements verändern könne, indem der Mensch primär zum Datenanalyst und für strategische Entscheidungen zuständig werde. Ob dies zu einer Entlastung führe, sei aber fraglich (»Jevons Paradox«). Zurückkommend auf die anfänglich aufgestellten Thesen (Zu 1.: Ja, wenn Diskriminierungsfreiheit und Transparenz erreicht werden. Zu 2.: Nein, Mensch und KI müssen effektiv zusammenarbeiten. Zu 3.: Nicht unbedingt, Ausgestaltung des Datenschutzes steht im Fokus.) schloss *Trenz* mit dem Fazit, dass Künstliche Intelligenz das Personalmanagement erheblich verbessern werde, zugleich aber auch vor erheblichen Herausforderungen stehe, was rechtliche Grenzsetzung erforderlich mache.

Im Anschluss daran nahm *Prof. Dr. Lena Rudkowski* (Gießen) die Anforderungen der KI-VO und des Datenschutzrechts an den Einsatz von KI im Personalbereich in den Blick. Nach einer kurzen Einführung zur KI-VO rückte sie die nach dieser Verordnung verbotenen Praktiken in den Fokus. So verbiete Art. 5 Abs. 1 Buchst. c) das sog. Social Scoring dergestalt, dass Bewerberinnen und Bewerber nicht durch die KI anhand von Eigenschaften aussortiert oder schlechter gestellt werden dürfen. Die Erstellung eines Leistungsrankings sei aber zulässig. Nach lit. f) sei sog. Emotionserkennung unzulässig, soweit dies nicht aus Sicherheitsgründen erfolge. Besondere Pflichten ergeben sich auch dann, wenn es zum Einsatz von sog. Hochrisiko-KI kommt, was nach Art. 6 Abs. 2 i.V.m. Anh. III Nr. 4 Buchst. a) etwa bei der Auswahl der Bewerberinnen und Bewerber relevant werde. Die Vermutung des hohen Risikos könne zwar nach Art. 6 Abs. 3 widerlegt werden, wenn »es unter anderem nicht das Ergebnis der Entscheidungsfindung wesentlich beeinflusst.« Was darunter genau zu verstehen sei, werde aber noch zu klären sein. Betreibt der Arbeitgeber eine Hochrisiko-KI, habe er gem. Art. 9 KI-VO insbesondere ein Risikomanagementsystem einzurichten. Mit Blick auf die DSGVO stelle sich zunächst die bekannte Frage nach der Rechtsgrundlage für die Datenverarbeitung durch die KI, wobei Art. 4 Nr. 1 DSGVO und nach der Rechtsprechung des EuGH nicht § 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG heranzuziehen sei (EuGH 30.03.2023 – C-34/21, NZA 2023, 487 – Hauptpersonalrat). Zudem müsse die Datenverarbeitung erforderlich i.S.v. Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) DSGVO sein, was zunächst erfordere, dass die Künstliche Intelligenz funktionsfähig sei und sodann, dass eine Interessenabwägung zugunsten der Verarbeitung ausfalle. Nur weil eine KI nach der KI-VO zertifiziert ist, sei ihr Einsatz daher noch nicht zulässig. Fraglich sei ferner, wann das Verbot der automatisierten Einzelfallentscheidung aus Art. 22 DSGVO greife. Mit Blick auf die Rechtsprechung des EuGH dürfte dies bereits beim Erstellen eines Rankings anzunehmen sein (EuGH 07.12.2023 – C-634/21, NZA 2024, 45 – SCHUFA). Zuletzt widmete sich *Rudkowski*

der Mitbestimmung durch den Betriebsrat und wies auf verschiedene Beteiligungsrechte hin, die teilweise speziell für den Einsatz von KI vorgesehen sind. Bei der Mitbestimmung in sozialen Angelegenheiten komme insbesondere ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG in Betracht, die vielfach vorgeschlagene Anwendung von Nr. 7 sei jedenfalls fraglich. *Rudkowski* schloss mit Fallbeispielen, die die zuvor aufgezeigten Fragestellungen veranschaulichten und dem Fazit, dass die KI-VO dem Arbeitgeber als »Betreiber« beim Einsatz von KI-Systemen zwar verschiedene Pflichten auferlegt, sich die Rechtmäßigkeit des KI-Einsatzes jedoch zunächst nach der DSGVO richte. KI-VO und DSGVO stünden dabei in Wechselwirkung miteinander.

Sodann referierte *Prof. Dr. Marie Herberger, LL.M* (Bielefeld) über die Bedeutung des Schutzes vor Diskriminierungen beim Einsatz von KI im Personalmanagement. Sie eröffnete mit der Vorstellung einer Studie, nach der Richterinnen und Richter strenger urteilten, wenn sie hungrig waren. Zwar entpuppte sich die Studie später als fehlerhaft, klar sei aber dennoch: Bei dem Einsatz Künstlicher Intelligenz besteht eine solche Gefahr nicht. Fehleranfällig sei sie allerdings nichtsdestotrotz: Eine im Personalmanagement eingesetzte KI in den USA bevorzugte überdurchschnittlich oft Bewerber, die Lacrosse spielten und den Namen Jared trugen – eine mittelbare Diskriminierung wegen des weiblichen Geschlechts. Eine von Amazon eingesetzte KI führte ebenfalls zur systematischen Diskriminierung von Frauen und dies ließ sich selbst bei Verzicht auf jegliche Geschlechtsangaben und unzähligen Trainingseinheiten nicht mehr beheben. Auch beim Erstellen und Inverkehrbringen von Stellenanzeigen ließen sich kaum diskriminierungsfreie Ergebnisse produzieren. Diskriminierungsfreiheit lasse sich nur schwerlich beibringen, nicht zuletzt, weil das Lernmaterial häufig seinerseits nicht diskriminierungsfrei sei. Vielmehr würde der Status quo dadurch fortgeschrieben und gesteigert. Ein Lösungsansatz nach Yann LeCun könne das Training mit kleineren, ausgewählten Datenmengen sein, was aber noch weiter erforscht werden müsse. *Herberger* betonte, dass nicht die KI diskriminiere, sondern vielmehr der dahinterstehende Mensch. Ein weiteres Problem liege darin, dass die Rechtsdurchsetzung kaum möglich ist. Zwar helfe § 22 AGG ab, das Diskriminierungsopfer wisse meist aber schon nicht, dass Künstliche Intelligenz eingesetzt wurde und habe so auch keine Chance, das damit einhergehende Diskriminierungsrisiko zu erkennen. *Herberger* schloss mit dem Fazit, dass man die verwendeten Datenmengen auf diskriminierende Aspekte abklopfen müsse und das Diskriminierungsrisiko dann bei Zusammenarbeit von Mensch und KI in den Griff zu bekommen sein könnte. Auch könnte der Fokus beim Einsatz von KI auf lediglich unterstützende Aspekte gerichtet werden, um die gegebenen Risiken zu schmälern.

Die anschließende, von *Prof. Dr. Olaf Deinert* (Göttingen) geleitete Diskussionsrunde behandelte zunächst die Bedeutung des Art. 86 KI-VO. Auf die Frage, wie der »ernüchternde« Diskriminierungsbefund rechtspolitisch nachgebessert werden könne, schlug *Herberger* die Einführung kollektiven Rechtsschutzes vor, den sie gegenüber der individuellen Rechtsdurchsetzung für effektiver halte. Allerdings sei anzumerken, dass effektive Durchsetzung hier weniger eine reine KI-Frage als ein generelles AGG-Thema sei. Zudem sei die Forderung nach kollektivem Rechtsschutz eine noch zu klärende rechtspolitische Angelegenheit, weshalb aktuelle Zweifel an der Einführung eines kol-

lektiven Rechtsschutzsystems nicht von der Hand zu weisen seien. *Rudkowski* erörterte auf die Fragehin, inwieweit die Zertifizierung eines KI-Systems als diskriminierungsfrei überhaupt möglich sei, dass es wohl formal ausreichen würde, wenn der Anbieter selbst dies bescheinigt. Allerdings stelle diese Bescheinigung, selbst wenn sie zuträfe, aufgrund der KI-immanenten Eigenschaft, sich fortwährend weiterzuentwickeln, bloß eine Momentaufnahme dar und sei somit wenig aussagekräftig.

Ferner wurde der Frage nachgegangen, wann eine Ausschreibung nach § 11 AGG tatsächlich endet, wenn sich zur Verbreitung der Stellenanzeige der Hilfe von KI bedient wird. Kritisch wurde insbesondere gesehen, die Ausschreibungsdauer auch auf solche Konstellationen auszuweiten, in denen die Stellenausschreibung von Jobbörsen abgefishcht wird und ohne Kenntnis des Arbeitgebers dort platziert wird. Hierauf erörterte *Herberger*, dass in solchen Fällen eine Zurechnung abzulehnen sei und der Arbeitgeber gegebenenfalls von seinem an der Stellenausschreibung zustehenden Urheberrecht Gebrauch machen müsse. Neben der konkreten Vorgehensweise von KI-Systemen bezüglich der Verbreitung von Stellenanzeigen, wurde erneut diskutiert, inwieweit die (vermeintlich) diskriminierten Bewerberinnen und Bewerber bei einer Black Box-KI Beweisproblemen ausgesetzt seien und wie diesem Umstand rechtlich begegnet werden könne. *Rudkowski* schlug bewusst polarisierend vor, den Auskunftsanspruch nach Art. 15 DSGVO zu nutzen, um in der Folge Schadensersatz nach Art. 82 DSGVO zu verlangen. *Deinert* erwiderte, dass Art. 15 DSGVO deswegen leerlaufen könne, weil der Arbeitgeber als Betreiber der KI regelmäßig von den Auskünften des Anbieters abhängig sei. In einem solchen Fall zeigte *Rudkowski* mit der rhetorischen Frage, wie mangels ausreichender Informationen dann jedoch eine rechtmäßige Datenverarbeitung gem. Art. 6 DSGVO überhaupt möglich sein könne, eine Zwickmühle für den Arbeitgeber auf.

Anschließend referierte *Olaf Möllenkamp* (Richter am ArbG Lübeck) über Beteiligungsrechte und betriebliche Gestaltungsoptionen beim Einsatz von KI im Personalbereich. Als Richter und Vorsitzender mehrerer Einigungsstellen brachte *Möllenkamp* eingangs seine Sicht als Praktiker in die Tagungsthematik ein und wusste zu berichten, dass auch die Justiz unter anderem bei Massenklagen auf die Nutzung von KI zurückgreift. Mitbestimmungsrechtlich habe sich durch die KI auf den ersten Blick wenig verändert, § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG bilde nach wie vor die höchste Stufe der Mitbestimmung bei technischen Einrichtungen. Weitere allgemeine und besondere Mitbestimmungsrechte im Kontext von KI könnten sich zudem nach dem allgemeinen Informationsanspruch gem. § 80 Abs. 2 BetrVG oder bei Betriebsänderung durch grundlegende Änderung der Betriebsorganisation und der Arbeitsmethoden gem. § 111 Satz 1 BetrVG ergeben, wobei *Möllenkamp* bezüglich des § 111 Satz 1 BetrVG auf die Erheblichkeitsschwelle verwies. Dem Beratungsrecht bei Einsatz in Arbeitsabläufen (§ 90 BetrVG) und der Mitbestimmung bei Einsatz im Rahmen von Auswahlrichtlinien (§ 95 BetrVG) komme weitestgehend nur deklaratorische Bedeutung zu. Anders sei dies laut *Möllenkamp* bei der Sachverständigenbeziehung bei Beurteilung von KI gem. § 80 Abs. 3 BetrVG zu bewerten, da insoweit eine Erforderlichkeitsfiktion normiert wurde. Zudem führe eine niederschwellige KI-Definition zu unvermeidlicher erhöhter Kostenlast durch die Sachverständigenbeziehung in IT-Projekten; die vom Gesetzgeber vorgenommene Kosten-

schätzung von 833 € werde in der Praxis regelmäßig überboten (BT-Drucks. 19/28899, 17). Mangels aktiven Mitbestimmungsrechts hielt *Möllenkamp* ein Erzwingen der Einführung von KI durch den Betriebsrat für nicht möglich. Anschließend wurde ein aktueller Beschluss des ArbG Hamburg vom 16.01.2024 vorgestellt (ZD 2024, 354), wonach die Nutzungsmöglichkeit von ChatGPT als Arbeitsmittel für die Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer keiner Mitbestimmung des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG unterliegt, da sie nicht das Ordnungs-, sondern ausschließlich das Arbeitsverhalten betrifft. Entscheidend sei in diesem Fall gewesen, dass der Arbeitgeber ursprünglich die Nutzung von ChatGPT untersagte, im späteren Verlauf jedoch unter Bezugnahme auf eine einzuhaltende Guideline gestattete. Ferner liege kein Fall des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG vor, sofern der Arbeitgeber keinen Zugriff auf die Datenbestände und Chatverläufe von ChatGPT hat, etwa wenn ausschließlich private Accounts der Arbeitnehmerinnen und Arbeitnehmer genutzt werden. Europarechtlich habe die für KI-Systeme mit hohem Risiko normierte Pflicht der Einbeziehung von Arbeitnehmerinnen- und Arbeitnehmervertretern nach Art. 26 Abs. 7 KI-VO eine neue Dimension erreicht, da der erstmalige Verstoß hiergegen bereits bis zu einer Höhe von maximal 15 Mio. € oder 3 % des weltweiten Jahresumsatzes bußgeldbewährt sei. Mithilfe zweier Praxisbeispiele schloss *Möllenkamp* seinen Vortrag und betonte, dass eines der Kernprobleme aus Arbeitgeberpersicht die teilweise kaum vorhandene Information über die Funktionalität der KI sei. Abhängig von der Informationspreisgabe der KI-Anbieter müsse der Arbeitgeber jedoch seiner Informationspflicht bestmöglich nachkommen. Abschließend wurde hervorgehoben, dass in einer Welt ohne KI die Software-Einrichtung schon kompliziert gewesen sei, dies sich mit KI nun jedoch noch verstärkt hätte.

Die im Folgenden von *Krause* geleitete Diskussion behandelte schwerpunktmäßig die Informationspflicht des Arbeitgebers gegenüber dem Betriebsrat. Der Hinweis, dass der KI-Anbieter die Funktionsweise der KI im Zweifel nicht erörtern würde, reiche laut *Möllenkamp* jedoch nicht für eine Exkulpation des Arbeitgebers aus. Vielmehr könne dies sogar ein Hindernisgrund für die Einführung der KI im Betrieb sein.

Zum Abschluss der Tagung äußerte *Dr. Klaus-Peter Stiller* (Hauptgeschäftsführer BAVC) im Schlusswort den Wunsch, weniger den Gegensatz von Mensch und KI zu betonen, als vielmehr das Zusammenwirken in den Vordergrund zu rücken. Zudem sei der Begriff »Hochrisiko-KI« problematisch, da hierbei die sich aus der Nutzung von KI ergebenden Chancen nicht ausreichend gewürdigt würden. Laut *Stiller* werde die KI den Menschen nicht ersetzen, sondern nur unterstützen. Insbesondere im Personal-Recruiting sei die KI sehr hilfreich, um Bewertungen zu objektivieren. Mit Danksagungen von *Stiller* und *Otto* an die Referierenden, das Organisationsteam und die Teilnehmerinnen und Teilnehmer wurde das 22. Göttinger Forum beendet. Das nächste Göttinger Forum zum Arbeitsrecht wird am 16.10.2025 stattfinden.