



Was bringt die KI-Verordnung für Beschäftigte?

GESETZGEBUNG Die KI-Verordnung der EU ist weltweit die erste verbindliche Regelung zum Einsatz von KI. Ihr Schwerpunkt liegt im Produktsicherheits- und Wirtschaftsrecht, doch hat sie auch erhebliche Auswirkungen für Arbeitnehmer.

VON PROF. DR. WOLFGANG DÄUBLER

Die KI erobert in der gesamten Europäischen Union (EU) – auch in Deutschland – immer neue Einsatzfelder. Ob es um medizinische Diagnostik, um autonomes Fahren oder um die Steuerung von Prozessabläufen in der Produktion geht – überall lässt sich mit Hilfe von KI eine Beschleunigung, oft auch eine Verbesserung erreichen. Weiter wird in diesem Zusammenhang die Logistik-Branche und die digitale Routenplanung genannt.¹

Was ändert KI?

Auch die Arbeit von Personalabteilungen in Unternehmen und Behörden wird mit Hilfe von KI verändert: Bewerbungsunterlagen, die bestimmte formale Voraussetzungen nicht erfüllen, werden vorab von der KI aussortiert. Aber die Möglichkeiten gehen sehr viel weiter: Auch die Eignung einer Person für eine bestimmte Position lässt sich durch KI bestimmen. Ebenso ist KI einsetzbar, wenn es um Auswahlprozesse bei Kündigungen oder anderen Formen des Personalabbaus geht. Arbeitsminister Hubertus Heil gab die Prognose ab, spätestens im Jahre 2035 würde es keinen Arbeitsplatz mehr geben, der nicht von KI-Anwendungen geprägt sei.²

► Übertragung geistiger Arbeit

Hinter all diesen Erscheinungsformen steht eine einheitliche Wirkung. Die Maschine des Maschinenzeitalters hatte einst dem arbeitenden Menschen einen Teil der schweren körperlichen Arbeit abgenommen. Der heutige Computer erledigt darüber hinaus ein erhebliches Stück an geistiger Arbeit, insbesondere viele Routinetätigkeiten. Dafür mag das Rechnen mit vielen Zahlen oder die Korrektur der Rechtschreibung als Beispiel stehen. Die KI ist nun im Begriff, einen sehr viel größeren Teil der geistigen Arbeit vom Menschen auf die Maschine zu übertragen. Am deutlichsten wurde dies am Beispiel von ChatGPT (GPT steht für für »Generative Pre-trained Transformer«), dessen Veröffentlichung im November 2022 einen »Hype« auslöste: Millionen von Menschen nutzten dieses von der Firma OpenAI ins Internet gestellte System, um auf der Grundlage knapper Vorgaben Texte schreiben zu lassen, die auch von Menschen hätten verfasst sein können. Dies bringt nicht nur den

nicht schlecht bezahlten Beruf des »Redenschreibers«, sondern auch den anderer Textproduzent:innen in Gefahr. Die Anwendung »DeepL« steht für recht gute Übersetzungen zwischen vielen Sprachen, was den Beruf der Übersetzer:innen nachhaltig in Frage stellt.

Doch das sind nicht die einzigen Folgen. Wird KI in naher Zukunft die menschliche Intelligenz überflügeln? Erfahrungen mit dem Go-Spiel, bei dem schon Anfang 2016 der Go-Weltmeister Lee Sedol vom Rechner AlphaGo mit 4:1 bezwungen wurde, und ähnliche Erfolge des Schach-Computers AlphaZero³ könnten in diese Richtung weisen.

»Die KI ist im Begriff, einen großen Teil der geistigen Arbeit vom Menschen auf die Maschine zu übertragen.«

PROF. DR. WOLFGANG DÄUBLER

► Fehlende Transparenz und Missbrauchsrisiko

Daneben gibt es weitere, in absehbarer Zeit fühlbare Risiken. Entscheidungsprozesse sind für die Betroffenen nicht mehr transparent und können oft auch von Expert:innen nicht mehr entschlüsselt werden. Weist das Trainingsmaterial, das der KI zugrunde liegt, Mängel auf, nimmt es beispielsweise nur bestimmte positive Eigenschaften von Menschen auf, so kann dies zu einer sachlich völlig unbegründeten Schlechterstellung einzelner Personen führen, die über diese Eigenschaften nicht oder nur in geringerem Maße verfügen. Dies kann sich z. B. in einem Bewerbungsverfahren oder bei der Vergabe von Krediten zeigen. Bestehende Ungleichheiten können so vertieft werden. Dazu kommt die Gefahr von Missbräuchen: Während eines Wahlkampfes werden in sozialen Medien z. B. einem künstlich produ-

¹ U. Meyer, Künstliche Intelligenz im Personalmanagement und Arbeitsrecht, NJW 2023, 1841ff.; Holthausen, Einsatz künstlicher Intelligenz im HR-Bereich und Anforderungen an die »schöne neue Arbeitswelt X.o.«, RdA 2023, 361ff.

² Mitgeteilt bei Günther/Gerigk/Berger, Von Algorithmen und Arbeitnehmern: Die europarechtliche Regulierung von KI im arbeitsrechtlichen Kontext, NZA 2024, 234.

³ <https://www.welt.de/sport/article171541557/Kuenstliche-Intelligenz-beendet-menschliche-Dominanz.html> (16.3.2024).

zierten »Menschen«, der aussieht wie einer der Parteiführer, Worte in den Mund gelegt, die ihn als völlig widersprüchliche Person oder als Verleumder erscheinen lassen. Diese sog. Deep Fakes sind bereits Realität. Sie sind Gegenstand einer lesenswerten Zusammenstellung durch das Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik, das auch eingehend über Gegenmaßnahmen informiert.⁴

Rechtlich verbindliche Regelungen?

Ob und in welcher Weise der Einsatz von KI gesetzlich geregelt werden muss, erschließt sich nicht spontan. Auf nationaler wie insbesondere auf internationaler Ebene begnügte man sich lange Zeit mit rechtlich unverbindlichen Empfehlungen.⁵ In den USA veröffentlichte das Weiße Haus die »Blueprint for an AI Bill of Rights«,⁶ eine »Blaupause« mit Vorbildcharakter, die sich zu fünf Prinzipien bekannte:

- sichere und effektive Systeme,
- Schutz vor Diskriminierung durch Algorithmen,
- Datenschutz,
- Transparenz der Systeme,
- Option für Entscheidung durch Menschen statt durch KI.

»Das Verbot eines laut Verordnung unbedenklichen KI-Systems per Tarifvertrag oder Betriebsvereinbarung bleibt möglich.«

PROF. DR. WOLFGANG DÄUBLER

Dies war als Entwurf für eine Gesetzgebung gedacht, doch bestehen für sie keine Realisierungschancen. Dasselbe gilt für die Executive Order von Präsident Biden vom 30. Oktober 2023.⁷

Am 21.4.2021 präsentierte die EU-Kommission den Entwurf einer »Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz (Gesetz über Künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union« (KI-VO).⁸ Weshalb erstmals eine verbindliche Regelung angestoßen wurde, blieb ohne nähere Begründung. Im Einleitungstext ist lediglich die Rede von den Vorteilen wie den Risiken der KI, die in ein »ausgewogenes Verhältnis« zu bringen seien. Es liege im Interesse der Union, »die technische Führungsrolle der EU auszubauen und dafür zu sorgen, dass die Europäerinnen und Europäer von den im Einklang mit den Werten, Grundrechten und Prinzipien der Union entwickelten und funktionierenden neuen Technologien profitieren können.« Die Stellungnahmen des Europäischen Parlaments⁹ und des Ministerrats¹⁰ wichen erheblich vom Vorschlag der Kommission ab, doch war es möglich, im Rahmen des sog. Trilogs zu einer Einigung zu kommen. Die Endfassung ist am 12.7.2024 im Amtsblatt erschienen.¹¹

Der Inhalt der KI-Verordnung

Die Verordnung umfasst 460 DIN A4-Seiten, davon 260 Seiten Gesetzestext, 40 Seiten Anhänge und 160 Seiten Erwägungsgründe. Wer dazu einen Kommentar schreiben will, muss über ein ausgeprägtes Selbstbewusstsein und viele willige Zuarbeiter:innen verfügen. Hier sollen in erster Linie die Punkte behandelt werden, welche für die abhängige Arbeit wesentlich sind – und nur einen vergleichsweise kleinen Teil des Gesetzeswerks ausmachen. Die Verordnung gehört ihrem inhaltlichen Schwerpunkt nach zum Produktsicherheitsrecht: Sie will dafür sorgen, dass durch KI niemand zu Schaden kommt. Sie verfolgt dabei einen risikobasierten Ansatz, wobei sie in folgender Weise unterscheidet:

- Art. 5 KI-VO zählt KI-Systeme mit inakzeptablem, unannehmbarem Risiko auf; ihr Einsatz ist verboten.
- Art. 6 und 7 KI-VO betreffen sog. »Hochrisiko-Systeme«, die dort und in Anhang III der Verordnung konkret benannt sind. Sie müssen bestimmten Anforderungen genügen, die in Art. 8 bis 15 KI-VO näher umschrieben sind. In Art. 16 bis 22 KI-VO sind Pflichten der Anbieter von KI-Systemen nie-

4 https://www.bsi.bund.de/DE/Themen/Unternehmen-und-Organisationen/Informationen-und-Empfehlungen/Kuenstliche-Intelligenz/Deepfakes/deepfakes_node.html (16.3.2024).

5 Überblick bei Waas, Künstliche Intelligenz und Arbeitsrecht, S. 40ff. (auch im Netz abrufbar unter https://www.hugo-sinzheimer-institut.de/faust-detail.htm?sync_id=HBS-008472-173.2024).

6 <https://www.whitehouse.gov/wp-content/uploads/2022/10/Blueprint-for-an-AI-Bill-of-Rights.pdf> (17.3.2024).

7 <https://www.whitehouse.gov/briefing-room/presidential-actions/2023/10/30/executive-order-on-the-safe-secure-and-trustworthy-development-and-use-of-artificial-intelligence/> (17.3.2024).

GESETZ

Art. 50 KI-VO: Transparenzpflichten für Anbieter und Betreiber bestimmter KI-Systeme

(4) (...) Betreiber eines KI-Systems, das Text erzeugt oder manipuliert, der veröffentlicht wird, um die Öffentlichkeit über Angelegenheiten von öffentlichem Interesse zu informieren, müssen offenlegen, dass der Text künstlich erzeugt oder manipuliert wurde. Diese Pflicht gilt nicht, wenn die Verwendung zur Aufdeckung, Verhütung, Ermittlung oder Verfolgung von Straftaten gesetzlich zugelassen ist oder wenn die durch KI erzeugten Inhalte einem Verfahren der menschlichen Überprüfung oder redaktionellen Kontrolle unterzogen wurden und wenn eine natürliche oder juristische Person die redaktionelle Verantwortung für die Veröffentlichung der Inhalte trägt. (...)

dergelegt, die Art. 25 KI-VO unter bestimmten Voraussetzungen auf alle Unternehmen in der Wertschöpfungskette erstreckt. Art. 26 enthält die Pflichten des Betreibers, die sehr viel weniger weit gehen. Vor der Inbetriebnahme eines Hochrisikosystems muss nach Maßgabe von Art. 27 KI-VO eine Grundrechte-Folgenabschätzung stattfinden. Die Art. 28 bis 39 KI-VO betreffen Bildung und Aufgaben der sog. notifizierenden Behörden, Art. 40 bis 49 die Konformitätsprüfung. Für KI-Systeme mit geringem oder minimalem Risiko gelten nur wenige Pflichten. Am wichtigsten ist die Transparenzpflicht des Art. 50 KI-VO.

Daneben gibt es in den Art. 51 bis 56 Sonderbestimmungen über KI-Modelle mit allgemeinem Verwendungszweck, die für sehr unterschiedliche Aufgaben eingesetzt werden können. Die Schaffung von sog. (staatlichen) KI-Reallaboren dient der Förderung von Innovationen (Art. 57 bis 59). Weitere Bestimmungen betreffen die Kontrollbehörden. Art. 99 sieht bei Verstößen gegen wesentliche Bestimmungen der Verordnung beträchtliche Sanktionen vor, die bis zu 7% des weltweiten Jahresumsatzes oder bis zu 35 Mio. Euro gehen können.

Die Verordnung tritt am 20. Tag nach ihrer Veröffentlichung im Amtsblatt der EU in Kraft (Art. 113 KI-VO). Verbindlichkeit entfaltet sie aber grundsätzlich erst zwei Jahre nach diesem Zeitpunkt, um auf diese Weise den betroffenen Unternehmen eine Anpassung an den neuen rechtlichen Rahmen zu erleichtern. Kapitel I und II (insbesondere das in Art. 5 KI-VO enthaltene Verbot bestimmter KI-Systeme) werden jedoch bereits sechs Monate nach dem Inkrafttreten verbindlich.

Verhältnis der KI-VO zum Arbeitsrecht

In Art. 2 Abs. 11 KI-VO heißt es: »Diese Verordnung hindert die Union oder die Mitgliedstaaten nicht daran, Rechts- oder Verwaltungsvorschriften beizubehalten oder einzuführen, die für die Arbeitnehmer im Hinblick auf den Schutz ihrer Rechte bei der Verwendung von KI-Systemen durch die Arbeitgeber vorteilhafter sind, oder die Anwendung von Kollektivvereinbarungen zu fördern oder zuzulassen, die für die Arbeitnehmer vorteilhafter sind.«

Dies bedeutet beispielsweise, dass Tarifverträge oder Betriebsvereinbarungen zulässig bleiben, die ein KI-System verbieten, weil es mit einem Übermaß an Überwachung gegenüber den Beschäftigten verbunden ist – und zwar auch dann, wenn dieses System nach der KI-VO keinen Bedenken unterliegen würde. Insoweit gilt das Günstigkeitsprinzip.

Die KI-VO enthält aber auch selbst Vorgaben, die im Arbeitsrecht von unmittelbarer Bedeutung sind. Dazu gehören eine Reihe von Systemen mit »unannehmbarem Risiko«, aber auch Hochrisikosysteme, bei denen zahlreiche Vorgaben beachtet werden müssen. Daneben gibt es Vorschriften wie Art. 4 zur KI-Kompetenz der bei Anbietern und Betreibern Beschäftigten und Art. 50 zu Transparenzpflichten für Anbieter und Betreiber, die für jeden KI-Einsatz gelten.

KI-Systeme mit unannehmbarem Risiko

Art. 5 KI-VO verbietet bestimmte Praktiken generell, ohne danach zu differenzieren, wer als handelnde Person in Erscheinung tritt. Es besteht also kein Zweifel, dass auch ein Arbeitgeber, der die KI-Systeme lediglich anwendet, davon erfasst ist. Erinnerung sei auch daran, dass diese Vorschriften bereits sechs Monate nach Inkrafttreten der VO verbindlich werden.

KITTNER

DER NEUE HAT IMMER RECHT!



PRINT
+
ONLINE



**OHNE WENN
UND ABER**
für jedes Betriebsrats-
und Personalrats-
mitglied

Jetzt bestellen!

www.mein-kittner.de

kontakt@bund-verlag.de

Bestellhotline: 069 / 79 501 020

8 COM(2021) 206 final – <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:52021PC0206> (17.3.2024 – veröffentlicht in allen Sprachen der Union).

9 https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0138_DE.html.

10 <https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2022/12/06/artificial-intelligence-act-council-calls-for-promoting-safe-ai-that-respects-fundamental-rights/>.

11 ABl. L. 2024/1689, 12.7.2024, https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2024-0138-FNL-COR01_DE.pdf.

»Es besteht kein Zweifel daran, dass auch Arbeitgeber von den Verboten des Art. 5 KI-VO erfasst sind.«

PROF. DR. WOLFGANG DÄUBLER

► Unterschwellige Beeinflussung

Art. 5 Abs. 1a) KI-VO verbietet die unterschwellige Beeinflussung des Verhaltens anderer. Das Verbot könnte etwa bei Anreizsystemen verletzt sein, welche die Arbeitnehmer:innen »ungewollt« zu einer höheren Arbeitsleistung veranlassen.¹² Da die KI-VO aber ausdrücklich verlangt, dass dies »außerhalb des Bewusstseins einer Person« erfolgen und zudem ein »erheblicher Schaden« eingetreten sein muss, werden Anwendungsfälle im Arbeitsverhältnis aller Voraussicht nach selten sein.¹³ Auch der weitere Tatbestand, dass die KI die Schwäche oder Schutzbedürftigkeit einer Person aufgrund des Alters, einer Behinderung oder einer bestimmten sozialen und wirtschaftlichen Situation ausnutzt, wird im Arbeitsleben nur ausnahmsweise gegeben sein.

► Social Scoring

Im Gegensatz dazu kann das verbotene »Social Scoring«, also die Verhaltensbewertung, durchaus auch im Arbeitskontext Bedeutung gewinnen. So wird in der Literatur von der Praxis einer US-Bank berichtet, die Daten unterschiedlichster Art über das Verhalten ihrer Angestellten sammelte. Dazu gehörten u. a. Telefongespräche, Mails, Teilnahme und Nicht-Teilnahme an Compliance-Kursen sowie persönliche Bemerkungen über die Bank. Mit Hilfe von KI wurde dann die Wahrscheinlichkeit eines künftigen Fehlverhaltens ermittelt. Wer zu den auf diese Weise bestimmten »Risikopersonen« gehörte, musste damit rechnen, auf einen schlechteren Arbeitsplatz versetzt zu werden oder dem nächsten Personalabbau zum Opfer zu fallen.¹⁴ In gleicher Weise lassen sich (größere oder kleinere) Verletzungen

arbeitsvertraglicher Pflichten systematisch erfassen und von einer KI auswerten, die bestimmt, wann eine Abmahnung und wann eine verhaltensbedingte Kündigung in Betracht kommt. In beiden Fällen liegt die Bewertung eines sozialen Verhaltens vor, das nach Art. 5 Abs. 1c) KI-VO allerdings nur dann verboten ist, wenn die verhängte Sanktion sich als »ungerechtfertigt oder unverhältnismäßig« erweist. Dies ist eine Frage des Einzelfalls. Die Grenze des Zulässigen könnte etwa überschritten sein, wenn ein mit KI betriebenes Zeiterfassungssystem eine Verspätung von einer Viertelstunde ausweisen und dies zu einer Gehaltskürzung um 10 Prozent führen würde.

Unproblematisch wäre demnach die Erfassung des sozialen Verhaltens zu dem Zweck, ein besonders beifallswertes Verhalten mit einer betrieblichen Prämie zu belohnen. Allerdings wäre dann dafür zu sorgen, dass dieselben Daten nicht für andere Zwecke verwendet werden dürfen. Dies kann nicht allein durch den datenschutzrechtlichen Grundsatz der Zweckbindung erreicht werden; vielmehr müssten weitergehende Maßnahmen wie eine Separierung von den sonstigen Datenbeständen ergriffen werden.¹⁵

► Ermittlung des Risikos strafbarer Handlungen

Nicht nur Polizei und Staatsanwaltschaft, sondern auch den Arbeitgeber könnte es interessieren, ob eine Person mit einer gewissen Wahrscheinlichkeit straffällig wird. Das Verbot des Art. 5 Abs. 1d) KI-VO gilt deshalb auch hier. Allerdings ist nach der Vorschrift eine entsprechende Untersuchung zulässig, wenn bereits objektive und überprüfbare Tatsachen feststehen, die in unmittelbarem Zusammenhang mit einer kriminellen Aktivität stehen. Diese Ausnahme wird man wohl ins Arbeitsrecht übertragen können.

► Erstellung von Datenbanken zur Gesichtserkennung

Art. 5 Abs. 1e) KI-VO verbietet es, eine Datenbank durch »ungezieltes Auslesen« von Gesichtsbildern aus dem Internet oder durch Auswertung von Überwachungsaufnahmen anzulegen. Das gilt auch für Arbeitgeber; am »ungezielten Auslesen« fehlt es jedoch, wenn

¹² Vgl. mit dem Fall BAG 1.12.2020 – 9 AZR 102/20.

¹³ Vgl. Frank/Heine, Arbeitsrechtliche Dimension der KI-Verordnung, NZA 2024, 434, wonach durch den Einbau von Spiel-Elementen (»Gamification«) das Verhalten von Arbeitnehmer:innen in der Weise verändert wird, dass sie sich über Arbeitszeit- und Arbeitsschutzvorschriften hinwegsetzen.

¹⁴ Im Einzelnen beschrieben bei L. Schröder, Die digitale Treppe. Wie die Digitalisierung unsere Arbeit verändert und wie wir damit umgehen, 2016, S. 132.

¹⁵ Zur Separierung als Mittel der Datensicherung s. Däubler, Gläserne Belegschaften, 9. Aufl., 2021, Rn. 408ff.

die Belegschaft beim Betreten und Verlassen des Betriebsgeländes gefilmt¹⁶ und auf dieser Grundlage eine Gesichtserkennungssoftware angewandt wird. Das schließt es aber nicht aus, ein entsprechendes Verhalten durch eine Betriebsvereinbarung zu untersagen.

► Ermittlung von Emotionen

Große praktische Bedeutung hat das in Art. 5 Abs. 1f) KI-VO enthaltene Verbot der Emotionsanalyse am Arbeitsplatz und in Bildungseinrichtungen. Damit ist eine in Call-Centern häufig angewandte Technik nicht mehr erlaubt, welche die Stimme der dort Beschäftigten analysiert, was nicht selten zu der Aufforderung durch Vorgesetzte führt, die Emotionen zu zügeln und einen freundlicheren Ton anzuschlagen.¹⁷ Ausgeschlossen ist auch eine Analyse von Bewerbungsgesprächen, wenn sie sich auch auf Emotionen bezieht, die an der Sprechweise erkennbar sind.¹⁸ Die KI-VO kennt eine Ausnahme u.a. aus Sicherheitsgründen, so dass etwa bei Polizeibediensteten eine Emotionsanalyse denkbar wäre. Dem steht allerdings das nach Art. 2 Abs. 11 KI-VO vorgehende deutsche Arbeitsrecht entgegen, das einen so weitgehenden Eingriff in die Persönlichkeitssphäre nicht zulässt.

► Biometrische Kategorisierung

Nicht spontan erschließt sich das Verbot des Art. 5 Abs. 1g) KI-VO. Danach dürfen Menschen nicht auf der Grundlage ihrer biometrischen Daten kategorisiert werden, um ihre Rasse, ihre politischen Einstellungen, ihre Gewerkschaftszugehörigkeit, ihre religiösen oder weltanschaulichen Überzeugungen, ihr Sexualleben oder ihre sexuelle Ausrichtung zu erschließen. Wie sollen biometrische Daten, also etwa Körpergröße und Augenfarbe Rückschlüsse auf die politische Einstellung oder die sexuelle Ausrichtung zulassen? Gemeint dürfte eine Situation sein, in der die biometrischen Daten zusammen mit Zusatzinformationen einen Rückschluss auf die genannten Merkmale zulassen: X nimmt an der Versammlung einer Gewerkschaft oder einer religiösen Vereinigung teil, über die Videoaufnahmen existieren. Welche konkreten Personen daran beteiligt waren, und ob auch X dazu zählte, ermittelt dann das KI-System mit Hilfe einer Gesichtserkennung.

GESETZ

Art. 22 DSGVO: Automatisierte Entscheidungen im Einzelfall einschließlich Profiling

(1) Die betroffene Person hat das Recht, nicht einer ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung – einschließlich Profiling – beruhenden Entscheidung unterworfen zu werden, die ihr gegenüber rechtliche Wirkung entfaltet oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt.
(...)

► Echtzeit-Fernidentifizierungsverfahren

Das Verbot der Verwendung biometrischer Echtzeit-Fernidentifizierungssysteme nach Art. 5 Abs. 1h) KI-VO bezieht sich seinem Wortlaut nach nur auf öffentliche Räume und ein Vorgehen zu Zwecken der Strafverfolgung. Ob der Staat oder Privatunternehmen derartige Systeme für andere Zwecke als die der Strafverfolgung einsetzen dürfen, ist weder im Verordnungstext noch in den Erwägungsgründen angesprochen. Der Schluss liegt nahe, dass ein Vorgehen, das selbst bei der Strafverfolgung nur eingeschränkt zulässig ist, bei der Verfolgung weniger weitgehender Regelwidrigkeiten oder gar zur bloßen Beobachtung des Arbeitsprozesses nicht erlaubt sein kann. Dies hat praktische Bedeutung bei großen Betriebsflächen, etwa in Seehäfen¹⁹ oder auf Flughäfen. Eine definitive Aussage zur Auslegung des Unionsrechts ist allerdings erst möglich, wenn eine Klärung durch den EuGH erfolgt ist. Im deutschen Arbeitsrecht würde eine solche Form der Überwachung nur zugelassen, wenn sie aus betrieblichen Zwecken zwingend geboten ist, weil sonst erhebliche Störungen des Arbeitsablaufs eintreten würden, und wenn es kein anderes Mittel gibt, um auch ohne Identifizierung von Beteiligten zu einem reibungslosen Arbeitsablauf zu kommen.

Hochrisiko KI-Systeme

► Einsatz von KI im Bewerbungsverfahren

Soweit KI im Bewerbungsverfahren eingesetzt wird, stellt sich die Frage, ob ein Hochrisiko-System im Sinne des Anhangs III Nr. 4 zur

Klar arbeitnehmerorientiert



Däubler / Klebe / Wedde (Hrsg.)

BetrVG – Betriebsverfassungsgesetz

mit Wahlordnung und EBR-Gesetz.
Kommentar für die Praxis
19., neu bearbeitete und aktualisierte
Auflage 2024, 3.304 Seiten, gebunden
inklusive Zugriff auf die Online-Ausgabe
mit regelmäßigen Aktualisierungen
€ 119,- | ISBN 978-3-7663-7389-2

bund-shop.de/7389



service@bund-shop.de
Info-Telefon: 069/95 20 53-0

¹⁶ Siehe etwa den Fall BAG, 29.6.2023 – 2 AZR 296/22.

¹⁷ Zur Praxis der Überwachung in Call-Centern s. Däubler, Gläserne Belegschaften (oben, Fn. 16) Rn. 378h – 378m.

¹⁸ Vgl. Betz, Automatisierte Sprachanalyse zum Profiling von Stellenbewerbern. Überprüfung der datenschutzrechtlichen Zulässigkeit eines Praxistrends, ZD 2019, 148ff.

¹⁹ So der Fall des Lübecker Hafens: LAG Schleswig-Holstein, 29.8.2013 – 5 TaBV 6/13.

²⁰ Zum Einsatz von Sprachanalysen und anderen digitalisierten Erhebungsmethoden s. Däubler, in: Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, EU-DSGVO und BDSG. Kompaktkommentar, 3. Aufl. 2024, § 26 BDSG Rn. 53a – 53r.

GESETZ

Art. 4 KI-VO: KI-Kompetenz

Die Anbieter und Betreiber von KI-Systemen ergreifen Maßnahmen, um nach besten Kräften sicherzustellen, dass ihr Personal und andere Personen, die in ihrem Auftrag mit dem Betrieb und der Nutzung von KI-Systemen befasst sind, über ein ausreichendes Maß an KI-Kompetenz verfügen, wobei ihre technischen Kenntnisse, ihre Erfahrung, ihre Ausbildung und Schulung und der Kontext, in dem die KI-Systeme eingesetzt werden sollen, sowie die Personen oder Personengruppen, bei denen die KI-Systeme eingesetzt werden sollen, zu berücksichtigen sind.

§ 111 GewO: Pflichtfortbildungen

(1) Ist der Arbeitgeber durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes, durch Tarifvertrag oder Betriebs- oder Dienstvereinbarung verpflichtet, dem Arbeitnehmer eine für die Erbringung der Arbeitsleistung erforderliche Fortbildung anzubieten, dürfen dem Arbeitnehmer die Kosten hierfür nicht auferlegt werden.
(2) Fortbildungen nach Absatz 1 sollen während der regelmäßigen Arbeitszeit durchgeführt werden. Soweit Fortbildungen nach Absatz 1 außerhalb der regelmäßigen Arbeitszeit durchgeführt werden müssen, gelten sie als Arbeitszeit.

KI-VO vorliegt. Dies ist der Fall, wenn das KI-System »für die Einstellung oder Auswahl« von Bewerber:innen verwendet wird. Als Beispiele werden die Platzierung gezielter Stellenausschreibungen, die Sichtung und Filterung von Bewerbungen sowie die Bewertung der Bewerber:innen genannt. Sind diese Voraussetzungen gegeben, so ist der Arbeitgeber in der Regel »Betreiber« des Hochrisiko-Systems und muss die mit dieser Rolle verbundenen Pflichten erfüllen. In erster Linie gehört dazu die Verpflichtung, beim Umgang mit dem KI-System die vom Anbieter verfasste Gebrauchsanweisung zu beachten, Art. 26 Abs. 1 KI-VO. Weiter muss er nach Abs. 2 der Vorschrift eine kompetente Person mit der Beaufsichtigung des Systems beauftragen. Daneben steht die allgemeine Pflicht des Art. 4 KI-VO, alle Personen, die mit der Nutzung des KI-Systems befasst sind, mit den nötigen Kenntnissen und Erfahrungen auszustatten. Außerdem sind vor der Inbetriebnahme eines Hochrisiko-Systems die betroffenen Arbeitnehmer:innen und die Arbeitnehmervertretungen darüber zu informieren, dass sie »Gegenstand« des Einsatzes des Hochrisiko-Systems sein werden, Art. 26 Abs. 7 KI-VO. Dabei ist sowohl der Fall denkbar, dass sie mit dem KI-System arbeiten, wie auch der, dass sie durch dieses System beobachtet werden. Auch andere betroffene Personen – z. B. Kund:innen oder Geschäftspartner:innen – müssen davon in Kenntnis gesetzt werden, dass die ihnen gegenüber ergehenden Entscheidungen durch eine KI oder mit deren Unterstützung getroffen werden, Art. 50 Abs. 4

KI-VO. Im Übrigen sind Betreiber verpflichtet, den Anbieter und andere Stellen über neu auftretende Risiken und »schwerwiegende Vorfälle« zu informieren, Art. 26 Abs. 5 KI-VO.

Für die Praxis bedeutsam sind die Ausnahmen des Art. 6 Abs. 3 KI-VO. Danach liegt kein Hochrisiko-System vor, wenn das KI-System lediglich eine »eng gefasste Verfahrensaufgabe« erfüllen soll. Dies wäre etwa der Fall, wenn die in digitaler Form eingereichten Bewerbungen auf Vollständigkeit der erbetenen Unterlagen überprüft würden. Möglich ist auch, ein traditionelles Auswahlverfahren unter ausschließlicher Beteiligung menschlicher Entscheider:innen durchzuführen und das Ergebnis anschließend durch ein KI-System überprüfen zu lassen. Schließlich ist die Bewältigung einer vorbereitenden Aufgabe für eine Bewertung der Bewerber:innen ebenfalls nicht erfasst, wobei in diesen Fällen entweder nur die Tatsachengrundlagen aufbereitet werden oder zwar Bewertungen einfließen können, diese aber von einem Menschen voll überprüft werden; andernfalls könnte man nicht mehr von bloßer »Vorbereitung« sprechen.

Auch wenn die Voraussetzungen eines Hochrisiko-Systems nicht erfüllt sind, muss nach Maßgabe des Art. 50 KI-VO auf den Einsatz von KI hingewiesen werden. Dies ist etwa beim Einsatz eines Chatbots der Fall, der Fragen von Bewerber:innen oder Neueingestellten beantwortet. Dasselbe gilt für eine Sprachanalyse, die gegenüber Bewerber:innen angewandt wird, ohne dass eine unerlaubte Erfassung von Emotionen vorliegt.²⁰ Unberührt

²¹ Aktuelle Darstellung des Bewerberdatenschutzes bei Däubler/Wedde/Weichert/Sommer, a. a. O., § 26 BDSG Rn. 18 – 77a.

²² Dazu Klebe, Künstliche Intelligenz – eine Herausforderung für die Mitbestimmung, SR 2019, 128 ff.; Witteler/Moll, Künstliche Intelligenz und Arbeitsplatz – Datenschutz und Rechte des Betriebsrats, NZA 2023, 327 ff.; Lang/Rheinbach, Künstliche Intelligenz im Arbeitsrecht, NZA 2023, 1273, 1276 ff.

²³ Einzelheiten in den Kommentaren zur DSGVO; s. neben Däubler/Wedde/Weichert/Sommer etwa Gola/Heckmann (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung Bundesdatenschutzgesetz, 3. Aufl., München 2022; Simitis/Hornung/Spiecker (Hrsg.), Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG, 1. Aufl., Baden-Baden 2019; Paal/Pauly, Datenschutz-Grundverordnung Bundesdatenschutzgesetz, 3. Aufl., München 2021.

bleiben nach Art. 2 Abs. 11 KI-VO die Vorschriften des nationalen Arbeitsrechts, soweit diese ein höheres Schutzniveau für Bewerber:innen vorsehen.²¹ Dazu gehören auch die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats.²² Unangetastet bleiben auch die allgemeinen datenschutzrechtlichen Vorschriften (vgl. Art. 2 Abs. 7 KI-VO), insbesondere Art. 22 DSGVO, nach dem eine Entscheidung nicht ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung von Daten beruhen darf.²³

► Einsatz von KI gegenüber Beschäftigten

Wird KI in der Personalabteilung eingesetzt, stellen sich im Prinzip dieselben Fragen wie im Bewerbungsverfahren. Ein Hochrisiko-System läge insbesondere dann vor, wenn die KI für Zwecke eingesetzt würde, die in Anhang III Nr. 4a) und b) zur KI-VO aufgeführt sind. Dazu gehören Entscheidungen, die Arbeitsbedingungen, Beförderungen und Kündigungen »beeinflussen«, z. B. auch die Durchführung einer Sozialauswahl nach § 1 Abs. 3 KSchG. Außerdem erfasst sind KI-Systeme, die aufgrund des individuellen Verhaltens oder persönlicher Merkmale den Beschäftigten Aufgaben zuweisen und deren Leistung und/oder Verhalten beurteilen. Mithilfe von KI erzeugte Weisungen, die nicht auf die Person, sondern nur auf betriebliche Notwendigkeiten abstellen, sind hingegen nicht erfasst.²⁴ Aber auch wenn die Voraussetzungen eines Hochrisiko-Systems nicht erfüllt sind, muss nach Maßgabe des Art. 50 KI-VO auf den Einsatz von KI hingewiesen werden. Für Arbeitnehmer:innen günstigere Vorschriften bleiben unberührt, was insbesondere im Hinblick auf das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG von Bedeutung ist. Weiter ist immer die Frage zu stellen, ob nicht die Grenze einer verbotenen automatisierten Entscheidung im Sinne des Art. 22 DSGVO vorliegt.

► Arbeit mit KI

Betreiber eines KI-Systems sind verpflichtet, für eine angemessene KI-Kompetenz der Beschäftigten zu sorgen, Art. 4 KI-VO. Ist der Betreiber zugleich Arbeitgeber, muss er nach Art. 13 der Transparenzrichtlinie²⁵ auf seine Kosten unentgeltliche Fortbildungsmaßnahmen anbieten. Diese werden auf die Arbeitszeit angerechnet und sollen möglichst während

der Arbeitszeit stattfinden. Im deutschen Recht wurde diese Vorgabe durch § 111 GewO umgesetzt. Weitere Fragen der Arbeit mit KI sind in der Verordnung nicht unmittelbar angesprochen. An den in neuester Zeit viel diskutierten Problemen rund um ChatGPT²⁶ ändert sich durch die KI-VO nichts.

Auswirkungen auf den Arbeitsmarkt

In den (zum offiziellen Text der Verordnung gehörenden) Erwägungsgründen findet man keine Überlegungen dazu, was geschehen soll, wenn ganze Berufe faktisch wegfallen, d. h. auf wenige Personen zusammenschrumpfen. Die Annahme liegt nahe, dass die verbleibenden Beschäftigten nur noch die Aufgabe haben, die Ausgaben von ChatGPT oder vergleichbarer KI-Systeme auf gelegentlich vorkommende (und immer seltener werdende) Fehler hin zu überprüfen. Dies wird in der Verordnung nicht als Problem benannt, ja nicht einmal erwähnt. Ob dies in den Trilog-Verhandlungen anders war, ist nicht bekannt, da sie wie üblich unter Ausschluss der Öffentlichkeit stattfanden und auch keine Protokolle verfügbar sind. Anhaltspunkte, dass solche Folgen zum Thema gemacht wurden, sind jedenfalls nicht erkennbar.

► Keine Mittel, um Beschäftigungseinbruch aufzufangen

Die Erwägungsgründe betonen stattdessen den »vielfältigen Nutzen für Wirtschaft, Umwelt und Gesellschaft«, den die KI bringen wird, und treffen die Feststellung, dass diese »im Einklang mit den Werten der Union« dem Menschen dienen soll (Erwägungsgründe 4 und 6). Besondere Aufmerksamkeit erhalte der Schutz der Grundrechte »einschließlich der Demokratie, der Rechtsstaatlichkeit und des Umweltschutzes« (Erwägungsgrund 8). Die Verordnung wolle – so heißt es weiter in Erwägungsgrund 9 – die sozialpolitischen Vorschriften der Union und das nationale Arbeitsrecht in keiner Weise verändern; dies gelte auch für Tarifautonomie und Streikrecht. Allerdings kennt das heutige Arbeitsrecht der EU wie der Mitgliedstaaten keine wirksamen Mittel, um einen Beschäftigungseinbruch bei einem breiten Einsatz von KI aufzufangen. Das (überall anerkannte) Grundrecht auf freie Berufswahl beschränkt sich auf die vorhandenen Arbeits-

²⁴ Zur Wirkung solcher Weisungen: Däubler, Digitalisierung und Arbeitsrecht, 8. Aufl., § 9 Rn. 46ff.; eingehend Knitter, Digitale Weisungen. Arbeitgeberentscheidungen auf Grundlage algorithmischer Berechnungen, 2022.

²⁵ Richtlinie (EU) 2019/1152 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2019 über transparente und vorhersehbare Arbeitsbedingungen in der Europäischen Union, ABl L 186/105, abgedruckt auch bei Deinert/Treber, Europäische Arbeits- und Sozialordnung, 2021, unter Nr. 50.

www.sfm-arbeitsrecht.de

mit uns
Technik
gestalten

www.sfm-arbeitsrecht.de

seebacher.fleischmann.müller
kanzlei für arbeitsrecht
seidstr. 30
80335 münchen
fon (089) 23 000 50

plätze. Tarifautonomie und Streikrecht können Probleme auf dem Arbeitsmarkt ein wenig abmildern, aber nicht wirklich bewältigen. Angesichts dieser Umstände hätte sich ein verantwortungsvoller Gesetzgeber den Arbeitsmarktproblemen stellen müssen.

»Die KI-VO gibt keine Antwort darauf, was geschehen soll, wenn ganze Berufe faktisch wegfallen.«

PROF. DR. WOLFGANG DÄUBLER

► Neue Jobs durch KI?

Den Gefahren für den Arbeitsmarkt wird häufig das Argument entgegengehalten, dass die KI auch neue Tätigkeiten zur Entstehung bringe. Zudem wird die demographische Entwicklung und der Fachkräftemangel in der EU angeführt. Beides ist nicht von der Hand zu weisen, doch fehlt eine ausreichende quantitative Einschätzung. Wie ist die Größenordnung der Arbeitsplätze beschaffen, die durch KI neu entstehen? Wie groß ist der verbleibende Bedarf an Fachkräften, wenn die Möglichkeiten der KI voll ausgeschöpft werden? Gibt es Vorstellungen, die dann noch vorhandene Arbeitsmenge gleichmäßig auf die vorhandenen Arbeitskräfte zu verteilen? Statt sich diesen Fragen zu stellen, beschwören die Erwägungsgründe »hohe Werte« wie Grundrechte, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit. Man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, dass es sich dabei um eine Art von Beruhigungsspiel handelt, die den Beschäftigten den Eindruck vermitteln soll, alle Dinge seien in bester Ordnung.

► EU ohne Regelungskompetenz für Arbeitsmärkte

Es drängt sich die Frage auf, weshalb die Interessen der Arbeitnehmer:innen bei der Vorbereitung der KI-Verordnung eine so geringe Rolle gespielt haben. Hierfür gibt es verschie-

dene Erklärungen. Zum einen hat die Union keine umfassende Kompetenz zur Regelung der Arbeitsmärkte in den Mitgliedstaaten. Dies sollte die Unionsorgane jedoch nicht daran hindern, sich über die Folgen ihres Tuns in diesem Bereich Gedanken zu machen. Wenn sie darauf verzichtet haben, so mag dies politischer Opportunismus geschuldet sein: Eine allzu klare Benennung der Probleme hätte möglicherweise die Verabschiedung der Verordnung durch den Ministerrat verzögert, vielleicht sogar unmöglich gemacht. Dies wollte man vermeiden, weil die Wahlen zum Europäischen Parlament anstanden und man deshalb ein Projekt vollenden wollte, das die Union an der Spitze der weltweiten Entwicklung zeigte.

► Arbeitnehmer:innen haben keine starke Lobby

Von grundsätzlicherer Bedeutung ist die eher bescheidene Stellung der abhängig Arbeitenden und ihrer Interessenvertretungen im politischen System der Europäischen Union. Zwar sind Gewerkschaften im Wirtschafts- und Sozialausschuss repräsentiert und werden in vielen Zusammenhängen von den Unionsorganen angehört. Sie sind jedoch nur ausnahmsweise in der Lage, dort effektiven Einfluss auszuüben, weil insbesondere entgegenstehende Unternehmerinteressen sehr viel stärker repräsentiert sind. Außerdem sind die Gewerkschaften in den einzelnen Mitgliedstaaten durch eine Interessenvertretung im nationalen Rahmen geprägt und sehen deshalb die Brüsseler »Arena« (zu Unrecht) als eher sekundär an. Die gewerkschaftlichen Zusammenschlüsse auf europäischer Ebene sind mit eher geringen Ressourcen ausgestattet. Sie können daher die von ihnen entwickelten Konzepte mit weniger Nachdruck an die Entscheidungsträger:innen herantragen als dies die Arbeitgeber- und Unternehmensvertreter:innen vermögen. Unter diesen Umständen bleibt insbesondere den nationalen Regierungen und den Gewerkschaften die Aufgabe, sich um erwartbare Probleme auf dem Arbeitsmarkt zu kümmern. <



Prof. Dr. Wolfgang Däubler,
Hochschullehrer i.R. für
Arbeitsrecht, Bürgerliches Recht
und Wirtschaftsrecht an der
Universität Bremen.

²⁶ Dazu Heine, ChatGPT im Arbeitsverhältnis – Meilen- oder Stolperstein für Arbeitgeber? ZdiW 2023, 221ff.; Mohn, Dürfen Arbeitnehmer ChatGPT zur Erledigung ihrer Aufgaben einsetzen? NZA 2023, 538ff.; R. Schaub, Nutzung von Künstlicher Intelligenz als Pflichtverletzung? NJW 2023, 2145ff.