

Rechtsprechung

Rechtsgebiet		Arbeitsrecht
Überschrift für Ihre Anmerkung		Mitbestimmung beim Einsatz von ChatGPT
Autor Vor- und Zuname, Titel, Berufsbezeichnung, Kanzleiname	<i>Akademischer Titel</i>	Prof. Dr.
	<i>Vorname</i>	Wolfgang
	<i>Name</i>	Däubler
	<i>Berufsbezeichnung</i>	Hochschullehrer i.R.
	<i>Kanzlei</i> optionale Angabe	
Orientierungssatz/Leitsatz		1. Wendet man die Grundsätze der ständigen BAG-Rechtsprechung an, so fallen die Vorgaben zur Nutzung von ChatGPT und vergleichbarer Tools unter das mitbestimmungsfreie Arbeitsverhalten. Der Arbeitgeber stellt seinen Arbeitnehmern ein neues Arbeitsmittel unter bestimmten Bedingungen zur Verfügung. Richtlinien, Handbuch usw. sind somit Anordnungen, welche die Art und Weise der Arbeitserbringung betreffen, weshalb kein Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG besteht. (Rn.39). 2. Wenn der Arbeitnehmer selbst einen Account bei ChatGPT anlegen und eventuell entstehende Kosten auch selbst tragen muss, erhält der Arbeitgeber keinerlei Meldung, wann welcher Arbeitnehmer wie lange und mit welchem Anliegen ChatGPT genutzt hat. Dass der Hersteller etwa von ChatGPT die vorgenannten Daten aufzeichnet, ist zu unterstellen. Dies führt aber nicht zur Mitbestimmung, denn der dadurch entstehende Überwachungsdruck wird nicht vom Arbeitgeber ausgeübt. Dieser kann auf die vom Hersteller gewonnenen Informationen nicht zugreifen (Rn.43) 3. Auch die Vorgabe, dass Arbeitnehmer Arbeitsergebnisse, die mittels Unterstützung von Künstlicher Intelligenz entstanden sind, kennzeichnen müssen, führt nicht zu einem Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG. Wie ausgeführt muss die technische Einrichtung die Überwachung selbst bewirken, um eine Mitbestimmung auszulösen. Die Kennzeichnung und die damit verbundene Kontrollmöglichkeit, wer Chatbots einsetzt, erfolgt aber hier durch den Arbeitnehmer selbst und nicht durch das Tool. (Rn.44)
Orientierungssatz des Autors Bitte Orientierungssatz bilden, wenn es keinen amtlichen Leit- oder Orientierungssatz gibt		
Anmerkung zu:		ArbG Hamburg, 24. Kammer, Beschluss vom 16.01.2024, 24 BVGa 1/24

A. Problemstellung

Die Entscheidung dürfte die erste sein, die sich auf Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bei der Einführung von ChatGPT bezieht.

Im konkreten Fall hatte der Arbeitgeber allen Beschäftigten die Möglichkeit eröffnet, mit ChatGPT zu arbeiten, doch bestand keine entsprechende Pflicht. Da zugleich Richtlinien und ein Handbuch zum Umgang mit ChatGPT verbindlich gemacht wurden, sah der Konzernbetriebsrat sein Mitbestimmungsrecht aus § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG als verletzt an.

Weiter berief er sich auf § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG, wobei jedoch die Besonderheit bestand, dass jeder Arbeitnehmer einen eigenen privaten Account bei ChatGPT errichten musste, auf den der Arbeitgeber keinen Zugriff hatte.

Weiter sah der Konzernbetriebsrat das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG und das Beratungsrecht nach § 90 BetrVG als nicht beachtet an.

Wegen Verletzung seiner Beteiligungsrechte beantragte der Konzernbetriebsrat den Erlass einer einstweiligen Verfügung, durch die der Rückgriff auf ChatGPT vorübergehend untersagt werden sollte, bis eine Lösung durch Zustimmung des Betriebsrats oder durch Spruch der Enigungsstelle erreicht sein würde.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Antragsteller im Verfahren der einstweiligen Verfügung war ein Konzernbetriebsrat, der sich in einem global agierenden Hersteller im Bereich der Medizintechnik gebildet hatte. Am 18.12.2023 schaltete die Geschäftsleitung den Internetzugang zu ChatGPT „zur Nutzung durch ihre Mitarbeiter“ frei. Im Intranet veröffentlichte sie Leitlinien und ein Handbuch zum Umgang mit Generativer KI und fügte die Erklärung bei: „Nützen wir die generative KI als neues Werkzeug, um unsere Arbeit zu unterstützen.“ Die Nutzung von ChatGPT blieb gleichwohl freiwillig. ChatGPT und andere Systeme der generativen Künstlichen Intelligenz wurden dabei nicht auf den Computersystemen der Arbeitgeberseite installiert. Die Nutzung der Tools erfolgte mittels Webbrowser, doch mussten die einzelnen Beschäftigten private Accounts anlegen, wenn sie ChatGPT nutzen wollen. Dienstliche Accounts wurden nicht erteilt. Sofern Kosten entstehen würden, müssten die Arbeitnehmer diese selbst tragen. Die Arbeitgeberseite erhielt keine Kenntnis, welcher Mitarbeiter einen Account eingerichtet hatte, wann und wie er das Tool nutzte und welche Informationen er gegenüber dem System preisgegeben hatte. Nachdem die Geschäftsleitung dem Ersuchen des Konzernbetriebsrats, den Zugang zu ChatGPT zunächst zu sperren, nicht nachgekommen war, beantragte dieser eine einstweilige Verfügung. Seine entsprechenden Anträge wurden vom ArbG Hamburg zurückgewiesen.

a) Ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG wurde abgelehnt. Die Nutzung von ChatGPT und die Berücksichtigung der Richtlinien und des Handbuchs betreffe ausschließlich das Arbeitsverhalten, nicht das Ordnungsverhalten der Arbeitnehmer im Betrieb; es werde lediglich die Arbeitspflicht konkretisiert. Das Argument der Arbeitnehmerseite, durch die Freiwilligkeit entstehe eine Zweiteilung in der Belegschaft zwischen den „KI-Aufgeschlossenen“ und den „KI-Skeptikern“, wurde mit dem Argument zurückgewiesen, dass dann jede nicht den ganzen Betrieb erfassende („flächendeckende“) Einführung neuer Arbeitsmittel automatisch dem Ordnungsverhalten zugeordnet werden müsse.

b) Eingehendere Aufmerksamkeit fand § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG. Dabei bestand die Besonderheit, dass die Einwahl über den Browser aus der Betrachtung ausscheiden musste, da insoweit bereits eine Konzernbetriebsvereinbarung bestand. Wäre dies nicht der Fall gewesen, hätte insoweit ein Mitbestimmungsrecht bestanden, weil für die Arbeitgeberseite die Möglichkeit bestanden hätte, über den Browserverlauf auch die Nutzung von ChatGPT im Einzelnen nachzuvollziehen. Insoweit war aber „das Mitbestimmungsrecht bereits ausgeübt.“

Die Schaffung eines privaten Accounts und dessen Nutzung durch den einzelnen Arbeitnehmer konnte der Arbeitgeber nicht kontrollieren. Von ihm gehe daher kein Überwachungsdruck aus, dem § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG entgegen wirken wolle. Dass der Hersteller von ChatGPT die Nutzungsdaten aufzeichne, könne man unterstellen, doch gehe der dadurch ausgelöste Überwachungsdruck nicht auf den Arbeitgeber zurück. Ein Mitbestimmungsrecht ergebe sich auch nicht daraus, dass der Arbeitnehmer die Unterstützung einer Arbeit durch KI kenntlich machen müsse: Die dadurch geschaffene Überwachungsmöglichkeit werde nicht durch das Tool, sondern durch den Arbeitnehmer selbst geschaffen.

c) Auch ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG wurde verneint. Es greife nur bei einer festgestellten konkreten Gesundheitsgefährdung der Mitarbeiter ein, wozu nichts vorgetragen sei. Auch könne ein Verstoß gegen § 90 BetrVG die erstrebte einstweilige Verfügung nicht rechtfertigen, da ein Beseitigungs- und Unterlassungsanspruch, der allein hierfür als Grundlage in Betracht komme, über den dort festgelegten Hauptanspruch auf Information und Beratung hinausgehe. Auch stelle ein einmaliger Verstoß gegen § 90 BetrVG keine grobe Pflichtverletzung im Sinne des § 23 Abs. 3 BetrVG dar, aus der sich evtl. ein Verfügungsanspruch ergeben könnte.

C. Kontext der Entscheidung

Die Entscheidung hat ein erhebliches Maß an Aufmerksamkeit gefunden, weil sie sich als (wohl) erste mit der Mitbestimmung über die Einführung von ChatGPT befasst hat. Die Ablehnung von Mitbestimmungsrechten im konkreten Fall darf aber nicht als generelle Rücknahme von Mitbestimmungsmöglichkeiten missverstanden werden. Wäre der Browserverlauf, d. h. der „Gang ins Internet“ nicht bereits im Rahmen eines Mitbestimmungsverfahrens geregelt worden, hätte der Betriebsrat insoweit auch nach Auffassung des ArbG Hamburg eine ausreichende Rechtsgrundlage für sein Begehren gehabt. Außerdem dürfte das Vorgehen der Geschäftsleitung, die Nutzung von ChatGPT zur „Privatsache“ der Arbeitnehmer zu erklären, in der Praxis kaum Schule machen. Sie bringt das Risiko mit sich, dass Betriebsgeheimnisse oder sonstige eher vertraulich zu behandelnde Gegenstände nach außen getragen werden und durch geschicktes Befragen von ChatGPT auch für Konkurrenzunternehmen erkennbar werden. Dass die Arbeitgeberseite keine Kontrolle darüber hat, welche Informationen ein Beschäftigter an ChatGPT gegeben hat (Rn.43), würde in anderen Firmenleitungen erhebliches Kopfzerbrechen hervorrufen. Nicht selten wird dem Vernehmen nach eine „konzern eigene ChatGPT“ entwickelt, um einen Abfluss wertvoller Informationen zu vermeiden. Würde der Zugang zu ChatGPT oder anderen Systemen generativer KI auf den Computersystemen des Arbeitgebers installiert, läge auch nach Auffassung des ArbG Hamburg ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG vor (ebenso Fink, SAE 2024, 27, 29 in einer Anm. zu der vorliegenden Entscheidung). Unterstellt, dass dies in der Zukunft die Regel sein wird, so ist auch insoweit das Mitbestimmungsrecht unstreitig.

Begibt man sich auf die Ebene des konkreten und nicht gerade alltäglichen Falles, so wird man gegen die Argumente zu § 87 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 7 BetrVG sowie zu § 90 BetrVG wenig Einwände erheben können. Auch der Gesichtspunkt, es werde in der Belegschaft eine Zweiteilung geschaffen, führt nicht wirklich weiter. Zwar macht es einen Unterschied, ob der Arbeitgeber selbst zwischen zwei Gruppen differenziert und dabei den Gleichbehandlungsgrundsatz beachten muss oder ob die Technikaffinität des einen oder anderen Beschäftigten von diesem evtl. gegen seinen Willen offengelegt werden muss. Dennoch fällt es schwer, darin eine Regel über „Ordnung und Verhalten im Betrieb“ zu sehen. Eher kämen datenschutzrechtliche Bedenken in Betracht, die aber im Rahmen des Mitbestimmungsrechts keine Rolle spielen. Eher kritisch sind jedoch die kurzen Ausführungen zu § 90 BetrVG zu sehen: Wie die Rechtsprechung zum Interessenausgleich deutlich macht (Nachweise bei Däubler, in: Däubler/Klebe/Wedde, Hrsg., BetrVG, 19. Aufl., Frankfurt/Main 2024, §§ 112, 112a Rn.52 ff.), können auch reine Verhandlungsansprüche gegen die Schaffung vollendeter Tatsachen abgesichert werden; weshalb dies beim Beratungsanspruch nach § 90 BetrVG nicht der Fall sein soll, hätte zumindest der Begründung bedurft.

Bei § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG überwiegen allerdings die Einwände. Diskussionsbedürftig, aber vom ArbG Hamburg nicht erörtert ist die Frage, ob die evtl. bei ChatGPT anfallenden Kosten überhaupt dem jeweiligen Arbeitnehmer auferlegt werden können. Das BAG (10.11.2021 - 5 AZR 334/21, NZA 2022, 401) hat ja vor nicht allzu langer Zeit den Grundsatz bekräftigt, dass der Arbeitgeber von sich aus für sämtliche organisatorischen Voraussetzungen sorgen muss, von denen die Arbeitsleistung

abhängt. Soweit vereinbart wird, dass dabei auch Gegenstände des Arbeitnehmers zum Einsatz kommen, muss der Arbeitgeber hierfür ein angemessenes Entgelt bezahlen. Dies ist etwa beim Einsatz von Privatautos für Dienstreisen seit langem anerkannt. Das schließt es m. E. aus, den Arbeitnehmer auf ein Arbeitsmittel zu verweisen, dessen evtl. anfallende Kosten er selbst tragen muss. Die Unwirksamkeit einer solchen Abrede ändert wohl nichts an der fehlenden Zugriffsmöglichkeit des Arbeitgebers auf die bei ChatGPT entstehenden Daten, doch sollte das Thema nicht mit Stillschweigen übergangen werden.

Der (mit Recht unterstellten) Datenspeicherung durch ChatGPT oder irgendeinen Vermittler der Dienstleistung wird im Beschluss des ArbG Hamburg die Eigenschaft zugesprochen, „Überwachungsdruck“ zu entfalten, doch sei dieser nicht dem Arbeitgeber zuzuordnen. Da ChatGPT oder ein zwischengeschalteter Provider keinerlei Aufforderung zum Schneller- oder Besser-Arbeiten schicken wird und da insoweit dem einzelnen Arbeitnehmer auch keine Sanktionen drohen, ist der „Überwachungsdruck“ nicht recht nachvollziehbar.

Das ArbG Hamburg hat jedoch nicht bedacht, dass der Rückgriff auf ChatGPT allen Arbeitnehmern und damit auch den jeweiligen Vorgesetzten, den Mitarbeitern der Personalabteilung und den Mitgliedern der Geschäftsführung offensteht. Sie können deshalb dieses KI-Modell dazu benutzen, um beispielsweise Schriftstücke von Untergebenen zu analysieren oder analysieren zu lassen. Weitergehend kann durch systematische Auswertung von Chatverläufen, von E-Mails, von Berichten und von Projektdokumentationen in Bezug auf einzelne Beschäftigte ein Persönlichkeitsprofil erstellt werden (so Wünschelbaum RDV 2024, 140, 145). Dies erfüllt die Voraussetzungen des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG: Bei ChatGPT handelt es sich um eine technische Einrichtung, mit deren Hilfe Verhalten und Leistung von Arbeitnehmern in weitem Umfang überwacht werden können. Dabei reicht die Möglichkeit der Auswertung; dass davon wirklich Gebrauch gemacht wird, ist nicht erforderlich (Däubler, Gläserne Belegschaften, 9. Aufl., Frankfurt/Main 2021, Rn.726 f.). Dies nicht bedacht zu haben, mag damit zusammenhängen, dass das Arbeitsgericht noch wenig Berührung mit den Möglichkeiten der Künstlichen Intelligenz hatte. In künftigen vergleichbaren Fällen wird diese Überwachungsmöglichkeit zu beachten sein.

D. Weitere Themenschwerpunkte

Die vorliegende Entscheidung ist nicht die einzige, bei der der Einsatz von KI in neuester Zeit eine wesentliche Rolle spielte. Das VG München hatte in zwei Verfahren über die Zulassung zum Masterstudium zu entscheiden, als gravierende Indizien dafür sprachen, dass der im Rahmen des Auswahlverfahrens zu schreibende Essay zumindest teilweise mit Hilfe von KI erstellt worden war. Die im Verfahren der einstweiligen Anordnung nach § 123 VwGO gestellten Zulassungsanträge wurden zurückgewiesen. (VG München, Beschluss v. 8.5.2024 – M 3 E 24.1136 und Beschluss v. 28.11.2023 – M 3 E 23.4371). Das VG Bremen (15.2.2024 – 5 K 1159/21) hatte sich mit der Frage auseinanderzusetzen, ob die Stellungnahme eines Sachverständigen jeden Wert verliert, wenn bei ihrer Erarbeitung auch KI benutzt wurde. Ersichtlich spielt KI in sehr unterschiedlichen Teilen der gerichtlichen Praxis eine Rolle.

Bedeutsam für die künftige Entwicklung ist eine Entscheidung des BVerfG vom 16. Februar 2023 (1 BvR 1547/19), die die automatische Auswertung von (größeren) Datenbeständen zum Gegenstand hatte. Dieser komme ein Eigengewicht zu, weil die automatisierte Datenanalyse „spezifische Belastungseffekte“ haben könne, die über die ursprüngliche Datenerhebung hinausgehen; durch die zahlreichen Verknüpfungsmöglichkeiten kann „neues Wissen“ geschaffen werden (Rn.50, 67). Derart weitgehende Eingriffe seien nur unter den engen Voraussetzungen zu rechtfertigen, wie sie für eingriffsintensive heimliche Überwachungsmaßnahmen gelten. (Rn.74) Dies gilt erst recht für die Anwendung eines KI-Systems, das über zusätzliche Verknüpfungsmöglichkeiten verfügt. (Rn.100) Konkret bedeutet dies, dass der Einsatz von KI im Rahmen der Kontrolle von Arbeitnehmerverhalten nur ganz ausnahmsweise in Betracht kommen kann.

Weitere Anwendungsprobleme werden sich durch die KI-Verordnung der EU ergeben, die am 12.7.2024 im Amtsblatt der EU erschienen ist. Eine Reihe von Vorschriften, u.a. über KI-Systeme mit nicht annehmbaren Risiken wird bereits am 2. Februar 2025 in Kraft treten – es besteht Anlass, sich auch im Arbeitsrecht eingehend um den neuen rechtlichen Rahmen zu kümmern (Däubler Soziales Recht (=SR) 2024, 110 ff.). Die hier besprochene Entscheidung dürfte nur der allererste Vorboten sein.