

Andreas Zöllner
*Künstliche Intelligenz und Mitbestimmung im
Hochschul- und Wissenschaftsbetrieb.
Zugleich eine systematische Gegenüberstellung von
BetrVG und Personalvertretungsgesetzen*

Der Einzug von Systemen Künstlicher Intelligenz in die Arbeitswelt ruft längst Arbeitnehmervertretungen auf den Plan. Davon zeugte zuletzt eine Entscheidung des Arbeitsgerichts Hamburg, das über die Mitbestimmung bei Einführung von ChatGPT und ähnlichen generativen KI-Systemen befinden musste.¹ Nur wenige Wochen später führte die Universität Hamburg als eine der ersten deutschen Hochschulen ein „eigenes“ KI-System ein. „UHHGPT“ steht seither allen Beschäftigten der Universität als Arbeitsmittel zur Verfügung. Beide Fälle werfen Fragen zur Beteiligung der Betriebs- und Personalräte bei der Implementierung Künstlicher Intelligenz an Hochschulen und Forschungseinrichtungen auf, die hier eingehend untersucht werden. Viele Ergebnisse lassen sich auch auf betriebs- und personalverfassungsrechtliche Sachverhalte außerhalb von Wissensorganisationen übertragen.

I. Künstliche Intelligenz in der Betriebs- und Personalverfassung

Da Lehr- und Forschungsbetriebe großteils öffentlich-rechtlich, zum Teil aber auch privatrechtlich organisiert sind, können sich Mitbestimmungsfragen sowohl nach den Personalvertretungsgesetzen der Länder (LPersVG) bzw. dem des Bundes (BPersVG) richten als auch nach dem Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG). Dabei fällt zunächst auf, dass KI-spezifische Regelungen bislang nur im BetrVG zu finden sind.

1. KI-Regelungen durch das Betriebsrätemodernisierungsgesetz

Mit dem Betriebsrätemodernisierungsgesetz (BRätModG)² trug der Gesetzgeber dem Befund Rechnung, dass die frühzeitige Einbindung der Betriebsräte das Vertrauen und die Akzeptanz der Beschäftigten bei der Einführung und der Anwendung von KI stärke.³ An drei Stellen im BetrVG wurde die Einbindung des Betriebsrats beim Einsatz von KI ausdrücklich geregelt (§ 80 Abs. 3 Satz 2, § 90 Abs. 1 Nr. 3, § 95 Abs. 2a).

2. Fehlende KI-Regelungen in den Personalvertretungsgesetzen

In den LPersVG finden sich entsprechende Regelungen nicht – bemerkenswerterweise auch nicht im neuen BPersVG⁴, das immerhin auch in der ersten Jahreshälfte 2021 novelliert und damit in etwa zur gleichen Zeit wie das BRätModG verabschiedet wurde.

3. Vergleich zwischen BetrVG und Personalvertretungsgesetzen – Mitbestimmungsdefizit in öffentlichen Dienststellen?

Bei einigen Beobachtern hat die Aussparung von KI-Regelungen im BPersVG zum Teil für Verwunderung gesorgt. Sie fordern bereits legislative Nachbesserungen.⁵ Doch ist aus der Absenz solcher Regelungen in den PersVG auf ein Mitbestimmungsdefizit in öffentlichen Dienststellen zu schließen? Oder kommt hier sogar eine

1 ArbG Hamburg 16.01.2024 – 24 BVGa 1/24 – NZA-RR 2024, 137 = NZA 2024, 426 (Ls.).

2 Gesetz zur Förderung der Betriebsratswahlen und der Betriebsratsarbeit in einer digitalen Arbeitswelt (Betriebsrätemodernisierungsgesetz) v. 14.6.2021 (BGBl. 2021 I S. 1762).

3 Vgl. BT-Drucks. 19/28899, S. 2 f. unter Verweis auf die Strategie Künstliche Intelligenz der Bundesregierung, 2018, S. 28, abrufbar

unter: <https://www.bundesregierung.de/resource/blob/997532/1550276/9e7fdd5a73cc9ff55f422eab6c75487b/2018-11-15-ki-strategie-data.pdf> (aufgerufen, wie jede URL in diesem Aufsatz, am 19.06.2024).

4 Vgl. dazu Löwisch/Kurz, Neues Bundespersonalvertretungsgesetz: Relevanz für das Personalvertretungsrecht der Hochschulen der Länder, OdW 2022, 35 ff.

analoge Anwendung der KI-spezifischen BetrVG-Normen in Betracht? Die nähere Betrachtung der drei KI-Regelungen aus dem BetrVG und ein systematischer Vergleich sollen Klarheit bringen.

a) Hinzuziehung von externen KI-Sachverständigen

aa) *BetrVG*. Nach § 80 Abs. 3 Satz 2 *BetrVG* darf der Betriebsrat bei der Durchführung seiner Aufgaben, sofern er dabei die „Einführung oder Anwendung von Künstlicher Intelligenz beurteilen“ muss, stets einen Sachverständigen hinzuziehen. Die Norm stellt insoweit die unwiderlegliche Vermutung dafür auf, dass externer Sachverständiger zu KI-Systemen „erforderlich“ im Sinne des § 80 Abs. 3 Satz 1 *BetrVG* ist.⁶ Bislang galt es in EDV-Fragen zunächst zu prüfen, ob der Informationsbedarf des Betriebsrats nicht mit Bordmitteln (Fachkräfte des Betriebs, Fachliteratur etc.) befriedigt werden kann.⁷ Voraussetzung ist weiterhin eine nähere Vereinbarung mit dem Arbeitgeber hinsichtlich Person, Kosten und Umfang der Beauftragung des KI-Sachverständigen. Bemerkenswert ist, dass der Regierungsentwurf die Kosten für eine Beauftragung mit 833 € brutto beziffert.⁸ Ein Auftrag, der diesen Betrag übersteigen würde, dürfte demnach im Regelfall nicht mehr erforderlich sein und unter dem Vorbehalt einer eingehenden Begründung stehen.⁹

Da es gerade an Forschungseinrichtungen nicht fernliegt, dass fachkundige Expertise, die den externen Sachverständigen bisweilen übersteigt, im Hause zu finden ist, muss in entsprechend gelagerten Einzelfällen aber über Ausnahmen von § 80 Abs. 3 Satz 1 *BetrVG* zumindest diskutiert werden.¹⁰ Das Gebot vertrauensvoller Zusammenarbeit (§ 2 Abs. 1 *BetrVG*) könnte es hier gebieten, auf die Grundsätze aus § 80 Abs. 2 Satz 4 *BetrVG* zurückzugreifen.

bb) *PersVG*. Vereinzelt finden sich in einigen LPersVG allgemeine Vorschriften für die Hinzuziehung

von Sachverständigen (z.B. § 40 Abs. 3 BlnPersVG),¹¹ ein grundsätzlicher Anspruch des Personalrats bei Einführung von KI besteht dort jedoch ebenso wenig wie nach dem BPersVG. Da an staatlichen Einrichtungen das Gebot zur sparsamen Verwendung öffentlicher Mittel und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Beachtung finden muss,¹² ist die Ausgangslage auch anders als an privaten Einrichtungen. Demnach scheidet die analoge Heranziehung des § 80 Abs. 3 Satz 2 *BetrVG* im Anwendungsbereich der PersVG aus. Der Schluss, dass die Heranziehung von Sachverständigen dadurch prinzipiell ausgeschlossen ist, wäre indessen auch zu weit.¹³ Es besteht im Regelfall zunächst eine umfassende Unterrichtungspflicht der Dienststelle (z.B. gem. § 66 Abs. 1 BPersVG): Alle Möglichkeiten der Unterrichtung müssen ausgeschöpft werden. Erst danach lässt sich beurteilen, ob zur Wahrnehmung einer Personalarbeitsaufgabe weitere Kenntnisse erforderlich sind, die nur ein Sachverständiger vermitteln kann. Die Rechtsprechung hebt dabei auch auf die Möglichkeit einer Überprüfung von EDV-Systemen durch die zuständigen Datenschutzbehörden ab.¹⁴ Gerade an Hochschulen ist, wie unter aa) schon ausgeführt, sachkundiger Rat oft intern einholbar (Rechenzentrum, Professuren). Die Bundesländer als Träger vieler Hochschulen haben zudem eigene öffentlich-rechtliche IT-Dienstleister.¹⁵

b) Rechtzeitige Unterrichtung und Beratung vor KI-Einsatz

aa) *BetrVG*. Gem. § 90 Abs. 1 Nr. 3 *BetrVG* müssen Arbeitgeber den Betriebsrat nun über die Planung von Arbeitsverfahren und Arbeitsabläufen *einschließlich des Einsatzes von Künstlicher Intelligenz* rechtzeitig unter Vorlage der erforderlichen Unterlagen unterrichten. Die Ergänzung des Tatbestandes um den hier hervorgehobenen Teil wird im Schrifttum nur als Klarstellung gelesen, da sich die Einführung von KI-Systemen in aller Regel

5 So etwa *Baunack*, Künstliche Intelligenz und Mitbestimmungsrechte, *PersR* 10/2023, 8, 10. Lediglich in § 98 Abs. 1 Satz 1 BPersVG wurde der Arbeitsgemeinschaft der Hauptpersonalräte ein Stellungnahmerecht bei ressortübergreifenden Digitalisierungsmaßnahmen eingeräumt. Die Norm dürfte jedenfalls im Hochschul- und Wissenschaftsbereich keine Relevanz haben.

6 *Richardi* *BetrVG/Thüsing*, 17. Aufl. 2022, § 80 *BetrVG* Rn. 103; *Rieger*, Das Betriebsverfassungsgesetz und der Begriff der künstlichen Intelligenz, *RdA* 2024, 205, 206.

7 BAG, 04.06.1987 – 6 ABR 63/85 – NZA 1988, 208.

8 BT-Drucks. 19/28899, S. 17: „Es wird angenommen, dass der Sachverständige für einen Tag eingesetzt wird und dass der Tagessatz (inkl. Mehrwertsteuer) 833 Euro beträgt.“

9 So wohl auch: *ErfK/Kania*, 25. Aufl. 2025, § 80 *BetrVG* Rn. 36; ähnlich: *Rieger*, Das Betriebsverfassungsgericht und der Begriff der künstlichen Intelligenz, *RdA* 2024, 205, 207.

10 In diese Richtung auch: *Schiefer/Worzalla*, Das Betriebsrätemodernisierungsgesetz – Eine „Mogelpackung“?, *NZA* 2021, 817, 822.

11 Vgl. dazu VG Berlin 12.06.2013 – 60 K 8/13 – BeckRS 2013, 52793.

12 OVG Berlin-Brandenburg 22.06.2022 – OVG 62 PV 6/21 – BeckRS 2022, 19963 Rn. 14 m.w.N.

13 Vgl. BVerwG 08.11.1989 – 6 P 7/87 – NVwZ-RR 1990, 426; *Kunze*, Sachverständige und Auskunftspersonen im Personalvertretungsrecht, *PersV* 2004, 248 ff.

14 BVerwG 08.11.1989 – 6 P 7/87 – NVwZ-RR 1990, 42, 428.

15 Vgl. Dataport-Staatsvertrag für die Länder Hamburg, Schleswig-Holstein, Bremen und Sachsen-Anhalt.

auf Arbeitsverfahren und -abläufe auswirke.¹⁶ Im Anschluss an die Unterrichtung muss der Arbeitgeber den KI-Einsatz dann mit dem Betriebsrat beraten (§ 90 Abs. 2 BetrVG). Unterrichtung und Beratung haben so rechtzeitig stattzufinden, dass Vorschläge und Bedenken des Betriebsrats noch Eingang in den Willensbildungsprozess beim Arbeitgeber finden können.¹⁷

bb) *PersVG*. Nach den Personalvertretungsgesetzen, z.B. in Bremen oder Rheinland-Pfalz,¹⁸ kann sich bei KI als *neue* Arbeitsmethode ein Mitbestimmungsrecht ergeben, das über einen Unterrichtsanspruch, wie ihn § 90 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG vorsieht, hinausgeht. In den meisten *PersVG* – so auch in § 80 Abs. 1 Nr. 20 BPersVG¹⁹ – wird allerdings eine *grundlegend neue* Arbeitsmethode verlangt. Das setzt eine einschneidende Veränderung voraus.²⁰ Dem Wortlaut nach weist der personalvertretungsrechtliche Beteiligungstatbestand eher Ähnlichkeit zu § 111 Satz 3 Nr. 5 BetrVG auf (Betriebsänderung durch grundlegend neue Arbeitsmethoden). Während im arbeitsrechtlichen Schrifttum eine Betriebsänderung durch Einführung von KI nur in Ausnahmefällen bejaht wird,²¹ scheint die personalvertretungsrechtliche Literatur eine grundlegend neue Arbeitsmethode eher annehmen zu wollen: Zumindest die erstmalige Implementierung von generativen KI-Systemen, wie z.B. ChatGPT, sei demnach darunter zu fassen.²² Bei anderer Ansicht, könnte künftig Art. 26 Abs. 7 KI-VO im Personalvertretungsrecht eigenständige Bedeutung erlangen.²³

c) Personelle Auswahlrichtlinien durch/mittels KI

aa) *BetrVG*. Auch § 95 Abs. 2a BetrVG erweitert die Rechte des Betriebsrats nicht. § 95 Abs. 1 und 2 BetrVG ermöglichte es dem Betriebsrat bereits zuvor, bei personellen Auswahlrichtlinien für Einstellungen,

Versetzungen, Umgruppierungen und Kündigungen mitzuzentscheiden. Abs. 2a stellt nunmehr lediglich klar, dass nichts anderes gilt, wenn bei der Aufstellung der Richtlinien KI zum Einsatz kommt.²⁴ Zweck der Norm ist es, das Bewusstsein der Betriebsparteien für die Mechanismen und Konsequenzen des Einsatzes von KI zu schärfen,²⁵ wozu etwa das Risiko diskriminierender algorithmischer Auswahlentscheidungen oder der Verletzung datenschutzrechtlicher Vorgaben zählen.²⁶

bb) *PersVG*. Die Personalvertretungsgesetze sehen für Auswahlrichtlinien ebenfalls ein Mitbestimmungsrecht vor (z.B. § 80 Abs. 1 Nr. 12 BPersVG). Da § 95 Abs. 2a BetrVG eben nur der Klarstellung dient, sind Personalräte *de lege lata* auch ohne die ausdrückliche Erwähnung von KI bei Auswahlrichtlinien nach den Personalvertretungsgesetzen zu beteiligen.²⁷

d) Fazit

Der Regelungsgehalt der KI-Normen im BetrVG ist überschaubar. Ein Mitbestimmungsdefizit, das im Vergleich dazu im Personalvertretungsrecht besteht, ist nicht auszumachen. Lediglich die Hinzuziehung von externen KI-Sachverständigen ist Personalräten, im Vergleich zu Betriebsräten, nicht ohne Weiteres möglich, was seine Rechtfertigung allerdings in den Grundsätzen der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit an öffentlichen Einrichtungen findet, zumal dort interne Sachkunde oft auch einfacher zu finden ist als in privaten Betrieben.

4. Keine (Legal-)Definition für „Künstliche Intelligenz“ im BetrVG

Ungeachtet des schmalen Regelungsgehalts der KI-Normen im BetrVG hat besonders Kritik erfahren, dass der Begriff „Künstliche Intelligenz“ im Gesetz unbestimmt bleibt. Weder im Regelwerk selbst noch in den Gesetzes-

16 *Meinecke*, Datenschutz und Data Science, 2021, S. 365; *Reinartz*, Das Betriebsrätemodernisierungsgesetz, NZA-RR 2021, 457, 468; BeckOK ArbR/Werner, 71. Ed., § 90 BetrVG Rn. 5; *Rolfs/Wolf*, Modernisierung des Betriebsverfassungsrechts, ZIP 2021, 1895, 1897.

17 BAG 11.12.1991 – 7 ABR 16/91 – NZA 1992, 850, 852. Vgl. zum Umfang von Unterrichtung und Beratung bei Einführung eines KI-gestützten Weisungssystems: *Frank/Heine*, Künstliche Intelligenz im Betriebsverfassungsrecht, NZA 2021, 1448, 1449.

18 Vgl. § 66 Abs. 1 Lit. b BremPersVG; § 80 Abs. 2 Nr. 1 LPersVG RhPf.

19 Das Anhörungsrecht aus § 87 Abs. 3 BPersVG hat dort nur Aufnahmefunktion.

20 BeckOK BPersVG/Else, 16. Ed., § 80 BPersVG Rn. 151.

21 *Kalbfus/Schöberle*, Arbeitsrechtliche Fragen beim Einsatz von KI am Beispiel von ChatGPT, ArbRAktuell 2023, 251, 253; *Lang/Reinbach*, Künstliche Intelligenz und betriebliche Mitbestimmung, BB 2024, 1396, 1399 f.

22 *Wedde*, ChatGPT – Das Ende der Mitbestimmung?, PersR 6/2023, 17, 18; *Richardi/Dörner/Weber/Annuß/Annuß*, 6. Aufl. 2024, § 80 BPersVG Rn. 299 unter Verweis auf *Ilbertz/Widmaier*, Bundespersonalvertretungsgesetz, 15. Aufl. 2022, § 80 BPersVG Rn. 179 („Einführung grundlegend neuer Algorithmen“); tendenziell auch: *Bünnemann*, ChatGPT und andere KI-Tools und deren betriebsverfassungs- sowie personalvertretungsrechtliche Einordnung, PersV 2024, 244, 248.

23 Vgl. dazu unter VI.

24 BT-Drucks. 19/28899, S. 23.

25 *ErfK/Kania*, § 95 BetrVG Rn. 9.

26 Vgl. *Fitting*, 32. Aufl. 2024, § 95 BetrVG Rn. 11b m.w.N.; umfassend: *Schindler*, Zulässigkeit und Grenzen algorithmischer Systeme bei arbeitsrechtlichen Auswahlentscheidungen, 2023, S. 51 ff. und 279 ff. (frei abrufbar unter: <https://digitalrecht-z.uni-trier.de/index.php/drz/catalog/view/33/32/142>).

27 So wohl auch: *Baunack*, Künstliche Intelligenz und Mitbestimmungsrechte, PersR 10/2023, 8, 11.

materialien findet sich eine Definition oder nähere Beschreibung.

Teilweise wird das Tatbestandsmerkmal weit verstanden und die Begriffsbestimmung aus Art. 3 Abs. 1 KI-VO herangezogen.²⁸ Da die EU-Kommission regelmäßig Leitlinien in Bezug auf die Definition erarbeitet²⁹, ermöglichte der Rückgriff auf die KI-VO auch im BetrVG eine „gewisse Dynamisierung der Definition.“³⁰

Die mittlerweile h.M. besinnt sich darauf, dass KI-spezifische Regelungen im BetrVG dort geschaffen wurden, wo der Betriebsrat komplexe informationstechnische Zusammenhänge verstehen, bewerten und mitgestalten soll.³¹ Im Schrifttum dominiert deshalb die Ansicht, dass jene Komplexität nur bei nicht-deterministischen Systemen besteht: „Künstliche Intelligenz“ im Sinne des BetrVG meint demzufolge nur solche technischen Systeme, die aufgrund von Informatikanwendungen in der Lage sind, ein menschenähnliches Verhalten nachzubilden, das nicht vollständig vorhersehbar ist.³² Letztlich spricht viel dafür, den Begriff mit der h.M. restriktiv zu verstehen, da auch der Gesetzgeber einen etwa im Vergleich zu § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG engeren Anwendungsbereich im Auge hatte.³³

II. Weitere Mitbestimmungstatbestände

Abseits KI-spezifischer Regelungen kommen allgemeine Mitbestimmungsrechte in Betracht. Kardinalnorm ist bei Einführung neuer Technologien stets § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG. Danach hat der Betriebsrat mitzubestimmen bei Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen, die dazu bestimmt sind, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu überwachen.³⁴ Trotz extensiver Lesart³⁵ dieser Norm, gilt, dass nur die Überwachung *der Arbeitnehmer* mitbestimmungspflichtig ist. Bewerber sind, bspw. beim Einsatz

von KI-Recruiting-Tools („Robo-Recruiting“), nicht vom Schutzbereich der Nr. 6 erfasst.³⁶

Neben Nr. 6 sind aus § 87 Abs. 1 BetrVG noch Nr. 1 (betriebliche Ordnung) und Nr. 7 (Gesundheitsschutz) hervorzuheben – sie werden im nächsten Abschnitt genauer beleuchtet. Außerdem kommen § 94 (KI-basierte Personalfragebögen und Beurteilungsgrundsätze) oder § 97 Abs. 2 (Berufsbildungsmaßnahmen zu KI) in Frage; in besonderen Ausnahmefällen, wie schon ausgeführt, auch § 111 BetrVG.³⁷

Das BPersVG kennt entsprechende Mitbestimmungsrechte in § 80 Abs. 1 Nr. 11, 15, 16, 18 und 21. Nach Nr. 19 kommt auch die Hebung der Arbeitsleistung oder Erleichterung des Arbeitsablaufs in Betracht.³⁸

III. KI-Mitbestimmung in der Rechtsprechung: Beschluss des ArbG Hamburg vom 16.01.2024

Die Rechtsprechung zu Mitbestimmungsfragen im Rahmen von KI beschränkt sich bislang auf einen Beschluss des Arbeitsgerichts Hamburg vom 16.01.2024.³⁹ In einem Eilverfahren hatte die Kammer darüber zu entscheiden, ob der Konzernbetriebsrat von der Arbeitgeberin verlangen kann, den Einsatz von ChatGPT und anderen KI-Tools im Unternehmen zu verbieten. Die Entscheidung wurde von mir bereits an anderer Stelle ausführlich besprochen;⁴⁰ die nachstehende Darstellung und Analyse beruhen im Wesentlichen auf jener Ausarbeitung.

1. Sachverhalt

Die Arbeitgeberin hielt ihre Mitarbeiter an, generative Künstliche Intelligenz (ChatGPT und ähnliche KI-Tools) bei der Arbeit zu nutzen, es bestand aber keine Pflicht. Im Intranet veröffentlichte sie Guidelines zur Nutzung von KI. ChatGPT selbst wurde auf den betrieblichen Rechnern nicht installiert, sondern nur über den

28 HaKo-BetrVG/Kohte/Schulze-Doll, 6. Aufl. 2022, § 90 BetrVG Rn. 13. Lang/Reinbach, Künstliche Intelligenz und betriebliche Mitbestimmung, BB 2024, 1396.

29 Art. 96 Abs. 1 Lit. f) KI-VO.

30 Lang/Reinbach, Künstliche Intelligenz und betriebliche Mitbestimmung, BB 2024, 1396.

31 Vgl. BT-Drucks. 19/28899, S. 14.

32 Für die h.M.: Frank/Heine, Das KI-basierte Arbeitsverhältnis, NZA 2023, 935 m.w.N.; a.A. Rieger, Das Betriebsverfassungsgesetz und der Begriff der künstlichen Intelligenz, RdA 2024, 205, 215 ff.

33 So auch: Steiner/Schunder, Aktuelle Kostenfragen im Zusammenhang mit dem Betriebsrätemodernisierungsgesetz, NZA 2022, 12, 16.

34 Zu hier nicht behandelten datenschutzrechtlichen Aspekten der Mitarbeiterüberwachung durch KI ausführlich: Heckmann/Marx, KI-Einsatz zur Leistungskontrolle am (Hochschul-)Arbeitsplatz, OdW 2023, 63.

35 Ausführlich dazu unter III.3.a).

36 Hoffmann, Möglichkeit und Zulässigkeit von Künstlicher Intelligenz und Algorithmen im Recruiting, NZA 2022, 19, 24; GK-BetrVG/Gutzeit, 12. Aufl. 2021, § 87 BetrVG Rn. 606. Anders wohl: Möllenkamp, Zustimmungsersetzungsverfahren unter Einsatz eines Bewerbungsmanagementsystems, NZA-RR 2021, 76, 81, aber ohne nähere Begründung.

37 Eine ausführliche Auflistung aller in Betracht kommenden Beteiligungsrechte findet sich bei: Lang/Reinbach, Künstliche Intelligenz und betriebliche Mitbestimmung, BB 2024, 1396 ff.

38 Eingehender: Baunack, Künstliche Intelligenz und Mitbestimmungsrechte, PersR 10/2023, 8, 10; Bümmemann, ChatGPT und andere KI-Tools und deren betriebsverfassungs- sowie personalvertretungsrechtliche Einordnung, PersV 2024, 244, 246, 248.

39 ArbG Hamburg 16.01.2024 – 24 BVGa 1/24 – NZA-RR 2024, 137 = NZA 2024, 426 (Ls.).

40 Zöllner, Mitbestimmung von ChatGPT und KI-Systemen, NZA 2024, 386 ff.

Webbrowser abgerufen. Mitarbeiter mussten sich einen privaten Nutzeraccount einrichten, dienstliche Accounts wurden nicht vergeben. Die Arbeitgeberin wusste somit nicht, wer einen Account hat. Auch auf Nutzungs- und Eingabedaten hatte sie keinen Zugriff.

Der Konzernbetriebsrat war der Auffassung, dass seine Mitbestimmungsrechte nach § 87 Abs. 1 Nr. 1, 6 und 7 BetrVG sowie das Mitwirkungsrecht nach § 90 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG verletzt seien. Er beantragte u.a., die Guidelines zur KI-Nutzung aus dem Intranet zu entfernen und der Arbeitgeberin aufzugeben, die Nutzung von ChatGPT zu verbieten.

2. Wesentlicher Inhalt der Entscheidung

Die Kammer wies die Anträge vollumfänglich zurück. Ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. Nr. 1 BetrVG bestehe nicht. Die KI-Guidelines betreffen das mitbestimmungsfreie Arbeits-, nicht das Ordnungsverhalten. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG sei ebenfalls nicht verletzt, da die Arbeitgeberin mangels Zugriffs auf die ChatGPT-Daten keinen Überwachungsdruck ausübe. Zwar zeichne der Webbrowser arbeitnehmerbezogene Verhaltensinformationen (etwa den Surfverlauf) auf. Zum Browser als technische Überwachungseinrichtung hätten die Beteiligten allerdings eine Konzern-BV abgeschlossen, weshalb das Mitbestimmungsrecht bereits ausgeübt worden sei. Es bestehe auch kein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG, da konkrete Gefährdungen der Beschäftigten weder vorgetragen worden noch ersichtlich seien.

Offen ließ das Gericht die Verletzung von Mitwirkungsrechten nach § 90 Abs. 1 Nr. 3 und Abs.2 BetrVG, da ein einmaliger Verstoß dagegen den Eilanträgen jedenfalls nicht zum Erfolg ver helfe.

3. Bewertung der Entscheidung

Der Beschluss aus Hamburg überzeugt und wurde auch im Schrifttum ganz überwiegend positiv aufgenommen.⁴¹ Alle Kommentatoren heben jedoch die Besonderheiten des Sachverhalts hervor: Bei Ausgabe von

Firmenaccounts oder bei fester Installation der Tools auf den betrieblichen Rechnern wäre die Entscheidung vermutlich anders ausgefallen.

a) Keine technische Überwachung durch KI (§ 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG)

Im Zentrum der Aufmerksamkeit steht, dass das Arbeitsgericht ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. Nr. 6 BetrVG verneint.

aa) Sobald ein KI-Tool auf einem Hardwaregerät (PC, Smartphone etc.) läuft, handelt es sich dabei um eine *technische Einrichtung*. Es kommt dabei nicht darauf an, ob die Software fest installiert ist oder webbasiert läuft.⁴²

bb) *Überwachung* ist nach ständiger Rechtsprechung ein Vorgang, durch den Informationen über das Verhalten oder die Leistung von Arbeitnehmern seitens des Arbeitgebers erhoben und – jedenfalls in der Regel – aufgezeichnet werden, um sie auch späterer Wahrnehmung zugänglich zu machen. Die technische Einrichtung müsse „selbst und automatisch die Daten über bestimmte Vorgänge erheben, speichern und/oder verarbeiten.“⁴³ Das ArbG Hamburg unterstellte zwar, dass OpenAI, der Hersteller von ChatGPT, leistungs- und verhaltensbezogene Informationen von Arbeitnehmern technisch aufzeichnet.⁴⁴ Damit wäre der Schutzbereich von Nr. 6 berührt.

cc) Entscheidend ist nach Auffassung der Kammer aber, dass ChatGPT und ähnliche KI-Systeme dem Arbeitgeber diese Informationen nicht zur Verfügung stellen, weshalb der Überwachungsdruck nicht vom Arbeitgeber ausgehe und die technischen Einrichtungen damit letztlich nicht *zur Überwachung bestimmt* seien.⁴⁵ Diese Ausführungen des Gerichts sind bemerkenswert, da sie das herrschende extensive Verständnis von Bestimmtheit zur Überwachung nicht unerheblich eingrenzen. Nach ständiger Rechtsprechung ist eine technische Einrichtung – wider den Wortlaut – bereits zur Überwachung der Leistung und des Verhaltens der Arbeitnehmer bestimmt, wenn sie dazu objektiv geeignet ist.⁴⁶ Die-

41 Zöllner, Mitbestimmung von ChatGPT und KI-Systemen, NZA 2024, 386 ff.; Mückl/Hillus, Kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Gestattung der browserbasierten Nutzung von ChatGPT über private Accounts der Arbeitnehmer, ZIP 2024, 1252 ff.; Schäfer/Schnabel/Runkowski, Zurück in die Zukunft: Die Mitbestimmung bei IT-Systemen iSv § 87 I Nr. 6 BetrVG im Kontext aktueller Entscheidungen, NZA-RR 2024, 281, 287. Kritisch indes: Witzel, Mitbestimmung bei Möglichkeit der Nutzung von ChatGPT [sic!] über einen Privat-Account, ArbRAktuell 2024, 153.

42 Zu Facebook als webbasierte technische Einrichtung: BAG

13.12.2016 – 1 ABR 7/15 – NZA 2017, 657 Rn. 37.

43 BAG 13.12.2016 – 1 ABR 7/15 – NZA 2017, 657 Rn. 22 m.w.N. Ausführliche Kritik zu diesem Verständnis bei: Zöllner, Mitbestimmung von ChatGPT und KI-Systemen, NZA 2024, 386, 387 m.w.N.

44 ArbG Hamburg 16.01.2024 – 24 BVGa 1/24 – NZA-RR 2024, 137 Rn. 29.

45 ArbG Hamburg 16.01.2024 – 24 BVGa 1/24 – NZA-RR 2024, 137 Rn. 29.

46 StRSpr. seit BAG 09.09.1975 – 1 ABR 20/74 – NJW 1976, 261.

ses Verständnis führt im digitalen Arbeitsumfeld zu einem uferlosen Anwendungsbereich.⁴⁷ Das ArbG Hamburg stellt diese Lesart zwar nicht grundsätzlich in Abrede. Es modifiziert das Tatbestandsmerkmal aber insoweit, als es die Zugriffsmöglichkeiten auf Verhaltensinformationen zum Kriterium für das Bestimmt-Sein macht. Angesichts früherer BAG-Entscheidungen war diese Rechtsprechung des ArbG Hamburg nicht zwingend erwartbar: Zum einen ließ in der Vergangenheit eine Auslagerung der Datenverarbeitung auf Dritte das Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG nicht schlechthin entfallen.⁴⁸ Zum anderen hat das BAG bereits entschieden, dass es für die Mitbestimmung nach Nr. 6 unerheblich sei, ob der Arbeitgeber selbst Zugriff auf die erfassten Daten nehmen könne.⁴⁹ Das Arbeitsgericht Hamburg folgt indes der ganz h.M. im Schrifttum, für die der fehlende Datenzugriff des Arbeitgebers das schlagende Argument ist, mit dem ein Mitbestimmungsrecht nach Nr. 6 bei KI abgelehnt wird.⁵⁰

dd) Das überzeugt auch in Anbetracht des *Schutzzwecks der Norm*. Der Überwachungsdruck, vor dem § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG Arbeitnehmer schützen soll, kann vom Arbeitgeber ohne Zugriff auf Verhaltensinformationen nicht ausgeübt werden. Auf einen von Dritten (ggf. vom Softwarehersteller) ausgehenden Überwachungsdruck kann es im Gefüge des Betriebsverfassungsgesetzes dagegen nicht ankommen: Das Gesetz regelt schließlich das Verhältnis zwischen Arbeitgeber und Betriebsrat.⁵¹

b) Auch keine Überwachung durch Kennzeichnung der KI-unterstützten Arbeitsergebnisse

Im Übrigen führt auch die Vorgabe, dass Arbeitnehmer Arbeitsergebnisse, die mithilfe von KI entstanden sind,

kennzeichnen müssen, nicht zur Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG. Die manuelle Kennzeichnung und die damit verbundene Möglichkeit, nachzuvollziehen, wer KI einsetzt, erfolgt durch den Arbeitnehmer selbst, nicht durch das Tool.⁵² Das Arbeitsgericht stellt damit überzeugend auf die fehlende technische Komponente der Überwachung ab.⁵³

c) Ordnungsverhalten im Betrieb nicht berührt (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG)

Wie zuvor bereits die ganz h.M. im Schrifttum,⁵⁴ kommt das Arbeitsgericht auch zu dem Ergebnis, dass Vorgaben zur Nutzung von ChatGPT und anderen KI-Systemen keine Fragen des Ordnungsverhaltens i.S.d. § 87 Abs. Nr. 1 BetrVG berühren. Das ist nur betroffen, wenn es um das „betriebliche Zusammenleben und Zusammenwirken der Arbeitnehmer“ geht (z.B. allgemeinverbindliche Verhaltensregelungen und Maßnahmen zu deren Durchsetzung).⁵⁵ Die von der Arbeitgeberin veröffentlichten Guidelines konkretisieren indes die Art und Weise der Arbeitserbringung. Anordnungen zum konkreten Umgang mit Arbeitsmitteln betreffen offensichtlich das mitbestimmungsfreie Arbeitsverhalten.⁵⁶

Die betriebliche Ordnung ist auch nicht allein deshalb betroffen, weil die Arbeitgeberin die Nutzung von KI-Systemen freistellt und Vorgaben somit nur für den Fall der tatsächlichen, freiwilligen Nutzung macht.⁵⁷

d) Gesundheitsschutz (§ 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG)

Ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG wurde vom Gericht schon mangels entsprechenden Vortrags des Konzernbetriebsrats zu Gesundheitsgefährdungen verneint. Dass solche Gefährdungen *per se* nicht

47 Zur Kritik: *Zöllner*, Mitbestimmung von ChatGPT und KI-Systemen, NZA 2024, 386, 387 m.w.N.; *ders.*, Digitalisierungshemmer Betriebsrat? Mitbestimmung gem. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG bei technischer Arbeitnehmerüberwachung in der digitalen Arbeitswelt, AssT ArbR (2019), 113, 130 f.; *Hanau*, Schöne digitale Arbeitswelt?, NJW 2016, 2613, 2615. Die Kritik teilen nun auch: *Lang/Reinbach*, Künstliche Intelligenz und betriebliche Mitbestimmung, BB 2024, 1396, 1398.

48 BAG 17.03.1987 – 1 ABR 59/85 – NZA 1987, 747, 748; vgl. auch: ArbG Wesel 24.04.2020 – 2 BVGa 4/20 – ZD 2020, 368 Rn. 80.

49 BAG 27.01.2004 – 1 ABR 7/03 – NZA 2004, 556, 559; ähnlich: BAG 26.01.2016 – 1 ABR 68/13 – NZA 2016, 498 Rn. 26 ff.

50 *Heine*, ChatGPT im Arbeitsverhältnis – Meilen- oder Stolperstein für Arbeitgeber?, ZdiW 2023, 221, 225; *Janko/Krüger/Adam*, Digitalisierung und künstliche Intelligenz im arbeitsrechtlichen Kontext, BB 2023, 2100, 2101; *Mohn*, Dürfen Arbeitnehmer ChatGPT zur Erledigung ihrer Aufgaben einsetzen? NZA 2023, 538, 541.

51 *Zöllner*, Mitbestimmung von ChatGPT und KI-Systemen, NZA 2024, 386, 388; dem folgend: *Schäfer/Schnabel/Runkowski*, Zurück

in die Zukunft: Die Mitbestimmung bei IT-Systemen iSv § 87 I Nr. 6 BetrVG im Kontext aktueller Entscheidungen, NZA-RR 2024, 281, 287; *Dalmer/Rauter*, Kein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats bei Nutzung von ChatGPT durch Arbeitnehmer, KIR 2024, 34, 35.

52 ArbG Hamburg 16.01.2024 – 24 BVGa 1/24 – NZA-RR 2024, 137 Rn. 30.

53 Vgl. auch BAG 10.12.2013 – 1 ABR 43/12 – NZA 2014, 439 Rn. 25.

54 *Holthausen*, Einsatz künstlicher Intelligenz im HR-Bereich und Anforderungen an die „schöne neue Arbeitswelt X.o.“, RdA 2023, 361, 365; *Niklas*, ChatGPT und das Arbeitsrecht – Ein Überblick über Fragestellungen beim Einsatz von Künstlicher Intelligenz und Chatbots in Unternehmen, ArbRB 2023, 268, 271; *Witteler*, ChatGPT – ein Thema für den Betriebsrat?, ZD 2023, 377, 379.

55 BAG 27.01.2004 – 1 ABR 7/03 – NZA 2004, 556, 557 m.w.N.

56 Vgl. BAG 22.8.2017 – 1 ABR 52/14 – NZA 2018, 50 Rn. 26.

57 Dazu ausführlich: *Zöllner*, Mitbestimmung von ChatGPT und KI-Systemen, NZA 2024, 386, 389.

ersichtlich sind, ist damit indes nicht gesagt. Im Schrifttum wird zu Recht auf mögliche durch den Einsatz von KI ausgelöste psychische⁵⁸ (zum Teil auch auf physische⁵⁹) Gesundheitsfolgen hingewiesen. Die Bedeutung von Nr. 7 wird daher im Kontext von KI-Einsatz künftig stark zunehmen.⁶⁰ Das kann zum einen notwendige Gefährdungsbeurteilungen nach § 3 BetrSichV betreffen.⁶¹ Zum anderen werden derzeit aber, z.B. in einem laufenden Projekt der Bundesanstalt für Arbeitsschutz und Arbeitsmedizin (BAuA), Potentiale Künstlicher Intelligenz zur Risikoanalyse im betrieblichen Arbeitsschutz ausgelotet.⁶² Der Einsatz von KI-Tools als Maßnahme des Gesundheitsschutzes kann ebenfalls in den Anwendungsbereich von § 87 Abs. 1 Nr. 7 BetrVG fallen.

IV. Relevanz der Entscheidung für das öffentliche Hochschularbeitsrecht

Die Entscheidung des ArbG Hamburg ist auch für öffentlich-rechtliche Wissensorganisationen in hohem Maße relevant.

1. Gleichlauf der Mitbestimmung in BetrVG und Personalvertretungsgesetzen

Die Grundsätze der Entscheidung des ArbG Hamburg können auf personalvertretungsrechtliche Sachverhalte übertragen werden. Insbesondere bei den gegenständlichen Mitbestimmungsrechten aus § 87 Abs. 1 Nr. 1, 6 und 7 BetrVG besteht ein weitgehender Gleichlauf zu denen aus den PersVG (vgl. z.B. § 80 Abs. 1 Nr. 18, 21 und 16 BPersVG). Auch die Rechtsprechungslinien der Arbeits- und Verwaltungsgerichte verlaufen insoweit nahezu parallel.⁶³

2. Digitalisierungsfreundliche Tendenzen der Verwaltungsgerichte

Beim Mitbestimmungsrecht bzgl. technischer Überwachung ist in letzter Zeit sogar eine, im Vergleich zur BAG-Rechtsprechung, eher restriktivere Auslegung der Verwaltungsgerichte erkennbar – und das, obwohl das

umstrittene Verständnis, wonach bereits die objektive Überwachungseignung ausreichen soll, um ein *Bestimmt-Sein* zur Überwachung zu bejahen, in einigen LPersVG (z.B. § 88 Abs. 1 Nr. 32 HmbPersVG) mittlerweile ausdrücklich niedergeschrieben ist.

Das BVerwG stellte zuletzt – unter Rückgriff auf den Schutzzweck des Mitbestimmungsrechts aus § 80 Abs. 1 Nr. 21 BPersVG bzw. § 88 Abs. 1 Nr. 32 HmbPersVG – für den Betrieb einer Instagram- oder Facebook-Seite mit Kommentarfunktion differenzierte Anforderungen an die Ermittlung der Überwachungseignung auf, indem es auf die „hinreichende Wahrscheinlichkeit“ eines Überwachungsdrucks abhob.⁶⁴ Die Leipziger Richter zeigen somit einen Weg auf, wie man in der Praxis den ausgefertigten Mitbestimmungstatbestand in der digitalen Arbeitswelt handhabbarer machen kann.

Ein digitalisierungsfreundlicher Ansatz ist auch einer jüngeren Entscheidung des VG Berlin zu entnehmen, nach der bei Einführung einer neuen Software allein die Protokollierung von technisch bedingten Logdaten nicht ohne Weiteres das Mitbestimmungsrecht nach § 85 Abs. 1 Nr. 13b BlnPersVG auslösen soll. Es bedürfe konkreter Anhaltspunkte, welche die Gefahr einer zweckwidrigen Verwendung der Logdaten durch den Dienststellenleiter möglich erscheinen lassen.⁶⁵ Würde dieser Ansatz Schule machen⁶⁶, so müssten selbst die vielzähligen Hinweise darauf, dass die Hamburger Entscheidung zu ChatGPT nur auf den Besonderheiten des Einzelfalls beruhte (keine Ausgabe von dienstlichen Accounts, Protokollierung des Browserverlaufs war bereits durch eine Konzern-BV mitbestimmt), gänzlich neu überdacht werden.

V. Ausnahmen von der Mitbestimmung im Wissenschaftsbetrieb

1. Tendenzschutz gem. § 118 Abs. 1 BetrVG

An privaten Wissenschaftseinrichtungen gelten die Mitbestimmungsgrundsätze vorbehaltlich

58 Auch dazu ausführlich: Zöllner, Mitbestimmung von ChatGPT und KI-Systemen, NZA 2024, 386, 389 mit zahlreichen Nachweisen; dem folgend: ErfK/Roloff, § 4 ArbSchG Rn. 2.

59 Lang/Reinbach, Künstliche Intelligenz im Arbeitsrecht, NZA 2023, 1273, 1279.

60 So nun auch die Einschätzung von Bünnemann, ChatGPT und andere KI-Tools und deren betriebsverfassungs- sowie personalvertretungsrechtliche Einordnung, PersV 2024, 244, 246 f. Skeptisch: Hördt, Soziale Medien, ChatGPT und Co. – ein Überblick über die jüngsten Entscheidungen und die Auswirkungen auf die arbeitsrechtliche Praxis, ArbRAktuell 2024, 108, 111.

61 Dazu ausführlich Günther/Böglmüller, Künstliche Intelligenz und Roboter in der Arbeitswelt, BB 2017, 53, 54. Die Notwendigkeit

einer Gefährdungsbeurteilung für den ChatGPT-Einsatz ablehnend: Wittler, ChatGPT – ein Thema für den Betriebsrat?, ZD 2023, 377, 380.

62 Vgl. <https://www.baua.de/DE/Forschung/Forschungsprojekte/f2536.html>.

63 Dazu grundlegend: BVerwG 16.12.1987 – 6 P 32/84 – NZA 1988, 513.

64 BVerwG 04.05.2023 – 5 P 16/21 – NZA 2024, 74 Rn. 24; 04.05.2023 – 5 P 2.22 – NZA-RR 2023, 612 Rn. 13. Im Kontrast dazu: BAG 13.12.2016 – 1 ABR 7/15 – NZA 2017, 657 Rn. 40.

65 VG Berlin 14.11.2019 – VG 61 K 8.19 PVL – CR 2020, 228 Rn. 24.

66 Kritisch insoweit die Einschätzung von Grimm, Aktuelle Herausforderungen im Umgang mit § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG, ArbRB 2022, 177, 178.

§ 118 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BetrVG: In Unternehmen und Betrieben, die unmittelbar und überwiegend wissenschaftlichen Zwecken dienen, finden die Vorschriften des BetrVG keine Anwendung, soweit die Eigenart des Unternehmens oder des Betriebs dem entgegensteht. Dieser Tendenzschutz sichert u.a. die Wissenschaftsfreiheit aus Art. 5 Abs. 3 GG.

2. KI-Tools zu Lehr- oder Forschungszwecken

Das kann sich im Kontext von KI vor allem auf die Mitbestimmung nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG auswirken: Es besteht kein Mitbestimmungsrecht, wenn ein KI-System zu Forschungszwecken in einen wissenschaftlichen Betrieb integriert wird.⁶⁷ Die Einschränkung des Beteiligungsrechts setzt voraus, dass es sich um eine tendenzbezogene Maßnahme handelt, die einen Tendenzträger betrifft.⁶⁸ Wer selbst zu 30 Prozent forscht oder lehrt, ist bereits Tendenzträger.⁶⁹

Dem Tendenzschutz unterliegt also die Einführung eines KI-Systems zu Forschungszwecken, nicht aber die Verwendung des Systems zur Überwachung durch den Arbeitgeber – insoweit kommt es auf einen tatsächlichen Einsatz zur Verhaltenskontrolle an.⁷⁰ Ferner muss zwischen der mitbestimmungsfreien Einführung von KI-Systemen für das Wissenschaftspersonal und der grds. nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG mitbestimmungspflichtigen Einführung von KI beim Verwaltungspersonal differenziert werden. Für Mitarbeiter von Rechenzentren gilt, dass allein die Bereitstellung der KI-Software für das Forschungspersonal keine unmittelbare wissenschaftliche Tätigkeit darstellt. Auch die „Spezialberatung“ der User zum KI-Tool wäre – zumindest für sich genommen – noch keine wissenschaftliche Tätigkeit.⁷¹

3. Tendenzschutz auch an öffentlich-rechtlichen Einrichtungen?

Ein deckungsgleicher Tendenzschutz besteht an öffentlich-rechtlichen Einrichtungen nach dem BPersVG⁷² und nach den meisten LPersVG nicht. Zum Teil finden sich spezielle personalvertretungsrechtliche Vorschriften für Lehre und Forschung, bspw. in § 99 BW-LPVG

oder Art. 78 BayPVG. Ein einheitlicher oder mit § 118 BetrVG vergleichbarer Umfang existiert allerdings nicht. Eine analoge Anwendung des § 118 Abs. 1 BetrVG kommt im Geltungsbereich der PersVG mangels planwidriger Regelungslücke nicht in Betracht.⁷³ Konflikte zwischen Wissenschaftsfreiheit und Mitbestimmung müssen deshalb weitgehend verfassungsrechtlich gelöst werden, wobei Art. 5 Abs. 3 GG das Mitbestimmungsrecht des Personalrats grundsätzlich nicht ausschließt.⁷⁴

VI. Auswirkungen der KI-Verordnung

1. Art. 26 Abs. 7 KI-VO – kollektivrechtlicher Auffangtatbestand

Nach Art. 26 Abs. 7 Satz 1 der KI-Verordnung, die ab 2026 EU-weit Anwendung findet, müssen Arbeitgeber, die Betreiber eines Hochrisiko-KI-Systems sind, vor der Inbetriebnahme oder Verwendung dieses Systems am Arbeitsplatz die Arbeitnehmervertreter und die betroffenen Arbeitnehmer darüber informieren, dass sie der Verwendung des Hochrisiko-KI-Systems unterliegen werden. Der Wortlaut der Norm ist missverständlich: Er legt nahe, dass die Unterrichtungspflicht gegenüber Arbeitnehmervertretungen dann besteht, wenn „sie“ (die Arbeitnehmervertretungen) Subjekt des KI-Einsatzes sind. Allerdings verweist Abs. 7 Satz 2 auf „Gepflogenheiten auf nationaler Ebene“ – Informationsrechte des Betriebsrats bezwecken, dass dieser seine ihm zugewiesenen Aufgaben wahrnehmen kann, wozu namentlich Schutzpflichten ggü. einzelnen Arbeitnehmern zählen (z.B. § 75 BetrVG). Deshalb greift das Unterrichtsrecht der Betriebsräte auch dann, wenn die vertretenen Arbeitnehmer von der KI-Verwendung betroffen sind.⁷⁵ Gleiches gilt für Personalräte.

Art. 26 Abs. 7 Satz 1 KI-VO begründet damit zwar grds. ein unionsrechtsautonomes Unterrichtsrecht für Betriebs- und Personalräte. Dennoch fungiert die Norm, wie sich aus Erwägungsgrund 92 Satz 2 ergibt, auf kollektiver Ebene nur als Auffangtatbestand, da Unterrichtungspflichten hierzulande weitgehend in BetrVG und den PersVG geregelt sind.⁷⁶ Soweit man aber KI z.B.

67 Vgl. LAG München 17.09.1987 – 6 TaBV 4/87 – CR 1988, 562, 564.

68 HWK/Hohenstatt/Dzida, 11. Aufl. 2024, § 118 BetrVG Rn. 21 m.w.N.

69 BAG 20.11.1990 – 1 ABR 87/89 – NJW 1991, 2165, 2167.

70 LAG München 17.09.1987 – 6 TaBV 4/87 – CR 1988, 562, 564; ErfK/Kania, § 118 BetrVG Rn. 23.

71 Ausführlich: BAG 20.11.1990 – 1 ABR 87/89 – NJW 1991, 2165, 2167.

72 Dort lediglich enge Ausnahmen in personellen Angelegenheiten (§ 78 Abs. 2 BPersVG).

73 Vgl. BVerwG 18.03.1981 – 6 P 27/79 – NJW 1982, 666 f.; VGH München, 08.02.2010 – 17 P 09.144 – BeckRS 2010, 9964 Rn. 69; Germelmann, Der Tendenzschutz als Grenze der Mitbestimmung in kulturellen Einrichtungen, PersV 2014, 4, 8.

74 BVerwG 30.08.1985 – 6 P 20/83 – NJW 1986, 1360, 1364 f.; vgl. dazu auch Löwisch/Kaiser, Tendenzschutz in öffentlich-rechtlich geführten Bühnenunternehmen, 1996, S. 66.

75 Im Ergebnis auch: Frank/Heine, Arbeitsrechtliche Dimension der KI-Verordnung, NZA 2024, 433, 437.

76 Dazu schon unter I.3.b).

nach § 80 Abs. 1 Nr. 20 oder § 87 Abs. 3 BPersVG nicht als *grundlegend* neue Arbeitsverfahren betrachten will,⁷⁷ könnte Art. 26 Abs. 7 Satz 1 KI-VO sogar selbständig greifen.

2. Eigenständige Bedeutung im Wissenschaftsbetrieb?

Daneben könnte ausgerechnet im Wissenschaftsbetrieb, in dem der Tendenzschutz aus § 118 Abs. 1 BetrVG ausnahmsweise sogar Unterrichtsrechte des Betriebsrats *aus dem BetrVG* suspendieren kann,⁷⁸ Art. 26 Abs. 7 Satz 1 KI-VO plötzlich eigenständige kollektivrechtliche Bedeutung entfalten. Hier könnte sich künftig die Frage stellen, inwieweit die auf Grundrechtsschutz ausgerichtete KI-VO den grundrechtsdienenden Tendenzschutz verdrängt. *Prima facie* wird die KI-VO als unmittelbar geltendes Unionsrecht Anwendungsvorrang gegenüber dem BetrVG genießen. Mit Blick auf den europäischen Grundrechtsschutz wäre jedoch nicht ausgeschlossen, dass die in Art. 13 GrCH unional verbrieftete Forschungsfreiheit in § 118 Abs. 1 BetrVG hineinstraht.⁷⁹

3. Regelungssperren durch die KI-VO?

Augenmerk verdient künftig die Frage, inwiefern die KI-VO Regelungssperren⁸⁰ für die Betriebsparteien insbesondere bei technischer Überwachung auslösen kann. Zwar enthält die Verordnung keine abschließenden Bestimmungen zur Einführung und Anwendung von Künstlicher Intelligenz. Doch könnte z.B. Art. 26 Abs. 6 KI-VO „Alt“-Regelungen zu Speicherfristen, die in letzter Zeit oder bis 2026 in Betriebs- oder Dienstvereinbarungen getroffen wurden, wegen des Gesetzesvorrangs ab 2026 obsolet machen. Die Betriebspartner sollten die KI-VO deshalb schon heute bei Mitbestimmungsverfahren im Blick haben.

VII. Einführung von ChatGPT an der Universität Hamburg (UHHGPT)

Die Universität Hamburg (UHH) öffnete im April 2024 für alle Mitarbeiter den Zugang zu „UHHGPT“, einem auf ChatGPT basierenden KI-System. Der Zugang

erfolgt über ein Webtool, das eigens für die Universität Hamburg angepasst wurde. Die Universität verspricht, dass jedes Hochschulmitglied die Anwendung nutzen könne, „ohne dass personenbezogene Daten an ChatGPT übertragen oder gespeichert werden. Auch werden die eingegebenen Informationen nicht für die weitere Entwicklung des Chatbots verwendet.“⁸¹

1. Keine Beteiligung des Personalrats

Der Personalrat wurde bei der Einführung des KI-Tools nach Auskunft der Universität nicht beteiligt; es wurde namentlich keine Dienstvereinbarung abgeschlossen. Durch die Nutzung von UHHGPT sei es „nicht möglich, Verhalten oder Leistung von Angehörigen des öffentlichen Dienstes zu überwachen. Ein Mitbestimmungsrecht gem. § 88 Abs. 1 Nr. 32 HmbPersVG oder andere Mitbestimmungsbestimmungsrechte bestehen daher nicht.“⁸²

Zum technischen Hintergrund erläuterte die Universität, die Nutzung von UHHGPT erfolge über ein zentrales Nutzerkonto der UHH, die Einrichtung persönlicher Nutzerkonten bei OpenAI sei nicht erforderlich. Die Daten der Nutzer würden nicht erfasst, die Anmeldung mit der UHH-Kennung über Shibboleth erfolge nur zum Schutz des Zugangs und zur Authentifizierung. Es würden insbesondere keine Login- oder Nutzungsdaten oder die Eingaben (Prompts) gespeichert oder ausgewertet.⁸³

2. Bewertung

Gemäß dieser Informationen dürfte ein Fall des § 88 Abs. 1 Nr. 32 HmbPersVG, nach dem der Personalrat mitzubestimmen hat bei „Einführung und Anwendung von technischen Einrichtungen, die das Überwachen des Verhaltens oder der Leistung von Angehörigen des öffentlichen Dienstes ermöglichen“, nicht vorliegen.

Wie in dem Verfahren des ArbG Hamburg verfügen auch UHH-Mitarbeiter über keine vom Arbeitgeber zugewiesenen ChatGPT-Accounts. Auch sonst werden Verhaltensdaten der Beschäftigten nicht erfasst. Anders als im Fall des ArbG Hamburg, bei dem die Arbeitnehmer durch die Verwendung privater Accounts zumindest

77 Auch dazu unter I.3.b.bb).

78 Dazu Richardi/Forst, § 118 BetrVG Rn. 110.

79 Vgl. dazu auch GK-BetrVG/Weber, § 118 BetrVG Rn. 34 ff.

80 § 87 BetrVG, § 80 BPersVG jeweils Abs. 1 Eingangshalbsatz.

81 Universität Hamburg, Pressemitteilung 22/24 vom 09.04.2024, abrufbar unter <https://www.uni-hamburg.de/newsroom/pres->

[se/2024/pm22/pm-22-24.pdf](https://www.uni-hamburg.de/newsroom/pres-).

82 E-Mail des Fachverantwortlichen von UHHGPT vom 24.05.2024 an den Verfasser.

83 E-Mail des Fachverantwortlichen von UHHGPT vom 24.05.2024 an den Verfasser.

OpenAI gegenüber Verhaltensinformationen offenbaren mussten (ohne Zugriffsmöglichkeit für den Arbeitgeber), sollen bei Verwendung von UHHGPT nicht einmal an den KI-Hersteller personenbezogene Daten übertragen werden. Da UHHGPT nach Angaben der Hochschule damit einen gänzlich anonymisierten Nutzungsvorgang gewährleistet,⁸⁴ dürfte es tatsächlich mitbestimmungsfrei nach Nr. 32 sein.⁸⁵

Zwar könnte durch die Anmeldung via Shibboleth das Anmeldeverhalten der Beschäftigten grds. kontrollierbar gemacht werden,⁸⁶ doch dürfte es sich dabei, genauso wie bei dem zum Aufruf des KI-Tools notwendigen Webbrowser, um eine eigenständige mitbestimmungspflichtige technische Einrichtung handeln.⁸⁷ In diesem Zusammenhang ist zudem die Entscheidung des BVerwG zu § 88 Abs. 1 Nr. 32 HmbPersVG in Erinnerung zu rufen, wonach der Maßstab der abstrakten Überwachungseignung einer Korrektur anhand der Sichtweise eines vernünftigen Betrachters bedarf, der nach den objektiv feststehenden und erkennbaren Bedingungen für den konkreten Einsatz der Anlage Anlass zur Befürchtung einer Überwachung haben muss (Stichwort: „hinreichende Wahrscheinlichkeit“).⁸⁸

Die Ausgestaltung als nicht verpflichtende, sondern freiwillige Nutzung von UHHGPT löst auch kein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 HmbPersVG aus (Ordnung in der Dienststelle).⁸⁹

Dass UHHGPT als gänzlich mitbestimmungsfrei anzusehen wäre, ist damit indes nicht gesagt. Hier wären die folgenden, zum Teil schon eingehender behandelten Mitbestimmungsrechte, zumindest zu prüfen: § 87 Abs. 1 Nr. 14 HmbPersVG (Gesundheitsschutzmaßnahmen),⁹⁰ § 88 Abs. 1 Nr. 31 HmbPersVG (grundlegend neue Arbeitsmethoden)⁹¹ sowie Nr. 33 HmbPersVG (Hebung der Arbeitsleistung und Erleichterung des Arbeitsablaufs).⁹² Einen Ausschluss von Mitbestimmungsrechten wegen Tendenzschutz wie in § 118 BetrVG kennt das HmbPersVG nicht.

3. Einführung von DeepL mit Zustimmung des Personalrats

Bei der Implementierung des Übersetzungstools DeepL sah die UHH übrigens ein Mitbestimmungsrecht gegeben, da es aus technischen Gründen erforderlich war, dass Nutzer ein personalisiertes Konto bei DeepL haben. Dementsprechend holte die Hochschule vor Einführung die Zustimmung des Personalrats ein.⁹³

An privaten Einrichtungen dürfte die Implementierung von DeepL zumindest keinen KI-spezifischen Tatbestand erfüllen (insbesondere kein Recht auf einen KI-Sachverständigen gem. § 80 Abs. 3 Satz 1 BetrVG), da DeepL nach herrschender Lesart schon nicht unter den KI-Begriff fällt. Die Ausgabe des Übersetzungsprogramms ist „vollständig vorsehbar“.⁹⁴

VIII. Fazit

Die Untersuchung zeigt, dass trotz zum Teil unterschiedlicher Ausgangslagen in BetrVG und den PersVG in allen Regimen Arbeitnehmervertretungen in ähnlichem Umfang zu beteiligen sind.

Die Einführung von KI-Systemen ist auch im Hochschul- und Wissenschaftsbereich nicht *per se* mitbestimmungspflichtig. Insbesondere die Überwachungsbestimmung von generativen KI-Systemen kann durch entsprechende technische oder organisatorische Ausgestaltung ausgeschlossen werden. Mit steigenden Fähigkeiten und Einsatzmöglichkeiten von KI-Systemen ist zu erwarten, dass sich die Mitbestimmung künftig eher in den Bereich der Gesundheitsschutzmaßnahmen verlagert. Aufgrund des Tendenzschutzes ist die Einführung von Künstlicher Intelligenz an privaten Forschungseinrichtungen in weitem Maße ohne Mitbestimmung durch den Betriebsrat möglich.

Ein Unterschied zwischen BetrVG und BPersVG besteht bei der Hinzuziehung externer KI-Sachverständigen.

84 Kritisch insoweit die Einschätzung von Gärtner, ChatGPT in der Wissenschaft – Pilotprojekt an der Uni Hamburg, 17.04.2024, <https://www.dr-datenschutz.de/chatgpt-in-der-wissenschaft-pilotprojekt-an-der-uni-hamburg/>. In der Stellungnahme der UHH wird die von Gärtner als bedenklich eingeschätzte Übermittlung von Prompts an OpenAI indes bestritten (<https://www.dr-datenschutz.de/wp-content/uploads/2024/05/Stellungnahme-UHH.pdf>).

85 Vgl. dazu ErfK/Kania, § 87 BetrVG Rn. 53 m.w.N.

86 Ilbertz/Widmaier, Bundespersonalvertretungsgesetz, 15. Aufl. 2022, § 80 BPersVG Rn. 221.

87 Vgl. auch dazu ArbG Hamburg 16.01.2024 – 24 BVGa 1/24 – NZA-RR 2024, 137 Rn. 28.

88 BVerwG 04.05.2023 – 5 P 2.22 – NZA-RR 2023, 612 Rn. 13.

89 Dazu unter III.3.c). A.A. Wedde, Künstliche Intelligenz – neu im Personalrat?, ZfPR 2023, 126, 128.

90 Dazu unter III.3.d).

91 Dazu unter I.3.b.bb).

92 Dazu unter II. Das Mitbestimmungsrecht verneint Bünnemann, ChatGPT und andere KI-Tools und deren betriebsverfassungssowie personalvertretungsrechtliche Einordnung, PersV 2024, 244, 248.

93 E-Mail des Fachverantwortlichen von UHHGPT vom 24.05.2024 an den Verfasser.

94 Frank/Heine, Künstliche Intelligenz im Betriebsverfassungsrecht, NZA 2021, 1448, 1452.

diger, wodurch allerdings kein Informationsdefizit bei Personalräten zu befürchten steht.

Die KI-VO wird eigenständige kollektivrechtliche Bedeutung, wenn überhaupt, eher für Personalräte als für Betriebsräte entfalten, im Anwendungsbereich des BetrVG könnte sie aber in Forschungsbetrieben relevant werden.

Andreas Zöllner ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter der Helmut-Schmidt-Universität/Universität der Bundeswehr Hamburg an der Professur für Bürgerliches Recht, Handels-, Wirtschafts- und Arbeitsrecht (Prof. Dr. Hans Hanau) sowie Rechtsanwalt in Hamburg.

