

# Rödl & Partner

DIE STEUERUNG DES ARBEITNEHMERVERHALTENS IM MODERNEN  
ARBEITSVERHÄLTNIS

DANIEL WASSER, LL.M.

SONDERBERG, DEN 3. MAI 2024

# AGENDA

I	KI als Haftungsrisiko der Geschäftsleitung
II	”Verhaltenssteuerung” als Bestandteil einer Compliance Organisation
III	Möglichkeiten moderner Verhaltenssteuerung
IV	Codes of Conduct als adäquates Mittel zur Regulierung von KI?
V	Implementierung von KI-Richtlinien / Codes of Conduct

# I. KI ALS HAFTUNGSRISIKO DER GESCHÄFTSLEITUNG

Primär:

- Rechtswidrige Nutzung von KI-Systemen
- Rechtswidrige Datenverarbeitung

Gesetzesverstöße/  
Bußgelder /  
Sanktionen (z.B.  
Art. 99, 101 KI-VO  
/ Art. 83 DSGVO)

Verstöße gg  
Sorgfaltspflichten  
(§ 43 GmbHG / §  
93 AktG)

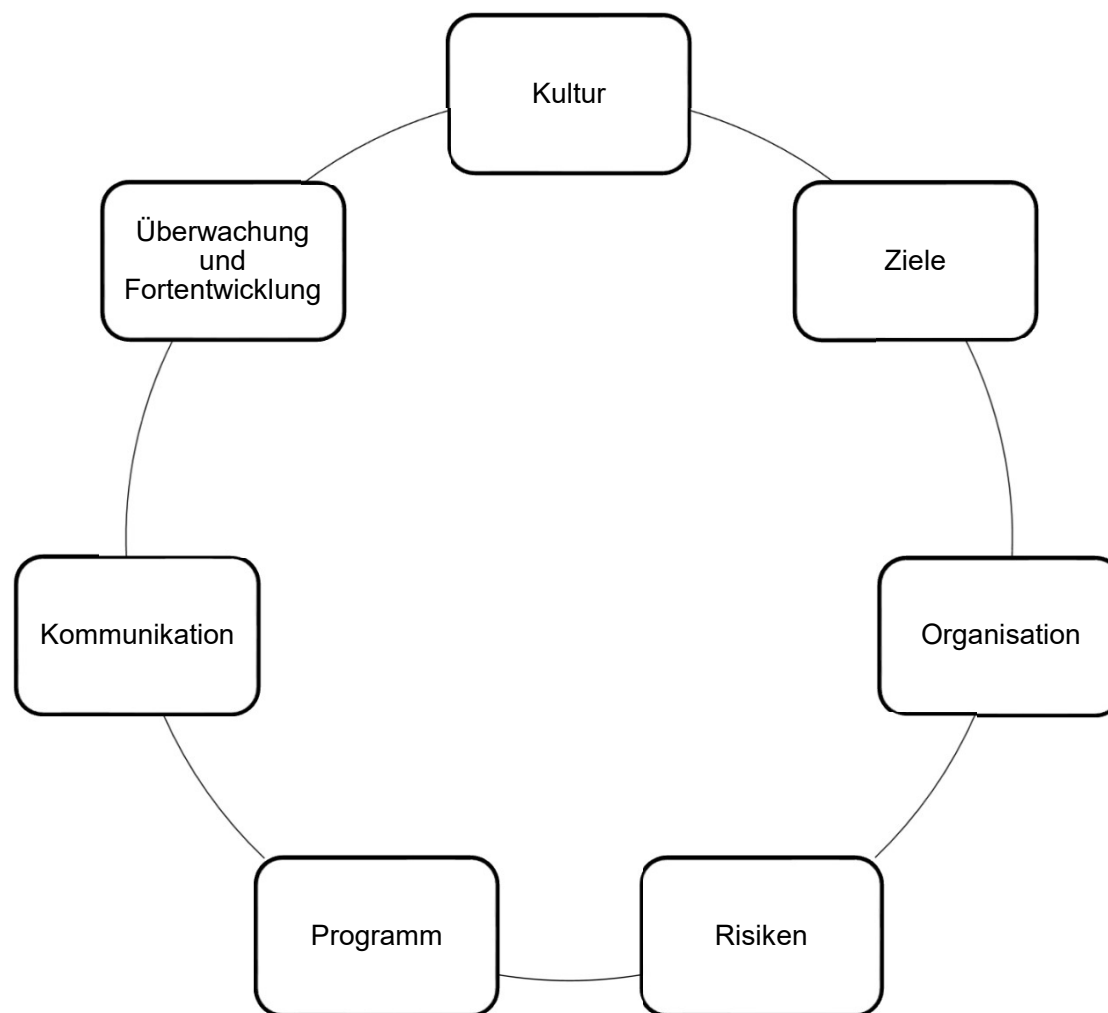
- Pflicht, rechtswidriges Verhalten auch durch organisatorische Vorkehrungen zu verhindern (Legalitätskontrollpflicht)

- Eigene Regeltreue und Sorge für regelkonformes Verhalten (Legalitätspflicht)

Schadensersatz  
(Art. 82 Abs. 1  
DSGVO)

Individuelle  
Haftung (Art. 82  
Abs. 2 DSGVO  
Art. 100 KI-VO)

## II. "VERHALTENSTEUERUNG" ALS BESTANDTEIL EINER COMPLIANCE ORGANISATION



# III. MÖGLICHKEITEN MODERNER VERHALTENSSTEUERUNG

Intelligente Systeme im Arbeitsverhältnis:

## Algorithmisches Management

**Besuchskontrollsysteme**

Nudging /  
Arbeitsanweisungen  
durch KI

Automatisierte  
Aufgabenverteilung

Produktivitätstracking

Personaleinsatzplanung

# III. MÖGLICHKEITEN MODERNER VERHALTENSTEUERUNG

## Anforderungen an intelligente Systeme im Kontext der Verhaltenssteuerung:



Anforderungen der DSGVO / KI-VO

Verbot der Diskriminierung (AGG)

### Mitbestimmung

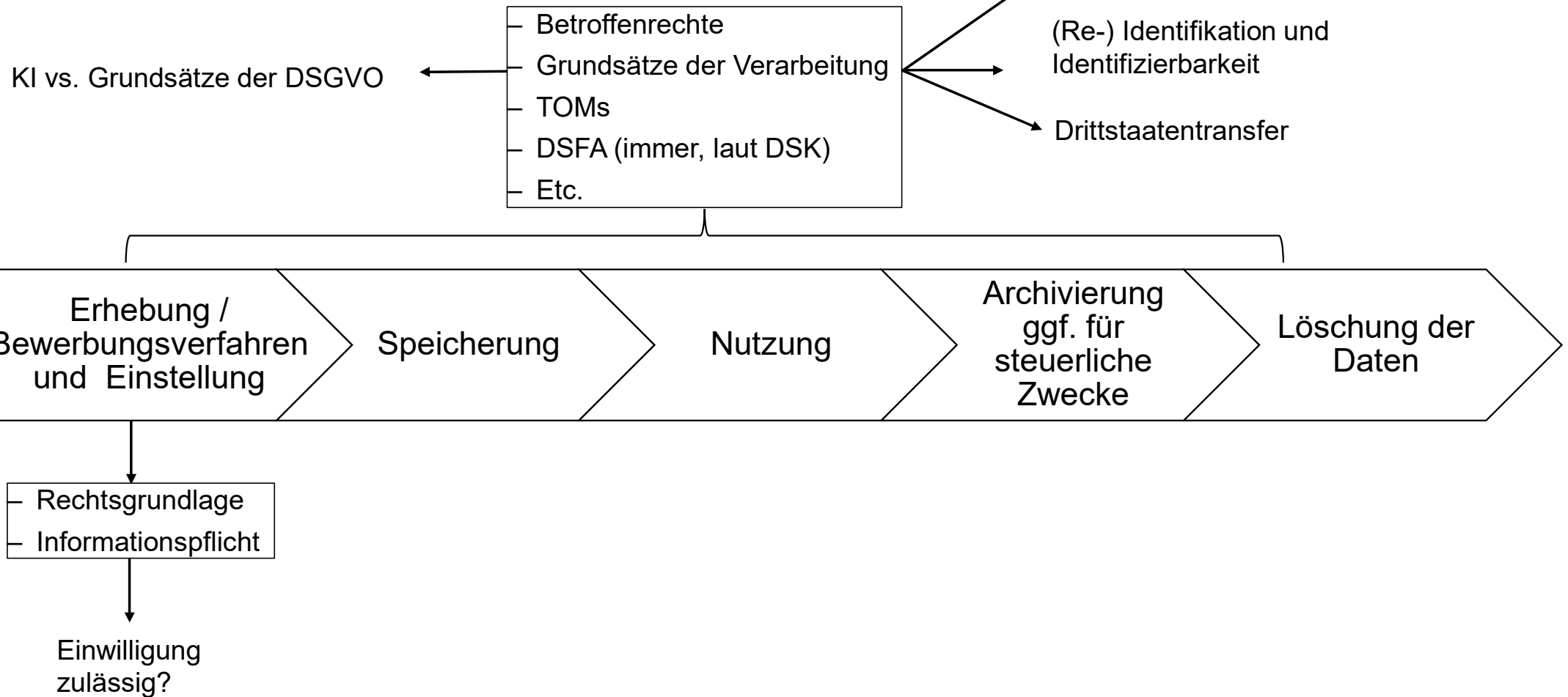
- Unterrichtung gemäß 80 BetrVG
- Mitbestimmung gemäß 87 Abs. 1 Nr. 1 und 6 BetrVG
- Unterrichtungs- und Beratungsrecht gemäß § 90 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2 BetrVG

### Wirksame arbeitsrechtliche Implementierung

- Direktionsrecht
- Betriebsvereinbarung

# III. MÖGLICHKEITEN MODERNER VERHALTENSSTEUERUNG

## „Lebenszyklus“ der Daten in der Personalakte:



# III. MÖGLICHKEITEN MODERNER VERHALTENSSTEUERUNG

## Zulässigkeit intelligenter Verhaltenssteuerung:

- **Beurteilungsmaßstab** für Arbeitsrecht / Datenschutzrecht: **Abwägung**
- **Problem:** Intelligente Systeme erfordern regelmäßig sowohl eine **Total-** als auch **Echtzeitüberwachung**
  - Grundsatz: Totalüberwachung **unzulässig** (BAG, 27.07.2017 – 2 AZR 681/16 (Keylogger)).
  - Sachverwertungsverbot, wenngleich automatisierte Auswertung an sich nicht beanstandet.
  - Möglich z.B. (stichprobenartige) Kontrolle der verbotenen Privatnutzung dienstlicher Hardware
- **ABER:** Datenverarbeitungen zum Zwecke der Sicherstellung der Effizienz der Betriebsprozesse zulässig (VG Hannover vom 9.2.2023 (10 A 6199/20)).
- Permanenter Überwachungs- und Anpassungsdrucks sei nicht erkennbar, da keine Gehaltskürzung folgte und Datenverarbeitung transparent erfolgte.
- Einzelfallentscheidung?! = Abwägung zw. Interessen des AG an Aufklärung und Geheimhaltungsinteresse



# III. MÖGLICHKEITEN MODERNER VERHALTENSSTEUERUNG

## Moderne Alternativen zur intelligenten Verhaltenssteuerung:

- **Ziel** = Gewährung erhöhter Flexibilität
- **Vertrauensurlaub** (unlimited paid time off (unlimited PTO)): Das Konzept sieht vor, dass Arbeitnehmer im Ergebnis – in Deutschland unter Berücksichtigung des Bundesurlaubsgesetzes (BurlG) – so viel Urlaub nehmen können, wie sie möchten. Hierdurch soll ebenfalls die Motivation gesteigert werden.
- **Null-Stunden-Verträge**: Arbeitgeber und Arbeitnehmer schließen eine Rahmenvereinbarung über eine konkrete Arbeitsleistung, ohne dass eine Pflicht zur Erbringung der Arbeit final definiert wird. Wie viel der Arbeitnehmer also tatsächlich arbeitet, hängt von einer weiteren Vereinbarung ab. Aber, Gefahr einer unzulässigen Befristung besteht.
- **Vertrauensarbeitszeit**: AN führen selbst ein „Stundenkontokorrent“, **Aber**: Pflicht zur Erfassung der Arbeitszeit entfällt nicht.
- **Arbeitszeitfreiheit**: Es werden Ziele vereinbart, die in einer bestimmten Zeitspanne erledigt werden müssen. Diese müssen allerdings so bemessen sein, dass sie in der vertraglichen bzw. in der betriebsüblichen Arbeitszeit im Rahmen der gesetzlichen und tariflichen Grenzen erledigt werden können. Überstunden kann es nicht geben. Andererseits hat der AG auch keinen Nacharbeitsanspruch, wenn der AN sein Ziel in der Hälfte der Arbeitszeit erreicht.
- Alternative: **Klassische** Steuerung des Arbeitnehmersverhaltens durch Statuieren von Pflichten (§ 106 GewO / BV)

# IV. CODES OF CONDUCT ALS ADÄQUATES MITTEL ZUR REGULIERUNG VON KI?

Code of Conduct innerhalb des Unternehmens:



Code of Conduct

Allgemein: Regelwerke, welche das Selbstverständnis und gewünschte Verhalten im und seitens des Unternehmens beinhalten (so z.B. Kramer/SchulzeZumkley, § 2 Rn 1046.).

Verhaltensanweisungen /  
Policies zu...

Arbeitszeit (ArbZG)

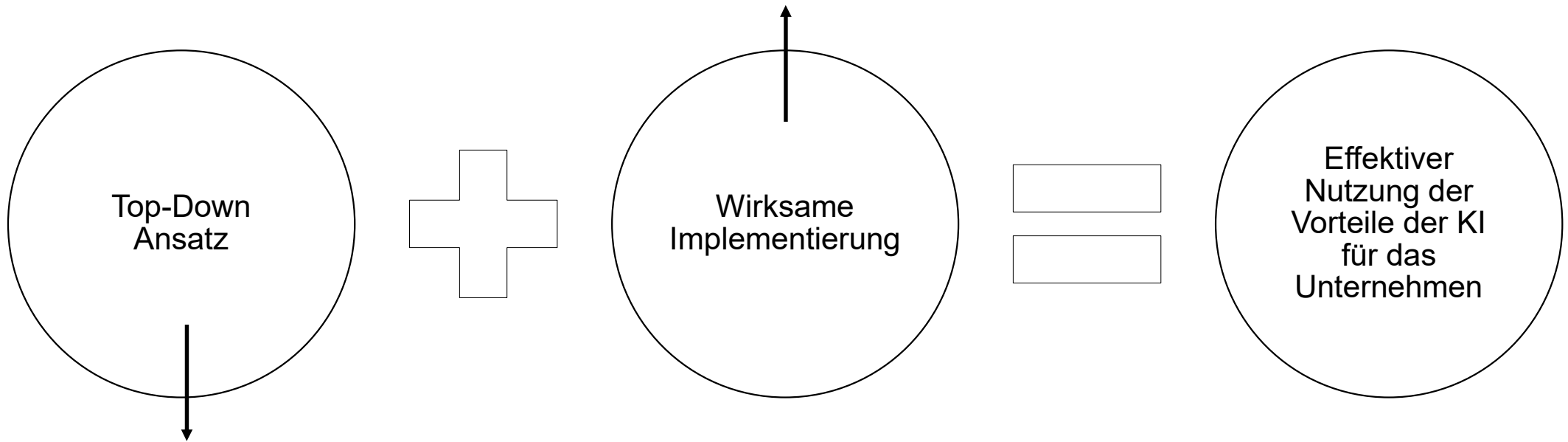
IT-Sicherheit

Arbeitnehmerüberlassung  
(AÜG)

# IV. CODES OF CONDUCT ALS ADÄQUATES MITTEL ZUR REGULIERUNG VON KI?

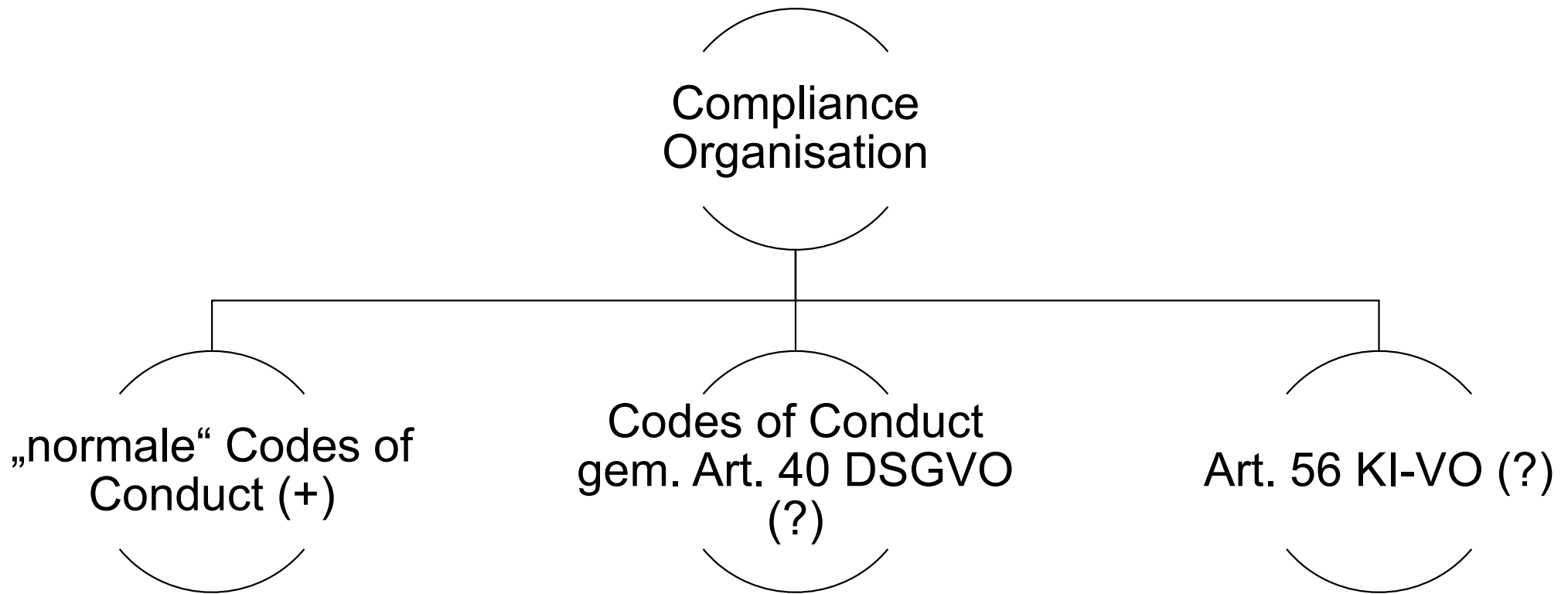
## Vorteil einer Implementierung von KI-Normen im Wege eines Code of Conduct:

- Effektive Durchsetzung des KI-Konzepts
- Sanktionierung von Verstößen

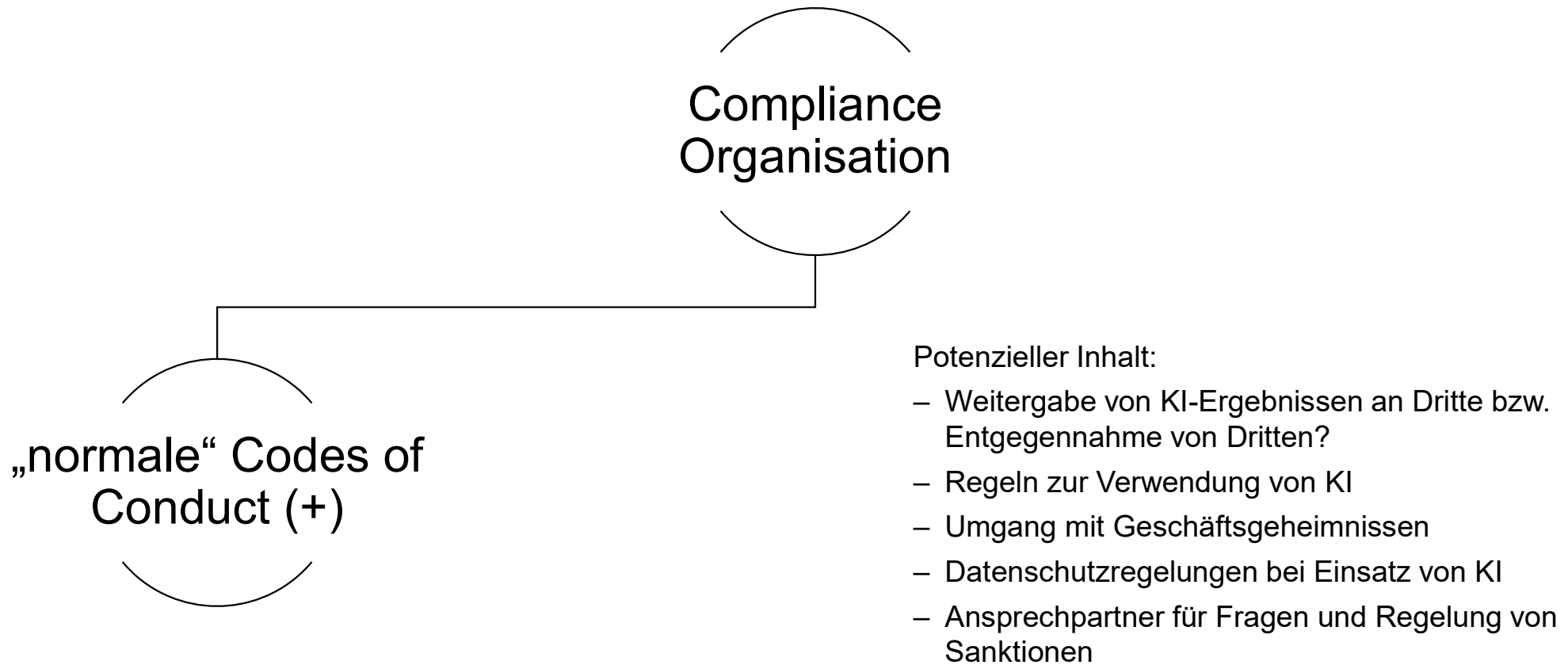


- Von der Geschäftsleitung definiertes KI-Konzept
- Assimilieren der Unternehmensstrategie an KI-Vorgaben
- Verbindliche Delegation etwaiger Pflichten in Arbeitsverhältnisse

# IV. CODES OF CONDUCT ALS ADÄQUATES MITTEL ZUR REGULIERUNG VON KI?

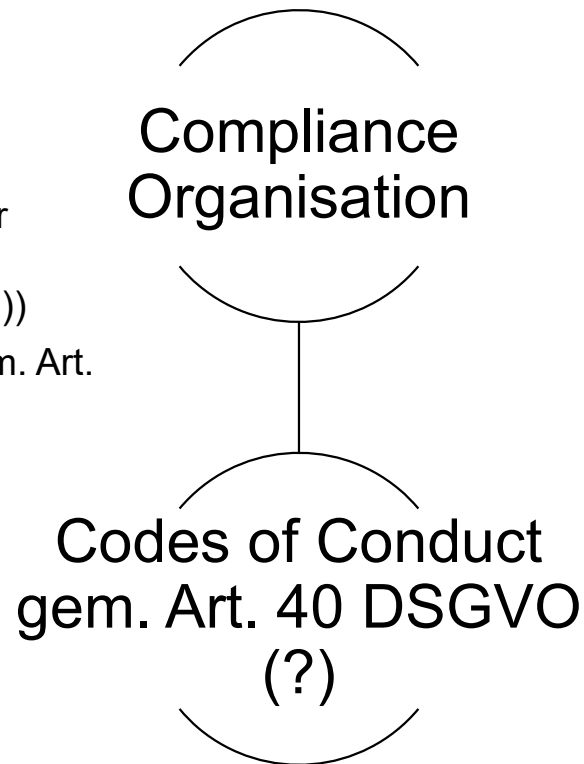


# IV. CODES OF CONDUCT ALS ADÄQUATES MITTEL ZUR REGULIERUNG VON KI?



# IV. CODES OF CONDUCT ALS ADÄQUATES MITTEL ZUR REGULIERUNG VON KI?

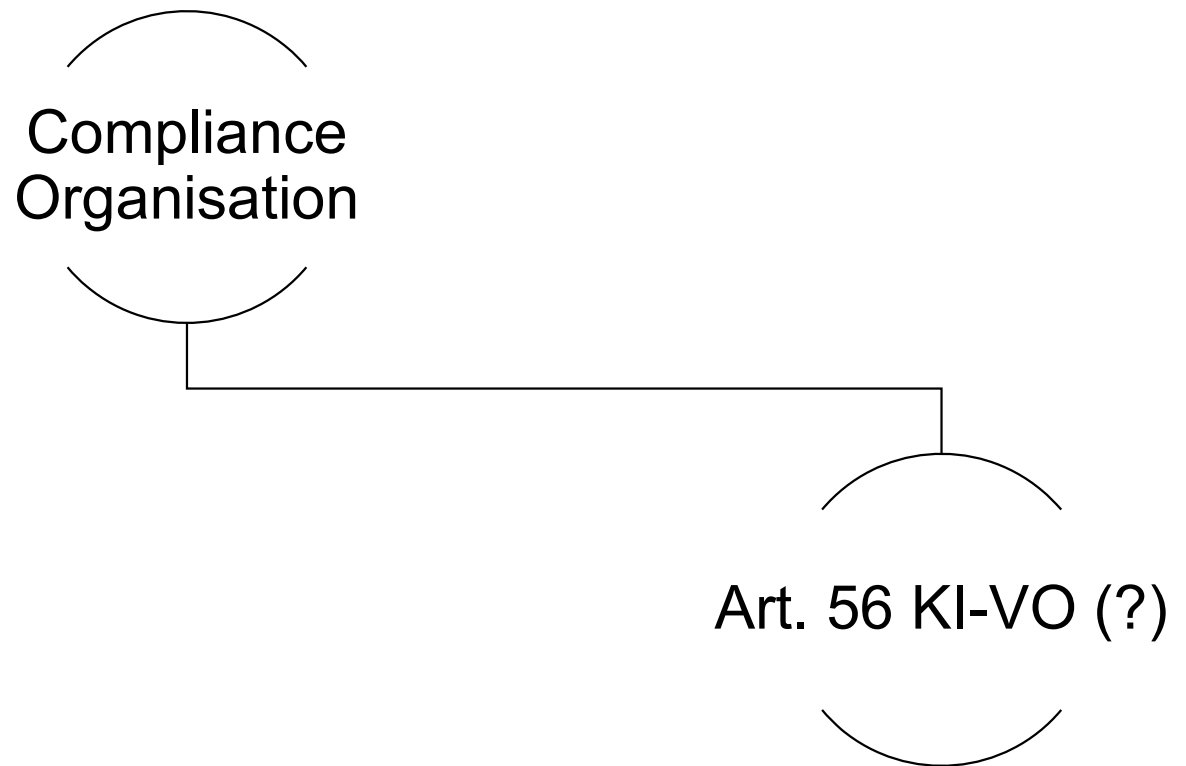
- Arbeitgeber als „Vereinigung“ (wohl nur Unternehmensgruppen (Art. 4 Nr. 19 DSGVO) / Konzerne (§ 18 Abs. 1 AktG))
- Zielrichtung von Codes of Conduct gem. Art. 40 DSGVO identisch?
- Widerstreitende Zielrichtungen von Compliance und Datenschutz



- Zielrichtung von Codes of Conduct gem. Art. 40 DSGVO identisch?
- Compliance auch mit DSGVO zwingend
- „Rulebook“ für Datenverarbeitung spricht im Wortlaut für vergleichbares Ziel
- Zertifizierung nicht obligatorisch
- Vergleichbarkeit von CMS/DMS

# IV. CODES OF CONDUCT ALS ADÄQUATES MITTEL ZUR REGULIERUNG VON KI?

?



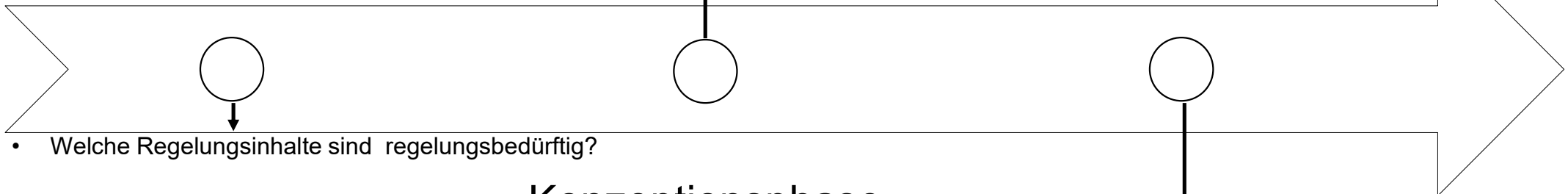
# V. IMPLEMENTIERUNG VON KI-RICHTLINIEN / CODES OF CONDUCT

## Der Implementierungsprozess:

- Was genau versteht man unter KI-Verhaltensrichtlinien?
- Wie werden diese im Arbeitsverhältnis relevant?
- Welche Folgen sollen Verstöße haben?

Bedarfsanalyse

Implementierung



- Welche Regelungsinhalte sind regelungsbedürftig?

Konzeptionsphase

**ACHTUNG:** Bereits hier ist **zwingend** die Expertise der Fachabteilungen einzuholen. Die Qualität des Code of Conduct steigt um ein vielfaches, wenn die jeweiligen Spezialisten einbezogen werden.



# V. IMPLEMENTIERUNG VON KI-RICHTLINIEN / CODES OF CONDUCT

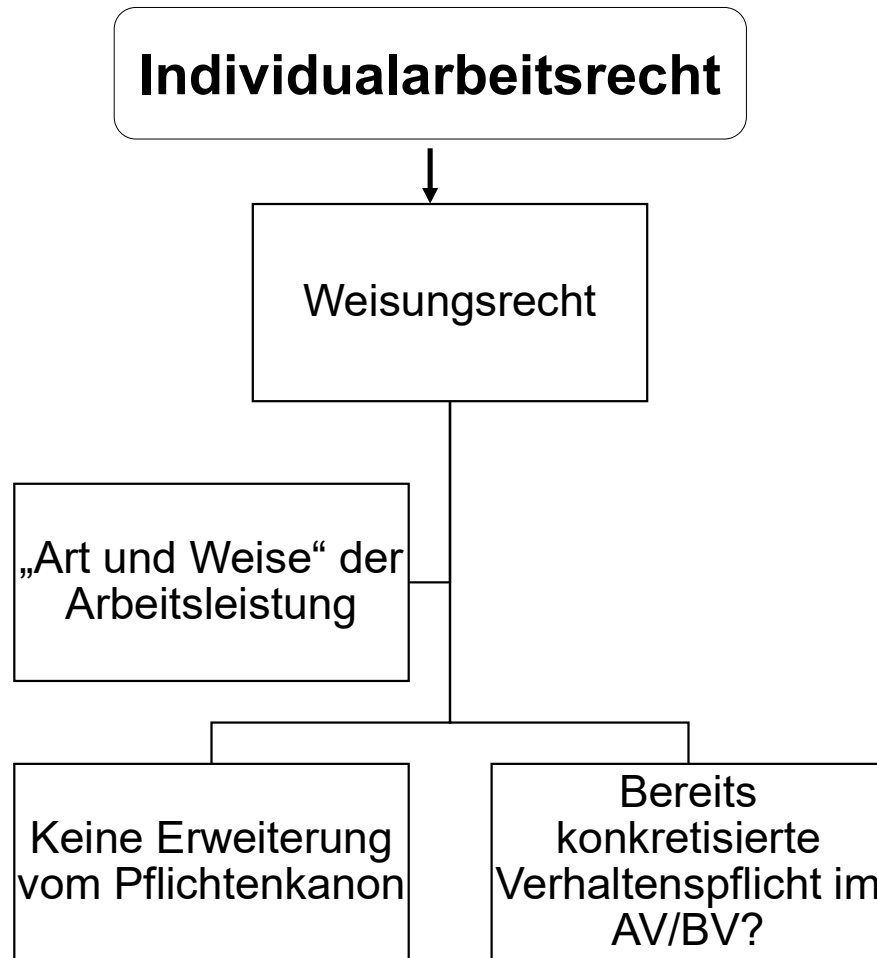
## Individualarbeitsrecht

### Weisungsrecht / Direktionsrecht

Das Weisungsrecht des Arbeitgebers (AG) ist das am häufigsten gewählte Mittel zur Implementierung des CoC in ein Arbeitsverhältnis. Es ist in **§ 106 GewO** normiert und gibt dem AG die Möglichkeit Inhalt, Ort und Zeit der Arbeitsleistung nach **billigem Ermessen** zu bestimmen, soweit diese Arbeitsbedingungen nicht bereits anderweitig festgelegt sind. Im Ergebnis findet eine **Interessenabwägung** statt (Billigkeitskontrolle, § 106 S. 1, 2 GewO).

Grenzen z.B.: Regelungen in Gesetzen, Tarifverträgen oder Betriebsvereinbarungen, Gleichbehandlungsgebot, etc.

# V. IMPLEMENTIERUNG VON KI-RICHTLINIEN / CODES OF CONDUCT



# V. IMPLEMENTIERUNG VON KI-RICHTLINIEN / CODES OF CONDUCT

## Individualarbeitsrecht

### Bezugnahmeklausel

Implementierung mittels **statischer oder dynamischer Bezugnahmeklausel** im Arbeitsvertrag möglich.

- **Statische Bezugnahme:** Bezug ausschließlich auf bestimmte Fassung (Nachteil: notwendige Anpassung der Arbeitsverträge bei Änderung des CoC)
- **Dynamische Bezugnahme:** auch eine zukünftige Fassung des CoC verbindlich in den Arbeitsvertrag eingeführt werden. Dies ist wichtig da ein CoC stets die aktuelle Gesetzeslage, insb. im Hinblick auf die CSR-Regelungen abbilden sollte.
- **Achtung:** Bezugnahme ausschließlich in Neuverträgen genügt nicht.

# V. IMPLEMENTIERUNG VON KI-RICHTLINIEN / CODES OF CONDUCT

**Individualarbeitsrecht**



**Arbeitsvertragliche  
Bezugnahme**



Dynamische Bezugnahme:

- **Problem:** Bezugnahme auf "jeweilige" Fassung eines einseitig vorgegebenen Regelwerks unwirksam (BAG, Urteil vom 11. Februar 2009 – 10 AZR 222/08). Also auch bezüglich Code of Conduct?
- **Lösungen:**
  - Individualvertragliche Vereinbarung hinsichtlich eines jeden Regelwerkes (z.B. im Rahmen eines Nachtrages zum AV)
  - Benennung „triftiger Gründe“ als Voraussetzung künftiger Modifikationen (so die Literatur)

# V. IMPLEMENTIERUNG VON KI-RICHTLINIEN / CODES OF CONDUCT

## Kollektivarbeitsrecht

### Betriebsvereinbarung

- **Vorteile:**
  - Wahrung der Mitbestimmungsrechte; praxistauglich (sofern korrekt erstellt)
  - Gilt gemäß § 5 BetrVG unmittelbar für AN.
- **Nachteile:**
  - Änderungen ausschließlich konsensual mit Betriebsrat.
  - Günstigere Individualvereinbarungen werden nicht verdrängt

### Tarifvertrag

- Atypisch und in der Praxis kein adäquates Mittel zur Implementierung des CoC.
- **Gründe:** Fokus auf Unternehmen im Kontext von Compliance-Regelungen.

# V. IMPLEMENTIERUNG VON KI-RICHTLINIEN / CODES OF CONDUCT

## Unterrichtungs- und Beratungsrechte

bereits im Planungsstadium der KI-Einführung (§ 90 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG)

## Zustimmungsrecht

KI-Einsatz bei der Aufstellung von personellen Auswahlrichtlinien (§ 95 Abs. 2a BetrVG)

! Verbot automatisierter Einzelfallentscheidungen nach Art. 22 DS-GVO !

## Mitbestimmungsrechte (§ 87 Abs. 1 BetrVG)

- Regelungen zum Ordnungsverhalten (Nr. 1)

Hinzuzuziehen von **Sachverständigen** bei der Einführung von KI → Erforderlichkeit vermutet (§ 80 Abs. 3 S. 2 BetrVG)



# Daniel Wasser, LL.M.

Associate, Rechtsanwalt, Zertifizierter Datenschutzbeauftragter (TÜV)



T +49 911 9193 1581  
Daniel.wasser@roedl.com

<p><b>Expertise und Branchen</b></p> <p><b>EXPERTISE</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Implementierung und Anpassung von Codes of Conduct &amp; Verhaltensrichtlinien</li> <li>- Begleitung betrieblicher Digitalisierung &amp; Einsatz von Künstlicher Intelligenz im Arbeitsverhältnis</li> <li>- Arbeitsrechtliche Gestaltung von Re- und Umstrukturierungsmaßnahmen</li> <li>- Beratung von Geschäftsführern und Vorständen</li> <li>- Beschäftigtendatenschutz</li> </ul>	<p><b>Publikationen (Auszug):</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- <i>Daniel Wasser/ Vagelis Papakonstantinou</i>, "Codes of Conduct in German Employment Relationships – A Measure to Adequately Implementing Compliance and Data Protection?" (European Business Law Review, Volume 34, Issue 2)</li> <li>- <i>Daniel Wasser/ Nardin Maarouf-Wasser/ Vagelis Papakonstantinou</i>, "Dismissing data protection officers in Germany – a matter of good cause and major difficulties for employers!" (Editorial Opinion, EU Law Live)</li> <li>- <i>Thomas Lausenmeyer/ Daniel Wasser</i>, Verfall von Urlaubsansprüchen – Die Rechtsprechung als Reformator des Urlaubsrechts (AuA 2023, 8)</li> <li>- <i>Daniel Wasser/ Vagelis Papakonstantinou</i>, Whistleblowing Directive not yet transposed – obligation to implement whistleblowing or 'so what about it?' (Weekend Edition 105, 2022, EU Law Live)</li> </ul>	<p><b>Fach- und Gremienarbeit</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Dozent am Kölner Standort der IU – Internationale Hochschule mit Schwerpunkt besonderes Wirtschaftsrecht / Arbeitsrecht</li> <li>- Ph.D. Researcher an der Vrijen Universiteit Brussel (VUB)</li> <li>- Div. Vortragstätigkeit</li> </ul>
<p><b>BRANCHEN</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Alle Branchen</li> </ul>		
<p><b>Qualifikationen und Funktionen</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Rechtsanwalt</li> <li>- Zertifizierter Datenschutzbeauftragter (TÜV)</li> </ul>		<p><b>Sprachen</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- Deutsch</li> <li>- Englisch</li> </ul>