

DIGITAL LEGAL ACADEMY

by TaylorWessing

In Kooperation mit



- #1 Digitalisierung – neue Gesetzesvorhaben auf EU-Ebene
 - Thanos Rammos und Prof. Dr. Louisa Specht-Riemenschneider am 4.05.2021
- #2 IT- und Digitalisierungsprojekte
 - Dr. David Klein und Dr. Hans Peter Wiesemann, BSH Hausgeräte am 11.05.2021
- #3 Urheberrecht - Neuer Korb, Rechte an Daten, Rechtsfragen künstlicher Intelligenz
 - Vladimir Yaroshevskiy, Corporate Counsel, Audible GmbH und Dr. Johanna Spiegel am 18.05.2021

#4 **Arbeitsrecht 4.0**

- Dr. Anne Förster und Adél Holdampf-Wendel, LL.M., Bitkom, Bereichsleiterin Arbeitsrecht und Arbeit 4.0 am 1.06.2021

- #5 Kartellrechtliche Fragen der Digitalisierung
 - Dr. Stefan Horn und Anna Isabel Bernhöft, Referentin der Grundsatzabteilung des Bundeskartellamt am 8.06.2021
- #6 M&A und Venture Capital
 - Dr. Elisabeth Schalk und Mischa Rürup, Founder & CEO, usercentrics am 15.06.2021
- #7 Datenschutz & CyberSec
 - Dr. Paul Voigt und Jan Grabenschröer, eBay, Head of Data Protection EU am 22.06.2021
- #8 IP-Recht und Know-How-Schutz in der Digitalisierung
 - Katharina H. Reuer und Dr. Jan Phillip Rektorschek am 29.06.2021
- #9 Legal Tech
 - Dr. Robert Bauer und Tianyu Yuan, Codefy und LEXsuperior am 6.07.2021



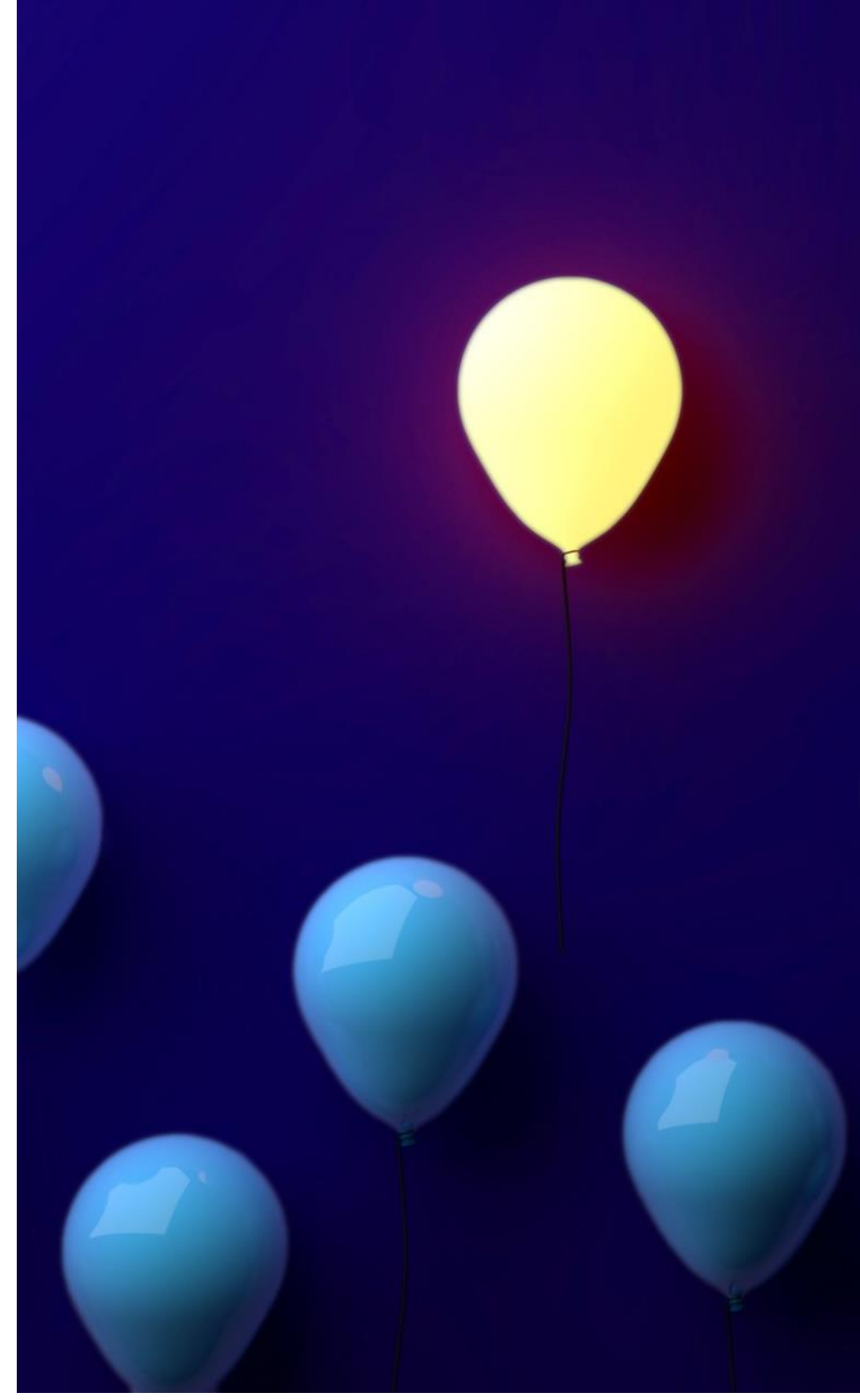
Arbeit 4.0 – Digitalisierung der Arbeitswelt

Adél Holdampf-Wendel und Dr. Anne Förster

Arbeit 4.0 – Digitalisierung der Arbeitswelt

Arbeit 4.0: Sammelbegriff für alle Aspekte rund um die Digitalisierung der Arbeitswelt:

- Flexibles Arbeiten,
- agile Projektmethoden,
- Einsatz von KI
- Crowdwork und vieles mehr...



1

Vertragliche Grundlage grundsätzlich erforderlich

Kein Rechtsanspruch auf mobiles Arbeiten – Ausnahmen geregelt in Coronaschutzverordnung (befristet bis zum 30. Juni 2021)

2

Arbeitsschutzregelungen gelten auch im Home Office/Mobile Office

Gefährdungsbeurteilung (§ 5 ArbSchG)/Unterweisung des AN (§ 12 ArbSchG)

Neu: Unfallversicherungsschutz neu eingeführt bei mobiler Arbeit

(Betriebsrätemodernisierungsgesetz – Zustimmung Bundesrat am 28.5.2021 – tritt noch in dieser Legislaturperiode in Kraft)

3

Einhaltung Vorgaben Arbeitszeitgesetz

Ⓟ Ruhenszeit

Ⓟ Vertrauensarbeitszeit

4

Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates sind zu beachten

Neu: § 87 Abs. 1 Nr. 14 BetrVG – zwingendes MBR des BR allein bzgl. Ausgestaltung mobiler Arbeit (Betriebsrätemodernisierungsgesetz)

Was planen die Parteien?

CDU/CSU:

- noch kein Wahlprogramm

FDP:

- wöchentliche statt täglicher Höchstarbeitszeit
- Erörterungsanspruch auf Homeoffice zur Förderung der Arbeitskultur

B90/Die Grünen:

- Recht auf Homeoffice kombiniert mit Schutzkriterien
- Wahlarbeitszeit zw. 30 - 40 Stunden beim flexiblem Arbeitszeitkorridor

Linke:

- Recht auf Homeoffice und Recht auf Feierabend
- Tägliche vollständige Arbeitszeiterfassung

SPD:

- Rechtsanspruch auf mobile Arbeit (mind. 24 Tage/Jahr)
- Tägliche vollständige Arbeitszeiterfassung
- Recht auf technische Ausstattung und auf Nichterreichbarkeit
- Mitbestimmungsrecht zur Einführung und bei der Ausgestaltung mobiler Arbeit

Agiles Arbeiten

- Bezeichnung für die **Methodik der Zusammenarbeit** (z.B. **Scrum, Kanban**):
 - Agile Teams erarbeiten sich in einem kreativen und innovativen Prozess ihre Aufgabenstellung selbst – und parallel sofort die Lösung. Durch die Vernetzung im Team können die kollektiven Erfahrungen bei der Entscheidungsfindung und Problemlösung genutzt werden. Dies setzt eine **enge Zusammenarbeit zwischen Auftraggeber und Auftragnehmer** voraus
 - Zumeist werden „**gemischte**“ **agile Teams** aus internen Mitarbeitern und Fremdpersonal (insbesondere IT-Freelancern) gebildet.
 - **Rechtlicher Rahmen: zumeist Werk-/Dienstvertrag**





Werden agile Arbeitsformen in Ihren Unternehmen eingesetzt?



Bitkom-Mitgliederumfrage zum Einsatz von IT-Freelancern

Umfang der Beschäftigung von (agilen) IT-Freelancern

DIGITALLEGAL
ACADEMY by TaylorWessing

For Tech

UNIVERSITÄT BONN

90%

9 von 10 Unternehmen
beschäftigen IT-Freelancer



154

Durchschnittlich 154 IT-Freelancer
pro Unternehmen werden pro Jahr
eingesetzt (min. 2 bis max. 4000)



80%

Davon 80% in agilen Teams



Arbeitnehmerüberlassung liegt vor, wenn der Arbeitgeber (Verleiher) im Rahmen seiner wirtschaftlichen Tätigkeit Arbeitnehmer (Leiharbeitnehmer) an einen Dritten (Entleiher) zur Arbeitsleistung überlässt.

Inhalt des **Dienstvertrages** ist die Erbringung einer bestimmten, von dem Unternehmer selbst zu organisierenden Dienstleistung.

Kennzeichnend für einen **Werkvertrag** ist die Verpflichtung des Unternehmers zur **Herstellung eines bestimmten Werkes**. Gegenstand des Werkvertrages kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als auch ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein.

Vertragsabgrenzung bei agilen Projekten

Bei Beauftragungen von (IT)-Dienstleistungen ist **stets** zu prüfen, ob der Dienstleister

- weisungsfrei
- auf Grundlage einer abgegrenzten, eigenständigen Leistungsbeschreibung und
- ohne Integration in die Kunden-Arbeitsorganisation tätig wird.

Es gibt keine „Bereichsausnahme“ für Beauftragungen von IT-Dienstleistungen; „**Expertenwissen**“ oder „**Dienstleistungen höherer Art**“ schließen verdeckte Arbeitnehmerüberlassung/Scheinselbstständigkeit nicht aus.



Die Nutzung agiler Methoden wird durch die rechtlichen Rahmenbedingungen gehindert

- Die Erteilung von **Weisungen** und eine **Eingliederung in die Arbeitsorganisation** des Auftraggebers können zu der **Annahme einer Scheinselbstständigkeit** (bei Freelancern) oder **verdeckten Arbeitnehmerüberlassung** (bei Arbeitnehmern von Dienstleistern) führen
- **Weisungen** stehen in agilen Teams zwar zunächst weniger im Fokus, da es keine klassischen Hierarchien gibt und Aufgaben auf Basis der Produktanforderungen vom Team eigenständig abgeleitet und formuliert werden
- Nach der Rechtsprechung rückt jedoch bei „Diensten höherer Art“ die Weisungsgebundenheit in den Hintergrund und die „**funktionsgerecht dienende Teilhabe am Arbeitsprozess**“ in den Vordergrund
- Die „klassischen“ Kriterien berücksichtigen allerdings die Sachzwänge und Besonderheiten agiler Methoden nicht. Eine enge, insbesondere räumliche, Zusammenarbeit zwischen dem eigenen und fremden Personal ist für den Erfolg agiler Projekte unerlässlich



Risiken einer fehlerhaften Vertragseinordnung

- **Arbeitsrecht:** Entstehung eines Arbeitsverhältnisses zwischen eingesetztem Fremdpersonal und Auftraggeber
- **Sozialversicherungsrecht:** Nachzahlung der Sozialversicherungs-beiträge (4-30 Jahre rückwirkend) plus Säumniszuschläge
- **Steuerrecht:** Haftung für nicht gezahlte Lohnsteuer
- **Straf- und Ordnungswidrigkeitsrecht:**
 - Strafbarkeit wegen Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen und Steuerhinterziehung
 - Bußgeldbewehrte Ordnungswidrigkeiten und Gewinnabschöpfung
 - Eintrag ins Gewerbezentralregister mit Gefahr des Ausschlusses von öffentlichen Ausschreibungen
- **Reputationsverlust** (Schwarzarbeit)

- Sehr strenge **interne Regelungen** und **Compliance-Vorgaben**, die eine enge Zusammenarbeit mit dem Dienstleister bzw. Freelancer verhindern, z.B.:
 - **Verbot von gemischten Teams** mit Arbeitnehmern des Auftraggebers und des Dienstleisters
 - **Aufwändige Richtlinien/Vorab-Prüfungen** für die Beauftragung von Dienst-/Werkleistungen
Umfassende **Trainingsmaßnahmen** eigener Arbeitnehmer
 - Erfordernis von ausführlichen **Leistungsbeschreibungen** bei Beauftragungen von Werk-/Dienstleistungen
 - Kommunikation mit Dienstleistern nur über „**Brückenköpfe**“
 - **Räumliche Abtrennung** von Freelancern/Arbeitnehmern der Dienstleister
- **Verbot der Beschäftigung von Freelancern?**
- **Verlagerung agiler IT-Projekte ins Ausland**



Bitkom-Handlungsempfehlungen

Positivkriterien für IT-Freelancer im Sozialversicherungsrecht festlegen



Als kumulative Positivkriterien bieten sich an:

- **Aufstellung einer Verdienstgrenze**
Diese könnte sich an der Beitragsbemessungsgrenze für die gesetzliche Rentenversicherung (2021: 85.200 Euro) orientieren
- **Nachweis einer angemessenen Altersvorsorge**
- **Werbende Tätigkeit gegenüber Dritten**
- **Gewerbeanmeldung, sofern kein freier Beruf**
- **Erbringung von Diensten höherer Art in Anlehnung an § 627 BGB bzw. besonderes Know-how des Erwerbstätigen**

Assistenz Tätigkeiten, die im Rahmen eines IT-Projekts auch anfallen können, sollen z.B. nicht erfasst werden



Bitkom-Handlungsempfehlungen

Ausnahmeregelung für IT-Fachkräfte im Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes verankern

DIGITALLEGAL
ACADEMY by TaylorWessing

For Tech

UNIVERSITÄT BONN



- **IT-Fachkräfte**, die als abhängige Beschäftigte über Dienstleister eingesetzt werden, **müssen vom AÜG ausgenommen werden**
- **Schutzzwecke des AÜG passen nicht bei IT-Fachkräften**, die hochqualifizierte Fachkräfte und Gutverdiener mit großem Freiheitsbedürfnis sind
- **Alternative: gesetzliche Schutzmechanismen – ohne dass das komplette AÜG eingreift:**
 - Offenlegung und Vergleich des Gehalts eines Arbeitnehmers des Auftraggebers mit dem Gehalt eines Arbeitnehmers des Dienstleistungsunternehmers
 - Auftraggeber verpflichtet sich, den Mitarbeitern des Dienstleistungsunternehmens den Zugang zu Gemeinschaftseinrichtungen zu ermöglichen

KI – Digital HR

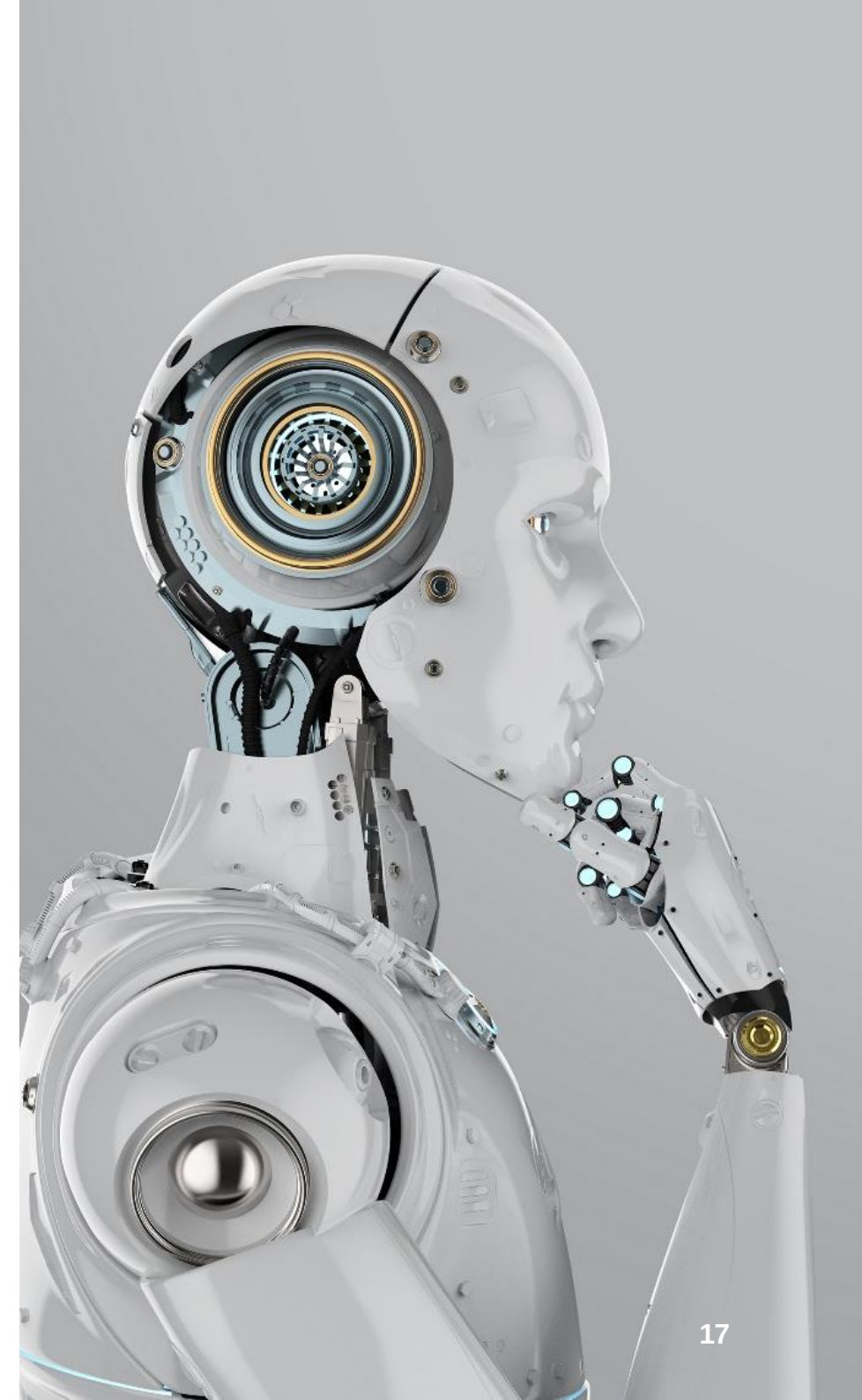
Definition

- Vielzahl von Definitionen
- Grundsätzlich: KI-simuliert oder soll intelligentes menschliches Verhalten in Computer-Anwendungen simulieren
- Der Mensch gibt bislang den Nutzungszweck, Ziel- / Analysevorgaben vor

Einsatzfelder im HR-Bereich

Einsatzfelder sind z.B.

- Bewerberauswahl
- Personalentwicklung
- E-Learning-Plattformen
- Vorhersagen über die Entwicklung relevanter Größen wie z.B. künftiger Personalkosten oder des Personalbedarfs
- Erstellen von Zukunftsprognosen für „Personalverhalten“





Werden KI-basierte Tools im HR-Bereich in
Ihren Unternehmen eingesetzt?

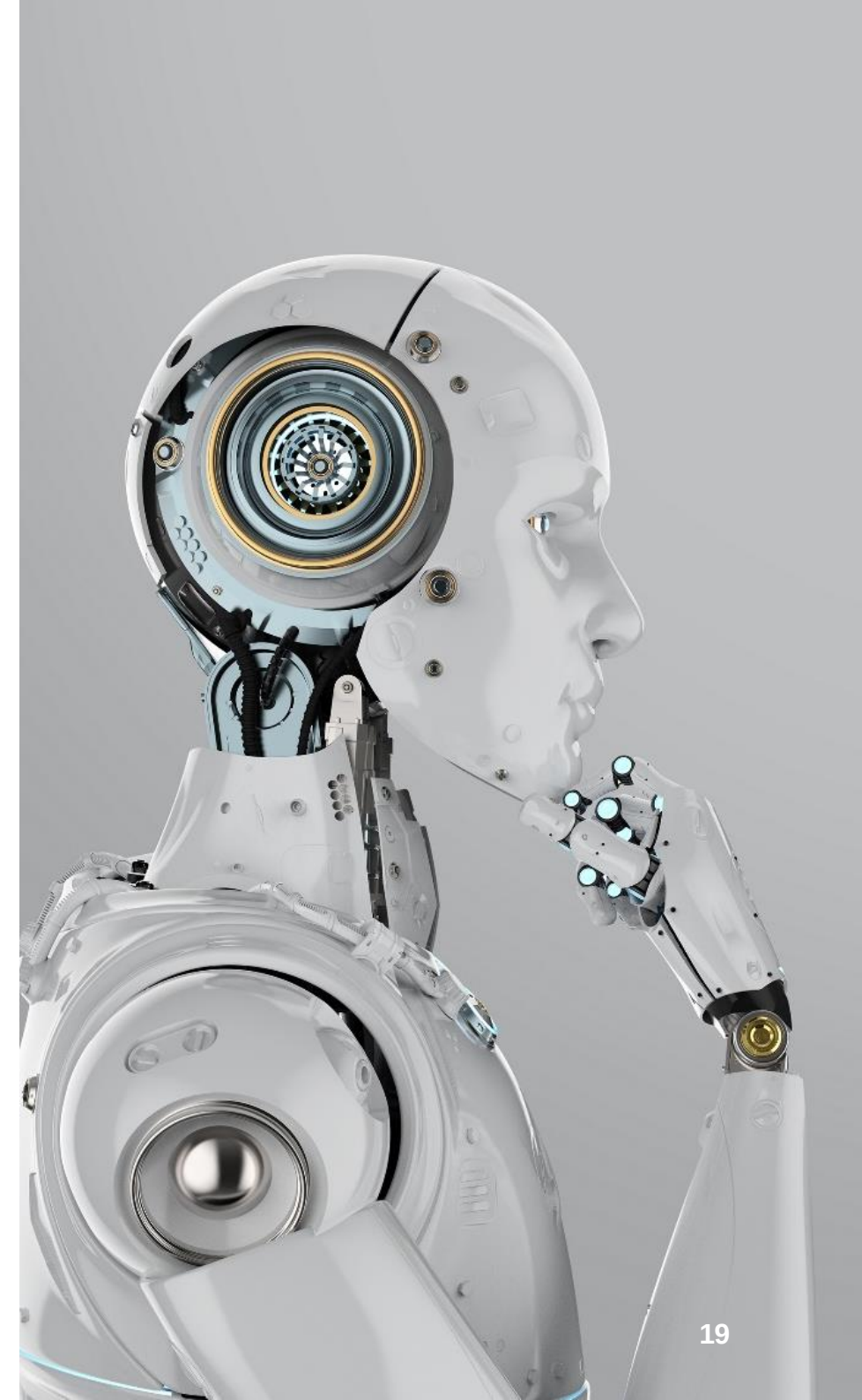
KI – Digital HR

■ Rechtliche Grenzen

- AGG: „diskriminierende Algorithmen“, wenn Entwickler Wertungen und Vorurteile in Programmierung einfließen lassen bzw. verzerrte Trainingsdaten zur Anwendung kommen
- Allgemeines Persönlichkeitsrecht (Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 1 GG), keine „Persönlichkeitsdurchleuchtung“
- Datenschutz

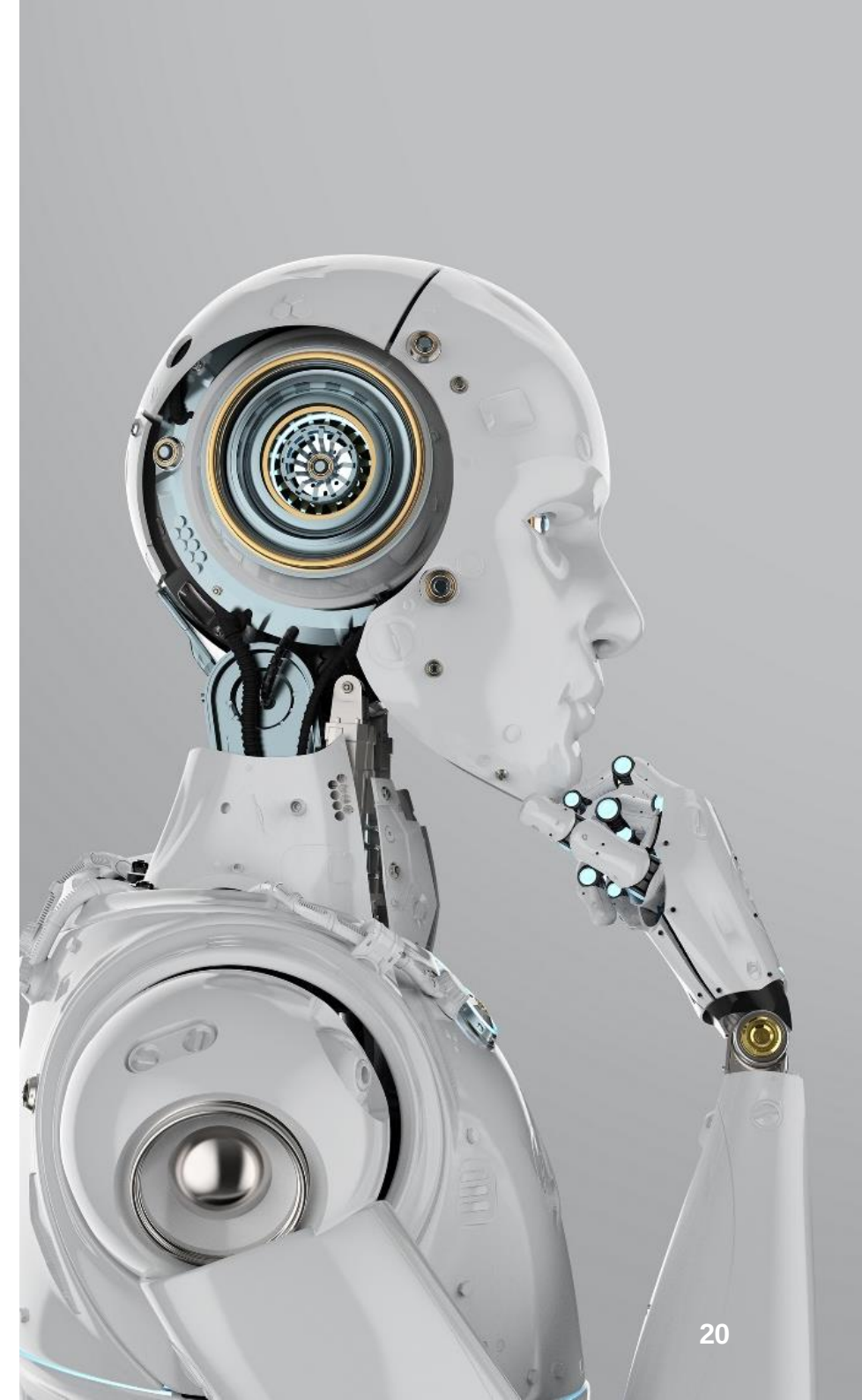
■ Fazit

- Regelmäßige rechtliche Überprüfung HR-Software
- Finale Personalentscheidung ist durch Menschen zu treffen



KI – Digital HR

- Entwurf **KI-Verordnung der EU-Kommission** (21. April 2021):
Konformitätsbewertung durch Anwender beim Einsatz von **KI-Systemen mit hohem Risiko** (wie z. B. bei Software zur Auswertung von Lebensläufen im Bewerbungsverfahren)
- **Beachtung** datenschutzrechtlicher Anforderungen der **Datenschutzgrundverordnung**:
 - Prinzipien der Datenminimierung und Transparenz
 - Implementierung der technischen und organisatorischen Maßnahmen zum Schutz der personenbezogenen Daten zur Sicherstellung, dass der Mensch nicht zum Objekt herabgewürdigt oder diskriminiert wird



Mitbestimmung und künstliche Intelligenz

- Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats bei Einsatz von KI schon heute zu beachten:
 - **Unterrichtungs-/Beratungsrechte** des BR (§§ 80, 90, 92, 99 BetrVG)
 - **Zustimmungspflicht** nach § 95 BetrVG (Auswahlrichtlinie, § 94 BetrVG)
 - **Zwingende Mitbestimmung des BR**, insbesondere nach § 87 Abs.1 Nr. 6 BetrVG
- **Neu: Gesetz zu Förderung der Betriebsratswahlen und der Betriebsratsarbeit in einer digitalen Arbeitswelt (Betriebsrätemodernisierungsgesetz) – Inkrafttreten voraussichtlich am 01.Juli 2021:**

§ 80 Abs. 3 BetrVG-E sieht vor, dass die Hinzuziehung eines Sachverständigen bei der Einführung oder Anwendung von KI für den Betriebsrat als erforderlich gilt.

§ 90 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG-E stellt klar, dass der Arbeitgeber den Betriebsrat über die Planung von Arbeitsverfahren und Arbeitsabläufen einschließlich KI rechtzeitig zu unterrichten hat.

§ 95 Abs. 2a BetrVG-E sieht eine Zustimmung des Betriebsrats auch dann vor, wenn bei der Aufstellung von Richtlinien über die personelle Auswahl KI zum Einsatz kommt.



Q & A

Immer raus damit!



Adél Holdampf-Wendel

Bitkom e.V., Bereichsleiterin
Arbeitsrecht und Arbeit 4.0

+49 30 27576-202
a.holdampf@bitkom.org

@Bitkom_NewWork



Dr. Anne Förster

Taylor Wessing, Salary Partner

+49 211 8387-118
a.foerster@taylorwessing.com

Beratungsschwerpunkte

- Employment, Pensions & Mobility

Kontakt

Anne Förster ist Fachanwältin für Arbeitsrecht und berät nationale und internationale Unternehmen in allen Bereichen des Individual- und Kollektivarbeitsrechts. Ihr Beratungsfokus liegt auf Themen rund um Arbeitnehmerüberlassung und den rechtskonformen Einsatz von Fremdpersonal. Hier verfügt sie über eine langjährige Branchen-Expertise im IT-Bereich und ist sehr erfahren bei der arbeitsrechtlichen Ausgestaltung agiler Projekte.

Außerdem verfügt sie über besondere Expertise in Fragen der betrieblichen Mitbestimmungsrechte (einschließlich der Verhandlungen mit Betriebsräten) sowie der Beratung von Unternehmen im Rahmen von Umstrukturierungsprozessen, insbesondere im Zusammenhang mit Betriebsübergängen.



Dr. Anne Förster

**Salary Partner
Düsseldorf**

+49 211 8387-118
a.foerster@taylorwessing.com

Beratungsschwerpunkte

- Employment, Pensions & Mobility

Kontakt

Adél Holdampf-Wendel ist Bereichsleiterin Arbeitsrecht und Arbeit 4.0 im Digitalverband Bitkom. Schwerpunkte ihres Ressorts bilden u.a. die Auswirkungen der Digitalisierung auf die Beschäftigung und den Arbeitsmarkt, „New Work“ Konzepte und Arbeitsmodelle sowie rechtliche Entwicklungen im Arbeitsrecht hinsichtlich Gesetzgebung und Rechtsprechung.



Adél Holdampf-Wendel

Bitkom e.V.
Bereichsleiterin Arbeitsrecht und Arbeit 4.0

+49 30 27576-202
a.holdampf@bitkom.org
@Bitkom_NewWork

DIGITAL LEGAL ACADEMY

by TaylorWessing

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!

[Europa > Mittlerer Osten > Asien](#)

taylorwessing.com

© TaylorWessing 2021

Diese Publikation stellt keine Rechtsberatung dar. Die unter der Bezeichnung Taylor Wessing tätigen Einheiten handeln unter einem gemeinsamen Markennamen, sind jedoch rechtlich unabhängig voneinander; sie sind Mitglieder des Taylor Wessing Vereins bzw. mit einem solchen Mitglied verbunden. Der Taylor Wessing Verein selbst erbringt keine rechtlichen Dienstleistungen. Weiterführende Informationen sind in unserem Impressum unter taylorwessing.com/de/legal/regulatory-information zu finden.