

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 375

Der Vorbehalt menschlicher Entscheidungen im Arbeitsverhältnis

Zum Einsatz „Künstlicher Intelligenz“
in arbeitsrechtlichen Entscheidungsprozessen

Von

Maurice Heine



Duncker & Humblot · Berlin

MAURICE HEINE

Der Vorbehalt menschlicher Entscheidungen
im Arbeitsverhältnis

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 375

Der Vorbehalt menschlicher Entscheidungen im Arbeitsverhältnis

Zum Einsatz „Künstlicher Intelligenz“
in arbeitsrechtlichen Entscheidungsprozessen

Von

Maurice Heine



Duncker & Humblot · Berlin

Die Juristische Fakultät der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover
hat diese Arbeit im Jahre 2022 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2023 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: 3w+p GmbH, Rimpf
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 0582-0227
ISBN 978-3-428-18817-8 (Print)
ISBN 978-3-428-58817-6 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im Sommersemester 2022 von der Juristischen Fakultät der Gottfried Wilhelm Leibniz Universität Hannover als Dissertation angenommen. Die in ihr verarbeitete Rechtsprechung und Literatur befindet sich im Wesentlichen auf dem Stand von Juli 2022. Neuerscheinungen und aktuelle Entscheidungen wurden punktuell noch bis kurz vor Drucklegung berücksichtigt.

Mein herzlicher Dank gebührt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Roland Schwarze, der mich schon während des Studiums für das Arbeitsrecht begeisterte und nun mit einem hohen Engagement und wertvollen Denkanstößen zum Gelingen dieser Arbeit maßgeblich beitrug. Ich verdanke ihm die Anregung zum Thema dieser Dissertation sowie viele Hinweise zu ihrer inhaltlichen Konzeption. Mein besonderer Dank gilt darüber hinaus Herrn Prof. Dr. Felipe Temming, LL.M. (LSE), für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens sowie seine konstruktiven Anmerkungen. Ferner danke ich Frau Prof. Dr. Susanne Beck, LL.M. (LSE), für die Übernahme des Vorsitzes der Prüfungskommission.

Ich widme diese Arbeit meinen Eltern, ohne deren großzügige Unterstützung mein Werdegang in dieser Form nicht möglich gewesen wäre. Ihnen verdanke ich mehr, als an dieser Stelle gesagt werden kann.

Hildesheim, im August 2022

Maurice Heine

Inhaltsverzeichnis

Einleitung	31
I. Gegenstand der Untersuchung	36
II. Gang der Untersuchung	36

Erster Teil

Grundlagen der Algorithmisierung 38

A. Algorithmus	39
B. Automatische Entscheidungen	40
I. Automatisierung	40
II. Stufen der Automatisierung	41
III. Prinzip der Determiniertheit	42
IV. Arbeitsdefinition	43
C. Autonome Entscheidungen	44
I. Autonomisierung	44
1. Grad der Autonomie	45
2. Methoden der Künstlichen Intelligenz	45
a) Mustererkennung	46
b) Maschinelles Lernen	47
II. Prinzip der Nicht-Determiniertheit	48
III. Arbeitsdefinition	49

Zweiter Teil

Algorithmisierung von Arbeitgeberentscheidungen 50

A. Arbeitsrechtliche Rahmenbedingungen	51
I. Arbeitsverhältnis	51
II. Entscheidungen im Arbeitsverhältnis	53
1. Ordnende Funktion	53
2. Bedeutungstiftende Funktion	55
a) Zwecke des Arbeitsverhältnisses	55
b) Bedeutungstiftende Konkretisierung der individuellen Interessen	56

B. Algorithmisierte Arbeitgeberentscheidungen	58
I. Entscheidungstheoretische Rahmenbedingungen	58
1. Syntax	59
2. Semantik	59
a) Formalisierung natürlicher Sprache	60
b) Formalisierung natürlicher Rechtssprache	62
3. Pragmatik	63
II. Arbeitsrechtliche Umsetzung	64
1. Definition einer arbeitsrechtlichen Wissensbasis	64
2. Algorithmisierungspotential im Einzelnen	66
a) Algorithmisierte Einstellung	66
b) Algorithmisierte Weisung	68
aa) Zeit der Arbeitsleistung	68
bb) Ort der Arbeitsleistung	69
cc) Inhalt der Arbeitsleistung	70
dd) Ordnung und Verhalten im Betrieb	70
ee) Billiges Ermessen	71
(1) Programmierung von Präjudizien	71
(2) Gewichtung von Entscheidungskriterien	72
c) Algorithmisierte Kündigung	74
aa) Kündigungsgrund <i>an sich</i>	74
bb) Negative Prognose	75
cc) Ultima ratio-Prinzip	76
(1) Abmahnung	76
(2) Weiterbeschäftigungsmöglichkeit	77
dd) Umfassende Interessenabwägung	77
ee) Formerfordernis	78
(1) Schriftform	78
(2) Elektronische Form	79
(3) Bewertung	80
d) Algorithmisiertes Arbeitszeugnis	80
aa) Algorithmisierte Leistungs- und Verhaltensbeurteilung	81
bb) Schriftform	82
III. Zwischenergebnis	83
C. Rechtliche Zuordnung algorithmisierter Entscheidungen	83
I. Unternehmerische Entscheidung des Arbeitgebers	84
II. Zurechnung nach zivilrechtlichen Instrumenten der Arbeitsteilung	85
1. Stellvertretung	86
a) Direkte Anwendung	86
aa) Willensbildung	87

- bb) Algorithmische Willensbildung 88
 - (1) Automatische Systeme 88
 - (2) Autonome Systeme 89
- cc) Fehlende Anerkennung als Rechtsperson 90
- b) Analoge Anwendung 91
 - aa) Planwidrige Gesetzeslücke 92
 - bb) Normzweck und Interessenlage 92
 - c) Zwischenergebnis 94
- 2. Botenschaft 95
- 3. Blanketterklärung 95
- III. Zurechnung nach allgemeinen zivilrechtlichen Kriterien 97
 - 1. Automatenerklärung 97
 - 2. Computererklärung 98
- IV. Kritik 100
 - 1. Abstraktion vom Willen des Arbeitgebers 100
 - 2. Risikoverlagerung 101
 - 3. Autoritätsverlagerung 102
- D. Rechtsposition des Arbeitnehmers 104
 - I. Recht auf informationelle Selbstbestimmung 105
 - II. Privatautonomie 106
 - 1. Allgemeines 106
 - 2. Fremdbestimmung im Arbeitsverhältnis 107
 - 3. Algorithmische Fremdbestimmung 109
 - 4. Zwischenergebnis 111
 - III. Diskriminierungsrisiko 111
- E. Zusammenfassung 113

Dritter Teil

Zulässigkeit algorithmisierter Arbeitgeberentscheidungen 114

- A. Vorbemerkungen 114
 - I. Anknüpfungspunkt Datenschutzrecht 115
 - 1. Grundbegriffe 115
 - a) Personenbezogene Daten 115
 - b) Verarbeitung 117
 - c) Verantwortlicher 118
 - 2. Datenverarbeitung im Beschäftigungskontext 119
 - a) Öffnungsklausel des Art. 88 Abs. 1 DSGVO 119
 - b) Sonderfall des Art. 22 DSGVO 120

II. Automatisierte Entscheidungen im Einzelfall einschließlich Profiling	121
1. Grundverständnis von Art. 22 DSGVO	122
a) Regelungszweck	122
aa) Schutz vor algorithmischer Fremdbestimmung	122
bb) Gesamtgesellschaftliche Schutzrichtung	123
b) Vehikelfunktion	124
c) Verbotsnorm	125
aa) Kein Erfordernis der individuellen Geltendmachung	125
bb) Grundsätzliches Verbot	127
cc) Rechtsfolgen unzulässiger automatisierter Entscheidungen	128
2. Grundstruktur von Art. 22 DSGVO	129
a) Automatisierte Entscheidung	129
aa) Ausgangspunkt: „Entscheidung“	129
(1) Willenserklärung	130
(2) Rechtsgeschäftsähnliche Handlung und Realakt	130
bb) Erheblichkeit der Entscheidung	131
(1) Rechtliche Wirkung	131
(2) Ähnlich erhebliche Beeinträchtigung	132
cc) Ausschließlichkeit der automatisierten Entscheidung	132
(1) Einsatz technischer Verfahren	133
(2) Qualifiziertes Dazwischentreten	134
b) Erlaubnissätze	135
aa) Erforderlichkeit	135
bb) Öffnungsklausel	135
cc) Einwilligung	135
c) Mindestsicherung im Fall automatisierter Entscheidungen	136
d) Rückausnahme im Fall besonderer Kategorien personenbezogener Daten	136
B. Ausgewählte Fallgruppen algorithmisierter Arbeitgeberentscheidungen	137
I. Begründung des Arbeitsvertrages	137
1. Unterbreitung oder Annahme eines Vertragsangebots	138
a) Teleologische Reduktion mangels Schutzbedürftigkeit?	138
b) Keine Beschränkung auf nachteilige Entscheidungen	139
2. Nichtunterbreitung oder Ablehnung eines Vertragsangebots	140
a) Keine teleologische Reduktion bei formalen Mängeln	142
b) Mehraktige Bewerbungsverfahren	144
c) Individuelle Schaltung von Stellenanzeigen	145
3. Erforderlichkeit für den Abschluss des Arbeitsvertrages	147
a) Entsprechen des Begehrens	148
b) Unmittelbarer sachlicher Zusammenhang	149

- c) Keine anderen milderen, gleich wirksamen Mittel 150
 - aa) Auslegung durch den EuGH 150
 - bb) Vergleichsmaßstab: „genauso gut“ 150
 - cc) Grenzen der menschlichen Entscheidungsfindung 152
 - (1) Außergewöhnlich hohe Bewerberzahlen 154
 - (2) Konstant sehr hohe Bewerberzahlen 155
 - d) Zwischenergebnis 156
- 4. Keine Legalisierung durch Kollektivvereinbarung 156
 - a) Öffnungsklausel des Art. 88 Abs. 1 DSGVO 156
 - b) Öffnungsklausel des Art. 22 Abs. 2 lit. b DSGVO 157
 - c) Mindestrechte gemäß Art. 22 Abs. 3 DSGVO 158
- 5. Einwilligung 158
 - a) Kein genereller Ausschluss der Einwilligung im Beschäftigungskontext ... 159
 - aa) Einwilligung als Ausdruck informationeller Selbstbestimmung 159
 - bb) Arbeitsrechtliche Rezeption 159
 - b) Maßstab unter der DSGVO 161
 - aa) Keine Anwendung von § 26 Abs. 2 BDSG auf automatisierte Entscheidungen 161
 - bb) Erfordernis der Freiwilligkeit 161
 - (1) Abwesenheit von Zwang 162
 - (2) „Kopplungsverbot“ als Maßstab für Freiwilligkeit 163
 - (a) Begriff der „Erfüllung“ 163
 - (b) Maßstab der Erforderlichkeit 164
 - (c) Rechtsfolge: Einzelfallabwägung 165
 - (aa) Unfreiwilligkeit mit Abwägungsvorsprung 167
 - (bb) Sanktionierung eines „klaren Ungleichgewichts“ 167
 - (cc) Maßregelungsverbot 168
 - (dd) Zwischenfazit 170
 - cc) Zulässige Einwilligung in einen Nachteil 171
 - (1) Automatisierte Entscheidung als Nachteil 171
 - (2) Fallgruppe: „High Potentials“ 172
 - c) Übergeordnete Vorbehalte 173
 - aa) Informationspflicht 173
 - bb) Freie Widerruflichkeit 174
 - d) Zwischenergebnis 175
- 6. Rechtsfolgen unzulässiger automatisierter Einstellungsentscheidungen 175
- 7. Zwischenergebnis 176
- II. Beendigung des Arbeitsvertrages 176
 - 1. Kündigung 176
 - 2. Aufhebungsvertrag 177

3. Keine Gestattung nach Art. 22 Abs. 2 DSGVO	177
III. Abmahnung	178
1. Erheblichkeit	178
2. Keine Erforderlichkeit	179
IV. Ausübung des Direktionsrechts	180
1. Erheblichkeit	181
a) Bloße Konkretisierung bestehender Pflichten?	181
b) Begründung konkreter Verhaltenspflichten	182
2. Erforderlichkeit für die Erfüllung des Arbeitsvertrages	183
a) Begriff der Erfüllung	184
aa) Beschränkung auf Hauptleistungspflichten?	184
bb) Funktionales Verständnis	185
b) Ausübung des Direktionsrechts als „Massengeschäft“	186
aa) Andere gleich wirksame Mittel	186
(1) Ausgangspunkt: Delegationserfordernis	187
(2) Gleichgewichtsstörung	187
bb) Verschiebung des Erforderlichkeitsmaßstabs	188
c) Gebot teleologischer Auslegung	189
aa) Bedürfnis	189
bb) Begründung	190
(1) Verschiebung kein Ausdruck des gemeinsamen Parteiwillens	190
(2) Gewährleistung eines Mindestschutzniveaus	192
(a) Keine selbstbestimmte Interessenlockerung	193
(b) Keine Absicherung durch Mindestrechte nach Art. 22 Abs. 3 DSGVO	194
(3) Zwischenergebnis	195
d) Billigkeitserfordernis als Sicherungsinstrument	196
aa) Gänzlicher Ausschluss bei Ermessensentscheidungen?	197
bb) Abgestufte Fremdbestimmung	198
(1) Typische Weisungen	199
(2) Grenze: Bedeutsame Weisungen	201
(a) Wertung des § 99 Abs. 1 S. 1 i. V. m. § 95 Abs. 3 S. 1 BetrVG	201
(b) Keine weitergehende Verschiebung des Erforderlichkeitsmaßstabs	203
(aa) Fälle des § 95 Abs. 3 S. 1 BetrVG	203
(bb) Sonstige Fälle bedeutsamer Weisungen	204
e) Zwischenergebnis	207
3. Keine Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten	207

- V. Erteilung des Arbeitszeugnisses 208
 - 1. Erheblichkeit 208
 - a) Algorithmisierte Vorbereitung des Arbeitszeugnisses 208
 - b) Bedeutung für das berufliche Fortkommen 210
 - c) Keine Ausnahme für das einfache Zeugnis 210
 - 2. Ausnahmsweise Gestattung 211
 - a) Erforderlichkeit für Abschluss oder Erfüllung 211
 - b) Einwilligung des ausscheidenden Arbeitnehmers 212
 - 3. Zwischenergebnis 213
- VI. Zwischenergebnis 213
- C. Zulässigkeit algorithmisierter Entscheidungsvorbereitungen 214
 - I. Präzisierung des Untersuchungsgegenstandes 215
 - 1. Ausgangspunkt: Verarbeitung personenbezogener Daten 215
 - 2. Entscheidungsvorbereitung durch *People Analytics* 215
 - a) Deskriptive Verfahren 217
 - b) Prädikative Verfahren 217
 - c) Präskriptive Verfahren 218
 - II. Rechtsgrundlage § 31 BDSG 218
 - 1. Überblick 218
 - 2. Anwendbarkeit im Arbeitsverhältnis 219
 - III. Rechtsgrundlage § 26 BDSG 220
 - 1. Überblick 220
 - 2. Begriff des Beschäftigten 221
 - 3. Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses 222
 - a) Grundsatz der Zweckbindung 222
 - b) Zweckbestimmung von *People Analytics* 223
 - aa) Begründung und Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses 224
 - bb) Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses 225
 - (1) Hauptleistungspflichten 225
 - (2) Rücksichtnahme- und Nebenpflichten 225
 - 4. Maßstab der Erforderlichkeit 227
 - a) Klassische Verhältnismäßigkeitsprüfung 227
 - b) Verordnungskonformes Verständnis 228
 - aa) Geeignetheit 230
 - bb) Kein milderes, gleich wirksames Mittel 232
 - (1) Menschliche Entscheidungsvorbereitung 232
 - (2) Gleichwirksamkeit 234
 - cc) Angemessenheit 235
 - (1) Ausgangspunkt: Verbot der Registrierung und Katalogisierung 236
 - (a) Verfassungsrechtliche Grundlage 236

(b)	Arbeitsrechtliche Rezeption	237
(aa)	Grundsätze der Videoüberwachung	237
(bb)	Digitale Erfassung sämtlicher Arbeitsschritte	238
(cc)	Auswertung sämtlicher Leistungskennzahlen	239
(c)	Relevanz für <i>People Analytics</i>	239
(2)	Zusätzlicher Maßstab: Profiling	240
(a)	<i>People Analytics</i> als Fall des Profiling	241
(b)	Regelungsbereich des arbeitgeberischen Profiling	242
(aa)	Überblick	242
(bb)	Begrenzung des Arbeitgeberinteresses auf einzelne Aspekte	243
(cc)	Grenze: Wahrnehmung als individuelle Persönlichkeit	246
(α)	Arbeitsrechtliche Rezeption	248
(β)	Stellungnahme	249
($\alpha\alpha$)	<i>Predictive Policing</i>	250
($\beta\beta$)	Vorhersage von Eigenkündigungen	251
($\gamma\gamma$)	Statusbezogene Prognosen im Allgemeinen	253
($\delta\delta$)	Eignungsprognose mittels Sprachanalyse	254
c)	Zwischenergebnis	256
IV.	Anwendungsbereich des Art. 22 DSGVO	257
1.	Entkräftung der Ausschließlichkeit	257
a)	Gebot menschlichen Dazwischentretens	257
b)	Grundbedingung: Entscheidungsbefugnis	259
c)	Effektives Abweichen-Können	259
aa)	Raum und Arbeitszeit für Dazwischentreten	260
(1)	Ausgangspunkt: Bedeutung der Entscheidung	261
(2)	Technische Komplexität	262
bb)	Erforderliche Kenntnisse und Fähigkeiten des Entscheidungsträgers	263
(1)	Komplexität des eingesetzten Systems	263
(2)	Prüfung der Datengrundlage	265
cc)	Problem: Risiko der Entscheidungsvorwegnahme	266
(1)	Strukturelle Unterlegenheit des menschlichen Entscheidungsträgers	266
(a)	Versprechungen algorithmischer Entscheidungsvorbereitungssysteme	267
(b)	Algorithmische Sachautorität	269
(c)	Prinzipielle Degradierung des Entscheidungsträgers	270
(2)	Rechtfertigungslast	271
(a)	Persönliches Risiko des Personalleiters	272
(b)	Konsequenzen	274
(aa)	Dazwischentreten durch den Arbeitgeber selbst	274
(bb)	Keine Irrelevanz der Vor-Entscheidung	275

- (cc) Ablehnung der Forderung nach einem standhaften Personal-
leiter 275
 - (dd) Erhöhte Anforderungen an die Entkräftung der Ausschließ-
lichkeit 276
 - (α) Interne Datenschutzstrategie 277
 - (β) Vier-Augen-Prinzip 278
 - (γ) Beteiligung des Datenschutzbeauftragten 278
 - (δ) Beteiligung des Betriebsrats 279
 - (c) Teleologische Reduktion 280
 - (aa) Algorithmisierte Sozialauswahl 281
 - (α) Betriebsratsloser Betrieb 281
 - (β) Mitbestimmte Auswahlrichtlinien 283
 - (bb) Negative Gesundheitsprognose 286
 - (cc) Beurteilungen 287
 - (3) Zwischenergebnis 287
- d) Weitergehende Beschränkungen am Beispiel von Art. 33 Abs. 2 GG 288
 - aa) Zugang zu öffentlichem Amt 288
 - (1) Anspruch auf ermessensfehlerfreie Auswahl 288
 - (2) Eingeschränkte gerichtliche Kontrolle 289
 - bb) Ermessensfehler unter Einsatz automatisierter Entscheidungssysteme 290
 - (1) Ermessensunterschreitung 290
 - (2) Ermessensfehlgebrauch 291
 - (a) Grundvoraussetzung: Einsicht in die Datengrundlage 291
 - (aa) Algorithmisierter Abgleich mit dem Anforderungsprofil ... 292
 - (bb) Vergleich zu *Assessment Center*-Verfahren 293
 - (cc) Autonomer Abgleich mit dem Anforderungsprofil 294
 - (b) Berücksichtigung der automatisierten Vor-Entscheidung als
sachfremde Erwägung? 295
 - cc) Zusammenfassung 296
 - e) Zwischenergebnis 297

- 2. Verbot der automatisierten Vor-Entscheidung 298
- a) Wortlaut 299
 - aa) Verhältnis zwischen „automatisierter Verarbeitung“ und „Entscheidung“ 299
 - (1) Unzulänglichkeit des Ausschließlichkeitskriteriums 299
 - (a) Ausschließlichkeit der Vor-Entscheidung 300
 - (b) Einzelfallbezogene Erheblichkeitsprüfung 300
 - (c) Bedeutung der Nicht-Ausschließlichkeit der Entscheidung in der
Sache 302
 - (d) Anwendungsfall: Diskriminierende Vor-Entscheidung 303
 - (aa) Anspruch auf diskriminierungsfreies Bewerbungsverfahren 304
 - (bb) Begriff der „Behandlung“ 307

(cc) Kenntnis	308
(dd) Zwischenfazit	309
(e) Zwischenergebnis	309
(2) Begriff des „Beruhens“	309
(a) Herrschende „Zwei-Stufen-Theorie“	310
(b) „Entscheidung“ als „automatisierte Verarbeitung“	311
(aa) Beispiel: Ausschließlich automatisierte Kündigung	311
(bb) Kritik der Zwei-Stufen-Theorie	313
(cc) Vor-Entscheidung als „automatisierte Verarbeitung“	314
bb) Orientierungspunkt „Profiling“	315
(1) Profiling als besonderer Fall der Datenverarbeitung	316
(2) Profiling als Anwendungsfall des Art. 22 DSGVO	316
(a) Tatbestandlicher Einschub	317
(b) ErwG 71	318
(3) Zwischenergebnis	319
b) Systematische Absicherung	320
aa) § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG	320
bb) Art. 13 Abs. 2 lit. f, Art. 14 Abs. 2 lit. h, Art. 15 Abs. 1 lit. h DSGVO	321
cc) Art. 35 Abs. 3 lit. a DSGVO	322
c) Zwischenergebnis	323
V. Prozessuale Fragestellungen	323
1. Kündigungsgrund an sich	324
a) Verhaltensbedingte Kündigung	324
b) Personenbedingte Kündigung	325
c) Verdachtskündigung	326
d) Zwischenergebnis	327
2. Sachvortrags- und Beweisverwertungsverbot	327
a) Perpetuierung und Verschärfung der Persönlichkeitsrechtsverletzung	329
b) Datenschutzrechtliche Vorbewertungsfunktion	330
c) Sekundärrechtliches Verwertungsverbot	331
3. Zwischenergebnis	333
D. Zusammenfassung	333

Vierter Teil

Praktische Durchsetzung	335
A. Absicherungsbedürfnis	335
I. Problemfelder	335
II. Gefahr der Aushebelung des Art. 22 Abs. 1 DSGVO	336

B. Individualrechtliche Absicherung	338
I. Vorab-Informationspflicht gemäß Art. 13 Abs. 2 lit. f DSGVO	338
1. Vorbemerkung	338
2. Bestehen einer automatisierten Entscheidung	339
a) Beschränkung auf Fälle des erheblichen Profiling	339
b) Verweis auf Art. 22 Abs. 1 und 4 DSGVO	342
3. Aussagekräftige Informationen über die involvierte Logik	343
a) Ausgangspunkt: „Logik“	344
b) Spannungsfeld zwischen Geheimnisschutz und Transparenz	344
c) Aussagekräftige Informationen über das Zustandekommen der Entscheidung	345
4. Darstellung der Tragweite und Auswirkungen	348
5. Ausschluss der Informationspflicht	349
6. Bewertung	350
II. Mindestrechte gemäß Art. 22 Abs. 3 DSGVO	351
1. Überblick	351
2. Recht auf menschliches Eingreifen	352
3. Recht auf Darlegung des eigenen Standpunkts	354
4. Recht auf Anfechtung der Entscheidung	354
a) Keine Gleichsetzung mit Recht auf menschliches Eingreifen	354
b) Vorschlag: Vorrangige algorithmisierte Abhilfemöglichkeit	355
aa) Wirksamkeit der bisherigen Entscheidung	356
bb) Vorzüge eines vorrangigen algorithmisierten Anfechtungsverfahrens	358
5. Recht auf Erläuterung der automatisierten Entscheidung	359
a) Rechtsgrundlage: Arbeitsvertrag i. V.m. § 241 Abs. 2 BGB	359
b) Rechtsgrundlage: § 84 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 Alt. 1 BetrVG	360
c) Rechtsgrundlage: Art. 22 Abs. 3 DSGVO i. V.m. ErwG 71, S. 4	361
d) Rechtsgrundlage: Art. 15 Abs. 1 lit. h DSGVO	363
aa) Keine zeitliche Beschränkung des Auskunftsverlangens	363
bb) „Bestehen“ einer automatisierten Entscheidung als Voraussetzung	364
cc) Keine bloße Zukunftsbezogenheit	364
dd) Information über die konkret „involvierte Logik“	366
e) Zusammenfassung	367
III. Recht auf Einsicht in die Personalakte	368
1. Anwendbarkeit des § 83 Abs. 1 S. 1 BetrVG	368
2. Begriff der Personalakte	369
3. Korrekturrechte	370
IV. Sanktionen	372
1. Beschwerderecht gemäß Art. 77 Abs. 1 DSGVO	372
a) Behördliches Untersuchungsverfahren	373
b) Verhängung einer Geldbuße	374

c) Bewertung	374
2. Schadensersatz gemäß Art. 82 DSGVO	375
a) Sanktionsfähiger Verstoß	376
b) Schadensbegriff	377
aa) Materielle Schäden	378
(1) Unionsrechtliche Differenzhypothese	378
(2) Problem: Abgelehnte Bewerber	379
bb) Immaterielle Schäden	379
(1) Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts	379
(2) Kein Erfordernis schwerwiegender Persönlichkeitsverletzungen ...	380
c) Verantwortlichsein	384
aa) Umfang	384
bb) Unzulässigkeit von Haftungsbeschränkungen	386
(1) Unabdingbarkeit	386
(2) Insbesondere: Arbeitsvertragliche Ausschlussklauseln	387
d) Darlegungs- und Beweislast	388
aa) Grundsatz	388
bb) Rechenschaftspflicht gemäß Art. 5 Abs. 2 DSGVO	389
(1) Keine generelle Beweislastumkehr	389
(2) Relative Betrachtung	391
(3) Fehlende Information über Dazwischentreten	391
(4) Auswirkung auf Kündigungsschutzprozesse	392
e) Bewertung	393
C. Betriebsverfassungsrechtliche Absicherung	395
I. Beteiligung hinsichtlich der Einführung von Entscheidungssystemen	395
1. Mitbestimmung hinsichtlich des Einsatzes (§ 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG)	395
a) Regelungszweck	396
b) Umfang	397
aa) Technische Überwachungseinrichtung	397
bb) Verhaltens- oder Leistungsbezug	399
c) Rechtsfolgen des mitbestimmungswidrigen Einsatzes	401
2. Mitbestimmung hinsichtlich der Ausgestaltung	401
a) Ordnung und Verhalten im Betrieb (§ 87 Abs. 1 Nr. 1 BetrVG)	401
b) Beginn und Ende sowie Verteilung der Arbeitszeit (§ 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG)	402
c) Vorübergehende Verkürzung oder Verlängerung der Arbeitszeit (§ 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG)	403
d) Mobile Arbeit (§ 87 Abs. 1 Nr. 14 BetrVG)	404
aa) Anwendungsbereich	404
bb) Reichweite	405

e) Aufstellung allgemeiner Beurteilungsgrundsätze (§ 94 Abs. 2 Alt. 2 BetrVG)	406
f) Auswahlrichtlinien (§ 95 Abs. 1 S. 1 BetrVG)	407
aa) Überblick	407
bb) Umfang	408
(1) Einsichtsrecht in den Algorithmus	409
(2) Stellen- und Funktionsbeschreibungen	409
(3) Anforderungsprofile	410
cc) Rechtsfolgen mitbestimmungswidriger Entscheidungen	411
3. Zwischenfazit	412
II. Beteiligung im Rahmen konkreter Arbeitgeberentscheidungen	412
1. Zulässigkeit betriebsinterner Verarbeitung personenbezogener Daten	413
a) Kein Vorrang des BetrVG vor DSGVO und BDSG	413
aa) Subsidiaritätsklausel gemäß Art. 6 Abs. 1 S. 1 lit. c DSGVO	413
bb) Subsidiaritätsklausel gemäß § 1 Abs. 2 BDSG	414
b) Erforderlichkeitsprüfung	416
c) Zwischenergebnis	418
2. Zustimmung zu personellen Einzelmaßnahmen (§ 99 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 BetrVG)	418
a) Überblick: Einstellung	418
b) Verweigerung der Zustimmung	419
aa) Gesetzesverstoß	419
bb) Verstoß gegen eine Auswahlrichtlinie	420
c) Vorlage- und Auskunftspflicht	420
aa) Kreis der „Bewerber“	421
bb) Keine Veröffentlichung von Stellenanzeigen	422
d) Zwischenfazit	424
3. Anhörung im Rahmen von Kündigungen (§ 102 Abs. 1 BetrVG)	424
a) Überblick	424
b) Widerspruch gegen Kündigung	425
c) Mitteilung der Kündigungsgründe	425
d) Zwischenfazit	426
4. Allgemeines Auskunftsrecht des Betriebsrats (§ 80 Abs. 2 S. 1 Hs. 1 BetrVG)	427
a) Umfang	427
b) Kritik	428
III. KI-spezifische Beteiligung infolge des Betriebsrätemodernisierungsgesetzes	430
1. Überblick	430
2. Begriff der „Künstlichen Intelligenz“	431
D. Vorbeugung der Ausschließlichkeit <i>de lege ferenda</i>	432
I. Entwurf zur Ergänzung des BetrVG	432

II. Erläuterung	432
1. Überblick	432
2. Datenschutzrechtliche Verankerung	433
3. Anwendungsbereich	433
a) Auffangcharakter	433
b) Umstände der Beteiligung	433
aa) Bezugspunkt: Erhebliche Maßnahme	433
bb) Begrenzung auf Profiling	434
cc) Ausnahme in Fällen des Art. 22 Abs. 2 DSGVO	435
c) Umfang der Beteiligung	435
aa) Unterrichtung	435
bb) Anhörung	436
d) Wirkung	437
Zusammenfassung in Thesen	438
Ausblick	442
Literaturverzeichnis	443
I. Rechtswissenschaftliche Literatur	443
II. Sonstige Literatur	478
Stichwortverzeichnis	483

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	andere Ansicht
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für civilistische Praxis (Zeitschrift)
a.F.	alte Fassung
AG	Amtsgericht
AGG	Allgemeines Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz vom 14. August 2006 (BGBl. I S. 1897), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 23. Mai 2022 (BGBl. I S. 768)
AJP/PJA	Aktuelle Juristische Praxis/Pratique Juridique Actuelle (Zeitschrift)
Anm.	Anmerkung
AO	Abgabenordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 1. Oktober 2002 (BGBl. I S. 3866; 2003 I S. 61), zuletzt geändert durch Art. 33 des Gesetzes vom 5. Oktober 2021 (BGBl. I S. 4607)
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Zeitschrift)
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
ArbG	Arbeitsgericht
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 2. Juli 1979 (BGBl. I S. 853, 1036), zuletzt geändert durch Art. 10 des Gesetzes vom 5. Oktober 2021 (BGBl. I S. 4607)
ArbRAktuell	Arbeitsrecht Aktuell (Zeitschrift)
ArbRB	Arbeits-Rechtsberater (Zeitschrift)
ArbZG	Arbeitszeitgesetz vom 6. Juni 1994 (BGBl. I S. 1170, 1171), zuletzt geändert durch Art. 6 des Gesetzes vom 22. Dezember 2020 (BGBl. I S. 3334)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht (Zeitschrift)
ausf.	ausführlich
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Sammlung der Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BB	Betriebs-Berater (Zeitschrift)
BBG	Bundesbeamtengesetz vom 5. Februar 2009 (BGBl. I S. 160), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 28. Juni 2021 (BGBl. I S. 2250)
Bd.	Band
BDSG	Bundesdatenschutzgesetz vom 30. Juni 2017 (BGBl. I S. 2097), zuletzt geändert durch Art. 10 des Gesetzes vom 23. Juni 2021 (BGBl. I S. 1858)

BDSG a.F.	Bundesdatenschutzgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 14. Januar 2003 (BGBl. I S. 66), das zuletzt durch Art. 7 des Gesetzes vom 30. Juni 2017 (BGBl. I S. 2097) geändert worden ist und durch Art. 8 des Gesetzes vom 30. Juni 2017 (BGBl. I S. 2097) mit Wirkung zum 25. Mai 2018 aufgehoben wurde
BeckRS	Beck-Rechtsprechung
Berk. T. L. J.	Berkeley Technology Law Journal
Beschl.	Beschluss
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. September 2001 (BGBl. I S. 2518), zuletzt geändert durch Art. 5 des Gesetzes vom 10. Dezember 2021 (BGBl. I S. 5162)
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BKartA	Bundeskartellamt
BR-Drs.	Drucksache des Deutschen Bundesrates
bspw.	beispielsweise
BT-Drs.	Drucksache des Deutschen Bundestages
BUrlG	Bundesurlaubsgesetz in der im BGBl. III, 800–4, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Art. 3 Abs. 3 des Gesetzes vom 20. April 2013 (BGBl. I S. 868)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerfGK	Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BWLBG	Landesbeamtengesetz Baden-Württemberg vom 9. November 2010 (GBl. S. 793, 794), zuletzt geändert durch Art. 2 der 10. AnpassungsVO vom 21. Dezember 2021 (GBl. 2022 S. 1)
bzw.	beziehungsweise
Calif. L. R.	California Law Review (Zeitschrift)
CB	Compliance Berater (Zeitschrift)
CCZ	Corporate Compliance Zeitschrift
Com. L. S. R.	Computer Law & Security Review (Zeitschrift)
CR	Computer und Recht (Zeitschrift)
CuA	Computer und Arbeit (Zeitschrift)
DB	Der Betrieb (Zeitschrift)
ders.	derselbe
d. h.	das heißt
dies.	dieselbe(n)
diff.	differenzierend
DJT	Deutscher Juristentag
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Zeitschrift)
DSB	Datenschutz-Berater (Zeitschrift)

DSGVO	Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. L 119/1
DSRITB	Deutsche Stiftung für Recht und Informatik Tagungsband
DSRL	Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr
DuD	Datenschutz und Datensicherheit (Zeitschrift)
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt (Zeitschrift)
Ed.	Edition
EFZG	Entgeltfortzahlungsgesetz vom 26. Mai 1994 (BGBl. I S. 1014, 1065), zuletzt geändert durch Art. 9 des Gesetzes vom 22. November 2019 (BGBl. I S. 1746)
EL	Ergänzungslieferung
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten v. 4. November 1950, zuletzt geändert durch Protokoll Nr. 14 v. 13. Mai 2004 mit Wirkung v. 1. Juni 2010.
ErwG	Erwägungsgrund, Erwägungsgründe
et al.	et alii
etc.	et cetera
EuG	Gericht der Europäischen Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EUR	Euro
EuZA	Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
f./ff.	folgende
FG	Finanzgericht
Fn.	Fußnote
GenDG	Gendiagnostikgesetz vom 31. Juli 2009 (BGBl. I S. 2529, 3672), zuletzt geändert durch Art. 15 Abs. 4 des Gesetzes vom 4. Mai 2021 (BGBl. I S. 882)
GewO	Gewerbeordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 22. Februar 1999 (BGBl. I S. 202), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 19. Juni 2022 (BGBl. I S. 918)
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland in der im BGBl. Teil III, Gliederungsnummer 100–1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Art 1 u. 2 Satz 2 des Gesetzes vom 29. September 2020 (BGBl. I S. 2048)
ggf.	gegebenenfalls
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung in der im BGBl. Teil III, Gliederungsnummer 4123–1, veröffentlichten bereinigten Fassung, zuletzt geändert durch Art. 64 des Gesetzes vom 10. August 2021 (BGBl. I S. 3436)
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union vom 12. Dezember 2007 (ABl. Nr. C 303 S. 1)

GRUR	Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht (Zeitschrift)
GS	Großer Senat
GSZ	Zeitschrift für das Gesamte Sicherheitsrecht
GWR	Gesellschaft- und Wirtschaftsrecht (Zeitschrift)
Harv. JLT	Harvard Journal of Law & Technology (Zeitschrift)
Hastings L. R.	Hastings Law Review
h. L.	herrschende Lehre
h. M.	herrschende Meinung
Hrsg./hrsg.	Herausgeber/herausgegeben
Hs.	Halbsatz
i. Erg.	im Ergebnis
i. e. S.	im engeren Sinn
IfSG	Infektionsschutzgesetz vom 20. Juli 2000 (BGBl. I S. 1045), zuletzt geändert durch Art. 4 des Gesetzes vom 18. Mai 2022 (BGBl. I S. 473)
i. H. v.	in Höhe von
InTeR	Zeitschrift zum Innovations- und Technikrecht
Intern. DPL	International Data Privacy Law (Zeitschrift)
Intern. JLIT	International Journal of Law and Information Technology (Zeitschrift)
i. R. d.	im Rahmen des/der
i. S. d.	im Sinne des/der
ISJLP	Journal of Law and Policy for the Information Society (Zeitschrift)
i. S. v.	im Sinne von
ITRB	IT-Rechtsberater (Zeitschrift)
JArbSchG	Jugendarbeitsschutzgesetz vom 12. April 1976 (BGBl. I S. 965), zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes vom 16. Juni 2021 (BGBl. I S. 2970)
Jl-RL	Richtlinie (EU) 2016/680 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI des Rates
jM	juris – Die Monatszeitschrift
JR	Juristische Rundschau (Zeitschrift)
JuS	Juristische Schulung (Zeitschrift)
JZ	Juristenzeitung
Kap.	Kapitel
KI	Künstliche Intelligenz
KomE	Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (Datenschutz-Grundverordnung) vom 25. Januar 2012, KOM/2012/011
K&R	Kommunikation und Recht (Zeitschrift)
krit.	kritisch
KSchG	Kündigungsschutzgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. August 1969 (BGBl. I S. 1317), zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes vom 14. Juli 2021 (BGBl. I S. 1762)
LAG	Landesarbeitsgericht
lat.	lateinisch

LBG LSA	Beamtengesetz des Landes Sachsen-Anhalt vom 15. Dezember 2009 (GVBl. LSA S. 648), zuletzt geändert durch Art. 6 des Gesetzes vom 7. Juli 2020 (GVBl. LSA S. 372)
LDSG NRW	Datenschutzgesetz Nordrhein-Westfalen vom 17. Mai 2018 (GV. NRW S. 244, ber. S. 278, 404)
lit.	littera
LKV	Landes- und Kommunalverwaltung – Verwaltungsrechts-Zeitschrift
Ls.	Leitsatz
m. Anm.	mit Anmerkung
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht (Zeitschrift)
MMR	Multimedia und Recht (Zeitschrift)
MuSchG	Mutterschutzgesetz vom 23. Mai 2017 (BGBl. I S. 1228), zuletzt geändert durch Artikel 57 Abs. 8 des Gesetzes vom 12. Dezember 2019 (BGBl. I S. 2652)
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
NBG	Niedersächsisches Beamten-gesetz vom 25 März 2009 (Nds. GVBl. S. 72), zuletzt geändert durch Art. 6 des Gesetzes vom 23. März 2022 (Nds. GVBl. S. 218)
NJOZ	Neue Juristische Online-Zeitschrift
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Zeitschrift)
Nr.	Nummer
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZA-RR	NZA-Rechtsprechungs-Report Arbeitsrecht (Zeitschrift)
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NZS	Neue Zeitschrift für Sozialrecht
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
OVG	Oberverwaltungsgericht
ParlE	Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments vom 12. März 2014 zu dem Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr (allgemeine Datenschutzverordnung) (COM(2012)0011 – C7-0025/2012-2012/0011(COD)), ABl. C 378/399
PinG	Privacy in Germany (Zeitschrift)
ProduktH-RL	Richtlinie 85/374/EWG des Rates vom 25. Juli 1985 zur Angleichung der Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Haftung für fehlerhafte Produkte
RdA	Recht der Arbeit (Zeitschrift)
RdV	Recht der Datenverarbeitung (Zeitschrift)
Rn.	Randnummer
ROM II-Verordnung	Verordnung (EG) Nr. 864/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Juli 2007 über das auf außervertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom II)
r+s	recht und schaden (Zeitschrift)
Rspr.	Rechtsprechung
RW	Rechtswissenschaft (Zeitschrift)
S./s.	Seiten(n); Satz/siehe

SächsBG	Sächsisches Beamtengesetz vom 18. Dezember 2013 (SächsGVBl. S. 970), zuletzt geändert durch Art. 5 des Gesetzes vom 9. Februar 2022 (SächsGVBl. S. 134)
SGB IV	Das Vierte Buch Sozialgesetzbuch – Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung – in der Fassung der Bekanntmachung vom 12. November 2009 (BGBl. I S. 3710, 3973; 2011 I S. 363), zuletzt geändert durch Art. 13 des Gesetzes vom 10. Dezember 2021 (BGBl. I S. 5162)
SGB IX	Neuntes Buch Sozialgesetzbuch vom 23. Dezember 2016 (BGBl. I S. 3234), zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes vom 23. Mai 2022 (BGBl. I S. 760)
SGB X	Das Zehnte Buch Sozialgesetzbuch – Sozialverwaltungsverfahren und Sozialdatenschutz – in der Fassung der Bekanntmachung vom 18. Januar 2001 (BGBl. I S. 130), zuletzt geändert durch Art. 45 des Gesetzes vom 20. August 2021 (BGBl. I S. 3932)
SiG	Gesetz über die Rahmenbedingungen für elektronische Signaturen (BGBl. I S. 876), aufgehoben aufgrund Gesetzes vom 18. Juli 2017 (BGBl. I S. 2745)
sog.	sogenannte/r/n
SPA	Schnellinformation für Personalmanagement und Arbeitsrecht (Zeitschrift)
SpStr	Spiegelstrich
SR	Soziales Recht (Zeitschrift)
st.	ständige
StGB	Strafgesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 13. November 1998 (BGBl. I S. 3322), zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes vom 22. November 2021
StVO	Straßenverkehrs-Ordnung vom 6. März 2013 (BGBl. I S. 367), zuletzt geändert durch Art. 13 des Gesetzes vom 12. Juni 2021 (BGBl. I S. 3091)
TVG	Tarifvertragsgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 25. August 1969 (BGBl. I S. 1323), zuletzt geändert durch Art. 8 des Gesetzes vom 20. Mai 2020 (BGBl. I S. 1055)
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz vom 21. Dezember 2000 (BGBl. I S. 1966), zuletzt geändert durch Art. 10 des Gesetzes vom 22. November 2019 (BGBl. I S. 1746)
u. a.	unter anderen/anderem
Univ. Penn. L. R.	University Pennsylvania Law Review (Zeitschrift)
Urt.	Urteil
UWG	Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb in der Fassung der Bekanntmachung vom 3. März 2010 (BGBl. I S. 254), zuletzt geändert durch Art. 1 des Gesetzes vom 10. August 2021 (BGBl. I S. 3504)
v.	von/vom
Var.	Variante
Verf.	Verfasser
vgl.	vergleiche
Vol.	Volume
VUR	Verbraucher und Recht – Zeitschrift für Wirtschafts- und Verbraucherrecht

VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 19. März 1991 (BGBl. I S. 686), zuletzt geändert durch Art. 2 des Gesetzes vom 8. Oktober 2021 (BGBl. I S. 4650)
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz in der Fassung der Bekanntmachung vom 23. Januar 2003 (BGBl. I S. 102), zuletzt geändert durch Art. 24 Abs. 3 des Gesetzes vom 25. Juni 2021 (BGBl. I S. 2154)
VwV-StVO	Allgemeine Verwaltungsvorschrift zur Straßenverkehrs-Ordnung vom 26. Januar 2001 in der Fassung vom 8. November 2021 (BAnz AT 15. 11. 2021 B1)
Wash. L. R.	Washington Law Review (Zeitschrift)
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZD	Zeitschrift für Datenschutz
ZdiW	Zeitschrift für das Recht der digitalen Wirtschaft
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZfPW	Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft
ZfRSoz	Zeitschrift für Rechtssoziologie
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 5. Dezember 2005 (BGBl. I S. 3202; 2006 I S. 431; 2007 I S. 1781), zuletzt geändert durch Art. 3 des Gesetzes vom 5. Oktober 2021 (BGBl. I S. 4607)
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZUR	Zeitschrift für Umweltrecht
zust.	zustimmend
zutr.	zutreffend

Einleitung

„Künstliche Intelligenz“¹ (KI) ist eines der herausragendsten Themen unserer Zeit. Es beherrscht gesellschaftliche Debatten² ebenso wie juristische Diskurse.³ Die einen sehen mit ihr nicht weniger als einige der kühnsten Träume der Menschheit Wirklichkeit werden: das Ende der Lohnarbeit,⁴ die Überwindung des globalen Knappheitsproblems,⁵ die Unsterblichkeit des Menschen durch „Upload“ seines Gehirns auf einen virtuellen Körper.⁶ Andere dagegen blicken mahndend auf die Kehrseite des technologischen Fortschritts: *Big Data* schaffe eine „neue digitale Klassengesellschaft“, die neben das disziplinarische digitale Panoptikum ein „Bannoptikum“ etabliere, das anhand individueller *Scores* über Zugehörigkeit und Ausschluss systemfremder Personen bestimme.⁷ Der Mensch jedoch gehe leichtfertig davon aus, jederzeit in der Lage zu sein, „den Stecker zu ziehen.“ – Was aber, so lässt *Stephen Hawking* posthum anmerken, wenn der Mensch fragt: „Gibt es einen Gott?“, und die KI antwortet: „Ja, ab jetzt“, ehe sie mit besagtem Stecker „durchbrennt“?⁸

Wie weit der technologische Strukturwandel bereits fortgeschritten ist, lässt sich unschwer am Arbeitsplatz erkennen. Industrieroboter prägen das Bild moderner

¹ Auf die Hervorhebung wird im Folgenden verzichtet.

² Genannt seien die streitbaren Stimmen von *Precht*, Künstliche Intelligenz und der Sinn des Lebens; *Nida-Rümelin/Weidenfeld*, Digitaler Humanismus; *Harari*, Homo Deus; *Grunwald*, Der unterlegene Mensch; s. außerdem die Beiträge in *Augstein* (Hrsg.), Reclaim Autonomy – Selbstermächtigung in der digitalen Weltordnung.

³ Einen umfassenden Querschnitt bietet *Martini*, Blackbox Algorithmus; arbeitsrechtliche Implikationen bemessen *Krause*, Gutachten zum 71. DJT; *Knitter*, Digitale Weisungen; sowie *Götz*, Personalmanagement; für das Verwaltungsverfahren *Guckelberger*, Öffentliche Verwaltung im Zeitalter der Digitalisierung; für das Strafverfahren *Gless/Wohlens*, in: FS Kindhäuser, 147 ff.; zur Diskussion um die Rechtspersönlichkeit *Mayinger*, Die künstliche Person; s. ferner die Beiträge in *Wischmeyer/Rademacher* (Hrsg.), Regulating Artificial Intelligence.

⁴ *Precht*, Jäger, Hirten, Kritiker, 101 ff.

⁵ *Schwintowski*, NJOZ 2018, 1601, 1606 ff.

⁶ Allen voran *Kurzweil*, Menschheit 2.0, 200.

⁷ *Han*, Psychopolitik, 90.

⁸ *Hawking*, Kurze Antworten, 222. Einen metaphysischen Bezug stellt auch *Simanowski*, Todesalgorithmus, 99 ff., her, der in der KI-Entwicklung einen hegelianischen Weltgeist Gestalt annehmen sieht, dessen „List“ es sei, den Menschen in seiner Suche nach einer Letztbegründung des eigenen Daseins (125) „als Zwischenwirt der Vernunft zu nutzen, um in der allmächtigen Wissensgestalt der künstlichen Intelligenz zu sich selbst zu kommen“. Eine vergleichbare Deutung nimmt *Harari*, Homo Deus, 515, vor, wonach es die Bestimmung des Menschen in einer Welt des maximalen Datenflusses sei, ein „kosmische[s] Datenverarbeitungssystem“ zu schaffen.

Fabriken, Produktions- und Wertschöpfungsprozesse werden digitalisiert und unter Einbindung von Kunden miteinander vernetzt, Büros sind übersät mit Flachbildschirmen, in den Hosentaschen der Beschäftigten ertönen in Echtzeit synchronisierte *Smartphones*, ganz zu schweigen von sog. *Wearables*, die als Armbänder, Datenbrillen oder *Exoskelette* den Mitarbeiter durch seinen Arbeitstag begleiten.⁹ Hinzu kommen digitale Anwendungen, die es Beschäftigten im *Home Office* ähnlich wie *Gig-* und *Crowdworkern* erlauben, die hergebrachten räumlichen, zeitlichen, gegenständlichen sowie personellen Kontinuitäten von Arbeit nach und nach zu überwinden.¹⁰ Überhaupt: Boten Überlegungen hinsichtlich firmeninterner *Social Participation Rankings* noch im Jahr 2014 Anlass für fiktionale Ausdeutungen,¹¹ zeigen Untersuchungen sog. *Social Graph*-Methoden, dass algorithmisch vermittelte Beurteilungen über die innerbetriebliche Reputation von Mitarbeitern alles andere als ferne Zukunftsszenarien darstellen.¹² Digitalisierung und KI, das geben die genannten Vorboten einer „vierten industriellen Revolution“¹³ ebenso zu verstehen wie sozioökonomische Prognosen,¹⁴ werden das Arbeitsleben tiefgreifend verändern.¹⁵

Welches Gesicht die Arbeitswelt in Zukunft zeigen wird, dürfte bei all dem nicht zuletzt davon abhängen, in welchem Grad „intelligente“ Lösungen „autonom“¹⁶ KI-Systeme Eingang in die Arbeitsbeziehung finden. Konkret: Versprechen Verfahren wie *People Analytics* „smarte“ Lösungen in Personalangelegenheiten, scheint es aus Sicht des Arbeitgebers kaum empfehlenswert, künftig noch auf das „Bauchgefühl“ seines Personalleiters vertrauen zu müssen.¹⁷ Liegt es nicht näher, der Empfehlung algorithmischer Auswahlssysteme zu folgen, die mittels Sprachanalyse-Software maßstabsgetreue Persönlichkeitsbilder über Mitarbeiter wie Bewerber zeichnen und unter Abgleich mit dem Anforderungsprofil an eine bestimmte Stelle den „geeignetsten“ Kandidaten ermitteln? Weitergedacht: Was spricht dagegen,

⁹ S. den Überblick bei *Götz*, Personalmanagement, 29 f.

¹⁰ Hierzu *Schwarze*, in: Hanau/Matiaske, Entgrenzung von Arbeitsverhältnissen, 49, 51 f.

¹¹ *Eggers*, The Circle.

¹² Im Einzelnen *Höller/Wedde*, Mitbestimmungspraxis 10/2018, 9 f., 16 ff.

¹³ Eingehend *Obermaier*, in: ders., Hdb. Industrie 4.0, 3, 9 ff.

¹⁴ Die Prognosen lassen sich grob in eine pessimistische und eine optimistische Lesart einteilen, die, je nach Couleur, eine technologisch vermittelte Massenarbeitslosigkeit in Aussicht stellen; s. insbesondere *Frey/Osborne*, Technological Forecasting and Social Change 144 (2017), 254–280, die 47 % der Arbeitsplätze in den USA für von der Automatisierung bedroht („high risk“) halten. Dagegen ordnet die OECD *nur* 14 % der Arbeitsplätze der „high risk“-Kategorie (Wahrscheinlichkeit der Automatisierung über 70 %) zu; s. *Nedelkoska/Quintini*, OECD Social, Employment and Migration Working Papers, No. 202. Die optimistische Lesart geht im Wesentlichen davon aus, dass bloß eine Verschiebung der Arbeitskraftnachfrage stattfinden werde, s. etwa *Südekum*, in: Arnold/Wangermann, Digitalisierung und Künstliche Intelligenz, 45, 47 ff.; vgl. auch den Überblick bei *Chiu*, in: Dederer/Shin, Künstliche Intelligenz und juristische Herausforderungen, 63, 66 ff.

¹⁵ Zu den arbeitsrechtlichen Folgen *Günther*, in: Benecke, Unternehmen 4.0, 63 ff.

¹⁶ Auf die Hervorhebung wird im Folgenden verzichtet.

¹⁷ *Götz*, Personalmanagement, 25.

„evidenzbasierte“ KI-Systeme mit der Aufgabe zu betrauen, Personalangelegenheiten einer unmittelbaren Klärung zuzuführen, ohne dass noch ein menschlicher Entscheidungsträger an Fragen der Beförderung, Abmahnung oder Kündigung zu beteiligen wäre?

Dass all dies kein konturloses Zukunftsszenario darstellt (noch einer diffusen Technikskepsis entspringt), zeigt das Beispiel des amerikanischen Onlineversandhändlers *Amazon*. Erreichen Mitarbeiter wiederholt ihre Leistungsziele nicht, generiert ein algorithmisches System kurzerhand eine entsprechende Abmahnung (bzw. eine Kündigung), ohne dass ein Mensch in diesem Prozess involviert ist:

„Amazon’s system tracks the rates of each individual associate’s productivity and automatically generates any warnings or terminations regarding quality and productivity without input from supervisors. [...] If an associate receives two final written warnings or a total of six written warnings within a rolling 12-month period, the system automatically generates a termination notice.“¹⁸

Das System wird von *Amazon* außerdem dazu eingesetzt, die Zeit zu ermitteln, die Mitarbeiter nicht am Arbeitsplatz verbringen (sog. *Time off Task, ToT*). Auf dieser Grundlage werden nach festem Schema Personalmaßnahmen ergriffen: Bei einer *ToT* von 30 Minuten bis zu einer Stunde erfolgt eine „erste“ Abmahnung; bei einer *ToT* von einer bis zu zwei Stunden ergeht eine „finale“ Abmahnung; bei einer *ToT* ab zwei Stunden wird das Arbeitsverhältnis gekündigt. Der Vorgesetzte kann von dem Ausspruch einer Abmahnung nur absehen, wenn der Mitarbeiter einen plausiblen Grund („reasonable excuse“) für seine Abwesenheit vorbringt.

Fernab ihrer Anwendungsmöglichkeiten im Personalwesen wird der Arbeitgeber auch auf die Effizienzgewinne hinweisen, die sich unter Einsatz technischer Entscheidungssysteme im täglichen Arbeitsablauf generieren lassen. Als Vorbild könnte ihm hier das japanische Unternehmen *Hitachi* dienen, dessen betriebsinternes KI-System Nachfragevolatilitäten auswertet und auf dieser Grundlage spezifische Arbeitsanweisungen erteilt. Hierdurch soll es *Hitachi* nach eigener Auskunft gelungen sein, im logistischen Bereich eine Effizienzsteigerung von 8 % zu erzielen.¹⁹

Die Vorteile automatisierter Weisungen lassen sich ganz anschaulich beschreiben: Wird Kommissionierern durch sog. *Pick by Voice*-Systeme unter Einsatz von *Headsets* (bzw. durch sog. *Pick by Vision*-Systeme mittels Datenbrillen) algorithmisch der Weg zum Stellplatz eines Produkts vorgegeben,²⁰ das es versandfertig zu machen gilt, erübrigen sich händisch auszufüllende Packlisten ebenso wie ent-

¹⁸ S. Schreiben der Kanzlei *Morgan Lewis* v. 04.09.2018, S. 2 f. (zum Folgenden s. dort unter Fn. 2), abrufbar unter https://cdn.vox-cdn.com/uploads/chorus_asset/file/16190209/amazon_terminations_documents.pdf (zuletzt abgerufen am 29. 12. 2022).

¹⁹ Pressemitteilung von *Hitachi* v. 04.09.2015, abrufbar unter <http://www.hitachi.com/New/news/month/2015/09/150904.pdf> (zuletzt abgerufen am 29. 12. 2022).

²⁰ Das Unternehmen *Picavi* wirbt auf seiner Website anschaulich mit dem Slogan: „Let us be your guide“.