

# Bestehende und künftige Regelungen des Einsatzes von Algorithmen im HR-Bereich

Prof. Dr. Kai v. Lewinski (Passau)/Diplom-Jurist (Univ.)  
Raphael de Barros Fritz, LL.M. (Tulane)/cand. iur.  
Katrín Biermeier (Passau)



# Inhaltsverzeichnis

<b>1. Teil: Einleitung</b> .....	<b>4</b>
<b>A. Algorithmen: (k)eine juristische (Arbeits)Definition</b> .....	<b>4</b>
<b>B. Einsatzmöglichkeiten am Arbeitsplatz</b> .....	<b>5</b>
<b>C. Darstellung in einer Matrix</b> .....	<b>6</b>
I. Matrix, Profil und Topographie als Ordnungsrahmen und Analyseinstrumente .....	6
II. Methodische Schwachpunkte einer Matrixdarstellung .....	7
<b>2. Teil: Hauptteil</b> .....	<b>8</b>
<b>A. Schadensersatz</b> .....	<b>8</b>
I. Arbeitsrecht.....	8
II. Datenschutzrecht.....	9
III. Diskriminierungsrecht .....	10
IV. Sonstige Regelungen .....	18
V. Profil der Regelungen.....	19
<b>B. Anwendung algorithmischer Verfahren auf einzelne Arbeitnehmer</b> .....	<b>20</b>
I. Arbeitsrecht.....	20
II. Datenschutzrecht.....	21
III. Antidiskriminierungsrecht .....	28
IV. Sonstige Regelungen .....	29
V. Profil der Regelungen.....	29
<b>C. Einsatz im Betrieb (Anwendung auf Belegschaften)</b> .....	<b>30</b>
I. Arbeitsrecht.....	30
II. Datenschutzrecht.....	36
III. Antidiskriminierungsrecht .....	36
IV. Sonstige Regelungen .....	37
V. Profil der Regelungen.....	37

<b>D. Technikrecht</b> .....	37
I. Arbeitsrecht.....	37
II. Datenschutzrecht.....	38
III. Antidiskriminierungsrecht .....	39
IV. Sonstige Regelungen .....	39
V. Profil der Regelungen.....	42
<b>E. Gesamtgesellschaftliche Regelungen</b> .....	42
I. Arbeitsrecht.....	42
II. Datenschutzrecht.....	42
III. Antidiskriminierungsrecht .....	42
IV. Sonstige Regelungen .....	43
V. Profil der Regelungen.....	45
<b>F. Topographie des HR-Algorithmensrechts</b> .....	46

# Teil 1: Einleitung

Umwälzungen durch algorithmisch gesteuerte, komplexe Automatisierungsverfahren werden oft mit der Einführung von Elektrizität verglichen.<sup>1</sup> Für die Arbeitswelt würde sich freilich, wenn man das Umwälzungspotential betonen will, womöglich eher der Vergleich mit der Dampfmaschine anbieten, die sich viel unmittelbarer auf die Arbeitswelt ausgewirkt hat. Jedenfalls haben solche technischen Umbrüche immer Rückwirkungen auch auf das Recht. Die geltenden Regelungen für den Einsatz von algorithmischen Systemen in der Arbeitswelt und mögliche künftige Normierungsstrategien sollen aus einer juristischen Perspektive beleuchtet werden – auch wenn die Überlegungen zum Ende hin immer rechtspolitischer werden und damit mögliche künftige politischen Entscheidungsspielräume umschreiben.

## A. Algorithmen: (k)eine juristische (Arbeits )Definition

Eine grundlegende mathematisch-informatische Definition beschreibt Algorithmen als ein Verfahren, welches gegebene Eingabeinformationen (sog. *Input*) aufgrund eines Systems von Anweisungen und Befehlen in Ausgabeinformationen (*Output*) umformt<sup>2</sup>. Bei Algorithmen geht es also im Kern um die Verarbeitung von Informationen zur schrittweisen Lösung eines Problems entsprechend einer

Reihe von Anweisungen und Befehlen. Auf diese werden sich auch theoretische Informatiker und Mathematiker einigen können.

Die angewandte Informatik jedoch geht überraschenderweise zurückhaltender mit einer Definition um. So enthält das Standardwerk von *Ottmann/Widmayer* zu „Algorithmen und Datenstrukturen“ bewusst keine Definition des Begriffs des „Algorithmus“<sup>3</sup>. Allerdings kann eine rechtliche Analyse der Arbeitsweise eines Algorithmus nicht ohne eine Begriffsbestimmung auskommen, die zumindest die wesentlichen Merkmale eines Algorithmus umfasst.

Im sozial- und rechtswissenschaftlichen Kontext werden „Algorithmen“ aber nicht nur wegen des Vorgegebenseins von Lösungsschritten diskutiert, sondern v.a. wegen der inzwischen für den Menschen immer schwerer zu durchschauenden Komplexität der von ihnen gesteuerten Systeme. Nicht nur kann der Mensch die Wechselbeziehungen und Parameter ohne (algorithmische!) Hilfsmittel nicht mehr begreifen. Sondern die Technik des Maschinenlernens und der Künstlichen Intelligenz (KI) führt dazu, dass Computer die Algorithmen mehr oder minder stark anpassen und modifizieren können, was die Nachvollziehbarkeit durch den Menschen weiter erschwert<sup>4</sup>.

Unter Algorithmus soll vorliegend jedes im konkreten Einsatz angesichts seiner Komplexität (teil)autonomes

1 Z.B. F.A.S. v. 12.06.2017, S. 20.

2 So *Barth*, *Algorithmik für Einsteiger*, 2. Aufl. 2014, S. 8; ähnlich *Barocas/Rosenblat* u.a., *Data & Civil Rights: Technology Primer*, 2014, S. 3 (abrufbar unter: <http://www.datacivilrights.org/pubs/2014-1030/Technology.pdf>, zul. abgerufen am 07.10.2019); *Barocas/Selbst*, *California Law Review* 2016, S. 732, Fn. 10; *Papadrimou*, *Computational Complexity*, 1993, S. 3; *Keats Citron*, *Washington University Law Review*, 2008, S. 1257; *Martini/Nink*, *NVwZ-Extra* [Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht] 2017, S. 2; *Hoffmann-Riem*, in: ders., *Big Data – Regulative Herausforderungen*, 2018, S. 14; *Martini*, *JZ* [Juristenzeitung] 2017, S. 1017; *Ernst*, *JZ* [Juristenzeitung] 2017, S. 1026.

3 *Ottmann/Widmayer*, *Algorithmen und Datenstrukturen*, 6. Aufl. 2017, S. 1. – Hierbei soll es sich um eine „eher philosophische“ Frage handeln.

4 Vgl. *Martini*, *Blackbox Algorithmus*, 2019, S. 19 ff.

Verfahren gefasst werden, das ausgehend von einer Vielzahl an Parametern (*Input*) eine Entscheidung<sup>5</sup> trifft bzw. jedenfalls einen Entscheidungsvorschlag macht (*Output*). Den bedeutendsten Teil des Inputs stellen in der Praxis wohl Datensätze dar, die den Algorithmus trainieren und einsetzbar machen.

## B. Einsatzmöglichkeiten am Arbeitsplatz

Um dieser (eher allgemeinen) Begriffsbestimmung Konturen zu verleihen, sollen im Folgenden Einsatzmöglichkeiten von Algorithmen am Arbeitsplatz dargestellt werden:

Der Einsatz von Algorithmen ist bereits im Vorfeld eines Arbeitsverhältnisses denkbar, nämlich bei dem Bewerbungsverfahren („Digital Recruiting“)<sup>6</sup>. So kann etwa versucht werden, die zukünftige Arbeitsleistung eines Bewerbers oder seine Zuverlässigkeit vorherzusagen (sog. Scoring als ein Spezialfall<sup>7</sup> des Profiling, vgl. § 31 BDSG n.F.<sup>8</sup>). Im Folgenden soll die Einsatzmöglichkeit zu Einstellungszwecken jedoch

weitestgehend ausgeklammert bleiben.

Im Rahmen dieses Beitrags hat die Verwendung von Algorithmen bei Personalentscheidungen Vorrang. Insbesondere aufgrund der Industriellen Revolution (Industrie 4.0), die im Kern die durchgehende Vernetzung von Produktion und Logistik bedeutet<sup>10</sup>, werden Algorithmen zu einem festen Bestandteil des Arbeitslebens<sup>11</sup>. So werden Algorithmen nicht nur zur Vernetzung zwischen intelligenten Maschinen, Lagersystemen und Betriebsmitteln verwendet, sondern mittels Erstellung von Mitarbeiter- und Belegschaftsprofilen z.B. auch etwa zur Verteilung von Arbeitsschichten auf die Arbeitnehmer<sup>12</sup> und zur leistungsabhängigen Beförderung<sup>13</sup>. Daneben können algorithmengestützte Systeme auch die Förderung einzelner Mitarbeiter zum Gegenstand haben<sup>14</sup>. Umgekehrt kann durch Rückkopplung der Auswertung generierter Ergebnisse ebenso die Anwendung selbst optimiert werden<sup>15</sup>. Schlagworte insoweit sind das Personalmanagement allgemein (Einsatz- und Schichtplanung), aber auch strategisches HR-Management und die Steuerung agiler Arbeitsorganisationen<sup>16</sup>.

- 
- 5 Wenn hier von „Entscheidung“ die Rede ist, dann nicht im Sinn menschlicher Entscheidungen, die Intentionalität voraussetzen. Technische Automatisierungsverfahren gründen auf quantifizierenden Modellen, die auf der Basis eines Datenbestandes und eines Kommando-Regelwerkes Wahrscheinlichkeiten berechnen und der Wahrscheinlichkeit entsprechend Tätigkeiten ausführen. Diese Technologien führen folglich a priori getroffene Entscheidungen aus. Für die Ausführung verfügen diese Systeme über eine beschränkte Anzahl von Optionen, um ihre Ergebnisse zu optimieren. Sie treffen selbst keine Entscheidung. Die Entscheidungen werden vorab im System- und Datendesign sowie in der Datenauswahl von Menschen abstrakt-generell getroffen. Erst die Ausführung der konkret-individuellen Entscheidung nach abstrakt-generellen Parametern erfolgt durch eine nicht-menschliche Instanz.
- 6 Hierzu Überblick bei *Dzida/Groh*, NJW [Neue Juristische Wochenschrift] 2018, S. 1917 ff.
- 7 *Herbst*, in: Auerhammer, 6. Aufl. 2018, Art. 22 DSGVO Rn. 12; *Bomhard*, Automatisierung und Entkollektivierung betrieblicher Arbeitsorganisation, 2019, 48 Rn. 151 u. 66 Rn. 222.
- 8 Ausführlich hierzu unten 2. Teil B. II. 2. c) aa).
- 9 Vgl. *Martini*, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 53 f.
- 10 Vgl. hierzu ausführlich Forschungsunion/acatech, Umsetzungsempfehlungen für das Zukunftsprojekt Industrie 4.0. Abschlussbericht des Arbeitskreises Industrie 4.0, 2013.
- 11 Vgl. *Nebel*, ZD [Zeitschrift für Datenschutz] 2018, S. 520; *Krause*, NZA-Beil. [Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht] 2017, S. 53; *Schürmann*, DSRITB [Deutsche Stiftung für Recht und Informatik – Tagungsband] 2016, S. 501; Strategie Künstliche Intelligenz der Bundesregierung, BT-Drucks. 19/5880, S. 25 ff.
- 12 Vgl. bspw. *KapaflexCy*, <http://www.kapaflexcy.de/de/projekt/projektansatz.html>.
- 13 Vgl. das Vorhaben des People Analytics Team von Google (dazu *Biemann/Weckmüller*, PERSONALquarterly, 04/16, 44); s. hierzu auch *Schürmann*, DSRITB [Deutsche Stiftung für Recht und Informatik – Tagungsband] 2016, S. 501.
- 14 *Schürmann*, DSRITB [Deutsche Stiftung für Recht und Informatik – Tagungsband] 2016, S. 501.
- 15 Ebd.
- 16 Algorithmen können daneben durchaus auch arbeitnehmerseitig eingesetzt werden, etwa zur Abschätzung von Abfindungen, vgl. F.A.Z v. 16./17.06.2018, S. C 2.

## C. Darstellung in einer Matrix

Die Einsatzmöglichkeiten von Algorithmen bei Personalentscheidungen sind also vielfältig. Dies führt dazu, dass beim Einsatz von Algorithmen eine Vielzahl von rechtlichen Fragen aufgeworfen wird, die unterschiedliche Rechtsgebiete berühren und die unterschiedliche Regelungsansätze zur Anwendung bringen. Im 2. (Haupt) Teil der Arbeit soll dieser rechtliche Rahmen dargestellt werden.

### I. Matrix, Profil und Topographie als Ordnungsrahmen und Analyseinstrumente

Die äußere Ordnung dieser Darstellung ist die einer Matrix<sup>17</sup>.

#### 1. Matrix

Die hier verwendete zweidimensionale Matrix enthält auf der x-Achse die wesentlichen einschlägigen Rechtsgebiete für den Beschäftigtendatenschutz; dies sind das (eigentliche) Arbeitsrecht (immer I.), das Datenschutzrecht (immer II.) und das Antidiskriminierungsrecht (immer III.). Daneben wird immer auch noch ein Blick auf sonstige Regelungen (immer IV.) geworfen.

Auf der y-Achse wird der Ansatzpunkt bestehender oder potentieller Regelungen abgebildet. Es beginnt bei der Schadenersatzhaftung für die Verletzung eines Rechtsguts des Beschäftigten (A.). Dann setzt es sich fort bei der rechtlichen Regelung der (bloßen) Anwendung algorithmischer Verfahren auf einen einzelnen Beschäftigten (B.), es folgen die rechtlichen Regelungen der Anwendung algorithmischer Verfahren auf einer Mehr- oder Gesamtheit von Beschäftigten (Belegschaft) (C.). Daraufhin kommt die Regelung von Technik an sich (D.). Und schließlich sind gesamtgesellschaftliche Regelungen aufgeführt (E.).

#### 2. Profil

Während eine Betrachtung entlang der y-Achse der klassischen systematischen Lehrbuchdarstellung der jeweiligen Rechtsgebiete entspricht, zeigt sich entlang der x-Achse das hier so genannte „Profil“ der Regelung (immer V.). Der Begriff des Profils ist dem Höhenprofil entlehnt, mit dessen Hilfe man in der Geographie die Höhen und Senken einer bestimmten Strecke ermessen kann.

So kann man etwa unter A. erkennen, dass sowohl das Datenschutzrecht (A.II.) als auch das Arbeitsrecht (A.I.) in geringerem Maße auf Haftungsregelungen setzt als etwa das Antidiskriminierungsrecht (A.III.). Dagegen sieht man bei der Anknüpfung an den Einzelnen betreffende Verfahren (B.) einen Regelungsschwerpunkt im Datenschutzrecht (B.II.), und hinsichtlich der kollektivrechtlichen Regelungen liegt der Schwerpunkt im Arbeitsrecht (C.I.).

#### 3. Topographie

So wie in der Geographie gerne Profile hintereinandergestellt werden, um die Höhenstruktur eines Gebietes zu illustrieren, so dient die Zusammenschau der einzelnen Profile (immer V.) dazu, die „Topographie“ des HR-Algorithmenrechts (F.) zu erfassen.

So erkennen wir „Regelungsgebirge“ (etwa A.III., B.II., C.I.) im oberen, „nördlichen“ Teil (A., B. u. C.) und eine unregelmäßige Ebene im unteren, „südlichen“ Teil (D. u. E.), der freilich nicht ganz ohne Erhebungen ist, jedenfalls aber nach unten hin immer weiter ausläuft.

<sup>17</sup> Diese Überlegungen zur Matrix im hiesigen Zusammenhang wurde bereits vorveröffentlicht in v. Lewinski, InTeR [Zeitschrift zum Innovations- und Technikrecht] 2018, S. 168, S. 168 f.; zum analytischen Nutzen einer Matrix allgemein v. Lewinski, Die Matrix des Datenschutzes, 2014, S. 6 ff., insb. S. 15 f.

## II. Methodische Schwachpunkte einer Matrixdarstellung

Nun aber darf nicht unterschlagen werden, dass dieses Vorgehen einige Seitenbedingungen und immanente Schwächen hat<sup>18</sup>:

### 1. Definition der Regelungsfelder und Rechtsgebiete

So hängt die Definition der Regelungsfelder (y-Achse) und Rechtsgebiete (x-Achse) vom jeweiligen eigenen Vorverständnis ab.

Welche (Rechts-)Gebiete man auswählt, hat mit der Ausbildung und fachlichen Sozialisation zu tun. Es werden häufiger die Rechtsgebiete aufgetragen, die man kennt (und deshalb für potentiell einschlägig hält). – Dieser Schwachpunkt verliert allerdings an Bedeutung, wenn man das hier vorgestellte Vorgehen nur als Hilfstechnik für die eigene Forschung versteht oder als bloße äußere Ordnung. Denn in der eigenen Forschung – so kann man argumentieren – wendet man sich am besten den Themen zu, die einem fachlich und methodisch nahe sind.

### 2. Reihenfolge der Rechtsgebiete

Ein zweiter Kritikpunkt könnte daran festgemacht werden, dass die Reihenfolge der Gesetze auf der x-Achse beliebig bzw. jedenfalls diskretionär ist. Die „Profile“ sind also hinsichtlich der Steigungen und Gefälle voraussetzungsvoll.

Wenn aber nun die „Profile“ nur eingeschränkt aussagekräftig sind, dann gilt das auch für die „Topographie“. Die Höhenzüge und Schluchten in Nord-Süd-Richtung und v.a. auch in der Diagonale sind also zufällig und haben keinen bzw. nur einen sehr eingeschränkten Erkenntniswert.

Letztlich aussagekräftig sind nur, aber jedenfalls die (absoluten) Regelungshöhen und tiefen.

---

18 Ausführlich hierzu v. *Lewinski*, InTeR [Zeitschrift zum Innovations- und Technikrecht] 2018, S. 168, S. 168 f.

## 2. Teil: Hauptteil

Die Ausübung der unternehmerischen Freiheit zum Algorithmeinsatz (auch) hinsichtlich der eigenen Belegschaften findet ihre Grenzen in entgegenstehenden individuellen, Belegschafts- oder gesamtgesellschaftlichen Rechtspositionen.

Betrachtet werden in der nachfolgenden Darstellung deshalb die den Einsatz von Algorithmen beschränkenden Regelungen. Dies ist zweifach erklärlich. Zum einen gibt es (bislang) nur wenige algorithmenfördernde Regelungen („Technikermöglichkeit durch Recht“), sondern sie werden (bislang) eher als regelungsbedürftiges Risiko begriffen. Zum anderen sind Algorithmen Mittel und Werkzeuge, deren sich jedermann im Rahmen seiner (allgemeinen) Handlungsfreiheit bzw. seiner Unternehmens- und Berufsfreiheit bedienen darf. Wenn der Einsatz von Algorithmen also grundsätzlich erlaubt ist, dann – das folgt aus der Regelungslogik – enthält das Recht als Ausnahme von dieser Grundregel vornehmlich Beschränkungen<sup>19</sup>.

### A. Schadensersatz

Die rechtliche Analyse beginnt von der individuellen Unmittelbarkeit der persönlichen Betroffenheit und Fühlbarkeit her absteigend mit dem Schadenersatzanspruch.

### I. Arbeitsrecht

Für im betrieblichen und dienstlichen Kontext eingesetzte algorithmische Systeme ist der Arbeitgeber verantwortlich. Schadensersatzansprüche gegen den Arbeitgeber beim Einsatz von auf Algorithmen basierenden Systemen richten sich im Bereich des Arbeitsrechts in erster Linie nicht nach bereichsspezifischen, sondern nach den allgemeinen, im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) enthaltenen Vorschriften. So kommen bei Verstößen des Arbeitgebers im Rahmen eines Arbeitsvertrages jegliche vertraglichen und deliktischen Ansprüche nach den §§ 280 ff., §§ 823 ff. BGB in Betracht, die bei Vorliegen ihrer Tatbestandsvoraussetzungen dem Geschädigten den Ersatz seines Schadens ermöglichen (§§ 249 ff. BGB). Dabei setzt die Haftung des Arbeitgebers allgemein und im Einklang mit den Regeln des allgemeinen Zivilrechts Verschulden voraus; nur in Sonderkonstellationen wie dem nicht-vergüteten Einsatz von eigenem Werkzeug o.ä. des Arbeitnehmers wird über den Aufwendungsersatz (§ 670 BGB) eine verschuldenslose „Haftung“ angenommen.

Das anschaulichste Beispiel ist das eines algorithmengesteuerten Roboters, der durch eine Bewegung einen Menschen verletzt. Gedacht werden kann auch an die Übermittlung falscher Angaben aufgrund algorithmischer Entscheidungen (ADM) an die Sozialversicherung oder Finanzverwaltung, wodurch dem Betroffenen ein finanzieller Schaden entsteht.

<sup>19</sup> Im Datenschutzrecht ist die Regelungstechnik eine entgegengesetzte: Hier gilt der Grundsatz des Verbots personenbezogener Datenverarbeitung mit Erlaubnisvorbehalt (insb. Art. 6 DSGVO). – Die rechtstechnische Regelungstechnik an sich sagt als solche aber nichts über die Restriktivität der Regelung aus.



## II. Datenschutzrecht

Auch innerhalb des Datenschutzrechts spielen die im BGB vorgesehenen vertraglichen und deliktischen Anspruchsgrundlagen eine wichtige Rolle, wenn es um die Haftung des Arbeitgebers geht.

So kommt im Fall einer rechtswidrigen Verarbeitung von Beschäftigtendaten zunächst ein vertraglicher Schadensersatzanspruch nach § 280 Abs. 1 BGB in Betracht, da hierin eine Pflichtverletzung iS des § 241 Abs. 2 BGB zu erblicken ist<sup>20</sup>. Ferner kann ein deliktischer Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht gegeben sein<sup>21</sup>. Zu erwägen ist auch, gewisse datenschutzrechtliche Vorschriften (wie etwa §§ 26, 31, 37 BDSG n.F., Art. 22 DSGVO) als Schutzgesetze iS des § 823 Abs. 2 BGB<sup>22</sup> anzusehen<sup>23</sup>. Keiner dieser deliktischen Ansprüche wird von Art. 82 DSGVO verdrängt: es besteht also insoweit Anspruchskonkurrenz (vgl. ErwGr. 146 S. 4)<sup>24</sup>.

Eine genuin datenschutzrechtliche Haftungsnorm stellt Art. 82 DSGVO (früher § 7 BDSG a.F.) dar. Nach Art. 82 DSGVO haften Verantwortliche und Auftragsverarbeiter für materielle und immaterielle Schäden, die einer Person entstanden sind. Trotz seines nicht eindeutigen Wortlauts („wegen eines Verstoßes gegen diese Verordnung“) ergibt sich aus Art. 82 DSGVO eine Schadensersatzpflicht nicht nur dann, wenn gegen

die DSGVO selbst verstoßen wird, sondern auch dann, wenn mitgliedstaatlichem Recht nicht entsprochen wird, das der Umsetzung der DSGVO dient (was insbesondere bei § 26 BDSG n.F. der Fall ist)<sup>25</sup>. Dies lässt sich unmittelbar ErwGr. 146 S. 5<sup>26</sup> und mittelbar Art. 83 Abs. 1 („Verstöße gegen *diese Verordnung*“), V lit. d DSGVO entnehmen.

Ansonsten ist das Datenschutzrecht aber konzipiert als Schutz des Vorfeldes vor Persönlichkeitsverletzungen<sup>27</sup>. Es will also durch verselbständigte Schutzgüter wie das „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“ (irreversible und irreparable) Schäden am Allgemeinen Persönlichkeitsrecht oder gar der Menschenwürde verhindern<sup>28</sup>. Das Wesen dieser verselbständigten Rechtsgüter bzw. des ins Vorfeld verlagerten Rechtsschutzes ist es aber, dass eine Verletzung dieser Rechte zu keinem messbaren Schaden führt – das ist ja gerade der Sinn und die Funktion von Vorfeldschutz<sup>29</sup>.

Zudem ist ein Schaden durch einen Datenschutzverstoß oft nicht nachweisbar<sup>30</sup> oder liegt eben wegen der Vorfeldschutzkonstellation nicht vor. Dies wird noch durch die „rationale Apathie“ der Betroffenen verstärkt<sup>31</sup>.

- 
- 20 Forst, in: Auernhammer, 6. Aufl. 2018, § 26 BDSG n.F. Rn. 155. – Im vorvertraglichen Bereich ist dann an Ansprüche aus c.i.c. nach §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB zu denken (vgl. auch Stamer/Kuhnke, in: Plath, 2. Aufl. 2016, § 32 BDSG a.F. Rn. 151).
- 21 Forst, in: Auernhammer, 6. Aufl. 2018, § 26 BDSG n.F. Rn. 157; Beckschulze/Natzel, BB [Betriebs-Berater] 2010, S. 2375; allgemein zu einem Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 1 BGB im Fall der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts vgl. etwa *Wilhelmi*, in: Erman, BGB, 15. Aufl. 2017, § 823 BGB Rn. 48 u. J. Lange, in: Herberger/Martinek/Rüßmann u.a., jurisPK-BGB [juris PraxisKommentar], 8. Aufl. 2017, § 823 Abs. 1 BGB Rn. 28.
- 22 Vgl. generell hierzu *Hans*, in: Herberger/Martinek/Rüßmann u.a., jurisPK-BGB [juris PraxisKommentar], 8. Aufl. 2017, § 823 Abs. 2 BGB.
- 23 So etwa *Forst*, in: Auernhammer, 6. Aufl. 2018, § 26 BDSG n.F. Rn. 156, der aber im Fall eines Verstoßes gegen § 26 BDSG n.F. die Art. 83 Abs. 5 lit. d DSGVO, § 41 BDSG als Schutzgesetze heranzieht; zum Charakter als Schutzgesetz des § 28 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BDSG a.F.; vgl. OLG Frankfurt, Urt. v. 15.11.2004, 23 U 155/03 [juris; Rn. 27]; LG Düsseldorf, Urt. v. 26.10.2010, 7 O 469/09 [juris; Rn. 13].
- 24 *Däubler*, Gläserne Belegschaften, 7. Aufl. 2017, Rn. 625f; *Eßer*, in: Auernhammer, 6. Aufl. 2018, Art. 82 DSGVO Rn. 24.
- 25 *Eßer*, in: Auernhammer, 6. Aufl. 2018, Art. 82 DSGVO Rn. 2, 9; *Däubler*, Gläserne Belegschaften, 7. Aufl. 2017, Rn. 625g.
- 26 So auch *Eßer*, in: Auernhammer, 6. Aufl. 2018, Art. 82 DSGVO Rn. 12.
- 27 Umfassende Analyse bei v. *Lewinski*, Die Matrix des Datenschutzes, 2014, S. 17 et pass., S. 82 f.
- 28 Das Schutzgut des nun europäisierten Datenschutzrechts ist nicht mehr das Persönlichkeitsrecht, sondern der insoweit zu einem eigenständigen Schutzgut verselbständigte „Datenschutz“ (vgl. Art. 16 AEUV, Art. 8 GRCh).
- 29 v. *Lewinski*, InTeR [Zeitschrift zum Innovations- und Technikrecht] 2018, S. 168, S. 170.
- 30 Vgl. *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG, 2. Aufl. 2018, Art. 82 DSGVO Rn. 19.
- 31 Hierzu v. *Lewinski*, PinG [Privacy in Germany] 2012, S. 13.

### III. Diskriminierungsrecht<sup>32</sup>

Im Bereich des Antidiskriminierungsrechts kommt bei der Benutzung von Algorithmen neben einer Haftung des Arbeitgebers auf Schadensersatz nach Art. 82 DSGVO<sup>33</sup> insbesondere eine Haftung nach dem AGG in Betracht. Zentrale Norm für das Haftungsregime nach dem AGG ist § 15 AGG. Weil eine Haftung des Arbeitgebers im Fall des Einsatzes von Algorithmen nach dieser Norm in der Literatur bisher kaum behandelt wurde<sup>34</sup>, soll hier ausführlicher auf diese Vorschrift eingegangen und diskutiert werden, inwiefern eine Haftung nach § 15 AGG im Zusammenhang mit Algorithmen denkbar ist. Zunächst soll aber aufgezeigt werden, inwiefern die Arbeitsweise von Algorithmen in ein Spannungsverhältnis zum Antidiskriminierungsrecht geraten kann.

#### 1. Spannungsverhältnis zum Antidiskriminierungsrecht

Der Einsatz von Algorithmen am Arbeitsplatz kann in ein Spannungsverhältnis zum Antidiskriminierungsrecht geraten, weil der Zweck der Datenanalyse durch Algorithmen (insbesondere beim Einsatz von *automatisierten Systemen zur Entscheidungsassistenz im Personalmanagement*) gerade darin besteht, Zusammenhänge zwischen Daten zu ermitteln, um *abstrakt* Gruppen zu bilden (bspw. produktive und nicht produktive, zuverlässige und nicht zuverlässige Arbeitnehmer). Bei Anwendung dieser (statistischen) Erkenntnisse auf personalwirtschaftliche Einzelfälle werden Personen den algorithmisch gebildeten (abstrakten) Gruppen zugeordnet; aus der Zuordnung zu einer Gruppe werden dann Schlussfolgerungen für den Einzelfall gezogen (also etwa, dass ein bestimmter Mitarbeiter ein produktiver Arbeitnehmer sei). Gerade dieser Schluss aus der Zugehörigkeit zu einer

Gruppe, die *im Regelfall* bestimmte Eigenschaften aufweist, will aber das Antidiskriminierungsrecht vermeiden, jedenfalls für die Reihe von dort aufgezählten Merkmalen und beschränkt auf seinen sachlichen Anwendungsbereich.

So soll etwa ein Arbeitgeber nicht einen Bewerber alleine deshalb ablehnen dürfen, weil er einer bestimmten Rasse oder Religion angehört, mit der der Arbeitgeber generell bestimmte Eigenschaften verbindet.

Andererseits kann der richtige Einsatz<sup>35</sup> von Algorithmen einer Diskriminierung gerade auch entgegenwirken, da der Entscheidungsfindung statt der subjektiven Einschätzung eines Vorgesetzten jeweils eine auf mathematischer Ebene objektive Basis zugrunde gelegt wird<sup>36</sup>. Doch schon hier ist zu berücksichtigen, dass ein Algorithmus stets abhängig von eingespeisten Daten agiert. Bereits die Auswahl dieser Datensätze geschieht auf Basis bestimmter Kriterien und Erwartungen, so dass Algorithmen oft Ausdruck einer individuellen Schöpfung sind, der ein subjektiver Charakter innewohnt<sup>37</sup>.

#### 2. Haftung des Arbeitgebers nach § 15 AGG

Dies wirft die Frage auf, ob und inwieweit beim personalwirtschaftlichen Einsatz von Algorithmen eine Haftung des Arbeitgebers nach § 15 AGG entstehen kann.

32 Eine frühere Fassung dieses Abschnitts III. ist bereits selbständig veröffentlicht in v. Lewinski/de Barros Fritz, NZA [Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht] 2018, S. 620 ff.

33 Im Zusammenhang mit dem Antidiskriminierungsrecht ist Art. 82 DSGVO vor allem bei Verstößen gegen Art. 9 DSGVO zu erwägen.

34 Vgl. aber Weichert, in: Däubler/Klebe u.a., 5. Aufl. 2016, § 28b BDSG a.F. Rn. 6.

35 Vgl. hierzu Bericht des europäischen Parlaments über eine umfassende europäische Industriepolitik in Bezug auf künstliche Intelligenz und Robotik, A8-0019/2019, S. 32.

36 Schürmann, DSRTB [Deutsche Stiftung für Recht und Informatik – Tagungsband] 2016, S. 501, S. 510 f.

37 Martini, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 48 ff.

## a) Schadensersatzanspruch nach § 15 Abs. 1 AGG

### aa) Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot

§ 15 Abs. 1 AGG als Haftungsnorm setzt einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot nach § 7 Abs. 1 AGG voraus. Gemäß § 7 Abs. 1 AGG dürfen Beschäftigte nicht wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes<sup>38</sup> „benachteiligt“ werden. Wann eine Benachteiligung in diesem Sinne anzunehmen ist, richtet sich nach § 3 AGG, der in seinen Absätzen eins und zwei zwischen der unmittelbaren und mittelbaren Benachteiligung unterscheidet<sup>39</sup>.

#### (1) Unmittelbare Benachteiligung

Nach § 3 Abs. 1 AGG ist eine unmittelbare Benachteiligung dann gegeben, wenn eine Person wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes eine weniger günstige Behandlung erfährt, als sie eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Von § 3 Abs. 1 AGG werden sowohl offene als auch verdeckte<sup>40</sup> Diskriminierungen erfasst<sup>41</sup>, wobei auch verdeckte Diskriminierungen bei dem Einsatz von Algorithmen denkbar sind<sup>42</sup>.

#### (i) „Behandlung“

Im hiesigen Zusammenhang stellt sich zunächst die Frage, ob das Ergebnis algorithmischer Auswertungen rechtlich eine „Behandlung“ iS des § 3 Abs. 1 AGG sein kann.

Bei dem Einsatz von Algorithmen kann man zunächst erwägen, auf den Algorithmus abzustellen und dessen *Output* (also das Ergebnis seiner Datenanalyse und der darauf basierenden Entscheidung) als die „Behandlung“ iS des § 3 Abs. 1 AGG anzusehen. Nach herkömmlicher Auffassung wird indes für eine „Behandlung“ ein *menschliches* Tun oder Unterlassen vorausgesetzt<sup>43</sup>. Eine Ausnahme zu dem Erfordernis einer *menschlichen* Handlung könnte man allerdings im Zusammenhang mit Algorithmen in solchen Fällen erwägen, in denen ein algorithmisches System wegen seines automatisierten bzw. autonomen Verfahrens letztlich de facto selbst die Entscheidung (etwa im Rahmen eines Bewerbungsverfahrens oder für eine Beförderung oder die Entscheidung über den Einsatzort oder einen Schichtplan) anstelle des Arbeitgebers trifft. Folge einer derartigen Erweiterung des Begriffs der „Behandlung“ wäre dann, dass unmittelbar auf den vom Algorithmus produzierten Output für die AGG-rechtliche Haftung angeknüpft werden könnte. Ob dies tatsächlich angenommen werden soll, kann aber wegen Art. 22 DSGVO in den meisten Fällen dahinstehen. Art. 22 DSGVO (s.u. 2. Teil B. II. 3.) fordert nämlich für eine rechnergestützte Entscheidung, dass sie nicht ausschließlich vom Computer getroffen wird. Deshalb muss (bis auf Ausnahmefälle) schon aus datenschutzrechtlichen Gründen ein Mensch dazu- oder dazwischentreten, dessen Handlung dann AGG-rechtlich unproblematisch eine „Behandlung“ darstellt<sup>44</sup>.

38 Und auch *nur* wegen eines der in § 1 AGG genannten Gründe (vgl. hierzu zutreffend *Serr*, in: Staudinger, 2018, § 1 AGG Rn. 3).

39 Auf § 3 Abs. 3–5 AGG wird hier nicht eingegangen, da im Fall des Einsatzes eines Algorithmus Benachteiligungen nach § 3 Abs. 3–4 AGG kaum denkbar sind und im Bereich des allgemeinen Zivilrechts die in § 3 Abs. 5 AGG geregelten Sachverhalte bereits regelmäßig über die zivilrechtlichen Zurechnungsnormen (§§ 31, 278, 831 BGB) erfasst werden.

40 Vgl. zu diesem Begriff *Thüsing*, in: Münchner Kommentar, 7. Aufl. 2015, § 3 AGG Rn. 15; BAG, AP Nr. 217 zu BetrVG 1972 § 112 Rn. 23; BAG, Urt. v. 14.01.2015, 7 AZR 880/13 [Juris; Rn. 40].

41 *Thüsing*, in: Münchner Kommentar, 7. Aufl. 2015, § 3 AGG Rn. 15; BAG, Urt. v. 07.06.2011, 1 AZR 34/10 [Juris; Rn. 23]; BAG, Urt. v. 19.12.2013, 6 AZR 190/12 [Juris; Rn. 46]; BAG, Urt. v. 14.01.2015, 7 AZR 880/13 [Juris; Rn. 40].

42 Beruht nämlich der Output des Algorithmus auf Merkmalen, die nur bei einer bestimmten Personengruppe vorhanden sind (bspw. Schwangerschaft), so dass diese Gruppe durch die vom Algorithmus produzierten Ergebnisse benachteiligt wird, so ist eine verdeckte Diskriminierung gegeben.

43 *Roloff*, in: BeckOK-ArbR [Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht], 47. Ed., Stand: 01.03.2018, § 3 AGG Rn. 2; *Broy*, in: Herberger/Martinek/Rüßmann u.a., jurisPK-BGB [Juris PraxisKommentar], 8. Aufl. 2017, § 3 AGG Rn. 15; *Armbrüster*, in: Erman, 15. Aufl. 2017, § 3 AGG Rn. 4.

44 Diese Frage ist, obwohl sich die Argumentationslinien teilweise überschneiden, nicht mit derjenigen zu verwechseln, ob § 278 BGB im Rahmen des § 15 Abs. 1 S. 2 AGG auf Maschinen analog angewendet werden soll (s.u. A. III. 2. a) cc)). Denn bei § 3 Abs. 1 AGG spielt es schon nach dem Wortlaut der Norm keine Rolle, wer eine Person ungünstig „behandelt“ (vgl. auch § 7 Abs. 1 AGG, der ebenfalls keine Einschränkung auf Adressatenseite vorsieht; hierzu insb. *Rieble*, in: Staudinger, 2018, § 7 AGG Rn. 5). Eine Zurechnung über § 278 BGB kann also nur im Rahmen des § 15 Abs. 1 S. 2 AGG Relevanz erlangen, also bei der Frage, ob die „Behandlung“ durch den Algorithmus dem Arbeitgeber, der bei § 15 Abs. 1 AGG passivlegitimiert ist, zuzurechnen ist (bzw. bei § 15 Abs. 2 AGG, wenn man dort § 278 BGB analog heranzieht, vgl. u. 2. Teil A. III. 2. a) cc)).

Der sachliche Anwendungsbereich des AGG ist nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 AGG auch für Konstellationen eröffnet, in denen die algorithmische Kriterienbildung (die „Handlung(en)“) zeitlich im Vorfeld der Entscheidung des Arbeitgebers über die Einstellung zu verorten sind, zu einem Zeitpunkt also, zu dem noch kein Arbeitsverhältnis zwischen dem Arbeitnehmer und -geber bestanden hat.<sup>45</sup> Die Entscheidung des Arbeitgebers, einen Algorithmus beim Bewerbungsverfahren einzusetzen, spielt etwa dann hinsichtlich des Zugangs zu einer Erwerbstätigkeit bei seinem Unternehmen eine Rolle, wenn aufgrund des Ergebnisses der Arbeit des Algorithmus ein bestimmter Bewerber abgelehnt wird.

#### (ii) „weniger günstige Behandlung“

§ 3 Abs. 1 AGG setzt ferner voraus, dass die Person eine „weniger günstige Behandlung“ erfährt, als sie eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Erforderlich ist ein objektiver Nachteil für den Betroffenen in Form einer Zurücksetzung; eine bloß objektive Verschiedenbehandlung genügt also nicht.<sup>46</sup> Für die Ermittlung eines solchen Nachteils ist die Sicht eines verständigen Dritten maßgebend.<sup>47</sup> Der in Frage stehende Nachteil muss nicht zwangsläufig materieller Natur sein. Vielmehr genügt es auch, wenn im Rahmen einer Auswahlentscheidung (wie etwa bei einer Beförderung) der Betroffene nicht in die Auswahl einbezogen, sondern vorab „aussortiert“ wird, ihm also eine Chance versagt wird<sup>48</sup>.

Anders als im amerikanischen Recht<sup>49</sup> genügt für eine „Benachteiligung“ iS des § 3 AGG aber auch nicht schon die bloße diskriminierende Absicht des Arbeitgebers. Dementsprechend muss der Arbeitnehmer in einem Fall, in dem er einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot nach § 7 Abs. 1 AGG rügt, darlegen, dass ihm ein objektiver Nachteil entstanden ist.

Bei dem Einsatz von Algorithmen im Rahmen von Personalentscheidungen bestehen im Vergleich zu den Fällen, in denen Personalentscheidungen ohne die Einschaltung von Algorithmen getroffen werden, keine großen Besonderheiten. Insbesondere kann in dem Fall, in dem sich eine Person um eine Stelle bewirbt und später aufgrund des Einsatzes des Algorithmus nicht zum Bewerbungsverfahren eingeladen wird, unter Rekurs auf die oben, bei Fn. 46 genannte Rspr. eine „weniger günstige Behandlung“ bejaht werden.

#### (iii) Kausalität

Ferner verlangt § 3 Abs. 1, Abs. 2 AGG, dass die Benachteiligung *wegen* eines der in § 1 AGG genannten Gründe erfolgt. Dieses Erfordernis ist nicht dahingehend zu verstehen, dass eine Benachteiligungsabsicht oder ein Benachteiligungsvorsatz erforderlich ist<sup>50</sup>. Vielmehr genügt eine Kausalität im Sinne einer *Conditio sine qua non*<sup>51</sup>. Diese ist dann zu bejahen, wenn die Benachteiligung an einen oder mehrere der in § 1 AGG genannten Gründe anknüpft oder dadurch motiviert ist<sup>52</sup>. Bei einem Motivbündel kommt

45 *Block*, in: BeckOGK [Beck'scher Online-Großkommentar], Stand: 01.03.2018, § 2 AGG Rn. 28.

46 BAG, NZA 2010, S. 563 [Rn. 25]; BAG, NZA [Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht] 2013, S. 38 [Rn. 21]; *Thüsing*, in: Münchner Kommentar, 7. Aufl. 2015, § 3 AGG Rn. 2, 9; *Schlachter*, in: Erfurter Kommentar, 18. Aufl. 2018, § 3 AGG Rn. 2; *Bauer/Krieger*, 4. Aufl. 2015, § 3 AGG Rn. 7; *Linck*, in: Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, 17. Aufl. 2017, § 36 Rn. 36.

47 Vgl. BAG, NJW [Neue Juristische Wochenschrift] 2012, S. 2059 [Rn. 20]; BAG, NZA [Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht] 2013, S. 38 [Rn. 21].

48 BAG, Urt. v. 28.05.2009, 8 AZR 536/08 [juris; Rn. 31]; BAG, Urt. v. 19.08.2010, 8 AZR 466/09 [juris; Rn. 33]; BAG, NZA 2013, S. 38 [Rn. 22]; BAG, NZA 2014, S. 84 [Rn. 36]; *Schlachter*, in: Erfurter Kommentar, 18. Aufl. 2018, § 3 AGG Rn. 2.

49 Vgl. hierzu insbesondere *Primus*, Mich. L. Rev. [Michigan Law Review] 2010, S. 1341, S. 1350 ff.

50 *Thüsing*, in: Münchner Kommentar, 7. Aufl. 2015, § 3 AGG Rn. 8; *Schlachter*, in: Erfurter Kommentar, 18. Aufl. 2018, § 3 AGG Rn. 2; BAG, NJW [Neue Juristische Wochenschrift] 2011, S. 2460 [Rn. 33]; *Roloff*, in: BeckOK-ArbR [Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht], 47. Ed., Stand: 01.03.2018, § 3 AGG Rn. 12, der zur Begründung auch auf einen Gegenschluss aus § 15 Abs. 1 AGG verweist; *Broy*, in: Herberger/Martinek/Rüßmann u.a., jurisPK-BGB [juris PraxisKommentar], 8. Aufl. 2017, § 3 AGG Rn. 7; *Armbrüster*, in: Erman, 15. Aufl. 2017, § 3 AGG Rn. 10; BAG, Urt. v. 17.08.2010, 9 AZR 839/08 [juris; Rn. 31]; BAG, Urt. v. 16.02.2012, 8 AZR 697/10 [juris; Rn. 42].

51 *Kamanabrou*, RdA [Recht der Arbeit] 2006, S. 325; *Thüsing*, in: Münchner Kommentar, 7. Aufl. 2015, § 3 AGG Rn. 8.

52 BAG, Urt. v. 17.12.2009, 8 AZR 670/08 [juris; Rn. 19]; BAG, Urt. v. 11.08.2016, 8 AZR 809/14 [juris; Rn. 48]; BAG, Urt. v. 27.04.2017, 6 AZR 119/16 [juris; Rn. 26]; BAG, NJW [Neue Juristische Wochenschrift] 2011, S. 2460; *Block*, in: BeckOGK [Beck'scher Online-Großkommentar], Stand: 01.03.2018, § 3 AGG Rn. 48 f., der aber auch zutreffend darauf hinweist, dass die Begriffe der „Motivation“ oder des „Motivbündels“ irreführend sind, da es gerade nicht auf die subjektive Einstellung des Benachteiligten ankommt.

es darauf an, ob in diesem auch eines der in § 1 AGG genannten Merkmale enthalten ist<sup>53</sup>. Hat der Arbeitgeber indes keine positive Kenntnis vom in § 1 AGG genannten Merkmal, so ist es nicht kausal für eine Benachteiligung<sup>54</sup>. Derzeit noch durchweg ungeklärt ist, ob und inwiefern dem Arbeitgeber das Wissen eines Algorithmus zuzurechnen ist<sup>55</sup>.

Wenn Algorithmen zur Analyse großer Datenmengen eingesetzt werden, ist es kaum denkbar, dass bloß *ein* Merkmal signifikant ist.<sup>56</sup> Es stellt sich also die Frage, ob selbst bei der Verwendung von nach AGG verpönten Merkmalen eine auf einem algorithmenbasierten System beruhende Entscheidung *gerade wegen* eines der aufgrund des AGG verpönten Merkmale erfolgte. Dieses Problem ließe sich noch durch eine Analogie zu den Fällen eines Motivbündels überwinden, so dass es genügen würde, dass dargelegt wird, dass das verpönte Merkmal für das Ergebnis mitursächlich war. Ein solcher Beweis wird aber im Regelfall schwer zu erbringen sein. Denn die Anzahl an Merkmalen, die beim Data Mining analysiert werden, führen zusammen mit dem verwendeten Modell zu einer für den Laien kaum zu durchschauenden Komplexität des Algorithmus, v.a. durch die Wechselbezüglichkeit der Parameter<sup>57</sup>.

Zu erwägen ist aber, für derartige Beweisschwierigkeiten § 22 AGG heranzuziehen. Demnach genügt es, wenn der Betroffene Indizien vorträgt, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten

Grundes vermuten lassen. Dies könnte man mit der Rechtsprechung des BAG dann annehmen, wenn die vorgetragenen Tatsachen – aus objektiver Sicht und mit überwiegender Wahrscheinlichkeit – darauf schließen lassen, dass die Benachteiligung zumindest auch wegen eines der verpönten Merkmale erfolgte<sup>58</sup>. Das bloße Vorliegen eines Merkmals, das einer der in § 1 AGG aufgezählten Kategorien zuzuordnen ist, lässt für sich genommen indessen noch keine Rückschlüsse auf einen Kausalzusammenhang ziehen<sup>59</sup>.

Unabhängig von der Frage, ob selbst dem niedrigeren Beweismaßstab des § 22 AGG im Falle des Einsatzes von komplexen Algorithmen genügt werden kann, stellt sich aber ein weiteres Problem, das jedenfalls nicht unter Anwendung des § 22 AGG gelöst werden kann. Wie soeben dargestellt, setzt im deutschen Recht der Ursachenzusammenhang nach § 3 Abs. 1 AGG voraus, dass der Arbeitgeber zumindest Kenntnis von einem der in § 1 AGG genannten Merkmale besitzt. Abgesehen von den Fällen, in denen er gezielt Algorithmen zur Diskriminierung einsetzt, wird der Arbeitgeber in persona nur in wenigen Fällen unmittelbar Einblick in die Arbeitsweise des einen Datenbestand analysierenden, womöglich sogar selbstlernenden Algorithmus und somit tatsächlich *Kenntnis der Merkmale* haben, die für das vom Algorithmus erzielte Ergebnis ausschlaggebend waren. Dies kann selbst dann gelten, wenn er selbst den Algorithmus entwickelt hat<sup>60</sup>, ist aber jedenfalls dann anzunehmen, wenn der Algorithmus von einem Dritten entwickelt

53 Thüsing, in: Münchener Kommentar, 7. Aufl. 2015, § 3 AGG Rn. 8; Kamanabrou, RdA [Recht der Arbeit] 2006, S. 325.

54 Roloff, in: BeckOK-ArbR [Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht], 47. Ed., Stand: 01.03.2018, § 3 AGG Rn. 12; Block, in: BeckOGK [Beck'scher Online-Großkommentar], § 3 AGG, Stand: 01.03.2018, Rn. 51; Armbrüster, in: Erman, 15. Aufl. 2017, § 3 AGG Rn. 10, der auf den Wortlaut („wegen“) hinweist; BAG, NZA [Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht] 2014, S. 260 f.

55 Siehe zur Wissenszurechnung bei der Verwendung von Algorithmen ausführlich Hacker, RW [Zeitschrift für Rechtswissenschaftliche Forschung] 2018, S. 243, 274 ff.

56 Anzudenken ist in dieser Hinsicht auch der Einsatz von Algorithmen, die darauf ausgerichtet sind, benachteiligendes Verhalten zu erkennen und aufzuzeigen. Das Aufzeigen von Diskriminierung und Voreingenommenheit durch Algorithmen wird vor allem auf europäischer Ebene gefordert (vgl. Bericht über eine umfassende europäische Industriepolitik in Bezug auf künstliche Intelligenz und Robotik, A8-0019/2019, S. 30).

57 Hierzu ausführlich Burrell, in: Big Data & Society 2016, DOI: 10.1177/2053951715622512; vgl. auch Barocas/Rosenblat u.a., Data & Civil Rights: Technology Primer, 2014, S. 5 (abrufbar unter: <http://www.datacivilrights.org/pubs/2014-1030/Technology.pdf>, zuletzt abgerufen am 02.10.2019).

58 BAG, Urt. v. 26.09.2013, 8 AZR 650/12 [juris; Rn. 26]; BAG, Urt. v. 26.06.2014, 8 AZR 547/13 [juris; Rn. 39]; BAG, Urt. v. 18.09.2014, 8 AZR 753/13 [juris; Rn. 21].

59 Roloff, in: Beck-OK-ArbR [Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht], 50. Ed., Stand 01.12.2018, § 22 AGG Rn. 6.

60 Eine große Anzahl an Algorithmen wird durch maschinelles Lernen entwickelt, so dass selbst deren Entwickler u.U. keinen Überblick über die Arbeitsweise des Algorithmus haben; vgl. Kim, in: WM. & Mary L. Rev. [William & Mary Law Review] 2017, S. 857, S. 881; Burrell, in: Big Data & Society 2016, DOI: 10.1177/2053951715622512; Barocas/Rosenblat u.a., Data & Civil Rights: Technology Primer, 2014, S. 5 (abrufbar unter: <http://www.datacivilrights.org/pubs/2014-1030/Technology.pdf>, zuletzt abgerufen am 08.03.2019).

und betrieben wird (wie etwa bei Plattformen wie LinkedIn). § 22 AGG hilft insoweit auch nicht weiter, da diese Vorschrift bei fehlender Kenntnis des Arbeitgebers vom verpönten Merkmal nicht anwendbar ist<sup>61</sup>.

## (2) Mittelbare Benachteiligung

§ 3 Abs. 2 AGG kennt noch eine weitere Form der Diskriminierung: die mittelbare Benachteiligung. Eine solche ist dann anzunehmen, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen. Bei der mittelbaren Diskriminierung wird also nicht unmittelbar an das verpönte Merkmal angeknüpft.<sup>62</sup> Vielmehr wird auf einem bestimmten (neutralen) Kriterium aufgebaut, das sich stärker zu Lasten einer bestimmten Personengruppe auswirkt.

Eine solche mittelbare Diskriminierung ist etwa dann anzunehmen, wenn eine Regelung zulasten von Teilzeitbeschäftigten getroffen wird, wenn und weil überwiegend Frauen teilzeitbeschäftigt sind.<sup>63</sup>

Insbesondere in Bezug auf mittelbare Diskriminierungen begründet der Einsatz von Algorithmen neue Gefahren, wenn er (zuvor unerkannte) Beziehungen zwischen bestimmten Merkmalen erkennt und hervorhebt. Hierbei kann es sein, dass der Algorithmus nicht nur Beziehungen zwischen nicht-verpönten Merkmalen entdeckt, sondern auch solche zwischen verpönten und nicht-verpönten Merkmalen. Dadurch kann der Arbeitgeber in die Lage kommen, Stellvertretermerkmale für Rasse, ethnische Herkunft, Geschlecht usw. zu verwenden und im Ergebnis diskriminierende Entscheidung zu treffen, die zwar nicht

unmittelbar an ein verpönte Merkmal anknüpft, sich allerdings nachteilig auf eine bestimmte gesellschaftliche Gruppe auswirkt.<sup>64</sup>

### bb) Rechtfertigung einer Diskriminierung

Die aufgelisteten Diskriminierungen führen allerdings nur dann zu Ansprüchen nach § 15 Abs. 1, Abs. 2 AGG, wenn sie nicht zu rechtfertigen sind. Rechtfertigungsgründe normieren § 3 Abs. 2 Hs. 2, § 5, §§ 8–10 AGG. Im Zusammenhang mit Algorithmen wirkt insbesondere eine Rechtfertigung nach § 8 AGG spezielle Probleme auf<sup>65</sup>. Demnach ist eine unterschiedliche Behandlung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes zulässig, wenn dieser Grund wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt, sofern der Zweck rechtmäßig und die Anforderung angemessen ist. Werden Algorithmen etwa dazu eingesetzt, um Arbeitnehmer auszuwählen, die bestimmte für eine Tätigkeit förderliche Merkmale aufweisen, so ließe sich erwägen, diese Merkmale als für die in Frage stehende Tätigkeit „wesentliche und entscheidende“ berufliche Anforderungen anzusehen<sup>66</sup>.

Dies wäre etwa der Fall bei der Einstellung eines kräftigen Bewerbers für eine Stelle, die mit körperlichen Tätigkeiten verbunden ist.

Zu beachten ist aber zunächst, dass bloße Zweckmäßigkeitserwägungen für eine Rechtfertigung nach § 8 Abs. 1 AGG nicht genügen<sup>67</sup>. Vielmehr muss nach der Rspr. des BAG die Tätigkeit, um die es im Einzelfall geht, ohne das Merkmal, an das angeknüpft wurde, bzw. ohne das Fehlen dieses Merkmals, entweder

61 Vgl. BAG, NZA [Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht] 2014, S. 258 ff.; allgemein zur Möglichkeit der Zurechnung von Wissen *Hacker*, RW [Zeitschrift für Rechtswissenschaftliche Forschung] 2018, S. 243, S. 274 ff.

62 Block, in: BeckOGK [Beck'scher Online-Großkommentar], Stand: 01.03.2018, § 3 AGG Rn. 70.

63 *Roloff*, in: BeckOK-ArbR [Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht], 47. Ed., Stand: 01.03.2018, § 3 AGG Rn. 17.

64 Vgl. hierzu *Custers*, in: *Discrimination and Privacy in the Information Society*, 2013, S. 10; *Barocas/Selbst*, Cal. L. Rev. [California Law Review] 2016, S. 692, S. 712 ff.

65 § 8 AGG spielt aber nur bei einer unmittelbaren Benachteiligung eine Rolle (so zutreffend *Rieble*, in: Staudinger, 2018, § 8 AGG Rn. 1).

66 Zu ähnlichen Erwägungen im Zusammenhang mit der „business necessity defense“ im amerikanischen Recht *Kim*, in: WM. & Mary L. Rev. [William & Mary Law Review] 2017, S. 857, insb. S. 866, S. 908.

67 BT-Drucks. 16/1780, S. 35.

gar nicht oder nicht ordnungsgemäß durchgeführt werden können<sup>68</sup>.

Ferner ist bei der Analyse von Datenbeständen Folgendes zu berücksichtigen: Algorithmen ermitteln *ausschließlich* Beziehungen zwischen Merkmalen (Korrelationen; Bsp.: Arbeitnehmer mit roten Autos sind produktiver als solche mit blauen Autos). Sie ermitteln nicht, *warum* derartige Beziehungen bestehen (Kausalitäten; *warum* etwa Arbeitnehmer, die ein rotes Auto fahren, in der Regel mehr Produkte monatlich produzieren als Arbeitnehmer, die ein blaues Auto fahren) und ob überhaupt ein Kausalzusammenhang zwischen den analysierten Merkmalen besteht (*ob* sich also tatsächlich die Farbe des Autos eines Arbeitnehmers auf seine Produktivität auswirkt). Für die Bejahung einer „wesentlichen und entscheidenden“ Anforderung wird bei Algorithmen mithin stets sorgsam zu prüfen sein, ob die vom Algorithmus aufgedeckten Beziehungen überhaupt irgendeine Bedeutung (Kausalität) für die in Frage stehende Tätigkeit besitzen<sup>69</sup>. Sollte dies zu verneinen sein, so kommt von vornherein eine Rechtfertigung nach § 8 AGG nicht in Betracht.

### cc) Vertretenmüssen

Aus § 15 Abs. 1 S. 2 AGG ergibt sich ferner, dass der Schadensersatzanspruch nach § 15 Abs. 1 AGG ein Vertretenmüssen voraussetzt<sup>70</sup>. Was der Arbeitgeber

zu vertreten hat, richtet sich auch im Rahmen des § 15 Abs. 1 AGG nach den allgemeinen Regeln der §§ 276 ff. BGB<sup>71</sup>.

Bei dem Einsatz von Algorithmen ergeben sich Besonderheiten nur bei der Anwendung des § 278 BGB (Haftung für Erfüllungsgehilfen). Schon angesichts der Zuordnung von Verantwortlichkeit zu einer Person im juristischen Sinne rücken erste Abgrenzungsschwierigkeiten in den Vordergrund<sup>72</sup>. So sind insoweit zwei Fallgruppen voneinander zu trennen<sup>73</sup>: Einerseits die Fälle, in denen die Benachteiligung aufgrund eines programmtechnischen Versagens der Anlage (also der u.U. selbstlernenden Algorithmen) selbst bewirkt wird und dieses Versagen (denkbar bspw. aufgrund unvorhersehbarer Zusammenwirkung verschiedener Systeme in neuronalen Netzen)<sup>74</sup> nicht unmittelbar auf eine bestimmbare Person zurückverfolgt werden bzw. keiner Person sinnvoll zugerechnet werden kann; andererseits solche, in denen ein Verantwortlicher festgestellt werden kann (denkbar etwa bei fehlerhafter Programmierung oder der Einspeisung „minderwertiger Daten“<sup>75</sup>) und in Folge dessen eine Benachteiligung entsteht.

Bei der ersten Fallgruppe ist die Frage angesprochen, inwiefern § 278 BGB analog auf Maschinen (und hier speziell auf Algorithmen) anzuwenden ist, um das „Verhalten“ eines Algorithmus letztlich doch einem Menschen zuzurechnen. Zu einer analogen

68 BAG, Urt. v. 28.05.2009, 8 AZR 536/08 [juris; Rn. 38]; BAG, Beschl. v. 17.06.2009, 7 AZR 112/08 (A) [juris; Rn. 68]; Rieble, in: Staudinger, 2018, § 8 AGG Rn. 13; Belling/Riesenhuber, in: Erman, 15. Aufl. 2017, Rn. 8.

69 Ausführlich hierzu Kim, in: WM. & Mary L. Rev. [William & Mary Law Review] 2017, S. 857; vgl. auch Mayer-Schönberger/Cukier, Big Data: A Revolution that Will Transform how We Live, Work and Think, 2013, S. 14.

70 Der Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG ist dagegen verschuldensunabhängig; vgl. Rieble, in: Staudinger, 2018, § 15 AGG Rn. 39; Benecke, in: BeckOGK [Beck'scher Online-Großkommentar], Stand: 01.03.2018, § 15 AGG Rn. 47; Belling/Riesenhuber, in: Erman, 15. Aufl. 2017, § 15 AGG Rn. 12; BAG, Urt. v. 22.01.2009, 8 AZR 906/07 [juris; Rn. 61]; BAG, Urt. v. 18.03.2010, 8 AZR 1044/08 [juris; Rn. 36]; zur Frage der Europarechtswidrigkeit des Verschuldenserfordernisses in § 15 Abs. 1 S. 2 AGG vgl. etwa Rieble, in: Staudinger, 2018, § 15 AGG Rn. 12; Belling/Riesenhuber, in: Erman, 15. Aufl. 2017, § 15 AGG Rn. 2; Weth, in: Herberger/Martinek/Rüßmann u.a., jurisPK-BGB [juris PraxisKommentar], 8. Aufl. 2017, § 15 AGG Rn. 21 f.

71 BT-Drucks. 16/1780, S. 38; Rieble, in: Staudinger, 2018, § 15 AGG Rn. 5. – Dies ist aber nur dann für § 278 BGB selbstverständlich, wenn man in § 15 Abs. 1 AGG nicht einen deliktischen Anspruch erblickt. Denn auf deliktische Ansprüche ist § 278 BGB nicht anwendbar; vgl. hierzu Stadler, in: Jauernig, 12. Aufl. 2007, § 278 BGB Rn. 3 ff.; Reiner Schulze, in: Schulze-BGB, 9. Aufl. 2017, § 278 BGB Rn. 2 f.; zur Rechtsnatur des Schadensersatzanspruches nach § 15 Abs. 1 AGG vgl. ausführlich Rieble, in: Staudinger, 2018, Einl. zum AGG Rn. 26 ff.

72 Vgl. Spiecker gen. Döhmman, CR [Computer und Recht] 2016, S. 698, S. 700 ff.

73 So zutreffend Pfeiffer, in: Soergel, 13. Aufl. 2014, § 278 BGB Rn. 25 in Bezug auf eine generelle Anwendung des § 278 BGB auf Maschinen.

74 Vgl. hierzu Müller-Hengstenberg/Kirn, MMR [MultiMedia und Recht] 2014, S. 307, 310; Spiecker gen. Döhmman, CR [Computer und Recht] 2016, S. 698.

75 An dieser Stelle ist die Wichtigkeit der Verwendung hochwertiger Daten zu betonen, vgl. Bericht des europäischen Parlaments über eine umfassende europäische Industriepolitik in Bezug auf künstliche Intelligenz und Robotik, A8-0019/2019, S. 14, S. 32.

Anwendung des § 278 BGB jedenfalls auf Algorithmen kann tendiert werden, wenn die endgültige Entscheidung des Arbeitgebers (etwa im Rahmen eines Beförderungsverfahrens) wesentlich durch den vom Algorithmus produzierten *Output* beeinflusst wird, so dass der Entscheidungsprozess de facto beim Algorithmus liegt. Wann von einer so gearteten Beeinflussung auszugehen ist, ist indessen schwer festzustellen; es bedarf einer spezifischen Betrachtung des Einzelfalles, denn die Grenze zur Wesentlichkeit kann nicht trennscharf gezogen werden. Ferner könne es generell keinen Unterschied machen, ob der Arbeitgeber sich eines Menschen oder einer Maschine bedient<sup>76</sup>. Dem wird aber entgegengehalten, dass der Betroffene bereits hinreichend durch die Beweislastumkehr (im Rahmen des AGG nach § 15 Abs. 1 S. 2 AGG) geschützt sei<sup>77</sup>, so dass eine für eine Analogie erforderliche vergleichbare Interessenlage zu verneinen ist. Insoweit ist allerdings zu bedenken, dass auch im Falle des Einsatzes von Menschen als Erfüllungsgehilfen (bei dem die direkte Anwendung des § 278 BGB unumstritten ist) die Beweislastumkehr nach § 280 Abs. 1 S. 2 BGB (bzw. § 15 Abs. 1 S. 2 AGG) gilt, so dass aus dem bloßen Bestehen dieser Beweislastumkehr schwerlich die Entbehrlichkeit eines Bedürfnisses zur analogen Anwendung des § 278 BGB abgeleitet werden kann.

Neben der Frage des „Ob“ einer analogen Anwendbarkeit des § 278 BGB kann auch die Beurteilung des „Wann“ dezidiert erfolgen. Denkbar wäre zum Beispiel, auf den Grad an Autonomie, den ein bestimmtes System aufweist, abzustellen<sup>78</sup>. Allerdings ist auch schon grundsätzlich zu überlegen, inwieweit

bei algorithmischem Versagen überhaupt von einem „Verschulden“ gesprochen werden kann<sup>79</sup>.

Bei der zweiten Fallgruppe ist dagegen die (direkte) Anwendung des § 278 BGB ohne weiteres anzuerkennen<sup>80</sup>. Indem die Zurechnung des Verschuldens des gesetzlichen Vertreters des Arbeitgebers kaum eine praktische Relevanz besitzt<sup>81</sup>, wird sich die Prüfung im Rahmen des § 278 BGB auf die Frage konzentrieren, welche (natürlichen) Personen als Erfüllungsgehilfe in Betracht kommen, wenn Algorithmen vom Arbeitgeber eingesetzt werden. Erfüllungsgehilfe ist derjenige, der nach den tatsächlichen Verhältnissen des gegebenen Falles mit dem Willen des Schuldners bei der Erfüllung der diesem obliegenden Verbindlichkeit als seine Hilfsperson tätig wird<sup>82</sup>. Als Erfüllungsgehilfe kommen etwa der Personalleiter<sup>83</sup> und der Entwickler bzw. Betreiber des algorithmenbasierten Modells<sup>84</sup> in Betracht. Einschränkend ist aber noch zu verlangen, dass die Benachteiligung in einem inneren sachlichen Zusammenhang mit den Aufgaben steht, die der Arbeitgeber ihm als Erfüllungsgehilfen zugewiesen hat<sup>85</sup>.

#### dd) Schaden

Die vom Arbeitgeber zu vertretene diskriminierende Behandlung muss wiederum in einen Vermögensschaden münden. Es bedarf demnach eines Kausalzusammenhangs zwischen Pflichtverletzung und Schaden<sup>86</sup>. Hierbei ergeben sich erste Schwierigkeiten schon bei der Feststellung eines Schadens, gefolgt von der Bestimmung seiner Höhe<sup>87</sup>. Zieht man die aufgrund eines Merkmals aus § 1 AGG unterbliebene

76 So *Pfeiffer*, in: Soergel, 13. Aufl. 2014, § 278 BGB Rn. 25.

77 So ähnlich ohne Bezug auf § 15 Abs. 1 AGG *Grundmann*, in: Münchner Kommentar, 7. Aufl. 2015, § 278 BGB Rn. 46.

78 Ausführlich *Hacker*, RW [Zeitschrift für Rechtswissenschaftliche Forschung] 2018, S. 243, S. 251 ff.

79 Ausführlich hierzu *Hacker*, RW [Zeitschrift für Rechtswissenschaftliche Forschung] 2018, S. 243, S. 256 ff.

80 *Pfeiffer*, in: Soergel, 13. Aufl. 2014, § 278 BGB Rn. 25.

81 *Rieble*, in: Staudinger, 2018, § 15 AGG Rn. 17.

82 BGH, Urt. v. 09.10.1986, I ZR 138/84 [juris]; OLG Frankfurt, Urt. v. 04.10.2007, 4 U 56/07 [juris; Rn. 22].

83 *Stoffels*, RdA [Recht der Arbeit] 2009, S. 209; *Rieble*, in: Staudinger, 2018, § 15 AGG Rn. 18.

84 Dies gilt selbst dann, wenn der Arbeitgeber ein anderes Unternehmen beauftragt hat; vgl. *Pfeiffer*, in: Soergel, 13. Aufl. 2014, § 278 BGB Rn. 25.

85 BAG, Urt. v. 25.10.2007, 8 AZR 593/06 [juris; Rn. 79]; *Rieble*, in: Staudinger, 2018, § 15 AGG Rn. 19; *Belling/Riesenhuber*, in: Erman, 15. Aufl. 2017, § 15 AGG Rn. 4.

86 *Rieble*, in: Staudinger, 2018, § 15 AGG Rn. 22 ff.

87 *Thüsing*, in: Münchner Kommentar, 8. Aufl. 2018, § 15 AGG Rn. 27 ff.



Beförderung als Beispiel heran, so wird der Arbeitnehmer, neben der Benachteiligung wegen eines der in § 1 AGG genannten Gründe (s.o. 2. Teil A. III. 2. a) aa) (1) iii)), die bessere Qualifikation nachzuweisen haben, denn nur dem Qualifiziertesten kommen schließlich die Vorteile einer Beförderung, die die Basis der Schadensberechnung bilden, zugute<sup>88</sup>.

#### ee) Kein Ausschluss und Rechtsfolge

Schließlich darf der Schadensersatzanspruch nicht nach § 15 Abs. 4 AGG, § 61b Abs. 1 ArbGG ausgeschlossen sein<sup>89</sup>. Ist das nicht der Fall, hat der Arbeitgeber nach § 15 Abs. 1 S. 1 AGG den durch den Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot entstandenen Schaden zu ersetzen, wobei § 15 Abs. 6 AGG zu beachten ist.

#### b) Entschädigungsanspruch nach § 15 Abs. 2 AGG

§ 15 AGG gewährt ferner in seinem zweiten Absatz einen Entschädigungsanspruch<sup>90</sup>, dessen Tatbestandsvoraussetzungen (bis auf das Erfordernis eines Verhaltens, das der Arbeitgeber zu vertreten hat) sich weitgehend mit denen des § 15 Abs. 1 AGG decken<sup>91</sup>. Womöglich weicht aber § 15 Abs. 2 AGG in einem entscheidenden Punkt von § 15 Abs. 1 AGG ab, nämlich in Bezug auf die Anwendung des § 278 BGB. Dies erlangt im Falle des Einsatzes von Algorithmen deshalb Bedeutung, weil sich der Arbeitgeber nicht selten

eines algorithmenbasierten Systems bedienen wird, das er weder selbst entwickelt, noch betreibt, so dass ermittelt werden muss, ob das Verhalten<sup>92</sup> des Entwicklers bzw. des Betreibers ihm zugerechnet werden kann.

Die Anwendung des § 278 BGB im Rahmen des § 15 Abs. 2 AGG scheint allgemein außer Frage zu stehen, wobei nicht selten eine Begründung ausbleibt. So selbstverständlich wie dies auf den ersten Blick erscheint, entpuppt sich aber eine kohärente Begründung zur Anwendung des § 278 BGB (insbesondere in direkter Anwendung) als dogmatisch kompliziert. Denn § 278 BGB setzt schon nach seiner Rechtsfolge (Zurechnung fremden *Verschuldens*) voraus, dass die Anspruchsgrundlage verschuldensabhängig ist, was bei § 15 Abs. 2 AGG gerade nicht der Fall ist<sup>93</sup>. Mithin kommt bei § 15 Abs. 2 AGG allenfalls eine analoge Anwendung des § 278 BGB in Betracht<sup>94</sup>. Eine solche ließe sich womöglich damit begründen, dass anderenfalls der Arbeitgeber nur nach § 15 Abs. 1 AGG, nicht aber nach § 15 Abs. 2 AGG haften würde, wenn die Voraussetzungen des § 278 BGB erfüllt wären (denn ohne § 278 BGB würde eine Zurechnung ausscheiden). Auch die systematische Stellung des § 15 Abs. 2 AGG hinter § 15 Abs. 1 AGG könnten für eine analoge Anwendung des § 278 BGB sprechen. Schließlich stünde auch die Rechtsfolge des § 278 BGB einer Analogie nicht entgegen<sup>95</sup>, da durch § 278 BGB (auch) das Verhalten einer Person dem Schuldner zugerechnet wird<sup>96</sup>.

88 Thüsing, in: Münchner Kommentar, 8. Aufl. 2018, § 15 AGG Rn. 30.

89 Vgl. zum Streit, ob § 61b ArbGG auch für den Schadensersatzanspruch nach § 15 Abs. 1 AGG gilt, Schleusener, in: Germelmann/Matthes/Prütting-ArbGG, 9. Aufl. 2017, § 61b ArbGG Rn. 4.

90 Zur Rechtsnatur des § 15 Abs. 2 AGG als eigenständige Anspruchsgrundlage vgl. insb. Rieble, in: Staudinger, 2018, § 15 AGG Rn. 35, 37; so auch Belling/Riesenhuber, in: Erman, 15. Aufl. 2017, § 15 AGG Rn. 12; Weth, in: Herberger/Martinek/Rüßmann u.a., juris PK-BGB [juris PraxisKommentar], 8. Aufl. 2017, § 15 AGG Rn. 5; BAG, Urt. v. 22.01.2009, 8 AZR 906/07 [juris; Rn. 72].

91 BAG, Urt. v. 16.02.2012, 8 AZR 697/10 [juris; Rn. 30]; Rieble, in: Staudinger, 2018, § 15 AGG Rn. 37; dies gilt auch für das Erfordernis des Verstoßes gegen das Benachteiligungsverbot. Zwar ergibt sich dies ausdrücklich nur aus § 15 Abs. 1 AGG. Aufgrund seiner systematischen Stellung kann indes nichts anderes für § 15 Abs. 2 AGG gelten; vgl. BAG, Urt. v. 16.02.2012, 8 AZR 697/10 [juris].

92 Indem § 15 Abs. 2 AGG kein Verhalten voraussetzt, das der Arbeitgeber zu vertreten hat, stellt sich im Rahmen des § 15 Abs. 2 AGG nur die Frage nach der Zurechnung des *Verhaltens* eines Dritten über § 278 BGB.

93 Deshalb zu kurz gegriffen, obwohl im Ergebnis eine (direkte) Anwendung des § 278 BGB bejahend, Roloff, in: BeckOK-ArbR [Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht], 47. Ed., Stand: 01.03.2018, § 3 AGG Rn. 37; Benecke, in: BeckOGK [Beck'scher Online-Großkommentar], Stand: 01.03.2018, § 15 AGG Rn. 48 scheint zumindest zu erkennen, dass „Gegenstand der Zurechnung nicht das Verschulden, sondern das Verhalten“ sein muss, geht aber ohne nähere Begründung von einer direkten Anwendung des § 278 BGB aus.

94 Hier als „Gesetzesanalogie“; vgl. zu diesem Begriff Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, S. 204.

95 Eine Analogie kann nämlich nicht zur Veränderung einer Rechtsfolge führen (vgl. zu dieser Argumentation Gursky, Klausurenkurs im Sachenrecht, 12. Aufl. 2008, Fall 3 Rn. 42).

96 Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, 21. Aufl. 2015, Rn. 383.

Dass der Arbeitgeber nur nach § 15 Abs. 1 AGG, nicht aber nach § 15 Abs. 2 AGG haften würde, wenn § 278 BGB ausschließlich auf § 15 I AGG anzuwenden wäre, erscheint aber keineswegs ungerechtfertigt. Denn § 15 Abs. 2 AGG gewährt lediglich eine Entschädigung für immaterielle Schäden, so dass es durchaus gerechtfertigt ist, bei dieser Vorschrift höhere Anforderungen auf der Tatbestandsseite zu stellen als bei § 15 Abs. 1 AGG<sup>97</sup>. Auch die systematische Stellung des § 15 Abs. 2 AGG spricht nicht für eine (analoge) Anwendung des § 278 BGB, zumal trotz seiner systematischen Stellung weitgehend anerkannt ist, dass bei § 15 Abs. 2 AGG (anders als bei § 15 Abs. 1 AGG) kein Vertretenmüssen erforderlich ist, beide Vorschriften also tatbestandsmäßig keinesfalls gleichlaufen. Schließlich würde auch eine europarechtskonforme Auslegung des § 15 Abs. 2 AGG kein abweichendes Ergebnis gebieten. Zwar entspricht es der Rspr. des EuGH, dass das europäische Sekundärrecht die „Haftung des Urhebers einer Diskriminierung keineswegs vom Nachweis eines Verschuldens abhängig macht“ und dass „der Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot für sich genommen“ ausreicht, um „die volle Haftung seines Urhebers auszulösen“<sup>98</sup>. Bei der analogen Anwendung des § 278 BGB im Rahmen des § 15 Abs. 2 AGG geht es aber nicht darum, die Haftung des Arbeitgebers von einem schuldhaften Verhalten abhängig zu machen, sondern darum, ob der Arbeitgeber überhaupt als *Urheber* des in Frage stehenden Verstoßes gegen das Diskriminierungsverbot anzusehen ist. Diese Frage wurde allerdings in den Entscheidungen des EuGH nicht angesprochen; vielmehr wird dort *vorausgesetzt*, dass der Arbeitgeber in den zur Entscheidung stehenden Fällen tatsächlich Urheber ist.

Festzuhalten ist also, dass bei § 15 Abs. 2 AGG selbst eine analoge Anwendung des § 278 BGB sich nicht ohne Weiteres begründen lässt. Liegen die

Tatbestandsvoraussetzungen des § 15 Abs. 2 AGG aber vor, so kann der Beschäftigte für Nichtvermögensschäden eine angemessene Entschädigung in Geld verlangen, § 15 Abs. 2 S. 1 AGG.

## IV. Sonstige Regelungen

### 1. Dokumentation algorithmischer Entscheidungen

Ein Kennzeichen algorithmischer Systeme ist ihre große Komplexität, die die Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen erschwert, weil insbesondere Handlungen und Kausalitäten schwer nachzuweisen sind<sup>99</sup>. Soweit praktisch umsetzbar, kann die Systemkomplexität durch besondere Dokumentations- und Protokollierungspflichten kompensiert werden.

Ein Beispiel hierfür ist, dass im Hochfrequenzhandel gem. § 16 Abs. 2 Nr. 3 BörsG die durch algorithmischen Handel erzeugten Aufträge zu kennzeichnen sind (Flagging)<sup>100</sup>. Der Grad der Kennzeichnungspflichten ist für die Frankfurter Wertpapierbörse in § 72a BörsO FWB konkretisiert<sup>101</sup>. Danach ist der gesamte Entscheidungsweg zu kennzeichnen. Durch diese Regelungen ist eine Rückabwicklung bei Bestehen von Sekundäransprüchen jedenfalls denkbar und möglich.

### 2. Gefährdungshaftung

Zu erwägen ist eine Gefährdungshaftung beim Einsatz von Algorithmen nach dem Vorbild der Tierhalter- bzw. Straßenverkehrshaftung in besonders sensiblen Einsatzbereichen<sup>102</sup>. Denn es liegt nahe, denjenigen, der aus der Verwendung algorithmischer

97 Insoweit lässt sich der § 253 Abs. 1 BGB zugrundeliegende Rechtsgedanke heranziehen, wonach nur in Ausnahmefällen eine Geldentschädigung für immaterielle Schäden zu gewähren ist.

98 EuGH, Urte. v. 08.11.1990, C-177/88 [juris]; EuGH, Urte. v. 22.04.1997, C-180/95 [juris].

99 Vgl. *Martini*, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 274 ff.

100 *Mühlefeldt*, Der Jurist 2018, S. 85, S. 110; *Martini*, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 148.

101 *Löper*, Die rechtlichen Rahmenbedingungen des Hochfrequenzhandels 2015, S. 111.

102 *Martini*, JZ [Juristenzeitung] 2017, S. 1024; ders., Blackbox Algorithmus, 2019, S. 287 ff.; allgemeiner *Schaub*, JZ [Juristenzeitung] 2017, S. 342, S. 345.

(insbesondere selbstlernender) Systeme Vorteile zieht, auch für deren Risiken verschuldensunabhängig haften zu lassen<sup>103</sup>.

### 3. (Haftpflicht)Versicherungspflicht

Wenn und soweit eine Gefährdungshaftung nicht ausreichend oder passend erscheint, um Schadenersatzansprüche abzusichern, kann – ebenfalls wie im Tierhalter- und Straßenverkehrsrecht – an die Pflicht zum Abschluss einer Haftpflichtversicherung gedacht werden.

### 4. Elektronische Rechtsfähigkeit

Schon die Asimov'schen Robotergesetze beinhalten das Dogma, dass dem Menschen durch Roboter kein Schaden entstehen darf<sup>104</sup>. So geht auch das europäische Parlament davon aus, dass der Mensch im Zentrum jeder Entwicklung im Bereich der künstlichen Intelligenz stehen muss<sup>105</sup>. Daran anknüpfend stellt sich die Frage nach etwaigen Folgen einer „Verletzungshandlung“ durch elektronische Systeme und Algorithmen bei fehlender Verantwortlichkeit einer natürlichen Person (s.o. 2. Teil A. III. 2. a) cc)).

Noch weitergehend als bis hier erörtert ist demnach der Aspekt der – auf europäischer Ebene bereits diskutierten<sup>106</sup> – Zuerkennung einer haftungsrechtlichen (Teil)Rechtsfähigkeit zu betrachten<sup>107</sup>. Angedacht wird dies vor allem als Reaktion auf mit zunehmender Vernetzung einhergehende Kausalitäts- und Zurechnungsproblematiken von Verantwortung<sup>108</sup>.

Freilich handelt es sich dabei um eine gesamtgesellschaftliche Frage (s.u. 2. Teil E. 5.), da die Zuerkennung einer elektronischen Rechtsfähigkeit auch die soziale (Teil)Anerkennung von sozialer Existenz und Wirksamkeit bedeutet<sup>109</sup>. Klammert man ethische Aspekte aus, so bleibt nach legislativer Zuerkennung elektronischer Rechtsfähigkeit das Problem fehlender Vermögensmasse, aus der im Haftungsfall abgeschöpft werden kann<sup>110</sup>.

## V. Profil der Regelungen

Sämtliche hier untersuchten Rechtsgebiete enthalten Regelungen, die im Falle des Einsatzes von Algorithmen einen Schadenersatzanspruch begründen<sup>111</sup>. Allerdings lässt sich feststellen, dass sowohl das Datenschutz- als auch das Arbeitsrecht in geringerem Maße auf Haftungsnormen setzen als das Antidiskriminierungsrecht.

Das Vorliegen eines Haftungstatbestands läuft aber dann ins Leere, wenn regelmäßig keine Schäden an vom Schadenersatzrecht geschützten Gütern entstehen. Denn für das Entstehen eines Schadenersatzanspruchs muss ein tatsächlicher Schaden eingetreten sein, was in der Praxis (außerhalb des autonomen Fahrens) recht selten und im Zweifel schwer nachzuweisen ist.

Und selbst dort, wo – wie im Antidiskriminierungsrecht oder durch autonome Fahrzeuge – ein Schaden messbar ist, zeigen sich Beweisschwierigkeiten (und im AGG tatbestandliche Besonderheiten; s.o. 2. Teil A. III. 2.), die ihren Grund in der Komplexität der Algorithmen haben.

103 *Martini*, JZ [Juristenzeitung] 2017, S. 1024.

104 Hergeleitet aus *Asimov*, Runaround, Astounding Science-Fiction 1942, S. 94 ff.

105 Bericht des europäischen Parlaments über eine umfassende europäische Industriepolitik in Bezug auf künstliche Intelligenz und Robotik, A8-0019/2019, S. 6, S. 28.

106 Vgl. Stellungnahme des Europäischen Parlaments, PE 571.379, European Civil Law Rules in Robotics, S. 14 ff.

107 Z.B. *Martini*, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 290 ff.; *Schaub*, JZ [Juristenzeitung] 2017, S. 342, S. 345 f.; ausführlich *Mayer*, Die künstliche Person, 2017, S. 166 ff.

108 *Spiecker gen. Döhmman*, CR [Computer und Recht] 2016, S. 698.

109 Hierzu im Überblick *Schirmer*, JZ [Juristenzeitung] 2016, S. 660, S. 661 („Rechtssubjektivität auf dem Fundament der Menschenwürde errichtet“).

110 *Börding/Jülicher/Röttgen/v. Schönfeld*, CR [Computer und Recht] 2017, S. 134, S. 140.

111 Dies gilt jedenfalls dann, wenn auch die allgemeinen Haftungsnormen des BGB berücksichtigt werden.

## B. Anwendung algorithmischer Verfahren auf einzelne Arbeitnehmer

Die Regulierung von algorithmischen Verfahren muss nicht notwendigerweise auf Schadenersatztatbestände beschränkt sein, zumal wenn man den Eintritt eines solchen Schadens an sich schon verhindern will. Vielmehr können auch Regelungen erlassen werden, die nicht an den Eintritt eines Schadens, sondern (schon) bei der Anwendung von algorithmenbasierten Systemen anknüpfen, also im Vorfeld.

Das schließt nicht aus, dass solche Rahmenbedingungen als vertragliche oder gesetzliche Pflichten ausgestaltet werden, die durchaus dann zu einem Haftungsanspruch führen können. Allerdings unterscheidet sich die hier unter B. beschriebene Konstellation von der unter A. abgehandelten dahingehend, dass die Pflichten und Ansprüche auch ohne das Vorliegen eines Schadens bestehen, also gleichsam das Vorfeld abdecken.

### I. Arbeitsrecht

Das Arbeitsrecht kennt eine Reihe von Regelungen, die insbesondere die Gesundheit der Beschäftigten schon vor dem Eintritt eines Schadens schützen wollen. Die Vorschriften über die Arbeitsplatzsicherheit (dazu s.u. 2. Teil D.) und der Arbeitsgesundheitschutz zählen hierher. Allerdings gibt es – soweit ersichtlich – keine allgemeine Regelung für Algorithmen und intelligente Systeme.

Einen Algorithmenbezug kann man aber beispielsweise bei Arbeitszeitregelungen sehen, die in der Industrie 4.0 zu einer größeren zeitlichen Flexibilisierung des Arbeitsverhältnisses

führen<sup>112</sup>. So ermöglichen auf algorithmische Verfahren zurückgreifende Produkte in besonderer Weise eine Anpassung des Arbeitseinsatzes bzw. der -zeiten an den tatsächlich anfallenden Arbeitsbedarf durch die Verwertung von Informationen über das Produktionsumfeld<sup>113</sup>. Derartige Möglichkeiten werfen nicht nur betriebsverfassungsrechtliche Fragen<sup>114</sup>, sondern auch solche in Bezug auf das Arbeitszeitrecht auf.

Und so hält das ArbZG einen Satz von Regelungen bereit, der Rahmenbedingungen für den Einsatz von Algorithmen vorgibt, die teilweise in der Literatur im Zusammenhang mit der Industrie 4.0 als nicht mehr zeitgemäß kritisiert werden. So sei etwa die Einhaltung der vorgeschriebenen Ruhezeit nach § 5 ArbZG bei einer „economy on demand“ kaum denkbar<sup>115</sup>. Auch das in den §§ 9 ff. ArbZG vorgesehene Sonn- und Feiertagsarbeitsverbot mag nur schwer mit einer bedarfsorientierten Produktion zu vereinbaren sein<sup>116</sup>.

Nicht nur das ArbZG, sondern auch das TzBfG sieht sich im Zusammenhang mit den neuen Entwicklungen im Arbeitsplatz Kritik ausgesetzt. Dies gilt insbesondere für § 12 Abs. 3 TzBfG, der für die Arbeit auf Abruf eine Ankündigung vier Tage vor Arbeitseinsatz verlangt<sup>117</sup>.

Festzustellen ist, dass das Potential des Einsatzes von Algorithmen bei der zeitlichen Flexibilisierung und Vertaktung von Mensch und Maschine eine Grenze in den arbeitszeitlichen Regelungen findet, die teilweise zu erheblichen Einschränkungen der Gestaltungsmöglichkeiten algorithmischer Verfahren führen kann.

112 Vgl. Günther/Böglmüller, NZA [Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht] 2015, S. 1028 f.; Karthaus, NZA [Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht] 2017, S. 561 f.; Bomhard, Automatisierung und Entkollektivierung betrieblicher Arbeitsorganisation, 2019, S. 16 f. Rn. 50 f.

113 Vgl. KapaflexCy, <http://www.kapaflexcy.de/de/projekt/projektansatz.html> (zul. abgerufen am: 02.10.2019).

114 S.u. 2. Teil C. I.

115 Grimm, ArbRB [Der Arbeits-Rechtsberater] 2015, S. 337; Günther/Böglmüller, NZA [Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht] 2015, S. 1028.

116 Günther/Böglmüller, NZA [Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht] 2015, S. 1028; Grimm, ArbRB [Der Arbeits-Rechtsberater] 2015, S. 337.

117 Grimm, ArbRB [Der Arbeits-Rechtsberater] 2015, S. 337.

## II. Datenschutzrecht

Ein klassisches Feld für den Vorfeldschutz ist – wie bereits erwähnt – das Datenschutzrecht. Es hat mit dem „Recht auf informationelle Selbstbestimmung“ (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) bzw. dem „Recht auf Datenschutz“ (Art. 8 Abs. 1 DSGVO) die personenbezogene Datenverarbeitung zu einem selbständigen Anknüpfungspunkt für Pflichten des Verarbeiters („Verantwortlicher“) gemacht.

Die Regelungssystematik des Datenschutzrechts in Bezug auf die Anwendung algorithmischer Verfahren lässt sich in verschiedene Kategorien unterteilen: Besonderes Kennzeichen des Datenschutzrechts ist das Verbotprinzip, das (jedenfalls als regelungstechnischer Ansatz) personenbezogene Datenverarbeitung im Ausgangspunkt verbietet (1.), so dass immer ein Erlaubnistatbestand vorliegen muss (2.). Die Erlaubnistatbestände werden ergänzt um Vorschriften, die die Zulässigkeit bestimmter Entscheidungen zum Gegenstand haben, die auf algorithmischen Verfahren beruhen (3.). Flankiert wird dies durch Hilfsansprüche zur (besseren) Durchsetzung und Kontrolle der personenbezogenen Datenverarbeitung durch den Betroffenen (4.).

### 1. Datenschutzrechtliches Prinzip des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt

Das Datenschutzrecht ist durch das inzwischen in Art. 6 Abs. 1 DSGVO verankerte, allerdings schon dem früheren Recht (§ 4 BDSG a.F.) bekannte, regelungstechnische Prinzip des Verbots mit Erlaubnisvorbehalt gekennzeichnet<sup>118</sup>. Dieses besagt, dass für jede Datenverarbeitung ein Erlaubnistatbestand erforderlich ist<sup>119</sup>. Mithin muss auch im Fall des Einsatzes von Algorithmen bei personenbezogenen Daten ein Erlaubnistatbestand vorliegen, der diese Datenverarbeitung legitimiert.

## 2. Erlaubnistatbestände

Als solche, die Verarbeitung personenbezogener Daten mittels Algorithmen regelnde Vorschriften kommen allgemein Art. 6 Abs. 1 lit. b–f DSGVO (a)), für den Beschäftigtenbereich v.a. § 26 BDSG n.F. (b)) und für automatisierte Einzelentscheidungen speziell § 31 BDSG n.F. (c)) in Betracht. Ferner erlaubt Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO eine Datenverarbeitung auf Grundlage einer Einwilligung (d)). Art. 22 DSGVO, der u.a. das „Profiling“ adressiert (3.), enthält dagegen keinen datenschutzrechtlichen Erlaubnistatbestand; vielmehr betrifft er ausschließlich das Verfahren (vgl. ErwGr. 72 S. 1 DSGVO)<sup>120</sup>. Und generell muss eine personenbezogene Datenverarbeitung den Grundsätzen des Art. 5 Abs. 1 DSGVO genügen.

### a) Art. 6 I lit. b–f DSGVO

Ob und wie weit § 26 BDSG n.F. auf der Grundlage der Öffnungsklausel des Art. 88 DSGVO für den Beschäftigtendatenschutz eine Sperrwirkung entfaltet und ob und wie weit auf die allgemeinen Datenverarbeitungserlaubnistatbestände des Art. 6 Abs. 1 DSGVO zurückgegriffen werden kann, ist – soweit ersichtlich – noch nicht endgültig geklärt; eine Antwort hierauf ist methodisch nicht ohne Anspruch.

In der Praxis aber und auch für den hiesigen Zweck kann eine Anwendbarkeit der Erlaubnisalternativen nach Art. 6 Abs. 1 lit. b–f DSGVO dahinstehen, weil sie sich in den Voraussetzungen (und insb. der Zweckbeschränkung auf das Arbeitsverhältnis) nicht strukturell von § 26 BDSG n.F. (dazu sogleich b)) unterscheiden.

### b) § 26 BDSG n.F.

§ 26 BDSG n.F. ist die einzige dezidierte Vorschrift des Beschäftigtendatenschutzes im deutschen Recht. Sie wurde unter Inanspruchnahme der Öffnungsklausel

118 *Rüpke*, in: *Rüpke/v. Lewinski/Eckhardt*, Datenschutzrecht, 2018, § 12 Rn. 1; *Kramer*, in: *Auernhammer*, 6. Aufl. 2018, Art. 6 DSGVO Rn. 1; *Plath*, in: *Plath*, 2. Aufl. 2016, Art. 6 DSGVO Rn. 2; *Hoffmann-Riem*, in: *Big Data – Regulative Herausforderungen*, 2018, S. 41; *Bomhard*, *Automatisierung und Entkollektivierung betrieblicher Arbeitsorganisation*, 2019, 46 Rn. 147.

119 *Kramer*, in: *Auernhammer*, 6. Aufl. 2018, Art. 6 DSGVO Rn. 1, der auch darauf hinweist, dass wegen der Rechenschaftspflicht des Art. 5 Abs. 2 DSGVO der Verantwortliche letztlich derjenige ist, der für das Vorliegen eines Erlaubnistatbestandes Beweis zu erbringen hat.

120 v. *Lewinski*, in: *BeckOK-DSR [Beck'scher Online-Kommentar Datenschutzrecht]*, 23. Ed. 2018, Art. 22 DS-GVO Rn. 4.

des Art. 88 DSGVO erlassen<sup>121</sup> und erlaubt eine Verarbeitung personenbezogener Daten von Beschäftigten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses, wenn dies für die dort genannten Fälle „erforderlich“ ist<sup>122</sup>. § 26 BDSG n.F. verdrängt, wie früher schon § 32 BDSG a.F., andere Vorschriften des BDSG, wenn und weil § 26 BDSG n.F. die speziellere Regelung enthält<sup>123</sup>. Im Verhältnis zum Antidiskriminierungsrecht sind sowohl § 26 BDSG n.F. als auch das AGG anwendbar<sup>124</sup>.

Bei der Verwendung von Algorithmen im Rahmen von Personalentscheidungen ist in Bezug auf den Anwendungsbereich des § 26 BDSG n.F. zunächst zu berücksichtigen, dass § 26 BDSG n.F. nicht nur Arbeitnehmer erfasst, sondern ausweislich seines Wortlauts alle Beschäftigten iS des § 26 Abs. 8 BDSG n.F. Ferner ist zu beachten, dass § 26 BDSG n.F. zwar ein Beschäftigungsverhältnis voraussetzt, dieses aber nicht mit dem durch einen Arbeitsvertrag begründeten Arbeitsverhältnis gleichzustellen ist<sup>125</sup>.

Innerhalb seines Anwendungsbereichs setzt § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG n.F. die „Erforderlichkeit“ der Datenverarbeitung „für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses“ voraus. „Erforderlich“ ist die Datenverarbeitung dann, wenn eine Abwägung der widerstehenden Datenschutzrechtspositionen der Beteiligten (nämlich des Interesses des Arbeitgebers an der

Datenverarbeitung und des Persönlichkeitsrechts des Beschäftigten) zugunsten des Arbeitgebers ausfällt<sup>126</sup>. Für „Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses“ verarbeitet der Arbeitgeber die Daten nur dann, wenn der Zweck der Verarbeitung (zumindest auch) in der Begründung, Durchführung oder Beendigung eines Beschäftigungsverhältnisses liegt<sup>127</sup>.

Im Zusammenhang mit Algorithmen ist bei der Erforderlichkeitsprüfung vor allem die Keylogger-Entscheidung des BAG<sup>128</sup>, die die im Urteil vom 29.06.2017<sup>129</sup> aufgestellten Grundsätze weitestgehend bestätigte, zu berücksichtigen. Demnach kann eine einer (verdeckten) Videoüberwachung vergleichbar eingriffsintensiven Maßnahme nur dann auf § 32 Abs. 1 S. 1 BDSG a.F. (= § 26 BDSG n.F.<sup>130</sup>) gestützt werden, wenn der auf konkreten Tatsachen fußende Verdacht einer schwerwiegenden (nicht aber notwendigerweise auch schon strafbaren)<sup>131</sup> Pflichtverletzung besteht<sup>132</sup>. Als eine derartige, mit einer (verdeckten) Videoüberwachung am Arbeitsplatz vergleichbare Maßnahme gilt insbesondere eine zeitlich unbegrenzte Datenerhebung, die ein umfassendes und lückenloses Profil der Arbeitnehmer erstellt<sup>133</sup>. Eine personenbezogene Dauerüberwachung der Arbeitnehmer im Betrieb zum Zwecke der Verwendung der dadurch

121 BT-Drs. 18/11325, S. 96; *Kainer/Weber*, BB [Betriebs-Berater] 2017, S. 2740.

122 Ist dies nicht der Fall, so kommt noch eine Verarbeitung aufgrund einer Einwilligung in Betracht, vgl. Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO u. ErwGr. 155; ausführlich hierzu unten 2. Teil B. II. 2. d).

123 *Forst*, in: Auernhammer, 6. Aufl. 2018, § 26 BDSG n.F. Rn. 20; zum Verhältnis zu § 31 BDSG n.F. vgl. u. 2. Teil B. II. 2. c) bb).

124 *Forst*, in: Auernhammer, 6. Aufl. 2018, § 26 BDSG n.F. Rn. 31; zu einer Haftung nach § 15 AGG im Fall des Einsatzes von Algorithmen vgl. o. 2. Teil A. III. 2.

125 *Lembke*, in: Henssler/Willemsen/Kalb, 7. Aufl. 2016, § 32 BDSG a.F. Rn. 11; *Däubler*, in: Däubler/Klebe u.a., 5. Aufl. 2016, § 32 BDSG a.F. Rn. 4; *Forst*, in: Auernhammer, 6. Aufl. 2018, § 26 BDSG n.F. Rn. 41.

126 Vgl. BT-Drs. 18/11325, S. 97; *Kainer/Weber*, BB [Betriebs-Berater] 2017, S. 2741; zum alten Recht vgl. etwa BAG, Urt. v. 17.11.2016, 2 AZR 730/15 [juris; Rn. 30]; BAG, Urt. v. 29.06.2017, 2 AZR 597/16 [juris; Rn. 32]; *Lembke* in: Henssler/Willemsen/Kalb, 7. Aufl. 2016, § 32 BDSG a.F. Rn. 10; ausführlich zum Begriff der „Erforderlichkeit“ iS des § 32 BDSG a.F. *Wybitul*, BB [Betriebs-Berater] 2010, S. 1085 ff.

127 Unstr.; so i.E. auch *Forst*, in: Auernhammer, 6. Aufl. 2018, § 26 BDSG n.F. Rn. 42 ff.

128 BAG, Urt. v. 27.07.2017, 2 AZR 681/16 [juris] – Keylogger, noch zur alten Rechtslage; vgl. hierzu etwa *Oberthür*, jM [juris Monatszeitschrift] 2018, S. 106 ff.

129 BAG, 29.06.2017, 2 AZR 597/16 [juris]; BB [Betriebs-Berater] 2017, S. 2364 ff., m. Anm. *Mujan*; auch diese Entscheidung erging noch zur alten Rechtslage.

130 Indem der Gesetzgeber ausweislich der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 18/11325, S. 96 f.) mit § 26 BDSG n.F. § 32 BDSG a.F. „fortführen“ wolle, gelten die in der Keylogger-Entscheidung aufgestellten Grundsätze auch für § 26 BDSG n.F.; so auch *Forst*, in: Auernhammer, 6. Aufl. 2018, § 26 BDSG n.F. Rn. 100.

131 Bei Straftaten richtet sich die Zulässigkeit der Datenverarbeitung dagegen nach § 26 Abs. 1 S. 2 BDSG n.F. (vgl. dessen Wortlaut: „nur“).

132 BAG, Urt. v. 27.07.2017, 2 AZR 681/16 [juris; Rn. 30]; BAG, Urt. v. 29.06.2017, 2 AZR 597/16 [juris; Rn. 32].

133 BAG, Urt. v. 27.07.2017, 2 AZR 681/16 [juris; Rn. 33].

erlangten Daten durch algorithmische Systeme (etwa zur Verteilung von Aufgaben im Betrieb oder zur Entscheidung über die Beförderung eines Arbeitnehmers entsprechend seinen Leistungen<sup>134</sup>) ist also (abgesehen von den Fällen, in denen eine wirksame Einwilligung der Arbeitnehmer vorliegt<sup>135</sup>) ohne einen begründeten Verdacht einer schwerwiegenden Pflichtverletzung unzulässig.

### c) § 31 Abs. 1 BDSG n.F.

Nach § 31 Abs. 1 BDSG n.F.<sup>136</sup> ist die Verwendung eines Wahrscheinlichkeitswerts über ein bestimmtes zukünftiges Verhalten einer natürlichen Person zum Zweck der Entscheidung über die Begründung, Durchführung oder Beendigung eines Vertragsverhältnisses mit dieser Person (Scoring) nur unter den dort aufgelisteten, kumulativ zu erfüllenden Voraussetzungen zulässig.

#### aa) Begriff des Scoring

Scoring ist ein Spezialfall des Profiling<sup>137</sup>. Dieses Verfahren beruht auf der Prämisse, dass das Verhalten einer Person in der Vergangenheit ihrem zukünftigen Handeln entspricht und sich deshalb das Verhalten von Personen mit vergleichbaren Merkmalen ähnelt<sup>138</sup>. Dementsprechend werden anonyme Profile von Gruppen von Personen (Scorecard) eingesetzt, um damit das künftige Verhalten anderer Personen, die zu einer bestimmten Gruppe gehören, mit einer bestimmten Wahrscheinlichkeit vorherzusagen<sup>139</sup>.

#### bb) Verhältnis von § 31 Abs. 1 BDSG n.F. und § 26 BDSG n.F.

Im Zusammenhang mit Beschäftigungsverhältnissen stellt sich die Frage des Verhältnisses zwischen § 31 BDSG n.F. und § 26 BDSG n.F. Diese Frage war bereits unter der Geltung der §§ 28b, 32 BDSG a.F. umstritten<sup>140</sup> und wird aller Voraussicht nach auch nach Inkrafttreten der neuen Rechtslage umstritten bleiben.

Zunächst ließe sich erwägen, § 31 BDSG n.F. (innerhalb seines Anwendungsbereichs) als abschließende Regelung für die Anwendung eines Scorings zu erachten<sup>141</sup>. Indem nach der alten Rechtslage § 32 BDSG a.F. nicht in § 28b Nr. 2 BDSG a.F. genannt wurde (und nach diesem Verständnis § 28 BDSG a.F. abschließend sei<sup>142</sup>), müsse man wegen des im Datenschutzrecht geltenden Verbots mit Erlaubnisvorbehalt zum Schluss kommen, dass ein Scoring-Verfahren innerhalb des Anwendungsbereichs des § 32 BDSG a.F. unzulässig sei<sup>143</sup>. In § 31 Abs. 1 Nr. 1 BDSG n.F. ist aber nur noch von „Vorschriften des Datenschutzrechts“ die Rede, so dass jedenfalls diese Argumentation nach der neuen Rechtslage ins Leere läuft<sup>144</sup>.

Von dieser Ansicht wurde allerdings weiter geltend gemacht, dass ein Rückgriff auf § 28b BDSG a.F. dem Zweck des § 32 BDSG a.F., den Beschäftigtendatenschutz zu stärken, zuwiderliefe<sup>145</sup>. Diese Argumentation kann aber allenfalls eine Sperrwirkung des § 32 BDSG a.F. (§ 26 BDSG n.F.) begründen, nicht aber eine solche des § 28b BDSG a.F. (§ 31 BDSG n.F.). Denn jedenfalls liefe es nicht dem Zweck des § 26 BDSG n.F. zuwider, wenn man hierauf zurückgreifen

134 Vgl. hierzu o. Fn. 13 das Vorhaben des People Analytics Team von Google; BAG, Urt. v. 27.07.2017, 2 AZR 681/16 [juris; Rn. 20].

135 Zu den Anforderungen, die an eine Einwilligung in solchen Fällen zu stellen sind, vgl. 2. Teil B. II. 2. d).

136 Zur Befugnis des deutschen Gesetzgebers, diese Vorschrift zu erlassen, vgl. *Kramer*, in: Auernhammer, 6. Aufl. 2018, § 31 BDSG n.F. Rn. 5.

137 Vgl. o. 1. Teil B.

138 *Wäßle/Heinemann*, CR [Computer und Recht] 2010, S. 411; *Martini*, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 30.

139 *Kramer*, in: Auernhammer, 6. Aufl. 2018, § 31 BDSG n.F. Rn. 8.

140 Zum Streitstand unter dem BDSG a.F. v. *Lewinski*, in: BeckOK-DSR [Beck'scher Online-Kommentar Datenschutzrecht], 24. Ed. 2018, § 28b BDSG a.F. Rn. 16 f.

141 *Kainer/Weber*, BB [Betriebs-Berater] 2017, S. 2746 sprechen insoweit ausdrücklich von einer „Sperrwirkung“ des § 28b BDSG a.F.

142 Wovon die meisten Autoren ohne Weiteres ausgehen.

143 So insb. *Ehmann*, in: Simitis, § 28b BDSG a.F. Rn. 2 ff.; vgl. auch ULD/GP Forschungsgruppe, Scoring nach der Datenschutznovelle, 2009, S. 24 f.; missverständlich, i.E. aber offenbar auch gegen die Zulässigkeit eines Scorings im Rahmen von Beschäftigungsverhältnissen *Weichert*, in: Däubler/Klebe u.a., 5. Aufl. 2016, § 28b BDSG a.F. Rn. 3.

144 So auch *Kainer/Weber*, BB [Betriebs-Berater] 2017, S. 2747.

145 ULD/GP Forschungsgruppe, Scoring nach der Datenschutznovelle, 2009, 25; *Ehmann*, in: Simitis, 8. Aufl. 2014, § 28b BDSG a.F. Rn. 6.

würde, um die Zulässigkeit eines Scoring-Verfahrens zu beurteilen.

Übrig bleibt also, entweder § 26 BDSG n.F. innerhalb seines Anwendungsbereichs für ausschließlich anwendbar zu erachten<sup>146</sup> oder beide Vorschriften nebeneinander anzuwenden<sup>147</sup>.

Unabhängig von dieser Diskussion um das Verhältnis zwischen § 26 BDSG n.F. und § 31 BDSG n.F. stellen sich bei der Anwendung des § 31 BDSG n.F. noch zwei weitere Fragen auf Tatbestandsseite, die im Arbeitnehmerdatenschutzrecht von Relevanz sind.

### cc) Regelungsfelder

Zum einen verlangt § 31 Abs. 1 BDSG n.F., dass sich der Wahrscheinlichkeitswert auf ein „bestimmtes zukünftiges Verhalten“ einer natürlichen Person bezieht.

Zum anderen wird innerhalb des Tatbestandes des § 31 BDSG n.F. aber im Zusammenhang mit Beschäftigungsverhältnissen noch diskutiert, inwiefern ein Scoring tatsächlich „zum Zweck der Entscheidung über die Begründung, Durchführung oder Beendigung eines Vertragsverhältnisses“ verwendet wird<sup>148</sup>.

### d) Einwilligung

Schließlich können algorithmische Datenverarbeitungen auf Einwilligungen gestützt werden (vgl. Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO). Die Einwilligungsmöglichkeit gilt auch für Beschäftigungsverhältnisse, was sich bereits aus ErwGr. 155 DSGVO ergibt<sup>149</sup>.

Bei Beschäftigungsverhältnissen (wie auch sonst) wird insbesondere das Erfordernis der Freiwilligkeit betont<sup>150</sup>. Dieses Erfordernis lässt sich aus Art. 4 Nr. 11 DSGVO, Art. 7 Abs. 4 DSGVO<sup>151</sup> ableiten und wird dann nach ErwGr. 42 S. 4 DSGVO als erfüllt angesehen, wenn der Betroffene eine „echte oder freie Wahl hat und somit in der Lage ist, die Einwilligung zu verweigern oder zurückzuziehen, ohne Nachteile zu erleiden“. An dem Vorliegen dieser Voraussetzungen wird vor allem bei Abhängigkeitsverhältnissen wie Beschäftigungsverhältnissen gezweifelt<sup>152</sup>. Aus der Existenz des § 26 Abs. 2 BDSG n.F. lässt sich allerdings der Schluss ziehen, dass auch bei derartigen Abhängigkeitsverhältnissen (jedenfalls aber bei Beschäftigungsverhältnissen) eine wirksame Einwilligung grundsätzlich möglich ist<sup>153</sup>. § 26 Abs. 2 S. 1 BDSG n.F. stellt aber ausdrücklich klar, dass im Fall der Verarbeitung personenbezogener Daten von Beschäftigten auf der Grundlage einer Einwilligung das im Beschäftigungsverhältnis bestehende Abhängigkeitsverhältnis besonders zu berücksichtigen ist und das Erfordernis der Freiwilligkeit nicht vorschnell bejaht werden kann.

§ 26 Abs. 2 BDSG n.F. nennt aber selbst Fälle, in denen grundsätzlich<sup>154</sup> von Freiwilligkeit auszugehen ist. Demnach kann die Freiwilligkeit insbesondere bei Vorliegen eines rechtlichen oder wirtschaftlichen Vorteils für den Beschäftigten oder bei einem Interessengleichlauf angenommen werden.

Als Beispiel für Ersteres nennt die Regierungsbegründung u.a. die Einführung eines betrieblichen Gesundheitsmanagements zur

146 So etwa *Kainer/Weber*, BB [Betriebs-Berater] 2017, S. 2747.

147 So bspw. *Kramer*, in: Auernhammer, 6. Aufl. 2018, § 31 BDSG n.F. Rn. 14.

148 Vgl. *Kamlah*, in: Plath, 2. Aufl. 2016, § 28b BDSG a.F. Rn. 9.

149 *Brecht/Steinbrück/Wagner*, PinG [Privacy in Germany] 2018, S. 12; *Forst*, in: Auernhammer, 6. Aufl. 2018, § 26 BDSG n.F. Rn. 75.

150 v. *Lewinski*, in: Rüpke/v. Lewinski/Eckhardt, Datenschutzrecht, 2018, § 13 Rn. 39.

151 Art. 7 Abs. 4 DSGVO konkretisiert nämlich einen Unterfall unzulässiger unfreiwilliger Einwilligung; vgl. *Kramer*, in: Auernhammer, 6. Aufl. 2018, Art. 7 DSGVO Rn. 30.

152 v. *Lewinski*, in: Rüpke/v. Lewinski/Eckhardt, Datenschutzrecht, 2018, § 13 Rn. 42 ff., 55 f.; *Forst*, in: Auernhammer, 6. Aufl. 2018, § 26 BDSG n.F. Rn. 76; *Nebel*, ZD [Zeitschrift für Datenschutz] 2018, S. 520, S. 523.

153 So zutreffend *Forst*, in: Auernhammer, 6. Aufl. 2018, § 26 BDSG n.F. Rn. 76; auch ErwGr. 155 geht auf europäischer Ebene davon aus; *Däubler*, Gläserne Belegschaften, 7. Aufl. 2017, Rn. 154; vgl. auch allgemein für Abhängigkeitsverhältnisse v. *Lewinski*, in: Rüpke/v. Lewinski/Eckhardt Datenschutzrecht, 2018, § 13 Rn. 56.

154 Vgl. § 26 Abs. 2 S. 2 BDSG n.F.: „kann insbesondere vorliegen...“; daraus ergibt sich, dass selbst in den in § 26 Abs. 2 S. 2 BDSG n.F. ausdrücklich genannten Fällen die Freiwilligkeit im Einzelfall noch verneint werden kann.



Gesundheitsförderung<sup>155</sup>, in dessen Rahmen auch Algorithmen eingesetzt werden können. Einen Grenzfall stellt dagegen die Konstellation dar, in der Algorithmen zur Entscheidung über die Beförderung von Arbeitnehmern innerhalb eines Unternehmens eingesetzt werden. Auch hier wird zwar dem beförderten Arbeitnehmer ein wirtschaftlicher Vorteil gewährt. Der Unterschied zu der in der Regierungsbegründung genannten Konstellation liegt aber darin, dass dieser Vorteil nicht allen, sondern nur dem beförderten Arbeitnehmer zugutekommt.

Auch in Beschäftigungsverhältnissen sind neben der Einholung einer Einwilligung der Grundsatz der Zweckbindung und der damit einhergehende Bestimmtheitsgrundsatz zu beachten („für einen oder mehrere bestimmte Zwecke“, Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO; vgl. auch ErwGr. 32). Demzufolge muss genau festgelegt werden, zu welchem Zweck (bzw. Zwecken, vgl. Art. 6 Abs. 1 lit. a DSGVO) die Datenverarbeitung, in die eingewilligt wird, erfolgt<sup>156</sup>. Der Einwilligungssachverhalt muss sich hierfür deutlich von anderen Datenverarbeitungsvorgängen abgrenzen lassen, was zumindest die Angabe des konkreten Zwecks (bzw. der konkreten Zwecke) und des Verantwortlichen sowie des Umfangs der Auswirkungen der Einwilligung voraussetzt<sup>157</sup>. Die Rechtmäßigkeit der Datenverarbeitung ist demnach determiniert durch den Zweckbindungsgrundsatz. In der vernetzten (Arbeits-) Welt ist dies schon aus Effektivitätsgesichtspunkten problematisch – von der praktischen Umsetzbarkeit angesichts des Überangebots an Informationen und Informationspflichten abgesehen<sup>158</sup>. So erscheint es beim Einsatz bestimmter Softwarepakete und Algorithmen unter Zuhilfenahme von Big-Data-Anwendungen ökonomisch nicht sinnvoll, praktisch eingeschränkt realisierbar und die informierte Einwilligung

ohnehin kaum fördernd<sup>159</sup>, der de lege lata unbedingt vorausgesetzten Zweckbindung dezidiert nachzukommen. Überbrücken ließen sich widerstreitenden Interessenslagen möglicherweise durch algorithmische Unterstützungssysteme auf Seiten des Einwilligenden<sup>160</sup>. Soweit ersichtlich, sind solche Assistenten (falls überhaupt vorhanden) derzeit jedoch noch nicht technisch ausgereift und einsetzbar.

Hierbei besteht die arbeitsrechtliche Besonderheit, dass das Arbeitsverhältnis durch das Direktionsrecht des Arbeitgebers situativ ausgestaltet wird; deshalb kann der Zweck des Arbeitsverhältnisses, an den die im Grundsatz strenge Zweckbindung<sup>161</sup> anknüpft, vom Arbeitgeber innerhalb des eigentlichen Arbeitsverhältnisses (allg. Betriebszwecke) ausgestaltet werden. Über das Arbeitsverhältnis hinaus jedoch wird die Zweckbindung kaum reichen bzw. streng ausgelegt (kein Marketing, kein Adresshandel mit Belegschaft).

### 3. Zulässigkeit von Entscheidungen, die auf algorithmischen Systemen beruhen

Ergänzend zu den datenschutzrechtlichen Erlaubnistatbeständen enthält die DSGVO in ihrem Art. 22 eine Vorschrift, die sich nicht auf die Datenverarbeitung als solche – die „Arbeit des Algorithmus“ – selbst bezieht, sondern auf eine darauf beruhende Entscheidung<sup>162</sup>. Nach Art. 22 DSGVO darf eine Person nicht einer ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung – einschließlich Profiling – beruhenden Entscheidung unterworfen werden, die ihr gegenüber rechtliche Wirkung entfaltet oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt. Verallgemeinernder könnte man (in terminologischer Anlehnung an die Objektformel *Günter Dürigs*) davon sprechen, dass

155 BT-Drs. 18/11325, S. 97; zu weiteren Beispielen vgl. *Forst*, in: Auernhammer, 6. Aufl. 2018, § 26 BDSG n.F. Rn. 77.

156 *Plath*, in: *Plath*, 2. Aufl. 2016, Art. 6 DSGVO Rn. 6.

157 So *Kramer*, in: Auernhammer, 6. Aufl. 2018, Art. 6 DSGVO Rn. 16.

158 Vgl. *Nebel*, ZD [Zeitschrift mit Datenschutz] 2018, S. 520, S. 524.

159 v. *Lewinski*, PinG [Privacy in Germany] 2013, S. 12 ff.

160 In diese Richtung *Horn*, F.A.Z. v. 15.09.2016, S. 7.

161 *Maschmann*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO/BDSG, 2. Aufl. 2018, § 26 BDSG n.F. Rn. 17.

162 *Brecht/Steinbrück/Wagner*, PinG [Privacy in Germany] 2018, S. 12; *Däubler*, Gläserne Belegschaften, 7. Aufl. 2017, Rn. 431 f.

der Einzelne nicht zum „bloßen Objekt“ von Entscheidungen des Computers werden solle<sup>163</sup>.

### a) Systematische Stellung

Schon wegen seines Wortlauts („ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung – einschließlich Profiling – beruhenden Entscheidung“) ist zu erkennen, dass Art. 22 DSGVO nicht die automatisierte Verarbeitung als Regelungsgegenstand hat, sondern die *darauf beruhende Entscheidung*<sup>164</sup>. Die „automatisierte Verarbeitung“ wird also nur indirekt geregelt, als der Verarbeiter an dieser aus praktischer Sicht ohne die darauf beruhende Entscheidung kein Interesse mehr haben wird<sup>165</sup>.

Anders als der oben behandelte § 31 BDSG n.F.<sup>166</sup> stellt Art. 22 DSGVO keine Anforderungen an den Algorithmus, mit dessen Hilfe die automatisierte Einzelentscheidung erfolgt<sup>167</sup>. Hierauf wird deshalb verzichtet, weil stattdessen auf das Dazwischentreten eines Menschen abgestellt wird<sup>168</sup>. Mithin muss sich für die konkrete Verarbeitung der der Entscheidung zugrundeliegenden Daten ein Erlaubnistatbestand aus einer Einwilligung, dem allgemeinen Datenschutzrecht oder einem bereichsspezifischen Fachgesetz ergeben<sup>169</sup>.

### b) Tatbestandsvoraussetzungen

Art. 22 DSGVO betrifft nur Entscheidungen, die auf einer automatisierten Verarbeitung – einschließlich Profiling – beruhen. Die Regelung ist also nicht auf das Profiling beschränkt und konkretisiert ebenso wenig den das Profiling umfassenden Oberbegriff der „automatisierten Verarbeitung“. Hierbei trifft Art. 22

DSGVO – anders als beispielsweise in § 31 BDSG bezüglich Scoring als Unterfall des Profiling ausdrücklich normiert (s.o. 1. Teil B) – auch keine Aussage über die allgemeine Zulässigkeit von Profiling und anderer automatisierter Verarbeitung; vielmehr wird ein Maßstab für rechtmäßige Entscheidungsfindung geschaffen<sup>170</sup>. Die genaue Reichweite des Begriffs des Profiling ist in der Literatur (trotz des Bestehens einer Legaldefinition in Art. 4 Nr. 4 DSGVO) umstritten. Während einige hierunter nur einen Vorprozess zur Erfassung der Datenbasis vor der eigentlichen Entscheidungsfindung verstehen, gehen andere davon aus, dass der Begriff des „Profiling“ die Entscheidungsfindung im Anschluss an eine als „Profilbildung“ bezeichnete Verarbeitung der Datenbasis als Entscheidungsgrundlage bezeichnet<sup>171</sup>. In Anlehnung an die Regelung des Art. 15 der früheren Datenschutz-RL 95/46/EG sollte, da das Profiling ohnehin bloß ein Unterbegriff ist, als Regelungsgegenstand des Art. 22 DSGVO die „Bewertung persönlicher Merkmale“ angesehen werden, so dass auch das Verständnis der Vorgängerregelung für die Auslegung des Art. 22 DSGVO herangezogen werden soll<sup>172</sup>.

Art. 22 DSGVO setzt ferner voraus, dass eine Entscheidung getroffen wird. Erforderlich ist also ein gestaltender Akt mit in gewisser Weise abschließender Wirkung, der einer (natürlichen oder juristischen Person) zuzurechnen ist<sup>173</sup>. Aus der Überschrift des Art. 22 DSGVO ergibt sich ferner, dass es sich um eine Entscheidung im Einzelfall handeln muss. Insofern ist entsprechend den für die Abgrenzung eines Verwaltungsaktes von einer Rechtsnorm geltenden Grundsätzen ein konkret-individueller Charakter der Entscheidung zu verlangen<sup>174</sup>.

163 v. Lewinski, in: Telemedicus, Überwachung und Recht, 2014, S. 1, S. 16.

164 Vgl. v. Lewinski, in: BeckOK-DSR [Beck'scher Online-Kommentar Datenschutzrecht], 23. Ed. 2018, Art. 22 DSGVO Rn. 3.

165 Ebd. Rn. 3.

166 Ebd. Rn. 3.1.

167 Herbst, in: Auernhammer, 6. Aufl. 2018, Art. 22 DSGVO Rn. 12.

168 Däubler, Gläserne Belegschaften, 7. Aufl. 2017, Rn. 431 f.

169 v. Lewinski, in: BeckOK-DSR [Beck'scher Online-Kommentar Datenschutzrecht], 23. Ed. 2018, Art. 22 DSGVO Rn. 4.

170 Herbst, in: Auernhammer, 6. Auflage 2018, Art. 22 DSGVO Rn. 12.

171 Vgl. hierzu v. Lewinski, in: BeckOK-DSR [Beck'scher Online-Kommentar Datenschutzrecht], 23. Ed. 2018, Art. 22 DSGVO Rn. 7, m.w.N.

172 Ebd. Rn. 8 ff.

173 Ebd. Rn. 14.

174 Ebd. Rn. 15.

Darüber hinaus verlangt Art. 22 DSGVO, dass die Entscheidung, um die es geht, „ausschließlich“ auf einer automatisierten Bewertung beruht. Insbesondere das Dazwischentreten eines Menschen schließt also die Anwendung des Art. 22 DSGVO aus (vgl. insb. ErwGr. 71 I S. 1)<sup>175</sup>. Nicht jedes menschliche Eingreifen genügt aber. Vielmehr muss die betreffende Person fachlich qualifiziert sein (wobei dies nicht bedeutet, dass sie die Einzelheiten des Programms oder des Algorithmus kennt) und einen Entscheidungsspielraum besitzen, die Computer-Entscheidung zu ändern<sup>176</sup>.

Schließlich ist Art. 22 DSGVO nur dann einschlägig, wenn die Entscheidung gegenüber einer bestimmten Person rechtliche Wirkungen entfaltet oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn infolge der Entscheidung ein Recht des Betroffenen oder ein Rechtsverhältnis geändert, aufgehoben oder begründet wird<sup>177</sup>.

### c) (Ausnahmsweise) Erlaubtheit automatisierter Einzelentscheidungen

Ist der Tatbestand des Art. 22 Abs. 1 DSGVO erfüllt, so ist noch zu beachten, dass Art. 22 Abs. 2 DSGVO Ausnahmen des nach Art. 22 Abs. 1 DSGVO grundsätzlich bestehenden Verbots automatisierter Einzelfallentscheidungen normiert. Aus deutscher Sicht ist vor allem § 37 BDSG n.F. hervorzuheben, der auf die Inanspruchnahme der Öffnungsklausel

nach Art. 22 Abs. 2 lit. b DSGVO zurückzuführen ist<sup>178</sup>.

## 4. Betroffenenrechte

Schließlich bleiben Hilfsansprüche zu erwähnen, die dem Betroffenen im Fall der Verarbeitung seiner personenbezogenen Daten durch Algorithmen ermöglichen, seine Rechte und Interessen besser zu wahren und durchzusetzen.

### a) Information des Betroffenen

Der Effektivität des Datenschutzes dient es, wenn der Betroffene über die Verarbeitung ihn betreffender personenbezogener Daten durch Algorithmen informiert ist<sup>179</sup>. Dies sollen die Artt. 13 Abs. 2 lit. f, 14 Abs. 2 lit. g, 15 Abs. 1 lit. h DSGVO<sup>180</sup>, die auf die Verarbeitung personenbezogener Daten durch Algorithmen bei vollautomatisierten Verfahren zugeschnitten sind, erreichen. Demnach sind der betroffenen Person Informationen über das Bestehen einer automatisierten Entscheidungsfindung<sup>181</sup> einschließlich Profiling iS des Art. 22 DSGVO und – zumindest in diesen Fällen<sup>182</sup> – aussagekräftige Informationen über die involvierte Logik sowie die Tragweite und die angestrebten Auswirkungen einer derartigen Verarbeitung für die betroffene Person zu erteilen.

Bei der Anwendung dieser Vorschriften ist insbesondere zu beachten, dass mit der Formulierung

175 *Herbst*, in: Auernhammer, 6. Aufl. 2018, Art. 22 DSGVO Rn. 5.

176 v. *Lewinski*, in: BeckOK-DSR [Beck'scher Online-Kommentar Datenschutzrecht], 23. Ed. 2018, Art. 22 DSGVO Rn. 24 f.; mangels einschlägiger Rspr. sind aber die genauen Anforderungen, die an den Entscheidungsspielraum zu stellen sind, noch ungeklärt, vgl. v. *Lewinski*, in: BeckOK-DSR [Beck'scher Online-Kommentar Datenschutzrecht], 23. Ed. 2018, Art. 22 DSGVO Rn. 25.1.

177 Vgl. *Herbst*, in: Auernhammer, 6. Aufl. 2018, Art. 22 DSGVO Rn. 13; für die Einzelheiten i.Ü. vgl. etwa v. *Lewinski*, in: BeckOK-DSR [Beck'scher Online-Kommentar Datenschutzrecht], 23. Ed. 2018, Art. 22 DSGVO Rn. 26 ff.

178 BT-Drs. 18/11325, S. 106; *Herbst*, in: Auernhammer, 6. Aufl. 2018, Art. 22 DSGVO Rn. 29.

179 Hierzu im Zusammenhang mit Algorithmen vgl. auch *Hoffmann-Riem*, in: ders., Big Data – Regulative Herausforderungen, 2018, S. 47 ff.

180 Zwar handelt es sich bei den Artt. 13, 14 DSGVO nicht um Informationsrechte des Betroffenen, sondern um Informationspflichten des Verantwortlichen, denen dieser von sich aus nachkommen muss, und die gleichsam eine Vorstufe zu der Auskunftserteilung nach Art. 15 DSGVO darstellen. Trotzdem werden die Artt. 13, 14 DSGVO der Übersichtlichkeit halber hier behandelt; zu der Rechtsnatur der genannten Vorschriften vgl. insb. *Eßer*, in: Auernhammer, 6. Aufl. 2018, Art. 13 DSGVO Rn. 3 u. *Stollhoff*, in: Auernhammer, 6. Aufl. 2018, Art. 15 DSGVO Rn. 1; so auch *Kamlah*, in: Plath, 2. Aufl. 2016, Art. 13 DSGVO Rn. 3.

181 Gemeint ist eigentlich nicht die Entscheidungsfindung selbst, sondern (wegen des Verweises auf Art. 22 DSGVO) die auf einer automatisierten Verarbeitung beruhende Entscheidung; so zutreffend *Kamlah*, in: Plath, 2. Aufl. 2016, Art. 13 DSGVO Rn. 24.

182 Vgl. hierzu *Martini*, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 183 ff.

„involvierte Logik“ nicht die Offenlegung des Algorithmus<sup>183</sup> gemeint ist<sup>184</sup>. Denn nach ErwGr. 63 S. 5 soll das Auskunftsrecht nach Art. 15 DSGVO nicht Rechte Dritter beeinträchtigen, worunter auch Geschäftsgeheimnisse<sup>185</sup> fallen. Der Algorithmus ist als Geschäftsgeheimnis geschützt<sup>186</sup>, so dass jedenfalls im Rahmen des Art. 15 DSGVO der Algorithmus nicht offengelegt werden muss<sup>187</sup>. Indem der Wortlaut des Art. 13 f. DSGVO mit demjenigen des Art. 15 DSGVO übereinstimmt, muss aber dasselbe bei Art. 13 f. DSGVO gelten<sup>188</sup>. Mithin soll dem Betroffenen nur eine allgemeine, verständliche Beschreibung der *Berechnungsgrundlagen* und der *Methodik* der Berechnung erteilt werden<sup>189</sup>.

Ferner ergibt sich aus der Formulierung „zumindest in diesen Fällen“ nach der Erwähnung des Profiling, dass nur bei der Benutzung eines Profiling tatsächlich eine Pflicht zur Mitteilung aussagekräftiger Informationen über die involvierte Logik sowie die Tragweite und die angestrebten Auswirkungen besteht<sup>190</sup>. In den anderen Fällen handelt es sich bei den Artt. 13 ff. DSGVO um Ermessensentscheidungen<sup>191</sup>.

### b) Weitere Schutzmechanismen

Datenschutz kann aber nicht durch bloße Informationsrechte des Betroffenen erreicht werden. Deshalb sieht die DSGVO andere Schutzmechanismen vor, um den Betroffenen vor algorithmischen Verfahren zu schützen. Man kann hier im übertragenen Sinne von einem „Recht auf faires Verfahren“<sup>192</sup> sprechen.

Art. 22 Abs. 3 DSGVO<sup>193</sup> erwähnt beim Einsatz von Algorithmen ein Recht des Einzelnen auf Eingreifen eines Menschen. Obwohl der Wortlaut ein subjektives Recht nahelegt, handelt es sich in der Sache um eine technikkrechtliche Vorschrift (s.u. 2. Teil D. II. 2.).

Ein an die konkrete Verarbeitung anschließender (Hilfs)Anspruch ist jedoch Art. 22 Abs. 3 DSGVO insoweit, als er ausdrücklich ein Recht auf Darlegung des eigenen Standpunkts vorsieht, was teleologisch auch die Pflicht des Verantwortlichen umfasst, die dargelegten Aspekte tatsächlich zu berücksichtigen<sup>194</sup>, sowie ein Recht auf Anfechtung, das dem Einzelnen einen Anspruch auf Überprüfung der getroffenen Entscheidung gewährt<sup>195</sup>. Wenn und soweit ein Mensch „in the loop“ der Entscheidung eingebunden ist, ist den rechtlichen Vorgaben insoweit Genüge getan.

## III. Antidiskriminierungsrecht

In Bezug auf Regelungen, die einzelne Arbeitnehmer im Zusammenhang mit algorithmischen Verfahren vor Diskriminierungen schützen sollen, sind zwei Vorschriften zu erwähnen: der dem deutschen Recht entspringende § 12 AGG und der auf europäischer Ebene erlassene Art. 9 DSGVO.

§ 12 AGG konkretisiert die allgemeine Fürsorgepflicht des Arbeitgebers gegenüber seinen Beschäftigten und verpflichtet den Arbeitgeber nach seinem Abs. 1,

183 Dies rechtfertigt sich auch daraus, dass Algorithmen, anders als Software (vgl. §§ 69a ff. UrhG) und Erfindungen (ex cont. § 1 Abs. 3 Nr. 1 Var. 2 PatG), immaterialgüterrechtlich nicht schutzbar sind, so dass einzig der Schutz als Unternehmensgeheimnis möglich ist.

184 So kann schon der Nutzen einer Offenlegung des Algorithmus zur Förderung von Transparenz erheblich in Frage gestellt werden, vgl. Bericht des europäischen Parlaments über eine umfassende europäische Industriepolitik in Bezug auf künstliche Intelligenz und Robotik, A8-0019/2019, S. 31 f.

185 Vgl. ebd., S. 32.

186 Ausführlich *Martini*, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 37 ff.

187 *Stollhoff*, in: Auernhammer, 6. Aufl. 2018, Art. 15 DSGVO Rn. 22.

188 So auch *Kamlah*, in: Plath, 2. Aufl. 2016, Art. 13 DSGVO Rn. 28; *Eßer*, in: Auernhammer, 6. Aufl. 2018, Art. 13 DSGVO Rn. 40.

189 *Eßer*, in: Auernhammer, 6. Aufl. 2018, Art. 13 DSGVO Rn. 40.

190 *Kamlah*, in: Plath, 2. Aufl. 2016, Art. 13 DSGVO Rn. 27: „Anderenfalls ergibt die Parenthese keinen Sinn.“; *Eßer*, in: Auernhammer, 6. Aufl. 2018, Art. 13 DSGVO Rn. 41.

191 *Eßer*, in: Auernhammer, 6. Aufl. 2018, Art. 13 DSGVO Rn. 41.

192 So *Scholz*, in: Simitis, 8. Aufl. 2014, § 6a BDSG a.F. Rn. 3.

193 Vgl. auch ErwGr. 71 UAbs. 1 S. 4 DSGVO.

194 Vgl. *Martini/Nink*, NVwZ-Extra [Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht] 2017, S. 4; so schon v. *Lewinski*, in: BeckOK-DSR [Beck'scher Online-Kommentar Datenschutzrecht], 23. Ed. 2018, Art. 22 DSGVO Rn. 49.1.

195 Ausführlich hierzu v. *Lewinski*, in: BeckOK-DSR [Beck'scher Online-Kommentar Datenschutzrecht], 23. Ed. 2018, Art. 22 DSGVO Rn. 50 ff.

präventive Maßnahmen zum Schutz vor Benachteiligungen wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes zu ergreifen<sup>196</sup>.

Art. 9 DSGVO bezweckt, eine Diskriminierung durch die Untersagung der Verarbeitung der gemeinhin als „sensitive Daten“<sup>197</sup> bezeichneten Daten zu vermeiden<sup>198</sup>. Er hat als Vorbild Art. 8 EG-Datenschutzrichtlinie 95/46/EG<sup>199</sup> und verbietet in seinem ersten Absatz im Grundsatz die Verarbeitung sensibler Daten. In den folgenden Absätzen sind Ausnahmen geregelt, wobei Art. 9 Abs. 4 DSGVO für die Mitgliedstaaten die Möglichkeit eröffnet, zusätzliche Bedingungen für die Verarbeitung genetischer, biometrischer oder Gesundheitsdaten zu normieren. Im deutschen Recht sind schließlich bei der Anwendung des Art. 9 DSGVO, § 26 Abs. 3 BDSG n.F., der Art. 9 Abs. 2 lit. b DSGVO umsetzen soll<sup>200</sup>, und § 22 BDSG n.F., durch den von der Öffnungsklausel nach Art. 9 Abs. 2 lit. b und lit. g-i DSGVO Gebrauch gemacht wird<sup>201</sup>, zu beachten.

Die unterschiedliche Behandlung von Daten nach dem Grad der Sensitivität scheint jedoch weithin willkürlich eingeführt zu sein<sup>202</sup>. Schon das Verständnis von Sensibilität divergiert seit jeher zwischen den Staaten<sup>203</sup>.

## IV. Sonstige Regelungen

Außerhalb des Arbeits-, Datenschutz- und Antidiskriminierungsrechts lassen sich auch weitere Regelungsansätze finden, die den Einzelnen vor den Gefahren eines auf Algorithmen basierenden Verfahrens schützen sollen.

## 1. Verfahrensvorschriften

Denkbar ist etwa, sicherzustellen, dass der Betroffene selbst bei einem algorithmischen Verfahren die Gelegenheit erhält, tatsächliche Angaben zu machen, um unvollständige Entscheidungen des Algorithmus zu vermeiden. Solche Regelungen, die Art. 22 DSGVO ähneln, existieren bereits im Verwaltungsrecht (§ 24 Abs. 1 S. 3 VwVfG, § 31a S. 2 SGB X)<sup>204</sup>.

## 2. Wirtschaftsaufsicht und Gefahrenabwehr

Letztlich ist es der Zweck des Wirtschaftsordnungsrechts als Teil der Gefahrenabwehr, konkrete Gefahren (also bei Bezug auf einen Einzelnen) abzuwehren. Soweit ersichtlich, sind freilich bislang noch keine Fälle bekannt, in denen Wirtschaftsbehörden oder gar die allgemeine Gefahrenabwehr den Einsatz eines Algorithmus unterbunden hätten.

## V. Profil der Regelungen

Dieser Teil des Regelungsfeldes weist die größte Regelungsdichte auf. So enthalten alle der hier behandelten Rechtsgebiete bereichsspezifische Normen, die für algorithmische Verfahren von Relevanz sind, wobei schnell auffällt, dass die meisten Regelungen im Bereich des Datenschutzrechts angesiedelt sind.

Im Bereich des Datenschutzes ist zudem hervorzuheben, dass die dort enthaltenen Normen interessanterweise nicht nur an die algorithmische Arbeit selbst anknüpfen und für diese Vorgaben macht, sondern

196 Y. Overkamp, in: Herberger/Martinek/Rüßmann u.a., jurisPK-BGB [juris PraxisKommentar], 8. Aufl. 2017, § 12 AGG Rn. 1; vgl. auch Serr, in: Staudinger, 2018, § 12 AGG Rn. 6, der aber davon ausgeht, dass die Generalklausel des § 12 AGG nicht nur präventive Maßnahmen erfasst.

197 Plath, in: Plath, 2. Aufl. 2016, Art. 9 DSGVO Rn. 1; Greve, in: Auernhammer, 6. Aufl. 2018, Art. 9 DSGVO Rn. 1.

198 Vgl. hierzu Nebel, ZD [Zeitschrift für Datenschutz] 2018, S. 520, S. 523.

199 Plath, in: Plath, 2. Aufl. 2016, Art. 9 DSGVO Rn. 2.

200 Vgl. BT-Drs. 18/11325, S. 98; ausführlich zu § 26 Abs. 3 BDSG n.F. Forst, in: Auernhammer, 6. Aufl. 2018, § 26 BDSG n.F. Rn. 82 ff.

201 BT-Drs. 18/11325, S. 94; Greve, in: Auernhammer, 6. Aufl. 2018, Art. 9 DSGVO Rn. 37.

202 Weichert, in: Kühling/Buchner, Art. 9 DSGVO Rn. 20 f.; Schneider, ZD [Zeitschrift für Datenschutz] 2017, S. 303, S. 304 f.

203 Geis, CR [Computer und Recht] 1995, S. 171, S. 174.

204 v. Lewinski, InTeR [Zeitschrift zum Innovations- und Technikrecht] 2018, S. 168, S. 172.

auch an die *darauf beruhende* Entscheidung des Arbeitgebers (vgl. Art. 22 DSGVO).

Insgesamt kann man sagen, dass auch ohne einen unmittelbaren Schaden, also in dessen Vorfeld, Algorithmen nur eingesetzt werden dürfen, wenn flankierende Verfahren und Transparenzvorkehrungen bestehen.

## C. Einsatz im Betrieb (Anwendung auf Belegschaften)

Regelungen, die algorithmische Verfahren zum Gegenstand haben, müssen nicht notwendigerweise beim einzelnen Arbeitnehmer anknüpfen. Ein denkbarer Ansatzpunkt<sup>205</sup> sind auch Personenmehrheiten, sei es, dass Maßnahmen ganze Belegschaften betreffen oder dass die gesamte Belegschaft beobachtet wird, insb. etwa um (Verhaltens)Muster zu erkennen.

### I. Arbeitsrecht

Normen, die sich auf ganze Belegschaften beziehen, sind insbesondere im Arbeitsrecht zu finden. Innerhalb des Arbeitsrechts enthält vor allem das Betriebsverfassungsrecht Regelungen, die ganze Belegschaften als solche in den Blick nehmen und die für algorithmische Verfahren von Bedeutung sein können<sup>206</sup>. Regulierende Wirkung entfalten hier vor allen Dingen die Mitbestimmungsrechte des Betriebsrates<sup>207</sup>, wobei den nachfolgenden Regelungen besondere Relevanz im Einsatzbereich von Algorithmen beigemessen wird.

### 1. § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG

In der Industrie 4.0 führt der digitale Fortschritt zu einem Bedarf einer größeren zeitlichen Flexibilisierung des Arbeitsverhältnisses. Eine derartige zeitliche Flexibilisierung des Arbeitsverhältnisses wirkt nicht nur in Bezug auf das Arbeitszeitrecht<sup>208</sup>, sondern auch in Bezug auf das Betriebsverfassungsrecht rechtliche Fragen auf. Grundsätzlich fällt es in die vertragliche Risikosphäre des Arbeitgebers, dass er den Arbeitnehmer innerhalb dessen Arbeitszeiten (produktiv) einsetzen kann. § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG normiert, dass der Betriebsrat vorbehaltlich einer abweichenden gesetzlichen oder tarifvertraglichen Regelung bei Angelegenheiten betreffend Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit einschließlich der Pausen sowie Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage mitzubestimmen hat. Wird durch die Verwendung von auf Algorithmen basierenden Systemen Beginn oder Ende der täglichen Arbeitszeit bzw. die Verteilung der Arbeitszeit auf die einzelnen Wochentage (und sei es auch nur implizit) entsprechend dem tatsächlichen Bedarf festgesetzt, so entsteht ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats<sup>209</sup>.

Führt allerdings der Einsatz eines algorithmischen Systems dazu, dass nicht die Lage der Arbeitszeitverpflichtung, sondern nur deren Dauer betroffen wird, so entfällt ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG<sup>210</sup>, was sich aus einem Gegenschluss aus § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG, der gerade Arbeitszeitbestimmungen betrifft, ergibt<sup>211</sup>. Ist also nur die Dauer der Arbeit betroffen, so kommt ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nur nach § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG in Betracht (hierzu sogleich).

205 Vgl. ausdrücklich *Brecht/Steinbrück/Wagner*, PinG [Privacy in Germany] 2018, S. 13: „[k]ollektivrechtlicher Kompensationsmechanismus“.

206 S. hierzu auch die Forderung des DGB nach einer umfassenden Mitbestimmung beim Einsatz von Künstlicher Intelligenz (KI) in der Arbeitswelt (*Deutscher Gewerkschaftsbund*, Künstliche Intelligenz und die Arbeit von morgen [Impulspapier], Januar 2019).

207 So beispielsweise auch die §§ 87 Abs. 1 Nr. 1, 94 Abs. 2, 95 und 111 BetrVG.

208 S.o. 2. Teil B. I.

209 So zutreffend *Karthaus*, NZA [Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht] 2017, S. 561 f.

210 *Waltermann*, Arbeitsrecht, 18. Aufl. 2016, Rn. 828; BAG, NZA 2006, S. 862 ff.; *Fitting/Engels/Schmidt et al.*, Betriebsverfassungsgesetz, 29. Aufl. 2018, § 87 BetrVG Rn. 102 ff.; *Däubler/Kittner/Klebe/Wedde*, Betriebsverfassungsgesetz, 16. Aufl. 2018, § 87 BetrVG Rn. 87 ff.

211 *Kania*, in: Erfurter Kommentar, 18. Aufl. 2018, § 87 BetrVG Rn. 25a; *Fitting/Engels/Schmidt et al.*, Betriebsverfassungsgesetz, 29. Aufl. 2018, § 87 BetrVG Rn. 104.

Bei § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG ist ferner zu beachten, dass das BAG ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nur dann annimmt, wenn ein „kollektiver Tatbestand“ gegeben ist<sup>212</sup>. Dieses Erfordernis wird insbesondere auf den Bericht des Bundestagsausschusses für Arbeit und Sozialordnung gestützt, wonach daran festgehalten werde, dass „sich die Mitbestimmung des Betriebsrates grundsätzlich nur auf generelle Tatbestände und nicht auf die Regelung von Einzelfällen bezieht“<sup>213</sup>. Nach der Rechtsprechung des BAG ist ein „kollektiver Tatbestand“ im oben genannten Sinn dann zu bejahen, wenn kollektive Interessen der Belegschaft berührt werden<sup>214</sup>. Dies wiederum setzt voraus, dass es sich nicht nur um die Gestaltung konkreter Arbeitsverhältnisse handelt, und dass nicht nur besondere, nur den einzelnen Arbeitnehmer betreffende Umstände die in Frage stehende Maßnahme veranlasst oder inhaltlich bestimmt haben<sup>215</sup>. Ob dies im Einzelfall anzunehmen ist, hängt aber nicht unbedingt von der Zahl der betroffenen Arbeitnehmer ab, wobei diese ein Indiz für das Vorliegen eines kollektiven Tatbestandes darstellt<sup>216</sup>.

## 2. § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG

Scheidet ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG aus (weil etwa das algorithmische System lediglich zu einer Verkürzung der monatlich geschuldeten Arbeitsleistung führt<sup>217</sup>), so

muss im Einzelfall ermittelt werden, ob sich ein solches doch nicht aus § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG ergibt.

§ 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG und § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG ergänzen sich gegenseitig<sup>218</sup>. Während § 87 Abs. 1 Nr. 2 BetrVG nur die Lage der Arbeitszeitverpflichtung betrifft, erfasst § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG Maßnahmen des Arbeitgebers, die eine Verkürzung oder Verlängerung der betriebsüblichen Arbeitszeit zur Folge haben.

§ 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG setzt (neben einem kollektiven Tatbestand<sup>219</sup>) zunächst voraus, dass die in Frage stehende Maßnahme die „betriebsübliche Arbeitszeit“ berührt. Hierunter ist die regelmäßige betriebliche Arbeitszeit zu verstehen, die wiederum durch den regelmäßig geschuldeten zeitlichen Umfang der Arbeitsleistung und die für ihn erfolgte Verteilung auf einzelne Zeitabschnitte bestimmt wird<sup>220</sup>.

Die „betriebsübliche Arbeitszeit“ muss ferner verkürzt oder verlängert werden, wobei nur eine „vorübergehende“ Verlängerung oder Verkürzung erfasst wird. „Vorübergehend“ ist die Verkürzung oder Verlängerung der Arbeitszeit dann, wenn diese lediglich einen überschaubaren Zeitraum betrifft und nicht auf Dauer erfolgen soll<sup>221</sup>. Hierfür ist die Vereinbarung eines Endzeitpunkts nicht erforderlich<sup>222</sup>. Vielmehr genügt es, wenn die Betriebspartner sich darüber einig sind, dass nach dem Fortfall des Anlasses der

212 Vgl. BAG, Beschl. v. 21.12.1982, 1 ABR 14/81 [juris] u. BAG, Beschl. v. 18.04.198, 1 ABR 3/88 [juris; Rn. 34]; von einer abschließenden Stellungnahme für alle Tatbestände des § 87 BetrVG hat aber das BAG bis zum jetzigen Zeitpunkt abgesehen, vgl. BAG, Beschl. v. 18.11.1980, 1 ABR 87/78 [juris; Rn. 21]; auch die h.L. geht grds. von einem solchen Erfordernis im Rahmen des § 87 BetrVG aus, vgl. etwa *Kania*, in: Erfurter Kommentar, 18. Aufl. 2018, § 87 BetrVG Rn. 6; kritisch hierzu *Richardi*, in: *Richardi, BetrVG*, 16. Aufl. 2018, § 87 BetrVG Rn. 21 ff.; *Waltermann, Arbeitsrecht*, 18. Aufl. 2016, Rn. 821.

213 BT-Drs. VI/2729, S. 4; vgl. auch *Richardi*, in: *Richardi, BetrVG*, 16. Aufl. 2018, § 87 BetrVG Rn. 18 f.

214 BAG, Beschl. v. 18.11.1980, 1 ABR 87/78 [juris; Rn. 23]; BAG, Beschl. v. 02.03.1982, 1 ABR 74/79 [juris; Rn. 24].

215 BAG, Beschl. v. 21.12.1982, 1 ABR 14/81 [juris; Rn. 24].

216 BAG, Beschl. v. 03.12.1991, GS 2/90 [juris; Rn. 80]; dem zustimmend *Kania*, in: Erfurter Kommentar, 18. Aufl. 2018, § 87 BetrVG Rn. 6.

217 S. hierzu o. 2. Teil C. I. 1.

218 *Werner*, in: BeckOK-ArbR [Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht], 47. Ed., Stand: 01.03.2018, § 87 BetrVG Rn. 56.

219 S. insb. die Hinweise in Fn. 212; spezifisch in Bezug auf § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG führt das BAG (Beschl. v. 18.11.1980, 1 ABR 87/78 [juris; Rn. 21]) aus, dass das „Anknüpfen an die betriebsübliche Arbeitszeit als allgemeine Regelung in § 87 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG zeigt, dass ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats ausscheidet, wenn lediglich die Arbeitszeit einzelner Arbeitnehmer vorübergehend verlängert wird; Ausnahmen im Einzelfall können die betriebsübliche Arbeitszeit ohnehin nicht beeinflussen.“

220 BAG, Urt. v. 02.06.2003, 1 AZR 349/02 [juris; Rn. 43]; *Clemenz*, in: *Henssler/Willemsen/Kalb*, 8. Aufl. 2018, § 87 BetrVG Rn. 82; *Däubler/Kittner/Klebe/Wedde, Betriebsverfassungsgesetz*, 16. Aufl. 2018, § 87 BetrVG Rn. 110.

221 *Kania*, in: Erfurter Kommentar, 18. Aufl. 2018, § 87 BetrVG Rn. 33; *Däubler/Kittner/Klebe/Wedde, Betriebsverfassungsgesetz*, 16. Aufl. 2018, § 87 BetrVG Rn. 111.

222 *Kania*, in: Erfurter Kommentar, 18. Aufl. 2018, § 87 BetrVG Rn. 33.

Arbeitszeitänderung zur betriebsüblichen Arbeitszeit zurückgekehrt werden soll<sup>223</sup>.

Tatbestandsmerkmal insoweit unproblematisch zu bejahen.

### 3. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG

Bei der Industrie 4.0, für die Datenerhebung und -verarbeitung eine unabdingbare Voraussetzung sind, hat § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG eine ungeahnte Bedeutung erlangt<sup>224</sup>. Im Folgenden sollen deshalb die Voraussetzungen des Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG ausführlich dargestellt und die jeweiligen Berührungspunkte mit dem Einsatz von Algorithmen am Arbeitsplatz im Bereich Human Resources hervorgehoben werden<sup>225</sup>.

#### a) Technische Einrichtung

§ 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG erfasst nur solche Überwachungsmaßnahmen, die „mit Hilfe technischer Einrichtungen“ durchgeführt werden<sup>226</sup>. Die Einrichtung muss „kraft ihrer technischen Natur unmittelbar, d.h. wenigstens in ihrem Kern selbst die Überwachung bewerkstelligen, indem sie das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer kontrolliert“<sup>227</sup>. Von § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG werden deshalb etwa keine Arbeitsbücher<sup>228</sup> oder Fälle erfasst, in denen die Arbeitszeit durch die manuelle Betätigung einer Stoppuhr<sup>229</sup> gemessen wird.

Weil Systeme, die auf Algorithmen basieren, selbst Daten erheben und verarbeiten, ist dieses

#### b) Merkmal der Überwachung

Die technischen Einrichtungen müssen ferner dazu bestimmt sein, das Verhalten oder die Leistung der Arbeitnehmer zu „überwachen“. Zu dem Begriff der „Überwachung“ gehören allgemein nicht nur die Verarbeitung und Nutzung personenbezogener Daten, sondern auch ihre Erhebung<sup>230</sup>. Sowohl die Datenerhebung als auch die Datenverarbeitung durch auf Algorithmen basierende Systeme werden also von § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG erfasst.

Im Fall des Einsatzes von auf Algorithmen basierenden Systemen wird es aber nicht selten vorkommen, dass das Unternehmen, das das den Arbeitnehmer überwachende System betreibt, nicht zugleich der Arbeitgeber des überwachten Arbeitnehmers sein wird. Dieser Umstand wirft dann die Frage auf, ob auch in einem solchen Fall ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG besteht, ob also auch dann eine „Überwachung“ anzunehmen ist<sup>231</sup>. Diese Konstellation ist mit derjenigen vergleichbar, in der der Arbeitgeber die Überwachungstätigkeit an einen Dritten auslagert<sup>232</sup>. Das BAG hat in solchen Fällen entschieden, dass dieser Umstand allein das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats unberührt lässt<sup>233</sup>. Selbst dann, wenn

223 *Werner*, in: BeckOK-ArbR [Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht], 47. Ed., Stand: 01.03.2018, § 87 BetrVG Rn. 58.

224 *Richardi*, in: *Richardi*, BetrVG, 16. Aufl. 2018, § 87 BetrVG Rn. 488; für automatisierte Einzelentscheidungssysteme s. v. *Lewinski*, in: BeckOK DSR [Beck'scher Online-Kommentar Datenschutzrecht], 24. Ed. 2018, § 6a BDSG a.F. Rn. 38.1.

225 Auf das bereits oben behandelte Erfordernis eines „kollektiven Tatbestandes“ wird allerdings nicht nochmals eingegangen werden; vgl. hierzu o. insb. die Hinweise in Fn. 212.

226 *Werner*, in: BeckOK-ArbR [Beck'scher Online-Kommentar Arbeitsrecht], 47. Ed., Stand: 01.03.2018, § 87 BetrVG Rn. 90; *Fitting/Engels/Schmidt et al.*, Betriebsverfassungsgesetz, 29. Aufl. 2018, § 87 BetrVG Rn. 224 ff.

227 BAG, 24.11.1981, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 3; BAG, NZA [Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht] 2014, S. 440.

228 BAG, 24.11.1981, AP BetrVG 1972 § 87 Ordnung des Betriebes Nr. 3.

229 BAG, 08.11.1994, AP BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 27.

230 *Richardi*, in: *Richardi*, BetrVG, 16. Aufl. 2018 § 87 BetrVG Rn. 500 f.; BAG, AP Nr. 7 zu § 87 BetrVG 1972 § 87 Überwachung Nr. 7; *Däubler/Kittner/Klebe/Wedde*, Betriebsverfassungsgesetz, 16. Aufl. 2018, § 87 BetrVG Rn. 190.

231 Zur Behandlung der Problematik der Vergabe der Überwachungstätigkeit an einen Dritten im Rahmen des Merkmals der „Überwachung“ vgl. *Richardi*, in: *Richardi*, BetrVG, 16. Aufl. 2018, § 87 BetrVG Rn. 504.

232 Ein solcher Fall ist etwa dann gegeben, wenn der Arbeitgeber mit einem dritten Unternehmen einen Vertrag abschließt, der den Einsatz einiger Arbeitnehmer bei dem dritten Unternehmen vorsieht, und dieses Unternehmen nach einer gewissen Zeit eine Zugangskontrolle mit einem biometrischen Kontrollsystem einführt, die auch für die Arbeitnehmer des Arbeitgebers zur Anwendung kommen soll, vgl. hierzu BAG, Beschl. v. 27.01.2004, 1 ABR 7/03 [juris].

233 Vgl. BAG, Beschl. v. 27.01.2004, 1 ABR 7/03 [juris]; BAG, Beschl. v. 18.04.2000, 1 ABR 22/99 [juris].



der Arbeitgeber keinen Zugriff auf die erfassten Daten nehmen kann, ist ein Mitbestimmungsrecht zu bejahen<sup>234</sup>. Der Arbeitgeber ist arbeitsrechtlich zu einer entsprechenden Vertragsgestaltung mit dem Dritten verpflichtet, dass der Betriebsrat sein Mitbestimmungsrecht ausüben kann<sup>235</sup>. Somit steht auch dieser Umstand einem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nicht entgegen<sup>236</sup>.

### c) Verhalten oder Leistung der Arbeitnehmer als Gegenstand der Überwachung

§ 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG setzt darüber hinaus voraus, dass die technische Einrichtung zur Überwachung von „Verhalten oder Leistung“ der Arbeitnehmer bestimmt ist. Unter einem „Verhalten“, das als Oberbegriff auch den Begriff der „Leistung“ umfasst, wird „ein vom Willen des Arbeitnehmers getragenes oder gesteuertes Tun oder Unterlassen“<sup>237</sup> verstanden. Nicht zu den Verhaltensdaten gehören dagegen die sog. Status- und Betriebsdaten. Deren bloße Erhebung löst – unabhängig von datenschutzrechtlichen Anforderungen – deshalb kein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG aus<sup>238</sup>. Statusdaten umschreiben persönliche Eigenschaften des Arbeitnehmers, während Betriebsdaten Daten sind, die Auskunft über die Produktion, Nutzung von Maschinen

etc. geben<sup>239</sup>. Werden aber Status- oder Betriebsdaten durch die technische Einrichtung zu Aussagen über Verhalten oder Leistung der Arbeitnehmer *verarbeitet*, so ist ein Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats zu bejahen<sup>240</sup>.

Ferner ist es nicht erforderlich, dass die erarbeitete Aussage<sup>241</sup> für sich allein schon eine vernünftige und abschließende Beurteilung des Verhaltens oder der Leistung des Arbeitnehmers ermöglicht<sup>242</sup>. Denn der Schutzzweck des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG sei nicht der Schutz des Arbeitnehmers vor unzutreffender, unsachlicher oder unausgewogener Beurteilung infolge ungenügender Beurteilungsgrundlage, sondern der Schutz vor den Gefahren einer technischen Überwachung überhaupt<sup>243</sup>.

Schließlich ist zu berücksichtigen, dass wegen des Schutzzwecks des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG (Schutz des Persönlichkeitsrechts der Arbeitnehmer) ein Mitbestimmungsrecht *grundsätzlich* dann ausscheidet, wenn die Aussagen über Verhalten oder Leistung bestimmten Arbeitnehmern nicht zugeordnet werden können<sup>244</sup>. Werden deshalb nur anonyme Daten erhoben oder wird nur die Leistung einer ganzen Abteilung oder Gruppe ausgewertet, so ist ein Mitbestimmungsrecht *im Grundsatz* zu verneinen<sup>245</sup>. Im letzteren Fall besteht allerdings eine Ausnahme dann, wenn der auf die

234 So BAG, Beschl. v. 27.01.2004, 1 ABR 7/03 [juris; Rn. 30].

235 BAG, Beschl. v. 27.01.2004, 1 ABR 7/03 [juris]; BAG, Beschl. v. 18.04.2000, 1 ABR 22/99 [juris].

236 So auch *Karthus*, NZA [Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht] 2017, S. 561, der auch zutreffend darauf hinweist, dass sich in solchen Fällen nicht nur die Frage eines Mitbestimmungsrechts des Betriebsrats beim Arbeitgeber, sondern auch u.U. des Betriebsrats beim Unternehmen, das die Überwachung vornimmt, stellen kann.

237 BAG, Beschl. v. 11.03.1986, 1 ABR 12/84 [juris; Rn. 23], worin § 1 Abs. 2 KSchG zur Begründung herangezogen wird; so auch *Kania*, in: Erfurter Kommentar, 18. Aufl. 2018, § 87 BetrVG Rn. 50.

238 Ebd. Rn. 51; kritisch hierzu *Däubler/Kittner/Klebe/Wedde*, Betriebsverfassungsgesetz, 16. Aufl. 2018, § 87 BetrVG Rn. 182.

239 BAG, Beschl. v. 11.03.1986, 1 ABR 12/84 [juris; Rn. 23]; *Kania*, in: Erfurter Kommentar, 18. Aufl. 2018, § 87 BetrVG Rn. 50.

240 BAG, Beschl. v. 11.03.1986, 1 ABR 12/84 [juris; Rn. 32]; *Kania*, in: Erfurter Kommentar, 18. Aufl. 2018, § 87 BetrVG Rn. 51 f.; im Ergebnis wohl auch *Däubler/Kittner/Klebe/Wedde*, Betriebsverfassungsgesetz, 16. Aufl. 2018, § 87 BetrVG Rn. 182.

241 Wie etwa, dass ein bestimmter Mitarbeiter einen Text mit einer bestimmten Zeilenzahl geschrieben hat (BAG, Beschl. v. 23.04.1985, 1 ABR 2/82 [juris]).

242 BAG, Beschl. v. 11.03.1986, 1 ABR 12/84 [juris; Rn. 30], unter Hinweis auf BAG, Beschl. v. 23.04.1985, 1 ABR 2/82 [juris]; zustimmend *Richardi*, in: *Richardi*, BetrVG, 16. Aufl. 2018, § 87 BetrVG Rn. 510. – In BAG, Beschl. v. 14.09.1984, 1 ABR 23/82 [juris; Rn. 51] wird auch hervorgehoben, dass diese weite Auslegung nicht dazu führt, dass das Erfordernis einer objektiven Eignung zur Überwachung aufgegeben wird.

243 BAG, Beschl. v. 06.12.1983, 1 ABR 43/81 [juris; Rn. 176] – Bildschirm-Entscheidung.

244 BAG, NJW [Neue Juristische Wochenschrift] 1984, S. 1485 –Bildschirm-Entscheidung); BAG, NZA [Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht] 1986, S. 489; BAG, NZA 1995, S. 187; BAG, NZA 2017, S. 659; *Richardi*, in: *Richardi*, BetrVG, 16. Aufl. 2018, § 87 BetrVG Rn. 511.

245 BAG, NZA [Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht] 1995, S. 187; *Richardi*, in: *Richardi*, BetrVG, 16. Aufl. 2018, § 87 BetrVG Rn. 511.

Gruppe von Arbeitnehmern ausgeübte Überwachungsdruck auf die einzelnen Gruppenmitglieder durchschlägt<sup>246</sup>.

Unter Heranziehung der genannten Kriterien kann davon ausgegangen werden, dass insbesondere die Einführung von durch Algorithmen unterstützen cyber-physikalischen Systemen dem Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats unterliegen wird. Diese Systeme basieren nämlich auf der Erhebung von Daten der Arbeitnehmer (wie etwa darüber, wie viel Zeit der jeweilige Arbeitnehmer an seinem Arbeitsplatz verbracht hat, wann welcher Arbeitnehmer seine Schicht begonnen hat usw.), die deren Verhalten dokumentieren. So wird etwa durch die Identifizierung anhand eines RFID-Chips<sup>247</sup> oder eines Fingerprint-Scanner-Systems die Aussage erarbeitet, dass ein bestimmter Arbeitnehmer zu einem bestimmten Zeitpunkt bei der Arbeit war<sup>248</sup>. Auch bei algorithmischen Systemen, die zur Schichtenverteilung unter den Arbeitnehmern benutzt werden, werden unterschiedliche Verhaltensdaten der Arbeitnehmer verwertet, um die für den jeweiligen Kundenauftrag geeigneten Arbeitnehmer vorzuschlagen. Dass u.U. auch bloße Status- oder Betriebsdaten erhoben werden, ist insoweit unschädlich, als sie zu Aussagen über Verhalten oder Leistung der Arbeitnehmer durch die technische Einrichtung verarbeitet werden.

#### d) Bestimmung der technischen Einrichtung zur Überwachung

Der Hauptkritikpunkt im Schrifttum in Bezug auf die jetzige Fassung des § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG im Zusammenhang mit der Industrie 4.0 bezieht sich auf das Merkmal des „Bestimmens“ und dessen Auslegung durch die Rechtsprechung. Das BAG bejaht nämlich schon dann ein Mitbestimmungsrecht nach § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG, wenn die technische Einrichtung objektiv geeignet ist, Verhaltens- oder Leistungsdaten über den Arbeitnehmer zu erheben und aufzuzeichnen<sup>249</sup>. Auf die subjektive Zielsetzung des Arbeitgebers kommt es also nicht an<sup>250</sup>.

Indem allerdings die Vernetzung zwischen Maschine und Beschäftigten mithilfe von digitalen Systemen (CPS) zwangsläufig dazu führt, dass Arbeits- und Leistungsverhalten des Arbeitnehmers direkt oder indirekt festgehalten werden, wäre § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG nach dem Verständnis der Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Einführung neuer technischer Systeme am Arbeitsplatz nahezu immer einschlägig, was den vom Betriebsverfassungsrecht austarierten Bereich der Mitbestimmung verschieben würde; teilweise wird insoweit sogar eine „Lahmlegung“ des technologischen Fortschritts befürchtet<sup>251</sup>. Dies hat in der Literatur zu Stimmen geführt, die sich für eine einschränkende Auslegung dieser Vorschrift einsetzen, insbesondere eine Subjektivierung des Merkmals „Bestimmen“ dahingehend befürwortet, dass bei technischen Systemen, die der Steuerung der Produktion dienen, nicht schon die Datenerzeugung selbst, sondern erst die *gezielte* Auswertung der gewonnenen Leistungsdaten als mitbestimmungspflichtig anzusehen sei<sup>252</sup>.

246 BAG, NZA [Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht] 2017, S. 659 unter Hinweis auf BAG, NZA 1995, S. 185 ff.

247 Hierzu vgl. *Karthaus*, NZA [Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht] 2017, S. 560 f.

248 Etwas anderes gilt nur dann, wenn etwa ein anonymes Zugangssicherungssystem verwendet wird, vgl. BAG, Beschl. v. 10.04.1984, 1 ABR 69/82 [juris], auf das in BAG, Beschl. v. 27.01.2004, 1 ABR 7/03 [juris; Rn. 32] Bezug genommen wird.

249 BAG, NZA [Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht] 2014, S. 440; BAG, NZA 2017, S. 659.

250 Ebd.

251 So zutreffend *Zumkeller*, BB [Betriebs-Berater] 2015, Die erste Seite Nr. 30; dem zustimmend *Günther/Böglmüller*, NZA [Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht] 2015, S. 1027; vgl. auch Hanau, NJW [Neue Juristische Wochenschrift] 2016, S. 2615; kritisch auch *Wisskirchen/Schiller/Schwindling*, BB [Betriebs-Berater] 2017, S. 2106.

252 In die Richtung bereits *Zumkeller*, BB [Betriebs-Berater] 2015, Die erste Seite Nr. 30; vgl. auch *Günther/Böglmüller*, NZA [Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht] 2015, S. 1027; *Hanau*, NJW [Neue Juristische Wochenschrift] 2016, S. 2615; *Wisskirchen/Schiller/Schwindling*, BB [Betriebs-Berater] 2017, S. 2108; a.A. aber nach wie vor die h.M., vgl. *Kania*, in: Erfurter Kommentar, 18. Aufl. 2018, § 87 BetrVG Rn. 55; *Karthaus*, NZA [Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht] 2017, S. 561, und die Rechtsprechung seit BAG, NJW [Neue Juristische Wochenschrift] 1976, S. 261, S. 262.

#### 4. § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG

Unabhängig davon, wann Mitbestimmungsrechte des Betriebsrats nach § 87 BetrVG ausgelöst werden, führt die durch Algorithmen vorangetriebene Industrie 4.0 in anderer Hinsicht zu betriebsverfassungsrechtlichen Fragen, die noch nicht abschließend geklärt sind. Die Industrie 4.0 ist nämlich durch eine Vernetzung und Integration von Wertschöpfungsketten gekennzeichnet<sup>253</sup>, die auch im Hinblick auf personale Entscheidungen eine (sogar unternehmens- und rechtsträgerübergreifende) Verflechtung zur Folge haben können.

Im Hinblick auf Algorithmen ist etwa die Verwendung eines zentralen Algorithmus zur Steuerung von Personalentscheidungen (etwa zum Einsatz von Arbeitnehmern in Betriebsstätten) in verschiedenen Unternehmen eines Konzerns oder entlang der Wertschöpfungskette denkbar.

Diese zunehmende Vernetzung und Komplexität<sup>254</sup> und die damit einhergehende Dezentralisierung des Leitungsapparats<sup>255</sup> bewirken, dass insbesondere eine nähere Konturierung des Begriffs des „Betriebs“ schwieriger wird. Denn für den Begriff des „Betriebs“ ist herkömmlicherweise der Ort maßgeblich, an dem die wesentlichen Entscheidungen in beteiligungspflichtigen Angelegenheiten getroffen werden, also der jeweilige einheitliche Leitungsapparat<sup>256</sup>. Derartige einheitliche Leistungsstrukturen nachzuvollziehen wird aber aufgrund der bereits erwähnten steigenden Vernetzung und Verflechtung

von Wertschöpfungsketten in der Praxis zunehmend anspruchsvoll (wenn nicht u.U. gar unmöglich)<sup>257</sup>. Bei der Verwendung einer Software kommt noch hinzu, dass sich bei der Ermittlung des einheitlichen Leitungsapparats die zusätzliche Frage stellt, ob noch auf die dahinterstehenden Menschen (also bspw. den Arbeitgeber oder einen am Entwicklungsprozess des Algorithmus Beteiligten) oder nicht eigentlich auf die Software selbst abzustellen ist<sup>258</sup>.

Zur Beseitigung derartiger Rechtsunsicherheiten wird in der Literatur eine autonome Bestimmung des Begriffs des „Betriebs“ mittels eines Tarifvertrags bzw. einer Betriebsvereinbarung nach § 3 Abs. 1 BetrVG und insb. nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG in Erwägung gezogen<sup>259</sup>. § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG setzt allerdings nach seinem Wortlaut („soweit dies...“) voraus, dass die vereinbarte Struktur im Hinblick auf den Zusammenhang zwischen organisatorischen oder kooperativen Spezifika auf Arbeitgeberseite und wirksamer sowie zweckmäßiger Interessenvertretung der Arbeitnehmer zur Vertretung der Arbeitnehmerinteressen „besser geeignet“ ist als die gesetzlich vorgesehene Vertretungsstruktur<sup>260</sup>. Bei einem fehlenden zentralen Leitungsapparat sowie bei einer Vielzahl von Leitungsstrukturen erscheint allerdings eine von der gesetzlich vorgesehenen Vertretungsstruktur abweichende Struktur jedenfalls nicht zweckmäßig, so dass § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG insoweit nicht einschlägig ist<sup>261</sup>. Zudem ist die Zusammenarbeit von Unternehmen, die die Grundlage einer Abweichung nach § 3 Abs. 1 Nr. 3 BetrVG bilden würde, instabil, so dass sie sich ggf. bereits verändert haben, bevor ein Tarifvertrag bzw. eine

253 Forschungsunion/acatech, Umsetzungsempfehlungen für das Zukunftsprojekt Industrie 4.0. Abschlussbericht des Arbeitskreises Industrie 4.0, 2013, S. 6.

254 Dies trifft vor allem bei Matrixorganisationen zu; vgl. zu diesem Begriff ausführlich *Witschen*, RdA [Recht der Arbeit] 2016, S. 38 ff.

255 Vgl. hierzu etwa *Hanau*, NJW [Neue Juristische Wochenschrift] 2016, S. 2613 f.

256 So *Bomhard*, Automatisierung und Entkollektivierung betrieblicher Arbeitsorganisation, 2019, S. 76 Rn. 269, der aber *ausschließlich* dieses Kriterium als maßgebend erachtet.

257 Vgl. ausführlich hierzu *Bomhard*, Automatisierung und Entkollektivierung betrieblicher Arbeitsorganisation, 2019, S. 75 ff. Rn. 263 ff.

258 Zum „virtuellen Betrieb“ vgl. ebd. S. 78 ff. Rn. 274 ff.

259 Vgl. etwa *Karthus*, NZA [Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht] 2017, S. 562 f.; *Bomhard*, Automatisierung und Entkollektivierung betrieblicher Arbeitsorganisation, 2019, S. 80 ff. Rn. 282 ff.

260 Vgl. BAG, Beschl. v. 13.03.2013, 7 ABR 70/11 [juris; Rn. 38]; *Karthus*, NZA [Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht] 2017, S. 563.

261 Vgl. *Bomhard*, Automatisierung und Entkollektivierung betrieblicher Arbeitsorganisation, 2019, S. 81 Rn. 283.

Betriebsvereinbarung nach § 3 BetrVG abgeschlossen wurde<sup>262</sup>.

Festzuhalten ist also, dass rechtssichere Gestaltungsmöglichkeiten, um der steigenden Schwierigkeit der Umschreibung des Begriffs des „Betriebs“ entgegenzuwirken, *de lege lata* fehlen<sup>263</sup>, so dass auf Reaktionen des Gesetzgebers gewartet werden muss.

## II. Datenschutzrecht

Das „Verbotsprinzip“, das für das Datenschutzrecht prägend ist, gilt nur für den einzelnen Verarbeitungsschritt bzw. die konkrete Verarbeitung<sup>264</sup>.

In der Praxis wichtiger sind aber Vorgaben für begleitende Organisationsvorschriften: Neben dem Betriebsrat im Arbeitsrecht sieht auch das Datenschutzrecht mit der Figur des (betrieblichen und behördlichen) Datenschutzbeauftragten eine Institution vor, die die Einhaltung datenschutzrechtlicher Vorschriften (auch) in Bezug auf ganze Belegschaften zu überwachen hat (vgl. insbesondere den Aufgabenkatalog in Art. 39 DSGVO). Die Figur des Datenschutzbeauftragten wurde erstmals europaweit verbindlich mit den Artt. 37 ff. DSGVO eingeführt<sup>265</sup>. Obwohl auf europäischer Ebene jetzt verbindliche Regelungen für den Datenschutzbeauftragten bestehen, soll das nicht darüber hinwegtäuschen, dass für den nicht-öffentlichen Bereich weiterhin die Benennung eines Datenschutzbeauftragten europaweit weitgehend

fakultativ bleiben wird, da von Art. 37 Abs. 1 lit. b u. lit. c DSGVO nur eine überschaubare Anzahl von Unternehmen erfasst wird<sup>266</sup>. Um zu verhindern, dass dies auch in Deutschland der Fall wäre, hat der deutsche Gesetzgeber, gestützt auf die Öffnungsklausel nach Art. 37 Abs. 4 DSGVO, § 38 Abs. 1 BDSG n.F.<sup>267</sup> erlassen, der im Wesentlichen § 4f Abs. 1 S. 4, 6 BDSG a.F. übernimmt<sup>268</sup> und somit die Rechtslage in Deutschland größtenteils unverändert lässt.

Anzumerken bleibt noch, dass auch in solchen Fällen, in denen für ganze Belegschaften Risiken durch den Einsatz algorithmischer Systeme (insbesondere im Rahmen eines Big Data-Verfahrens) entstehen, die Datenschutz-Folgenabschätzung nach Art. 35 DSGVO eine Rolle spielt<sup>269</sup>. Dies kann durchaus auch als eine Regelung verstanden werden, die eine besondere Betroffenheit bestimmter Gruppen identifizieren soll. Auf diese kollektive Dimension weist insb. der Absatz 9 des Art. 35 DSGVO hin, der von „betroffenen Personen und deren Vertretern“ spricht, also erkennbar Personengruppen vor Augen hat.

## III. Antidiskriminierungsrecht

Auch das Antidiskriminierungsrecht hält bestimmte Regelungen bereit, die dem Schutz ganzer Belegschaften dienen sollen. So wird dem Beschäftigten in § 13 AGG ein Beschwerderecht bei der „zuständigen Stelle“ gewährt<sup>270</sup>. Wer (bzw. was) die „zuständige Stelle“ ist, sagt das Gesetz nicht ausdrücklich. Die

262 Rieble, NZA-Beilage [Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht] 2014, S. 30; Hanau, NJW [Neue Juristische Wochenschrift] 2016, S. 2614 f.; Karthaus, NZA 2017, S. 563; Günther/Böglmüller, NZA 2017, S. 549; Bomhard, Automatisierung und Entkollektivierung betrieblicher Arbeitsorganisation, 2019, S. 81 Rn. 283.

263 So zutreffend Bomhard, Automatisierung und Entkollektivierung betrieblicher Arbeitsorganisation, 2019, S. 82 Rn. 288.

264 Vgl. v. Lewinski, in: BeckOK-DSR [Beck'scher Online-Kommentar Datenschutzrecht], 24. Ed. 2018, § 10 BDSG a.F. Rn. 9 (dort zum Rechtsstand vor 2018, was aber inhaltlich weiterhin gilt). – Allerdings sind Genehmigungspflichten für den Einsatz von EDV-Anlagen aber durchaus vorstellbar und es hat sie auch schon gegeben (vgl. § 10 Abs. 3 S. 2 BDSG 1990 für Abrufverfahren); Weitere Vorbehalte fanden und finden sich im Fachrecht (Nachw. bei v. Lewinski, in: BeckOK-DSR [Beck'scher Online-Kommentar Datenschutzrecht], 24. Ed. 2018, § 10 BDSG a.F. Rn. 10.1).

265 Raum, in: Auernhammer, 6. Aufl. 2018, Art. 37 DSGVO Rn. 1.

266 So zutreffend Raum, in: Auernhammer, 6. Aufl. 2018, Art. 37 DSGVO Rn. 38; nach Ansicht der Artikel 29-Gruppe soll aber insb. bei einem Profiling eine Pflicht zur Bestellung eines Datenschutzbeauftragten nach Art. 37 Abs. 1 lit. b DSGVO in Betracht kommen; vgl. WP 243, Guidelines on Data Protection Officers („DPOs“), S. 8 f.

267 Vgl. BT-Drs. 18/11325, S. 107; Raum, in: Auernhammer, 6. Aufl. 2018, § 38 BDSG n.F. Rn. 4, 6.

268 BT-Drs. 18/11325, S. 107.

269 Vgl. hierzu unten 2. Teil D. II. 3.

270 Wegen § 84 BetrVG, der nicht das Bestehen eines Betriebsrates voraussetzt, hat § 13 AGG aber nur eine klarstellende Funktion (vgl. Serr, in: Staudinger, 2018, § 13 AGG Rn. 1).

Gesetzesbegründung nennt als Beispiele für eine „zuständige Stelle“ einen Vorgesetzten, einen Gleichstellungsbeauftragten und eine betriebliche Beschwerdestelle<sup>271</sup>. Auch eine Unterstützung bei der Durchsetzung der Rechte der Beschäftigten durch (privatwirtschaftliche) Antidiskriminierungsverbände ist in § 23 AGG vorgesehen<sup>272</sup>.

Gruppenbezogen könnte man im Kontext des Antidiskriminierungsrechts an „affirmative actions“ und andere Maßnahmen zur positiven Diskriminierung denken, wie sie aus dem (Frauen)Gleichstellungsrecht bekannt sind.

## IV. Sonstige Regelungen

Obwohl außerhalb des Arbeitsrechts dem deutschen Recht (als Teil des westlichen Kultur- und Rechtskreises) Kollektive als Rechts- und Regelungsadressaten eher fremd (anders in Asien und v.a. in Afrika, sog. „group rights“) sind, bleibt es auch für Personenmehrheiten wie etwa Belegschaften möglich, die oben (2. Teil B. IV. 1.) vorgeschlagene verfahrensrechtliche Ergänzungsmöglichkeit der Betroffenen im Rahmen von algorithmischen Entscheidungen nach dem Vorbild der § 24 Abs. 1 S. 3 VwVfG, § 31a S. 2 SGB X in Erwägung zu ziehen.

## V. Profil der Regelungen

Anders als für die am Einzelnen anknüpfenden Regelungen (B.) findet sich der Schwerpunkt der auf das Kollektiv bezogenen Regelungen (C.) nicht im Datenschutzrecht, sondern im Arbeitsrecht. Interessant ist dabei, dass alle relevanten Vorschriften des Arbeitsrechts dem BetrVG zu entnehmen sind und somit den Betriebsrat und dessen Funktion im vorliegenden Kontext besonders betonen.

## D. Technikrecht

Algorithmen, wie alle technischen Systeme, haben eine durch die Technik und in der Technik programmierte (Binnen)Logik, die unabhängig von der rechtlichen Logik funktioniert. Anpassungen von Recht und Technik finden in beiden Bereichen und in beide Richtungen statt<sup>273</sup>.

## I. Arbeitsrecht

Die Gefahren, die von Algorithmen ausgehen, sind größtenteils auf ihre technische Ausgestaltung zurückzuführen. Im Bereich des Arbeitsrechts könnte man deshalb auf den ersten Blick erwägen, zum Schutz der Beschäftigten, die während (und infolge) ihrer Arbeit mit algorithmischen Systemen in Kontakt kommen, die Vorschriften zum technischen Arbeitsschutz heranzuziehen<sup>274</sup>. Die Vorschriften des technischen Arbeitsschutzes (insb. das ArbSchG) schützen allerdings nur vor Gefahren für Leben und Gesundheit<sup>275</sup>. Eine Lebens- oder Gesundheitsgefahr infolge des Einsatzes von Algorithmen im Rahmen von Personalentscheidungen ist aber kaum denkbar, so dass (zumindest nach geltendem Recht) der technische Arbeitsschutz im Zusammenhang mit Algorithmen keine Rolle spielt.

In Betracht zu ziehen ist allerdings, *de lege ferenda* einen technischen Arbeitsschutz zu entwickeln, der (zumindest auch) Gefahren für das allgemeine Persönlichkeitsrecht und das davon umfasste Recht auf informationelle Selbstbestimmung bzw. Recht auf Datenschutz der Beschäftigten (vor allem durch selbstlernende Systeme) umfasst.

271 BT-Drs. 16/1780, S. 37; vgl. zu diesem Begriff ausführlich *Serr*, in: Staudinger, 2018, § 13 AGG Rn. 6 ff.; *Harwart*, in: Herberger/Martinek/Rüßmann u.a., jurisPK-BGB [Juris PraxisKommentar], 8. Aufl. 2017, § 13 AGG Rn. 2 ff.

272 Vgl. hierzu etwa *S. Overcamp*, in: Herberger/Martinek/Rüßmann u.a., jurisPK-BGB [Juris PraxisKommentar], 8. Aufl. 2017, § 23 AGG.

273 Pessimistischer *Boehme-Neßler*, NJW [Neue Juristische Wochenschrift] 2017, S. 3031 ff.

274 Zum technischen Arbeitsschutz vgl. etwa *Waltermann*, Arbeitsrecht, 18. Aufl. 2016, Rn. 442 f., und *Leuchten*, in: Tschöpe, Arbeitsrecht Handbuch, 10. Aufl. 2017, Teil 6 B.

275 Vgl. *Waltermann*, Arbeitsrecht, 18. Aufl. 2016, Rn. 442. – Dies kommt deutlich in § 4 Nr. 1 ArbSchG zum Ausdruck.

## II. Datenschutzrecht

Das Datenschutzrecht besitzt neben den materiellen Voraussetzungen für personenbezogene Datenverarbeitungen seit jeher auch einen (freilich etwas weniger stark ausgebildeten) Seitenstrang des technischen Datenschutzes und der Datensicherheit (Art. 32 DSGVO; früher Anlage zu § 9 BDSG a.F.). Trotz des Bestrebens um eine technikneutrale Regelung finden sich auch algorithmenspezifische Regelungen und Regelungsanknüpfungen.

Der in Art. 25 DSGVO aufgegriffene Datenschutz durch Technikgestaltung soll zusätzlich dazu beitragen, die Grundsätze der rechtmäßigen Datenverarbeitung zu wahren. Nach Stand der Technik soll der Schutz personenbezogener Daten möglichst weit ins Vorfeld verlagert werden und schon bei der Entwicklung der Technik (also auch der zugrundeliegenden Algorithmen) maßgeblich berücksichtigt sein. So soll der gesamte Lebenszyklus eines Produktes vom Datenschutzrecht ummantelt werden<sup>276</sup>.

### 1. Kein Technikverbot

Anders als auf der Ebene des personenbezogenen Verarbeitungsschritts kennt das Datenschutzrecht grundsätzlich kein Verbot einer bestimmten Technik<sup>277</sup>.

### 2. Dazwischenschalten eines Menschen

Sprachlich in der Gestalt eines subjektiven Rechts enthält Art. 22 DSGVO<sup>278</sup> den Grundsatz, dass ohne das

Dazwischentreten von Menschen keine automatisierten Einzelentscheidungen auf der Grundlage personenbezogener Daten getroffen werden dürfen.

Bei der näheren Ausformung dieser Vorschrift ist zweierlei zu beachten: Einerseits ergibt sich aus ihrem Sinn und Zweck, dass sie voraussetzt, dass die eingreifende Person das Ergebnis oder zumindest wesentliche Aspekte des Datenverarbeitungsprozesses tatsächlich beeinflussen kann<sup>279</sup>. Andererseits ist ein Recht des Betroffenen auf Eingreifen eines Menschen nur dann anzuerkennen, wenn berechtigte Gründe im Einzelfall dies rechtfertigen. Denn ansonsten würde die Ausnahme nach Art. 22 Abs. 2 u. 3 DSGVO in ihr Gegenteil verkehrt werden, da Art. 22 DSGVO eine vollautomatisierte Entscheidung ja durchaus technikrechtlich grundsätzlich ermöglichen will, was sich aus der Existenz der Regelung als solcher ergibt<sup>280</sup>.

### 3. Art. 35 DSGVO (Datenschutz-Folgenabschätzung)

Dem Datenschutz dient auch die in Art. 35 DSGVO erstmalig<sup>281</sup> ausdrücklich vorgesehene Datenschutz-Folgenabschätzung<sup>282</sup>. Nach Art. 35 Abs. 1 S. 1 DSGVO besteht eine Pflicht des Verantwortlichen zur Durchführung einer Datenschutz-Folgenabschätzung, wenn „eine Form der Verarbeitung, insbesondere bei Verwendung neuer Technologien, aufgrund der Art, des Umfangs, der Umstände und der Zwecke der Verarbeitung voraussichtlich ein hohes Risiko für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen zur Folge“ hat<sup>283</sup>. Im Zusammenhang mit Algorithmen ist vor allem die Formulierung „bei Verwendung neuer

276 Brüggemann, in: Auernhammer, 6. Aufl. 2018, Art. 25 DSGVO Rn. 9.

277 v. Lewinski, in: BeckOK-DSR [Beck'scher Online-Kommentar Datenschutzrecht], § 6a BDSG a.F. Rn. 2.1.

278 Dafür spricht nicht nur der Wortlaut des Art. 22 Abs. 2 lit. b, Abs. 3 DSGVO (auch dort ist von „angemessenen Maßnahmen zur Wahrung der Rechte und Freiheiten sowie der berechtigten Interessen der betroffenen Person“ die Rede), sondern auch die Tatsache, dass eine einheitliche Auslegung in allen Fällen des Art. 22 Abs. 2 DSGVO angemessen erscheint (die Gefahren, die für den Einzelnen im Fall des Einsatzes eines automatisierten Verfahrens nach Art. 22 Abs. 2 lit. a u. lit. c DSGVO bestehen, sind nämlich dieselben wie im Fall des Art. 22 Abs. 2 lit. b DSGVO) (vgl. v. Lewinski, in: BeckOK-DSR, 23. Ed. 2018, Art. 22 DSGVO Rn. 47 – Aus denselben Gründen gilt dies auch für die anderen, ausdrücklich in Art. 22 Abs. 3 DSGVO genannten Rechte.).

279 Martini/Nink, NVwZ-Extra [Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht] 2017, S. 4.

280 So zutreffend ebd.

281 Raum, in: Auernhammer, 6. Aufl. 2018, Art. 35 DSGVO Rn. 6.

282 Vgl. v. dem Bussche, in: Plath, 2. Aufl. 2016, Art. 35 DSGVO Rn. 1.

283 Kritisch hierzu Martini, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 209 ff.

Technologien“ von Bedeutung, die etwa Big-Data-Verfahren umfasst<sup>284</sup>.

#### 4. Algorithmentransparenz

Genannt werden können als technikrechtliche Regelungen auch noch die Betroffenenrechte nach Art. 13 Abs. 2 lit. f, Art. 14 Abs. 2 lit. g, Art. 15 Abs. 1 lit. h DSGVO, soweit sie auf die Mitteilung von Informationen über die einer automatisierten Entscheidungsfindung zugrundeliegende „involvierte Logik“ gerichtet sind<sup>285</sup>.

### III. Antidiskriminierungsrecht

Im Antidiskriminierungsrecht finden sich – soweit ersichtlich – bislang keine einschlägigen Regelungen des Technikrechts.

Dabei wäre es durchaus denkbar, einen „machine bias“ durch rechtliche Vorgaben zu unterbinden, etwa durch Vorgaben für die Diversität der Programmierer<sup>286</sup>, das verpflichtende „vorurteilsfreie Programmieren“<sup>287</sup>, sicherlich auch Vorgaben hinsichtlich der Repräsentativität der Datensätze, mit denen lernende System trainiert werden. Wenn solche Vorgaben sich als umsetzbar erweisen würden, wäre es nur noch ein kleiner Schritt bis zu einer Pflicht zum Einsatz von Algorithmen für rationale unternehmerische Entscheidungen<sup>288</sup>.

### IV. Sonstige Regelungen

Im Technikrecht finden sich an vielen Stellen der Rechtsordnungen Regelungen und Regelungsansätze, die man als Ideengeber für die

Algorithmenregulierung heranziehen kann.

#### 1. Hochfrequenzhandelsrecht

§ 80 Abs. 2 S. 3 Nrn. 1–3 WpHG definiert recht abstrakt, dafür aber technologieneutral, dass die Hardware über ausreichend Verarbeitungskapazitäten verfügen muss, um Fehlfunktionen – etwa bei der Übermittlung von Aufträgen –, durch die „Störungen auf dem Markt verursacht“ werden, zu vermeiden. Da Handelsalgorithmen (teil-)autonom ihre Handelsstrategie verfolgen, müssen die Wertpapierhandelsunternehmen zudem über „Notfallvorkehrungen“ verfügen, die eingreifen, wenn unvorhergesehene Störungen auftreten (§ 80 Abs. 2 S. 4 WpHG).

#### 2. Beschränkung der Einsatzfelder

So zielt etwa die Beschränkung des § 35a VwVfG auf Verwaltungsverfahren, die keine Ermessensentscheidungen beinhalten, darauf ab, den Einsatz algorithmischer Verfahren nur bei „einfach strukturierten Verfahren“<sup>289</sup> zu erlauben. Ähnliche Einschränkungen für die Verwendung von Algorithmen könnten auch in den oben genannten Rechtsgebieten vorgesehen werden, um die mit dem Einsatz von Algorithmen einhergehenden Risiken zu minimieren. Entsprechend dem Zweck dieser Einschränkung bei § 35a VwVfG ist auch erwägenswert, den Einsatz von Algorithmen (zumindest von selbstlernenden Algorithmen) auf solche Verfahren zu beschränken, die keine nachhaltigen, irreversiblen Folgen für einen Menschen erzeugen<sup>290</sup>. Zu beachten ist auch an dieser Stelle die Wertung des Art. 22 DSGVO, der gerade darauf zielt, den Einzelnen vor automatisierter Entscheidungsfindung zu seinen Lasten zu schützen.

284 *Raum*, in: Auernhammer, 6. Aufl. 2018, Art. 35 DSGVO Rn. 10.

285 Vgl. hierzu oben 2. Teil B. II. 4. a).

286 F.A.Z. v. 16.03.2018, S. 26, mit Bezug auf Diskussionen auf der SXSW 2018.

287 Kritisch hierzu *Kurz*, F.A.Z. v. 10.07.2017, S. 12.

288 *Möslein*, ZIP [Zeitschrift für Wirtschaftsrecht] 2018, S. 209.

289 So zu § 24 Abs. 1 S. 3 VwVfG, BT-Drs. 18/8434, S. 122.

290 Vgl. hierzu *Martini/Nink*, NVwZ-Extra [Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht] 2017, S. 13.

### 3. Produkthaftungsrecht

Erörtert werden im Kontext von algorithmischen Systemen auch Produkthaftungsregelungen<sup>291</sup>, um die beim Hersteller mehr als beim Verwender vermutete Beherrschung des Systems in eine Haftungsregel umzugießen.

### 4. Zertifizierungspflicht bzw. Routinevalidierung

Zu erwägen ist ferner, eine Zertifizierungspflicht (also eine Art „Algorithmen-TÜV“<sup>292</sup>) vorzusehen<sup>293</sup>. Im Grundsatz ist die Eigenlogik einer algorithmisch generierten Entscheidung berechen- und beherrschbar<sup>294</sup>. Auf dieser Erkenntnis aufbauend könnten unabhängige Experten mit der Überprüfung der eingesetzten Algorithmen beauftragt werden, die dann die Einhaltung der gesetzlichen Vorschriften durch den in Frage stehenden Algorithmus zertifizieren würden. Dies würde nicht nur zu einer erhöhten Transparenz der eingesetzten algorithmischen Verfahren führen, sondern zugleich dem (berechtigten) Geheimhaltungsinteresse der Unternehmen, die die Algorithmen entwickelt haben, Rechnung tragen<sup>295</sup>.

Vor allem bei selbstlernenden Systemen genügt allerdings nicht bloß eine präventive Zertifizierungspflicht: Denn derartige Systeme verändern sich *fortlaufend*, so dass sie ebenfalls *fortlaufend* überprüft werden müssen<sup>296</sup>. Auch insoweit können unabhängige

Experten eingesetzt werden, die (zumindest stichprobenartig) die Arbeitsweise von Algorithmen überprüfen. Zwar sind (insbesondere bei selbstlernenden Algorithmen) die technischen Herausforderungen für eine derartige Überprüfung enorm<sup>297</sup>. Allerdings ließen sie sich etwa dadurch bewältigen, dass derartige Kontrollen nicht (nur) durch Menschen, sondern (zumindest auch) durch Algorithmen *selbst* durchgeführt werden<sup>298</sup>. Gleichwohl bestehen Zweifel an der Zweckmäßigkeit solcher Pflichten, deren praktische Umsetzung angesichts der sich fortlaufend entwickelnden Technologien als quantitativ unmöglich erachtet wird<sup>299</sup>. Daneben ist die Arbeit eines (selbstlernenden) Algorithmus abhängig vom zugeführten Input<sup>300</sup> an Datenbeständen. Diese Parameter sind für den Entwickler der mathematischen Formel wiederum kaum überschaubar<sup>301</sup>.

### 5. Protokollierungspflichten

Eine effektive fortlaufende Kontrolle muss aber durch Protokollierungspflichten des Verantwortlichen flankiert werden<sup>302</sup>. Denn nur dadurch lässt sich fälschungssicher im Nachhinein der genaue Ablauf der algorithmischen Arbeit nachvollziehen und rekonstruieren<sup>303</sup>. Auf europäischer Ebene sieht zwar bereits Art. 30 DSGVO Protokollierungspflichten vor. Diese erfassen aber nur Elementardaten, die noch nicht für eine wirksame fortlaufende Kontrolle (insbesondere selbstlernender Systeme) genügen<sup>304</sup>.

291 Etwa *Martini*, Blackbox Algorithmus 2019, S. 278 ff.; *Schaub*, JZ [Juristenzeitung] 2017, S. 343; hierzu schon *Reese*, DStR [Deutsches Steuerrecht] 1994, S. 1121.

292 Zu diesem Begriff vgl. *Martini*, JZ [Juristenzeitung] 2017, S. 1021.

293 So bereits *Martini/Nink*, NVwZ-Extra [Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht] 2017, S. 12 u. *Hoffmann-Riem*, in: ders., Big Data – Regulative Herausforderungen, 2018, S. 60 f.

294 Vgl. hierzu *Möslein*, ZIP [Zeitschrift für Wirtschaftsrecht] 2018, S. 204, S. 209.

295 So zutreffend *Martini/Nink*, NVwZ-Extra [Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht] 2017, S. 12.

296 Vgl. ebd.; *Martini*, JZ [Juristenzeitung] 2017, S. 1021 f.

297 Zu den Schwierigkeiten, die sich daraus ergeben *Martini*, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 44 ff.

298 Vgl. hierzu insb. *Datta/Sen/Zick*, Algorithmic Transparency via Quantitative Input Influence: Theory and Experiments with Learning Systems, 2016; so bereits schon *Martini*, JZ [Juristenzeitung] 2017, S. 1022.

299 So bspw. *Möslein*, ZIP [Zeitschrift für Wirtschaftsrecht] 2018, S. 204, S. 212.

300 So auch *Hacker*, RW [Zeitschrift für Rechtswissenschaftliche Forschung] 2018, S. 243, S. 253 („Mangel an adäquaten Trainingsdaten“); *Martini*, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 50 ff.

301 Vgl. *Borges*, NJW [Neue Juristische Wochenschrift] 2018, S. 977, 981.

302 So auch *Martini/Nink*, NVwZ-Extra [Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht] 2017, S. 13; *Hoffmann-Riem*, in: ders., Big Data – Regulative Herausforderungen, 2018, S. 61.

303 Vgl. *Martini/Nink*, NVwZ-Extra [Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht] 2017, S. 13.

304 So bereits *Martini*, JZ [Juristenzeitung] 2017, S. 1022.



## 6. Überwachungs- und Beobachtungspflichten

Womöglich können auch technische Vorgaben formuliert werden, sodass für die Programmierung algorithmischer Systeme besser nachvollziehbare Techniken verwendet werden (etwa eher „Decision Tree“ als „Deep Learning“). Gedacht werden kann an eine Überwachungspflicht in Parallele zur Wahrnehmungsbereitschaft gem. § 1b Abs. 1 StVG für das autonome Fahren oder an „algorithmische Organisationspflichten“ in Parallele zu entsprechenden WpHG-Vorschriften (Notfallvorkehrungen, Sicherungen gegen Missbrauch, Beherrschbarkeit)<sup>305</sup>.

## 7. Ethik

Recht ausführlich diskutiert wird momentan die Frage und Notwendigkeit einer KI-Ethik bzw. einer Algorithmen-Ethik<sup>306</sup> (Parallele zur Diskussion über eine Roboterethik<sup>307</sup>).

Eine Algorithmen-Ethik etwa könnte Regeln für das Verwenden (nur) ausgewogener Datensätze für das Trainieren von KI-Systemen enthalten, eine Begrenzung der Vernetzung (von Datenbeständen und Systemen) enthalten<sup>308</sup> oder ein allgemeines Gebot der Fairness<sup>309</sup>.

Ethische Vorgaben haben als solche keine unmittelbare rechtliche Wirkung, sie können aber maßstabs-

gebend für unbestimmte Rechtsbegriffe und bei Abwägungen sein.

## 8. Gesetzesvorbehalte

Auch ließe sich erwägen, für den Einsatz von Algorithmen einen „Normvorbehalt“<sup>310</sup> vorzusehen. Denn dadurch wird vermieden, dass Algorithmen vorschnell in ungeeigneten Verfahren eingesetzt werden<sup>311</sup>. Ein derartiger „Normvorbehalt“ existiert für automatisierte Verfahren bereits im Verwaltungsverfahren (§ 35a VwVfG), und selbst der DSGVO ist ein solcher nicht fremd (vgl. etwa Art. 22 Abs. 2 lit. b DSGVO, wonach entgegen Art. 22 Abs. 1 DSGVO ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung beruhende Entscheidungen zulässig sind, wenn Rechtsvorschriften der Union oder der Mitgliedstaaten diese Möglichkeit eröffnen). Fakultativ könnte der Einsatz von Algorithmen nur für bestimmte Zwecke erlaubt werden, so dass (ähnlich wie bei der datenschutzrechtlichen Einwilligung) auch für algorithmische Verfahren eine „Zweckbindung“ bestünde<sup>312</sup>.

Die Idee eines Gesetzesvorhalts liegt auch dem Datenschutzrecht mit seinem regelungstechnischen „Verbot mit Erlaubnisvorbehalt“ zugrunde. Dies ist ein risikorechtlich defensiver Ansatz, der die Abwehr von Gefahren über den tastenden Fortschritt stellt.

305 Möslein, ZIP [Zeitschrift für Wirtschaftsrecht] 2018, S. 204, S. 209; v. Lewinski, InTeR [Zeitschrift zum Innovations- und Technikrecht] 2018, S. 168, S. 174.

306 Jaume-Palasi/Spielkamp, Ethik und algorithmische Prozesse zur Entscheidungsfindung oder -vorbereitung (AlgorithmWatch Arbeitspapier Nr. 4), 2017; Rossi (IBM), in: F.A.S. v. 22.07.2018, S. 21 (KI-Fairness); vgl. insb. den Vorschlag der Fa. Microsoft für sechs Prinzipien, die bei der Entwicklung von KI berücksichtigt werden sollen: Fairness des Systems, Zuverlässigkeit, Sicherheit, Privatsphärenschutz, Inklusion aller Menschen und klare Verantwortlichkeitsregelung (bei Brad Smith (Rechtsvorstand von Microsoft), in: F.A.S. v. 28.01.2018, S. 21); s. auch allgemein c't 14/2018, S. 24, u. F.A.Z. v. 15.03.2016, S. 23 (mit Bezug auf Diskussionen auf der SXSW 2016); Bericht des europäischen Parlaments über eine umfassende europäische Industriepolitik in Bezug auf künstliche Intelligenz und Robotik, A8-0019/201.

307 Einführend Loh, InTeR 2017, 220 ff. u. InTeR [Zeitschrift zum Innovations- und Technikrecht] 2018, S. 29 ff.

308 Vgl. den Vorschlag der Fa. Microsoft s. Fn. 306.

309 Vgl. Rossi (IBM), in: F.A.S. v. 22.07.2018, S. 21 (KI-Fairness).

310 Zu diesem Begriff vgl. Martini/Nink, NVwZ-Extra [Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht] 2017, S. 2.

311 Vgl. zu dieser Erwägung im Zusammenhang mit § 35a VwVfG BT-Drs. 18/8434, S. 122 u. Martini/Nink, NVwZ-Extra [Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht] 2017, S. 2.

312 So ähnlich für Bundesstatistiken § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BStatG.

## V. Profil der Regelungen

Die vorhandenen Regelungen im Technikrecht sind eher spärlich. Zugleich bietet aber kaum ein anderes der hier behandelten Gebiete so viele Möglichkeiten für neue Regelungsansätze. Von der Erweiterung des technischen Arbeitsschutzes auf Gefährdungen des allgemeinen Persönlichkeitsrechts bis zur Beschränkung der Einsatzfelder von algorithmischen Systemen und dem Erlass von Vorgaben hinsichtlich der Repräsentativität von Datensätzen sind Regelungsansätze vorhanden, die geeignete Rahmenbedingungen für den Einsatz von Algorithmen schaffen können.

## E. Gesamtgesellschaftliche Regelungen

Die Auswirkungen des Einsatzes von Algorithmen können auch auf einer (gesamt)gesellschaftlichen Ebene adressiert werden. Gemeint sind damit Regelungen, die die Auswirkungen und Veränderungen, die durch Algorithmen hervorgerufen werden, als Regelungsanlass oder als Regelungsgegenstand aufnehmen.

Dabei soll hier keine Stellung bezogen werden, ob Technik die Gesellschaft (Technikdeterminismus) stärker beeinflusst als umgekehrt (Sozialkonstruktivismus)<sup>313</sup>.

### I. Arbeitsrecht

Der Einsatz von Algorithmen und KI wird viele derzeitige Tätigkeitsfelder überflüssig machen,<sup>314</sup> zugleich werden neue Arbeitsfelder entstehen. Ob und wie weit sich diese Entwicklungen zahlenmäßig aufheben, ist nicht sicher zu prognostizieren.

Jedenfalls ist es eine gesamtgesellschaftliche Aufgabe der Beschäftigungspolitik, diesen Prozess zu steuern

oder jedenfalls zu begleiten. In welche Richtung und mit welchem Ziel, ist eine politische, demokratisch zu determinierende Entscheidung. So kann sich die Gesetzgebung das Ziel setzen, den Prozess der Algorithmisierung zu bremsen oder auch zu beschleunigen.

Zu denken ist hier an arbeitsplatzschützende wie arbeitsplatzschaffende Maßnahmen, an sozialpolitische Abfederungsmaßnahmen, Fort- und Weiterbildungsmaßnahmen und vieles mehr. Auch die Diskussion um ein bedingungsloses Grundeinkommen gehört hierher.

## II. Datenschutzrecht

Das Datenschutzrecht deutscher und europäischer Prägung hat eine dezidiert subjektive Ausrichtung, da es vornehmlich das Verhältnis zwischen „betroffener Person“ und „Verantwortlichem“ (früher: „verantwortliche Stelle“) in den Blick nimmt. Mit der EU-Datenschutz-Grundverordnung ist seit Mai 2018 die Verfahrens- und vielleicht auch die Technikseite des Datenschutzes stärker betont worden. Die gesamtgesellschaftliche Dimension des Datenschutzrechts findet sich bislang allerdings mehr in Sonntagsreden als im Gesetzblatt. Eine (seltene) Kombination von Sonntagsrede und Rechtsnorm findet sich in der Festbeschreibung der dienenden Funktion von Maschinen in Art. 12 Abs. 1, Abs. 2 BremLVerf.

Dabei sind gesamtgesellschaftliche Regelungen des Datenschutzrechts, auch in Bezug auf Algorithmen, durchaus vorstellbar. Hierzu zählt die Selbstermächtigung der Betroffenen, Öffentlichkeitsarbeit und Aufklärung sowie die Begrenzung von Datenmacht allgemein<sup>315</sup>.

## III. Antidiskriminierungsrecht

Algorithmen spiegeln, wenn sie präzise arbeiten, notwendigerweise die Vorurteile, die innerhalb der

313 Dazu *Molavi*, JRP [Journal für Rechtspolitik] 2018, S. 7, S. 8.

314 Am bekanntesten ist die Studie von *Frey/Osborne*, *The Future of Employment*, 2013; s. auch *Schwemmler/Wedde*, WISO Direkt [Wirtschaft & Soziales] 11/2018.

315 v. *Lewinski*, *Die Matrix des Datenschutzes*, 2014, S. 74 ff.

Gesellschaft bestehen. Insoweit sind diese Vorurteile oder – neutraler – die sozialen Vorverständnisse ein denkbarer Ansatzpunkt für gesamtgesellschaftliche Regelungen.

Im politischen Bereich – freilich eher als Schlagworte – sind in diesem Zusammenhang ein „Gesetz für digitale Gleichbehandlung“ sowie ein „digitales Antidiskriminierungsgesetz“<sup>316</sup> vorgeschlagen worden, ohne dass damit zugleich konkrete Regelungskonzepte bezeichnet wären.

Auch hier ist wieder an Aufklärung und Selbstermächtigung der Betroffenen zu denken, sich gegen algorithmisch vermittelte Diskriminierung zu wehren.

## IV. Sonstige Regelungen

### 1. Vergesellschaftung der Risiken

Die Haftungsrisiken, die sich aus dem Einsatz von algorithmischen Systemen ergeben, können freilich auch vergesellschaftet werden, wenn sie vom Recht als „allgemeines Lebensrisiko“ eingeordnet werden. Diesen Weg wählt das Recht dann, wenn eine individuelle Zurechnung von Verursachungsbeiträgen nicht (mehr) möglich ist (Bsp.: Umweltrecht) oder das riskante Mittel so allgemein eingesetzt wird, dass der gesellschaftliche und volkswirtschaftliche Nutzen einer Haftungsbegrenzung gegenüber der Zufälligkeit der Schadensverteilung nicht unangemessen ist<sup>317</sup>.

### 2. BStatG/FPStatG

Ein noch völlig unergründeter Schatz an Regelungsmöglichkeiten im Zusammenhang mit Big Data und auch algorithmischen Systemen ist – bemerkenswerterweise! – das Statistikrecht. Der Grund hierfür liegt womöglich darin, dass es sich im Wesentlichen auf

die staatliche Statistik bezieht und nicht auf Auswertungen großer Datenbestände durch Private. Auch stand das Statistikrecht jahrzehntelang wissenschaftlich im Schatten des Datenschutzrechts, seiner komplementären Schwester.

Aus dem Statistikrecht könnten als Regelungsideen die Grundsätze der Neutralität, Objektivität und fachlichen Unabhängigkeit (§ 1 S. 2 BStatG) für das Algorithmenrecht fruchtbar gemacht werden und die Anforderung, Daten (nur) unter Verwendung wissenschaftlicher Erkenntnisse und unter Einsatz der jeweils sachgerechten Methoden und Informationstechniken (§ 1 S. 3 BStatG) zu verarbeiten.

Ob der statistikrechtliche Zweckbindungsgrundsatz, wonach Statistiken nur dann erstellt werden dürfen, wenn das Ergebnis der Statistik zur Erfüllung bestimmter, bereits zum Zeitpunkt der Datenerhebung festgelegter Zwecke erforderlich ist (vgl. ähnlich § 5 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 BStatG), auf die heutige Welt von Big Data und privatrechtliche Akteure übertragen werden kann, wäre näher zu beleuchten.

### 3. Förderung des Verständnisses von und über Algorithmen

Neben der schon sektoriell erwähnten Möglichkeit der Bekämpfung der „Algorithmic Illiteracy“<sup>318</sup> ist gesamtgesellschaftlich ein verbessertes Verständnis für Algorithmen vorstellbar. Dies schließt Forschungsförderung ebenso ein wie (beratende) Ethikkommissionen und andere Gremien, in denen das Verhältnis und der Umgang der Gesellschaft mit der Algorithmentechnik verhandelt werden können.

Ein bereits existierendes Beispiel ist die Ethikkommission beim BMVI zum autonomen Fahren als Instrument zur Ergründung der ethischen Dimension des Einsatzes von Algorithmen

316 Vorschlag des damaligen BMJV *Maas* (F.A.Z. v. 04.07.2017, S. 17); siehe auch Eckpunkte der Bundesregierung für eine Strategie Künstliche Intelligenz, Stand: 18.07.2018 (abrufbar unter: [https://www.bmbf.de/files/180718%20Eckpunkte\\_KI-Strategie%20final%20Layout.pdf](https://www.bmbf.de/files/180718%20Eckpunkte_KI-Strategie%20final%20Layout.pdf), zul. abgerufen am: 08.03.2019).

317 *Harke*, Sklavenhalterhaftung in Rom, in: Gless/Seelmann (Hrsg.), *Intelligente Agenten und das Recht*, 2016, S. 97, 117 (mit Blick auf das römische Sklavenrecht).

318 *Temme*, EDPL [European Data Protection Law Review] 2017, S. 476.

(in Fahrzeugen). Ferner sind inzwischen auch noch eine Datenethikkommission der Bundesregierung eingerichtet worden sowie eine Bundestags-Enquêtekommission „Künstliche Intelligenz“.

#### 4. Machtbegrenzung

Mit fortschreitender Digitalisierung geht das Risiko einer Machtverschiebung<sup>319</sup> zulasten der Arbeitnehmer einher<sup>320</sup>. Wenn man eine Machtressource der Algorithmen als ein Mittel in der Hand gesellschaftlicher Akteure (meist Unternehmen und Arbeitgeber) sieht, dann liegt es nahe, die durch diese Technik vermittelte Macht als solche zum Ansatzpunkt für Regelungen zu machen.

##### a) Dekartellierung und Entnetzung

Allgemein ließen sich die Auswirkungen von algorithmischen Entscheidungen dadurch einschränken, dass man die soziale Reichweite von algorithmischen Entscheidungen begrenzt, indem man die soziale Reichweite der Akteure, die sich ihrer bedienen, beschränkt.

Das klassische Instrument einer solchen Machtbegrenzung ist die Dekartellierung<sup>321</sup>. Mit Blick auf die großen Internet- und (damit) Algorithmenkonzerne (Google, Apple, Facebook, Amazon, zusammen oft als „GAFA“ bezeichnet) ist deren dekartellierende Aufspaltung nach dem Vorbild von AT&T durchaus schon vorgeschlagen worden<sup>322</sup>. Anzumerken ist freilich, dass das deutsche Kartellrecht, anders als das US-amerikanische, überkommenerweise keine/kaum Dekartellierungsvorschriften und -verfahren kennt<sup>323</sup>.

Eine solche Maßnahme mag bezogen auf die eine Marktgegenseite und v.a. auf die Verbraucher sinnvoll

sein. In Bezug auf die (eigenen) Beschäftigten allerdings, wo es nicht auf einen Marktanteil ankommt und es auch keinen Wettbewerb gibt, ist der Vorschlag nicht weiterführend. Gerade in der Netz- und Datenwirtschaft mag es deshalb zielführender sein, eine datenmachtbegrenzende Regelung nicht beim Unternehmen, sondern den Daten- und Informationsbeständen ansetzen zu lassen. Rechtstechnisch wäre dies etwa über Verknüpfungsbeschränkungen zu erreichen, die eine rollen- und sektorenübergreifende Algorithmisierung verhindern.

##### b) Gemeingebrauch und Sozialbindung

In eine andere Richtung würden Ansätze der Machtbegrenzung wirken, die nicht auf eine Beschränkung des Potentials der neuen algorithmischen Techniken abzielen, sondern auf eine verstärkte Teilhabe. Dies ist mit dem Schlagwort der „Demokratisierung von Künstlicher Intelligenz“ bezeichnet worden, womit die allgemeine Verfügbarkeit der Technik nicht nur für Großunternehmen und den Staat, sondern für jedermann (bzw. jedenfalls KMU) gemeint ist<sup>324</sup>.

Rechtstechnisch kann das durch die Offenlegung von Algorithmen beziehungsweise der Berechnungsgrundlagen und der Methodik der Berechnung („Algorithmentransparenz“; s.o. 2. Teil D. II. 4.) erreicht werden, oder jedenfalls durch das Bereitstellen von Schnittstellen.

#### 5. Rechtsfähigkeit von algorithmischen Systemen

Eine stark in die Zukunft weisende Lösungsmöglichkeit ist die Zuweisung von Rechtsfähigkeit an algorithmische Systeme; teilweise wird (schon) von dem (künftigen) Rechtsinstitut einer „elektronischen Person“ in Parallele zur „juristischen Person“ als rechtlich

319 Vgl. *Martini*, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 62 ff.

320 *Schwemmler/Wedde*, WISO [Wirtschaft & Soziales] Direkt, 11/2018.

321 Allgemein zum Kartellverbot im Kontext wettbewerbswidriger Absprachen im Personalbereich s. *Eufinger*, RIW [Recht der Internationalen Wirtschaft] 2017, S. 481.

322 *Scott Galloway*, auf der DLD im Januar 2018, F.A.Z. v. 23.01.2018, S. 24.

323 Vgl. etwa *Richter/Steinvorth*, in: Wiedemann, Handbuch des Kartellrechts, 3. Aufl. 2016, Rn. 3–7.

324 *Nadella* (CEO von Microsoft) auf der DLD 2017 (F.A.Z. v. 17.01.2017, S. 22).

verselbständigte Organisation<sup>325</sup> gesprochen. Bislang wird dieses Konzept vornehmlich im Haftungskontext diskutiert (s.o. 2. Teil A. V. 4.), um für die einem Menschen nicht mehr kausal zuzurechnende Handlung einen Zurechnungspunkt zu schaffen. Daneben wird eine solche Rechtsfähigkeit auch im Zusammenhang mit urheberrechtlich relevanten Schöpfungsprozessen angedacht, in denen das „Werk“ maßgeblich Produkt eines Algorithmus ist<sup>326</sup>.

Allerdings könnte man diesen Gedanken auch noch weiter und über das Haftungs- und Urheberrecht hinaus verfolgen. Denn mit einer eigenen Rechtsfähigkeit als „elektronische Person“ könnte auch eine spezifische Sozialpflichtigkeit verbunden werden, die sich etwa in einer eigenständigen (und erhöhten) Steuerpflicht, spezifischen (solidarischen) Sozialabgaben und Fürsorgepflichten niederschlägt. Das Recht der ständischen Gesellschaft und vielleicht auch das antike Sklavenrecht<sup>327</sup> ist für solche gestuften Pflichten der Rechtssubjekte durchaus ein juristischer Ideenspeicher – politisch-kommunikativ kann man dies freilich durchaus für einen Giftschrack und die Büchse der Pandora halten.

## 6. Erleichterte Durchsetzung

Ferner lässt sich in Betracht ziehen, die Abmahnungsbefugnisse des UWG auf den Tatbestand diskriminierender oder sonst persönlichkeitsverletzender Einsätze von Algorithmen zu erweitern<sup>328</sup>. Denn insbesondere Wettbewerber haben einen ökonomischen Anreiz, rechtswidrige algorithmenbasierte Verfahren

ihrer Konkurrenten zu unterbinden, so dass bei ihnen zu erwarten ist, dass sie den Einsatz von Algorithmen durch die Konkurrenz überwachen werden (wazu sie auch eher in der Lage sein werden als der einzelne Verbraucher)<sup>329</sup>. Nach geltender Rechtslage sind Verstöße gegen sog. Marktverhaltensregeln gemäß § 3a UWG abmahnfähig<sup>330</sup>. Vorschriften, die ausschließlich dem Arbeitnehmerschutz dienen, werden regelmäßig nicht als solche mit marktregelnder Tendenz angesehen<sup>331</sup>. Diskutiert wird in diesem Kontext auch die Abmahnfähigkeit von Verstößen gegen die DSGVO<sup>332</sup>.

Interessant könnte schließlich die Zulassung von Verbandsklagen im Fall einer Rechtsverletzung durch algorithmische Systeme sein<sup>333</sup>. Der Aufwand, der mit der Rechtsdurchsetzung verbunden ist, steht (vor allem für den einzelnen Verbraucher) regelmäßig nicht in einem angemessenen wirtschaftlichen Verhältnis zu den Vorteilen, die durch eine (positive) gerichtliche Entscheidung erreicht werden können, weshalb auch öfter von der Erhebung einer Klage abgesehen wird<sup>334</sup> (sog. „rationale Apathie“<sup>335</sup>). Durch ein Klagerecht von Verbraucherverbänden, die auch über die erforderlichen Sachkenntnisse verfügen, könnte sich dies zugunsten des (Verbraucher-)Schutzes ändern.

## V. Profil der Regelungen

Gesamtgesellschaftliche Regelungen sind noch seltener im geltenden Recht zu finden als die zuvor behandelten technikbezogenen Regelungen. Hier ragt die Politik und Gesellschaftssteuerung in das Recht

325 Zum Begriff der juristischen Person vgl. etwa *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 8. Aufl. 1997, § 9 Rn. 1, und *Bork*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, 2. Aufl. 2006, Rn. 186.

326 Vgl. hierzu *Hetmank/Lauber-Rönsberg*, GRUR [Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht] 2018, S. 574 ff.; s. auch zum u.s.-amerikanischen Recht *Abbot*, 57 B. C. L. Rev. [Boston College Law Review], S. 1079 ff.

327 Vgl. hierzu *Harke*, Sklavenhalterhaftung in Rom, in: *Gless/Seelmann* (Hrsg.), Intelligente Agenten und das Recht, 2016, S. 97 ff.; *Mayinger*, Die künstliche Person, 2017, S. 98 f.

328 v. *Lewinski*, InTeR [Zeitschrift zum Innovations- und Technikrecht] 2018, S. 168, S. 175 f.; *Martini*, JZ [Juristenzeitung] 2017, S. 1024.

329 *Martini*, JZ [Juristenzeitung] 2017, S. 1024.

330 *Götting/Hetmank*, in: *Fezer/Büscher/Obergfell*, Lauterkeitsrecht: UWG, 3. Aufl. 2016, § 3a Rn. 59 ff.

331 *Götting/Hetmank*, in: *Fezer/Büscher/Obergfell*, Lauterkeitsrecht: UWG, 3. Aufl. 2016, § 3a Rn. 69 f.

332 S. hierzu *Baumgartner/Sitte*, ZD [Zeitschrift für Datenschutz] 2018, S. 555.

333 So *Martini*, JZ [Juristenzeitung] 2017, S. 1024 f. für persönlichkeitsensible Anwendungsfelder.

334 *Martini*, JZ [Juristenzeitung] 2017, S. 1024.

335 Hierzu v. *Lewinski*, PinG [Privacy in Germany] 2013, S. 12, S. 13.

hinein. Es geht dabei um die Bildung, einschließlich einer Bewusstseinsbildung. Ein weiterer Aspekt ist das Schaffen von Institutionen<sup>336</sup>. Schließlich kann auch die Effektivierung der Durchsetzung von Haftung und sonstigen gesetzlichen Anforderungen im Sinne der Generalprävention eine gesamtgesellschaftliche Dimension haben.

## F. Topographie des HR-Algorithmensrechts

Der Einsatz von Algorithmen im Zusammenhang mit Personalentscheidungen berührt, wie gesehen, eine Vielzahl von Rechtsgebieten mit unterschiedlich ausgestalteten Rechtsvorschriften. Diese bilden eine Topographie des Algorithmenrechts in Bezug auf Personalentscheidungen<sup>337</sup>.

Prägendes Merkmal der haftungsrechtlichen Vorschriften ist der Rückgriff auf allgemeine Vorschriften des BGB zur Begründung einer Haftung des Arbeitgebers. So ist sowohl im Arbeits- als auch im Datenschutzrecht insbesondere eine vertragliche und deliktische Haftung des Arbeitgebers nach §§ 280 ff., 823 BGB in Betracht zu ziehen, wenn algorithmische Verfahren verwendet werden. Auch die im Diskriminierungsrecht zentrale Haftungsnorm (§ 15 AGG) hat in § 280 BGB ihr Vorbild, wobei eine Haftung des Arbeitgebers nach dieser Vorschrift *de lege lata* schwer zu begründen ist.

Regelungen, die die Anwendung algorithmischer Verfahren auf einzelne Arbeitnehmer betreffen, sind dagegen durch eine große Regelungsdichte gekennzeichnet. So enthalten alle der in dieser Arbeit behandelten Rechtsgebiete bereichsspezifische Normen, die für algorithmische Verfahren von Relevanz sind, wobei einem schnell auffällt, dass die meisten Regelungen im Bereich des Datenschutzrechts angesiedelt sind.

Betrachtet man demgegenüber die Vorschriften, die im Zusammenhang mit der Benutzung von Algorithmen auf ganze Belegschaften eine Rolle spielen können, so besitzt nicht das Datenschutzrecht, sondern das Arbeitsrecht die größte Anzahl an Normen. Augenfällig ist zudem, dass alle relevanten Vorschriften des Arbeitsrechts dem BetrVG zu entnehmen sind und somit den Betriebsrat und dessen Rechte betreffen.

In sämtlichen der hier behandelten Rechtsgebiete bieten sich trotz der bereits bestehenden Normen interessante Möglichkeiten für weitere zukünftige Regelungen.

336 So hatte der frühere Bundesjustizminister eine Algorithmenagentur vorgeschlagen (F.A.Z. v. 04.07.2017, S. 17).

337 Eine weitergefasste, über das Arbeitsrecht hinausreichende Gesamtopographie in diesem Sinne findet sich bei v. Lewinski, InTeR [Zeitschrift zum Innovations- und Technikrecht] 2018, S. 168, S. 176.

**Spezifisches Schrifttum (Auswahl):**

*Baer, Till u.a.* (Hrsg.), *Betrieblicher Datenschutz*, 2. Aufl. 2017.

*Barocas, Solon/Selbst, Andrew D.*, Big Data's Disparate Impact, *California Law Review* 671 (2016), S. 671-732.

*Bomhard, David*, *Automatisierung und Entkollektivierung betrieblicher Arbeitsorganisation – Herausforderungen einer digitalen Arbeitswelt aus technischer und rechtlicher Perspektive*, 2019.

*Brecht, Corinna/Steinbrück, Anne/Wagner, Manuela*, Der Arbeitnehmer 4.0? Automatisierte Arbeitgeberentscheidungen durch Sensorik am smarten Arbeitsplatz, *PinG [Privacy in Germany]* 2018, S. 10-15.

*Däubler, Wolfgang*, *Gläserne Belegschaften*, 7. Aufl. 2017.

*Hacker, Philipp*, Verhaltens- und Wissenszurechnung beim Einsatz von Künstlicher Intelligenz, *RW [Zeitschrift für Rechtswissenschaftliche Forschung]* 2018, S. 243-288.

*Karthaus, Boris*, Mangelnde Beteiligungsfähigkeit des Algorithmus im betriebsverfassungsrechtlichen Beschlussverfahren, *NZA [Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht]* 2017, S. 558-565.

*Kort, Michael*, Neuer Beschäftigtendatenschutz und Industrie 4.0, *RDA [Recht der Arbeit]* 2018, S. 24, S. 24-33.

*Kramer, Stefan* (Hrsg.), *IT-Arbeitsrecht*, 2017.

*v. Lewinski, Kai*, Der Gläserne Arbeitnehmer – Datenschutz im Arbeitsverhältnis, *StudZR [Studentische Zeitschrift für Rechtswissenschaft Heidelberg]* 2006, S. 425 ff.

*v. Lewinski, Kai*, Regulierungsbedarf und Regulierungsfelder von algorithmischen Systemen, *InTeR [Zeitschrift zum Innovations- und Technikrecht]* 2018, S. 425-445.

*v. Lewinski, Kai/de Barros Fritz, Raphael*, Haftung des Arbeitgebers nach § 15 AGG infolge des Einsatzes von Algorithmen bei Personalentscheidungen, *NZA [Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht]* 2018, S. 620-625.

*Martini, Mario*, Algorithmen als Herausforderung für die Rechtsordnung, *JZ [Juristenzeitung]* 2017, S. 1017-1025.

*Martini, Mario*, *Blackbox Algorithmus – Grundfragen einer Regulierung Künstlicher Intelligenz*, 2019.

*Schaub, Renate*, Interaktion von Mensch und Maschine, *JZ [Juristenzeitung]* 2017, S. 342-349.

*Schmitz, Alja*, *Interessenausgleich im Beschäftigtendatenschutz*, 2016.

*Simitis, Spiros*, *Schutz von Arbeitnehmerdaten*, 1980.

*Wronka, Georg/Gola, Peter/Potters, Stephan*, *Handbuch Arbeitnehmerdatenschutz*, 7. Aufl. 2016.

*Wybitul, Tim*, *EU-Datenschutz-Grundverordnung im Unternehmen*, 2016.

## Bestehende und künftige Regelungen des Einsatzes von Algorithmen im HR-Bereich

Prof. Dr. Kai v. Lewinski (Passau)/Diplom-Jurist (Univ.)  
Raphael de Barros Fritz, LL.M. (Tulane)/cand. iur.  
Katrin Biermeier (Passau)

1. Oktober 2019

Herausgeber:  
AW AlgorithmWatch gGmbH  
Bergstr. 22  
10115 Berlin

Kontakt: [info@algorithmwatch.org](mailto:info@algorithmwatch.org)

Veröffentlicht im Rahmen des Forschungsprojekts  
**Automatisiertes Personalmanagement und Mitbestimmung**

Website: [algorithmwatch.org/auto-hr](https://algorithmwatch.org/auto-hr)

Gefördert durch die

**Hans Böckler  
Stiftung** 



Diese Veröffentlichung ist unter einer Creative Commons  
Namensnennung 4.0 International Lizenz lizenziert  
<https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/legalcode.de>