

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

---

Band 372

# Digitale Weisungen

Arbeitgeberentscheidungen auf Grundlage  
algorithmischer Berechnungen

Von

Philipp Knitter



Duncker & Humblot · Berlin

PHILIPP KNITTER

Digitale Weisungen

Schriften zum Sozial- und Arbeitsrecht

Band 372

# Digitale Weisungen

Arbeitgeberentscheidungen auf Grundlage  
algorithmischer Berechnungen

Von

Philipp Knitter



Duncker & Humblot · Berlin

Die Bucerius Law School – Hochschule für Rechtswissenschaft Hamburg  
hat diese Arbeit im Jahre 2022 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

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

Alle Rechte vorbehalten

© 2022 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Satz: 3w+p GmbH, Rimpar

Druck: CPI books GmbH, Leck

Printed in Germany

ISSN 0582-0227

ISBN 978-3-428-18661-7 (Print)

ISBN 978-3-428-58661-5 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☺

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

*Meiner Familie*



## Vorwort

Die Bucerius Law School in Hamburg hat diese Arbeit im März 2022 als Dissertation angenommen; die mündliche Prüfung fand am 27. April 2022 statt. Letzte Aktualisierungen habe ich im April 2022 vorgenommen. Die Arbeit wurde am 23. Juni 2022 mit dem Wissenschaftspris der Stiftung Theorie und Praxis des Arbeitsrechts (Wolfgang-Hromadka-Stiftung) ausgezeichnet. Der Arbeitskreis Wirtschaft und Recht im Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft hat einen großzügigen Druckkostenzuschuss gewährt.

Meinem Doktorvater Professor Dr. Matthias Jacobs habe ich zu verdanken, dass ich nach dem Ersten Staatsexamen einen Ausflug in die Wissenschaft unternommen habe. Er hat Recht behalten: Ich hatte nicht nur eine gute Zeit; auch das wissenschaftliche Arbeiten an diesem Thema hat mir große Freude bereitet. Dass die Forschung stets den Bezug zur Praxis wahren sollte, habe ich von ihm als Kompass für meine Untersuchung übernommen. Besonders danke ich ihm für den Zugang zu seinem Netzwerk, das mich und meine Forschung um den ein oder anderen Gedanken bereichert hat.

Professor Dr. Wolfgang Däubler danke ich für die zügige Erstellung des Zweitgutachtens. Die Wertschätzung für meine Arbeit durch einen der Vorreiter im digitalen Arbeitsrecht ehrt mich besonders.

Unmittelbar vor der Abgabe hatte ich das große Glück, meine Forschungsergebnisse als Referendar in der Denkfabrik Digitale Arbeitsgesellschaft des Bundesministeriums für Arbeit und Soziales vorzustellen und mit ausgewiesenen Expertinnen und Experten zu diskutieren.

Jochen Kaufmann, Christoph Saake und Marvin Serra Glinski danke ich für das Lektorat meiner Arbeit unmittelbar vor der Abgabe.

Meiner Familie, besonders meinen Eltern, Großeltern und meiner Freundin, bin ich für ihre bedingungslose Unterstützung in meinen Vorhaben sehr dankbar. Es macht mich glücklich und stolz, dass ich den Abschluss dieser prägenden Lebensphase mit Euch feiern kann.

Hamburg, im Juli 2022

*Philipp Knitter*



# **Inhaltsübersicht**

<b>Einführung</b> .....	19
A. Digitale Weisungen als Herausforderung für das analoge (Arbeits-)Recht .....	19
B. Relevanz im Spannungsfeld der Digitalisierungsdebatte .....	22
C. Gang und Tiefe der Untersuchung .....	25
D. Begriffsbestimmungen und technischer Hintergrund .....	27
<i>Erster Teil</i>	
<b>Digitale Weisungen in Praxis und Rechtskontext</b>	38
Erster Abschnitt	
<b>Praktische Relevanz digitaler Weisungen</b>	38
A. Algorithmische Systeme und digitale Weisungen in Unternehmen .....	38
B. Einsatzfelder im Einzelnen .....	40
C. Perspektiven algorithmischer Entscheidungsfindung .....	53
D. Allgemeine, mit digitalen Weisungen verbundene Herausforderungen .....	56
Zweiter Abschnitt	
<b>Vergleichbare Phänomene</b>	58
A. E-Recruiting .....	58
B. Algorithmischer Handel an Kapitalmärkten .....	65
C. Organentscheidungen durch Algorithmen .....	70
D. Automatisierte Verwaltungsakte .....	77
E. Ergebnis der Vergleichserwägungen .....	85

*Zweiter Teil***Implementierung digitaler Weisungen im Betrieb** 89

A. Typisches Vorgehen bei dem Erwerb von Software .....	90
B. Beteiligung des Betriebsrats bei der Implementierung digitaler Weisungen .....	91
C. Sachverständ des Betriebsrats .....	101
D. Ergebnis .....	104
E. Handlungsempfehlungen .....	105

*Dritter Teil***Verbot automatisierter Entscheidungen im Einzelfall, Art. 22 DSGVO** 106

A. Anlass und Zielsetzung des Verbots .....	108
B. Verbotstatbestand .....	109
C. Ausnahmetatbestände .....	128
D. Erlaubnis auf Grundlage von Kollektivvereinbarungen .....	147
E. Ergebnis .....	152

*Vierter Teil***Transparenz der Entscheidungsfindung** 154

A. Grundlagen und Bedeutung von Transparenz .....	154
B. Transparenz als Voraussetzung von Billigkeit .....	158
C. Anspruch des Arbeitnehmers auf Auskunft über Billigkeitsaspekte .....	159
D. Unterrichtungsrechte des Betriebsrats .....	162
E. Datenschutzrechtliche Transparenzanforderungen .....	170
F. Ergebnis .....	178

*Fünfter Teil***Grenzen des Weisungsrechts, insbesondere Billigkeit** 180

A. Zurechenbarkeit als Weisung des Arbeitgebers .....	180
B. Billigkeit digitaler Weisungen .....	184
C. Ausgewählte Herausforderungen digitaler Massenweisungen .....	194
D. Ergebnis .....	201

<i>Sechster Teil</i>	
<b>Responsivität</b>	202
A. Begriffsherkunft und -bedeutung .....	202
B. Responsivität wegen der Rechtsnatur von Weisungen .....	206
C. Responsivität als Erfordernis des Individualarbeitsrechts .....	210
D. Responsivität als Erfordernis des Kollektivarbeitsrechts .....	216
E. Responsivität als Erfordernis des Datenschutzrechts .....	235
F. Realisierung von Responsivität .....	236
G. Ergebnis .....	257
<b>Schlussbetrachtung der wesentlichen Ergebnisse</b> .....	258
<b>Literaturverzeichnis</b> .....	263
<b>Stichwortverzeichnis</b> .....	283



# **Inhaltsverzeichnis**

<b>Einführung</b> .....	19
A. Digitale Weisungen als Herausforderung für das analoge (Arbeits-)Recht .....	19
B. Relevanz im Spannungsfeld der Digitalisierungsdebatte .....	22
C. Gang und Tiefe der Untersuchung .....	25
D. Begriffsbestimmungen und technischer Hintergrund .....	27
I. Funktionsweise algorithmischer Entscheidungen .....	27
1. Schlüsselbegriff Algorithmus aus rechtlicher Perspektive .....	27
2. Lernende Systeme .....	28
3. Methoden maschinellen Lernens .....	29
4. Algorithmische und menschliche Entscheidungen im Vergleich .....	30
a) Determiniertheit und Neutralität .....	31
b) Korrelation und Typisierung .....	32
c) Selbstreflexion und Nachvollziehbarkeit .....	33
II. Digitale Weisungen als Gegenstand der Untersuchung .....	35

## *Erster Teil*

<b>Digitale Weisungen in Praxis und Rechtskontext</b>	38
---	----

### *Erster Abschnitt*

<b>Praktische Relevanz digitaler Weisungen</b>	38
--	----

A. Algorithmische Systeme und digitale Weisungen in Unternehmen .....	38
B. Einsatzfelder im Einzelnen .....	40
I. Personaleinsatzplanung .....	40
1. SAP Field Service Management: Außendiensteinsatzplanung .....	41
2. KapaflexCy: Kapazitätsplanung von Personaleinsatz .....	42
3. Schichtpläne mit Planungsautomatik .....	44
4. Game of Roster: kollaborative Dienstplanung in der Pflege .....	45
II. Anweisung zu einzelnen Arbeitsschritten .....	46
1. Hitachi: Anweisende Künstliche Intelligenz .....	46

2. SAP Extended Warehouse Management und SSI SCHÄFER: automatisch koordinierte Kommissionierung .....	47
3. MotionEAP: inklusive Produktionsassistenz .....	49
4. Fahrdienstanbieter: vorgegebene Routenplanung .....	51
a) MOIA: Ridesharing mithilfe von Algorithmen .....	51
b) Lyft: Risiko des blinden Vertrauens auf Routenvorgaben .....	52
C. Perspektiven algorithmischer Entscheidungsfindung .....	53
I. IBM Project Debater: automatisierte Argumentation .....	54
II. Value Judgement Argumentative Prediction (VJAP): juristische Werturteile .....	55
D. Allgemeine, mit digitalen Weisungen verbundene Herausforderungen .....	56

## Zweiter Abschnitt

### **Vergleichbare Phänomene**

A. E-Recruiting .....	58
I. Bewerbervorauswahl mittels Automatisierung .....	58
II. Diskriminierungspotential .....	60
III. Lösungsvorschläge in der Literatur .....	62
IV. Vergleich mit digitalen Weisungen .....	64
V. Zwischenergebnis .....	65
B. Algorithmischer Handel an Kapitalmärkten .....	65
I. Merkmale des algorithmischen und des Hochfrequenzhandels .....	65
II. Gesetzlicher Rahmen für den algorithmischen Handel .....	67
III. Übertragbarkeit des Regelungskonzepts auf digitale Weisungen? .....	69
IV. Zwischenergebnis .....	70
C. Organentscheidungen durch Algorithmen .....	70
I. Entscheidungsunterstützung bei Organentscheidungen .....	71
1. Lösungsansätze in der Rechtsliteratur .....	71
2. Insbesondere: für anwendbar gehaltene Regelungskonzepte .....	74
II. Vergleich mit digitalen Weisungen .....	75
III. Zwischenergebnis .....	77
D. Automatisierte Verwaltungsakte .....	77
I. Gesetz zur Modernisierung des Besteuerungsverfahrens .....	78
1. Vollständig automatisierter Erlass eines Verwaltungsaktes .....	78
2. Ergänzung des Untersuchungsgrundatzes im automatischen Verfahren .....	80
3. Vereinbarkeit der Änderungen mit der DSGVO .....	81
II. Ungeklärte Rechtsfragen .....	82
III. Perspektiven automatisierter Verwaltungsentscheidungen .....	84
IV. Zwischenergebnis .....	84

Inhaltsverzeichnis

15

E. Ergebnis der Vergleichserwägungen .....	85
I. Belastbare Datengrundlage als Grundvoraussetzung .....	85
II. Kontrolle durch Verfahrensrahmen .....	86
III. Korrelation zwischen Regelungstiefe, Entscheidungsspielraum und Stand der Technik .....	87
IV. Intransparenz und Erfordernis von Responsivität .....	87
 <i>Zweiter Teil</i>	
<b>Implementierung digitaler Weisungen im Betrieb</b>	89
A. Typisches Vorgehen bei dem Erwerb von Software .....	90
B. Beteiligung des Betriebsrats bei der Implementierung digitaler Weisungen .....	91
I. Beratung über geplante Betriebsänderungen .....	92
II. Beratung über die Planung von technischen Anlagen und Arbeitsverfahren .....	95
III. Zwingende Mitbestimmung bei technischen Einrichtungen .....	98
C. Sachverständ des Betriebsrats .....	101
D. Ergebnis .....	104
E. Handlungsempfehlungen .....	105
 <i>Dritter Teil</i>	
<b>Verbot automatisierter Entscheidungen im Einzelfall, Art. 22 DSGVO</b>	106
A. Anlass und Zielsetzung des Verbots .....	108
B. Verbotstatbestand .....	109
I. Verarbeitung und Bewertung persönlicher Merkmale .....	110
1. Verarbeitung persönlicher Aspekte .....	110
2. Insbesondere: Profiling .....	112
II. „Unterworfensein“ unter eine Einzelentscheidung .....	113
III. Ausschließlich auf einer Automatisierung beruhende Entscheidung .....	115
IV. Erhebliche Wirkung der Entscheidung .....	119
1. Meinungsströmungen in der Literatur .....	119
2. Wirkung von Weisungsentscheidungen .....	122
a) Einzelweisung als Willenserklärung mit rechtlicher Wirkung .....	122
b) Mittelbare Folgen als erhebliche Beeinträchtigung .....	125
V. Eine Frage des Risikos? .....	126
VI. Zwischenergebnis: Verstoß mit Einschränkungen .....	127
C. Ausnahmetatbestände .....	128
I. Zulässigkeit aufgrund von Rechtsvorschriften .....	128

II.	Erforderlichkeit für die Vertragserfüllung .....	129
III.	Ausdrückliche Einwilligung der betroffenen Person .....	134
1.	Prüfungsmaßstab .....	134
2.	Voraussetzungen im Einzelnen .....	135
3.	Praktikabilität und Kritik am Institut der Einwilligung .....	139
IV.	Begleitende Schutzmaßnahmen .....	142
1.	Recht auf Anfechtung der Entscheidung .....	143
2.	Recht auf Darlegung des eigenen Standpunkts .....	144
3.	Recht auf Eingreifen einer Person .....	145
4.	Faire und transparente Verarbeitung .....	146
V.	Zwischenergebnis: unsichere Rechtfertigungslage .....	147
D.	Erlaubnis auf Grundlage von Kollektivvereinbarungen .....	147
E.	Ergebnis .....	152

#### *Vierter Teil*

	<b>Transparenz der Entscheidungsfindung</b>	154
A.	Grundlagen und Bedeutung von Transparenz .....	154
I.	Nutzen von Transparenz .....	155
II.	Menschliche <i>versus</i> technische Entscheidungen .....	157
B.	Transparenz als Voraussetzung von Billigkeit .....	158
C.	Anspruch des Arbeitnehmers auf Auskunft über Billigkeitsaspekte .....	159
D.	Unterrichtungsrechte des Betriebsrats .....	162
I.	Unterricht über Planungen nach § 90 BetrVG .....	163
II.	Unterricht über die Personalplanung nach § 92 BetrVG .....	164
III.	Weitere Unterrichtungsrechte .....	167
IV.	Zwischenergebnis .....	169
E.	Datenschutzrechtliche Transparenzanforderungen .....	170
I.	Durch „automatisierte Entscheidungen“ begrenzter Anwendungsbereich .....	171
II.	Zeitpunkte der Transparenzpflichten als Rückschluss auf deren Inhalt? .....	172
III.	Reichweite der Transparenzpflichten .....	172
1.	Aussagekräftige Informationen über die involvierte Logik .....	173
2.	Tragweite und angestrebte Auswirkungen .....	174
3.	Erklärung von Entscheidungen lernender Systeme .....	175
IV.	Zwischenergebnis .....	177
F.	Ergebnis .....	178

*Fünfter Teil*

<b>Grenzen des Weisungsrechts, insbesondere Billigkeit</b>	180
A. Zurechenbarkeit als Weisung des Arbeitgebers .....	180
B. Billigkeit digitaler Weisungen .....	184
I. Billigkeitsmaßstab im Überblick .....	184
1. Konkurrenz zu anderen Maßstäben .....	184
2. Billigkeitskriterium in seiner Auslegung durch die Rechtsprechung .....	186
3. Problem des variablen Maßstabs .....	188
II. Realisierung von Billigkeit bei digitalen Weisungen .....	189
1. Informationsgrundlage .....	189
2. Abwägungsvorgang .....	191
III. Zwischenergebnis .....	194
C. Ausgewählte Herausforderungen digitaler Massenweisungen .....	194
I. Selbstbindung des Arbeitgebers und Redundanz .....	194
II. Einander widersprechende Weisungen .....	196
III. Rechtswidrige und unbillige Weisungen .....	198
D. Ergebnis .....	201

*Sechster Teil*

<b>Responsivität</b>	202
A. Begriffsherkunft und -bedeutung .....	202
I. Responsivität als multidisziplinärer Fachbegriff .....	203
1. Responsivität als Reaktion und Anpassung .....	203
2. Responsivität als Interaktion mit Sachen .....	203
3. Responsivität als Rückkopplung zwischen Wähler und Gewähltem .....	204
II. Folgerungen für Responsivitätsbegriff bei Weisungen .....	205
B. Responsivität wegen der Rechtsnatur von Weisungen .....	206
I. Rechtsnatur des Weisungsrechts .....	206
II. Rechtsnatur der Einzelweisung .....	208
III. Zwischenergebnis: Responsivität als kommunikatives Erfordernis .....	210
C. Responsivität als Erfordernis des Individualarbeitsrechts .....	210
I. Mitteilung der Weisungsempfangsbereitschaft .....	211
II. Hinweis bei Nichtbefolgung unbilliger Weisungen .....	213
D. Responsivität als Erfordernis des Kollektivarbeitsrechts .....	216
I. Zwingende Mitbestimmung des Betriebsrats in sozialen Angelegenheiten .....	216
1. Verfahren und Ausführungsformen der Mitbestimmung .....	217

2. Zwingende Mitbestimmung in Fragen der Arbeitszeit .....	220
a) Beginn und Ende der täglichen Arbeitszeit .....	220
b) Vorübergehende Verkürzung und Verlängerung der Arbeitszeit .....	223
c) Verzicht auf Responsivität durch Auslegung von bestehenden Rahmenvereinbarungen .....	226
d) Zwischenergebnis: Mitbestimmungsverfahren fordert Responsivität .....	228
3. Responsivitätserfordernis aus dem Zweck der Mitbestimmung? .....	228
a) Der Streit um die Zwecke der Mitbestimmung .....	228
b) Teilhabegedanke im Sinne eines argumentativen Austauschs .....	230
c) Zwischenergebnis: Teilhabegedanke fordert Responsivität .....	232
II. Beratungsrecht des Betriebsrats in der Personalplanung .....	233
1. Rechte des Betriebsrats aus § 92 Abs. 1 und 2 BetVG .....	233
2. Responsivitätserfordernis bei Weisungen mit Veränderungspotential .....	234
3. Zwischenergebnis .....	235
E. Responsivität als Erfordernis des Datenschutzrechts .....	235
F. Realisierung von Responsivität .....	236
I. Analoges Szenario als Ausgangspunkt .....	237
II. Umgang des Menschen mit technischer Handlungsträgerschaft .....	238
1. Umgang mit „neuer“ Technik .....	238
2. Stufen von Interaktion und Handlungsträgerschaft .....	240
III. Einführung und Gewährleistung responsiver digitaler Weisungen .....	241
1. Menschzentrierter Ansatz als Entwicklungsleitlinie .....	242
2. Konkrete Ausgestaltung der Interaktion .....	246
a) Responsivität in der technischen Realisierung .....	246
b) Konzept der verteilten Handlungsträgerschaft .....	248
c) Responsivität als Forderung nach einem menschlichen Entscheider .....	249
aa) Eingabe des Vorbringens .....	249
bb) Bearbeitung des Vorbringens .....	250
d) Menschenvorbehalt für digitale Weisungen? .....	253
e) Bestimmung des (richtigen) Interaktionspartners .....	254
3. Zwischenergebnis .....	256
G. Ergebnis .....	257
<b>Schlussbetrachtung der wesentlichen Ergebnisse .....</b>	<b>258</b>
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>263</b>
<b>Stichwortverzeichnis .....</b>	<b>283</b>

## **Einführung**

### **A. Digitale Weisungen als Herausforderung für das analoge (Arbeits-)Recht**

Jeder\*, der vor zehn Jahren in ein Taxi gestiegen ist, kennt noch den stetigen Schwall von Anweisungen, die Fahrer über ein Funkgerät aus „der Zentrale“ empfingen. Die Zentrale, das Herzstück eines jeden Taxiunternehmens, nahm die telefonische Anfrage eines Kunden entgegen und wies den Beförderungsauftrag demjenigen Fahrer zu, der zum jeweiligen Zeitpunkt verfügbar war und sich möglichst in der Nähe befand. Heute hört man kaum noch Funksprüche. Fahrer nehmen Anweisungen über ein Smartphone oder Tablet entgegen. Viele Fahrgäste buchen ihre Fahrt digital mittels einer Smartphone-App, die automatisch das nächstgelegene Taxi auswählt, den Fahrer anfragt und den Bezahlvorgang abwickelt.<sup>1</sup> Die App übernimmt alle Aufgaben einer klassischen Funkzentrale;<sup>2</sup> die Koordination und Anweisung der Fahrer wird nicht mehr von Menschen, sondern von technischen Systemen übernommen. Bei Mobilitäts-Startups gehört es zum Geschäftsmodell, dass ähnliche Routen zusammengelegt werden und aus ihnen eine Fahrgemeinschaft gebildet wird („Ridesharing“).<sup>3</sup> Mit zunehmender Automatisierung unterliegt der Fahrer der Macht algorithmischer Entscheidungstechnik: Seine Arbeitsschritte werden nicht mehr von einem Menschen am anderen Ende des Funkgeräts, sondern von einem System mittels „digitaler Weisungen“ vorgegeben.

Diese Arbeit definiert und untersucht digitale Weisungen als neuartiges Rechtsphänomen. Im Angesicht des beachtlichen Effizienzgewinns fragen sich nur wenige in Wissenschaft und Praxis, ob automatisierte Weisungsentscheidungen gegenüber Arbeitnehmern überhaupt rechtens sind. Lässt sich das Weisungsrecht des Arbeitgebers an Maschinen delegieren? Wenn ja, wie ist damit umzugehen, dass sich algorithmische Rechenvorgänge nicht oder nur unzureichend begründen lassen? Wie können billige Ermessensentscheidungen garantiert werden? Bedarf es einer Interaktionsmöglichkeit mit den „digitalen Vorgesetzten“ oder stehen Weisungen gar in manchen Konstellationen unter dem Vorbehalt eines menschlichen Entscheiders?

---

\* Aus Gründen der besseren Lesbarkeit wird nachfolgend das generische Maskulinum verwendet. Die Formulierungen umfassen Personen aller Geschlechter gleichermaßen und sprechen sie gleichberechtigt an.

<sup>1</sup> Vgl. mit einem ähnlichen Beispiel *B. Dzida*, ITRB 2016, 185 (186).

<sup>2</sup> Die Funktionen von Taxi-Apps (aus der Perspektive des Personenbeförderungsrechts) beleuchtet *A. Ingold*, NJW 2014, 3334.

<sup>3</sup> Vgl. *B. Linke/C. Jürschik*, NZV 2018, 496 (496 f.).

All diese Fragen lassen sich in die aktuelle Diskussion über den rechtlichen Umgang mit digitalen, d.h. informationstechnischen Entscheidungssystemen einordnen. Wissenschaft und Politik sind sich uneins darüber, wie man es mit der „Künstlichen Intelligenz“ (auch KI, englisch *artificial intelligence* oder AI) aufnehmen soll. Exemplarisch für die wissenschaftliche Aufarbeitung steht das von Zech erstattete Gutachten zum 73. Deutschen Juristentag, das sich vordergründig den Haftungsfragen digitaler autonomer Systeme widmet.<sup>4</sup> Unterdessen laufen die Regulierungsbemühen auf Hochtouren: Die Europäische Kommission hat sich mit ihrem Weißbuch „Zur Künstlichen Intelligenz – ein europäisches Konzept für Exzellenz und Vertrauen“<sup>5</sup> auf die Fahne geschrieben, die Innovationskraft in der EU mit der Wahrung der Individualrechte in Einklang zu bringen.<sup>6</sup> Im April 2021 folgte der Kommissionsvorschlag „für eine Verordnung zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für Künstliche Intelligenz [...]“<sup>7</sup>, kurz: Entwurf einer KI-Verordnung. Der Entwurf wählt einen risikobasierten Regulierungsansatz, indem er verschiedene Anwendungsfälle unterschiedlich stark regulierten Risikostufen zuordnet. Obwohl keine spezifisch arbeitsrechtlichen Regeln geplant sind, werden Systeme, die bestimmungsgemäß für Entscheidungen über Beförderungen und über Kündigungen von Arbeitsvertragsverhältnissen, für die Aufgabenzuweisung sowie für die Überwachung und Bewertung der Leistung und des Verhaltens von Personen in solchen Beschäftigungsverhältnissen verwendet werden sollen, in Anhang III Nr. 4 b) des Entwurfs als Hochrisikoanwendungen eingeordnet. Für solche ist etwa eine menschliche Aufsicht der eingesetzten Systeme vorgesehen (vgl. Art. 6 i. V.m. Art. 13 des VO-E). Der Verordnungsentwurf wird zurzeit kontrovers diskutiert.

Auch der nationale Gesetzgeber bringt sich in Stellung: 2018 setzte der Deutsche Bundestag eine Enquete-Kommission Künstliche Intelligenz ein, um das Thema sachverständig aufzuarbeiten.<sup>8</sup> In ihrem abschließenden Bericht vom 28. Oktober 2020 betont die Projektgruppe „Künstliche Intelligenz und Arbeit“ der Enquete-Kommission, für die Arbeitswelt biete sich keine universelle Lösung an, die allen Einsatzfällen von KI gerecht wird. Es seien spezifische Gestaltungsansätze nötig, da auch die eingesetzten Systeme vielfältig seien.<sup>9</sup> Eine zentrale Rolle in der Erkennung, Analyse und Regulierung von Künstlicher Intelligenz in der Arbeitswelt kommt der Denkfabrik Digitale Arbeitsgesellschaft im Bundesministerium für Ar-

---

<sup>4</sup> H. Zech, Gutachten A zum 73. Deutschen Juristentag, S. A 12.

<sup>5</sup> COM(2020) 65 final.

<sup>6</sup> Vgl. *Europäische Kommission*, Weißbuch zu KI (Februar 2020), S. 1. Mit einer eingehenden Analyse P. Hacker, NJW 2020, 2142 (2142 ff.).

<sup>7</sup> Stand 21.02.2021, COM(2021) 206 final.

<sup>8</sup> Die Enquete-Kommission Künstliche Intelligenz – Gesellschaftliche Verantwortung und wirtschaftliche, soziale und ökologische Potenziale wurde vom Deutschen Bundestag am 26. Juni 2018 gem. § 56 GO-BT eingesetzt.

<sup>9</sup> Bericht der Enquete-Kommission KI, BT-Drs. 19/23700, S. 289.

beit und Soziales (BMAS) zu.<sup>10</sup> Der ThinkTank im BMAS hat im März 2020 ein KI-Observatorium eingerichtet, das die Verbreitung und Auswirkungen von KI in der Arbeitswelt an der Schnittstelle zwischen Politik, Wissenschaft, Wirtschaft und Gesellschaft beobachten und Handlungsbedarfe ausmachen soll.<sup>11</sup>

Schon länger wird ein Reformbedarf im Beschäftigtendatenschutz diskutiert. Die Datenethikkommission der Bundesregierung sprach sich in ihrem Gutachten im Oktober 2019 deutlich für ein eigenständiges Beschäftigtendatenschutzgesetz auf Grundlage der Öffnungsklausel in Art. 88 Abs. 1 DSGVO aus.<sup>12</sup> Ein entsprechender Prüfauftrag war schon im Koalitionsvertrag 2018 vorgesehen.<sup>13</sup> Ab Juni 2020 erarbeitete ein interdisziplinärer Beirat Beschäftigtendatenschutz im Auftrag des BMAS Handlungsoptionen.<sup>14</sup> Ob ein Regulierungsvorhaben in diesem hoch umstrittenen Bereich auch digitale Weisungen betreffen wird, bleibt abzuwarten. Mit betriebsverfassungsrechtlichen Teilfragen um Künstliche Intelligenz befasste sich jüngst das Gesetz zur Förderung der Betriebsratswahlen und der Betriebsratsarbeit in einer digitalen Arbeitswelt (Betriebsrätemodernisierungsgesetz) vom 14. Juni 2021,<sup>15</sup> das an einigen Stellen dieser Untersuchung zu nennen sein wird.

Der Umbruch in der Arbeitswelt stellt die Rechtswissenschaft vor große Herausforderungen. Geltendes Recht wird unter den sich verändernden Umständen auf den Prüfstand gestellt. Die Rechtswissenschaft visiert gewissermaßen ein bewegliches Ziel: Da sich die technische Entwicklung im Fluss befindet, ist eine juristische Aufarbeitung schwer. Vor dieser Schwierigkeit steht auch diese Untersuchung. Die Auseinandersetzung der Rechtswissenschaft mit Phänomenen der digitalen Transformation und Arbeit 4.0 ist stark zersplittert. Die juristische Literatur greift sich meist Einzelphänomene heraus und analysiert diese oberflächlich oder nur Teilfragen im Detail. Letzteres mag daran liegen, dass „das Technikrecht“ oder „das IT-Recht“ vielschichtige Querschnittsmaterien sind, die sich unter anderem aus allgemeinem Zivilrecht, Datenschutzrecht, Telekommunikations- und Medienrecht, den gewerblichen Schutzrechten und eben dem Arbeitsrecht zusammensetzen.<sup>16</sup> Experten beleuchten ein neues technisches Phänomen aus der Nische ihres jewei-

<sup>10</sup> Einen Überblick über die Arbeit der Denkfabrik liefern *H. Zirden u. a.*, in: *Die Kraft zur Innovation in der Verwaltung*, S. 129 ff.

<sup>11</sup> Vgl. Pressemitteilung des BMAS v. 03.03.2020: Eröffnung des Observatoriums Künstliche Intelligenz in Arbeit und Gesellschaft, abrufbar unter <https://perma.cc/7Q7R-LSGX>.

<sup>12</sup> *Datenethikkommission der Bundesregierung*, Gutachten 2019, S. 112; zustimmend und mit weiteren Anmerkungen *R. Krause*, NZA-Editorial 3/2020.

<sup>13</sup> Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD für die 19. Legislaturperiode, 12.03. 2018, Zeilen 6085 ff.

<sup>14</sup> Vgl. Pressemitteilung des BMAS v. 16.06.2020: Beirat zum Beschäftigtendatenschutz nimmt seine Arbeit auf, abrufbar unter <https://perma.cc/7PRS-9HUK>.

<sup>15</sup> BGBl. 2021 I, S. 1762.

<sup>16</sup> Dazu, dass arbeitsrechtliche Probleme zunehmend in andere Rechtsgebiete, etwa das Datenschutzrecht „ausstrahlen“, *W. Hoffmann-Riem*, Innovation und Recht, Recht und Innovation, S. 496 m. w. N.