

Inhaltsverzeichnis

A. Einführung	19
I. Technologische Entwicklung	19
II. Regulierung algorithmenbasierter Entscheidungen als ethischer Diskurs	23
III. Unzureichende grundrechtsdogmatische Verankerung	24
IV. Die Genese und Rezeption des Art. 22 Abs. 1 DSGVO aus grundrechtlicher Perspektive	26
V. Untersuchungsansatz	28
B. Gegenstand der Untersuchung in interdisziplinärer Perspektive	29
I. Charakteristika algorithmenbasierter Entscheidungen	30
1. Vorteile der Nutzung	30
a) Effizienz und Konsistenz	30
b) (Potenzielle) Neutralität gegenüber Entscheidungssubjekten	31
c) Identifizierung von unbekanntem Zusammenhängen	34
2. Zunahme und Diversifizierung der Datenquellen	35
a) Anstieg der Datenquellen	35
b) Verstärkte Verarbeitung biometrischer Daten	36
c) Musterbasierte Aktivitätserkennung	39
3. Relevanz der Datenqualität	41
a) Unrichtige Daten	41
b) Mangelnde Repräsentation von Gruppen in Trainingsdaten	42
c) Rückgriff auf Schätzdaten	44
d) Proxy-Variablen für sensible Merkmale	45
e) Nichtberücksichtigung relevanter Daten	46
4. Statistische Grundlagen im Kontext personenbezogener Prognosen	47
a) Zusammenhänge zwischen metrischen Merkmalen	48
aa) Deskriptive Maße	48
bb) Abbildung von gerichteten Zusammenhängen durch Regressionen ..	51
b) Statistisches Testen von Regressionen	52
5. Fortschritte im maschinellen Lernen	55
a) Überwachtes maschinelles Lernen	56

b)	Nichtüberwachtes maschinelles Lernen	57
c)	Neuronale Netze und Deep Learning	58
II.	Exemplarische Anwendungsbereiche algorithmenbasierter (Vor-)Entscheidungen	61
1.	Deskriptive Systematisierung anhand unmittelbarer Nutzungszwecke	61
a)	Unmittelbare Zwecke personenbezogener algorithmenbasierter Entscheidungen	62
aa)	Abschöpfen der Konsumentenrente	63
bb)	Aufmerksamkeitsgenerierung	64
cc)	Ressourcenallokation	65
dd)	Risikovermeidung	67
ee)	Fazit	69
b)	Risikovermeidung als Auswahlkriterium	70
2.	Öffentlicher Sektor	72
a)	Polizeirecht	75
aa)	Ortsbezogene algorithmenbasierte Entscheidungssysteme als Status quo	75
bb)	Tendenzen zu personenbezogenen algorithmenbasierten Entscheidungssystemen	78
(1)	Entwicklung in den USA	78
(2)	Übertragbarkeit auf Deutschland	80
b)	Exkurs: US-amerikanische Strafjustiz	84
aa)	Heterogene Praxis in den Bundesstaaten	85
bb)	Nutzung nach Verfahrensstadien	86
cc)	Der „COMPAS“-Algorithmus als kontroverses Beispiel	87
c)	Sozialrecht	88
aa)	Automatisierung gebundener Verwaltungsakte in Deutschland	88
bb)	Teilautomatisierung von Ermessensentscheidungen in der österreichischen Leistungsverwaltung	91
d)	Steuerrecht	94
aa)	Risikomanagementsysteme bei der Überprüfung von Steuerpflichtigen	94
bb)	Weitgehend unbekannte Risikoparameter	95
e)	Fazit	97
3.	Privater Sektor	98
a)	Auskunfteien	99
aa)	Bonitätsprognosen im Kontext von Vertragsschlüssen	99
bb)	Der „SCHUFA“-Algorithmus als kontroverses Beispiel	102
b)	Arbeitsverhältnis	104

aa) Bewerberauswahl	105
bb) Internes Personalmanagement	108
c) Versicherungswesen	110
aa) Keine Risikoindividualisierung in der Sozialversicherung	111
bb) Tendenzen zu verhaltensbasierten Prämien in der Individualversicherung	112
III. Automatisierte personenbezogene Entscheidung nach Art. 22 Abs. 1 DSGVO ..	114
1. Entscheidung	115
a) Wahl zwischen Optionen als Minimalkonsens	115
b) Beurteilungsspielraum	116
2. Personenbezogene Bewertung	118
3. Automatisierung	120
a) Vollautomatisierung als Voraussetzung des Art. 22 Abs. 1 DSGVO	121
b) Überwiegende Praxis der automatisierten Entscheidungsunterstützung ..	124
c) Ungeeignete formale Differenzierung	125
aa) Nivellierende Faktoren	125
(1) Technologische Faktoren	125
(2) Eigentumsrechtliche Faktoren	126
(3) Verhaltenspsychologische Faktoren	127
(a) Ankereffekt	128
(b) Übermäßiges Vertrauen in automatisierte Systeme (overreliance)	129
(4) Organisationsstrukturelle Faktoren	131
bb) Menschliche Entscheidungskontrolle einzelfallabhängig	132
d) Fazit	133
4. Normative Eingrenzung in Art. 22 Abs. 1 DSGVO	134
a) Rechtliche Wirkung	135
b) In ähnlicher Weise erhebliche Beeinträchtigung	137
c) Fazit	140
5. Kein vorbehaltloses Verbot automatisierter Entscheidungen	141
a) Ausnahmen	142
aa) Erforderlichkeit für Abschluss oder Erfüllung eines Vertrags	142
bb) Öffnungsklausel für Mitgliedstaaten	143
cc) Einwilligung des Betroffenen	144
b) Begrenzung der Ausnahmen	144
6. Parallelregelung für den Bereich der Strafverfolgung und Gefahrenabwehr ..	145
7. Fazit	147
IV. Fazit	147

C. Grundrechtliche Verankerung von Art. 22 DSGVO	150
I. Grundrechtliche Argumentation in der Genese von Art. 22 DSGVO	151
1. Normgenese im französischen Datenschutzgesetz von 1978	151
a) Politischer Kontext	152
b) Atypische Norm im Datenschutzrecht	153
c) Entwicklung des Normtextes im Gesetzgebungsverfahren	155
aa) Die Vorarbeit der Kommission „Informatique et libertés“	155
bb) Der Einfluss des Tricot-Berichts auf den Regierungsentwurf von 1976	157
cc) Wesentliche Änderungen durch den Senat	158
d) Grundrechtliche Referenzen	160
aa) Bezug auf hypothetische Gefährdungslagen	160
bb) Explizit grundrechtliche Argumentation	162
(1) Freiheitsrechte (Libertés publiques)	162
(2) Achtung des Privatlebens (Droit au respect de la vie privée) ...	165
cc) Implizit grundrechtliche Argumentation	166
(1) Schutz der Persönlichkeitsentfaltung im Kontext von Profiling	167
(2) Primat der menschlichen Individualität gegenüber der Maschine	170
dd) Fazit	172
e) Fazit	173
2. Grundrechtliche Argumentationslücke im europäischen Diskurs	174
a) Datenschutzrichtlinie	175
aa) Frankreichs Einfluss auf die Redaktion des Art. 15 der Datenschutzrichtlinie	175
bb) Normative Unschärfen im Gesetzgebungsprozess	176
cc) Umsetzung des Art. 15 der Datenschutzrichtlinie in Deutschland und Frankreich	179
b) Datenschutz-Grundverordnung	180
aa) Wandel des technologischen und ökonomischen Kontextes	180
bb) Fokus auf Praktikabilität der Norm	180
c) Fazit	182
3. Fazit	183
II. Grundrechtliche Rezeption in Deutschland	183
1. Autonome normative Herleitung	184
2. Schutz der Menschenwürde	185
a) Der Mensch als Objekt automatisierter Entscheidungsprozesse	185
aa) Interpretation als Autonomieverlust infolge von Intransparenz	186

bb)	Interpretation als Konfrontation mit Empathielosigkeit	188
cc)	Fazit	189
b)	Kein Deutungsgewinn aus der begrifflichen Nähe zur Objektformel	190
aa)	Gehalt der Objektformel	191
bb)	Keine Übertragbarkeit technologiebezogener Judikatur des Bundesverfassungsgerichts	193
c)	Vergleich mit französischer Normgenese	195
d)	Fazit	196
3.	Informationelle Selbstbestimmung	197
a)	Ursprüngliche Konzeption	199
aa)	Anbindung der Schutzstrategie an „Daten-Rohstoff“	200
(1)	Unklare Differenzierung zwischen Daten und Informationen	201
(2)	Datenzentrisches Schutzkonzept der informationellen Selbstbestimmung	202
bb)	Abwehrrechtliches Verständnis	204
cc)	Fazit	205
b)	Evolution des Schutzkonzepts	205
aa)	Die Entscheidung „Recht auf Vergessen I“ als Ausgangspunkt	206
(1)	Entscheidungskontext	206
(2)	Mehrdimensionale Relevanz der Entscheidung	207
bb)	Identifizierung neuer Gefährdungslagen	209
(1)	Verdichtung automatisierter Fremdbilder	209
(2)	Intransparenz algorithmischer Prozesse	212
(3)	Zunehmende Datenverarbeitung durch private Akteure	214
cc)	Neuerortung des Schutzkonzepts der informationellen Selbstbestimmung	215
(1)	Einbezug der Entscheidungsfindungsmodalitäten	215
(a)	Problemverortung des Bundesverfassungsgerichts	216
(b)	Parallele datenschutzrechtliche Debatte um ein „Recht auf nachvollziehbare Inferenzen“	217
(c)	Fazit	220
(2)	Steigende Relevanz der mittelbaren Drittwirkung bei strukturellen Machtasymmetrien	221
c)	Vergleich mit französischer Normgenese	223
d)	Fazit	224
4.	Diskriminierungsverbote	224
a)	Vergleichsmaßstab	226
b)	Spezifika algorithmenbasierter Diskriminierung	227
aa)	Mangelhafte Datengrundlage	227

bb)	Dominanz indirekter Diskriminierung	228
c)	Schutzdimension im Verhältnis zum Staat	230
aa)	Österreichischer AMS-Algorithmus als exemplarische direkte Diskriminierung	230
bb)	Indirekte Diskriminierung im Rahmen von Art. 3 GG	233
d)	Schutzdimension im Privatrechtsverhältnis	235
aa)	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz	235
(1)	Geschlossener Anwendungskatalog	235
(2)	Normierung der indirekten Diskriminierung	238
bb)	Mittelbare Drittwirkung des Art. 3 GG bei strukturellen Machtasymmetrien	240
(1)	Mittelbare Drittwirkung des Art. 3 Abs. 3 GG	240
(2)	Mittelbare Drittwirkung des Art. 3 Abs. 1 GG	242
e)	Schutzkonzepte im Kontext algorithmenbasierter Entscheidungen	245
aa)	Systemgestaltende Ansätze	246
bb)	Output-orientierte Ansätze	248
(1)	Statistik über Statistik?	248
(2)	Abkehr vom Prinzip der Merkmalsblindheit	249
f)	Vergleich mit französischer Normgenese	250
g)	Fazit	250
5.	Fazit	251
III.	Fazit	252
D.	Zusammenfassung und Ausblick.	254
E.	Zusammenfassung in Thesen.	257
Anhang I:	Redaktionelle Genese des Art. 22 Abs. 1 DSGVO.	259
Anhang II:	Verzeichnis der zitierten EU-Archivdokumente (nicht online verfügbar)	260
Literaturverzeichnis.		261
Sachverzeichnis		287