

# Inhaltsverzeichnis

<b>Einleitung</b> .....	31
I. Gegenstand der Untersuchung .....	36
II. Gang der Untersuchung .....	36

## *Erster Teil*

### **Grundlagen der Algorithmisierung** .....

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

## *Zweiter Teil*

### **Algorithmisierung von Arbeitgeberentscheidungen** .....

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

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

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

*Dritter Teil*

**Zulässigkeit algorithmisierter Arbeitgeberentscheidungen** 114

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

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

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

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

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

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

(cc) Ablehnung der Forderung nach einem standhaften Personal- leiter .....	275
(dd) Erhöhte Anforderungen an die Entkräftung der Ausschließ- lichkeit .....	276
(α) Interne Datenschutzstrategie .....	277
(β) Vier-Augen-Prinzip .....	278
(γ) Beteiligung des Datenschutzbeauftragten .....	278
(δ) Beteiligung des Betriebsrats .....	279
(c) Teleologische Reduktion .....	280
(aa) Algorithmisierte Sozialauswahl .....	281
(α) Betriebsratsloser Betrieb .....	281
(β) Mitbestimmte Auswahlrichtlinien .....	283
(bb) Negative Gesundheitsprognose .....	286
(cc) Beurteilungen .....	287
(3) Zwischenergebnis .....	287
d) Weitergehende Beschränkungen am Beispiel von Art. 33 Abs. 2 GG .....	288
aa) Zugang zu öffentlichem Amt .....	288
(1) Anspruch auf ermessensfehlerfreie Auswahl .....	288
(2) Eingeschränkte gerichtliche Kontrolle .....	289
bb) Ermessensfehler unter Einsatz automatisierter Entscheidungssysteme	290
(1) Ermessensunterschreitung .....	290
(2) Ermessensfehlgebrauch .....	291
(a) Grundvoraussetzung: Einsicht in die Datengrundlage .....	291
(aa) Algorithmisierter Abgleich mit dem Anforderungsprofil ...	292
(bb) Vergleich zu <i>Assessment Center</i> -Verfahren .....	293
(cc) Autonomer Abgleich mit dem Anforderungsprofil .....	294
(b) Berücksichtigung der automatisierten Vor-Entscheidung als sachfremde Erwägung? .....	295
cc) Zusammenfassung .....	296
c) Zwischenergebnis .....	297
2. Verbot der automatisierten Vor-Entscheidung .....	298
a) Wortlaut .....	299
aa) Verhältnis zwischen „automatisierter Verarbeitung“ und „Entscheidung“	299
(1) Unzulänglichkeit des Ausschließlichkeitskriteriums .....	299
(a) Ausschließlichkeit der Vor-Entscheidung .....	300
(b) Einzelfallbezogene Erheblichkeitsprüfung .....	300
(c) Bedeutung der Nicht-Ausschließlichkeit der Entscheidung in der Sache .....	302
(d) Anwendungsfall: Diskriminierende Vor-Entscheidung .....	303
(aa) Anspruch auf diskriminierungsfreies Bewerbungsverfahren	304
(bb) Begriff der „Behandlung“ .....	307

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

#### *Vierter Teil*

<b>Praktische Durchsetzung</b>	335
A. Absicherungsbedürfnis .....	335
I. Problemfelder .....	335
II. Gefahr der Ausbelegung des Art. 22 Abs. 1 DSGVO .....	336

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

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

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

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