



HERAUSGEBER

Dr. Jan D. Bonhage
Prof. Dr. Christoph Busch
Dr. Kuuya J. Chibanguza
Prof. Dr. Bernd J. Hartmann
Prof. Dr. Matthias Knauff
Prof. Dr. Markus Köhler
Prof. Dr. Mary-Rose McGuire
Dr. Benedikt Quarch
Marlene Schreiber
Prof. Dr. Meinhard Schröder
Alireza Siadat
Dr. Nina-Luisa Siedler
Dr. Hans Steege
Oliver Süme
Dr. Thorsten Voß
Prof. Dr. Sebastian Wündisch

SCHRIFTLEITUNG

Prof. Dr. Bernd J. Hartmann
Prof. Dr. Mary-Rose McGuire

AUS DEM INHALT

E-Commerce

Alexander, Medienintermediäre und Instrumente zum Schutz der Meinungsvielfalt im MStV

Tenkhoff/Kamps/Burgess-Tate, Into the metaverse: Trade mark protection in the virtual world

Digital Finance

Mienert, Dezentrale Autonome Organisation (DAO): Welche Rechtsform (»legal wrapper«) sollte man wählen?

Stelzl/Feldkircher, Die Verpfändung von Krypto-Assets – Ein (Aus-)Blick nach Liechtenstein und das Regime der Verpfändung

Digital HR

Frank/Heine, Algorithmisches Management von Plattformbeschäftigten

Digitaler Staat

Lehmann/Naujoks, Marktregulierung politischer Werbung

Legal Tech

Olschewski/Ernst, Kundenüberprüfung nach dem Geldwäschegesetz mittels Legal Tech: Wie können digitale Lösungen helfen und wo sind die aktuellen Grenzen?

9

Heft 9

September 2022

Seiten 313–352

2. Jahrgang

Art.-Nr. 09672209



Wolters Kluwer

Dritten (etwa einen Treuhänder) geboten, um den hohen sachenrechtlichen Grundprinzipien für Verpfändungen gerecht werden zu können.

Die Konsequenz, falls ein Wertrechtregister die gesetzlichen Anforderungen nicht erfüllt, soll nach dem Willen des Gesetzgebers sein, dass in diesem Fall kein Wertrechtregister vorliegt, weshalb darin eingetragene Rechte auch nicht als Wertrechte zu qualifizieren sind.⁶⁰

Weiteren Fragen im Zusammenhang mit der Verpfändung von Wertrechten lassen sich unter sinngemässer Anwendung der Art. 365 ff. SR ebenfalls sachgerecht beurteilen.⁶¹ Diese sind sinngemäss auch bei der Verpfändung von Wertrechten **anzuwenden**.

IV. Fazit und Ausblick

Am Beispiel der Verpfändung von Wertrechten nach den Grundsätzen des TVTG in Verbindung mit der SchIT PGR lässt sich verdeutlichen, wie eine moderne Form der Verpfändung erreicht werden kann, ohne dass es zu einer Verminderung des Schutzgedankens des Pfandrechts für den Pfandneh-

mer und Dritte kommt. So erscheint eine Loslösung von den Grundsätzen des Sachenrechts in diesem Fall als sachgemäss und angebracht.⁶² Wird das Wertrechtbuch nicht unter Anwendung einer vertrauenswürdigen Technologie i.S.d. TVTG geführt, ist für die Verpfändung von Wertrechten nach Ansicht der Autoren eine Auslagerung der Führung des Wertrechtregisters an einen unabhängigen Dritten geboten. Erfüllt das Wertrechtbuch sohin die gesetzlichen Anforderungen und wird es von einem unabhängigen Dritten geführt, erscheint der Schutzgedanke des Pfandrechts erfüllbar, sodass auch in diesem Fall eine Loslösung von den Grundsätzen des Sachenrechts sachgemäss und angebracht erscheinen kann. Wichtig erscheint jedoch an die Auswahl des unabhängigen Dritten strenge Kriterien zu knüpfen und die Vorgaben des Gesetzes hinsichtlich des Wertrechtbuchs streng auszulegen, um Missbrauch zu vermeiden.

60 BuA, Nr. 54/2019, S. 113.

61 BuA, Nr. 54/2019, S. 114.

62 So auch *Nägele* (s. Fn. 6), S. 43 ff.; BuA, Nr. 54/2019, S. 114.

Digital HR

Überblick

Algorithmisches Management von Plattformbeschäftigten

Dr. Justus Frank/Dipl.-Jur. Maurice Heine*

Künstliche Intelligenz (KI) ist der Treiber der modernen Arbeitswelt. Sie erhebt den Anspruch komplexes menschliches Verhalten nachzubilden. Die ökonomischen Vorteile liegen auf der Hand: Wieso noch länger auf den Menschen setzen, wenn die KI von der Produktion bis hin zum Management sämtliche »Handschläge« ebenso gut, wenn nicht gar zuverlässiger ausführen kann? Ein anschauliches Anwendungsbeispiel bieten *App*-gesteuerte Tätigkeiten von sog. *Ridern* und *Crowdworkern*, die jüngst auch die Arbeitsgerichte beschäftigt. Die Europäische Kommission hat diese Entwicklung erkannt und den Entwurf einer Richtlinie zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit (COM(2021) 762 final, RL-E) vorgelegt. Der Beitrag nimmt den RL-E unter die Lupe und zeichnet die künftigen Rahmenbedingungen eines algorithmischen Managements von Plattformbeschäftigten nach.

I. Überblick

Plattformbeschäftigung zeichnet sich durch eine Überwindung hergebrachter räumlich-personeller Maßstäbe aus.¹ Im Mittelpunkt steht eine digital vermittelte Arbeitsorganisation, die eine effiziente Zusammenführung von Angebot und Nachfrage erlaubt. Neben einer dezidierten Leistungserfassung werden zunehmend auch statusbezogene Entscheidungen, wie etwa die Begründung eines Vertragsverhältnisses, digital unter Nutzung von KI verwaltet. An diesem Punkt setzt der RL-E² an und begründet zahlreiche Rechte und Pflichten von Plattformbetreibern und Plattformbeschäftigten im Hinblick auf ein algorithmisches Management (Art. 6–8 RL-E).

Der RL-E ergänzt die Vorgaben der DSGVO und der Richtlinie (EU) 2019/1152.³

II. Anwendungsbereich

1. Digitale Arbeitsplattform

Als Plattformbetreiber (»digitale Arbeitsplattform«) betrachtet der RL-E jede natürliche oder juristische Person, die eine kommerzielle Dienstleistung unter bestimmten Voraussetzungen erbringt (Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 RL-E). Die Dienstleistung muss (zumindest teilweise) auf elektronischem Wege, wie etwa einer Website oder einer mobilen Anwendung, aus der Ferne bereitgestellt und auf Verlangen eines Empfängers erbracht werden. Weiterhin muss die Dienstleistung als notwendigen und wesentlichen Bestandteil die Organisation der von Einzelpersonen geleisteten Arbeit erfassen, wobei es keine

* Dr. Justus Frank, LL.M., Maître en droit, ist Rechtsanwalt bei Hogan Lovells International LLP in Düsseldorf. Er berät nationale und internationale Mandanten zu allen Fragen des individuellen und kollektiven Arbeitsrechts. Dipl.-Jur. Maurice Heine ist Rechtsreferendar am Landgericht Hildesheim.

1 Eingehend Hanau/Matiaske/Schwarze, *Entgrenzung von Arbeitsverhältnissen*, 2019, S. 49, 51 f.

2 Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit v. 09.12.2021, COM(2021) 762 final, abrufbar unter <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CELEX:52021PC0762&from=EN> [06.09.2022].

3 Vgl. ErwG 30 S. 4, ErwG 31 bzw. Art. 6 Abs. 1 RL-E.

Rolle spielt, ob diese Arbeit online oder an einem bestimmten Ort ausgeführt wird.

An den Erfordernissen eines »Empfängers« sowie einer »von Einzelpersonen geleisteten Arbeit« wird deutlich, dass der RL-E eine Drei-Personen-Konstellation zugrunde legt.⁴ Neben der Plattform, wie der Plattformbetreiber folgend auch genannt wird, und dem Plattformbeschäftigten bedarf es eines von diesen unabhängigen Dritten, der die Leistung in Empfang nimmt. Das hat zur Folge, dass unternehmensinterne KI-Anwendungen, die eine schlichte Zuweisung von Arbeitsaufträgen an Arbeitnehmer vornehmen, in Ermangelung eines vom Arbeitgeber unabhängigen Leistungsempfängers vom RL-E nicht erfasst werden.

Fraglich ist, welche Intensität die Organisation der von Einzelpersonen geleisteten Arbeit aufweisen muss, um einen »notwendigen und wesentlichen Bestandteil« der Dienstleistung darzustellen. Die Schwelle dürfte jedenfalls erreicht sein, wenn die Plattform auf Mittel des algorithmischen Managements (dazu sogleich) zurückgreift.⁵ Hierfür spricht nicht nur ErwG 35 S. 1. Derartige Überwachungs- und Entscheidungsprozesse stehen vielmehr sinnbildlich für die Organisation von Arbeit. Nicht anders liegt der Fall, wenn die Plattform die Arbeit »kontrolliert« i.S.d. Art. 4 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 RL-E. Abweichend hiervon dürfte es für eine »Kontrolle« indes ausreichen, wenn *ein* Merkmal des Art. 4 Abs. 2 RL-E erfüllt ist. Das ergibt sich daraus, dass Art. 4 Abs. 2 RL-E konkrete Ausprägungen der Organisation von Arbeit enthält.⁶ Gegen die Überlegung, dass zwei Merkmale des Art. 4 Abs. 2 RL-E vorliegen müssen, spricht, dass diese Bestimmung auf die gesetzliche Vermutung der Arbeitnehmereigenschaft beschränkt ist, wohingegen die »Organisation der Arbeit« nicht nur Arbeitnehmer, sondern auch Personen, die nicht in einem Arbeitsverhältnis stehen, betrifft (vgl. Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. c), Nr. 3 RL-E).

Problematisch ist es, wenn sich die Plattform auf die bloße Vermittlung von Plattformbeschäftigten beschränkt. Der RL-E geht davon aus, dass die Plattform jedenfalls eine »wichtige Rolle bei der Abstimmung zwischen der Nachfrage nach der Dienstleistung und dem Arbeitskraftangebot der Einzelperson« übernehmen muss.⁷ Gemäß ErwG 18 S. 5 dürfte dies bspw. bei der Vermittlung von Personen- oder Güterbeförderung oder Reinigungsdienstleistungen der Fall sein. Anders ist zu entscheiden, wenn die Organisation der Arbeit lediglich untergeordneter und rein nebensächlicher Natur ist oder die Plattform ausschließlich (»ohne weiter involviert zu sein«) Anwendungen bereitstellt, mit denen Plattformbeschäftigte und Endnutzer einander erreichen können.⁸

2. Plattformbeschäftigter

Der Begriff des Plattformbeschäftigten geht über den Begriff der Person, die Plattformarbeit leistet (Art. 2 Abs. 1 Nr. 3 RL-E), hinaus. Plattformbeschäftigter ist, wer Plattformarbeit leistet und zusätzlich nach den mitgliedstaatlichen Rechtsvorschriften (einschließlich Kollektiv- bzw. Tarifverträgen oder Gepflogenheiten) sowie unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des EuGH in einem Arbeitsverhältnis steht (Art. 2 Abs. 1 Nr. 4 RL-E), was gem. Art. 4 Abs. 1 RL-E vermutet wird.⁹ Der Begriff der Plattformarbeit bezieht sich auf jede Arbeit, die über eine digitale Arbeitsplattform organisiert und in der Union von einer Person auf der Grundlage eines

Vertragsverhältnisses zwischen der digitalen Arbeitsplattform und der Person ausgeführt wird (Art. 2 Abs. 1 Nr. 2 RL-E).

3. Algorithmisches Management

Plattformbeschäftigte können in vielfältiger Art und Weise von einem algorithmischen Management betroffen sein. Der RL-E identifiziert¹⁰ zwei Prägungen des algorithmischen Managements: den Einsatz automatisierter Überwachungssysteme und den Einsatz automatisierter Entscheidungssysteme. Ein automatisiertes Überwachungssystem besteht in einem System, das zur elektronischen Kontrolle, Überwachung oder Bewertung der Arbeitsleistung von Plattformbeschäftigten eingesetzt wird (Art. 6 Abs. 1 Buchst. a) RL-E). Der Wortlaut gibt zu verstehen, dass eine bloße Eignung zur Kontrolle, Überwachung oder Bewertung nicht genügt. Der Unternehmer muss – anders als etwa i.R.d. § 87 Abs. 1 Nr. 6 BetrVG – das System vielmehr zielgerichtet (»zur«) einsetzen.¹¹

Der Einsatz automatisierter Entscheidungssysteme nimmt das Management im engeren Sinn in den Blick. Gemeint sind Systeme, die genutzt werden, um Entscheidungen zu treffen oder zu unterstützen, die sich erheblich auf die Arbeitsbedingungen auswirken (Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) RL-E). Mögliche (»insbesondere«) Anwendungsbereiche erkennt der RL-E im Rahmen von Entscheidungen, die sich auf den Zugang zu Arbeitsaufträgen, den Verdienst, die Sicherheit und den Gesundheitsschutz bei der Arbeit, die Arbeitszeit, die Beförderung und den vertraglichen Status, einschließlich der Beschränkung, Aussetzung oder Beendigung des Plattformkontos auswirken. Die Entscheidungsunterstützung muss, das zeigt der Vergleich zum Einsatz automatisierter Überwachungssysteme, über die Kontrolle, Überwachung oder Bewertung der Arbeitsleistung hinausgehen. Der Anwendungsbereich dürfte damit deutlich kleiner ausfallen, als es der allgemeine Sprachgebrauch zulässt. Es genügt mithin nicht, dass das System die Arbeitsleistung analysiert und der Plattform das Analyseergebnis zur weiteren Verwendung bereitstellt. Erforderlich ist ein Plus, das bspw. in einem KI-gestützten Entscheidungsvorschlag bestehen kann.

III. Zulässigkeit des algorithmischen Managements

Im Einklang mit ihrem bloß ergänzenden Charakter trifft der RL-E kaum eigene Vorgaben im Hinblick auf die Zulässigkeit eines algorithmischen Managements. Das überrascht jedenfalls insoweit, als die Kommission gerade mit Blick auf Art. 22 DSGVO auf die Schwierigkeit hinweist, »die Grenze zwischen algorithmischen Entscheidungen zu ziehen, die sich hinreichend »erheblich« auf den Arbeitnehmer auswirken, und solchen, die dies nicht tun«.¹² Andererseits dürfte es der Union an der Kompetenz zur weiteren Regelung einer Datenverarbeitung im Beschäftigungsverhältnis fehlen,¹³ worauf die

⁴ Krause NZA 2022, 521, 526 ff. (auch zum Folgenden).

⁵ So auch Krause NZA 2022, 521, 525.

⁶ Insoweit teilweise abweichend Krause NZA 2022, 521, 528.

⁷ ErwG 18 S. 2.

⁸ ErwG 18 S. 3, 5.

⁹ Krit. Krause NZA 2022, 521, 528 f.

¹⁰ Vgl. Waas ZRP 2022, 105, 106: keine Definition.

¹¹ Frankl/Heine NZA 2022, 543, 545.

¹² COM(2021) 762 final, S. 8.

¹³ Vgl. DAV, Stellungnahme Nr. 06/2022, S. 12 f.

Methoden des algorithmischen Managements aber hinauslaufen. Dieses Recht steht nach Art. 88 Abs. 1 DSGVO allein den Mitgliedstaaten zu.

1. Automatisierte Überwachung

Die Zulässigkeit einer automatisierten Überwachung bemisst sich daher nach den allgemeinen datenschutzrechtlichen Bestimmungen. Ein Rückgriff auf Art. 6 Abs. 5 RL-E ist nicht zulässig. Hiernach darf der Plattformbetreiber keine personenbezogenen Daten von Plattformbeschäftigten verarbeiten, die nicht untrennbar mit der Erfüllung des Vertrags zwischen dem Plattformbeschäftigten und der digitalen Arbeitsplattform verbunden und für die Vertragserfüllung unbedingt erforderlich sind. Das soll nach Vorstellung der Kommission insbesondere für personenbezogene Daten über den emotionalen oder psychischen Zustand oder die Gesundheit (vorbehaltlich Art. 9 Abs. 2 Buchst. b) bis j) DSGVO) und für personenbezogene Daten über private Gespräche gelten. Ebenso sollen keine personenbezogenen Daten erhoben werden dürfen, wenn der Plattformbeschäftigte keine Plattformarbeit leistet bzw. die Leistung solcher Arbeit nicht anbietet.

Richtigerweise sind derartige Fragestellungen an § 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG auszurichten. Hiernach dürfen personenbezogene Daten von Beschäftigten für Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses nur verarbeitet werden, wenn dies für die Begründung, Durchführung oder Beendigung desselben erforderlich ist. Hinter dem Begriff der Erforderlichkeit verbirgt sich eine Verhältnismäßigkeitsprüfung.¹⁴ Anders als von Art. 6 Abs. 5 RL-E vorgesehen, verlangt § 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG mithin nicht, dass die Datenverarbeitung »untrennbar mit der Erfüllung« und für diese »unbedingt erforderlich« ist. Für automatisierte Überwachungsmaßnahmen gilt vielmehr, dass die Anforderungen an die Rechtfertigung in dem Maße ansteigen, je intensiver die Überwachungsmaßnahme ausfällt. Die Grenze ist jedenfalls dann überschritten, wenn ein elektronisches System alle wesentlichen Arbeitsschritte erfasst oder ein nahezu umfassendes, lückenloses Profil des Beschäftigten erstellt.¹⁵ Für den Fall des Plattformbeschäftigten hat das etwa zur Folge, dass eine anlasslose dauerhafte Standorterfassung nicht auf § 26 Abs. 1 Satz 1 BDSG gestützt werden kann und damit unzulässig ist. Ebenso ist (übereinstimmend mit Art. 6 Abs. 5 Buchst. d) RL-E) zu entscheiden, wenn die Plattform personenbezogene Daten erhebt, ohne dass der Plattformbeschäftigte seine Tätigkeit erbringt. In diesem Fall fehlt es schon an dem erforderlichen Bezug zur Durchführung des Beschäftigungsverhältnisses.

2. Automatisierte Entscheidungen

Die Zulässigkeit des Einsatzes automatisierter Entscheidungssysteme richtet sich nach Art. 22 DSGVO. Das folgt zwar nicht schon aus dem Wortlaut von Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) RL-E, der sich nicht dazu verhält, ob eine Entscheidung ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten beruhen muss. Zieht man seine beispielhafte Aufzählung heran, wird indes klar, welche Lebenssachverhalte der RL-E im Blick hat: vollständig automatisiert ablaufende Entscheidungen. Das schließt zwangsläufig die Verarbeitung personenbezogener Daten (bspw. Name des Plattformbeschäftigten) ein, was auch die Kommission erkennt.¹⁶

a) Verbot des Art. 22 Abs. 1 DSGVO

Gem. Art. 22 Abs. 1 DSGVO hat der Plattformbeschäftigte das Recht, nicht einer ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung – einschließlich Profiling – beruhenden Entscheidung unterworfen zu werden, die ihm gegenüber rechtliche Wirkung entfaltet oder ihn in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt. Für die Anwendbarkeit dieser Verbotsnorm¹⁷ kommt es entscheidend darauf an, ob die jeweilige Entscheidung die vorgesehene Erheblichkeitsschwelle (rechtliche Wirkung, ähnlich erhebliche Beeinträchtigung) überschreitet. Aus Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) RL-E folgt nicht, dass in den dort beispielhaft (»insbesondere«) genannten Fällen die Erheblichkeitsschwelle stets überschritten wird. Das ergibt sich aus seinem Wortlaut, der auf Entscheidungen verweist, die sich zwar »erheblich auf die Arbeitsbedingungen« auswirken, ohne hierbei aber einen konkreten Bezug zu Art. 22 Abs. 1 DSGVO herzustellen.

Sofern Entscheidungen über den Zugang zu Arbeitsaufträgen, die Arbeitszeit, die Beförderung oder den vertraglichen Status im Raume stehen, betrifft dies die Begründung bzw. Beendigung eines Vertragsverhältnisses oder die Ausübung des Weisungsrechts. Derartige Entscheidungen entfalten rechtliche Wirkung und werden damit von Art. 22 Abs. 1 DSGVO erfasst.¹⁸ Hat die Entscheidung die Beschränkung, Aussetzung oder Beendigung des Plattformkontos zum Gegenstand, dürfte dies einer Beendigung des Vertragsverhältnisses gleichkommen (»digitale kalte Kündigung«)¹⁹ und daher jedenfalls eine ähnlich erhebliche Beeinträchtigung darstellen. Sofern der Plattform das Recht zustehen soll, einseitig über die Verdiensthöhe zu befinden, dürfte auch dies mit einer rechtlichen Wirkung einhergehen, da sie rechtsgestaltend auf den Inhalt der Gegenleistung einwirkt. Jedenfalls wird hierin eine ähnlich erhebliche Beeinträchtigung zu erblicken sein, da sich die Höhe des Einkommens unmittelbar auf die wirtschaftlichen Verhältnisse des Plattformbeschäftigten auswirkt. Entscheidungen über die Sicherheit und den Gesundheitsschutz bei der Arbeit können je nach Intensität und Betroffenheit des Plattformbeschäftigten ebenfalls auf eine rechtliche Wirkung oder eine ähnlich erhebliche Beeinträchtigung hinauslaufen, gedacht sei etwa an die Weisung, einen Mund-Nasen-Schutz zu tragen.

b) Ausnahme nach Art. 22 Abs. 2 Buchst. a) DSGVO

Maßgebend für den Einsatz automatisierter Entscheidungssysteme ist damit, ob die genannten Entscheidungen für den Abschluss oder die Erfüllung des Vertrags erforderlich sind (Art. 22 Abs. 2 Buchst. a) DSGVO).²⁰ Die Beschränkung auf den Abschluss oder die Erfüllung macht deutlich, dass Entscheidungen über die Beendigung des Vertragsverhältnisses nicht automatisiert ergehen können. Das Gleiche gilt für Entscheidungen über die Beschränkung, Aussetzung oder Beendigung des Plattformkontos, die – sofern sie nicht bereits konkludent eine Kündigung beinhalten – schon dem Wort-

14 BAG 07.05.2019, 1 ABR 53/17, NZA 2019, 1218, 1222 Rn. 42.

15 BAG 27.07.2017, 2 AZR 681/16, NZA 2017, 1327, 1331 Rn. 33.

16 Vgl. ErwG 29 S. 2.

17 S. nur Paal/Pauly/Martini, 3. Aufl. 2021, DSGVO Art. 22 Rn. 29b.

18 Vgl. Ebers/Heinze/Krügel/Steinrötter/Schwarze, Künstliche Intelligenz und Robotik, 2020, § 8 Rn. 30 ff.

19 So Krause NZA 2022, 521, 530.

20 Die wenig praxisgerechte Einwilligung gem. Art. 22 Abs. 2 Buchst. c) DSGVO soll außer Betracht bleiben; vgl. hierzu allg. Uecker ZD 2019, 248.

laut nach nicht für den »Abschluss« oder die »Erfüllung« des Vertrags erforderlich sein können.

Ein anderes ergibt sich nicht aus Art. 6 Abs. 1 Buchst. b) RL-E bzw. Art. 6 Abs. 2 Buchst. b) iv) RL-E. Zwar ließe sich darauf verweisen, dass der RL-E ausdrücklich auch Entscheidungen über den »vertraglichen Status, einschließlich der Beschränkung, Aussetzung oder Beendigung ihres Kontos« in den Blick nimmt. Dies könnte darauf hindeuten, dass die Kommission von deren Zulässigkeit ausgeht. Eine derartige Auslegung widerspricht jedoch dem rein ergänzenden Charakter des RL-E. Aus ErwG 30 S. 4, ErwG 31 ergibt sich vielmehr, dass der Schutz nach Art. 22 DSGVO auch für Plattformbeschäftigte gelten soll. Sofern die Kommission die automatisierte Beendigung im Blick hatte, dürfte dies allein auf die Fälle des Art. 22 Abs. 2 Buchst. b) DSGVO zugeschnitten sein, wonach die Mitgliedstaaten die Zulässigkeit automatisierter Entscheidungen selbstständig regeln können, was in der Bundesrepublik Deutschland bislang nicht erfolgt ist.²¹

Der Ausnahmetatbestand des Art. 22 Abs. 2 Buchst. a) DSGVO wird damit vor allem für Entscheidungen über die Vertragsbegründung und die Ausübung des Weisungsrechts virulent. Mit dem Erforderlichkeitskriterium soll in erster Linie der Abwicklung massenhafter, zeitkritischer Verträge Rechnung getragen werden. Das kann bei Entscheidungen über die Einstellung etwa dann der Fall sein, wenn sich die Plattform fortwährend sehr hohen Bewerberzahlen gegenüber sieht, deren Bewältigung sie an ihre organisatorischen Grenzen bringt. Aufgrund des Ausnahmecharakters von Art. 22 Abs. 2 Buchst. a) DSGVO dürfte diese Grenze jedoch erst bei mehreren hundert Bewerbungen auf eine Stelle erreicht sein.²²

Eine massenhafte Erscheinung dürfte auch in der Ausübung des Weisungsrechts zu erblicken sein. Kann der Arbeitnehmer seine Tätigkeit nach der unternehmerischen Ausrichtung des Betriebs allein nur unter automatisierter Ausübung des Weisungsrechts erbringen, kommt man nicht umhin, den Einsatz automatisierter Entscheidungssysteme grundsätzlich als erforderlich anzusehen. Sofern es um einfache, die Arbeit bloß in Gang setzende Weisungen (z.B. die Zuweisung eines Arbeitsauftrags) geht, verträgt sich dies auch mit der Wertung des Art. 22 Abs. 1 DSGVO. Schließlich würde ein menschlicher Entscheidungsträger in diesen Fällen auch keine umfassende Billigkeitsprüfung durchführen. Anders ist bei weitreichenden, statusbezogenen Weisungen (z.B. Versetzung) zu entscheiden, die nicht auf Art. 22 Abs. 2 DSGVO gestützt werden können.²³

3. Automatisierte Entscheidungsunterstützung

Die automatisierte Entscheidungsunterstützung ist grundsätzlich an § 26 Abs. 1 BDSG zu messen. Geht die automatisierte Entscheidungsunterstützung indes derart in eine Entscheidung über, dass diese wertungsmäßig als eine automatisierte Entscheidung anzusehen ist, beurteilt sich die Zulässigkeit der Entscheidung nach Art. 22 Abs. 2 DSGVO. Das ergibt sich aus Art. 22 Abs. 1 DSGVO, der ein menschliches Eingreifen verlangt, um eine »ausschließlich« automatisierte Entscheidung abzuwenden. Das Eingreifen darf sich nicht auf einen formalen Akt beschränken, etwa auf die bloße Ausfertigung einer Kündigung zur Einhaltung des Schriftformgebots nach § 623 BGB. Ein menschlicher Entscheidungs-

träger muss die Entscheidungsvorbereitung vielmehr wertend nachvollziehen.²⁴ Diese Anforderungen gelten – abweichend von der vom RL-E gebrauchten Terminologie – auch für automatisierte Überwachungssysteme, wenn diese etwa eine Leistungsbewertung vornehmen, die bspw. zur Kündigungsentscheidung herangezogen wird.

4. Verbot des unangemessenen Drucks

Eine richtlinienautonome Zulässigkeitsschranke ergibt sich ferner aus Art. 7 Abs. 2 Unterabs. 2 RL-E. Danach dürfen Plattformen automatisierte Überwachungs- und Entscheidungssysteme nicht in einer Weise einsetzen, die unangemessenen Druck auf Plattformbeschäftigte ausübt (Alt. 1) oder die körperliche und psychische Gesundheit von Plattformbeschäftigten auf andere Weise gefährdet (Alt. 2).

Wann die Schwelle eines unangemessenen Drucks überschritten ist, präzisiert der RL-E nicht. Aus dem Wortlaut ergibt sich, dass der Einsatz automatisierter Überwachungs- und Entscheidungssysteme an sich noch keinen unangemessenen Druck darstellt. Ein unangemessener Druck dürfte sich dagegen einstellen, wenn das Arbeitsverhalten lückenlos, dauerhaft sowie sehr detailliert erfasst werden würde.²⁵ Da es sich hierbei allerdings um eine Frage des Beschäftigtendatenschutzes handelt, gelten die oben angebrachten Zweifel an der Regelungskompetenz der Union entsprechend. Insbesondere wirkt das Verhältnis von Art. 7 Abs. 2 Unterabs. 2, 1. Alt. RL-E und dem spezifischen, aufgrund von Art. 88 Abs. 1 DSGVO erlassenen § 26 Abs. 1 Satz 2 BDSG Fragen auf, da Letzterer den Arbeitgeber anlassbezogen auch zur Ausübung eines starken Überwachungsdrucks berechtigt.²⁶ In der Terminologie des Art. 7 Abs. 2 Unterabs. 2, 1. Alt. RL-E wäre ein gem. § 26 Abs. 1 Satz 2 BDSG gerechtfertigter Druck jedenfalls als noch *angemessen* anzusehen.

Fraglich ist, ob ein unangemessener Druck auch dann anzunehmen ist, wenn die Plattform anhand spielerisch wirkender Anreizsysteme die Leistungsbereitschaft zu erhöhen sucht. Die Schwelle zur Unangemessenheit dürfte nur in wenigen Fällen überschritten werden, so etwa wenn das System den Plattformbeschäftigten – ungeachtet des Art. 22 DSGVO und der §§ 1, 3 MiLoG – nur bei Erfüllung eines Mindestvolumens an Arbeitsaufträgen vergütet.²⁷ Regelmäßig dürfte ein gewisser Druck im Gegenteil auch für die Plattformarbeit leistende Person von Vorteil sein, wenn sich hieran entscheidet, ob sie als Arbeitnehmer einzuordnen ist.²⁸

Art. 7 Abs. 2 Unterabs. 2, 2. Alt. RL-E verlagert den Anwendungsbereich des Verbots überdies deutlich nach vorn. Die Regelung knüpft nicht an den Eintritt einer »Gefahr« an, sondern lässt die bloße »Gefährdung« ausreichen. Im Einklang mit dem arbeitsschutzrechtlichen Normcharakter

21 Gleiches dürfte für Entscheidungen über die Verdiensthöhe gelten.

22 Vgl. Art. 29-Datenschutzgruppe, Leitlinien zu automatisierten Entscheidungen, S. 25 f.: zehntausende Bewerbungen.

23 Ebers/Heinze/Krügel/Steinrötter/Schwarze, Künstliche Intelligenz und Robotik, 2020, § 8 Rn. 35.

24 Hierzu nur BeckOK DatenSchR/von Lewinski, 39. Ed. 01.11.2021, DSGVO Art. 22 Rn. 23.

25 Vgl. BAG 28.03.2019, 8 AZR 421/17, NZA 2019, 1212, 1216 Rn. 39.

26 Vgl. BAG 27.07.2017, 2 AZR 681/16, NZA 2017, 1327.

27 Vgl. Söller NZA 2021, 997, 1001; Thönissen, ZdiW 2021, 228, 230.

28 Vgl. BAG 01.12.2020, 9 AZR 102/20, NZA 2021, 552.

genügt für eine »Gefährdung« bereits die bloße Möglichkeit eines Schadens oder einer gesundheitlichen Beeinträchtigung ohne bestimmte Anforderungen an deren Ausmaß oder Eintrittswahrscheinlichkeit.²⁹ Ausweislich des Attributs »auf andere Weise« muss sich die Gefährdung i.S.d. Art. 7 Abs. 2 Unterabs. 2, 2. Alt. RL-E jedoch an dem »unangemessenen Druck« i.S.d. 1. Alt. orientieren. In der Konsequenz folgt aus dem bloßen Einsatz automatisierter Überwachungs- und Entscheidungssysteme noch keine das Verbot des Art. 7 Abs. 2 Unterabs. 2, 2. Alt. RL-E auslösende Gefährdung. Wie der Gleichlauf mit Art. 1 zeigt, sind vielmehr die berechtigten Interessen des Arbeitgebers zu berücksichtigen und mit den gesundheitlichen Belangen der Plattformbeschäftigten abzuwägen.³⁰

IV. Pflichtenkatalog

In Ergänzung zu Art. 22 Abs. 3 DSGVO knüpfen Art. 6 ff. RL-E einen spezifischen Pflichtenkatalog an das Bestehen eines algorithmischen Managements. Dieser Pflichtenkatalog gilt vor dem Hintergrund seines Regelungszwecks (Herstellung von Transparenz, Art. 1 Abs. 1 RL-E) ungeachtet der Zulässigkeit des algorithmischen Managements (vgl. Art. 8 Abs. 3 RL-E) und findet im Wesentlichen auch auf Selbstständige Anwendung (Art. 10 Abs. 1 RL-E).

1. Informationspflichten

Ein algorithmisches Management verpflichtet die Plattform zur Information gegenüber Plattformbeschäftigten (Art. 6 Abs. 1 RL-E).³¹ Die Information muss nicht schriftlich erfolgen, es genügt ein elektronisches Dokument (Art. 6 Abs. 3 Satz 1 Halbs. 2 RL-E). Das dürfte auch die Darstellung in einer *App* erlauben, sofern die Informationen in prägnanter, transparenter, verständlicher und leicht zugänglicher Form sowie in klarer und einfacher Sprache darstellbar sind (Art. 6 Abs. 3 Satz 3 RL-E).

Die Informationspflicht betrifft zunächst den Umstand, dass überhaupt automatisierte Überwachungs- oder Entscheidungssysteme in Betrieb sind oder gerade eingeführt werden (Art. 6 Abs. 2 Buchst. a) i) und b) i) RL-E). Für den Fall eines automatisierten Überwachungssystems erstreckt sich die Informationspflicht außerdem auf die Kategorien von Tätigkeiten, die vom System kontrolliert, überwacht oder bewertet werden (Art. 6 Abs. 2 Buchst. a) ii) RL-E). Die Bewertung schließt eine Bewertung durch den Dienstleistungsempfänger ein.

Deutlich weiter gehen die Informationen, die der Plattformbetreiber im Fall eines automatisierten Entscheidungssystems zur Verfügung zu stellen hat. Gem. Art. 6 Abs. 2 Buchst. b) ii) RL-E ist über die Kategorien von Entscheidungen zu informieren, die vom System getroffen oder unterstützt werden. Die Informationspflicht erfasst außerdem die wichtigsten Parameter, die das System berücksichtigt, und die relative Bedeutung dieser Parameter bei der automatisierten Entscheidungsfindung, einschließlich der Art und Weise, wie die personenbezogenen Daten oder das Verhalten des Plattformbeschäftigten die Entscheidungen beeinflussen (Art. 6 Abs. 2 Buchst. b) iii) RL-E). Schließlich hat die Plattform über die Gründe für Entscheidungen in Bezug auf die Beschränkung, Aussetzung oder Beendigung des Plattformkontos, die Verweigerung der Vergütung für geleistete Arbeit oder den vertraglichen Status oder über die Gründe für jede Entschei-

dung mit ähnlicher Wirkung zu informieren (Art. 6 Abs. 2 Buchst. b) iv) RL-E).

Von praktischer Bedeutung ist, zu welchem Zeitpunkt die Informationen zur Verfügung zu stellen sind. Art. 6 Abs. 3 Satz 2 RL-E sieht vor, dass die vorgenannten Informationen spätestens am ersten Arbeitstag, bei wesentlichen Änderungen und jederzeit auf Anfrage zur Verfügung zu stellen sind. Das klärt jedoch nicht die Frage, ob die Plattform über den Einsatz automatisierter Überwachungs- oder Entscheidungssysteme bereits vor deren Einführung zu informieren hat. Der Wortlaut (»in Betrieb«) deutet darauf hin, dass die Information nicht zwingend vor Einsatz des Systems zu erfolgen hat. Wenn dem so wäre, wäre allerdings die Informationspflicht in der zweiten Alternative (»gerade eingeführt«) überflüssig. Danach müsste die Information grundsätzlich vor Einsatz des Systems, namentlich im Rahmen seiner Einführung erfolgen. Als »gerade eingeführt« (»in the process of being introduced«) dürfte es gelten, wenn die Plattform mit der Einrichtung des Systems begonnen, diese jedoch noch nicht abgeschlossen hat. In jedem Fall noch nicht »gerade eingeführt« wird ein System, wenn seiner Einführung noch wesentliche Zwischenschritte entgegenstehen (etwa Gremienbeschlüsse).³² Ist eine vorherige Information nicht möglich, etwa weil das System zum Zeitpunkt der Einstellung schon »in Betrieb« ist, muss die Plattform am ersten Arbeitstag informieren.

2. Überwachungs- und Organisationspflichten

Art. 7 RL-E sieht darüber hinaus verschiedene Überwachungs- und Organisationspflichten vor. Nach Art. 7 Abs. 1 RL-E haben Plattformen regelmäßig zu überwachen und zu bewerten, wie sich einzelne Entscheidungen, die »von automatisierten Überwachungs- und Entscheidungssystemen« getroffen oder unterstützt werden, auf die Arbeitsbedingungen auswirken. Die Erstreckung der Pflicht auf automatisierte Überwachungssysteme dürfte ein Redaktionsversehen darstellen, da Überwachungssysteme anders als Entscheidungssysteme nach ihrer Definition gem. Art. 6 Abs. 1 Buchst. a) RL-E an Entscheidungen nicht teilnehmen.

Weitergehende Bewertungs- und Organisationspflichten ergeben sich aus Art. 7 Abs. 2 Unterabs. 1 RL-E. Danach muss die Plattform die Risiken automatisierter Überwachungs- und Entscheidungssysteme für die Sicherheit und Gesundheit von Plattformbeschäftigten bewerten. Das umfasst insbesondere die Risiken möglicher Arbeitsunfälle sowie psychosoziale und ergonomische Risiken. Außerdem muss die Plattform bewerten, ob die Schutzvorkehrungen der Systeme angesichts der besonderen Merkmale der Arbeitsumgebung den ermittelten Risiken angemessen sind. Ferner ist die Plattform zur Einführung geeigneter Präventions- und Schutzmaßnahmen verpflichtet. Im Vergleich zu Art. 7 Abs. 1 RL-E fällt auf, dass Art. 7 Abs. 2 Unterabs. 1 RL-E nicht vorsieht, dass letztgenannte Pflichten »regelmäßig« zu erfüllen sind. Nach

²⁹ Vgl. zu § 4 ArbSchG BT-Drucks. 13/3540, S. 16.

³⁰ Vgl. zur arbeitsschutzrechtlichen Abwägung Kollmer/Klindt/Schucht/*Kohle*, 4. Aufl. 2021, ArbSchG § 4 Rn. 8.

³¹ Auf deren Ersuchen auch gegenüber den »Vertretern der Plattformbeschäftigten«, was Betriebsräte oder Gewerkschaften umfasst (*Krause* NZA 2022, 521, 529 Rn. 102; vgl. die Forderung des DGB, Position zum RL-E, Januar 2022, S. 5), und den nationalen Arbeitsbehörden (Art. 6 Abs. 4 RL-E).

³² In diesem Entscheidungsstadium greift allenfalls die Unterrichts- und Anhörungspflicht aus Art. 9 Abs. 1 RL-E.

dem Wortlaut ist die Verpflichtung zur Einführung »angemessener« Präventions- und Schutzmaßnahmen indes als eine dauerhafte Pflicht anzusehen, sodass die Plattform die Risiken jedenfalls anlassbezogen neu zu bewerten haben dürfte.

Eine spezifische Organisationspflicht sieht überdies Art. 7 Abs. 3 RL-E vor. Danach sind Plattformen verpflichtet, für ausreichende personelle Ressourcen zu sorgen, um ihren vorgenannten Überwachungspflichten nachzukommen. Der anzulegende Maßstab (»ausreichend«) ergibt sich in Ermangelung näherer Ausführungen des RL-E aus den jeweiligen betrieblichen Gegebenheiten, insbesondere aus der Betriebsgröße. Die mit diesen Überwachungspflichten betrauten Personen müssen dabei über die hierfür erforderlichen Kompetenzen, Schulungen und Befugnisse verfügen (Art. 7 Abs. 3 Satz 2 RL-E). Aus dem Verweis auf »Schulungen« ergibt sich, dass die Vorhaltpflicht nach Art. 7 Abs. 3 Satz 1 RL-E eine dynamische darstellt, deren Anforderungen sich an den jeweiligen insbesondere technischen Entwicklungen orientieren. Art. 7 Abs. 3 Satz 3 RL-E komplettiert die organisatorischen Pflichten dahingehend, dass die Überwachungspersonen Schutz vor Entlassung, Disziplinarmaßnahmen oder anderen Benachteiligungen im Zusammenhang mit der Aufhebung von automatisierten Entscheidungen oder Vorschlägen für Entscheidungen genießen.

3. Interventionsrechte

Art. 8 RL-E verleiht Plattformbeschäftigten darüber hinaus spezifische Rechte, um auf den Einsatz automatisierter Entscheidungssysteme zu reagieren. Die Rechte konkretisieren die Mindestrechte nach Art. 22 Abs. 3 DSGVO, lassen diese im Übrigen aber unberührt (ErwG 36 S. 3–4).

a) Recht auf Erklärung

Gem. Art. 8 Abs. 1 Satz 1 RL-E haben Plattformbeschäftigte das Recht, von der Plattform eine Erklärung für jede von einem automatisierten Entscheidungssystem getroffene oder unterstützte Entscheidung zu erhalten, die sich erheblich auf die Arbeitsbedingungen auswirkt.³³ Fraglich ist, in welchem Verhältnis dieses Erklärungsrecht zur Begründungspflicht nach Art. 6 Abs. 2 Buchst. b) iv) RL-E steht. Hervorzuheben ist zunächst, dass die Begründungspflicht anders als das Erklärungsrecht nur wenige Anwendungsfälle betrifft. In allen übrigen Fällen eröffnet erst Art. 8 Abs. 1 Satz 1 RL-E dem Plattformbeschäftigten Zugang zu den Gründen für eine Entscheidung, was sich ausweislich Art. 8 Abs. 1 Satz 2 RL-E hinter der geforderten »Erklärung« verbergen dürfte. Der entscheidende Unterschied ergibt sich aus dem Zeitpunkt der Begründungspflicht, die bereits vor Einsatz des Systems einsetzt (s.o.). Die Gründe nach Art. 6 Abs. 2 Buchst. b) iv) RL-E sind demnach *abstrakt* vor einer konkreten Entscheidung darzustellen. Demgegenüber setzt Art. 8 Abs. 1 Satz 1 RL-E das Bestehen einer Entscheidung voraus, ihre Gründe sind demnach *konkret* anzugeben.

Diese Überlegung findet Bestätigung im Vergleich der Begründungspflicht mit Art. 8 Abs. 1 Unterabs. 2 RL-E. Hiernach ist die Plattform – auf Verlangen des Plattformbeschäftigten³⁴ – in bestimmten Fällen verpflichtet, dem Plattformbeschäftigten eine schriftliche³⁵ Begründung für jede von einem automatisierten Entscheidungssystem getroffene oder unterstützte Entscheidung zu übermitteln. Diese Pflicht ist auf dieselben Fallgestaltungen wie Art. 6 Abs. 2 Buchst. b) iv)

RL-E beschränkt. Es bedürfte ihrer nicht, wenn schon Art. 6 Abs. 2 Buchst. b) iv) RL-E auf die konkreten Gründe einer Entscheidung gerichtet wäre.

Der RL-E sieht ferner vor, dass die Plattform den Plattformbeschäftigten Zugang zu einer von ihr benannten Kontaktperson zu gewähren hat, die die Fakten, Umstände und Gründe, die zu der Entscheidung geführt haben, »erörtern und klären« (»to discuss and to clarify«) kann (Art. 8 Abs. 1 Satz 2 RL-E). Die Plattform hat die Kontaktperson zusätzlich zu den Überwachungspersonen gem. Art. 7 Abs. 3 RL-E vorzuhalten. Die Kontaktperson kann, was sich hinsichtlich des erforderlichen Sachverständnisses anbietet, aber auch beide Funktionen bekleiden. Dies ergibt sich daraus, dass die Kontaktperson ebenfalls über die für die Ausübung der Erörterungs- und Klärungsfunktion erforderliche Kompetenz, Schulung und Befugnis verfügen muss (Art. 8 Abs. 1 Satz 3 RL-E).

b) Recht auf Überprüfung

Ist der Plattformbeschäftigte mit der Erklärung »nicht zufrieden« (Alt. 1) oder ist er der Auffassung, durch die Entscheidung in seinen Rechten verletzt zu sein (Alt. 2), kann er von der Plattform die Überprüfung der Entscheidung verlangen (Art. 8 Abs. 2 Satz 1 RL-E). Wie Alt. 1 zeigt, muss er sein Verlangen nicht näher begründen.³⁶ Damit weicht der RL-E von einer verbreiteten Lesart des Art. 22 Abs. 3 DSGVO ab, wonach ein menschliches Eingreifen nur in begründeten Fällen verlangt werden könne. Die Plattform hat das Ersuchen spätestens innerhalb einer Woche (bei Kleinst-, kleinen und mittleren Unternehmen: zwei Wochen) begründet zu beantworten (Art. 8 Abs. 2 Satz 2, Unterabs. 2 RL-E).

c) Pflicht zur Korrektur

Für den Fall, dass eine automatisierte Entscheidung gegen die Rechte von Plattformbeschäftigten verstößt, verpflichtet Art. 8 Abs. 3 Halbs. 1 RL-E die Plattform zur unverzüglichen Berichtigung. Diese Pflicht besteht unabhängig von einer Inanspruchnahme der Rechte aus Art. 8 RL-E. Besteht der Verstoß lediglich in einer Missachtung der Anforderungen des Art. 22 DSGVO, hat der Plattformbeschäftigte indes keinen Anspruch auf eine *andere* Entscheidung. Die Berichtigung kann vielmehr in einer inhaltsgleichen, menschlichen Entscheidung bestehen. Falls keine Berichtigung möglich ist, hat die Plattform eine angemessene Entschädigung anzubieten (Art. 8 Abs. 3 Halbs. 2 RL-E).

V. Ausblick

Der RL-E liegt gegenwärtig dem Rat vor. Es ist zu erwarten, dass gerade der spezifische Pflichtenkatalog eines algorithmischen Managements einer näheren Betrachtung unterzogen wird. Abzuwarten bleibt, ob die Gesetzgebungsorgane auch auf eine konsistente Einfügung des RL-E in das bestehende datenschutzrechtliche Regelungsumfeld hinwirken werden.

33 Abweichend von den Diskussionen um ein *right to explanation* unter der DSGVO (hierzu etwa *Kumkarl/Roth-Isigkeit* JZ 2020, 277, 280 ff.) soll das hiesige Recht auf Begründung schon bei der automatisierten Entscheidungsunterstützung gelten.

34 *Frankl/Heine* NZA 2022, 543, 545.

35 Krit. *Fuhrott*, ArbRAktuell 2022, 191, 193.

36 Vgl. Paal/Pauly/Martini, 3. Aufl. 2021, DSGVO Art. 22 Rn. 39a.