

Automatisierte Entscheidungen: Grundfragen aus der Perspektive des Privatrechts

Florent Thouvenin* | Alfred Früh**

Data protection law addresses the issue that more and more (complex) decisions are taken automatically. A closer look at the regulatory approaches of the General Data Protection Regulation (GDPR), the Council of Europe's Convention 108 and the draft Swiss Federal Act on Data Protection (draft FADP) leads to two conclusions.

On the one hand, the scope of application of these provisions is too narrow: Regulating automated decision-making in data protection law leads to excluding relevant phenomena from regulation because the respective decisions are not based on the processing of personal data. Moreover, even minimal human involvement leads to inapplicability of the provisions, thereby excluding cases in which the human involvement had no (or no relevant) impact on the decision. This calls for convincing alternative criteria in order to re-define the scope of application. While the search for such criteria has only just begun, we suggest to examine more closely whether the scope of application should be

restricted to correlation-based decisions and causal decisions ought to be excluded.

On the other hand, an assessment of the potential aims of a regulation of automated decision-making shows that there are no sufficient reasons for a prohibition of such decisions and that even the introduction of a specific right of the data subject not to be subject to such decisions can hardly be justified. Instead, approaches that merely establish certain rules for automated decision-making are preferable. These rules include (i) a duty to inform an individual about the automated decision-making at the moment he or she is confronted with such decision, (ii) a right of the individual to receive information about the logic of the decision-making to ensure that such decisions are comprehensible, and (iii) the possibility of presenting the individual's own point of view. Fortunately, the provision in the draft FADP meets these requirements almost without exception.

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Phänomen
 - 1. Anwendungen
 - 2. Technischer Hintergrund
 - 3. Problemstellung
- III. Regelungsziele
 - 1. Objektformel
 - 2. Qualität
 - 3. Transparenz
 - 4. Fairness
 - 5. Feedback
 - 6. Nachvollziehbarkeit
 - 7. Bewertung

IV. Heutige Regelungsansätze

- 1. Vorbemerkung
- 2. Regelungskonzepte
- 3. «Normative Teilchen»

V. Beurteilung

- 1. Anwendungsbereich
- 2. Konzeption und Ausgestaltung

I. Einleitung

Der technische Fortschritt ermöglicht, dass immer komplexere Entscheidungen nicht mehr nur von Menschen, sondern auch von Maschinen gefällt werden. Zentrale Treiber dieser Entwicklung sind die Fortschritte im Bereich der künstlichen Intelligenz (KI) bzw. *Artificial Intelligence (AI)*, insb. beim *Machine Learning*, und die ständig wachsende Datenmenge. Das Potential für Erkenntnis- und Effizienzgewinne ist riesig und es erstaunt deshalb nicht, dass private Unternehmen immer mehr Entscheidungen von Maschinen fällen oder zumindest vorbereiten lassen.

Die Delegation von Entscheidungen an Maschinen weckt allerdings bei vielen Betroffenen Ängste. Diese sind meist diffus und gehen oft einher mit einem grundsätzlichen Misstrauen gegenüber dem

* Prof. Dr. *Florent Thouvenin*, ausserordentlicher Professor für Informations- und Kommunikationsrecht, Vorsitzender des Leitungsausschusses des Center for Information Technology, Society, and Law (ITSL) und Direktor der Digital Society Initiative (DSI), Universität Zürich.

** Dr. *Alfred Früh*, Geschäftsführer ITSL und DSI-Fellow im Jahr 2019. Dieser Beitrag ist im Rahmen eines Forschungsprojekts des ITSL entstanden, das von der Hasler Stiftung finanziert worden ist. Die Autoren danken RA *Simon Henseler*, MLaw, für die Mithilfe bei der Recherche und bei der Verarbeitung von Literatur und Rechtsprechung.

technischen Fortschritt und mit der Angst vor dem Verlust der menschlichen Autonomie.¹ Bisweilen kulminieren sie gar im dystopischen Zerrbild der sog. «Singularität», also einem Zustand, in welchem eine sich selbständig weiter entwickelnde künstliche Intelligenz die menschliche Intelligenz bei weitem übertrifft.² Gewisse Anhänger solcher Ansätze erwarten, dass «die Menschen» bald von «den Maschinen» regiert oder gar ausgerottet werden.³ Bei einer realistischen Betrachtung ist nur, aber immerhin festzustellen, dass die Fortschritte im Bereich des *Machine Learning* in vielen, in sich geschlossenen Bereichen – etwa bei der Bilderkennung,⁴ bei Übersetzungen⁵

oder beim Brettspiel «Go»⁶ – zwar beeindruckend sind, dass aber kaum Anzeichen für das Entstehen einer sog. «Artificial General Intelligence» (auch «strong AI» oder «full AI») bestehen, also einer künstlichen Intelligenz, die jede gedankliche Aufgabe zu verstehen oder zu lernen vermag, die ein Mensch bewältigen kann.⁷

Auch bei nüchterner Betrachtung stellen sich allerdings fundamentale Fragen, wenn Entscheidungen, die Menschen betreffen, zunehmend von Maschinen gefällt werden. Im Zentrum stehen dabei die Qualität, Fairness, Transparenz und Nachvollziehbarkeit der von Maschinen gefällten Entscheidungen sowie die Frage nach der Haftung für falsche Entscheidungen. Diese Fragen werden in der (rechtswissenschaftlichen) Literatur seit einiger Zeit intensiv diskutiert⁸ – gesetzliche Regelungen gibt es aber bisher kaum. Eine wichtige Ausnahme bildet das Datenschutzrecht. Schon Ende der 1970er Jahre hat Frankreich eine Regelung erlassen, die automatisierte Entscheidungen grundsätzlich verbietet. Eine vergleichbare Regelung findet sich auch in der (inzwischen aufgehobenen) Datenschutz-Richtlinie der EU (RL 95/46),⁹ in der Datenschutzgrundverordnung

¹ Siehe dazu etwa: *Christoph Busch*, Algorithmic Accountability, ABIDA Gutachten, 2018, <<http://www.abida.de/sites/default/files/ABIDA%20Gutachten%20Algorithmic%20Accountability.pdf>>, 65; Expertengruppe zur Zukunft der Datenbearbeitung und Datensicherheit, Bericht, 17. August 2018, <<https://www.news.admin.ch/newsd/message/attach-ments/53591.pdf>>, 166 und 169; *Sebastian Schulz*, in: Gola (Hrsg.), Datenschutz-Grundverordnung, Kommentar, 2. Aufl., München 2018, Art. 22 DSGVO N 2.

² Siehe dazu etwa: *David J. Chalmers*, The Singularity, A Philosophical Analysis, J. Conscious. Stud. 2010, 7 ff.; *Ray Kurzweil*, The Singularity Is Near, When Humans Transcend Biology, New York 2005.

³ Siehe dazu etwa: *Nick Bostrom*, SuperIntelligence: Paths, Dangers, Strategies, Oxford 2014; *Thomas Metzinger*, Die mitfühlende Superintelligenz, die Böses schafft, NZZ, 2. Dezember 2017, <<https://www.nzz.ch/feuilleton/die-mit-fuehlende-superintelligenz-die-boeses-schafft-ld.1334142>>.

⁴ Neben dem medizinischen Bereich (siehe dazu hinten II.2) bestehen diverse Anwendungen der Bilderkennung, beispielsweise die Gesichtserkennung durch smarte Videoüberwachung (siehe dazu etwa: *Christian Djefall*, Künstliche Intelligenz in der öffentlichen Verwaltung, Berichte des NEGZ Nr. 3, 2018, <<https://www.hiig.de/wp-content/uploads/2019/03/NEGZ-Kurzstudie-3-KuenstlIntelligenz-20181113-digital.pdf>>, 11 f.).

⁵ Im Bereich der maschinellen Übersetzung ist zunächst auf die Übersetzungsplattform DeepL hinzuweisen (<<https://www.deepl.com/en/translator>>), die auf einem neuronalen Netz, einer besonderen Art des *Machine Learning* basiert. Erwähnenswert sind in diesem Zusammenhang ausserdem die Methoden der künstlichen Intelligenz, die ein Wörterbuch erarbeiten können, ohne über identische Texte in den beiden betreffenden Sprachen zu verfügen (siehe dazu: *Jackie Snow*, *Artificial Intelligence Can Translate Languages Without a Dictionary*; MIT Technology Review, 29. November 2017, <<https://www.technologyreview.com/f/609595/artificial-intelligence-can-translate-languages-without-a-dictionary/>>).

⁶ Das Computerprogramm «AlphaGo» schlug im März 2016 in einem Best-of-Five Match Lee Sedol, einen der weltbesten professionellen Go-Spieler, mit 4:1 (siehe dazu etwa: *Steven Borowiec*, AlphaGo seals 4-1 victory over Go grandmaster Lee Sedol, The Guardian, 5. März 2018, <https://www.fbe.hku.hk/f/page/75261/Reading%201_AlphaGo%20seals%204-1%20Victory%20over%20Go%20Grandmaster%20Lee%20Sedol.pdf>).

⁷ Siehe dazu etwa: *Cassio Pennachin/Ben Goertzel*, Contemporary Approaches to Artificial General Intelligence, in: Goertzel/Pennachin (Hrsg.), Artificial General Intelligence, Berlin/Heidelberg 2007, 1 ff.; *Kurzweil* (Fn. 2), 259 ff.

⁸ *Stephan Dreyer/Wolfgang Schulz*, Was bringt die Datenschutz-Grundverordnung für automatisierte Entscheidungssysteme?, Gütersloh 2018; *Lilian Edwards/Michael Veale*, Slave to the Algorithm?, Why A Right To An Explanation Is Probably Not The Remedy You Are Looking For, Duke L and Tech Rev 2017, 18 ff.; *Joshua A. Kroll et al.*, Accountable Algorithms, U. Pa. L. Rev. 2017, 633 ff.; *Florent Thouvenin et al.*, Towards Principled Regulation of Automated Decision-Making (ADM) – A Workshop Report, September 2019, <<https://www.itsl.uzh.ch/dam/jcr:edba006c-8452-4ffc-bbb0-fd8fde62d114/Workshop%20Report%20Lavin.pdf>>.

⁹ Richtlinie 95/46/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 24. Oktober 1995 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten und zum freien Datenverkehr, ABl 1995 L 281 vom 23. November 1995, 31 ff.

der EU (DSGVO)¹⁰ und in der Konvention 108 des Europarates zum Schutz des Menschen bei der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten (Konvention 108).¹¹ Im Zug der Revision des schweizerischen Datenschutzgesetzes (E-DSG) wird nun auch die Schweiz eine Bestimmung über automatisierte Entscheidungen erhalten.

Die Regelungen in der DSGVO, der Konvention 108 und im E-DSG, auf welche dieser Beitrag fokussiert, erfassen grundsätzlich alle automatisierten Entscheidungen, die auf der Bearbeitung von Personendaten beruhen und sich in relevanter Weise auf die Betroffenen auswirken.¹² Die Bestimmungen haben damit zwar einen weiten Anwendungsbereich, sie vermögen das Phänomen der automatisierten Entscheidungen aber weder umfassend noch adäquat zu normieren. Das liegt nicht zuletzt daran, dass der Kerngedanke der französischen Regelung von Ende der 1970er Jahre, automatisierte Entscheidungen (zumindest) im Grundsatz zu verbieten, weitgehend unreflektiert über die RL 95/46 bis in die DSGVO tradiert worden ist. Eine fundierte Analyse der mit solchen Entscheidungen verbundenen Risiken wurde soweit ersichtlich weder Mitte der 1990er Jahre beim Erlass der RL 95/46¹³ noch im Zuge der Erarbeitung der DSGVO vorgenommen.¹⁴ Ebendies wäre aber er-

forderlich gewesen, um die Grundlage für eine Regelung zu legen, die es erlaubt, den Nutzen automatisierter Entscheidungen für die betroffenen Personen, die Unternehmen, den Staat und die Gesellschaft zu maximieren und die mit solchen Entscheidungen verbundenen Nachteile zu minimieren.

Diese umfassende Analyse kann auch der vorliegende Beitrag nicht leisten. Er kann aber den Versuch unternehmen, auf der Grundlage einer knappen Skizzierung des Phänomens (II.) die möglichen Ziele einer Regelung automatisierter Entscheidungen zu evaluieren (III.) und die heutigen Regelungsansätze (IV.) auf ihre Tauglichkeit zur Erreichung dieser Ziele zu überprüfen (V.).

II. Phänomen

1. Anwendungen

Das mittlerweile omnipräsente Phänomen automatisierter Entscheidungen lässt sich am ehesten anhand einiger Anwendungsbeispiele veranschaulichen. Seit der Einführung von Lichtsignalanlagen und Ampelsystemen in den 1950er und 1960er Jahren wird praktisch überall in Europa der Strassenverkehr automatisch geregelt;¹⁵ wenig später folgten dann Automatisierungen im Steuer- und Sozialversicherungswesen und die automatisierte Rechnungstellung von Telefongebühren.¹⁶ Treiber dieser Entwicklungen waren vor allem Kosten- und Effizienzgründe.

¹⁰ Verordnung (EU) 2016/679 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl L 119 vom 4. Mai 2016, 1 ff.

¹¹ Übereinkommen vom 28. Januar 1981 zum Schutz des Menschen bei der automatisierten Verarbeitung personenbezogener Daten (SEV Nr. 108) in der durch Protokoll vom 10. Oktober 2018 (SEV Nr. 223) geänderten Fassung. Siehe dazu hinten IV.2.

¹² Die Regelung zu automatisierten Entscheidungen wurde auf Drängen Frankreichs in die RL 95/46 aufgenommen und folgt auch dem Vorbild des französischen Datenschutzrechts (siehe dazu: *Ulrich Wuermeling*, Umsetzung der Europäischen Datenschutzrichtlinie, DB 1996/13, 663 ff., 668; *Florent Thouvenin/Alfred Früh/Damian George*, Datenschutz und automatisierte Entscheidungen, Jusletter 26. November 2018, Rz. 19 ff.).

¹³ Dies dürfte auch damit zusammenhängen, dass sich der Anknüpfungspunkt der Regelung im Laufe ihrer Entstehungsgeschichte mehrfach änderte: Während der Kommissionsentwurf an «auf Profiling basierenden Massnahmen» anknüpfte, änderte das Parlament den betreffenden Artikel in ein Widerspruchsrecht gegen Profiling als solches. Erst durch den Rat erhielt die Regelung dann ihre Ausrichtung auf automatisierte Einzelentscheidungen

«zurück» (siehe dazu: *Mario Martini*, in: Paal/Pauly [Hrsg.], Beck'sche Kompakt-Kommentare, Datenschutz-Grundverordnung, Bundesdatenschutzgesetz, 2. Aufl., München 2018, Art. 22 DSGVO N 9 ff.).

¹⁵ Die Signale der Ampeln und Lichtsignalanlagen können als Anordnungen, d.h. Entscheidungen verstanden werden. Die Einführung dieser Systeme warf denn auch die juristische Frage auf, welcher rechtlichen Natur die Anordnungen solcher «Roboter-Stellwerke» seien (*Karl Zeidler*, Über die Technisierung der Verwaltung, Karlsruhe 1959, 16; der Begriff «Roboter-Stellwerk» findet sich bei *Hans Huber*, Das Recht im technischen Zeitalter: Rektoratsrede, Bern 1960, 12).

¹⁶ Zu Rechnungstellung und Steuerwesen: *Huber* (Fn. 15), 13; *Zeidler* (Fn. 15), 16 f.; zum Steuer- und Sozialversicherungswesen: *Ulrich Klug*, Elektronische Datenverarbeitungsanlagen im Recht, in: FS Jahrreiss zum 70. Geburtstag, Köln/Berlin 1964, 189 ff., 190; zu den Telefongebühren: *Spiros Simitis*, Automation in der Rechtsordnung – Möglichkeiten und Grenzen, Karlsruhe 1967, 13.

Sobald im Rahmen solcher Automatisierungsvorgänge auch Daten bearbeitet wurden, konnten – zusätzlich zu den Effizienzvorteilen – neue Erkenntnisse gewonnen und genutzt werden. Heute gehen Effizienz- und Erkenntnisgewinne meist Hand in Hand und ihre Kombination hat zu einem regelrechten Boom automatisierter Entscheidungen geführt, der sämtliche Lebensbereiche erfasst: Arbeitnehmer werden durch eine maschinelle Analyse von Bewerbungen vorselektiert,¹⁷ Entscheidungen über Kreditanträge werden automatisiert gefällt,¹⁸ Maschinen stellen medizinische Diagnosen durch die Analyse von Röntgenbildern, Computer-, oder Kernspintomographien¹⁹ und Versicherungsprämien²⁰ oder Preise für Konsumgüter²¹ werden automatisiert kalkuliert,

Grenzkontrollen erfolgen automatisch,²² Werbung wird personalisiert,²³ Inhalte auf Internetplattformen und E-Mail Spam werden automatisch gefiltert²⁴ und die Strafverfolgungsbehörden experimentieren mit *predictive policing* – einer auf Datenanalyse beruhenden Allokation polizeilicher Ressourcen.²⁵ Die Liste liesse sich beliebig erweitern – und sie wächst stetig. Entsprechend wichtig ist deshalb der Versuch der Sozialwissenschaften, den Überblick über diese Entwicklungen zu behalten, um die Auswirkungen automatisierter Entscheidungen auf die betroffenen Personen, den Staat und die Gesellschaft untersuchen zu können.²⁶

2. Technischer Hintergrund

Automatisierte Entscheidungen wurden zunächst ausschliesslich im Rahmen sog. Expertensysteme²⁷ gefällt, mit welchen innerhalb logisch strukturierter

¹⁷ Romy Daedelow, Wenn Algorithmen (unfair) über Menschen entscheiden ..., Jusletter 26. November 2018, Rz. 2; Joseph Walker, Meet the New Boss: Big Data, The Wall Street Journal, 20. September 2012, <<https://www.wsj.com/articles/SB10000872396390443890304578006252019616768>>; siehe dazu vertiefend den Beitrag in diesem Heft von Matthias Glatthaar, Robot Recruiting, Datenschutzrechtliche Aspekte einer Automatisierung von Rekrutierungsentscheidungen, SZW 1/2020, 43 ff.

¹⁸ Finnischer Datenschutz-Ombudsmann, Pressemitteilung vom 23. April 2019, <https://tietosuoja.fi/en/article/-/asset_publisher/tietosuoja/valtuutettu-maarasi-svea-ekonominkorjaamaan-kaytantojaan-henkilotietojen-kasittelyssa>; AlgorithmWatch, Atlas der Automatisierung, Automatisierte Entscheidungen und Teilhabe in Deutschland, Berlin 2019, <http://s100014241.ngcobalt360.manitu.net/atlas_algorithmwatch_org/wp-content/uploads/2019/07/Atlas_der_Automatisierung_von_Algorithm-Watch.pdf>, 24; siehe dazu auch den Beitrag in diesem Heft von Markus Winkler, Credit Scoring, AML Software & Risk Profiling: Automatisierte Entscheidungen im Rahmen von Finanzdienstleistungen, SZW 1/2020, 62 ff.

¹⁹ AlgorithmWatch (Fn. 18), 30 f.; Filippo Pesapane/Marina Codari/Francesco Sardanelli, Artificial intelligence in medical imaging: threat or opportunity?, Radiologists again at the forefront of innovation in medicine, Eur Radiol Exp 2018, 1 ff.

²⁰ AlgorithmWatch (Fn. 18), 31; Lee A. Bygrave, Minding the Machine: Article 15 of the EC Data Protection Directive and Automated Profiling, CLSR 2001, 17 ff., 18; siehe dazu auch den Beitrag in diesem Heft von Roland Mathys/Helen Reinhart, Bestimmung von Vertragskonditionen im Rahmen automatisierter Entscheidungen, SZW 1/2020, 35 ff.

²¹ AlgorithmWatch (Fn. 18), 23; Frederik Zuiderveen Borge-sius/Joost Poort, Online Price Discrimination and EU Data Privacy Law, J. Consum. Policy 2017, 347 ff., 361 f.; siehe dazu auch: Mathys/Reinhart (Fn. 20), 40.

²² AlgorithmWatch (Fn. 18), 37; siehe dazu auch: Konrad Lischka/Anita Klingel, Wenn Maschinen Menschen bewerten, Internationale Fallbeispiele für Prozesse algorithmischer Entscheidungsfindung, Arbeitspapier, Gütersloh 2017, 20 f.

²³ Artikel-29-Datenschutzgruppe, Leitlinien zu automatisierten Entscheidungen im Einzelfall einschliesslich Profiling für die Zwecke der Verordnung 2016/679, 6. Februar 2018, 24; Frederike Kaltheuner/Elettra Bietti, Data is Power: Towards additional guidance on profiling and automated decision-making in the GDPR, irp&p 2/2018, 1 ff., 6.

²⁴ AlgorithmWatch (Fn. 18), 34; Kaltheuner/Bietti (Fn. 23), 6; Center for Information Policy Leadership, Comments by the CIPL on the Article 29 Data Protection Working Party's «Guidelines on Automated Individual Decision-Making and Profiling» adopted on 3 October 2017, 1. Dezember 2017, <https://www.informationpolicycentre.com/uploads/5/7/1/0/57104281/cipl_comments_to_wp29_guidelines_on_automated_individual_decision-making_and_profiling.pdf>, 6.

²⁵ AlgorithmWatch (Fn. 18), 38; Lischka/Klingel (Fn. 22), 12 f. und 28 ff.; Kaltheuner/Bietti (Fn. 23), 5 ff.

²⁶ AlgorithmWatch (Fn. 18); AlgorithmWatch, Automating Society, Taking Stock of Automated Decision-Making in the EU, Berlin 2019, <https://algorithmwatch.org/wp-content/uploads/2019/02/Automating_Society_Report_2019.pdf>; Lorena Jaume-Palasi/Matthias Spielkamp, Ethics and algorithmic processes for decision making and decision support, AlgorithmWatch, Working Paper No. 2, Berlin 2017, <https://algorithmwatch.org/wp-content/uploads/2017/06/AlgorithmWatch_Working-Paper_No_2_Ethics_ADM.pdf>.

²⁷ Siehe dazu: Thouvenin/Früh/George (Fn. 13), Rz. 6; Zbigniew A. Styczynski/Krzysztof Rudion/André Naumann, Einführung und Grundbegriffe der Expertensysteme, in: Sty-

«wenn-dann»-Schemata für eine bestimmte Frage die passende Antwort gefunden werden konnte. Diese auf kausaler Deduktion beruhenden Modelle waren dem menschlichen Denken nachempfunden²⁸ – und damit der Art und Weise, wie Menschen ihre Entscheidungsprozesse gerne darstellen.²⁹ Aus verschiedenen Gründen, insb. weil sie die Komplexität der Lebenssachverhalte nicht ausreichend abbilden können, haben sich Expertensysteme allerdings nicht auf breiter Front durchsetzen können.

Ein Quantensprung beim Einsatz automatisierter Entscheidungssysteme erfolgte deswegen erst als die technischen Voraussetzungen, insb. die Rechenkapazitäten, vorhanden waren, um mit grossen Datensätzen komplexe statistische Modelle zu rechnen.³⁰ Für diesen Bereich der Datenanalyse hat sich der Begriff des maschinellen Lernens bzw. *Machine Learning* etabliert. Beim *Machine Learning* wird mit verschiedenen Methoden und Algorithmen ein Modell konstruiert, das möglichst gut auf den jeweiligen (möglichst grossen) Datensatz passt.³¹ Systeme, die auf *Machine Learning* beruhen, fällen Entscheidungen deswegen in der Regel nicht auf der Basis von Kausalitäten, sondern gestützt auf Korrelationen, also rein statistische Zusammenhänge.³² Die Datenanalyse einer Bank kann beispielsweise aufzeigen, dass Menschen, die in einer bestimmten Gegend wohnen, ihren Kredit mit signifikant höherer Wahrscheinlichkeit nicht zurückzahlen

als andere, weswegen die Bank zum Schluss kommen kann, diesen Menschen keinen Kredit zu gewähren.³³ Oder die Datenanalyse einer Versicherung kann nahelegen, dass gewisse Autolenker häufiger Autounfälle verursachen als andere, weswegen von diesen Lenkern höhere Versicherungsprämien verlangt werden.³⁴ Anders als in diesen zwei Beispielen sind Korrelationen allerdings bisweilen weder offensichtlich noch für den menschlichen Geist ohne weiteres nachvollziehbar.³⁵

Sich auf Korrelationen zu verlassen, ist aber oft einfacher, günstiger und effizienter, als Kausalbezüge zu ermitteln und zu automatisieren (wie dies in Expertensystemen gemacht wird) oder sich gar spezifisch mit jedem Einzelfall auseinanderzusetzen. Zugleich führt ein korrelationsbasiertes Vorgehen nicht zu mehr Fehlern als ein kausalitätsbasiertes System.³⁶

3. Problemstellung

In der Diskussion um die Regelung automatisierter Entscheidungen steht die Frage nach der Aufgabenteilung zwischen Mensch und Maschine im Zentrum, weil unter dem Begriff der Automatisierung die Übertragung von Aufgaben von Menschen auf Ma-

czynski/Rudion/Naumann (Hrsg.), Einführung in Expertensysteme, Berlin 2017, 1 ff., 11 ff.

²⁸ Zu diesem sog. Symbolismus oder Symbolverarbeitungsansatz: *Catrin Misselhorn*, Grundfragen der Maschineneethik, Ditzingen 2018, 21 ff.

²⁹ Selbstverständlich entscheiden auch Menschen irrational und impulsiv (siehe dazu etwa: *Christian Ernst*, Algorithmische Entscheidungsfindung und personenbezogene Daten, *JZ* 2017, 1026 ff., 1028 f.; *Amos Tversky/Daniel Kahneman*, The Framing of Decisions and the Psychology of Choice, *Science* 1981, 453 ff., *passim*).

³⁰ *John D. Kelleher/Brendan Tierney*, Data Science, Cambridge (MA) 2018, 30 f.; *Sebastian Höfer*, Algorithmen, maschinelles Lernen und die Genzen der KI, *Jusletter* 26. November 2018, Rz. 24. Dies ebnete dem sog. Konnektionismus den Weg, welcher den Symbolverarbeitungsansatz weitgehend abgelöst hat (siehe *Misselhorn* [Fn. 28], 22 f.).

³¹ *Ethem Alpaydin*, Machine Learning, Cambridge (MA) 2016, 58; *Kelleher/Tierney* (Fn. 30), 99 f.

³² *Ernst* (Fn. 29), 1028; *Thouvenin et al.* (Fn. 8), Ziff. 2.2; siehe dazu auch: *Mireille Hildebrandt/Bert-Jaap Koops*, The Challenges of Ambient Law and Legal Protection in the Profiling Era, *Mod. Law Rev.* 2010, 428 ff., 432.

³³ *Thouvenin et al.* (Fn. 8), Ziff. 2.2; siehe dazu auch: *Josh Lauer*, Creditworthy, A History of Consumer Surveillance and Financial Identity in America, New York 2017, 18 und 236.

³⁴ *Danielle Keats Citron/Frank Pasquale*, The Scored Society: Due Process for Automated Predictions, *Wash. L. Rev.* 1/2014, 4; *Stefanie Hånold*, Profiling and Automated Decision-Making: Legal Implications and Shortcomings, in: *Corrales/Fenwick/Forgó* (Hrsg.), Robotics, AI and the Future of Law, Singapore 2018, 123 ff., 127.

³⁵ Dies gilt insb. für das sog. Deep Learning, das *Machine Learning* mit neuronalen Netzen, welche über mehrere (z.T. verborgene) Schichten verfügen und so einen für den Menschen nicht mehr nachvollziehbaren Grad an Abstraktionsfähigkeit erreichen.

³⁶ Unter dem Aspekt der Genauigkeit schneiden selbstlernende Systeme im Vergleich zu Menschen beispielsweise bei der Erkennung von Verkehrszeichen (siehe dazu: *Ulrich Eberle*, Wo künstliche Intelligenz den Menschen schon übertrifft, *Zeit Online*, 11. Oktober 2016, <<https://www.zeit.de/digital/internet/2016-10/deep-learning-ki-besserals-menschen>>) oder der Diagnose von (Brust-)Krebs (siehe dazu: *Amy Thomson*, Google Shows AI Can Spot Breast Cancer Better Than Doctors, *Bloomberg*, 2. Januar 2020, <<https://www.bloomberg.com/news/articles/2020-01-02/google-shows-ai-can-spot-breast-cancer-better-than-doctors>>) besser ab.

schinen verstanden wird. Ängste weckt dabei vor allem, dass Maschinen über Menschen entscheiden.³⁷ Der Einsatz automatisierter Entscheidungssysteme ist allerdings nicht schon *per se* problematisch. Unternehmen und der Staat werden Entscheidungen in aller Regel nur Maschinen überlassen, wenn sie davon ausgehen können, dass die Entscheidungen der Maschinen nicht häufiger falsch sind als diejenigen von Menschen. Selbst wenn Entscheidungsprozesse allein aus Effizienzgründen automatisiert und dafür «schlechtere» Entscheidungen in Kauf genommen werden, besteht kein grundsätzlicher Unterschied gegenüber menschlichen Entscheidungen: Auch bei Menschen können zeitliche Restriktionen, das Fehlen von qualifiziertem Personal oder eine ungenügende Sorgfalt der Entscheidenden dazu führen, dass die Entscheidungen nicht optimal ausfallen.

Solange man sich nicht an dystopischen Zerrbildern orientiert, in denen «die Maschinen» «die Menschen» vollends verdrängen, bleiben Maschinen der menschlichen Kontrolle unterworfenen Werkzeuge. Ein kategorischer Unterschied zwischen menschlichen und maschinellen Entscheidungen, der einen grundsätzlich anderen regulatorischen Ansatz erfordern würde, ist damit nicht auszumachen. Vor diesem Hintergrund verliert auch eine weitere Vorstellung an Überzeugungskraft: Oft wird impliziert, es gebe eine Skala, die von rein menschlichen bis zu rein maschinellen Entscheidungen reiche und es gehe aus Sicht des Rechts darum, innerhalb dieser Skala an der richtigen Stelle eine Grenze zu ziehen.³⁸ Ob dies gelingen kann und überhaupt sinnvoll ist, wurde bisher allerdings nicht geklärt und erscheint äusserst fraglich.

Mit Blick auf den vorstehend behandelten technischen Hintergrund wäre es möglicherweise ziel-

führender, kausal begründete Entscheidungen von korrelationsbasierten Entscheidungen zu unterscheiden.³⁹ Immerhin hat das *Machine Learning* nicht nur zu einer quantitativen Zunahme automatisierter Entscheidungen geführt, sondern ermöglicht auch automatisierte Entscheidungen, die sich qualitativ von herkömmlichen kausalen Entscheidungen unterscheiden. Problematisch erscheint dies vor allem, wenn die verwendeten Korrelationen für Menschen nicht erkennbar und/oder ihre Relevanz nicht nachvollziehbar und die so gefällten Entscheidungen für die Betroffenen deshalb nur schwer zu akzeptieren sind.

Welche Probleme mit einer Regelung automatisierter Entscheidungen gelöst werden sollen, bleibt damit äusserst unscharf. Jedenfalls zeigt die kurze Problemanalyse weder einen evidenten Bedarf nach einer allgemeinen Regelung noch lässt sich aus ihrer ungefähren Ausgestaltung ableiten. In den Fokus rückt damit die Frage, welche Ziele eine Regelung automatisierter Entscheidungen überhaupt verfolgen soll.

III. Regelungsziele

Der Identifikation und Offenlegung von Regelungszielen kommt zentrale Bedeutung zu – bei der Ausgestaltung einer Regelung ebenso wie bei ihrer Anwendung: Zum einen kann nur mit Blick auf das Ziel der Regelung beurteilt werden, ob eine solche überhaupt erforderlich ist und wie sie gegebenenfalls ausgestaltet werden soll. Zum andern hat sich die Auslegung und Anwendung einer Regelung in erster Linie an deren Sinn und Zweck zu orientieren.

Die mit einer Regelung automatisierter Entscheidungen verfolgten Ziele sind bisher weitgehend ungeklärt und es ist bezeichnend, dass weder der europäische noch der schweizerische Gesetzgeber Rechenschaft über die Ziele ihrer jeweiligen Regelung abgelegt haben.⁴⁰ In der Literatur werden indes verschiedene mögliche Regelungsziele diskutiert.

³⁷ Siehe dazu: *Rolf H. Weber*, Dürfen Maschinen über Menschen entscheiden?, Eine rechtliche Auslegeordnung im Lichte neuer Technologien, Schweizer Monat Februar 2019, 72 ff., 73.

³⁸ Siehe dazu etwa: *Schulz* (Fn. 1), Art. 22 DSGVO N 12 ff.; *Kai von Lewinski*, in: Brink/Wolff (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar Datenschutzrecht, München 2019 (Stand: 1. Mai 2019), Art. 22 DSGVO N 23 ff.; Datenethikkommission der Bundesregierung, Gutachten, Berlin 2019, <https://www.bmi.bund.de/Shared-Docs/downloads/DE/publikationen/themen/it-digitalpolitik/gutachten-datenethikkommission.pdf?sessionid=512414135E78B8924DA B25BBE436B78A.2_cid373?__blob=pubpublicationF&v=6>, 160 ff.

³⁹ In diese Richtung *Thouvenin et al.* (Fn. 8), Ziff. 4.2.

⁴⁰ Die Erwägungsgründe 71 und 72 der DSGVO, die sich mit Art. 22 DSGVO befassen, geben im Wesentlichen bloss den Inhalt der Bestimmung wieder. Auch wenn sie Bedenken über potentielle Maschinenfehler und Diskriminierungen andeuten, nennen sie die eigentlichen Ziele der Regelung nicht (siehe dazu: *Ulrich Dammann*, Erfolge und Defizite der EU-Datenschutzgrundverordnung, Erwarteter Fort-

1. Objektformel

Bisweilen wird vertreten, automatisierte Entscheidungen müssten reguliert werden, um zu verhindern, dass Menschen zu Objekten von maschinellen Entscheidungen gemacht werden, weil dadurch die Menschenwürde und die menschliche Autonomie verletzt würden.⁴¹ Diese Ansicht verkennt zum einen, dass auf dem heutigen Stand der Technik auch maschinelle Entscheidungen nicht autonom von Maschinen gefällt werden, sondern menschlicher Planung bedürfen und von Menschen aufgestellten Regeln folgen. Vor allem aber liegt der für den Schutz der Menschenwürde wohl entscheidende Punkt darin, dass Menschen nicht wie Objekte behandelt werden dürfen – und zwar unabhängig davon, ob dies durch eine Maschine oder einen anderen Menschen geschieht. In ihrer Absolutheit vermag die Objektformel damit nicht als Regelungsziel für automatisierte Entscheidungen zu dienen.

2. Qualität

Die europäische und die schweizerische Regelung scheinen auf der Annahme zu beruhen, welche den europäischen Gesetzgeber Mitte der 1990er Jahre zu einer Regelung automatisierter Entscheidungen in der RL 95/46 motiviert hat: Seit den 1960er Jahren wurde automatisierten Entscheidungssystemen – vermutlich durchaus zu Recht – ein Mangel an Fähigkeit zur

Differenzierung unterstellt.⁴² Zugespitzt musste dies zur Erkenntnis führen, maschinelle Entscheidungen seien im Vergleich zu jenen der Menschen «schlechter». Entsprechend bestand aus Sicht des Gesetzgebers die Gefahr, dass menschliche Entscheidungsträger den von Maschinen gelieferten Ergebnissen fälschlicherweise einen scheinbar objektiven und unbestreitbaren Charakter und eine übermässige Bedeutung zumessen könnten.⁴³

Dies vermag heute nicht mehr zu überzeugen: Bei ausreichend grosser und guter Datenbasis kann sehr stark differenziert werden und automatisierte Entscheidungssysteme haben zumindest das Potenzial «objektiv» zu entscheiden. Die Fähigkeit zur Differenzierung beruht nicht zuletzt auf dem Umstand, dass Maschinen ungleich grössere Mengen an Daten verarbeiten und in Entscheidungen einfließen lassen können. Bei menschlichen Entscheidungen spielen demgegenüber nicht selten sachfremde Kriterien eine Rolle, welche die vom Entscheid betroffene Person nicht beeinflussen kann. Bestes Beispiel hierfür ist eine berühmt gewordene Untersuchung, die belegt, dass Haftrichter bei Hafturlaubsgesuchen vor der Mittagspause signifikant strenger urteilen als danach.⁴⁴ Der Begründungspflicht – egal ob sie rechtlich vorgeschrieben oder nur gesellschaftlich opportun ist – kann dann immer noch mit einer beliebigen Erklärung nachgekommen werden.

schrift, Schwächen und überraschende Innovationen, ZD 2016, 307 ff., 313). Auch den Materialien lässt sich kaum etwas über die Regelungsziele von Art. 22 DSGVO entnehmen (siehe dazu: *Lee A. Bygrave*, *Minding the Machine v2.0*, The EU General Data Protection Regulation and Automated Decision-Making, in: *Yeung/Lodge* (Hrsg.), *Algorithmic Regulation*, Oxford 2019, 248 ff., 252). Der schweizerische Gesetzgeber begnügt sich zur Begründung des Regelungsbedarfs mit einem Verweis auf die Regelungen in der Konvention 108 des Europarats, in der DSGVO und in der Richtlinie 2016/680 und führt lediglich aus, dass automatisierte Einzelentscheidungen zu regeln seien, «weil aufgrund der technologischen Entwicklung solche Entscheidungen immer häufiger auftreten werden» (Botschaft zum Bundesgesetz über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz, BBl 2017 6941, 7056).

⁴¹ Siehe dazu: *Thouvenin/Früh/George* (Fn. 13), Rz. 18; *Matthias Mahlmann*, Die Garantie der Menschenwürde in der Schweizerischen Bundesverfassung, *AJP* 2013, 1307 ff., 1311; *von Lewinski* (Fn. 38), Art. 22 DSGVO N 2; *Weber* (Fn. 37), 73.

⁴² *Huber* (Fn. 15), 13; *Thouvenin/Früh/George* (Fn. 13), Rz. 4.

⁴³ Siehe dazu: Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zum Schutz von Individuen im Hinblick auf die Verarbeitung personenbezogener Daten und den freien Datenverkehr vom 15. Oktober 1992, KOM(92) 422 endg., 26: «Die Gefahr einer missbräuchlichen Verwendung der Informatik bei der Entscheidungsfindung ist eine der Hauptgefahren der Zukunft: Das von der Maschine gelieferte Ergebnis, die immer höher entwickelte Software und Expertensysteme zugrunde legt, hat einen scheinbar objektiven und unstreitbaren Charakter, dem der menschliche Entscheidungsträger übermässige Bedeutung beimessen kann, wenn er seiner Verantwortung nicht nachkommt.»

⁴⁴ *Shai Danziger/Jonathan Levav/Liora Avnaim-Pesso*, Extraneous factors in judicial decisions, *Proceedings of the National Academy of Sciences (PNAS)* 2011, 6889 ff., *passim*; *Christopher Kuner et al.*, Editorial – Machine Learning with personal data: is data protection law smart enough to meet the challenge?, *IDPL* 2017, 1 ff., 1 f.

3. Transparenz

Als weiteres Ziel einer Regelung automatisierter Entscheidungen wird bisweilen das Schaffen von Transparenz genannt.⁴⁵ In der Tat bleibt Personen, die von automatisierten Entscheidungen betroffen sind, oft verborgen, dass und wie solche Entscheidungssysteme verwendet werden.⁴⁶ Allerdings ist einzuräumen, dass Entscheidungen von Menschen genauso intransparent sein können wie diejenigen von Maschinen.⁴⁷ Menschen haben Vorurteile und aus der psychologischen Forschung sind zahlreiche Effekte bekannt, die menschliche Entscheidungen beeinflussen.⁴⁸ Hinzu kommt, dass es bei automatisierten Entscheidungen zumindest theoretisch möglich ist, die Prozesse und relevanten Faktoren nachzuvollziehen, während die hinter menschlichen Entscheidungen stehenden Gründe oft verborgen bleiben und die angeführten Begründungen die effektiv relevanten Entscheidungsfaktoren – bewusst oder unbewusst – regelmässig nicht richtig wiedergeben. So gesehen mag man sich fragen, ob hinsichtlich der verlangten Transparenz nicht fälschlicherweise mit zwei Ellen gemessen wird. Ohnehin ist Transparenz nie Selbstzweck.⁴⁹ Sie kann

aber ein notwendiges Mittel zur Erreichung anderer Ziele sein, hier etwa zur Sicherstellung der Nachvollziehbarkeit von Entscheidungen.⁵⁰

4. Fairness

Eine Regelung automatisierter Entscheidungen könnte das Ziel verfolgen, Fairness herzustellen. So kann es unfair sein, wenn automatisierte Entscheidungssysteme auf Merkmale wie Rasse, Alter oder Geschlecht abstellen – oder auf andere Merkmale, die mit diesen korrelieren.⁵¹ Dies würde denn auch gegen das verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 f. BV verstossen und könnte Ansprüche aus dem Gleichstellungsgesetz oder dem allgemeinen Persönlichkeitsrecht nach sich ziehen.⁵²

Fasst man die Fairness etwas weiter, könnte es beispielsweise auch als unfair zu werten sein, bei der Prüfung der Kreditwürdigkeit auf den Wohnort abzustellen – und zwar auch dann, wenn zwischen Ausfallrisiko und Postleitzahl ein Zusammenhang besteht. Wie Fairness aber jenseits des rechtlich relativ gesicherten Bereichs der Diskriminierung definiert⁵³ oder gar rechtlich operationalisiert werden soll, ist noch weitgehend unklar.

5. Feedback

Eine Regelung automatisierter Entscheidungen könnte verlangen, dass entsprechende Entscheidungssysteme in der Lage sind, Feedback von den betroffenen Personen aufzunehmen. Ohne kontinuierliche Anpassung der Datenbasis und die Berücksichtigung

⁴⁵ *Eva Thelisson*, Toward Trust, Transparency, and Liability in AI/AS Systems, Proceedings of the Twenty-Sixth International Joint Conference on Artificial Intelligence 2017 (IJCAI-17), 5215 ff., 5215 f.

⁴⁶ *Thouvenin et al.* (Fn. 8), Ziff. 3.5 f.; *Kaltheuner/Bietti* (Fn. 23), 11; siehe dazu auch: Gesellschaft für Informatik, Technische und rechtliche Betrachtungen algorithmischer Entscheidungsverfahren, Studien und Gutachten im Auftrag des Sachverständigenrats für Verbraucherfragen, Berlin 2018, <http://www.svr-verbraucherfragen.de/wp-content/uploads/GI_Studie_Algorithmenregulierung.pdf>, 161; Datenethikkommission der Bundesregierung (Fn. 38), 169.

⁴⁷ *John Zerilli et al.*, Transparency in Algorithmic and Human Decision-Making: Is There a Double Standard?, *Philosophy and Technology* 2019, 661 ff., 675.

⁴⁸ *Amos Tversky/Daniel Kahneman*, Judgment under uncertainty: heuristics and biases, *Science* 1974, 1124 ff., *passim*; *Jean-Charles Pomerol/Frédéric Adam*, Understanding human decision making: a fundamental step towards effective intelligent decision support, in: *Philips-Wren/Ichalkaranje/Jain* (Hrsg.), *Intelligent decision making: an AI-based approach*, Berlin 2008, 3 ff., 25 ff.; *Zerilli et al.* (Fn. 47), 676.

⁴⁹ Siehe auch: OECD, Empfehlungen des Rats zu künstlicher Intelligenz, verabschiedet am 22. Mai 2019, Ziff. 1.3; Europäisches Parlament, Panel for the Future of Science and Technology, A governance framework for algorithmic accountability and transparency, Brüssel 2019, 5.

⁵⁰ Siehe sogl. III.6.

⁵¹ *Daedelow* (Fn. 17), Rz. 8 ff.; *Thouvenin et al.* (Fn. 8), Ziff. 3.8; *Sam Corbett-Davies/Sharad Goel*, The Measure and Mismeasure of Fairness: A Critical Review of Fair Machine Learning, 14. August 2018, <<https://arxiv.org/pdf/1808.00023.pdf>>, 5.

⁵² Diesen Anspruch in Bezug auf Merkmale der Rasse bejahend: *Tarkan Göksu*, Rassendiskriminierung beim Vertragsabschluss als Persönlichkeitsverletzung, Freiburg i.Ü. 2003, Rn. 2016; in der Tendenz verneinend: *Ruth Arnet*, Freiheit und Zwang beim Vertragsabschluss, Zürich 2008, Rn. 356. Siehe dazu auch: *Florent Thouvenin*, Privatversicherungen: Datenschutzrecht als Grenze der Individualisierung?, in: *Epiney/Sangsue* (Hrsg.), *Datenschutz und Gesundheitsrecht/Protection des données et droit de la santé*, Zürich 2019, 15 ff., 26.

⁵³ Siehe zu den Problemen: *Corbett-Davies/Goel* (Fn. 51), *passim*; *Kroll et al.* (Fn. 8), 685 ff.

von Spezial- und Ausnahmefällen würde in diesen Systemen nämlich der zum Zeitpunkt der Einführung bestehende *status quo* perpetuiert.⁵⁴ Und nur eine laufende Überprüfung und Anpassung der Systeme kann gewährleisten, dass die Qualität der automatisiert gefällten Entscheidungen auch über Zeit erhalten bleibt und nach Möglichkeit noch erhöht wird.

6. Nachvollziehbarkeit

Stützen sich automatisierte Entscheidungen auf *Machine Learning* und beruhen sie damit auf Korrelationen, fehlt es oft an der Nachvollziehbarkeit. Gerade dies ist für die betroffenen Personen aber ein zentraler Punkt, weil die meisten Menschen Entscheidungen nur akzeptieren, wenn diese für sie nachvollziehbar sind. Hinzu kommt, dass die Betroffenen nur dann mit rechtlichen Mitteln – bspw. durch Anfechtung einer Verfügung⁵⁵ oder mit einer Unterlassungsklage wegen Persönlichkeitsverletzung⁵⁶ – gegen Entscheidungen vorgehen können, wenn sie sich nachvollziehen und damit auch falsifizieren lassen.⁵⁷

7. Bewertung

Die kurze Analyse der möglichen Regelungsziele hat gezeigt, dass eine Regelung zunächst einmal Transparenz schaffen soll, damit die Personen überhaupt wissen, dass sie von einer automatisierten Entscheidung betroffen sind. Wichtig ist sodann, dass die Nachvollziehbarkeit automatisierter Entscheidungen gewährleistet ist. Darüber hinaus sollte sichergestellt

werden, dass die betroffenen Personen den Anwendern automatisierter Entscheidungssysteme laufend Feedback geben können, um eine stetige Verbesserung dieser Systeme zu ermöglichen.

IV. Heutige Regelungsansätze

1. Vorbemerkung

Die heutigen Ansätze zur Regelung automatisierter Entscheidungen weisen eine Reihe von Gemeinsamkeiten, aber auch massgebliche Unterschiede auf. Gemeinsam ist den Ansätzen des Europarates, der EU und der Schweiz, dass die Regelung im Datenschutzrecht verankert ist. Dies ist keineswegs zwingend, hat aber weitreichende Konsequenzen. Aus dem Regelungskontext und der Verwendung der Begriffe Datenverarbeitung (Konvention 108), Verarbeitung (DSGVO) und Bearbeitung (E-DSG) ergibt sich, dass die Regelung nur zur Anwendung kommt, wenn für die Entscheidungen Personendaten bearbeitet werden. Damit wird ein weites Spektrum automatisierter Entscheidungen von der Regelung ausgenommen, obwohl diese Entscheidungen für die Betroffenen vergleichbare Wirkungen haben können wie die erfassten Entscheidungen.⁵⁸ Weitgehende Übereinstimmung besteht auch bei den «normativen Teilchen» der Regelung, etwa beim Begriff der automatisierten Entscheidung, bei der Relevanz der Einwilligung und beim Recht auf Darlegung des eigenen Standpunktes. Grundlegende Unterschiede bestehen aber bei den Regelungskonzepten.

2. Regelungskonzepte

Die Konvention 108 und die DSGVO räumen den betroffenen Personen das Recht ein, nicht einer ausschliesslich auf einer automatisierten Datenverarbeitung beruhenden Entscheidung unterworfen zu werden (Art. 9 Abs. 1 Bst. a Konvention 108; Art. 22 Abs. 1 DSGVO).

In der DSGVO ist allerdings umstritten, ob die Regelung als Verbot automatisierter Einzelentscheidungen (mit weitreichenden Ausnahmen) oder als blosses Recht der Betroffenen zu verstehen ist.⁵⁹

⁵⁴ *Thouvenin et al.* (Fn. 8), Ziff. 3.10; Expertengruppe zur Zukunft der Datenbearbeitung und Datensicherheit (Fn. 1), 170; siehe dazu auch: Datenethikkommission der Bundesregierung (Fn. 38), 167.

⁵⁵ Siehe dazu den Beitrag in diesem Heft von *Nadja Braun Binder*, *Automatisierte Entscheidungen: Perspektive Datenschutzrecht und öffentliche Verwaltung*, SZW 1/2020, 27 ff.

⁵⁶ Eine Unterlassungsklage ist allenfalls wegen Diskriminierungen möglich, die als Persönlichkeitsverletzungen i.S.v. Art. 28 ZGB verstanden werden können (siehe dazu: *Florent Thouvenin*, *Datenschutz auf der Intensivstation*, *digma* 2019, 206 ff., 212; *Göksu* [Fn. 52], Rn. 2016; *Arnet* [Fn. 52], Rn. 356).

⁵⁷ *Mario Martini*, *Algorithmen als Herausforderung für die Rechtsordnung*, JZ 2017, 1017 ff., 1018; *Emre Bayamlioglu*, *Contesting Automated Decisions: A View of Transparency Implications*, EDPL 2018, 433 ff., 440. Siehe dazu auch: *Thouvenin et al.* (Fn. 8), Ziff. 4.7.

⁵⁸ Siehe dazu vorn I.

⁵⁹ Für ein Verbot: Artikel-29-Datenschutzgruppe (Fn. 23), 21 und 29 ff.; *Benedikt Buchner*, in: *Kühling/Buchner* (Hrsg.), *DS-GVO/BDSG Kommentar*, 2. Aufl., München

Für ein Verbot spricht zunächst die innere Systematik der Bestimmung, namentlich die Ausnahmebestimmung, nach welcher automatisierte Entscheidungen mit Einwilligung der betroffenen Personen zulässig sind (Art. 22 Abs. 2 Bst. c DSGVO), zumal eine solche Regelung wohl nur Sinn macht, wenn automatisierte Entscheidungen im Grundsatz verboten sind.

Für das Verständnis als Betroffenenrecht sprechen hingegen der Wortlaut der Bestimmung (insb. die Formulierung von Art. 22 Abs. 1 DSGVO) und die systematische Einordnung in Kapitel III der DSGVO, welches die Rechte der betroffenen Personen enthält.

Ebenfalls für das Vorliegen eines Betroffenenrechts spricht, dass die DSGVO eine spezifische Informationspflicht und ein inhaltlich identisches Auskunftsrecht vorsieht, wonach der Verantwortliche die betroffene Person über das Bestehen einer automatisierten Entscheidung und über die involvierte Logik sowie über die Tragweite und die angestrebten Aus-

wirkungen einer derartigen Verarbeitung informieren muss (Art. 13 Abs. 2 Bst. f und Art. 14 Abs. 2 Bst. g DSGVO sowie Art. 15 Abs. 1 Bst. h DSGVO). Die Informationspflicht und das Auskunftsrecht sind eigentlich nur sinnvoll, wenn die betroffene Person auf der Grundlage dieser Informationen entscheiden kann, ob sie ihr Betroffenenrecht ausüben will. Wären solche Entscheidungen grundsätzlich verboten, würden eine Informationspflicht und ein Auskunftsrecht nur für die Ausnahmen von diesem Verbot Sinn machen. So betrachtet, sprechen wohl überwiegende Gründe für die Qualifikation als Betroffenenrecht. Für die Zwecke dieses Beitrags kann das aber offen bleiben.

Die Überlegungen zur DSGVO lassen sich im Wesentlichen auch auf die Regelung in der Konvention 108 übertragen.⁶⁰ Auch hier wird die Frage im Rahmen der Betroffenenrechte geregelt (Art. 9 Abs. 1 Bst. a Konvention 108) und auch hier besteht eine Informationspflicht, die sich allerdings ganz allgemein auf die Mittel zur Ausübung der Betroffenenrechte bezieht (Art. 8 Abs. 1 Bst. e Konvention 108). Anders als in der DSGVO greift die konventionsrechtliche Regelung allerdings nur, wenn eine Entscheidung automatisiert gefällt wird, ohne dass die Auffassung der Betroffenen berücksichtigt wird. Im Ergebnis läuft die Vorgabe der Konvention 108 damit auf eine bloße Pflicht der Verantwortlichen hinaus, bei automatisierten Entscheidungen den Standpunkt der betroffenen Personen zu berücksichtigen.

Im Gegensatz zur Konvention 108 und zur DSGVO sieht der E-DSG eine bloße Informationspflicht vor, der Verantwortliche muss die betroffenen Personen also lediglich darüber informieren, dass er eine sie betreffende automatisierte Einzelentscheidung gefällt hat (Art. 19 Abs. 1 E-DSG). Automatisierte Einzelentscheidungen sind damit nach schweizerischem Recht auch dann zulässig, wenn dabei Personendaten bearbeitet werden und die betroffenen Personen haben kein Recht, nicht einer automatisierten Einzelentscheidung unterworfen zu werden.

2018, Art. 22 DSGVO N 12; *Lisa Deuster*, Automatisierte Entscheidungen nach der Datenschutz-Grundverordnung, *PinG* 2016, 75 ff., 77; *Maria-Urania Dovas*, Automatisierte Einzelentscheidungen, *digma* 2017, 98 ff., 100; *Dreyer/Schulz* (Fn. 8), 19; *Marcus Helfrich*, in: *Sydow* (Hrsg.), Europäische Datenschutzgrundverordnung, Handkommentar, 2. Aufl., Baden-Baden 2018, Art. 22 DSGVO N 40; *Kaltheuner/Bietti* (Fn. 23), 10 f.; *Martini* (Fn. 14), Art. 22 DSGVO N 1 und N 29; *Isak Mendoza/Lee A. Bygrave*, The Right Not to be Subject to Automated Decisions Based on Profiling, in: *Synodinou/Jougleux/Markou/Prastitou* (Hrsg.), EU Internet Law – Regulation and Enforcement, Cham 2017, 77 ff., 87; *Guido Noto la Diega*, Against the Dehumanisation of Decision-Making – Algorithmic Decisions at the Crossroads of Intellectual Property, Data Protection, and Freedom of Information, *JIPITEC* 1/2018, Rn. 47; *Schulz* (Fn. 1), Art. 22 DSGVO N 5; ebenso noch *Thouvenin/Früh/George* (Fn. 13), Rz. 23. Für ein Recht der Betroffenen: *Dag Wiese Schartum*, Personverordnungen og helt automatiserte avgjørelser innen forvaltningsretten, *Lov&Data* 2/2018, zitiert nach: *Bygrave* (Fn. 40), 252; *Wulf Kamlah*, in: *Plath* (Hrsg.), DSGVO/BDSG Kommentar, 3. Aufl., Köln 2018, Art. 22 DSGVO N 4; *Luca Tosoni*, The Right to Object to Automated Individual Decisions: Resolving the Ambiguity of Article 22(1) of the General Data Protection Regulation, *IDPL* 2019 (erscheint demnächst); *Anton Vedder/Laurens Naudts*, Accountability for the use of algorithms in a big data environment, *Int Rev Law Comput Tech* 2017, 206 ff., 213 f.; *Paul Voigt*, Teil 2. Datenschutzorganisation im Konzern, in: *von dem Bussche/Voigt* (Hrsg.), Konzerndatenschutz, *Rechtshandbuch*, München 2019, Kap. 6 Rn. 88; in der Tendenz für ein Recht der Betroffenen: *Bygrave* (Fn. 40), 252 f.

⁶⁰ Immerhin ist darauf hinzuweisen, dass die Frage nach der Qualifikation als Verbot oder Betroffenenrecht hier kaum relevant ist, weil die Bestimmungen in der Konvention 108 nicht direkt anwendbar sind, sondern im nationalen Recht umgesetzt werden müssen.

3. «Normative Teilchen»

3.1 Anwendungsbereich

Der Anwendungsbereich der Regelungen wird in der Konvention 108, in der DSGVO und im E-DSG durchwegs mit drei Kriterien definiert: dem Begriff der automatisierten Einzelentscheidung, dem qualifizierenden Merkmal, dass die Entscheidung ausschliesslich automatisiert erfolgt, und einem Kriterium, das sicherstellen soll, dass nur Entscheidungen von einer gewissen Relevanz erfasst werden.

Der Begriff der «automatisierten Einzelentscheidung», welcher den Anwendungsbereich im Wesentlichen definiert, ist zwar durchaus anschaulich und vermittelt ein intuitives Verständnis, welche Phänomene der Gesetzgeber erfassen wollte. Er hat aber keine klare Bedeutung und vermag den Anwendungsbereich der Regelungen deshalb nicht aus sich selbst heraus zu definieren. Dies gilt vor allem für den Begriff «automatisiert». Dieser wird im vorliegenden Kontext wohl dahingehend zu verstehen sein, dass die Einzelentscheidung nicht von einem Menschen, sondern von einer Maschine gefällt wird.⁶¹ Denkbar wäre aber auch, den Begriff der Automatisierung weiter zu verstehen und alle Vorgänge zu erfassen, bei denen ein Problem durch Anwendung eines Regelwerks gelöst wird; bei diesem Verständnis können automatisierte Entscheidungen ebenso gut von Menschen wie von Maschinen gefällt werden, bspw. von den Mitarbeitenden eines Unternehmens, die nach vorgegebenen Regeln entscheiden. Damit wird zugleich ein Kernproblem des heutigen Regelungsansatzes deutlich: Für die betroffenen Personen wird es nämlich in aller Regel keinen Unterschied machen, ob eine Entscheidung von einem Menschen oder einer Maschine nach vorgegebenen Regeln gefällt wird; entscheidend sind vielmehr der Gehalt dieser Regeln und die mit ihrer Anwendung verbundenen Folgen. Dies wirft erneut die ganz grundlegende Frage auf, ob eine kategorische Unterscheidung zwischen menschlichen und maschinellen Entscheidungen überhaupt sinnvoll ist.⁶²

Dem qualifizierenden Merkmal, nach welchem nur «ausschliesslich auf einer automatisierten Datenverarbeitung beruhende Entscheidung[en]»⁶³ erfasst werden, scheint man die Aussage entnehmen zu können, dass nur Entscheidungen normiert werden sollen, die nicht von Menschen gefällt werden. Diese Wendung vermag den Anwendungsbereich der Regelungen zwar einzuschränken und damit zu konkretisieren. Sie führt aber zurück zur zentralen Frage, ob auf einer Skala, die von rein menschlichen bis zu rein maschinellen Entscheidungen reicht, überhaupt eine sinnvolle und rechtlich relevante Grenze gezogen werden kann und wo diese allenfalls verlaufen soll.⁶⁴ Während klar erscheint, dass eine minimale Automatisierung kein ausreichendes Kriterium für die Anwendung einer Regelung wäre, erscheint es unmöglich, den (ungefähren) Grad der Automatisierung zu definieren, der den Regelungsbedarf begründet. Wenig sinnvoll ist jedenfalls der heutige Ansatz, wonach der Zugriff des Rechts schon bei einer minimalen menschlichen Mitwirkung entfällt. Denn die Probleme hinsichtlich Transparenz, Feedback und Nachvollziehbarkeit der Entscheidung⁶⁵ stellen sich auch, wenn Entscheidungen in wesentlichem Umfang von Maschinen vorbereitet und anschliessend von Menschen gefällt werden (sog. *decision support systems*). Vor diesem Hintergrund ist die Ankündigung des schweizerischen Gesetzgebers zu begrüßen, dass der Bundesrat allenfalls in einer Verordnung präzisieren wird, wann eine automatisierte Entscheidung vorliegt.⁶⁶

Sinnvoll und geradezu zwingend ist es, die Anwendung der Regelung auf Fälle zu beschränken, welche für die betroffenen Personen von Relevanz sind. Eine solche Einschränkung sehen die DSGVO, die Konvention 108 und der E-DSG vor, indem nur Entscheidungen erfasst werden, welche für die betroffenen Personen rechtliche Wirkung haben (Art. 22 Abs. 1 DSGVO; Art. 19 Abs. 1 E-DSG) oder sie (in ähnlicher Weise) erheblich beeinträchtigen (Art. 22 Abs. 1 DSGVO; Art. 9 Abs. 1 Bst. a Konvention 108; Art. 19 Abs. 1 E-DSG).

⁶¹ Kamlah (Fn. 59), Art. 22 DSGVO N 1a; Martini (Fn. 14), Art. 22 DSGVO N 19; von Lewinski (Fn. 38), Art. 22 DSGVO N 22.

⁶² Siehe bereits vorn II.3; Thouvenin/Früh/George (Fn. 13), Rz. 8; siehe dazu auch: Ernst (Fn. 29), 1027 f.; Zerilli et al. (Fn. 47), 675 ff.

⁶³ Art. 9 Abs. 1 Bst. a Konvention 108; ebenso: Art. 22 Abs. 1 DSGVO; Art. 19 Abs. 1 E-DSG.

⁶⁴ Siehe dazu bereits vorn II.3.

⁶⁵ Siehe dazu vorn III.3, III.5 und III.6.

⁶⁶ Botschaft DSG (Fn. 40), 7056.

3.2 Ausnahmen

Die Regelung automatisierter Entscheidungen in der DSGVO und im E-DSG sehen zwei im Wesentlichen gleichlautende Ausnahmen vor:⁶⁷ Das Verbot bzw. Betroffenenrecht der DSGVO und die Informationspflicht des E-DSG entfallen, wenn die betroffene Person ausdrücklich eingewilligt hat, dass die Entscheidung automatisiert gefällt wird (Art. 22 Abs. 2 Bst. c DSGVO; Art. 19 Abs. 3 Bst. b E-DSG). Dasselbe gilt, wenn die automatisierte Entscheidung in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Abschluss oder der Erfüllung eines Vertrages zwischen der betroffenen Person und dem Verantwortlichen steht (Art. 19 Abs. 3 Bst. a E-DSG) bzw. hierfür erforderlich ist (Art. 22 Abs. 2 Bst. a DSGVO).

Neben dieser Übereinstimmung bestehen allerdings auch gewisse Unterschiede: Im schweizerischen Recht greift die zweite Ausnahme nur, wenn der Verantwortliche dem Begehren der betroffenen Person stattgegeben hat (Art. 19 Abs. 3 Bst. a E-DSG). Und nach der DSGVO setzen beide Ausnahmen voraus, dass der Verantwortliche angemessene Massnahmen trifft, um die Rechte und Freiheiten sowie die berechtigten Interessen der betroffenen Person zu wahren; hierzu gehören mindestens das Recht auf Darlegung des eigenen Standpunkts, das Recht auf Erwirkung des Eingreifens einer Person seitens des Verantwortlichen und das Recht auf Anfechtung der Entscheidung (Art. 22 Abs. 3 DSGVO).

3.3 Informationspflicht

Die DSGVO und der E-DSG enthalten spezifische Informationspflichten. Diese sollen Transparenz schaffen, indem sie sicherstellen, dass die betroffenen Personen über das Vorliegen eines automatisierten Entscheids informiert werden. In der Konvention 108 sind zwar keine spezifischen Informationspflichten vorgesehen, die Pflicht zur Information über eine automa-

tisierte Entscheidung lässt sich aber wohl aus der allgemeinen Pflicht zur Information über die Betroffenenrechte ableiten.⁶⁸

Die Schweizer Regelung in Art. 19 Abs. 1 E-DSG lässt allerdings offen, zu welchem Zeitpunkt der Bearbeiter seine Informationspflicht erfüllen muss.⁶⁹ Dabei sind zwei Varianten denkbar: Naheliegender erscheint zunächst, von einer Informationspflicht *ex post* auszugehen. Weil die betroffenen Personen nach Schweizer Recht nicht verhindern können, einer automatisierten Entscheidung unterworfen zu sein, dient die Information primär dazu, sie in die Lage zu versetzen, den eigenen Standpunkt geltend zu machen und die automatisierte Entscheidung von einer natürlichen Person überprüfen zu lassen (Art. 19 Abs. 2 E-DSG). Eine *ex post*-Information ist hierfür ausreichend. Die Regelungsziele der Nachvollziehbarkeit und der Gewährleistung von Feedback werden damit ohne weiteres erreicht.

Aufgrund des Wortlauts und des Aufbaus der Norm etwas weniger überzeugend wäre es, Art. 19 Abs. 1 E-DSG als *ex ante*-Informationspflicht zu deuten. Auch für diese Auslegung gibt es aber gute Argumente. Neben der Sicherstellung der Nachvollziehbarkeit und der Gewährleistung von Feedback würde den betroffenen Personen bei einer Information *ex ante* nämlich auch ermöglicht, rechtzeitig auf einen anderen Anbieter auszuweichen, statt sich einer automatisierten Entscheidung zu unterwerfen. Diese Wahlmöglichkeit könnte den Betroffenen nicht nur Transaktionskosten (Geltendmachen des eigenen Standpunkts, Überprüfenlassen der Entscheidung durch eine natürliche Person und ev. deren Anfechtung) ersparen; sie hätte womöglich auch eine disziplinierende Wirkung auf die Anwender automatisierter Entscheidungssysteme und könnte letztlich gar das Vertrauen in solche Systeme stärken. Kein Vorbild ist allerdings die *ex ante*-Informationspflicht der DSGVO: Diese sieht nämlich vor, dass bereits zum Zeitpunkt der Erhebung der Daten über das Bestehen einer automatisierten Entscheidung, die involvierte Logik sowie die Tragweite und die angestrebten Auswirkungen informiert werden muss (Art. 13 Abs. 2 Bst. f und

⁶⁷ Die DSGVO enthält in Art. 22 Abs. 2 Bst. b überdies eine sog. Öffnungsklausel, wonach das Verbot bzw. Betroffenenrecht nicht gilt bzw. besteht, wenn die automatisierten Entscheidungen aufgrund von Rechtsvorschriften der EU oder eines Mitgliedstaates, dem der Verantwortliche unterliegt, zulässig sind und diese Rechtsvorschriften angemessene Massnahmen zur Wahrung der Rechte und Freiheiten sowie der berechtigten Interessen der betroffenen Personen enthalten (siehe dazu: Schulz [Fn. 1], Art. 22 DSGVO N 31 ff.; von Lewinski [Fn. 38], Art. 22 DSGVO N 44 f.).

⁶⁸ Siehe dazu vorn IV.2.

⁶⁹ Botschaft DSG (Fn. 40), 7058; siehe dazu auch: David Vassella, Profiling nach der DSGVO und dem E-DSG bei Banken, in: Susan Emmenegger (Hrsg.), Banken und Datenschutz, Basel 2019, 189 ff., 204 f.

Art. 14 Abs. 2 Bst. g DSGVO).⁷⁰ Das überzeugt nicht, weil die Datenerhebung und die auf diesen Daten beruhende automatisierte Entscheidung zeitlich weit auseinanderfallen können. Die Information wird so für die betroffene Person praktisch wertlos.⁷¹ Besser wäre es, im Zusammenhang mit der konkreten automatisierten Entscheidung und möglichst kurz vor dem Entscheid zu informieren, idealerweise im Zeitpunkt, in dem die betroffene Person zu einer Willensäußerung oder Handlung aufgefordert wird, die rechtliche Wirkung haben oder sie erheblich beeinträchtigen könnte.⁷²

3.4 Rechte der Betroffenen

Die DSGVO und das schweizerische Recht sehen im Wesentlichen drei Rechte der betroffenen Personen vor. Aus der unterschiedlichen Konzeption der Regelungen ergeben sich aber, dass die DSGVO diese Rechte nur gewährt, wenn eine Ausnahme vom Verbot bzw. Betroffenenrecht greift, während sie im schweizerischen Recht als Grundsatz bestehen, beim Vorliegen einer Ausnahme aber entfallen.⁷³

Zentral ist zunächst das *Recht der betroffenen Personen, ihren eigenen Standpunkt darzulegen* (Art. 22 Abs. 3 DSGVO; Art. 19 Abs. 2 E-DSG). Dieses Recht, das auch als Recht auf menschliches Gehör bezeichnet

net wird,⁷⁴ ist der Sache nach auch in der Konvention 108 vorgesehen.⁷⁵

Als zweites können die Betroffenen verlangen, dass die *Entscheidung von einer natürlichen Person überprüft wird*. Während das im schweizerischen Recht ganz direkt zum Ausdruck kommt (Art. 19 Abs. 2 E-DSG), ergibt sich dies in der DSGVO aus der Kombination der dort vorgesehenen Rechte «auf Erwirkung des Eingreifens einer Person seitens des Verantwortlichen» und «auf Anfechtung der Entscheidung» (Art. 22 Abs. 3 DSGVO). Das Recht auf Anfechtung soll nämlich nach überwiegender Lehre nicht wie bei der vertragsrechtlichen Irrtumsanfechtung oder gar im Sinn einer gerichtlichen Anfechtung zu verstehen sein; vielmehr soll damit zum Ausdruck kommen, dass die Betroffenen verlangen können, dass der Verantwortliche die automatisierte Entscheidung noch einmal von einem Menschen überprüfen lässt.⁷⁶

Neben diesen Anforderungen, die sich unmittelbar aus der Regelung der automatisierten Entscheidungen ergeben, können die betroffenen Personen nach der DSGVO und dem schweizerischen Recht mit dem Auskunftsrecht verlangen, dass sie vom Verantwortlichen *Informationen über das Vorliegen einer automatisierten Entscheidung und über die Logik erhalten, auf der die Entscheidung beruht* (Art. 15 Abs. 1 Bst. h DSGVO; Art. 23 Abs. 2 Bst. f E-DSG). Nach der DSGVO muss der Verantwortliche die Betroffenen zudem über die Tragweite und die angestrebten Auswirkungen einer derartigen Verarbeitung von Personendaten informieren (Art. 15 Abs. 1 Bst. h DSGVO). Zu diesem Auskunftsrecht tritt in der DSGVO eine

⁷⁰ Siehe dazu vorn IV.2.

⁷¹ Zudem ist denkbar, dass der Bearbeiter zum Zeitpunkt der Datenerhebung noch gar kein System einsetzt, das automatisierte Entscheidungen fällt. Entsprechend könnte er die Informationspflicht gar nicht erfüllen und müsste, um dieser zu genügen, die Daten neu erheben.

⁷² Bei einer Stellenbewerbung müsste der Hinweis auf den Einsatz eines automatisierten Entscheidungssystems zur Selektion der Bewerberinnen und Bewerber wohl bereits in der Stellenausschreibung enthalten sein. Bei automatisierten Entscheidungen über Kreditanträge müsste die Information vor dem Stellen des Antrags durch den Kreditnehmer erfolgen, bspw. durch einen spezifischen Hinweis im Antragsprozess. Bei der automatisierten Festlegung von Preisen wären die Kunden unmittelbar vor dem Anzeigen der Preise zu informieren; in diesem Fall ist allerdings fraglich, ob Art. 19 Abs. 1 E-DSG überhaupt anwendbar ist, weil personalisierte Preise für die betroffenen Personen nicht mit einer Rechtsfolge verbunden sind und sie (zumindest wenn die Preise nicht prohibitiv hoch sind) auch nicht erheblich beeinträchtigen.

⁷³ Siehe dazu gerade vorstehend IV.3.2.

⁷⁴ *David Rosenthal*, Der Entwurf für ein neues Datenschutzgesetz, Jusletter 27. November 2017, Rz. 100; *Cornelia Stengel/Roman Aus der Au*, Blockchain: Eine Technologie für effektiven Datenschutz?, sic! 2018, 439 ff., 448; *Thouvenin/Früh/George* (Fn. 13), Rz. 27.

⁷⁵ Siehe dazu vorn IV.2.

⁷⁶ *Martini* (Fn. 14), Art. 22 DSGVO N 39c; *Buchner* (Fn. 59), Art. 22 DSGVO N 31; *Philip Scholz*, in: Simitis et al. (Hrsg.), Datenschutzrecht, DSGVO mit BDSG, Grosskommentar, Baden-Baden 2019, Art. 22 DSGVO N 61. Dieses Recht auf Anfechtung weist gewisse Ähnlichkeiten mit der aus dem Verwaltungsrecht bekannten (bspw. steuer- oder sozialversicherungsrechtlichen) Einsprache mit Rechtsmittel-funktion auf (siehe dazu im Zusammenhang mit dem deutschen Recht: *von Lewinski* [Fn. 38], Art. 22 DSGVO N 51).

gleichlautende Informationspflicht hinzu (Art. 13 Abs. 2 Bst. f und Art. 14 Abs. 2 Bst. g DSGVO).⁷⁷

V. Beurteilung

Beurteilt man die heutigen Ansätze zur Regelung automatisierter Entscheidungen mit Blick auf das Phänomen⁷⁸ und die Ziele einer Regelung,⁷⁹ muss zwischen dem Anwendungsbereich einerseits und der Konzeption und Ausgestaltung der Regelungen andererseits unterschieden werden.

1. Anwendungsbereich

In Bezug auf den Anwendungsbereich vermögen die heutigen Regelungsansätze nicht zu überzeugen: Die Einbindung ins Datenschutzrecht führt dazu, dass die Regeln für automatisierte Entscheidungen nur greifen, wenn die Entscheidungen auf der Bearbeitung von Personendaten beruhen. Das ist zwar regelmässig der Fall. Es gibt aber auch relevante Phänomene, die damit vom Zugriff der Regelung ausgeschlossen werden, obwohl sie ebenfalls weitreichende Konsequenzen für die Betroffenen haben können.⁸⁰

Eine besonders problematische Beschränkung ergibt sich daraus, dass nur «ausschliesslich automatisierte» Entscheidungen erfasst werden. Damit führt schon eine minimale menschliche Mitwirkung aus dem Anwendungsbereich hinaus – und zwar auch dann, wenn alle relevanten Aspekte einer Entscheidung von einer Maschine und nicht von einem Menschen gefällt werden.⁸¹ Die Probleme, welche sich bei automatisierten Entscheidungen ergeben können, werden so weder umfassend adressiert noch sinnvoll eingegrenzt.

Die Suche nach überzeugenden Kriterien für die Definition des Anwendungsbereichs steht allerdings noch ganz am Anfang. Ein möglicher Ansatz könnte darin bestehen, ganz grundsätzlich zwischen korrelations- und kausalitätsbasierten Entscheidungen zu differenzieren.

2. Konzeption und Ausgestaltung

Bei der Konzeption und Ausgestaltung der Regelung zeigt sich, dass *keine hinreichenden Gründe für ein Verbot* automatisierter Entscheidungen bestehen. Ein solches liesse sich – gerade mit Blick auf die möglichen Ziele der Regelung – nur rechtfertigen, wenn die Qualität automatisierter Entscheidungen grundsätzlich schlechter wäre als diejenige menschlicher Entscheidungen oder wenn das Risiko unfairer Entscheidungen ungleich höher wäre. Beides ist aber nicht der Fall.⁸² Diesem Umstand kann (ansatzweise) Rechnung getragen werden, wenn die Regelung in der DSGVO nicht als Verbot, sondern (nur) als Betroffenenrecht verstanden wird, zumal kaum damit zu rechnen ist, dass viele betroffene Personen von diesem Recht Gebrauch machen werden. Verwirft man aber, wie hier⁸³, den Gedanken, dass Menschen grundsätzlich nicht Gegenstand der Entscheidungen von Maschinen sein sollten (Objektformel), so sind auch keine überzeugenden Gründe für die Einführung eines Betroffenenrechts ersichtlich.

Sinnvoll sind hingegen der Ansatz der Konvention 108 und des schweizerischen E-DSG, die lediglich gewisse Rahmenbedingungen für automatisierte Entscheidungen festlegen. Die Regelung im E-DSG hält dabei die Vorgaben der Konvention 108 nicht nur ein, sondern geht über diese hinaus, zumal die Konvention, wie gezeigt, im Ergebnis nur eine Pflicht der Anwender zur Berücksichtigung des Standpunktes der betroffenen Personen enthält.⁸⁴ Dies ist sinnvoll, aber nicht ausreichend. Denn entscheidend ist zunächst, dass die betroffenen Personen überhaupt wissen können, dass ein Entscheid automatisiert erfolgt. Entsprechend wichtig ist die in Art. 19 Abs. 1 E-DSG enthaltene spezifische *Informationspflicht*. Allerdings lässt die Regelung offen, ob der Bearbeiter seine Informationspflicht vor (*ex ante*) oder nach der Entscheidung (*ex post*) erfüllen muss.⁸⁵ Eine Klärung dieser Frage durch den Gesetzgeber möglichst noch im laufenden Revisionsprozess wäre an sich wünschenswert.

Sodann ist zu gewährleisten, dass die Betroffenen die Entscheidungen nachvollziehen, also verstehen können, wie sie zustande gekommen sind. Diese

⁷⁷ Siehe dazu schon vorn, IV.3.3.

⁷⁸ Siehe dazu vorn II.

⁷⁹ Siehe dazu vorn III.

⁸⁰ Siehe dazu vorn IV.2.

⁸¹ Siehe dazu vorn IV.3.1.

⁸² Siehe dazu vorn III.2 und III.4.

⁸³ Siehe dazu vorn III.1.

⁸⁴ Siehe dazu vorn IV.2.

⁸⁵ Siehe dazu vorn IV.3.3.

Nachvollziehbarkeit wird in der DSGVO und im E-DSG durch das Auskunftsrecht (Art. 15 DSGVO und Art. 23 Abs. 2 Bst. f E-DSG) sichergestellt.⁸⁶ Im Interesse von Anwendern und Betroffenen ist es sodann, dass Letztere ihren eigenen Standpunkt darlegen und den Anwendern damit Feedback zum Entscheid geben können. Auch dies ist in der Regelung der DSGVO und des E-DSG durch das Recht auf Darlegung des eigenen Standpunktes sichergestellt.⁸⁷

Nicht erforderlich erscheint hingegen die Gewährleistung eines *Rechts der Betroffenen auf Überprüfung automatisierter Entscheidungen durch eine natürliche Person*.⁸⁸ Dieser Ansatz spiegelt die hier verworfene Ansicht, dass Menschen grundsätzlich nicht Gegenstand der Entscheidungen von Maschinen sein sollten⁸⁹ und basiert auf der verfehlten An-

nahme, dass menschliche Entscheidungen denjenigen von Maschinen überlegen sind.⁹⁰ Auf dieses «normative Teilchen» könnte ohne weiteres verzichtet werden. Sinnvoll erscheint es allenfalls aus einer rechtspolitischen Perspektive. Denn möglicherweise kann dieses Recht einen Beitrag leisten, um der (noch immer) weit verbreiteten Skepsis gegenüber automatisierten Entscheidungen mit dem Hinweis zu begegnen, dass im «Ernstfall» ja doch immer noch ein Mensch entscheiden müsse.

⁸⁶ Siehe dazu vorn IV.3.3.

⁸⁷ Siehe dazu vorn IV.3.3.

⁸⁸ Siehe dazu vorn IV.3.3.

⁸⁹ Siehe dazu vorn III.1.

⁹⁰ Siehe dazu vorn IV.3.1.