

# Inhaltsübersicht

Inhaltsverzeichnis	9
Abkürzungsverzeichnis	27
A. Anlass und Ziel der Untersuchung	35
B. Algorithmen im Einstellungsverfahren – Terminologie und Rahmenbedingungen	41
C. Algorithmen im Einstellungsverfahren – Datenschutzrecht	99
D. Algorithmen im Einstellungsverfahren – AGG	459
E. Algorithmen im Einstellungsverfahren – KI-VO	667
F. Schlussbetrachtungen	689
Literaturverzeichnis	719

# Inhaltsverzeichnis

Abkürzungsverzeichnis	27
A. Anlass und Ziel der Untersuchung	35
B. Algorithmen im Einstellungsverfahren – Terminologie und Rahmenbedingungen	41
I. Algorithmus	41
II. Big Data	44
III. People Analytics	46
IV. Künstliche Intelligenz	48
1. Maschinelles Lernen	50
a. Überwachtes Lernen	52
b. Unüberwachtes Lernen	53
c. Bestärkendes Lernen	54
d. Künstliche neuronale Netzwerke	55
2. Unterscheidung „schwache KI“ und „starke KI“	56
a. „Schwache KI“	56
b. „Starke KI“	57
3. Zwischenfazit	58
V. Neue rechtswissenschaftliche Definitionsversuche für „Künstliche Intelligenz“ im Rechtsraum der Europäischen Union	58
1. Mitteilung „Künstliche Intelligenz für Europa“	59
2. Weiterentwicklung durch die „Hochrangige Expertengruppe der Europäischen Union für Künstliche Intelligenz“	59
3. Gesetzgebungsverfahren zur KI-VO	60
a. Entwurf der Kommission für eine KI-VO	61
b. Endfassung der KI-VO	63
VI. Der Einstellungsprozess im Zeitalter der Digitalisierung	64
1. Personalsuche 4.0	66

## *Inhaltsverzeichnis*

2. Einführung in die klassische Eignungsdiagnostik im Einstellungsverfahren	67
a. Biografieorientierter Verfahrenstyp	67
b. Simulationsorientierter Verfahrenstyp	68
c. Eigenschaftsorientierte Diagnose	68
3. Robot-Recruiting	69
a. Formen des Robot-Recruiting	70
aa. Das Anforderungsprofil	71
bb. Die aktive Kandidatensuche und Stellenausschreibung	72
(1) Die aktive Kandidatensuche	72
(2) Die Stellenausschreibung	75
(a) Die Formulierungen des Textes	75
(b) Die Veröffentlichung	75
cc. Die Auswertung der Bewerbungsunterlagen	76
(1) „CV-Parsing“	77
(2) „Screening“	78
dd. Der „direkte“ Kontakt mit Bewerbern	82
ee. Die Auswahlentscheidungen	86
(1) „Scoring“ und anschließendes „Ranking“	87
(2) „Matching“	88
b. Praxisbeispiel: Bewerbermanagementsystem des Freistaats Sachsen im Bereich der Staatsverwaltung	90
VII. Robot-Recruiting und KI-VO	90
1. Anwendbarkeit der Vorschriften der KI-VO, Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Nr. 1 KI-VO	91
2. Anwendungen des Robot-Recruiting als „Hochrisiko-KI-Systeme“	92
a. Sektorspezifische Kategorisierung, Art. 6 Abs. 2 KI-VO	92
b. Kein „erhebliches“ Risiko, Art. 6 Abs. 3 KI-VO	93
3. Arbeitgeber als Adressaten der Anforderungen der KI-VO	95
VIII. Zwischenfazit	96

C. Algorithmen im Einstellungsverfahren – Datenschutzrecht	99
I. Allgemeine Anforderungen der DSGVO	99
1. Sachlicher und räumlicher Anwendungsbereich der DSGVO	100
a. Sachlicher Anwendungsbereich, Art. 2 DSGVO	100
aa. Personenbezug	100
(1) Identifiziertheit	100
(2) Identifizierbarkeit	101
(3) Nichtanwendbarkeit der DSGVO	103
bb. Verarbeitung	108
cc. Zwischenfazit	110
b. Räumlicher Anwendungsbereich	110
aa. Niederlassungsprinzip	110
bb. Markttorprinzip	112
cc. Auftragsverarbeiter	112
dd. Zwischenfazit	113
2. Grundsätze des Datenschutzrechts	114
a. Transparenz, Art. 5 Abs. 1 lit. a Var. 3 DSGVO	115
b. Zweckbindung, Art. 5 Abs. 1 lit. b DSGVO	118
c. Datenminimierung, Art. 5 Abs. 1 lit. c DSGVO	122
d. Integrität und Vertraulichkeit, Art. 5 Abs. 1 lit. f DSGVO	124
e. Zwischenfazit	125
3. Erlaubnstatbestand – Art. 6 DSGVO	126
a. Einwilligung, Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a DSGVO	127
aa. Unmissverständlichkeit	128
bb. Informiertheit	129
cc. Freiwilligkeit	130
dd. Zwischenfazit	134
b. Erfüllung eines Vertrags oder Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen, Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b DSGVO	136
aa. Enge Auslegung des Tatbestandsmerkmals der „Erforderlichkeit“	136
bb. Verhältnis zu § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG	139
(1) Europarechtswidrigkeit von § 26 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BDSG	140

## *Inhaltsverzeichnis*

(2) Ausschließliche Prüfung der Rechtmäßigkeit im algorithmenbasierten Einstellungsverfahren anhand von Art. 6 DSGVO	147
c. Wahrung berechtigter Interessen des Verantwortlichen, Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DSGVO	148
aa. Berechtigtes Interesse	150
bb. Erforderlichkeit	151
cc. Interessenabwägung	153
dd. Beweislast	154
ee. Widerspruchsrecht	156
ff. Konkrete Beispiele aus dem algorithmenbasierten Einstellungsverfahren	156
(1) Active sourcing	156
(a) Erforderlichkeit für ein berechtigtes Arbeitgeberinteresse	158
(b) Interessenabwägung im Einzelfall	159
(2) CV-Parsing	165
(3) Pre-employment-Screening	166
(a) Geheimhaltungsinteresse vs. Datenverarbeitungsinteresse	166
(b) Daten aus sozialen Netzwerken	170
(4) Sprach- und Videoanalyse	173
(5) Gamification	177
(6) People Analytics	178
(a) Bestandsarbeitnehmer	179
(aa) Datenerhebung	180
(bb) Zweckkompatibilität, Art. 6 Abs. 4 DSGVO	182
(b) Bewerber	186
(7) Talentpool	189
4. Zwischenfazit	190
II. Pflichten des Verantwortlichen	192
1. Automatisierte Entscheidungen im Einzelfall einschließlich Profiling, Art. 22 DSGVO	192
a. Automatisierte Einzelfallentscheidung	195
aa. Kein Mindestmaß an Komplexität der Datenverarbeitung	197

bb. Das Scoring von Bewerbern als automatisierte Entscheidung	199
(1) Vorlageverfahren zum EuGH	200
(2) Erkenntnisse für die Verwendung von Algorithmen im Bewerbungsverfahren	202
cc. Automatisierte Entscheidungen im Beschäftigungskontext in jüngeren europäischen Gesetzgebungsverfahren	206
(1) Gesetzgebungsverfahren zur KI-VO	207
(2) Gesetzgebungsverfahren zur Plattformarbeitsrichtlinie	208
b. Rechtliche Wirkung oder ähnlich erhebliche Beeinträchtigung	210
c. Die Ausnahmetatbestände, Art. 22 Abs. 2 DSGVO	213
aa. Für Abschluss des Vertrags erforderlich, Art. 22 Abs. 2 lit. a DSGVO	213
bb. Einwilligung, Art. 22 Abs. 2 lit. c DSGVO	217
cc. Rechtsvorschriften der Union oder der Mitgliedstaaten, Art. 22 Abs. 2 lit. b DSGVO	219
(1) Unionsrechtswidrigkeit des § 31 BDSG	219
(2) Neuregelung zum Scoring in § 37a BDSG	223
d. Mindestgarantien, Art. 22 Abs. 3 DSGVO	226
aa. Einheitsrecht statt Einzelrechte	227
bb. Recht auf Einzelfallerläuterung	228
e. Besondere Merkmale, Art. 22 Abs. 4 DSGVO	232
f. Zwischenfazit	233
2. Die Informationspflichten nach Art. 13, 14 DSGVO	234
a. Allgemeine Angaben zur Datenerhebung	235
b. Informationen zur Dauer der Datenspeicherung, Art. 13 Abs. 2 lit. a, Art. 14 Abs. 2 lit. a DSGVO	236
aa. Bewerbung auf konkrete Stelle	237
bb. Längere Speicherdauer bei Talentpools möglich	238
c. Hinweis auf die Betroffenenrechte, Art. 13 Abs. 2 lit. b, lit. d, Art. 14 Abs. 2 lit. c, lit. e DSGVO	239
d. Automatisierte Entscheidungen, Art. 13 Abs. 2 lit. f, Art. 14 Abs. 2 lit. g DSGVO	240
e. Datenschutzhinweise im Bewerbungsverfahren	241

## *Inhaltsverzeichnis*

3. Datenschutz-Folgenabschätzung, Art. 35 DSGVO	242
a. Hohes Risiko für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen, Art. 35 Abs. 1 S. 1 DSGVO	243
aa. Risikobegriff	244
bb. Gesamtbetrachtung der geplanten Datenverarbeitung	246
b. Erforderlichkeit einer Datenschutz-Folgenabschätzung, Art. 35 Abs. 3 DSGVO	249
aa. Systematische und umfassende Bewertung persönlicher Aspekte	249
bb. Umfangreiche Verarbeitung von Daten gemäß Art. 9 Abs. 1 oder Art. 10 DSGVO	252
c. Auswirkungen der KI-VO auf das Erfordernis einer Datenschutz-Folgenabschätzung im algorithmenbasierten Einstellungsverfahren	253
d. Inhalt der Datenschutz-Folgenabschätzung, Art. 35 Abs. 7 DSGVO	256
e. Überprüfung und Bewertung der Datenschutz-Folgenabschätzung, Art. 35 Abs. 11 DSGVO	259
f. Positiv- und Negativlisten, Art. 35 Abs. 4, Abs. 5 DSGVO	260
aa. Positivliste, Art. 35 Abs. 4 DSGVO	260
bb. Negativliste, Art. 35 Abs. 5 DSGVO	264
g. Verstöße gegen die DSGVO bei der Datenschutz-Folgenabschätzung	265
h. Schlussfolgerungen	266
4. Verhängung von Geldbußen bei Verstößen, Art. 83 DSGVO	269
a. Verschulden des Verantwortlichen als Tatbestandsvoraussetzung	270
b. Funktionsträgerprinzip vs. Rechtsträgerprinzip	274
aa. Funktionsträgerprinzip	275
bb. Rechtsträgerprinzip	276
cc. Vorlage zum EuGH durch das KG Berlin	278
dd. Schlussanträge des Generalanwalts vom 27.4.2023	278
ee. EuGH – Funktionsträgerprinzip	279
c. Bemessung der Höhe – Leitlinien des EDSA	281

## *Inhaltsverzeichnis*

d. Beispiele für Bußgelder nach Art. 83 DSGVO	282
aa. Erhebung von für das Auswahlverfahren nicht erforderlichen Bewerberdaten	283
bb. Zugriff unbefugter Dritter auf Bewerberdaten	283
cc. Automatisierte Entscheidungsfindung einschließlich Profiling	285
dd. Bußgelder aufgrund von Verstößen gegen die DSGVO bei Auskunftsersuchen	287
e. Zwischenfazit	289
5. Beweisverwertungsverbot bei rechtswidriger Verarbeitung?	290
III. Rechte des Bewerbers bei algorithmenbasierter Verarbeitung personenbezogener Daten	294
1. Der Auskunftsanspruch aus Art. 15 Abs. 1 DSGVO als wesentliches Betroffenenrecht des Bewerbers im Einstellungsverfahren	294
a. Reichweite des Auskunftsanspruchs aus Art. 15 Abs. 1 DSGVO	297
aa. Grundsatz des weiten Anwendungsbereichs	298
bb. Beschränkungen des Anspruchs aus Art. 15 Abs. 1 DSGVO	302
(1) Art. 12 Abs. 5 S. 2 DSGVO als Grenze	303
(2) Art. 14 Abs. 5 lit. b DSGVO als Grenze	304
(3) Art. 15 Abs. 4 DSGVO als Grenze	305
(4) Beschränkung des Auskunftsanspruchs aus der DSGVO selbst	307
(5) Öffnungsklauseln der DSGVO	310
cc. Geltendmachung des Auskunftsanspruchs zu „datenschutzfremden“ Zwecken	310
(1) Forderungen nach einer restriktiven Handhabung von Art. 15 DSGVO	311
(2) Vorlagebeschluss des BGH vom 29.3.2022	313
(3) „Magna Charta“ der Betroffenenrechte	314
(a) „Pre-trial discovery“	316
(b) Keine besondere Schutzbedürftigkeit des Verantwortlichen	320
(4) Schlussanträge des Generalanwalts vom 20.4.2023	322

## *Inhaltsverzeichnis*

(5) Entscheidung des EuGH	323
(6) Zwischenfazit	324
dd. Prozessstrategie als „Recht“ einer anderen Person	325
b. Anspruch auf Auskunft über die Herkunft der Daten, Art. 15 Abs. 1 Hs. 2 lit. g DSGVO	326
c. Der Auskunftsanspruch aus Art. 15 Abs. 1 Hs. 2 lit. h DSGVO bei der Verwendung von Algorithmen im Einstellungsverfahren	329
aa. Anwendungsbereich	330
bb. Aussagekräftige Informationen über die involvierte Logik	332
cc. Aussagekräftige Informationen über die Tragweite und die angestrebten Auswirkungen der Verarbeitung	336
dd. Kein „Right to explanation“	337
(1) Zukunftsorientiertheit	338
(2) Entwicklungen bei der automatisierten Kreditvergabe und dem Schufa-Score	339
(3) Vergleich mit PlattformarbeitsRL und KI-VO	341
(a) Das Recht auf Erklärung aus Art. 11 Abs. 1 PlattformarbeitsRL	341
(b) Das Recht auf Erläuterung der Entscheidungsfindung im Einzelfall aus Art. 86 KI-VO	343
ee. Geschäftsgeheimnisse als Grenze des Auskunftsrechts aus Art. 15 Abs. 1 Hs. 2 lit. h DSGVO	345
(1) Algorithmen als Geschäftsgeheimnis	345
(2) Gesetzentwurf der Bundesregierung zur Einschränkung des Auskunftsanspruchs	351
ff. Keine Totalverweigerung der Auskunft	352
gg. Vergleich mit PlattformarbeitsRL und KI-VO	354
(1) PlattformarbeitsRL	354
(2) KI-VO	356
hh. Zwischenfazit	358

d. Das Verhältnis von Art. 15 Abs. 1 und Abs. 3 DSGVO	360
aa. Entscheidungen des BAG vom 27.4.2021 und vom 16.12.2021 zur Bestimmtheit des Auskunfts- und Kopieverlangens	360
bb. Entscheidung des BGH vom 15.6.2021	364
cc. Entscheidung des EuGH vom 4.5.2023	365
(1) Art. 15 Abs. 3 DSGVO als Modalität der Form der Auskunftserteilung	366
(2) Der Begriff der „Kopie“ aus Art. 15 Abs. 3 S. 1 DSGVO	368
(3) Konsequenz für das algorithmenbasierte Einstellungsverfahren	372
e. Zwischenfazit	373
2. Recht auf Beschwerde bei einer Aufsichtsbehörde, Art. 77 Abs. 1 DSGVO	376
a. Beschwerdebefugnis	377
b. Subjektives Recht des Betroffenen auf Befassung mit der Beschwerde	378
c. Zuständige Aufsichtsbehörde	379
d. Formale Anforderungen an die Beschwerde	381
e. Anspruch auf behördliches Einschreiten?	382
3. Recht auf wirksamen Rechtsbehelf gegen die Aufsichtsbehörde, Art. 78 DSGVO	384
a. Klagebefugnis	385
b. Rechtsbehelfe des Bewerbers	385
c. Rechtsbehelfe des Verantwortlichen	387
d. Zuständigkeit des Gerichts	387
e. Entscheidungsrahmen des Gerichts	388
f. Besonderheiten	390
g. Zwischenfazit	390
4. Recht auf einen Rechtsbehelf gegen den Verantwortlichen, Art. 79 DSGVO	391
a. Zuständigkeit des Gerichts	392
b. Klageberechtigung und Klagebefugnis	392
5. Recht auf Schadenersatz, Art. 82 DSGVO	393
a. Anspruchsberechtigung und Anspruchsgegner	394
b. Kausalität	397

## Inhaltsverzeichnis

c. Verschuldensabhängige Haftung in Kombination mit Beweislastumkehr, Art. 82 Abs. 2, Abs. 3 DSGVO	399
aa. Verschuldensabhängige Haftung mit Verschuldensvermutung	400
bb. Entlastungsnachweis, Art. 82 Abs. 3 DSGVO	402
d. Erfordernis eines Schadens – Bagatellgrenze	404
aa. Bloßer Verstoß gegen die DSGVO nicht ausreichend	405
bb. Erheblichkeitsschwelle – Bagatellschäden	410
(1) Ausführungen des Generalanwalts	413
(2) Keine Erheblichkeitsschwelle zur Feststellung eines immateriellen Schadens	414
cc. Schaden des Bewerbers im algorithmenbasierten Einstellungsverfahren	416
(1) Materieller Schaden	416
(2) Immaterieller Schaden	418
(a) Active Sourcing	419
(b) Profilerstellung	420
(c) Kontrollverlust	421
(3) Schadenersatz wegen Verstoßes gegen Art. 15 Abs. 1 DSGVO als wesentliches Betroffenenrecht des Bewerbers im algorithmenbasierten Einstellungsverfahren	424
e. Höhe des Schadenersatzes	427
aa. Keine Notwendigkeit für „Strafschadenersatz“	428
bb. Art. 83 Abs. 2 DSGVO als Auslegungshilfe?	431
cc. Subjektive Vorwerfbarkeit	432
(1) Verhalten des Verantwortlichen	433
(2) Verhalten des Betroffenen	435
dd. Schadenersatz bei Verletzung des Auskunftsanspruchs aus Art. 15 DSGVO	438
f. Zuständigkeit des Gerichts, Art. 82 Abs. 6 DSGVO	439
g. Limitiertes Prozesskostenrisiko des Bewerbers	440
h. Kein Rechtsmissbrauch bei Geltendmachung nach erfolglosem Bewerbungsverfahren	443
i. Zwischenfazit	444
6. Recht auf Schadenersatz nach § 823 Abs. 1 BGB i.V.m. Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG	445

7. Recht auf Schadenersatz nach § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Vorschriften der DSGVO	448
8. Beauftragung und Verbandsrechtsbehelf wegen Datenschutzverstoßes gegen Arbeitgeber, Art. 80 DSGVO	449
a. Auftrag des Betroffenen, Art. 80 Abs. 1 DSGVO	449
b. Verbandsrechtsbehelf, Art. 80 Abs. 2 DSGVO	450
c. Verbandsklagenrichtlinie, Musterfeststellungsklage und Abhilfeklage	452
d. Zwischenfazit	456
IV. Fazit zum algorithmenbasierten Einstellungsverfahren im Anwendungsbereich der DSGVO	456
 D. Algorithmen im Einstellungsverfahren – AGG	 459
I. Verhältnis DSGVO zu AGG, Anwendungsbereich des AGG	464
1. Verhältnis DSGVO zu AGG	465
2. Sachlicher und persönlicher Anwendungsbereich nach §§ 2 Abs. 1 Nr. 1, 6 AGG	468
a. Sachlicher Anwendungsbereich	469
b. Persönlicher Anwendungsbereich – kein Grund für Modifikationen von § 6 AGG	470
II. Benachteiligungsverbot, § 7 Abs. 1 AGG	473
1. Benachteiligung im Sinne des § 3 AGG	473
a. Ursachen für Benachteiligungen beim Einsatz algorithmenbasierter Systeme	473
aa. Technische Konstruktion und Trainingsdaten	475
bb. Korrelation zwischen Unterscheidungskriterien und Gründen i.S.d. § 1 AGG	479
cc. Verhalten der Arbeitgeber bei der Nutzung des Systems	482
b. Unmittelbare Benachteiligung, § 3 Abs. 1 AGG	482
aa. „Behandlung“ durch algorithmenbasierte Ergebnisse	484
bb. „Weniger günstig“ ist nicht nur die endgültige Absage	488
c. Mittelbare Benachteiligung, § 3 Abs. 2 AGG	492
aa. Einsatz von Algorithmen als „neutrales Verfahren“	492

## Inhaltsverzeichnis

bb. Rechtfertigung mittelbarer Benachteiligung	496
(1) Rechtmäßiges Ziel	497
(2) Verhältnismäßigkeit	499
(a) Geeignetheit	499
(b) Erforderlichkeit – kein milderes, ebenso effektives Mittel	500
(c) Angemessenheit	501
2. Kausalzusammenhang zwischen Benachteiligung und „Grund“ aus § 1 AGG	503
a. Kenntnis des Arbeitgebers vom in § 1 AGG genannten Grund?	504
aa. Datenverarbeitung zum geschützten Merkmal reicht aus	504
bb. Heranziehung der Rechtsprechung des BAG zur Schwerbehinderung	506
cc. Zurechnung der „Kenntnis“ von algorithmenbasierten Systemen?	510
(1) Kenntnis des Arbeitgebers bei Datenverarbeitung durch autonome Systeme	511
(2) Keine kausalitätsausschließende Unkenntnis bei fehlendem „Kennenmüssen“	512
b. Motivbündel-Theorie beim Einsatz von Algorithmen	515
3. Beweislast, § 22 AGG	517
a. Begründung der Vermutungswirkung	517
b. Indizien beim Einsatz algorithmenbasierter Systeme im Einstellungsverfahren	520
aa. Bloßer Einsatz algorithmenbasierter Systeme reicht nicht aus	522
bb. Trainingsdaten	526
cc. Verstoß gegen die Grundsätze des Fragerights im Einstellungsverfahren	527
dd. § 11 AGG bei algorithmenbasiert generierter Stellenausschreibung	528
ee. „Audience Targeting“	531
ff. § 11 AGG analog bei algorithmenbasiert generiertem Anforderungsprofil?	534
gg. Verstoß gegen § 12 Abs. 1 AGG als Indiz	537

hh. Erfüllen des Anforderungsprofils und automatisierte Verarbeitung	539
ii. Übertragung der EuGH-Rechtsprechung zu intransparenten Entlohnungssystemen auf das algorithmenbasierte Einstellungsverfahren?	540
jj. Anpassung zugunsten des Bewerbers bei Erfüllung der Qualifikationsanforderungen?	543
kk. Der Auskunftsanspruch aus Art. 15 DSGVO als Hilfsmittel zur Beweisführung im Diskriminierungsprozess	547
(1) Erlangen von Informationen über die Datenverarbeitung	549
(2) Die Verweigerung der datenschutzrechtlichen Auskunft als Indiz im Sinne des § 22 AGG	554
(a) Verstoß gegen bestehendes (Datenschutz-)Recht	555
(b) Keine hohen Anforderungen an die Substantiierungslast	556
(c) Erledigungserklärung oder Klagerücknahme nach erteilter Auskunft	559
(3) Verhältnis von Klagen nach § 15 AGG und nach Art. 15 DSGVO	560
(a) Keine Stufenklage auf Auskunftserteilung und Schadenersatz	561
(b) Objektive Klagehäufung	561
(c) Lange Verfahrensdauer bei vorbereitender Auskunftsklage – Verfristung AGG?	563
(d) Verweigerung der Auskunft als fristauslösendes Ereignis	564
(e) § 15 Abs. 4 AGG analog auf die Geltendmachung des Auskunftsanspruchs	565
(f) De lege ferenda – Auskunftsanspruch nach Vorbild des § 84a AMG	567
(4) Beschwerde bei der Datenschutzbehörde	570

## Inhaltsverzeichnis

c. Ausgleich der Informationsasymmetrie durch die KI-VO	571
aa. Informationspflicht aus Art. 26 Abs. 11 S. 1 KI-VO	572
bb. Das Recht auf Erläuterung der Entscheidungsfindung im Einzelfall, Art. 86 KI-VO	573
cc. Offenbarungspflichten in Bezug auf gewisse Systeme, Art. 50 KI-VO	575
dd. Nachweis für Trainingsdatensätze aus Gebrauchsanweisung und technischer Dokumentation	577
ee. EU-Konformitätserklärung, Art. 48 KI-VO	580
ff. Anforderungen der KI-VO zu Hochrisiko-KI-Systemen im Einstellungsverfahren als Schutzvorschrift zugunsten der Bewerber	582
(1) Kein Verstoß gegen KI-VO, Widerlegung der Vermutung	586
(2) Verstoß gegen Vorschriften der KI-VO zum Schutz vor Diskriminierung	587
d. Beweiserleichterung durch den KI-Haftungsrichtlinie-E	588
aa. Zweck und Anwendungsbereich	589
bb. Offenlegung von Beweismitteln	590
cc. Widerlegbare Vermutung eines Kausalzusammenhangs zwischen Verschulden und Ergebnis des KI-Systems	592
dd. Auswirkungen auf die Ersatzansprüche im Einstellungsverfahren	594
(1) § 15 Abs. 1, Abs. 2 AGG	594
(2) Art. 82 DSGVO, § 823 Abs. 1, Abs. 2 BGB	596
(3) Zwischenfazit	596
e. Widerlegung der Vermutung durch den Arbeitgeber	597
aa. Einheitliches algorithmenbasiertes Verfahren	597
bb. Nachweis technischer Maßnahmen zur Verhinderung von Diskriminierung	600
f. Zwischenfazit	600
4. Rechtfertigung nach § 8 AGG	601

<b>III. Materieller Schadenersatz, § 15 Abs. 1 AGG</b>	<b>603</b>
1. § 15 Abs. 1 S. 2 AGG – Vertretenmüssen	604
a. § 278 BGB (analog) beim Einsatz algorithmenbasierter Systeme?	605
aa. § 278 BGB in unmittelbarer Anwendung bei nicht-lernenden Systemen	606
bb. Keine analoge Anwendung von § 278 BGB auf Systeme maschinellen Lernens	607
b. Verstoß gegen § 12 AGG als Verschulden i.S.d. § 15 Abs. 1 S. 2 AGG	614
c. Widerlegen des vermuteten Verschuldens	617
aa. Objektive Vorhersehbarkeit/Erkennbarkeit	618
bb. Objektive Vermeidbarkeit	619
cc. Konkretisierung des Sorgfaltsmäßigstabs durch die KI-VO	620
d. Unionsrechtswidrigkeit des Verschuldenserfordernisses	623
e. Nichtanwendbarkeit von § 15 Abs. 1 S. 2 AGG	625
2. Berechnung des kausalen Schadens	628
a. Keine pauschale Begrenzung	629
b. Unionsrechtskonforme Auslegung von § 12a ArbGG – Ersatz der Kosten für einen Prozessbevollmächtigten	632
3. Zwischenfazit	633
<b>IV. Anspruch auf Entschädigung, § 15 Abs. 2 AGG</b>	<b>634</b>
1. Traditionell Arbeitgeber als richtiger Anspruchsgegner	636
2. Unionsrechtskonforme Auslegung von § 15 Abs. 2 AGG	637
a. Entwickler des algorithmenbasierten Systems als Anspruchsgegner?	640
b. Volle Verantwortlichkeit des Arbeitgebers für das Einstellungsverfahren	641
c. Erreichung des Ziels des AGG	644
3. Höhe der Entschädigung § 15 Abs. 2 AGG	647
a. Keine geringere Entschädigung wegen fehlenden Verschuldens	648
b. Höhere Entschädigung aufgrund von Wiederholung und Systematisierung?	649
c. Kappungsgrenze des § 15 Abs. 2 S. 2 AGG	650

## *Inhaltsverzeichnis*

4. Einwand des Rechtsmissbrauchs	651
5. Anspruch auf angemessene Entschädigung nach Art. 11 Abs. 3 PlattformarbeitsRL	653
V. Die Antidiskriminierungsstelle des Bundes	655
1. Fehlende Durchsetzungskraft der Antidiskriminierungsstelle des Bundes	655
2. Verdachtsunabhängige Testings oder Algorithmen-Audits durch die ADS in Bezug auf Auswahlentscheidungen – Auswirkungen der KI-VO	657
3. Auskunftsrecht der ADS – Auswirkungen der KI-VO	660
a. ADS als nationale Behörde oder öffentliche Stelle i.S.d. Art. 77 Abs. 1 KI-VO	661
b. ADS als Marktüberwachungsbehörde i.S.d. Art. 3 Nr. 26 KI-VO	664
4. Klagerecht der ADS	665
E. Algorithmen im Einstellungsverfahren – KI-VO	667
I. Kurzer Rückblick auf die Auswirkungen der KI-VO auf DSGVO und AGG beim algorithmenbasierten Einstellungsverfahren	668
II. Risikomanagementsystem, Art. 9 KI-VO	669
III. Grundrechte-Folgenabschätzung, Art. 27 KI-VO	671
1. Pflichtenkatalog für die Grundrechte-Folgenabschätzung	672
2. Gleichlauf mit der Datenschutz-Folgenabschätzung für algorithmenbasierte Systeme des Robot-Recruitings	673
IV. Anforderungen an die Daten, Art. 10 KI-VO	674
V. Menschliche Aufsicht, Art. 14 KI-VO	677
VI. Sanktionen, Art. 99 KI-VO	680
VII. Individuelles Beschwerderecht, Art. 85 KI-VO	682
VIII. Kein Individualanspruch auf Schadenersatz aus der KI-VO	683
IX. Schadenersatzanspruch aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. Vorschriften der KI-VO	684
X. Zwischenfazit	685

*Inhaltsverzeichnis*

<b>F. Schlussbetrachtungen</b>	<b>689</b>
I. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse der Untersuchung	689
II. Rechtspolitische Forderungen zu Beschäftigtendatenschutz und AGG	704
1. Beschäftigtendatenschutzgesetz	705
a. Forderungen nach konkreten Regelungen für algorithmenbasierte Anwendungen im Recruiting	706
b. Gesetzliche Regelung zum Screening im Einstellungsverfahren nach dem Vorbild der Stadt New York	707
c. Ergänzung um Regelung zur menschlichen Überprüfung und Entscheidung	710
2. AGG	710
a. Keine Anpassung des individualrechtlichen Teils des AGG erforderlich	710
b. Prozessstandschaft und Verbandsklagerecht	712
III. Fazit	717
<b>Literaturverzeichnis</b>	<b>719</b>