

Inhaltsverzeichnis

1. Kapitel

Einleitung 21

A. War Of Talents	21
B. Software-Einsatz im Einstellungsverfahren	22
C. Phasen des Einstellungsverfahrens	23
D. Arten von Softwaresystemen	24
E. Verbreitung von KI-Systemen	26
F. Grundlegende Kritikpunkte	27
G. Untersuchungsgegenstand der Arbeit	28

2. Kapitel

Technische Grundlagen 31

A. Verschiedene Methoden des maschinellen Lernens	31
B. Training der Modelle durch Methode des überwachten Lernens	32
C. Evaluation und Implementierung	36
D. Anwendung des KI-Systems	36

3. Kapitel

Datenschutzrechtliche Konformität 39

A. Grundlegende Vorgaben der DS-GVO	39
I. Der Arbeitgeber als Verantwortlicher	39
II. Personenbezogene Daten	41
1. „Einfache“ personenbezogene Daten	41
2. Besondere Kategorien personenbezogener Daten	41
a) Biometrische Daten zur eindeutigen Identifizierung	42
aa) Vorliegen biometrischer Daten	42
(1) Biometrische Daten – Sprachdaten	42
(2) Biometrische Daten – Videoanalyse	44
bb) Zweckrichtung der Datenverarbeitung – Identifizierung einer natürlichen Person	45

b) Daten, aus denen sensible Aspekte hervorgehen	45
aa) Unmittelbar sensible Daten	46
bb) Mittelbar sensible Daten	47
(1) Erste Auffassung – Objektiver Empfängerhorizont	47
(2) Zweite Auffassung – Gesamtverarbeitungszusammenhang	48
(3) Dritte Auffassung -Auswertungsabsicht	48
(4) Streitentscheid	49
c) Weitere Kategorien sensibler Daten	50
d) Zwischenergebnis – besondere Kategorien personenbezogener Daten	51
III. Art und Weise der Datenverarbeitung	51
1. Profiling – Generierung von Ausgabedaten	51
2. Scoring – Europarechtskonformität und Anwendbarkeit im Beschäftigungskontext	52
a) Europarechtswidrigkeit des § 31 BDSG	53
b) Keine Anwendbarkeit des § 31 BDSG im Beschäftigungskontext	53
B. Erlaubnistatbestand für die Datenverarbeitung	55
I. Datenverarbeitung bei Bestandsmitarbeitern – Entwicklung von KI-Systemen	55
1. Untauglichkeit des § 26 Abs. 1 BDSG als Erlaubnistatbestand für die Entwicklung	57
2. Einzelfallabwägung bei Art. 6 Abs. 1 lit. f) DS-GVO	58
a) Interessenabwägung	58
b) Zweckändernde Weiterverarbeitung	60
c) Zwischenergebnis – Art. 6 Abs. 1 lit. f) DS-GVO	61
3. Einwilligung – Risiko eines Widerrufs	62
II. Datenverarbeitung bei Bewerbern – <i>Robot-Recruiting</i>	64
1. Datenverarbeitung auf der Grundlage von Tarifverträgen und Betriebsvereinbarungen	64
a) Betriebsvereinbarungen – Arbeitnehmerbegriff des BetrVG	65
aa) Erste Auffassung – Regelungsmacht des Betriebsrats	65
bb) Zweite Auffassung – Keine Regelungsmacht des Betriebsrats	65
cc) Streitentscheid – Keine Regelungsmacht	66
b) Tarifverträge – Geringer Regelungsspielraum	67
2. Erlaubnistatbestand des § 26 Abs. 1 BDSG – Erforderlichkeit des Einsatzes von KI-Systemen zur Sprachanalyse	68
a) (Legitime) Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses	69
b) Erforderlichkeit der Datenverarbeitung	69
aa) Geeignetheit – Erwägungsgrund 71, S. 6 und Anforderungen an valide Eignungsdiagnostik	70
(1) Mathematisch-statistische Komponente	71
(2) Eignungsdiagnostische Komponente	73

(a) Theoretische Fundierung	74
(b) Objektivität	75
(c) Reliabilität	75
(d) Validität	76
(e) Ergebnis & Konsequenzen	76
(3) Zwischenergebnis – Geeignetheit der Datenverarbeitung	77
bb) Erforderlichkeit – Effektivere Alternativen	77
cc) Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne/Angemessenheit	80
(1) Unzulässige Persönlichkeitsdurchleuchtung	80
(a) Erste Auffassung – Übersteigen menschlicher Erkenntnismöglichkeiten	81
(b) Zweite Auffassung – Sphärentheorie	82
(c) Zwischenergebnis – Persönlichkeitsdurchleuchtung .	85
(2) Gesamtabwägung	85
(a) Fehlende Subjektqualität	85
(b) Langzeitfolgen – Beeinflussung der Persönlichkeits- entwicklung	87
(c) Langfristige Vertragsbindung	88
(d) Relevanz der Hierarchieebene	88
(e) Bedeutung des Betriebsklimas	89
(f) Stellenprofil	90
(aa) Verkehrswesentliche Eigenschaft	90
(bb) Fragerecht & Arbeitsplatzbezug	92
(g) Einbeziehung des Betriebsrats	94
(aa) § 94 Abs. 1 S. 1 BetrVG – KI-System als Personalfragebogen	94
(bb) § 94 Abs. 2, 2. Alt. BetrVG – Allgemeine Beurteilungsgrundsätze	95
(cc) § 95 Abs. 1 S. 1 BetrVG – KI-System als Auswahlrichtlinie oder Auswahlhilfe	96
(dd) Weitere Rechte des Betriebsrats	98
(h) Transparenz und Diskriminierungsfreiheit	99
dd) Zwischenergebnis – Erforderlichkeit im Sinne von § 26 Abs. 1 BDSG	99
3. Videoanalyse	100
a) Verarbeitung sensibler Daten zur Emotionserkennung	101
aa) Art. 9 Abs. 2 lit. b) DS-GVO – Erlaubnistatbestand	101
bb) § 26 Abs. 3 S. 1 BDSG – Erlaubnistatbestand	102
(1) Zwecke des Beschäftigungsverhältnisses	102
(2) Erforderlichkeit zur Ausübung von Rechten aus dem Arbeitsrecht	102
(a) Arbeitgeberseitiges Fragerecht als Recht aus dem Arbeitsrecht	102

(aa) Erste Auffassung – Kein Recht aus dem Arbeitsrecht	103
(bb) Zweite Auffassung – Recht aus dem Arbeits- recht	103
(cc) Streitentscheid	104
(b) Erforderlichkeit – Umfang des Fragerechts	104
(aa) Geeignetheit – Forschungsstand und Ausblick ..	105
(bb) Erforderlichkeit – Vergleich mit Video- bewerbung	106
(cc) Angemessenheit	108
cc) Zwischenergebnis – Einsatz von KI-Systemen zur Emotions- erkennung	110
b) Verarbeitung sensibler Daten zur Persönlichkeitsanalyse	110
4. Erforderlichkeit der Weiterverarbeitung der Ausgabedaten – Speicherung und Abgleich mit Stellenprofil	111
5. Datenschutzrechtliche Einwilligung	112
a) Einwilligung im Beschäftigungsverhältnis	113
b) Inhaltliche Grenzen der Einwilligung – Allgemeines Gleich- behandlungsgesetz und Persönlichkeitsdurchleuchtung/Fragerecht	114
aa) Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz	114
bb) Persönlichkeitsdurchleuchtung/Fragerecht	115
cc) Keine Einwilligung in die Videoanalyse	116
c) Voraussetzungen der Einwilligung	116
aa) Freiwilligkeit der Erteilung der Einwilligung	117
(1) Koppelungsverbot	117
(a) Begriff der Erforderlichkeit	118
(b) Striktes oder eingeschränktes Koppelungsverbot ...	119
(2) Gesamtabwägung – Einzelfallumstände	120
(3) Zwischenergebnis – Keine Freiwilligkeit	122
bb) Informiertheit des Bewerbers	123
(1) Informationsumfang	123
(2) Verständlichkeit	124
cc) Unmissverständlichkeit und Formerfordernis	124
(1) Ausgangspunkt – Anforderungen bei graphologischen Gutachten	124
(2) Konsequenzen für den Einsatz von KI-Systemen	125
(3) Formerfordernisse im Beschäftigungskontext	126
d) Zwischenergebnis – Einwilligung	127
6. Auskunftsrecht in Bezug auf Ausgabedaten	128
a) Allgemeines – Sinn und Zweck des Auskunftsrechts	128
b) Personenbezug der Ausgabedaten	129
c) Verarbeitung der Ausgabedaten	130
d) Entgegenstehende Abwägung mit Fremdinteressen – Meinungs- freiheit	130

aa) Persönlichkeit und Emotionen des Bewerbers	131
bb) (Un-)Eignetheit des Bewerbers	131
7. Anspruch auf Berichtigung der Ausgabedaten	132
III. Zwischenergebnis – Erlaubnistatbestand für die Datenverarbeitung	133
C. Verwendung der Ausgabedaten (und davon gegebenenfalls abhängige Informations- und Auskunftspflichten)	134
I. Entscheidungsunterstützende Systeme	135
II. Entscheidungsersetzende Systeme	135
1. Anspruch oder Verbot	136
2. Regelungsgegenstand des Art. 22 Abs. 1 DS-GVO – Automatisierte Entscheidung	138
a) Differenzierung zwischen Datenverarbeitung und Entscheidung	138
b) Profiling ≠ Automatisierte Entscheidung	139
c) Zuschreibung von Persönlichkeitsmerkmalen ≠ Automatisierte Entscheidung	140
3. Ausschließlichkeit – Menschliches Dazwischentreten	141
4. Rechtliche Wirkung oder ähnlich erhebliche Beeinträchtigung	143
a) Entfaltung rechtlicher Wirkung – Keine rechtliche Statusveränderung durch Ablehnung eines Vertragsschlusses	143
b) Ähnlich erhebliche Beeinträchtigung	144
aa) Erste Auffassung – Beschränkung auf monopolistische Märkte	145
bb) Zweite Auffassung – Einzelfallumstände	146
5. Zwischenergebnis – Einschlägigkeit des Verbots des Art. 22 Abs. 1 DS-GVO	147
6. Erlaubnistatbestände des Art. 22 Abs. 2 DS-GVO	147
a) Art. 22 Abs. 2 lit. a) DS-GVO – Erforderlichkeit für den Abschluss eines Vertrages	147
aa) Erste Auffassung – Unmittelbarer Sachzusammenhang	148
bb) Zweite Auffassung – Erforderlichkeit der Automatisierung der Entscheidung	149
b) Europäische oder mitgliedstaatliche Rechtsvorschriften	152
aa) Allgemeines – Nationale Zulässigkeitstatbestände	152
bb) § 31 BDSG – Nationaler Zulässigkeitstatbestand?	152
c) Ausdrückliche Einwilligung	154
7. Informationspflichten im Falle automatisierter Entscheidungen	155
a) Erstreckung der Informationspflicht	155
aa) Informationspflicht über die Durchführung von „bloßem“ Profiling („Bestehen einer automatisierten Entscheidungsfindung“)	156
bb) Bereitstellung aussagekräftiger Informationen über die involvierte Logik sowie die Tragweite der Verarbeitung auch bei der Durchführung von „bloßem“ Profiling?	157

(1) Erste Auffassung – Informationspflicht nur bei ausschließlich auf Profiling beruhender automatisierter Entscheidung	158
(2) Zweite Auffassung – Informationspflicht bei automatisierter Entscheidung und Möglichkeit freiwilliger Informationserteilung	159
(3) Dritte Auffassung – Informationspflicht in anderen Fällen	159
(a) Erste Unterauffassung – Informationspflicht bei <i>Profiling</i>	160
(b) Zweite Unterauffassung – Informationspflicht bei äquivalenten Risiken	161
(4) Zwischenergebnis – Erstreckung des Anwendungsbereichs erweiterter Informationspflichten	162
b) Umfang der Informationspflicht	163
aa) Mindestrechte	163
bb) Aussagekräftige Informationen über die involvierte Logik ..	164
(1) Offenlegung des Algorithmus – Allgemeines	164
(2) Offenlegung des Algorithmus – SCHUFA-Urteil des BGH	165
(3) Offenlegung des Algorithmus – DS-GVO und KI-Systeme	166
(a) Offenlegung des Ausgangskonstrukts	166
(b) Offenlegung des Anwendungsalgorithmus	167
(c) Zwischenergebnis – Keine Offenlegung des Algorithmus	171
8. Erklärbarkeit von KI-Systemen	172
a) Recht auf Erklärung	173
aa) Art. 15 Abs. 1 lit. h) – Abweichender Bedeutungsgehalt	174
bb) Art. 22 Abs. 3 DS-GVO; Erwägungsgrund 71, S. 4; Gesamtschau	176
(1) Recht auf Erklärung als Mindestmaßnahme im Sinne von Art. 22 Abs. 3 DS-GVO	177
(2) Recht auf Erklärung als angemessene Maßnahme	177
(3) Recht auf Erklärung als Produkt verschiedener Vorschriften	179
(4) Anwendungsbereich eines Rechts auf Erklärung auf Grundlage von Art. 22 Abs. 3 i. V.m. Erwägungsgrund 71	180
b) Umfang des Rechts auf Erklärung	181
aa) Angabe sämtlicher Parameter	182
bb) Angabe der wichtigsten Parameter	183
(1) Globale Methoden	184
(2) Lokale Methoden	185

(a) Kontrafaktische Erklärungen	186
(b) Lokale Features	187
(aa) Modellagnostische Ansätze	188
(bb) Modellspezifische/Dekompositionelle Ansätze	189
III. Zwischenergebnis – Verwendung der Ausgabedaten und davon gegebenenfalls abhängige Informations- und Auskunftspflichten	190
D. Potenzielle nachteilige Folgen bei unzulässiger Datenverarbeitung	192
I. Schadensersatzansprüche – Seltenheit materieller Schäden	193
II. Schadensersatz nach Art. 82 DS-GVO	193
1. Verstoß gegen die DS-GVO	193
2. Ersatzfähigkeit immaterieller Schäden	194
3. Kausalität	195
4. Exkulpation	195
III. Entschädigungsanspruch gemäß § 823 Abs. 1 BGB i. V. m. Art. 2 Abs. 1, 1 Abs. 1 GG	195
1. Schwerwiegende Persönlichkeitsrechtsverletzung	196
2. Rechtswidrigkeit	197
3. Subsidiarität der Entschädigung in Geld	197

4. Kapitel

Diskriminierungsrisiken und AGG

198

A. Vermeintliche Diskriminierungsfreiheit	198
B. Gegenteilige Beispiele	199
C. Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 15 Abs. 1 AGG	199
I. Anwendbarkeit des AGG – Persönlich und sachlich	200
1. Persönlicher Anwendungsbereich – Formaler Bewerberbegriff	200
2. Sachlicher Anwendungsbereich – Zugang zu unselbstständiger Erwerbstätigkeit	200
3. Zwischenergebnis – Anwendbarkeit des AGG	201
II. Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 Abs. 1 AGG	201
1. Unmittelbare Benachteiligung – Weniger günstige Behandlung	201
a) Behandlung – Kein Erfordernis menschlichen Tuns oder Unter- lassens	202
aa) Etymologie	202
bb) Wertungswiderspruch	203
cc) Vermeidung des Wertungswiderspruchs durch Anknüpfung an vorheriges, menschliches Verhalten – Werkzeugtheorie ..	204
(1) Inbetriebnahme als Benachteiligung	205
(2) (Keine) Unterbrechung des Kausalzusammenhangs ...	205
(3) Maßgeblichkeit der Vorgänge in der konkreten Bewer- bungssituation	206

(4) Vorverlagerung des Antidiskriminierungsschutzes und die Fiktion des § 3 Abs. 5 AGG.....	207
dd) Zwischenergebnis – Kein Erfordernis menschlichen Tuns oder Unterlassens	208
b) Weniger günstig – Verortung des Nachteils.....	209
aa) Entscheidungsersetzende Systeme	209
(1) Nachteil durch (systeminterne) Prozesse	209
(2) Nachteil durch (Vor-)Auswahl	211
(3) Zwischenergebnis – Verortung des Nachteils bei entscheidungsersetzenden KI-Systemen.....	211
bb) Entscheidungsunterstützende Systeme	211
(1) Nachteil durch Zuschreibung von Merkmalen	212
(2) Nachteil durch Zahlenwert oder Platzierung	213
(a) Vergleichbarkeit mit Suchmaschinen	214
(b) Nutzung menschlicher Entscheidungsspielräume ...	215
(c) Ankereffekte und Verhaltensfolgen übersteigerten Systemvertrauens	215
(d) Zwischenergebnis – Nachteil durch Zahlenwert/Rangfolgenplatzierung	217
c) Direkte Anknüpfung an Benachteiligungsmerkmal	218
aa) Maßgeblichkeit des Trainingsprozesses	218
bb) Inbetriebnahme als unmittelbare Benachteiligung	220
cc) Systemverhalten als unmittelbare Benachteiligung	221
dd) Menschliche (Vor-)Auswahlentscheidung als unmittelbare Benachteiligung	222
d) Zwischenergebnis – Unmittelbare Benachteiligung	223
2. Mittelbare Benachteiligung	224
a) „dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren“.....	224
b) „in besonderer Weise benachteiligen“	226
aa) Behinderung.....	226
bb) Ethnische Herkunft	227
cc) Geschlecht	228
dd) Alter	228
ee) Videoanalyse	228
ff) Weitere potenzielle Korrelationen mit Benachteiligungsmerkmalen	229
c) Zwischenergebnis – Mittelbare Benachteiligung	229
3. Kausalität	230
III. § 22 AGG – Beweislast	230
1. Mögliche Vermutungstatsachen	231
2. Statistischer Nachweis	232
a) Vergleichsgruppenbildung bei KI-Systemen	233

b) Vergleich von Teilgruppen	234
c) Vergleich benachteiligte Teilgruppe – Gesamtgruppe	236
d) EuGH/US-amerikanisches Recht	236
e) Zwischenergebnis – Statistischer Nachweis	237
3. Einhegung der Durchsetzungsprobleme	238
a) Auskunftsanspruch und die Rechtssachen Kelly und Meister ...	239
b) Datenschutzrechtliche Betroffenenrechte	240
aa) Auskunftsrecht nach Art. 15 Abs. 1 lit. h) DS-GVO	240
bb) Alternative – Sekundäre Darlegungslast des Benutzers	241
IV. Rechtfertigung	243
1. Rechtfertigung einer mittelbaren Benachteiligung	243
a) Rechtmäßiges Ziel	243
b) Mittel zur Zielerreichung	244
aa) Geeignetheit des Mittels	244
(1) Kausalzusammenhang	245
(2) Statistischer Zusammenhang	246
(3) Prognosegenauigkeit	248
bb) Erforderlichkeit des Mittels	248
cc) Angemessenheit des Mittels	249
(1) Verzicht auf Differenzierung	250
(2) Direkte Ermittlung	251
(3) Alternative, indirekte Ermittlung	251
(a) Alternative Trainingsdatensätze	251
(b) Accuracy-Fairness-Tradeoff.	252
(c) Unterschiedliche Konzeptualisierung von Fairness .	253
2. Rechtfertigung einer unmittelbaren Benachteiligung	257
a) Erste Auffassung	257
b) Zweite Auffassung	258
V. Vertretenmüssen	258
1. Verschuldenserfordernis und Unionsrecht	259
a) Erste Auffassung – Unionsrechtswidrigkeit	259
b) Zweite Auffassung – Unionsrechtskonformität	260
c) Konsequenzen der verschiedenen Auffassungen	261
d) Zwischenergebnis – Verschuldenserfordernis und Unionsrecht ..	263
2. Eigenes Verschulden des Arbeitgebers	263
a) Sorgfaltswidrigkeit des Einsatzes per se	264
b) § 831 BGB/§ 12 Abs. 1 AGG – Auswahl und Überwachung ...	264
aa) Ordnungsgemäße Auswahl des KI-Systems	265
(1) Gruppenfairness oder individuelle Fairness.	267
(2) Verzerrungserhaltende oder verzerrungsumwandelnde Fairnesskriterien	270
(3) Konkrete Fairnesskriterien	271

bb) Ordnungsgemäße Überwachung des KI-Systems	275
(1) Allgemeine Leitlinien	275
(2) Konkretisierender Maßstab des § 832 BGB	277
c) Berücksichtigung technischer Maßnahmen	278
aa) Pre-Processing-Verfahren	279
(1) Fairness by Blindness	280
(2) Relabelling, Resampling und Fair Representations	281
bb) In-Processing-Verfahren	281
cc) Post-Processing-Verfahren	282
(1) Ansatz von Post-Processing-Verfahren	282
(2) Rechtliche Grenzen der Anwendung bei Post-Processing	283
(a) Vorliegen einer positiven Maßnahme	284
(b) Vorfeldentscheidungen	284
(c) Einzelfallprüfung (keine automatische und unbedingte Vorrangseinräumung)	285
3. Zurechnung von schuldhaftem Fehlverhalten	286
a) Schuldhaftes Fehlverhalten des Entwicklers/Software-Anbieters	286
b) Schuldhaftes Fehlverhalten des Personalers	288
c) Schuldhaftes Fehlverhalten des Systems	289
aa) Programmtechnisches Versagen	289
bb) Adäquatheit der Garantiehaftung	292
cc) Ökonomische Erwägungen	293
dd) Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient	295
(1) Gleichstellungsgedanke und funktionale Äquivalenz ...	295
(2) Eigenschaften des Erfüllungsgehilfen	296
(3) Verkehrserwartung	297
(4) Autonomie	297
(a) Grade von Autonomie	298
(b) „Sein oder Nichtsein“	299
ee) Verschuldensfähigkeit	300
ff) Konkretes Verschulden	305
gg) Kein Erfordernis funktionaler Verschuldensäquivalente/ Risikohaftung	307
hh) Alternativvorschlag zur Analogie	308
ii) Zwischenergebnis – Schuldhaftes Fehlverhalten des Systems	309
VI. Schaden	310
1. Bestqualifizierter Bewerber	310
2. Restliche Bewerber	312
D. Anspruch auf Entschädigung gemäß § 15 Abs. 2 AGG	313
I. Anspruchsvoraussetzungen	313
II. Höhe der Entschädigung	314

5. Kapitel

Zusammenfassung der Ergebnisse und Ausblick	318
A. Rückschau	318
B. Datenschutzrecht	318
I. Verarbeitung von Sprachdaten	318
1. Geeignetheit	319
2. Erforderlichkeit und Angemessenheit	319
II. Verarbeitung von Videodaten	320
III. Weiterverarbeitung	320
IV. Verwendung der Ausgabe	320
1. Grundsätzliches Verbot	320
2. Fälle erlaubter automatisierter Entscheidungen	321
V. Sicherstellung von Transparenz	321
1. Systemische Transparenz	322
2. Recht auf Erklärung	322
C. Antidiskriminierungsrecht	323
I. Verortung der Benachteiligung	323
II. Feststellung der Benachteiligung	325
1. Art. 15 Abs. 1 lit. h) DS-GVO	325
2. Weitere datenschutzrechtliche Hilfsmechanismen	326
III. Verschulden	326
IV. Rechtfertigung	327
V. Ursachen der Benachteiligung & Abhilfemechanismen	328
D. Ausblick – Europäische KI-Verordnung	329
I. Risikobasierter Ansatz	329
II. Anforderungen an Hochrisiko-KI-Systeme	330
1. Konformitätsnachweis	330
2. Inhaltliche Vorgaben der Art. 8–15 KI-VO-E	331
E. Zwischenzeitliche Handhabe & positive Perspektive	333
Literaturverzeichnis	335
Sachwortverzeichnis	365