

Compliance Berater

9 / 2024

Betriebs-Berater Compliance

22.8.2024 | 12.Jg
Seiten 317–364

EDITORIAL

DSGVO-Schadensersatz als Compliance-Risiko | I

Prof. Dr. Michael Fuhlrott

AUFSÄTZE

Künstliche Intelligenz – Ein Compliance-Thema | 317

Dr. Thorsten Ammann, Maximilian Plote und Philipp Schmechel

Grundrechte- und Datenschutz-Folgenabschätzung – zwei Seiten einer Medaille des Daten-Risikomanagements | 321

Dr. Frank Schemmel

Die algorithmische Personalauswahl | 326

Dr. Justus Frank und Dr. Maurice Heine

KI und verhaltensorientierte Compliance | 331

Alwina Neumann und Peter Zawilla

Generative KI für KMUs und rechtliche Herausforderungen bei deren Einsatz in China | 337

Ondřej Zapletal und Lukas Tatge

RECHTSPRECHUNG

EuGH: Ordnungsgemäß nachgewiesene Befürchtung um Datenweitergabe reicht für Schadensersatzanspruch nach DSGVO | 343

EuGH: Keine Schadensersatzhaftung nach DSGVO ohne Nachweis eines konkret erlittenen immateriellen Schadens | 348

EuGH: Geldbuße gegen juristische Person wegen Datenschutzverstoß – Deutsche Wohnen | 354

KG Berlin: Bußgeldrechtliche Verbandshaftung nach der DSGVO – Deutsche Wohnen | 362

Schwerpunktheft
KI und Datenschutz

CB-BEITRAG

Dr. Justus Frank, RA, Maître en droit, LL. M., und Assessor Dr. Maurice Heine

Die algorithmische Personalauswahl

Der Beitrag nimmt die Möglichkeiten eines auf Künstliche Intelligenz (KI) gestützten Recruiting zum Anlass, die Zulässigkeit einer auf Algorithmen basierten Personalauswahl zu untersuchen.

I. Algorithmeinsatz in der Personalauswahl

Bei Einsatz technischer Systeme im Rahmen der Personalauswahl lassen sich im Wesentlichen zwei Szenarien unterscheiden: Softwarelösungen können zum einen zur Entscheidungsunterstützung herangezogen werden. Zu denken ist bspw. an den algorithmischen Abgleich eingehender Bewerbungen mit dem vordefinierten Anforderungsprofil an die betreffende Stelle. Über diesen eher deskriptiven Einsatz hinaus können KI-basierte Recruitingsysteme auch prädikative oder präskriptive Funktionalitäten aufweisen. Im ersten Fall könnten KI-Systeme potentielle Entwicklungen von Bewerbern prognostizieren und im zweiten Fall hierauf gründend etwa die Einstellung konkreter Kandidaten vorschlagen.¹ Von diesen entscheidungsunterstützenden Konstellationen ist der entscheidungsersetzende KI-Einsatz zu unterscheiden. Der entscheidungsersetzende KI-Einsatz zeichnet sich dadurch aus, dass die KI vollständig an die Stelle des menschlichen Entscheidungsträgers tritt. Paradigmatische Anwendungsfälle dürften sich vor allem in der schnelllebigen Plattformbeschäftigung ausmachen, wobei Bewerber mitunter automatisiert eingestellt und erfolglose Bewerber automatisiert abgelehnt werden.²

II. Beschäftigtendatenschutz

1. Verarbeitung personenbezogener Daten

Beide Szenarien, die KI-basierte Entscheidungsunterstützung wie auch die Entscheidungsersetzung, gründen auf einer Verarbeitung personenbezogener Daten der betroffenen Bewerber (Art. 4 Nr. 1 und Nr. 2 DSGVO). Die algorithmische Entscheidungsunterstützung kann dabei je nach Ausgestaltung auf die Bewertung bestimmter persönlicher Aspekte gerichtet sein und damit die besondere Verarbeitungsform des Profiling i. S. d. Art. 4 Nr. 4 DSGVO darstellen. Auch die Entscheidungsersetzung dürfte sich häufig auf ein Profiling stützen, wobei in einem ersten Schritt die Bewerbung analysiert und der Kandidat bewertet wird, ehe in einem zweiten Schritt dieses Ergebnis in die Entscheidung über die Bewerbung einfließt. Die Rechtsgrundlage für die der finalen Entscheidung vorgelagerte Datenverarbeitung ist – nach den Klarstellungen des EuGH im Hinblick auf die Anforderungen an „spezifischere“ Vorschriften i. S. d. Art. 88 Abs. 1 DSGVO³ – nicht (mehr) in § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG,⁴ sondern in den allgemeinen Bestimmungen des Art. 6 Abs. 1 DSGVO zu suchen.⁵ Eine KI-basierte Verarbeitung personenbezogener Bewerberdaten kann danach etwa auf Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b DSGVO gestützt

werden. Eine Datenverarbeitung ist danach rechtmäßig, wenn sie zur Durchführung vorvertraglicher Maßnahmen erforderlich ist. Als vorvertragliche Maßnahmen kommen auch KI-basierte Analysen in Betracht. Notwendig ist aber, dass die jeweilige Maßnahme, in diesem Fall die KI-basierte Analyse, auf Anfrage des Bewerbers erfolgt. Das dürfte jedoch in aller Regel nicht der Fall sein.⁶

Der Einsatz KI-basierter Analysesoftware ist daher regelmäßig an der Generalklausel des Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DSGVO zu messen. Hiernach ist eine Verarbeitung auch dann rechtmäßig, wenn diese zur Wahrung der berechtigten Interessen des potentiellen Arbeitgebers erforderlich ist und die Interessen des Bewerbers nicht überwiegen. Während der Arbeitgeber in der Praxis ein berechtigtes Interesse an der Identifizierung des am besten geeigneten Kandidaten und damit einhergehend an der Optimierung seiner Prozesse hat,⁷ darf die Datenverarbeitung demnach gleichwohl nicht über das hierzu „unbedingt Notwendige“⁸ hinausgehen und die Interessen des Bewerbers dürfen bei Abwägung der einander gegenüberstehenden Interessen nicht den Vorrang genießen. Hieran gemessen wäre eine KI-basierte Analysesoftware, die auf die Erstellung eines umfassenden Persönlichkeitsprofils ausgerichtet ist, wegen der damit verbundenen Eingriffsintensität von Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DSGVO nicht gedeckt.⁹

1 Vgl. Heine, Der Vorbehalt menschlicher Entscheidungen im Arbeitsverhältnis, 2023, S. 215 ff.; allg. zum KI-Einsatz im Recruiting Schemmel, SPA 2024, 12, 13; Knappertsbusch, LTZ 2024, 40, 40 f.

2 Vgl. etwa ErwGr. 45 S. 1 zur Legislativen Entschließung des Europäischen Parlaments vom 24.4.2024 zu dem Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Verbesserung der Arbeitsbedingungen in der Plattformarbeit (COM(2021)0762 – C9–0454/2021 – 2021/0414 (COD)); s. zum Kommissionsentwurf bereits Frank/Heine, ZdiW 2022, 335.

3 Vgl. EuGH, Urt. v. 30.3.2023 – C-34/21, NZA 2023, 487, 490 Rn. 61 ff.

4 Die Betriebsvereinbarung dürfte auf § 26 Abs. 4 BDSG gestützt gleichwohl weiterhin als Rechtsgrundlage dienen, s. Wünschelbaum, NZA 2023, 542, 544; a. A. Monreal, ZD 2024, 126, 127 ff.

5 Maschmann, EuZA 2024, 61, 72.

6 Lang/Reinbach, NZA 2023, 1273, 1275. Daneben könnten in einem solchen Fall womöglich auch die engen Voraussetzungen einer Einwilligung gemäß § 26 Abs. 2 BDSG vorliegen; vgl. zu dessen Anwendbarkeit Meinecke, NZA 2023, 487, 493.

7 Köhn, Robot-Recruiting, 2024, S. 69; ähnlich Blum, People Analytics, 2021, S. 224; wohl auch Malorny, JuS 2022, 289, 294 (dort zu § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG).

8 Vgl. EuGH, Urt. v. 4.7.2023 – C-252/21, NJW 2023, 2997, 3005 Rn. 126.

9 Ähnlich Buchner/Petri, in: Kühling/Buchner, 4. Aufl. 2024, DS-GVO Art. 6 Rn. 153; jeweils noch zu § 26 Abs. 1 S. 1 BDSG: Köhn, Robot-Recruiting, 2024, S. 80 ff.; Hoffmann, NZA 2022, 19, 22; Malorny, RdA 2022, 170, 176.

2. Verbot automatisierter Entscheidungen

a) Grundsätzliches Verbot gemäß Art. 22 Abs. 1 DSGVO

Der Einsatz KI-gestützter Entscheidungssysteme wird darüber hinaus durch das Verbot automatisierter Entscheidungen gemäß Art. 22 Abs. 1 DSGVO eingeschränkt. Hiernach hat der Bewerber das Recht, nicht einer ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung, einschließlich Profiling, beruhenden Entscheidung unterworfen zu werden, die ihm gegenüber rechtliche Wirkung entfaltet oder ihn in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt. Aus dem systematischen Zusammenhang mit Art. 22 Abs. 3 Var. 1 DSGVO folgt, dass der Bewerber das „Recht“ aus Art. 22 Abs. 1 DSGVO nicht individuell geltend zu machen hat. Andernfalls liefe sein Recht auf die Erwirkung einer menschlichen Entscheidung aus Art. 22 Abs. 3 Var. 1 DSGVO leer, würde er selbiges schon nach Art. 22 Abs. 1 DSGVO verlangen (müssen).¹⁰ Art. 22 Abs. 1 DSGVO ist daher als grundsätzliches Verbot auszulegen, von dem nur unter Beachtung von Art. 22 Abs. 2 bis 4 DSGVO abgewichen werden darf.¹¹

aa) Entscheidungsersetzender Algorithmeinsatz

Eine besondere Relevanz kommt Art. 22 DSGVO im Zusammenhang mit dem entscheidungsersetzenden KI-Einsatz zu. Maßgeblich ist dabei, ob die jeweilige automatisierte Entscheidung die Erheblichkeitsschwelle des Art. 22 Abs. 1 DSGVO (rechtliche Wirkung oder ähnlich erhebliche Beeinträchtigung) überschreitet. Die automatisierte Entscheidung entfaltet eine rechtliche Wirkung, indem sie die Rechtsposition des von ihr Betroffenen verändert.¹² Eine Rechtsänderung tritt bspw. dadurch ein, dass mit der KI-basierten Entscheidung über die Einstellung eines Bewerbers ein Arbeitsverhältnis begründet wird.¹³ Dabei soll es nach verbreiteter Ansicht¹⁴ indes einen Unterschied machen, dass die aus Bewerbersicht positive Entscheidung über dessen Bewerbung seinem Interesse entspricht. Für diese Sichtweise spricht, dass der Bewerber in diesem Fall nicht schutzwürdig erscheint. Allerdings ist zweifelhaft, wie sich dieses Verständnis mit dem Wortlaut von Art. 22 Abs. 1 DSGVO verträgt, der – anders als der verwandte Art. 11 Abs. 1 Richtlinie (EU) 2016/680 („nachteilige Rechtsfolge“)¹⁵ – gerade nicht auf nachteilig wirkende Entscheidungen beschränkt ist.

Darüber hinaus steht zum Zeitpunkt der automatisierten Entscheidungsfindung dessen Ergebnis überhaupt noch gar nicht fest. Die Entscheidung kann sowohl auf Einstellung als auch Ablehnung lauten, sodass Arbeitgeber in der Praxis stets davon ausgehen müssen, dass jede Entscheidung über die Bewerbung zumindest erheblich beeinträchtigend sein kann. Dies ergibt sich daraus, dass die automatisierte Ablehnung einer Bewerbung den Bewerber nach wohl herrschender Ansicht jedenfalls ähnlich erheblich beeinträchtigt.¹⁶ Sofern hiergegen vorgebracht wird, eine automatisierte Ablehnung werde vom grundsätzlichen Verbot des Art. 22 Abs. 1 DSGVO nicht erfasst, sofern die KI keine wertende Entscheidung treffe,¹⁷ ist dem nicht zu folgen. Diese Ansicht übersieht, dass Einstellungsentscheidungen „ohne jegliches menschliche Eingreifen“ nach der gesetzgeberischen Wertung in ErwGr. 71 S. 1 zur DSGVO stets dem Anwendungsbereich des Art. 22 Abs. 1 DSGVO unterfallen sollen.¹⁸ Hinzu kommt, dass Art. 22 Abs. 1 DSGVO gerade keine „wertende“ Entscheidung verlangt.¹⁹ Eine Wertung, die Vertreter dieser Ansicht wohl verlangen, ist Gegenstand des Profiling. Ein Profiling ist ausweislich der Parenthese in Art. 22 Abs. 1 DSGVO aber gerade nicht zwingende Voraussetzung des Verbots automatisierter Entscheidungen.²⁰

bb) Entscheidungsunterstützender Algorithmeinsatz

Fraglich war bislang, ob neben dem entscheidungsersetzenden KI-Einsatz auch die algorithmenbasierte Entscheidungsunterstützung in den Anwendungsbereich des Art. 22 Abs. 1 DSGVO fallen kann. Die herrschende Meinung lehnte dies unter Hinweis auf den Wortlaut und dessen Differenzierung zwischen „Verarbeitung“ und „Entscheidung“²¹ ab.²² Demnach bereite die Verarbeitung, und sei es unter Einsatz von KI, die Entscheidung lediglich vor.²³

Rückhalt findet diese Ansicht in dem Kriterium „ausschließlich“. Nur eine ausschließlich automatisierte Entscheidung wird von Art. 22 Abs. 1 DSGVO erfasst. Daraus ergibt sich die Obliegenheit des Arbeitgebers, will er der Verbotswirkung des Art. 22 Abs. 1 DSGVO zuvorkommen, den automatisiert ablaufenden Prozess der Entscheidungsvorbereitung einer menschlichen Entscheidung zuzuführen.²⁴ Erforderlich hierfür ist, dass er das Ergebnis der Entscheidungsvorbereitung überprüft und eigene Erwägungen anstellt.²⁵

Richtigerweise kann Art. 22 Abs. 1 DSGVO aber auch den Prozess der Entscheidungsvorbereitung erfassen. Das Argument der herrschenden Meinung, wonach „Verarbeitung“ und „Entscheidung“ strikt zu trennen seien, verfährt nicht. Die Entscheidung stellt ebenfalls eine Verarbeitung i. S. d. Art. 4 Nr. 2 DSGVO dar und unterscheidet sich gegenüber anderen Verarbeitungsformen allein dadurch, dass sie die Erheblichkeitsschwelle des Art. 22 Abs. 1 DSGVO überschreitet.²⁶ In diesem Sinne hat auch der EuGH bestätigt, dass eine Datenverarbeitung (im dortigen Kontext: die Erstellung eines Wahrscheinlichkeitswertes) von Art. 22 Abs. 1 DSGVO erfasst wird, wenn von ihr die finale Entscheidung „maßgeblich abhängt“.²⁷ Für die algorithmische Personalauswahl hat dies zur Folge, dass – zusätzlich zu den Vorgaben des Art. 6 DSGVO – auch die Voraussetzungen nach Art. 22 Abs. 2 DSGVO (dazu sogleich) gegeben sein müssen, wenn das Ergebnis des entscheidungsvorbereitenden KI-Einsatzes „fast in jedem Fall“ eine bestimmte Entscheidung nach sich zieht, sie also „größte Bedeutung“ aufweist.²⁸ Dies wäre etwa dann der Fall, wenn eine KI mit der Erwartungshaltung eingeführt wird, dass die von ihr generierten

10 Heine, Der Vorbehalt menschlicher Entscheidungen im Arbeitsverhältnis, 2023, S. 127.

11 So auch EuGH, Urt. v. 7.12.2023 – C-634/21, NZA 2024, 45, 48 Rn. 52 ff., 64.

12 Buchner, in: Kühling/Buchner, 4. Aufl. 2024, DS-GVO Art. 22 Rn. 24a.

13 Ebenso Lang/Reinbach, NZA 2023, 1273, 1276; s. zur Zurechnung der KI-generierten Willenserklärung etwa Meyer, NJW 2023, 1841, 1843 f.

14 S. etwa Taeger, in: Taeger/Gabel, 4. Aufl. 2022, DS-GVO Art. 22 Rn. 50 m. w. N.; für das Arbeitsrecht Günther/Gerigk/Berger, NZA 2024, 234, 235.

15 Vgl. Blum, People Analytics, 2021, S. 157.

16 S. nur Höpfner/Daum, ZfA 2021, 467, 481.

17 So etwa Meyer, NJW 2023, 1841, 1845.

18 Geißler, in: Kramer, IT-Arbeitsrecht, § 2 Rn. 947.

19 Entgegen Buchner, in: Kühling/Buchner, 4. Aufl. 2024, DS-GVO Art. 22 Rn. 18 f.

20 Heine, Der Vorbehalt menschlicher Entscheidungen im Arbeitsverhältnis, 2023, S. 142 f.

21 Vgl. Paal, ZfDR 2023, 114, 129 f.

22 So etwa Meyer, NJW 2023, 1841, 1845; Hoffmann, NZA 2022, 19, 22.

23 Vgl. Rudkowski, NZA 2019, 72, 75 (zum Predictive Policing).

24 Instruktiv Niehoff/Straker, DSRITB 2019, 451, 457.

25 Frank/Heine, NZA 2023, 935, 937; s. auch Höpfner/Daum, ZfA 2021, 467, 482: „Output fachlich würdigt“.

26 Eingehend Heine, NZA 2024, 33, 35 f.

27 EuGH, Urt. v. 7.12.2023 – C-634/21 – SCHUFA, NZA 2024, 45.

28 Vgl. Schlussanträge des GA Pikamäe v. 16.3.2023 – C-634/21, BeckRS 2023, 4643 Rn. 43, 46.

Empfehlungen zur Einstellung von Kandidaten die Einstellungsentscheidung „fast in jedem Fall“ schon beinhaltet.²⁹

b) Ausnahmefälle nach Art. 22 Abs. 2 DSGVO

aa) Erforderlichkeit für den Vertragsabschluss

Ist der Anwendungsbereich von Art. 22 Abs. 1 DSGVO eröffnet, bedarf der entscheidungsvorbereitende bzw. -ersetzende Algorithmeneinsatz einer Rechtfertigung gemäß Art. 22 Abs. 2 DSGVO. Danach ist eine automatisierte Entscheidung insbesondere gerechtfertigt, wenn sie für den Abschluss des Arbeitsvertrages erforderlich ist (Art. 22 Abs. 2 lit. a Alt. 1 DSGVO). Ausgehend von der Wertentscheidung des Art. 22 Abs. 1 DSGVO, die Entscheidung über erhebliche Angelegenheiten nicht einem automatisierten Entscheidungssystem zu überlassen, ist im Einzelfall zu prüfen, ob die Entscheidung über die Bewerbung nicht genauso gut durch einen menschlichen Entscheidungsträger getroffen werden könnte.³⁰ Dies wäre jedenfalls nicht (mehr) der Fall, wenn die Personalabteilung mit einer außergewöhnlich hohen Anzahl an Bewerbungen konfrontiert ist, sodass sie veranlasst wäre, einzelne Bewerbungen unbesehen abzulehnen, um mit einem vertretbaren Aufwand überhaupt irgendeine Entscheidung über die Stellenbesetzung zu treffen.³¹ In diesem Fall hätte nicht nur der Arbeitgeber, sondern auch der Bewerber ein Interesse daran, dass etwa solche Bewerbungen automatisiert abgelehnt werden, die nicht einmal den formalen Anforderungen entsprechen.³² Die Schwelle hierfür dürfte indes regelmäßig erst bei mehreren 1.000 Bewerbungen anzunehmen sein.³³

bb) Mitgliedstaatliche Erlaubnisnorm?

Als weitere Rechtsgrundlage könnte künftig womöglich § 37a Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 BDSG-E³⁴ in Betracht kommen.³⁵ § 37a BDSG-E beruht auf Art. 22 Abs. 2 lit. b DSGVO, der eine automatisierte Entscheidung über Art. 22 Abs. 2 lit. a (Erforderlichkeit) und lit. c DSGVO (Einwilligung) hinaus auch bei einer mitgliedstaatlichen Rechtsvorschrift zulässt. Gemäß § 37a Abs. 1 Nr. 1 BDSG-E ist die Erstellung und Verwendung eines Wahrscheinlichkeitswertes über ein bestimmtes zukünftiges Verhalten dieser Person vorbehaltlich § 37a Abs. 2 BDSG-E zulässig unter anderem zum Zweck der Entscheidung über die Begründung eines Vertragsverhältnisses. Diese Regelung geht ausweislich ihres offenen Wortlauts sowie § 37a Abs. 1 Nr. 2 BDSG-E über das Kredit scoring hinaus und erfasst grundsätzlich auch den Umgang mit Wahrscheinlichkeitswerten im Arbeitsverhältnis.

Sollten Arbeitgeber von § 37a Abs. 1 Nr. 1 BDSG-E etwa im Rahmen des entscheidungsunterstützenden Algorithmeneinsatzes Gebrauch machen wollen, haben sie insbesondere sicherzustellen, dass sie die hierfür genutzten personenbezogenen Daten für keine anderen Zwecke verarbeiten (§ 37a Abs. 2 Nr. 3 lit. b BDSG-E). Fraglich wird sein, wie weit der jeweilige Zweck zu verstehen ist. Nach einem engen Verständnis wäre der Zweck auf die Entscheidung über die Begründung eines Arbeitsverhältnisses beschränkt. Die zur Erstellung des Wahrscheinlichkeitswertes genutzten Daten, wie etwa die Angaben über die Qualifikation des Bewerbers, dürften hiernach zwar für die Einstellungsentscheidung, aber nicht auch noch für die Entscheidung über den jeweiligen konkreten Einsatzort des eingestellten Bewerbers genutzt werden, da dies einem „anderen Zwecke“ dienen würde, namentlich der Durchführung des Arbeitsverhältnisses. Bei weniger strengem Verständnis könnte der Zweck einheitlich in der Begründung, Durchführung und Beendigung des Arbeitsverhältnisses gese-

hen werden. Schließlich, so ließe sich erwägen, dürften KI-basierte Beurteilungen im Vorfeld des Arbeitsverhältnisses auch Aussagen über die Verwendungsmöglichkeiten des Bewerbers während des Arbeitsverhältnisses beinhalten und daher dem Arbeitsverhältnis insgesamt dienen. Ausgehend vom differenzierenden Wortlaut des § 37a Abs. 1 Nr. 1 BDSG-E dürfte allerdings der erstgenannten engen Ansicht zu folgen sein.³⁶

cc) Einwilligung

Bewerber könnten in den entscheidungsunterstützenden bzw. -ersetzenden KI-Einsatz schließlich auch einwilligen (Art. 22 Abs. 2 lit. c DSGVO). Neben den hohen Anforderungen an die Freiwilligkeit (Art. 7 Abs. 4 DSGVO) und Informiertheit (Art. 4 Nr. 11 DSGVO) hätten Arbeitgeber allerdings zu beachten, dass Bewerber ihre Einwilligung jederzeit widerrufen können (Art. 7 Abs. 3 DSGVO).³⁷ In der Praxis ist Arbeitgebern daher zu raten, die algorithmische Personalauswahl im Zusammenhang mit Art. 22 Abs. 1 DSGVO nicht (ausschließlich) auf eine Einwilligung des Bewerbers zu stützen.

c) Bewerberrechte im Falle automatisierter Entscheidungen

Ist der entscheidungsunterstützende bzw. -ersetzende Algorithmeneinsatz im Rahmen der Personalauswahl als automatisierte Entscheidung i. S. d. Art. 22 Abs. 1 DSGVO einzuordnen, hat der Arbeitgeber seinen Recruitingprozess zudem an den Folgepflichten einer automatisierten Entscheidung auszurichten. Der Recruitingprozess muss hierzu nicht nur vorsehen, dass Bewerber ihre Rechte aus Art. 22 Abs. 3 DSGVO wahrnehmen können. Auch hat der Arbeitgeber den spezifischen Transparenzvorgaben aus Art. 13 Abs. 2 lit. f, Art. 14 Abs. 2 lit. g bzw. Art. 15 Abs. 1 lit. h DSGVO Rechnung zu tragen.

aa) Mindestrechte gemäß Art. 22 Abs. 3 DSGVO

aaa) Recht auf menschliche Intervention

Wird die Bewerbung automatisiert abgelehnt (Art. 22 Abs. 2 lit. a Alt. 1 DSGVO), kann der Bewerber ein menschliches Eingreifen

29 Paal/Hüger, MMR 2024, 540, 541; Heine, NZA 2024, 33, 37.

30 Ausf. Heine, Der Vorbehalt menschlicher Entscheidungen im Arbeitsverhältnis, 2023, S. 150 ff.

31 Ähnlich Günther/Gerigk/Berger, NZA 2024, 234, 236; Köhn, Robot-Recruiting, 2024, S. 151 f.: abhängig von Größe der Personalabteilung; diff. Schindler, Zulässigkeit und Grenzen algorithmischer Systeme bei arbeitsrechtlichen Auswahlentscheidungen, 2023, S. 227: „nur bei großen Unternehmen“; a. A. Wimmer, Algorithmusbasierte Entscheidungsfindung als Methode des diskriminierungsfreien Recruitings, 2022, S. 314 ff.: menschliche Entscheidungsfindung im Recruiting gegenüber – zumal objektiverem – KI-Einsatz wegen Mehraufwands nicht zumutbar.

32 Frank/Heine, NZA 2023, 935, 938.

33 Vgl. Art. 29-Datenschutzgruppe, Leitlinien zu automatisierten Entscheidungen im Einzelfall einschließlich Profiling, 2018, S. 25; enger Blum, People Analytics, 2021, S. 352 f.: täglich 8,7 Bewerbungen bei 13 Personalverantwortlichen unzumutbar.

34 Entwurf eines Ersten Gesetzes zur Änderung des BDSG, BT-Drucks. 72/24.

35 Auch wenn der Gesetzgeber § 37a BDSG-E gerade nicht als (ergänzende) datenschutzrechtliche Rechtsgrundlage für die Verarbeitung personenbezogener Daten verstanden wissen will und sich damit zumindest stillschweigend gegen die (nach hiesiger Ansicht gebotene) Anerkennung der Entscheidung als besondere Form der Verarbeitung ausspricht, s. BT-Drucks. 72/24, S. 20; zust. Thüsing, CB 2024, 45, 47.

36 So wohl auch Thüsing, CB 2024, 45, 48: „Zweck des Scores nach Absatz 1“.

37 Vgl. die Bedenken von Holthausen, RdA 2021, 19, 28.

verlangen (Art. 22 Abs. 3 Var. 1 DSGVO). Das Eingreifen ist darauf gerichtet, dass ein menschlicher Entscheidungsträger die Ablehnungsentscheidung überprüft. Hierfür ist erforderlich, dass der Arbeitgeber einen entsprechend befugten und befähigten Personalverantwortlichen vorhält.³⁸ Ein Anspruch auf Änderung der Entscheidung steht dem Bewerber jedoch nicht zu.³⁹ Auch ist aus der gesetzgeberischen Wertentscheidung zu Gunsten einer ausnahmsweise automatisierten Entscheidung etwa im Falle des Art. 22 Abs. 2 lit. a Alt. 1 DSGVO abzuleiten, dass der Bewerber im Einzelfall berechnete Gründe für eine menschliche Überprüfung geltend zu machen hat.⁴⁰

bbb) Recht auf Darlegung des eigenen Standpunkts

Grundlage für die Anbringung berechtigter Gründe ist das Recht des Bewerbers auf Darlegung des eigenen Standpunkts (Art. 22 Abs. 3 Var. 2 DSGVO). Der Recruitingprozess muss dabei so strukturiert werden, dass der Bewerber mit seinen Einwänden gehört wird.⁴¹ Denkbar wäre bspw., dass die automatisierte Benachrichtigung über die Ablehnung einen Freitext oder vordefinierte Auswahlmöglichkeiten enthält, anhand derer der Bewerber seinen Standpunkt kommunizieren kann.

ccc) Anfechtungsrecht

Darüber hinaus ist der Bewerber berechtigt, die automatisiert ergangene Entscheidung anzufechten (Art. 22 Abs. 3 Var. 3 DSGVO). Das Anfechtungsrecht soll dem Betroffenen – wie schon das Recht auf Erwirkung eines menschlichen Eingreifens – die Möglichkeit einer inhaltlichen Neubewertung verschaffen.⁴² Anders als das Recht auf eine menschliche Intervention verlangt das Anfechtungsrecht aber nicht, dass die Neubewertung durch einen menschlichen Entscheidungsträger vorgenommen wird. Arbeitgeber könnten den Recruitingprozess daher so gestalten, dass sie die Bearbeitung einer Anfechtung i. S. d. Art. 22 Abs. 3 Var. 3 DSGVO ebenfalls einem automatisierten System überantworten.⁴³

bb) Information über involvierte Logik

Im Falle einer automatisierten Entscheidung i. S. d. Art. 22 Abs. 1 DSGVO hat der Arbeitgeber dem Bewerber überdies unter anderem aussagekräftige Informationen über die involvierte Logik der automatisierten Entscheidungsfindung zur Verfügung zu stellen. Besondere Relevanz dürfte dieser Pflicht zukommen, wenn Bewerber die Informationen im Nachgang einer automatisierten Entscheidung verlangen (Art. 15 Abs. 1 lit. h DSGVO). Da die automatisierte Entscheidung zu diesem Zeitpunkt schon ergangen ist, dürfte der Bewerber – anders als noch bei der abstrakten Vorabinformation nach Art. 13 Abs. 2 lit. f DSGVO – Auskunft über die wesentlichen Kriterien der automatisierten Entscheidung und ihre Gewichtung zueinander verlangen können (vgl. auch § 37a Abs. 4 Nr. 1 und Nr. 2 BDSG-E).⁴⁴ Arbeitgeber sollten aus diesem Grund sicherstellen, nur solche Systeme einzusetzen, die eine entsprechende Einsicht gewährleisten.

III. KI-Verordnung

Neben der datenschutzrechtlichen Dimension wird die algorithmische Personalauswahl zukünftig auch durch die Regelungen der KI-Verordnung (KI-VO)⁴⁵ geprägt. Die Vorgaben der KI-VO lassen die datenschutzrechtlichen Bestimmungen unberührt (Art. 2 Abs. 7 S. 2 KI-VO) und stellen damit weitergehende Anforderungen auf.

1. Hochrisiko-KI-System im Recruiting

a) Voraussetzung: KI-System

Grundvoraussetzung für die Anwendbarkeit der KI-VO ist das Bestehen eines KI-Systems. Das KI-System wird von der KI-VO legaldefiniert (Art. 3 Nr. 1 KI-VO). Danach ist ein KI-System (1.) ein maschinengestütztes System, (2.) das für einen in unterschiedlichem Grade autonomen Betrieb ausgelegt ist und (3.) das nach seiner Betriebsaufnahme anpassungsfähig sein kann. Darüber hinaus muss das System (4.) aus erhaltenen Eingaben für explizite oder implizite Ziele ableiten, wie Ergebnisse (z.B. Vorhersagen, Inhalte, Empfehlungen oder Entscheidungen) hervorgebracht werden, die physische oder virtuelle Umgebungen beeinflussen können. Die Begriffsbestimmung soll „einfachere herkömmliche Softwaresysteme“ ebenso ausklammern wie solche Systeme, die ausschließlich nach Regeln arbeiten, die von Menschen festgelegt worden sind (vgl. ErwGr. 12 S. 2 zur KI-VO). Im Recruiting wäre es danach etwa erforderlich, dass entscheidungsunterstützende bzw. -ersetzende Systeme sich autonom weiterentwickeln und aus den von ihnen erhaltenen Datensätzen neue Algorithmen zur Personalauswahl ableiten.⁴⁶

b) Hochrisiko-KI-Systeme

Die weiteren Pflichten im Hinblick auf den Einsatz des KI-Systems unter der KI-VO bestimmen sich danach, in welche Risikokategorie das KI-System einzuordnen ist. Nach dem risikobasierten Ansatz der KI-VO können KI-Systeme ein unannehmbares Risiko (Art. 5 KI-VO), ein hohes Risiko oder ein geringes bzw. minimales Risiko aufweisen. Ein unannehmbares Risiko könnte sich im Recruiting etwa dadurch ergeben, dass Arbeitgeber KI-Systeme einsetzen, um Emotionen von Bewerbern abzuleiten, etwa im Rahmen von Persönlichkeitstests.⁴⁷ Ein solcher KI-Einsatz ist ausweislich Art. 5 Abs. 1 lit. f KI-VO nur aus medizinischen Gründen und Sicherheitsgründen denkbar,⁴⁸ andernfalls ist er untersagt. Ein bloß minimales Risiko könnte demgegenüber bei Einsatz KI-basierter Chatbots eintreten.⁴⁹ In diesem Fall muss bereits bei der Konzeption des KI-Systems sichergestellt werden, dass Bewerber über die Interaktion mit einem KI-System informiert werden (Art. 50 Abs. 1 S. 1 KI-VO).

KI-Systeme im Bereich des Recruiting dürften jedoch hauptsächlich Hochrisiko-KI-Systeme darstellen. Das folgt aus Anhang III Ziff. 4 lit. a

38 Frank/Heine, NZA 2023, 935, 938.

39 WHWS/Broy/Heinson, Daten- und Persönlichkeitsschutz im Arbeitsverhältnis, 2. Aufl. 2019, Teil B II Rn. 44.

40 Heine, Der Vorbehalt menschlicher Entscheidungen im Arbeitsverhältnis, 2023, S. 353.

41 Vgl. Helfrich, in: Sydow/Marsch DS-GVO/BDSG, 3. Aufl. 2022, DSGVO Art. 22 Rn. 71: „Recht auf Gehör“.

42 Martini, in: Paal/Pauly, 3. Aufl. 2021, DS-GVO Art. 22 Rn. 39c.

43 Frank/Heine, NZA 2023, 935, 938.

44 Ähnlich GA Pikamäe, Schlussantrag vom 16.3.2023 – C-634/21, BeckRS 2023, 4643, Rn. 58.

45 Verordnung (EU) 2024/1689 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13.6.2024 zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz und zur Änderung bestimmter Rechtsakte (Verordnung über künstliche Intelligenz).

46 Vgl. Frank/Heine, NZA 2024, 433, 434.

47 Vgl. die Konkretisierung etwaiger Emotionen in ErwGr. 18 S. 2 und 3 zur KI-VO, wonach physische Zustände wohl nicht erfasst sein dürften.

48 Der Wortlaut, der nur auf das Einführen oder Auf-den-Markt-bringen abstellt, dürfte dem nicht entgegenstehen, schließlich betrifft Art. 5 Abs. 1 lit. f KI-VO insgesamt die Verwendung des KI-Systems am Arbeitsplatz.

49 Günther/Gerigk/Berger, NZA 2024, 234, 239.

i. V. m. Art. 6 Abs. 2 KI-VO. Hiernach gelten im Bereich Beschäftigung und Personalmanagement solche KI-Systeme als Hochrisiko-KI-Systeme, die bestimmungsgemäß für die Einstellung oder Auswahl natürlicher Personen verwendet werden sollen, insbesondere um gezielte Stellenanzeigen zu schalten, Bewerbungen zu sichten oder zu filtern und Bewerber zu bewerten. Neben diesen entscheidungsunterstützenden Szenarien dürfte auch der entscheidungsersetzende KI-Einsatz im Recruiting grundsätzlich ein hohes Risiko beinhalten. Das ergibt sich aus Anhang III Ziff. 4 lit. b KI-VO, der unter anderem in solchen KI-Systemen ein hohes Risiko erkennt, die bestimmungsgemäß für Entscheidungen verwendet werden, die die Bedingungen von Arbeitsverhältnissen beeinflussen. Eine solche Entscheidung dürfte auch die Entscheidung über das Ob als Grundbedingung des Arbeitsverhältnisses umfassen.

Abweichend von diesem Grundsatz gelten KI-Systeme ausnahmsweise nicht als Hochrisiko-KI-Systeme, wenn sie kein erhebliches Risiko für die Gesundheit, die Sicherheit oder die Grundrechte der Bewerber aufweisen (Art. 6 Abs. 3 UAbs. 1 KI-VO). Ein solcher Fall kann bspw. auftreten, wenn KI-Systeme bestimmungsgemäß bloß eng gefasste Verfahrensaufgaben durchführen, wie das Ordnen unstrukturierter Daten (Art. 6 Abs. 3 UAbs. 2 lit. a KI-VO, ErwGr. 53 S. 4 zur KI-VO). Diese Ausnahme gilt jedoch nur dann, wenn das KI-System kein Profiling i. S. d. Art. 4 Nr. 4 DSGVO betreibt (Art. 6 Abs. 3 UAbs. 3 KI-VO). Das dürfte, wie gesehen, im Recruiting indes regelmäßig der Fall sein.⁵⁰

2. Pflichten der Arbeitgeber

a) Menschliche Aufsicht

Als Betreiber von KI-Systemen (Art. 3 Nr. 4 KI-VO) treffen den Arbeitgeber verschiedene Pflichten. Hervorzuheben ist etwa die Pflicht zur menschlichen Aufsicht.⁵¹ Setzt der Arbeitgeber ein Hochrisiko-KI-System im Recruiting ein, ist er gemäß Art. 26 Abs. 2 KI-VO verpflichtet, eine Person mit der menschlichen Aufsicht zu betrauen und ihr die hierfür erforderliche Unterstützung zukommen zu lassen. Durch die Pflicht zur Vorhaltung einer Aufsichtsperson bringt die KI-VO zum Ausdruck, dass der Arbeitgeber die konkrete menschliche Aufsicht verantwortet. Die menschliche Aufsicht ist dabei im Wesentlichen auf eine kritische Überprüfung jedes einzelnen KI-generierten Ergebnisses gerichtet (vgl. Art. 14 Abs. 4 lit. c bis e KI-VO). Die Pflicht zur menschlichen Aufsicht geht damit über Art. 22 Abs. 1 DSGVO und seine Ausnahmen hinaus,⁵² rechtfertigt sich aber vor dem Hintergrund des erheblichen Risikos des KI-Systems (vgl. Art. 6 Abs. 3 UAbs. 1 KI-VO).

b) Informationspflichten

Arbeitgeber sollten im Falle des Einsatzes eines KI-Systems im Recruiting ferner die spezifischen Informationspflichten unter der KI-VO beachten. Art. 26 Abs. 7 KI-VO sieht eine Vorab-Information von Arbeitnehmern und Arbeitnehmervertretern darüber vor, dass die Arbeitnehmer „Gegenstand“ des KI-Einsatzes werden. Ausgehend vom Schutzzanliegen des Art. 26 Abs. 7 KI-VO sowie Anhang III Ziff. 4 lit. a KI-VO dürfte die Informationspflicht auch gegenüber Bewerbern gelten. In jedem Fall müssen Arbeitgeber gemäß Art. 26 Abs. 11 KI-VO betroffene Bewerber darüber in Kenntnis setzen, dass sie einem Hochrisiko-KI-System unterliegen, das Entscheidungen in Bezug auf ihre Person trifft bzw. bei solchen Entscheidungen Unterstützung leistet.⁵³

c) Recht auf Erläuterung

Die Informationspflicht über den KI-Einsatz zur Entscheidungsfindung wird ergänzt durch das Recht auf Erläuterung. Gemäß Art. 86 Abs. 1

KI-VO haben Bewerber, die von einer Entscheidung betroffen sind, das Recht, vom Arbeitgeber klare und aussagekräftige Erläuterungen zur Rolle des KI-Systems im Entscheidungsverfahren und zu den wichtigsten Elementen der getroffenen Entscheidung zu verlangen. Voraussetzung ist, dass der Arbeitgeber die Entscheidung auf Grundlage der Daten aus einem Hochrisiko-KI-System getroffen hat. Ferner muss die betreffende Entscheidung rechtliche Wirkungen entfalten oder den Bewerber in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigen – was bei der Entscheidung über die Bewerbung wie bei Art. 22 Abs. 1 DSGVO, dem Art. 86 Abs. 1 KI-VO nachgebildet zu sein scheint, der Fall sein dürfte.

IV. Ausblick

Der Algorithmeneinsatz im Recruiting sieht sich erhöhten datenschutzrechtlichen und technikatrechtlichen Anforderungen gegenüber. Das gilt umso mehr, als die Reichweite des sogenannten SCHUFA-Urteils zum Anwendungsbereich des Art. 22 Abs. 1 DSGVO ebenso noch nicht absehbar ist wie die weitreichenden Betreiberpflichten unter der KI-VO. Ob das regulatorische Umfeld darüber hinaus noch durch ein Beschäftigtendatenschutzgesetz ergänzt wird, dürfte nach dem jüngsten Regierungsentwurf zur Änderung des BDSG indes unwahrscheinlich sein.

AUTOREN



Dr. Justus Frank, LL. M., Maître en droit, ist Rechtsanwalt und Fachanwalt für Arbeitsrecht bei Hogan Lovells International LLP in Düsseldorf. Er berät nationale und internationale Mandanten zu allen Fragen des individuellen und kollektiven Arbeitsrechts, insbesondere zur Digitalisierung der Arbeitswelt.



Dr. Maurice Heine ist wissenschaftlicher Mitarbeiter bei Hogan Lovells International LLP in Düsseldorf.

⁵⁰ Vgl. insg. Frank/Heine, NZA 2024, 433, 435.

⁵¹ Frank/Heine, NZA 2024, 433, 437 (auch zum Folgenden).

⁵² Vgl. Frank, NZA-Editorial 12/2024.

⁵³ S. zum Ganzen Frank/Heine, NZA 2024, 433, 437.