

Internetrecht und Digitale Gesellschaft

Band 55

Robot-Recruiting

**Datenschutz- und antidiskriminierungs-
rechtliche Herausforderungen beim Einsatz
von KI-Systemen im Einstellungsverfahren**

Von

Kay Alexander Köhn



Duncker & Humblot · Berlin

KAY ALEXANDER KÖHN

Robot-Recruiting

Internetrecht und Digitale Gesellschaft

Herausgegeben von
Dirk Heckmann

Band 55

Robot-Recruiting

Datenschutz- und antidiskriminierungs-
rechtliche Herausforderungen beim Einsatz
von KI-Systemen im Einstellungsverfahren

Von

Kay Alexander Köhn



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechts- und Staatswissenschaftliche Fakultät
der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn
hat diese Arbeit im Jahr 2023 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2024 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Satz: L101 Mediengestaltung, Fürstenwalde
Druck: CPI books GmbH, Leck
Printed in Germany

ISSN 2363-5479
ISBN 978-3-428-18983-0 (Print)
ISBN 978-3-428-58983-8 (E-Book)

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Meinen Eltern

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde im März 2023 von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn als Dissertation angenommen. Rechtsprechung und Literatur sind bis August 2022 berücksichtigt.

An dieser Stelle möchte ich mich bei all jenen bedanken, die mich während des Verfassens dieser Arbeit unterstützt haben.

An erster Stelle möchte ich meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Raimund Waltermann, herzlich für seine Betreuung und Unterstützung danken. Er hat mir den wissenschaftlichen Freiraum für dieses innovative Thema eingeräumt und durch seine stete Diskussionsbereitschaft zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen. Des Weiteren möchte ich Frau Prof. Dr. Louisa Specht-Riemenschneider danken, die das Zweitgutachten trotz anderer Herausforderungen zügig erstellt hat. Ferner gebührt mein Dank Herrn Prof. Dr. Dirk Heckmann für die Aufnahme der Arbeit in diese Schriftenreihe.

Diese Arbeit ist das Ergebnis einer gemeinschaftlichen Anstrengung. In vielerlei Hinsicht habe ich von der Hilfe von Menschen aus meinem privaten Umfeld profitiert. Daher möchte ich all meinen Wegbegleiterinnen und Wegbegleitern für ihre bedingungslose Unterstützung, ermutigenden Worte in Momenten der Unsicherheit und wertvollen Ratschläge danken.

Mein größter Dank gilt dabei meinen Eltern, die mir stets Orientierung und Rückhalt geboten haben. Ohne sie wäre diese Arbeit nicht möglich gewesen. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Köln, Juli 2023

Kay Alexander Köhn

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 Persönlichkeitsentwicklung	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-)Geeignetheit 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

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 unbe-	
	dingte Vorrangearäumung)	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 Garantiehafung	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

1. Kapitel

Einleitung

Digitale Technologien halten zunehmend in sämtliche Bereiche des Alltags Einzug. Dies gilt auch für das Arbeitsrecht.

A. War Of Talents

Gerade die Suche nach geeignetem Personal ist von besonderer Bedeutung für jedes Unternehmen. Diese Bedeutung wurde durch Strukturveränderungen am Arbeitsmarkt verstärkt. Durch eine sinkende Arbeitslosenquote und dem damit einhergehenden Wandel von einem Nachfrage-/Arbeitsmarkt zu einem Angebots-/Arbeitnehmermarkt und infolge demographischer Veränderungen ist und wird die Personalsuche zunehmend herausfordernder.¹ Hinzu kommen die Globalisierung, die zu einer Mobilität der Bewerberinnen und Bewerber² führt, und das Internet als Informationsmedium, wodurch Bewerber über die Vorteile bei den verschiedenen Arbeitgebern besser informiert sind.³ Die Konkurrenz der Personalabteilungen um qualifizierte Mitarbeiter wurde schon im Jahr 1998 durch die Unternehmensberatung McKinsey & Company als „*War of Talents*“ bezeichnet.⁴ Dieser *War of Talents* birgt für Unternehmen die Gefahr, keine passenden Arbeitnehmer zu finden. Auf der anderen Seite hat eine Studie gezeigt, dass sich 40% der Bewerber häufiger auf Stellen bewerben würden, wenn der Bewerbungsprozess einfacher gestaltet und weniger zeitraubend wäre.⁵ Hinzu kommt, dass Personalausgaben regelmäßig den größten Kostenfaktor darstellen, weshalb Personalentscheidungen auf einer validen Grundlage getroffen werden sollten. Kostenintensive Fehlbesetzungen sind zu vermeiden. Zudem kann die Bewertung einer Vielzahl von Bewerbungen durch Mitarbeiter von Personalabteilungen schwer handhabbar sein. Ferner können eine diskriminierende

¹ Glöckner, JuS 2018, 1130.

² Die im weiteren Text gewählte männliche Form bezieht sich immer zugleich auf Personen beider Geschlechter.

³ Kasper, *People Analytics in privatrechtlichen Arbeitsverhältnissen*, S. 67.

⁴ Kainer/Weber, BB 2017, 2740 (2740); Peters, *Robo-Recruiting*, S. 1 f.

⁵ Tallgauer/Festing/Fleischmann, in: Verhoeven, *Digitalisierung im Recruiting*, S. 25 (30).

Einstellungspraxis und damit einhergehende negative Presse und Reputationsverluste⁶ zu Nachteilen im *War of Talents* führen.⁷ Hinzu kommt, dass die Nichtberücksichtigung bestimmter Subpopulationen zu einer letztlich kontraproduktiven Begrenzung des Kreises vielversprechender Kandidaten führt.⁸ Außerdem beeinflussen vielfältige Belegschaften unternehmerische Erfolgsfaktoren wie Ansehen, Arbeitsklima und Produktivität mutmaßlich positiv.⁹

B. Software-Einsatz im Einstellungsverfahren

Aus diesen Gründen setzen sich Unternehmen mit dem kommerziellen Einsatz von Softwaresystemen im Einstellungsverfahren auseinander.¹⁰ Um die Einstellungsverfahren (vermeintlich) attraktiver, objektiver, diskriminierungsärmer sowie effizienter und damit kostengünstiger zu gestalten, werden insbesondere Personalauswahlprozesse zunehmend durch Softwaresysteme, zum Teil mit Komponenten, die auf sog. künstlicher Intelligenz beruhen (im Folgenden: „KI-Systeme“), unterstützt. Einstellungsverfahren lassen sich durch den Einsatz von KI-Systemen beschleunigen.¹¹ Außerdem können sie dazu beitragen, dass Unternehmen tatsächlich die geeignetsten Bewerber identifizieren.¹² Ferner können sie dabei helfen, Auswahlentscheidungen zu objektivieren.¹³ Zwar besteht der Verdacht, dass einige Anbieter sich vor allem aus Gründen des Marketings mit dem Label „KI“ schmücken; eine Überprüfung ist allerdings oft nicht möglich, da es sich nicht um Open-Source-Software handelt.¹⁴ Gleichwohl ist der Bereich des *Recruitings* der am weitesten fortgeschrittene Bereich des Einsatzes von KI-Systemen.¹⁵ Die Auswahlprozesse können dadurch teil- oder sogar vollautomatisiert ablaufen. Die (teil-)automatisierte Durchführung des Einstellungsverfahrens, bei der KI-Systeme eine Rolle spielen, wird auch als *Robot-Recruiting* bezeich-

⁶ Wimmer, Algorithmusbasierte Entscheidungsfindung, S. 115f.; Faber, Anreizbasierte Regulierung von Corporate Compliance, S. 35.

⁷ Hartmann, EuZA 2019, 421 (421).

⁸ Wimmer, Algorithmusbasierte Entscheidungsfindung, S. 123.

⁹ Zimmer/Stajcic, NZA 2017, 1040.

¹⁰ Verhoeven, in: Verhoeven, Digitalisierung im Recruiting, S. 113 (116).

¹¹ Peters, Robo-Recruiting, S. 6.

¹² Peters, Robo-Recruiting, S. 7.

¹³ Peters, Robo-Recruiting, S. 6.

¹⁴ Lindinger, in: Gesellschaft für Informatik, Arbeitspapier Diskriminierende KI?, S. 7 (8); Jaume-Palasi/Lindinger/Kloiber, AI Powered Recruiting?, S. 13.

¹⁵ Henssler/Wewetzer, in: Chibanguza/Kuß/Steege, Künstliche Intelligenz, § 6, E., Rn. 45.

net.¹⁶ Das Einstellungsverfahren ist für den Einsatz solcher KI-Systeme im Grundsatz gut geeignet, da gerade im Bereich der Eignungsdiagnostik ein hoher Wissensstand herrscht. Es existieren also anerkannte und gesicherte Theorien und Methoden, die den Systemen zugrunde gelegt werden können.¹⁷ Zudem laufen die verschiedenen Prozesse im Einstellungsverfahren mittlerweile ohnehin zu einem wesentlichen Teil digital ab, was eine unmittelbare Anbindung dieser Systeme (etwa über Schnittstellen zu sog. Bewerbermanagementsystemen, die eine digitale Benutzeroberfläche bieten und über die etwa Bewerbungsunterlagen eingereicht werden können) ermöglicht.¹⁸ Die Corona-Pandemie hat zusätzlich einen Digitalisierungsschub ausgelöst und elektronischen Einstellungsverfahren Vorschub geleistet.¹⁹

C. Phasen des Einstellungsverfahrens

Dabei werden die Systeme zu ganz unterschiedlichen Zwecken in den verschiedenen Phasen des Einstellungsverfahrens verwendet.²⁰ Das Einstellungsverfahren kann grob in drei Phasen unterteilt werden.²¹ Vor der Bewerbung wird der potenzielle Bewerber auf das jeweilige Unternehmen aufmerksam und informiert sich über das Unternehmen (und über dessen Stellenangebote). Dem folgt der Bewerbungsprozess im engeren Sinne, also die Einreichung der Bewerbung und die anschließende Teilnahme am Auswahlprozess. Nach Abschluss des Auswahlprozesses beginnt die Tätigkeit.²² In sämtlichen Phasen ist der Einsatz von KI-Systemen denkbar.²³ Hierfür gibt es zahlreiche Beispiele.²⁴ Manche Systeme sind in der Lage, vollautomatisiert soziale Netzwerke auf geeignete Kandidaten zu durchsuchen.²⁵ Chatbots können vor Beginn der eigentlichen Bewerbungsphase Fragen von Bewerbern beantwor-

¹⁶ Haufe Online Redaktion, Künstliche Intelligenz im Personalwesen; Freyler, NZA 2020, 284 (285); Benecke, in: Kiel/Lunk/Oetker, Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1., § 33, Rn. 168; Hoffmann, NZA 2022, 19.

¹⁷ Verhoeven, in: Verhoeven, Digitalisierung im Recruiting, S. 113 (114).

¹⁸ Verhoeven, in: Verhoeven, Digitalisierung im Recruiting, S. 113 (114); Peters, Robo-Recruiting, S. 3; Jaume-Palasi/Lindinger/Kloiber, AI Powered Recruiting?, S. 38.

¹⁹ Diercks, ZdiW 2021, 62 (63); Els, DOeD 2021, 161 (166).

²⁰ Joos, NZA 2020, 1216.

²¹ Verhoeven, in: Verhoeven, Digitalisierung im Recruiting, S. 51 (56).

²² Verhoeven, in: Verhoeven, Digitalisierung im Recruiting, S. 51 (56).

²³ Verhoeven, in: Verhoeven, Digitalisierung im Recruiting, S. 113 (119).

²⁴ Angesichts ständiger Neuentwicklungen kann die Aufzählung nur unvollständig bleiben; vgl. aber die Auflistung bei Jaume-Palasi/Lindinger/Kloiber, AI Powered Recruiting?, S. 69 ff.

²⁵ Verhoeven, in: Verhoeven, Digitalisierung im Recruiting, S. 113 (122).