

Inhaltsverzeichnis

§ 1 Einleitung	1
A. Verfahrenswandel bei der Bewerberauswahl	2
B. Gang der Untersuchung	3
§ 2 Begriffsbestimmung	5
A. Überblick	5
I. Algorithmus	6
II. Big Data und Data Mining	7
III. Künstliche Intelligenz, maschinelles Lernen und <i>Deep Learning</i>	8
1. Künstliche Intelligenz	9
2. Maschinelles Lernen (<i>machine learning</i>)	14
a) Lernverfahren des maschinellen Lernens	16
aa) Überwachtes Lernen (<i>supervised learning</i>)	17
bb) Unüberwachtes Lernen (<i>unsupervised learning</i>)	17
cc) Verstärkendes Lernen (<i>reinforcement learning</i>)	18
b) Modelle des maschinellen Lernens	19
aa) Lineare Modelle	19
bb) Entscheidungsbaum-Modelle	20
cc) (Künstliche) Neuronale Netzwerke (KNN)	23
c) Nutzung von Modellen	25
aa) Klassifikation	25
bb) Regression	26
cc) <i>Clustering</i>	26
d) Zwischenergebnis	27
3. <i>Deep Learning</i>	27
4. Zwischenergebnis	28
IV. Daten und Datenarten	28
V. <i>Profiling</i> und <i>Scoring</i>	30
VI. Agenten und generative Künstliche Intelligenz	31
B. Schwerpunkt dieser Arbeit	33

§ 3 Bewerberauswahlverfahren	35
A. CV (<i>Curriculum vitae</i>) Parsing	36
B. Stimm- und Gesprächsanalyse	38
C. Videoanalyse	39
D. Zusammenfassung	40
§ 4 Risiken in algorithmenbasierten Bewerbungsverfahren	43
A. Herkömmliche Diskriminierungsrisiken im Bewerbungsverfahren	45
B. Originäre Diskriminierungsrisiken durch den Einsatz von Künstlicher Intelligenz	47
I. Verzerrungen („ <i>Bias</i> “)	48
1. Datenbasierte Verzerrungen	48
a) <i>Historical Bias</i>	49
b) <i>Representation Bias</i>	50
c) <i>Measurement Bias</i>	51
2. Modellbasierte Verzerrungen	52
a) <i>Aggregation Bias</i>	52
b) <i>Evaluation Bias</i>	53
3. Algorithmenbasierte Verzerrungen	53
4. Zusammenfassung	54
II. Kausalitäts- und Korrelationsproblematik	54
C. Potenzte Diskriminierungsrisiken	59
D. Intransparenz, Beweisschwierigkeiten und Haftungsrisiken	61
E. Durchsetzungsschwierigkeiten	64
§ 5 Datenschutzrechtlicher Diskriminierungsschutz bei algorithmenbasierter Bewerberauswahl	67
A. Anwendungsbereiche des Datenschutzrechts	69
I. Sachlicher Anwendungsbereich der DSGVO	70
1. Personenbezogene Daten	70
2. Verarbeitung	75
3. Zwischenergebnis	76
II. Räumlicher Anwendungsbereich der DSGVO	76
III. Anwendungsbereich des BDSG	77
IV. Zulässigkeit der Datenverarbeitung	78
1. Allgemeine Erlaubnistatbestände	78
a) Einwilligung, Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. a) DSGVO	79
b) Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. b) DSGVO	82

Inhaltsverzeichnis

c) Wahrnehmung einer Aufgabe im öffentlichen Interesse, Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. e) DSGVO	84
d) Berechtigte Interessen, Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f) DSGVO	84
e) § 26 BDSG	87
aa) § 26 BDSG als „spezifischere Vorschrift“ iSd Art. 88 DSGVO	87
bb) Verhältnis der DSGVO zu § 26 BDSG	92
cc) Anwendungsbereich des § 26 BDSG	95
2. Qualifizierte Erlaubnistatbestände	98
a) Ausdrückliche Einwilligung, Art. 9 Abs. 2 lit. a) DSGVO	98
b) Art. 9 Abs. 2 lit. b) DSGVO	99
c) Art. 9 Abs. 2 lit. e) DSGVO	99
d) Art. 9 Abs. 2 lit. g) DSGVO	101
e) § 22 Abs. 1 lit. b) BDSG	101
3. Zwischenergebnis	102
V. Datenverarbeitung bei algorithmenbasierter Bewerbersoftware	102
1. Datenerhebung beim konkreten Bewerber	102
a) Fragerecht des Arbeitgebers – ohne Frage	103
b) Erhebung sensibler Daten iSd Art. 9 Abs. 1 DSGVO	104
c) Erhebung sonstiger Daten	106
2. Datenbeschaffung zum Training der Künstlichen Intelligenz	111
a) Zulässigkeit von Datensätzen auf Grundlage erfolgreicher betriebseigener Arbeitnehmer	112
b) Zulässigkeit von Data Warehouses	115
c) Zulässigkeit der Datenbeschaffung aus dem Internet (soziale Netzwerke, Google etc.)	116
VI. Zwischenergebnis	118
B. Verbot der automatisierten Entscheidung iSd Art. 22 Abs. 1 DSGVO	118
I. Voraussetzungen gem. Art. 22 Abs. 1 DSGVO	120
1. Entscheidung, die auf einer automatisierten Verarbeitung beruht	120

Inhaltsverzeichnis

2. Rechtliche Wirkung oder ähnliche erhebliche Beeinträchtigung	124
3. Ausschließlichkeit gem. Art. 22 Abs. 1 DSGVO	125
a) Voll- oder auch teilautomatisierte Prozesse	127
b) Ausmaß des menschlichen Einflusses	132
c) Notwendigkeit einer inhaltlichen Prüfung gem. Art. 22 Abs. 1 DSGVO	135
d) Zwischenergebnis	138
II. Ausnahmen nach Art. 22 Abs. 2 DSGVO	139
1. Erforderlichkeit	139
2. Öffnungsklausel	144
3. Ausdrückliche Einwilligung	147
4. Zwischenergebnis	151
III. Rückausnahme aufgrund erheblichen öffentlichen Interesses	151
IV. Zwischenergebnis	153
C. Informationspflichten und Betroffenenrechte bei algorithmenbasierter Bewerberauswahl	153
I. (Informations-)Pflichten bei zulässigen Datenverarbeitungen	154
1. Transparenz, Art. 12 DSGVO	154
2. Informationen, Artt. 13 und 14 DSGVO	155
a) Notwendigkeit einer fairen und transparenten Entscheidung	156
b) Bestehen einer automatisierten Entscheidungsfindung	157
c) Aussagekraft	160
d) Tragweite und angestrebte Auswirkungen	161
e) Involvierte Logik	162
aa) Wortlaut	164
bb) Systematik	165
cc) Historie	167
dd) Telos	170
ee) Ergebnis der Auslegung	171
II. Recht auf Erläuterung	173
III. Auskunftsanspruch, Art. 15 DSGVO	175
1. Voraussetzungen	175
2. Umfang	175
a) Art. 15 Abs. 1 lit. a)- g) DSGVO	175

Inhaltsverzeichnis

b) Art. 15 Abs. 1 lit. h) DSGVO	176
aa) Keine zusätzlichen Informationen hinsichtlich der involvierten Logik	176
bb) Zusätzlichen Informationen abseits der involvierten Logik	179
cc) Zwischenergebnis	181
c) Einschränkungen des Auskunftsanspruchs	181
aa) Geschäftsgeheimnis	182
bb) Urheberrecht	183
cc) Datenschutz Dritter	184
dd) Unverhältnismäßiger Aufwand und Unmöglichkeit	185
ee) Zwischenergebnis	186
IV. Zwischenergebnis	187
§ 6 Diskriminierungsschutz bei algorithmenbasierter Bewerbersauswahl durch das AGG	189
A. Anwendungsbereich des AGG	190
B. Algorithmenbasierte Benachteiligung iSd AGG	192
I. Benachteiligung iSd AGG	194
1. Unmittelbare Benachteiligung	194
a) Behandlung iSd § 3 Abs. 1 AGG	197
aa) Maschinelle Behandlung iSd § 3 Abs. 1 AGG	198
bb) Erfassung teilautomatisierter Prozesse	201
cc) Maschinelle Behandlung als Unterlassen	203
b) Zwischenergebnis	206
2. Mittelbare Benachteiligung	206
a) Positive Tatbestandsmerkmale der mittelbaren Benachteiligung	207
b) Negative Tatbestandsmerkmale der mittelbaren Benachteiligung	213
c) Zwischenergebnis	218
3. Ergebnis Benachteiligung iSd AGG	218
II. Kausalität iSd § 3 Abs. 1, 2 AGG – „wegen“	219
1. Kenntnis und Kenntnisbezug	222
2. Kausalität bei der mittelbaren Benachteiligung	226

Inhaltsverzeichnis

3. Korrelation statt Kausalität	228
4. Ergebnis Kausalität	229
III. Rechtfertigung algorithmenbasierter Benachteiligungen	230
1. Rechtfertigung nach § 8 Abs. 1 AGG	231
2. Positive Maßnahmen nach § 5 AGG	234
a) Algorithmenbasiertes Bewerbungsverfahren als positive Maßnahme	235
b) Eingriff in das Modell als positive Maßnahme	236
3. Ergebnis Rechtfertigung algorithmenbasierter Benachteiligungen	239
IV. Nachweisbarkeit algorithmenbasierter Benachteiligungen	240
1. Reichweite der Beweiserleichterung aus § 22 AGG	241
a) Generelle Indizien für eine Benachteiligung	243
b) Indizschwelle bei einer algorithmenbasierten Benachteiligung	246
aa) Testing-Verfahren	246
bb) Statistiken	248
cc) Verweigerung eines Auskunftsbegehrens	249
dd) Einsatz eines algorithmenbasierten Bewerbungsverfahrens als Indiz	251
ee) Verzerrungen („Bias“)	255
ff) Exkurs: Explainable AI	256
gg) Zwischenergebnis	257
2. Auskunftsansprüche	257
a) Arbeitsrechtliche Auskunftsansprüche	258
b) Datenschutzrechtliche Auskunftsansprüche	259
aa) Datenschutzrechtliche Bekämpfung algorithmenbasierter Benachteiligungen	259
bb) Reichweite des datenschutzrechtlichen Auskunftsanspruchs im Antidiskriminierungsrecht	261
cc) Zwischenergebnis	262
3. Gegenbeweis oder Beweislastumkehr	263
4. Ergebnis zur Nachweisbarkeit algorithmenbasierter Benachteiligung	264
V. Vertretenmüssen iSd § 15 Abs. 1 S. 2 AGG	265

Inhaltsverzeichnis

C. Ergebnis	267
§ 7 Resümee und Ausblick	269
A. Ergebnisse	269
B. Fazit und Ausblick	273
Literaturverzeichnis	277
Internetquellenverzeichnis	293