

Stefanie Wojak

Intelligente Kollektiv-Algorithmen in der Personalverwaltung

Betrachtung ausgewählter Problemfelder zweier fiktiver Szenarien nach Art. 22 DS-GVO

Algorithmen sind keine Zukunftsvision mehr, sondern inzwischen vollständig im Alltag und der Unternehmenswelt angelangt. Dieser Beitrag soll einige grundsätzliche Überlegungen des Datenschutzes zu Algorithmen in der Personalverwaltung anhand zweier fiktiver Szenarien näher beleuchten und diskutieren, unter welchen Bedingungen diese zulässig eingesetzt werden könnten.

1 Einführung

Algorithmen sind inzwischen fester Bestandteil der Gesellschaft und nicht nur im Alltag, sondern auch in der Unternehmenswelt Teil der Unternehmensabläufe geworden. Dies gilt insbesondere für die Personalverwaltung. Der Begriff „Algorithmus“ bezeichnet einerseits Einzelalgorithmen mit einer bestimmten Verwendung, andererseits einzelne Programmschleifen bei umfangreichen Programmen.¹ Algorithmen sind nicht nur in Soft- und Hardware zu finden, sondern auch in Infrastrukturen mit hoher Komplexität.² Algorithmen sind „technische Regeln zur automatisierten Bewältigung einer Aufgabe“³, ähnlich beispielsweise einem Kochrezept.⁴ Im Gegensatz zu einem Kochrezept, sind in ihrem Verlauf solche Algorithmen, die intelligent unabhängig vom Menschen agieren, anpassungsfähig. Beim Kochrezept zum allseits bekannten Hefeteig „Herrmann“, um bei dem Beispiel aus der Küche zu bleiben, würde sich der Teig spontan zu sämtlichen Backwaren entwickeln können, ohne dass dies vorgegeben ist. Im Ursprung werden somit bestimmte Funktionalitäten oder Kriterien in einen Algorithmus als „Grundzutaten“ einprogrammiert. Inwiefern sich diese Zutaten intelligent weiterentwickeln, kann jedoch nicht vorhergesehen werden. Intelligente Algorithmen (KI-Algorithmen) schreiben sich selbst weiter. Dies kann singular oder im Kollektiv mit anderen, ebenfalls intelligenten Algorithmen und in Unabhängigkeit von menschlichen Inputs des Programmierers entstehen.⁵

1 Wiebe, in: Spindler/Schuster (Hrsg.), Recht der elektronischen Medien, 2015, § 69a UrhG, Rn. 22; für weitere Erläuterungen siehe Schael, DuD 2018, S. xxx, in diesem Heft.

2 Vgl. Hoffmann-Riem, AöR 142 (2017), S. 9.

3 Hoffmann-Riem, AöR 142 (2017), S. 28.

4 Grützbacher, in: Wandtke/Bullinger, Praxiskommentar zum Urheberrecht, § 69a UrhG, Rn. 28.



Stefanie Wojak, LL.M.

Privacy Counsel der FIRST PRIVACY GmbH in Bremen. Absolventin der Hanse Law School der Carl von Ossietzky Universität Oldenburg und der Universität Bremen

E-Mail: swojak@first-privacy.com

2 Szenarien

Für die Personalverwaltung lässt sich dies anhand verschiedener Szenarien verdeutlichen:

Stellen Sie sich vor, die Programmierer in Ihrem Unternehmen schlagen vor, ein innovatives Konzept für die Bewerberauswahl (HR) auszuprobieren. Unabhängig voneinander haben einige Programmierer KI-Algorithmen entwickelt, die neue Funktionen im HR-Bereich entwickeln sollen. Jeder Algorithmus an sich wurde zu einem bestimmten Ziel entwickelt und enthält eine Vielzahl komplexer Kriterien, nach denen Entscheidungen getroffen werden. Nun haben Sie vier KI-Algorithmen und möchten diese gern im Kollektiv agieren lassen. Ob hier wirklich ein Ergebnis entsteht, wissen Sie im Vorfeld nicht. Zunächst „sprechen“ die KI-Algorithmen unterschiedliche Programmiersprachen und wurden für unterschiedliche Zwecke entwickelt. Doch was ist, wenn Ihre KI-Algorithmen selbstständig eine „gemeinsame“ Programmiersprache und eine neue Funktionalität entwickeln? An dieser Stelle sind zwei Szenarien vorstellbar:

Szenario 1: Die Programmierer haben leider vergessen, dass einer Ihrer Algorithmen Ihnen Vorschläge zur effizienteren HR-Planung machen darf. Bisher wurden Ihnen diese Vorschläge nur unterbreitet und letztendlich haben Sie entschieden. Leider haben die KI-Algorithmen jedoch sich so selbstständig weitergeschrieben, dass die KI-Algorithmen per E-Mail Mitarbeiter

5 Kirn/Müller-Hengstenberg, MMR 2014, S. 225.

nach Durchführung einer Potenzialanalyse seitens sämtlicher in Ihren Systemen vorhandenen Daten entlassen.

Szenario 2: Die KI-Algorithmen haben sich durch Verbindung gemeinsamer Potentiale so entwickelt, dass ein Programm zur Personalbewertung eine neue Vorschlagsfunktion zur Entlassung enthält. Die Algorithmen ermitteln selbstständig, welche Mitarbeiter den höchsten Umsatz erzielt haben und kennen zudem sämtliche Arbeitszeugnisse. Der Vorschlag kann von den befugten Mitarbeitern mit Personalentscheidungskompetenz angenommen oder abgelehnt werden.

3 Verantwortliche

Diese beschriebene KI-Gemeinschaft könnte Auswahl- und Indexierungsentscheidungen auf Grundlage von künstlicher Intelligenz treffen. Inwiefern diese Auffassung der Eigenschaft des Verantwortlichen auf absolut autonom agierende Technik übertragbar ist, bleibt fraglich. Technisch kann nicht ausgeschlossen werden, dass ein Spontanverhalten von KI-Algorithmen stattfindet. Überindividuelle Effekte des Kollektivs können entstehen, die nicht mehr auf die „Grundzutaten“ zurück zu beziehen sind. Aus juristischer Sicht ergibt sich demzufolge die Frage, wer in diesem Fall eigentlich Adressat der Verpflichtungen als Verantwortlicher ist.

3.1 Grundrechtliche Diskussion: KI-Kollektive als Rechtsträger

In Konstellationen des kollektiven Spontanverhaltens von KI-Algorithmen ist umstritten, wer überhaupt Grundrechtsträger ist. Nach teilweise vertretener Auffassung gibt es keine faktische Ausübung der Autonomie im Handeln nach Art. 2 Abs. 2 GG durch technische, schwer erkennbare Fremdsteuerung.⁶ Vielmehr werden überindividuelle Effekte durch kollektives Zusammenwirken mit KI-Algorithmen produziert, die dem ursprünglichen Programmierer oder der dahinterstehenden juristischen Person subjektiv nicht zuzurechnen sind. Aktuell soll es aber ein Defizit der Erfassung von Kollektivität geben.⁷ Insoweit wird sich auf die Auffassung des Bundesverfassungsgerichts bezogen: Hiernach können digitale Kollektivitäten grundrechtsfähig sein, unabhängig davon, ob es sich um menschliche oder technische Kollektivitätsformen handelt.⁸ Voraussetzung ist jedoch, dass eine festgefügte Struktur besteht, die Kollektivität auf eine gewisse Dauer angelegt ist und gemeinsam strukturell und nicht schlicht korrelativ, also zufällig gemeinsam, gehandelt wird.⁹ Hierbei besteht das Problem, dass unsere KI-Algorithmen jedoch zufällig gemeinsam handeln und keine festgefügte Struktur besitzen. Vielmehr entsteht eine Art spontanes Gemeinschaftsverhalten ohne festgefügte Struktur, das nicht mit den Voraussetzungen des Bundesverfassungsgerichts vereinbar ist. Das Recht hinkt somit sprichwörtlich der technischen Entwicklung hinterher. Ein prozedurales Verständnis von Kollektivität, das nicht verlangt, dass eine festgefügte Struktur besteht, könnte hier hilfreich sein.¹⁰ In der Grundrechtstheorie ist dieser Ansatz interessant, jedoch

höchst umstritten. In naher Zukunft ist daher nicht zu erwarten, dass der oben beschriebene Ansatz eine herrschende Meinung bilden wird.

3.2 Datenschutzrechtliche Diskussion: Der Verantwortliche

Aus datenschutzrechtlicher Perspektive ist hingegen zu klären, wer nach Art. 4 Nr. 7 DS-GVO der Verantwortliche beider Szenarien ist. Der Verantwortliche ist eine „natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle, die allein oder gemeinsam mit anderen über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung von personenbezogenen Daten entscheidet“ (Art. 4 Nr. 7 Hs. 1 DS-GVO). Hierbei bezieht sich die geteilte Verantwortlichkeit auf die Konstellation des gemeinsam Verantwortlichen nach Art. 26 Abs. 1 S. 1 DS-GVO. Fraglich ist, wer den entscheidenden Schritt zur Beeinflussung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts hierbei unternimmt. Im Rahmen der datenschutzrechtlichen Haftung ist dies zudem wichtig, da nach Art. 82 Abs. 1 DS-GVO, [j]ede Person, der wegen eines Verstoßes gegen diese Verordnung ein materieller oder immaterieller Schaden entstanden ist, [einen] Anspruch auf Schadenersatz gegen den Verantwortlichen („hat. Doch wer ist der Verantwortliche bei KI-Algorithmen, die infolge der Programmierung selbstlernend, intelligent agieren und unvorhersehbar agieren?

Gemäß Art. 82 Abs. 2 S. 1 DS-GVO haftet „jeder an einer Verarbeitung beteiligte Verantwortliche“ für die schadensverursachende Verarbeitung. Die Verantwortlichen müssten hiernach ggf. durch die Weichenstellungen den entscheidenden Schritt zur potentiellen Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechtes nach Art. 2 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG unternehmen.¹¹ Der Verarbeitungszweck wird nach dieser Argumentation vom Verantwortlichen, hier den Programmierern, bestimmt, da diese durch vorprogrammierte Kriterien der KI jeweils Zwecke vorgeben. Dies widerspricht aber nicht nur dem zuerst oben beschriebenen Szenario, sondern auch der Realität autonom agierender KI-Algorithmen. Sofern KI-Algorithmen autonom ohne Zutun miteinander agieren, müsste hiernach jeder Programmierer für die Handlung „seines“ KI-Algorithmus haften. Somit müsste im Einzelfall der Einfluss sämtlicher Algorithmen und die Kausalität hinsichtlich der schadensverursachenden Verarbeitung festgestellt werden. Für die vorliegenden Szenarien ist dies nicht praktikabel, da zu unterstellen ist, dass nicht sämtliche Verarbeitungsschritte den jeweiligen KI-Algorithmen nachträglich zugeordnet werden können. Aus datenschutzrechtlicher Sicht kann somit kritisiert werden, dass die Mittel und Zwecke von den Verantwortlichen bei KI-Algorithmen nicht festgelegt werden. Zu diskutieren bleibt daher, wer die umfassende Verantwortlichkeit für die Rechtmäßigkeit der Verarbeitung bei KI-Algorithmen übernimmt.¹² Nichtsdestotrotz könnte sich der Anspruchsberechtigte gegen jeden Beteiligten einzeln wenden.¹³ Weiterhin kommt es nicht auf die zuvor dargestellte Zurechnung des Schadens an, sondern der Zurechnung der Verarbeitung.¹⁴

Die Zurechnung der Verarbeitung ist im Außenverhältnis einfacher und praktikabler aus Perspektive des Anspruchsbe-

6 Vgl. Hoffmann-Riem, AöR 142 (2017), S. 6.

7 Ingold, Der Staat 53 (2014), S. 205; siehe ebd. S. 211 ff.

8 BVerfGE 122, 342.

9 Vgl. BVerfGE 122, 342, 101; Ingold, Der Staat 53 (2014), S. 204.

10 Vgl. Ingold, Der Staat 53 (2014), S. 199; siehe ebd. S. 217 ff.

11 Martini, in: Paal/Pauly/Martini, DS-GVO 2. Aufl. 2018, Art. 24 Rn. 18.

12 Vgl. Bertermann, in: Ehmann/Selmayr/Bertermann, EU-DS-GVO Art. 24 Rn. 1.

13 Vgl. Art. 72 Abs. 4 DS-GVO; Gola, in: Gola/Piltz, DS-GVO Art. 82 Rn. 6.

14 Frenzel, in: Paal/Pauly/Frenzel, DS-GVO Art. 82 Rn. 12.

rechtigten vorzunehmen. Anstatt die einzelne Person und deren Einfluss auf KI-Algorithmen zu untersuchen, kann vielmehr die strukturelle Einheit an sich herangezogen werden. Jedoch steht dem Anspruchsberechtigten frei, entweder die einzelnen Verantwortlichen oder einen gesamtschuldnerischen Anspruch zu stellen.¹⁵ Im Unternehmensumfeld ist dies, das Unternehmen an sich als juristische Person.¹⁶ Das Unternehmen agiert als Verantwortlicher und hat somit sämtliche Prinzipien, einschließlich datenschutzrechtlicher Verantwortlichkeit, „von der Unternehmensspitze bis hin zur -basis“¹⁷ umzusetzen. Vorteil ist dann, dass sämtliche unter dem Dach der juristischen Person agierende Mitarbeiter für den Verantwortlichen, das Unternehmen, im Außenverhältnis handeln. Nach außen haftet der Verantwortliche für die Einhaltung sämtlicher Verpflichtungen, wobei unternehmensinterne Stellen oder externe Auftragnehmer intern die Pflichten des Verantwortlichen erfüllen können.¹⁸ Im Innenverhältnis besteht nach ErwGr 146 S. 9 DS-GVO ein Anspruch des Verantwortlichen, von den Mitverursachern einen Teil des Schadenersatzes zurückzufordern.¹⁹

Dieser Rückgriffsanspruch wird nicht ausschließlich auf datenschutzrechtlicher Ebene, sondern ebenso zivilrechtlich geregelt. Inwiefern sich die Durchgriffshaftung und die generellen haftungsrechtlichen Grundsätze zivilrechtlich und datenschutzrechtlich ergänzen bzw. verdrängen wird kontrovers diskutiert.²⁰ Inwiefern genau das Zusammenspiel der datenschutzrechtlichen Haftung einschließlich nationaler Gesetze und der nationalen zivilrechtlichen Haftung abschließend einzuordnen ist, liegt derzeit dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) als Vorabentscheidungssuchen vor. Das OLG Düsseldorf hat hierzu dem EuGH sechs Fragen noch in Bezug auf die Richtlinie 95/46/EG vorgelegt.²¹ Es bleibt zu hoffen, dass eine Entscheidung des EuGHs hierzu abschließend Stellung beziehen wird.

4 Verbot automatisierter Entscheidungsfindung

Gemäß Art. 22 Abs. 1 DS-GVO Entscheidungen zu unterlassen, die ausschließlich auf automatisierten Verarbeitungen personenbezogener Daten beruhen.²² Die Datenschutz-Grundverordnung formuliert hierzu Folgendes „Die betroffene Person hat das Recht, nicht einer ausschließlich auf einer automatisierten Entscheidungsfindung – einschließlich Profiling – beruhenden Entscheidung unterworfen zu werden, die ihr gegenüber rechtliche Wirkung entfaltet oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt“.²³ Das Ziel dieser Vorschrift ist, dass Individuen keiner vollständigen Entscheidung von Maschinen unterworfen werden sollen.²³

Es ist daher notwendig zu untersuchen, ob es sich im Einzelfall überhaupt um eine ausschließlich automatisierte Entscheidungsfindung handelt. Beispielhaft wird an dieser Stelle für weitergehende Überlegungen auf die bereits zuvor angeführten Szenarien eingegangen.

Szenario 1 – Eine automatisierte Entscheidungsfindung

Bezogen auf das zuerst beschriebene Szenario ist entscheidend, ob die alleinige Entscheidungsgrundlage die automatisierte Entscheidungsfindung bildet.²⁴ Heranzuziehen ist vor allem der Erwägungsgrund 71 DS-GVO, wonach eine alleinige Entscheidungsgrundlage besteht, sofern kein menschliches Eingreifen vorliegt.²⁵ Danach muss ein gestaltender Akt vorliegen, der zumindest in gewisser Weise eine abschließende Wirkung hat.²⁶ Darüber hinaus müsste eine rechtliche Wirkung oder ähnlich wirkende Beeinträchtigung durch die Entscheidung entstehen. Eine solche ist dann anzunehmen, wenn ein rechtlicher Status sich wirtschaftlich positiv oder negativ ändert.²⁷

Bezogen auf das erste Szenario ist demzufolge festzustellen, dass kein menschliches Eingreifen in die Kündigung der Mitarbeiter nach autonom durchgeführter Potenzialanalyse vorliegt, selbst das Kündigungsschreiben wird automatisch versandt. Sämtliche Entscheidungsschritte sind inhaltlich von den KI-Algorithmen zu verantworten. Es kann zudem für das erste Szenario zweifelsfrei davon ausgegangen werden, dass sich die Kündigungen wirtschaftlich negativ auf die Mitarbeiter auswirken. Folglich unterliegt das zuerst beschriebene Szenario dem Verbot zur ausschließlich automatisierten Entscheidungsfindung.

Szenario 2 – Keine automatisierte Entscheidungsfindung

Demzufolge ist bei dem Szenario 1 von einer automatisierten Entscheidungsfindung auszugehen, was für das zweite Szenario aber wiederum ebenfalls diskutiert werden muss. Hintergrund ist, dass eine Vorstrukturierung von Ergebnissen unter Zuhilfenahme automatisierter Entscheidungsprozesse nicht dem Verbot der automatisierten Entscheidungsfindung unterliegt. Zur Argumentation wird herangezogen, dass die abschließende Entscheidung hierbei bei der natürlichen Person liegt, die entsprechenden vorstrukturierten Ergebnislisten missachten kann.²⁸ Nicht der Prozess einer automatisierten Verarbeitung ist verboten, sondern der Entschluss ohne jegliche menschliche Einflussnahme per se mit Wirkung für die Außenwelt.²⁹

Zwar werden auch im zweiten Szenario sämtliche Schritte wie im ersten Szenario durchgeführt, jedoch stellt das Ergebnis einen Vorschlag zur Kündigung dar. In Anbetracht der Datenschutz-Grundverordnung ist somit die „Ausschließlichkeit“ der automatisierten Entscheidungsfindung inhaltlich relevant.³⁰ Die

15 Vgl. Art. 82 Abs. 4 DS-GVO; siehe ebenso: *Bergt*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, Art. 82, Rn. 57.

16 *Quaas*, in: BeckOK DatenschutzR DS-GVO Art. 82 Rn. 44.

17 *Sydow*, Europäische Datenschutzgrundverordnung, DS-GVO Art. 24 Rn. 16.

18 *Sydow*, Europäische Datenschutzgrundverordnung, DS-GVO Art. 24 Rn. 9.

19 *Gola*, in: *Gola/Piltz*, DS-GVO Art. 82 Rn. 8.

20 Unterschiedliche Auffassungen, siehe *Gola*, in: *Gola/Piltz*, DS-GVO Art. 82 Rn. 8; *Schantz/Wolff*, Das neue Datenschutzrecht, Rn. 363; *Bergt*, in: Kühling/Buchner/Bergt, DS-GVO Art. 82 Rn. 57.

21 EuGH C39/17- Fashion ID.

22 Vgl. *Buchner*, in: Kühling/Buchner, Art. 22 Rn. 23 ff. Für Erläuterungen zur Rechtmäßigkeit der Verarbeitung siehe *Conrad*, DuD 2018, S. xxx, in diesem Heft.

23 *von Lewinski*, in: BeckOK DatenschutzR DS-GVO Art. 22 Rn. 2.

24 Hierzu näher bei *Buchner*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, DS-GVO Art. 22 Rn. 14.

25 *Buchner*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 22 Rn. 14.

26 Vgl. *von Lewinski*, in: BeckOK DatenschutzR DS-GVO Art. 22 Rn. 14.

27 *Martini*, in: Paal/Pauli, DS-GVO BDSG, DS-GVO Art. 22, Rn. 26.

28 Vgl. *von Lewinski*, in: BeckOK DatenschutzR DS-GVO Art. 22 Rn 16.1.; vgl. BT-Drs. 14/4329, 37.

29 *Martini*, in: Paal/Pauli, DS-GVO BDSG, DS-GVO Art. 22, Rn. 15 a f.

30 Vgl. ausführlich bei *Buchner*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, 2. Aufl. 2018, Art. 22 Rn. 23 ff.

Aktuelles aus der „Edition HMD“



S. Reinheimer (Hrsg.)
Cloud Computing
 Die Infrastruktur der Digitalisierung
 2018, XVI, 216 S., 39 Abb. Book + eBook, Geb.
 € (D) 59,99 | € (A) 61,42 | *sFr 60,50
 ISBN 978-3-658-20966-7 (Print)
 € 46,99 | *sFr 48,00
 ISBN 978-3-658-20967-4 (eBook)

- Von hochkarätigen Cloud-Computing-Kennern aus Wissenschaft und Praxis geschrieben

Ihre Vorteile in unserem Online Shop:

Über 280.000 Titel aus allen Fachgebieten | eBooks sind auf allen Endgeräten nutzbar |
 Kostenloser Versand für Printbücher weltweit

€ (D) sind gebundene Ladenpreise in Deutschland und enthalten 7 % für Printprodukte bzw. 19 % MwSt. für elektronische Produkte. € (A) sind gebundene Ladenpreise in Österreich und enthalten 10 % für Printprodukte bzw. 20% MwSt. für elektronische Produkte. Die mit * gekennzeichneten Preise sind unverbindliche Preisempfehlungen und enthalten die landesübliche MwSt. Preisänderungen und Irrtümer vorbehalten.



M. Knoll, S. Strahinger (Hrsg.)
IT-GRC-Management – Governance, Risk und Compliance
 Grundlagen und Anwendungen
 2017, XV, 234 S., 40 Abb., 22 Abb. in Farbe.
 Book + eBook, Geb.
 € (D) 59,99 | € (A) 61,42 | *sFr 60,50
 ISBN 978-3-658-20058-9 (Print)
 € 46,99 | *sFr 48,00
 ISBN 978-3-658-20059-6 (eBook)

- Gibt einen umfassenden Überblick zu IT-Governance, IT-Risikomanagement und IT-Compliance

Jetzt bestellen auf springer.com/informatik oder in Ihrer Buchhandlung

Part of **SPRINGER NATURE**

AS7593

KI-Algorithmen schlagen somit dem entscheidungsbefugten Mitarbeiter vor, welche Entscheidung letztendlich von dieser natürlichen Person zu treffen ist. Es handelt sich somit um keine automatisierte Entscheidungsfindung, sondern um eine Vorstrukturierung von potentiell zu entlassenden Mitarbeitern. Diese Verarbeitung ist im Ergebnis nicht unter das Verbot der automatisierten Entscheidungsfindung zu subsumieren und unter Beachtung weiterer rechtlicher Vorgaben, wie Beachtung des Allgemeinen Gleichstellungsgesetzes³¹, zulässig.

4.1 Ausnahmen vom Verbot der automatisierten Entscheidungsfindung

Bei positiv festgestellter automatisierter Entscheidungsfindung (vergleichbar Szenario 1) ist zu prüfen, ob neben den weiteren Zulässigkeitsvoraussetzungen ggf. eine der Ausnahmeregelungen des allgemeinen Verbots greift (Art. 22 Abs. 2 DS-GVO). Zulässigkeitsvoraussetzung, um eine automatisierte Entscheidungsfindung durchführen zu dürfen bzw. damit eine Ausnahmeregelung des Verbots greifen kann, sind angemessene Schutzmaßnahmen zur Wahrung der Rechte und Freiheiten, sowie der berechtigten Interessen der betroffenen Person (Art. 22 Abs. 3 DS-GVO). Das Recht verweist zusätzlich auf den Einzelfall, da die betroffene Person zusätzlich das Recht hat, den eigenen Standpunkt darzulegen. Es besteht zudem ein Recht auf inhaltliche Neubewertung, wonach der Betroffene berechtigt ist, eine Neubewertung des Ein-

zelfalls erzwingen zu können.³² Hier wird teilweise argumentiert, dass theoretisch der Einzelfall auch seitens eines Algorithmus zumindest theoretisch geprüft werden könnte.³³ In der Praxis können Betroffenenanfragen jedoch noch nicht sachgerecht im Einzelfall geprüft werden.³⁴ Fraglich ist hierbei daher, ob und wann entsprechende praxiskonforme Umsetzungsvarianten seitens der Wirtschaft bzw. Datenschutzbehörden vorgestellt werden.

Im zweiten Schritt ist zu prüfen, ob eine der Ausnahmeregelungen des Art. 22 Abs. 2 DS-GVO greift. Hiernach sind automatisierte Entscheidungsfindungen zulässig, die erforderlich sind, einen Vertrag zu schließen oder einen Vertrag zu erfüllen (Art. 22 Abs. 2 lit. a DS-GVO). Die zweite Ausnahme bezieht sich auf besondere Rechtsvorschriften auf europäischer oder nationalstaatlicher Ebene im Sinne einer Öffnungsklausel (Art. 22 Abs. 2 lit. b DS-GVO) und als dritten Ausnahmetatbestand auf die ausdrückliche Einwilligung des Betroffenen (Art. 22 Abs. 2 lit. c DS-GVO).

Vorliegend ist die automatisierte Entscheidungsfindung im ersten Szenario nicht erforderlich für den Vertragsschluss oder die Vertragserfüllung. Die nationale Öffnungsklausel des Art. 22 Abs. 2 lit. b DS-GVO wurde im Bundesdatenschutzgesetz an unterschiedlichen Stellen genutzt. Auf Grund des Fokus dieses Artikels auf die Datenschutz-Grundverordnung, wird an dieser Stelle jedoch auf die nationalen Ausnahmeregelungen für Verbraucherkredite (§ 30 BDSG), Scoring und Bonitätsauskünfte

32 Martini, in: Paal/Pauli, DS-GVO BDSG, DS-GVO Art. 22, Rn. 39b f.

33 Vgl. Martini, in: Paal/Pauli, DS-GVO BDSG, DS-GVO Art. 22, Rn. 39b.

34 Martini/Nink, NVwZ-Extra 10/2017, 1 (4).

31 Vgl. Artikel-29-Arbeitsgruppe, WP 251, 3. Oktober 2017, S. 10.

(§ 31 BDSG) und Versicherungsverträge (§ 37 BDSG) nicht weiter eingegangen.

Dritter Ausnahmetatbestand vom Verbot der automatisierten Entscheidungsfindung ist die ausdrückliche Einwilligung des Betroffenen. Nach Auffassung der Artikel-29-Arbeitsgruppe ist die Einwilligung nur im Ausnahmefall als Rechtsgrundlage der Verarbeitung zulässig.³⁵ Um überhaupt einwilligen zu können, muss jedoch der Einzelne sowohl wissen, dass eine automatisierte Entscheidungsfindung stattfindet („ob“) als auch die involvierte Logik der Algorithmen, Tragweite und potentiellen Auswirkungen („Wie“) verstehen.³⁶ Die Praxis zeigt jedoch, dass es zumeist bereits schwierig ist eine technische Erklärung als Nicht-Informatiker zu verstehen. Inwiefern kann es dem Verantwortlichen darüber hinaus zugemutet werden, aus der Perspektive eines „Otonormalbürgers“, diesen über eine automatische Entscheidungsfindung zu informieren? Es müsste geprüft werden, ob die Informationen verständlich vermittelt wurden. Zusätzlich ist im Verhältnis Arbeitgeber-Arbeitnehmer die Einwilligung als potentielle Rechtsgrundlage der Verarbeitung problematisch. Problematisch ist insbesondere die Voraussetzung der Freiwilligkeit (§ 26 Abs. 2 S. 1 BDSG). Zur Beurteilung sind hier insbesondere das Abhängigkeitsverhältnis im Arbeitnehmer-Arbeitgeberbeziehungen, insbesondere wegen der finanziellen und sozialen Abhängigkeit des Arbeitnehmers, kritisch zu betrachten.³⁷ In der Umsetzung dürfte darüber hinaus ein Problem werden, dass sämtliche Mitarbeiter einwilligen müssten und demnach jederzeit einen Widerruf erklären könnten, ohne dass Nachteile erlitten werden (ErwGr 42 S. 4 DSGVO i. V. m. Art. 7 Abs. 3 DSGVO).³⁸ Daher sollte, aufgrund der kaum zu erfüllenden Voraussetzungen der Einwilligung von Arbeitnehmern in automatisierten Entscheidungsfindungen, im Arbeitsverhältnis eher auf Einwilligungen verzichtet werden.

Vorliegend ist für das erste Szenario davon auszugehen, dass die Mitarbeiter nicht ausreichend informiert wurden, da selbst die Informatiker die potentielle Entwicklung des KI-Spontanverhaltens nicht vorhersehen konnten. Selbst wenn die Mitarbeiter über potentielle Experimente informiert wurden, ist nicht davon auszugehen, dass diese über mögliche Ergebnisse, wie Kündigungen, ausreichend informiert wurden.

4.2 Exkurs: KI und Diskriminierung

Entscheidungskriterien von KI-Algorithmen sind nicht vollständig durch die Emanzipation vom Programmierer nachvollziehbar (siehe Szenario 1), somit kann eine im Einzelfall objektiv feststellbare Diskriminierung das Ergebnis der Entscheidungsfindung sei.³⁹ Diskriminierungsanfällig sind Algorithmen durch offene oder versteckte Vorurteile zur rechtlichen oder faktischen Ungleichbehandlung, durch Anknüpfen an Entscheidungsmechanismen, wie Religionszugehörigkeit, Gewerkschaftszugehörigkeit, etc.⁴⁰ In diesem Sinne sollte nicht nur Privacy by Default und Design von Algorithmen Kernstück künftiger datenschutzrechtlicher Debatten sein, sondern ebenfalls die Beachtung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes. Ethik von Algorithmen als „non discrimination by default“ sollte ein wichtiger Aufgabenbereich gut geschulter Programmierer werden. Fraglich ist jedoch, ob die Begeisterung für künstliche Intelligenz nicht gegenüber klassischer juristischer Bedenken überwiegt. Die Aufgabe von Datenschützern sollte somit perspektivisch nicht nur die Kritik an bestehenden Systemen und Applikationen hinsichtlich einer erhöhten Datenschutzcompliance sein. Vielmehr sollten der Datenschutz und ethische Bedenken Kernaspekt interner Schulungen sein, um möglichst neue Entwicklungen rechtskonform ab Zeitpunkt der Programmierung auf den Markt bringen zu können und somit einen Wettbewerbsvorteil gegenüber Mitbewerbern ohne Datenschutzkenntnissen ausbauen zu können.

5 Fazit

Neue und veränderte technische Einsatz- und Leistungsmöglichkeiten, wie die eigenständige Anpassung selbstlernender Systeme auf Basis von Algorithmen, treiben die datenschutzrechtliche Diskussion voran. Auch hinsichtlich zu erwartender weitreichender Neuerungen und Weiterentwicklungen der Methoden der künstlichen Intelligenz⁴¹ ist fraglich, inwiefern die Erfüllung unternehmerischer Aufgaben der Personalverwaltung durch die fortschreitende Verwendung autonom agierender Algorithmen beeinflusst werden könnte. In Zukunft sind interessante Urteile zur Einzelfallbetrachtung von automatisierten Entscheidungsfindungen im Unternehmen zu erwarten.

35 Siehe *Artikel-29-Arbeitsgruppe*, WP 249, 8. Juni 2017, S. 3.

36 Vgl. Art. 5 Abs. 1 lit. b DS-GVO i. V. m. Art. 6 Abs. 1 lit. a DS-GVO.

37 *Maschmann*, in: Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 2. Auflage 2018, Rn. 63.

38 Siehe ebd. Rn. 62.

39 *Martini*, in: *Paal/Pauli*, DS-GVO BDSG, DS-GVO Art. 22, Rn. 27.

40 Vgl. ErwG 71 UAbs. 2 S. 1 DS-GVO, Art. 9 DS-GVO.

41 Vgl. *Reichwald/Pfisterer*, CR 2016, S. 208 ff.; *Kirn/Müller-Hengstenberg*, MMR 2014, S. 225.