

Der Einsatz von KI im Arbeitsverhältnis

Datenschutzrechtliche Fragestellungen

Univ.-Ass. Mag. Dr. Johannes Warter

Fachbereich Arbeits- und Wirtschaftsrecht

WissensNetzwerk Recht, Wirtschaft und Arbeitswelt

johannes.warter@plus.ac.at

Wien, 29.02.2024

Datenschutzrechtliche Rechtsquellen

- Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO)
- Datenschutzgesetz (DSG)
- Forschungsorganisationsgesetz (FOG)
- Telekommunikationsgesetz (TKG)
- Gesundheitstelematikgesetz (GTelG 2012)
- etc

de lege ferenda

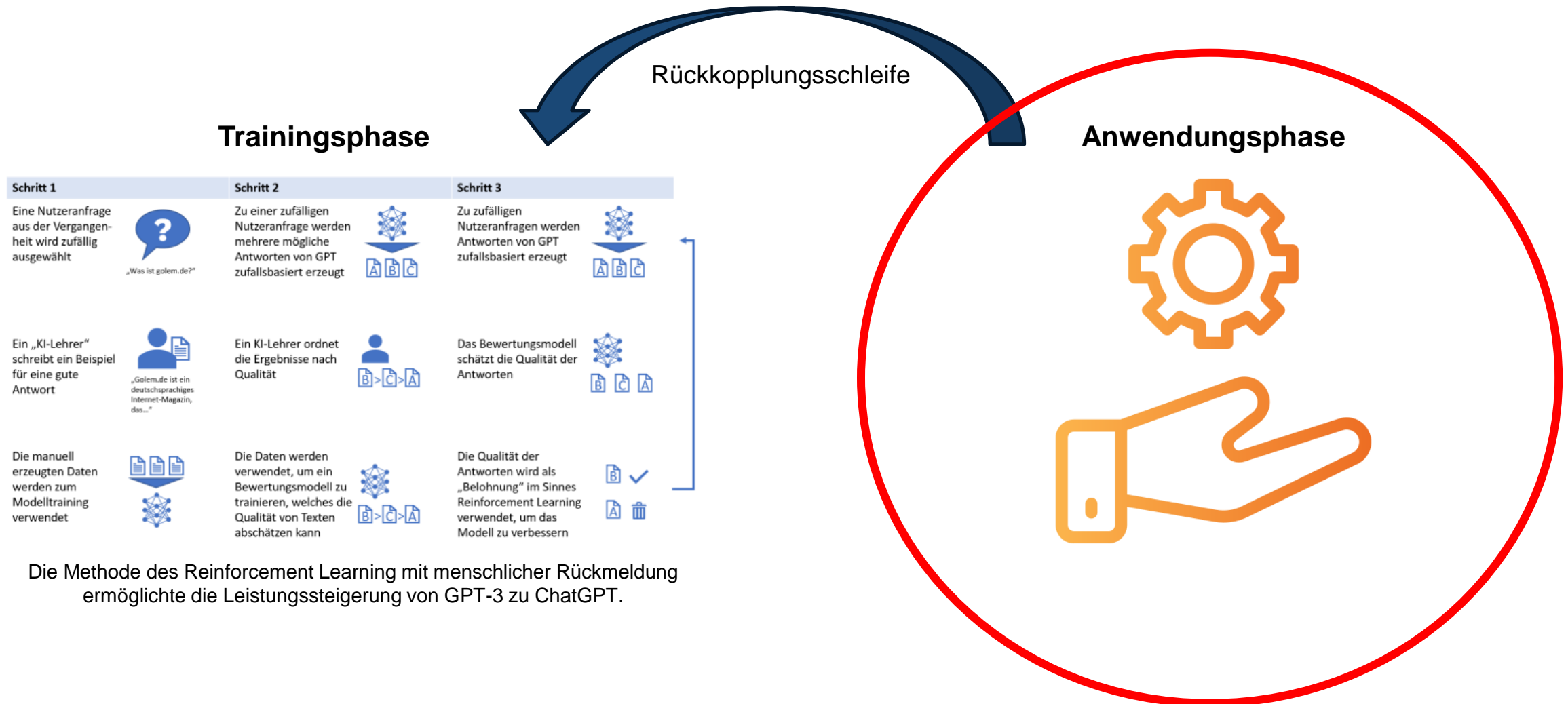
- PlattformarbeitsRL

Sachlicher Anwendungsbereich (§ 2 DSGVO)

- personenbezogene Daten
- (ganz oder teilweise) automatisiert
- verarbeitet werden.
 - DSGVO regelmäßig anwendbar!
- Datenschutzrechtliche Bestimmungen der DSGVO sind **technologieneutral** (ErwGr 15).

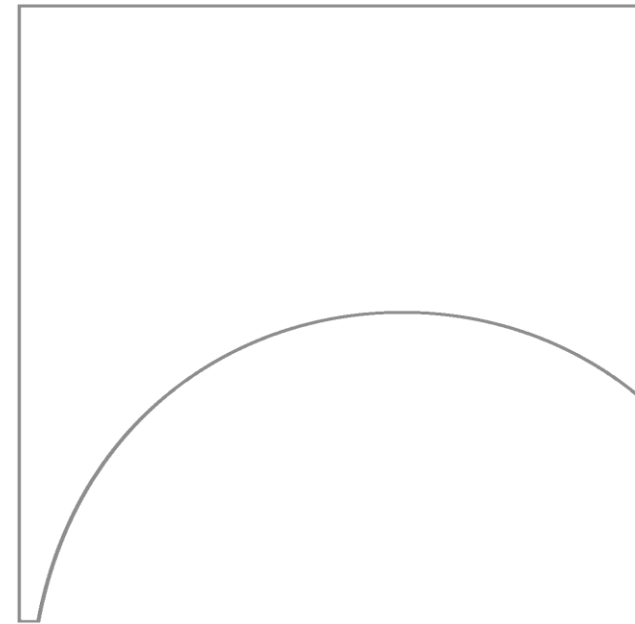
Einleitung

Phasen von KI-Systemen



1. Datenschutzrechtlichen Rollenverteilung
2. Rechtmäßigkeit einer Verarbeitung
3. Verbot einer automatisierten Entscheidungsfindung

Datenschutzrechtliche Rollenverteilung



- **Rollen** nach der DSGVO:
 - Art 4 Z 7 DSGVO: **Verantwortlicher** ist jene natürliche oder juristische Person, Behörde, Einrichtung oder andere Stelle, die (allein oder gemeinsam mit anderen) über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung entscheidet.
 - Art 4 Z 8 DSGVO: **Auftragsverarbeiter** ist, wer personenbezogenen Daten im Auftrag des Verantwortlichen verarbeitet.
- Die datenschutzrechtliche Rollenverteilung knüpft stets an die jeweilige Verarbeitung an.
- große Rechtsunsicherheit!

- KI-Anbieter bzw KI-Betreiber legt durch den Programmcode fest, welche Daten durch das System erhoben und verarbeitet werden → Verantwortlichkeit?
- Maßgeblich ist,
 - wer die Entscheidungsbefugnis über den Zweck der Datenverarbeitung, also über das Ob, Wofür und Wie der Verarbeitung, innehat.
 - wer die Entscheidungsgewalt über den **Einsatz der Verarbeitung** oder etwa wer die Befugnis hat, bestimmte **(Inhalts-)Daten zu löschen** (*Hartung in Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG⁴ Art 4 Nr 7 Rn 13; Jahnel in Jahnel, DSGVO Art 4 Z 7 Rz 15 ff; Horn, Jahrbuch Datenschutzrecht 2019, 108 f*)
- Diese Entscheidungen werden **typischerweise** nicht vom KI-Anbieter bzw -Betreiber selbst getroffen, sondern **von den AG**, die die Systeme einsetzen → Verantwortliche!

- Können auch KI-Anbieter bzw -Betreiber Verantwortliche sein?
- Ja, das betrifft vor allem solche Verarbeitungen, die im besonderen (**Eigen-
)Interesse** stehen. Zu denken ist dabei etwa an Verarbeitungen
 - zur Verbesserung des Systems
 - der eigenen Dienstleistungen oder
 - eine bestimmte Sekundärnutzung personenbezogener Daten der Anwendung (etwa zu Forschungszwecken).
- Hinsichtlich der Primärzwecke, wie die Erbringung der vertragsgemäßen Dienste, handelt es sich wohl idR um eine **Auftragsverarbeitung**.
 - Allenfalls kann eine (gemeinsame) Verantwortlichkeit vorliegen (hängt davon ab, ob und wenn ja inwieweit der KI-Anbieter/KI-Betreiber ebenfalls über Zwecke und Mittel der Verarbeitung entscheidet).

Datenschutzrechtliche Rollenverteilung

Mitarbeiter:innen als Verantwortliche?

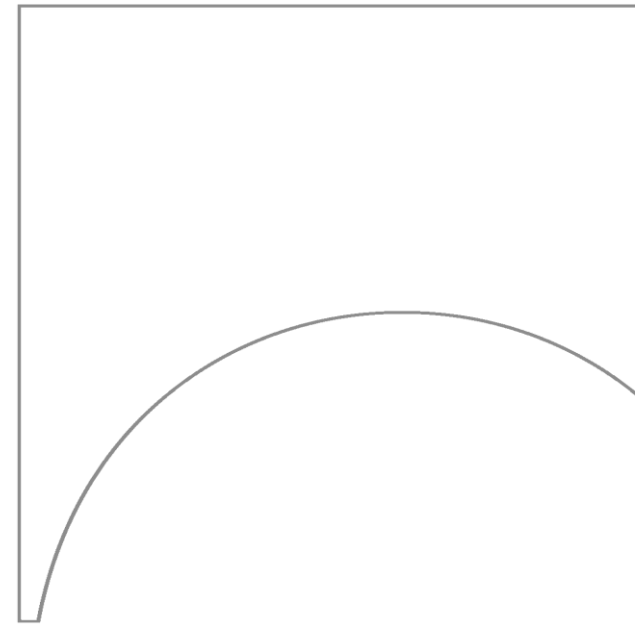
Art 29 DSGVO: Jede dem Verantwortlichen unterstellte Person, die Zugang zu personenbezogenen Daten hat, darf diese Daten ausschließlich auf Weisung des Verantwortlichen verarbeiten [...].

- **Pflicht** für Verantwortliche, in Unternehmen eine konkrete, **detaillierte Handlungsanleitung** für die Verarbeitung personenbezogener Daten zu erteilen.
- Verarbeitet ein AN **ohne Weisung** des AG personenbezogene Daten, entscheidet er selbst über die Zwecke und Mittel der Verarbeitung iSd Art 4 Z 7 DSGVO (so etwa OLG Dresden 30. 11. 2021, 4 U 1158/21; *Gosch/Leitinger*, *jusIT* 2022, 23 [28]).

- Bei Datenverarbeitungen von AN, die im Rahmen der Geschäftstätigkeit und zu Unternehmenszwecken (**im Interesse des AG erfolgen**), sind grds nicht den AN selbst die Verantwortliche, sondern die AG.
- Gilt auch für Abteilungen, die weitgehend frei und unabhängig handeln können und somit auch selbstständig über Art und Mittel der Datenverarbeitung entscheiden.
- Gilt nicht, wenn AN **unbefugterweise** oder **im Eigeninteresse** liegende Zwecke mit einer Datenverarbeitung verfolgen, die sich von den Zwecken/Interessen des Arbeitgebers unterscheiden (BVwG W252 2246278-1/4E, *ecolex* 2022/663, 1027 [*Primosch*] = *jusIT* 2023/18, 37 [*Thiele*]; *Bogendorfer* in *Knyrim*, *DatKomm* Art 29 DSGVO Rz 6).

Rechtmäßigkeit der Verarbeitung

(Art 6 Abs 1 lit f DSGVO)



Rechtmäßigkeit einer Verarbeitung

Rechtmäßigkeitstatbestände

Erfüllung eines Vertrags



Rechtliche Verpflichtung



Berechtigtes Interesse



Lebenswichtige Interessen



Öffentliches Interesse



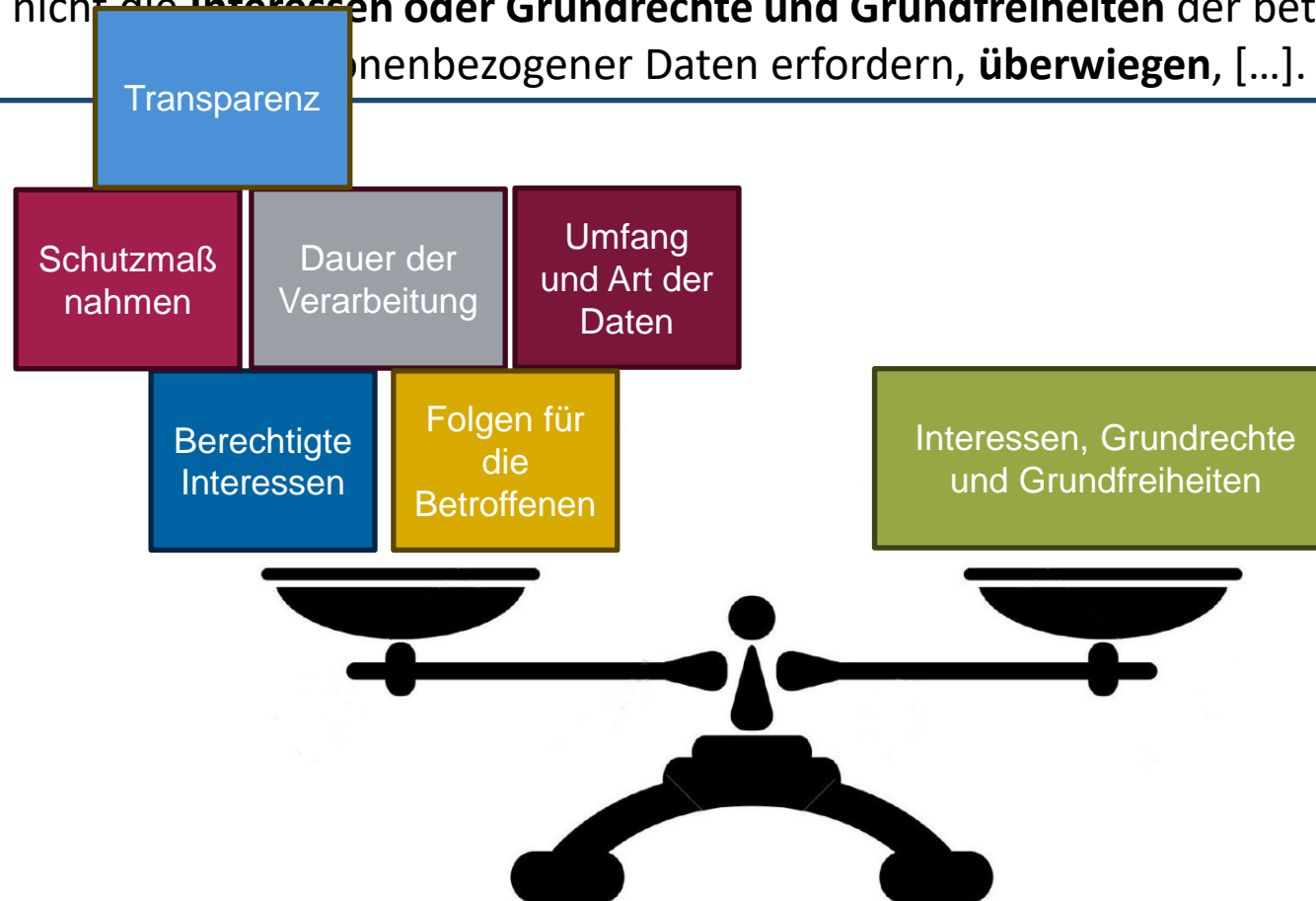
Einwilligung



Rechtmäßigkeit einer Verarbeitung

Berechtigte Interessen

Art 6 Abs 1 lit f DSGVO: die Verarbeitung ist zur Wahrung der **berechtigten Interessen** des Verantwortlichen [...] erforderlich, sofern nicht die **Interessen oder Grundrechte und Grundfreiheiten** der betroffenen Person, die den Verarbeitungszwecken entgegenstehen, **überwiegen**, [...].



Datenschutzrechtliche Verhältnismäßigkeit wird durch den Arbeitsvertrag modifiziert:

- Art der Arbeitsleistung;
- die Stellung des AN in der Hierarchie des AG;
- das Ausmaß der mit der Tätigkeit verbundenen Verantwortung;
- spezifische Zweckausrichtung des AG („Tendenzbetrieb“);
- Berücksichtigung des Interesses an der Erlangung bzw Erhaltung des Arbeitsplatzes;
- etc

Geschützt sind alle Grundrechte der GRC ausgehend von der Würde des Menschen (Art 1 GRC)

- Art 2 GRC: Recht auf körperliche und geistige Unversehrtheit
- Art 7 GRC: Achtung des Privat- und Familienlebens
- Art 10 GRC: Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit
- Art 12 GRC: Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit
- Art 21 GRC: Nichtdiskriminierung
- Art 23 GRC: Gleichheit von Männern und Frauen
- Art 30 GRC: Schutz bei ungerechtfertigter Entlassung
- Art 31 GRC: Gerechte und angemessene Arbeitsbedingungen

- Einwände
 - Meist **keine absoluten Grundrechte**
 - Informationsbeschaffungsrecht des AG ist ebenso grundrechtlich durch Art 16 GRC geschützt (*Jarass*, Art 16 GRCh⁴ Art 16 Rn 9; *Götz*, Big Data 49) = **Grundrechtskollision**
- Die Rsp und Wissenschaft sollte bei der (beschäftigten)datenschutzrechtlichen Interessenabwägung die **Grundrechte der Betroffenen stärker in den Fokus** rücken
 - (Erst) durch diese Bezugnahme kommt den Interessen (sprachlich und dogmatisch) **adäquates Gewicht** zu, da klar wird, dass es sich (auch) um grundrechtlich verankerte Positionen handelt.
 - Darüber hinaus hat der EuGH bei einigen (auch sozialen) Grundrechten bereits festgehalten, dass es sich um besonders **bedeutsame Grundsätze des Unionsrechts** handelt, was im Rahmen der Interessensabwägung zu berücksichtigen ist.
- ABER: Sofern Grundrechte eindeutig formuliert sind oder einen Mindestschutz vorsehen, ist **keine Interessensabwägung möglich!**
- Dies gilt insb dort, wo Grundrechte durch Sekundärrechtsakte konkretisiert werden
 - Vier Wochen Jahresurlaub (EuGH C-569/16, *Max-Planck-Gesellschaft*, ECLI:EU:C:2018:874)
 - Elf zusammenhängende Stunden tägliche Ruhezeit (EuGH C-477/21, *MÁV-START*, ECLI:EU:C:2023:140)
 - 48 Stunden Höchstarbeitszeit für einen bestimmten Durchrechnungszeitraum (Art 6 AZ-RL)

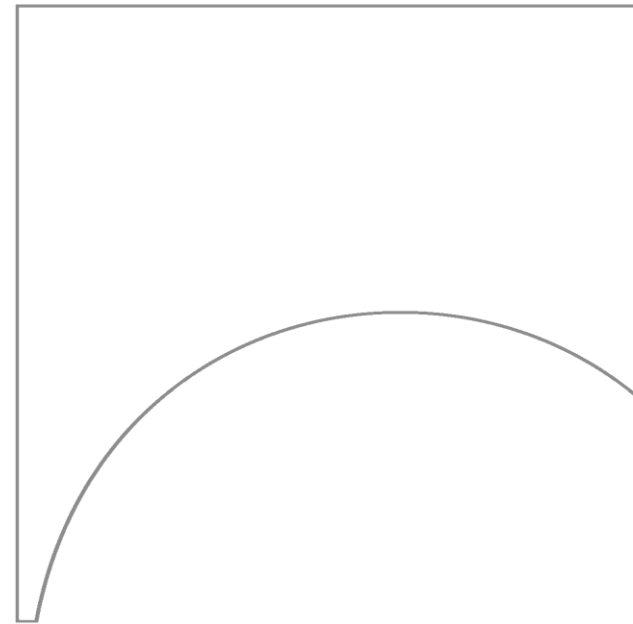
Was ist das Recht auf Datenschutz?

- ~~Schutz der Privatsphäre?~~
- ~~Recht auf informationelle Selbstbestimmung?~~
- Recht auf Datenschutz ist mE ein „**Transformationsgrundrecht**“
 - Damit ist gemeint, dass das Recht auf Datenschutz für sich selbst keinen Inhalt hat.
 - Es bezieht seinen Inhalt vielmehr aus anderen Quellen, allen voran aus den Grund- und Freiheitsrechten.

Rechtsunsicherheit, was tun?

- Bestehende **Abwägungskonzepte** verwenden
 - **Fragerecht des AG** (zum Fragerecht des Arbeitsgebers als Abwägungsmaßstab s *Götz, Big Data* 95 f);
 - **System der stufenweisen Kontrollverdichtung** (*Kotschy/Reimer, ZAS* 2004, 129; *Goricnik* in *Grünanger/Goricnik, Arbeitnehmer-Datenschutz und Mitarbeiterkontrolle*² Kap 6 Rz 6.45 ff);
 - Maßstab der Eingriffstiefe („**Sphärentheorie**“) (Zur Sphärentheorie in der DSGVO *Schneider/Forgó/Helfrich* in *Forgó/Helfrich/Schneider, Betrieblicher Datenschutz*² (2017) Teil I Kap 1 Rn 86; *Götz, Big Data* 101. Allgemein für Österreich statt vieler RIS-Justiz RS0009003
- Abschluss von **Betriebsvereinbarungen** auf Basis von Art 88 DSGVO!

Verbot einer automatisierten Entscheidung unterworfen zu sein (Art 22 DSGVO)



Art 26 DSGVO: Die betroffene Person hat das Recht, nicht einer ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung [...] beruhenden Entscheidung unterworfen zu werden, die ihr gegenüber rechtliche Wirkung entfaltet oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt

- **Verbot**, kein Betroffenenrecht (*Greiner*, ZAS 2022, 258; *Jahnel* in *Jahnel*, DSGVO Art 22 Rz 3)
- Art 22 stellt **keinen Rechtmäßigkeitstatbestand** dar.
 - Er regelt, ob bzw in welcher Form das Resultat einer (rechtmäßigen) Verarbeitung genutzt werden darf (*Jahnel* in *Jahnel*, DSGVO Art 22 Rz 4).

- hM:
 - gänzlich **ohne menschliche Beteiligung**
 - Um Umgehungen zu vermeiden, muss der Verantwortliche gewährleisten, dass es sich bei der Einbeziehung einer Person nicht nur um eine symbolische Geste handelt, sondern dass die Entscheidung einer echten Aufsicht unterliegt. (Jahnel in Jahnel, DSGVO Art 22 Rz 7)
- EuGH, C-634/21, *SCHUFA Holding*, ECLI:EU:C:2023:957
 - Bereits die Ermittlung eines Wahrscheinlichkeitswerts stellt eine – grundsätzlich verbotene – automatisierte Entscheidung im Einzelfall dar, sofern dieser Wahrscheinlichkeitswert von einem Dritten als **maßgebliche Entscheidungsgrundlage** verwendet wird.
- Unklar, ob Schufa Entscheidung auf andere Sachverhalte übertragbar ist, zweifellos wird der Anwendungsbereich des Art 22 Abs 1 DSGVO weiter ausgelegt als bislang angenommen (so auch VwGH Ro 2021/04/0010)
 - Rechtfertigungsmöglichkeiten werden stärker in den Fokus der Diskussion geraten

Verbot automatisierter Entscheidungen

Rechtfertigungsmöglichkeiten

- Rechtfertigungsmöglichkeiten (Art 22 Abs 2 DSGVO)
 - Abschluss oder Erfüllung eines Vertrags erforderlich
 - ~~Rechtsvorschriften mit angemessenen Maßnahmen~~
 - ~~Einwilligung~~

Verbot automatisierter Entscheidungen

Abschluss oder Erfüllung eines Vertrags erforderlich

- Da es sich um eine Ausnahmebestimmung handelt, ist der Begriff der Erforderlichkeit **eng auszulegen** (*Jahnel in Jahnel*, DSGVO Art 22 Rz 22)
- Verlangt einen **sachlichen Zusammenhang** zwischen der automatisierten Entscheidung und dem Vertragszweck (*Martini in Paal/Pauly*, DSGVO/BDSG, Art 22 Rn 31a).
- Maßstab der Erforderlichkeit
 - wenn für das Erreichen desselben Ziels andere wirksame und weniger eingreifende Mittel nicht verfügbar sind (Art 29-Gruppe, WP251rev.01, 25) - **gelindere Mittel** (Art 52 GRC)
 - Entscheidung genauso gut durch den AG selbst getroffen werden kann, beschränkt durch das Maß des Vertretbaren (*Heine*, Der Vorbehalt menschlicher Entscheidung im Arbeitsverhältnis, 200 f)
- Beispiele
 - Erforderlichkeit bei einem **Bewerbungsverfahren** mit tausenden von Bewerbern bejaht (Art 29-Gruppe, WP251rev.01).
 - Erfüllung des **Direktionsrechts** - möglich aber nur bei (üblichen) Weisungen, die den tägliche Arbeitsablauf betreffen (*Heine*, Der Vorbehalt menschlicher Entscheidung im Arbeitsverhältnis, 200 f, 437).

Verbot automatisierter Entscheidungen

Abweichung auf Basis von Art 88 DSGVO?

- Abweichung von Art 22 auf Basis von Art 88 DSGVO?
 - Zust *Knitter*, Digitale Weisungen 150; *Blum*, People Analytics 165.
 - aA *Heine*, Der Vorbehalt menschlicher Entscheidungsfindung im Arbeitsverhältnis 156 f.
- Im Lichte der Entscheidung des EuGH C-34/21, *Hauptpersonalrat der Lehrer*, ECLI:EU:C:2022:710, wohl nicht ausgeschlossen.
- Allerdings braucht es gem Art 88 Abs 2 angemessene und besondere Maßnahmen zur Wahrung der menschlichen Würde, der berechtigten Interessen und der Grundrechte der betroffenen Person.

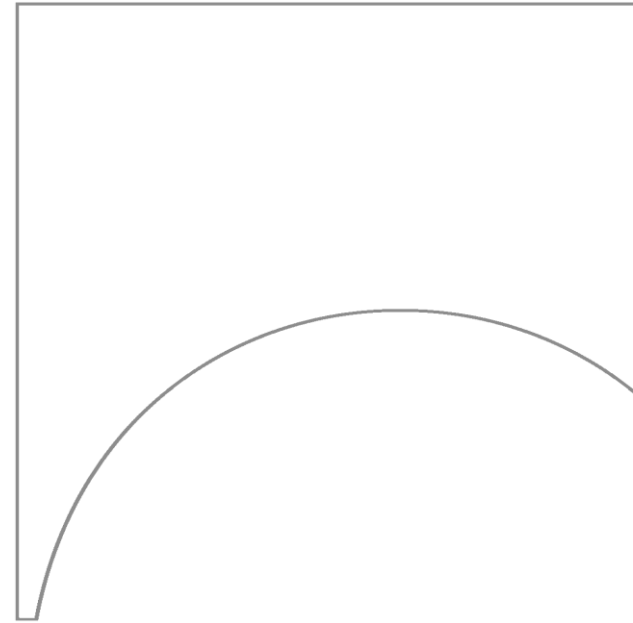
Verbot automatisierter Entscheidungen

(Zusätzliche) datenschutzrechtliche Regulierung

Beispiel PlattformarbeitsRL

- **Verbot** der Verarbeitung **bestimmter personenbezogener Daten** (emotionaler oder psychischer Zustand, private Gespräche, Zeiträume während AN keine Arbeiten ausführen)
- **Verbot** von automatisierten Überwachungs- und Entscheidungssystemen, die **unangemessenen Druck auf Plattformbeschäftigte ausüben** oder die **körperliche und psychische Gesundheit** von Plattformbeschäftigten auf andere Weise **gefährden**
- **Informations- und Transparenzpflichten** (insb ob Überwachungssysteme in Betrieb sind oder eingeführt werden)
- **Überwachungs- und Bewertungspflichten** von Entscheidungen die von automatisierten Überwachungs- und Entscheidungssystemen getroffen oder unterstützt werden sowie für die Risiken für die Sicherheit und Gesundheit von Plattformbeschäftigten.
- **Begründungspflicht** bei wichtigen Entscheidungen
- **Unterrichtung und Anhörungsrechte**
- **Rechtsschutz und Sanktionen**

Ausblick



- Mit den neuen technischen Möglichkeiten entstehen **neue Gefahren** für AN.
- Aufgrund der technologischen Entwicklung und der digitalen Transformation kommt dem Datenschutzrecht beim Schutz der Persönlichkeitsrechte zukünftig **überragende Bedeutung** zu.
- Datenschutz und andere Persönlichkeitsrechte werden miteinander **verschmelzen** und kaum noch voneinander getrennt werden können
 - (digitale Sachverhalte, bei denen „Daten“ verarbeitet werden).

Dem **numerischen Liberalismus**, dessen Zielsetzung es ist, alle Informationen über Sachverhalte ganzheitlich zu offenbaren, transparent zu machen und zu messen, steht des Öfteren das Datenschutzrecht als Regelungsgegenstand gegenüber, das dem **humanistischen Weltbild** der Menschenwürde dient.

(*Wächter*, Gesellschaftlicher Druck Rz 13)

Vielen Dank für Ihr Interesse!

Univ.-Ass. Mag. Dr. Johannes Warter

Fachbereich Arbeits- und Wirtschaftsrecht

WissensNetzwerk Recht, Wirtschaft und Arbeitswelt

johannes.warter@sbg.ac.at