

Information zum Einsatz des AMS-Algorithmus

In Österreich sollte ab 2020 ein Algorithmus die „Marktfähigkeit“ von Arbeitssuchenden gemäß den Anforderungen der offenen Stellen einstufen. Diese Einstufung soll den BetreuerInnen beim AMS als Richtwert für die notwendige Unterstützungsleistung für den Arbeitssuchenden dienen.

Der Einsatz und der Ablauf dieses Algorithmus wirft eine Reihe Fragen auf – auch in Bezug auf Verletzung von Grundrechten.

Die Auskunftsbefragungen zu dem Algorithmus wurden bisher, unter dem Hinweis auf den enormen Aufwand den solche Anfragen verursachen, noch ungenügend erfüllt.

Nachfolgend ein Artikel aus der Zeitschrift DAKO, der die Rechtsansprüche zu den Auskunftsbefragungen sowie die Vollständigkeit der Information darlegt.

(siehe <https://www.manz.at/produkte/zeitschriften/dako/archiv#03-2020>).

Literaturverweis: Zvadič, Andreas: Der besondere Auskunftsanspruch über die involvierte Logik einer Datenverarbeitung in: DAKO 03, 2020 S. 55 – 57.

Andreas Zavadil
Referent DSB

Der besondere Auskunftsanspruch über die involvierte Logik einer Datenverarbeitung

Automatisierte Entscheidungsfindung einschließlich Profiling; aussagekräftige Informationen; involvierte Logik, Tragweite und Auswirkungen einer Verarbeitung; Auskunft über einen Algorithmus; Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse. Das Auskunftsrecht ist (mit dem Recht auf Löschung) jenes Betroffenenrecht, das am häufigsten zum Gegenstand eines Beschwerdeverfahrens gemacht wird. Dabei wirft der besondere Auskunftsanspruch nach Art 15 Abs 1 lit h DSGVO Fragen auf, allen voran in Hinblick auf das Spannungsverhältnis zwischen der Bereitstellung von Informationen über die involvierte Logik der Datenverarbeitung („Berechnungsformel“) und dem Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen. Der Beitrag beleuchtet die Voraussetzungen für das Bestehen des besonderen Auskunftsanspruchs und widmet sich den Informationen, die zur Verfügung zu stellen sind. Schließlich wird auf verfahrensrechtliche Aspekte des Beschwerdeverfahrens eingegangen.

Voraussetzungen

Ausgangslage

Neue Technologien ermöglichen eine immer genauere **Bewertung von persönlichen Aspekten** eines Betroffenen, etwa in Bezug auf die Arbeitsleistung, die wirtschaftliche Lage (Bonität), die Arbeitsmarktchancen („AMS-Algorithmus“),¹ das Versicherungsrisiko oder gar den Gesundheitszustand. Als Ausgleich normiert die DSGVO in Kapitel III mehrere subjektive Rechte, damit sich ein Betroffener gegen eine solch automatisierte Bewertung zur Wehr setzen oder eine solche überhaupt unterbinden kann (Betroffenenrechte).

Eine wesentliche Voraussetzung für die Inanspruchnahme der Betroffenenrechte ist jedoch ein gewisser **Informationsstand** über das Bestehen und die näheren Umstände einer derartigen Bewertung. Um diesen Informationsstand zu gewährleisten, sieht Art 12 Abs 1 DSGVO umfangreiche Informations- und Mitteilungspflichten (bzw aus Sicht des Betroffenen: Informations- und Mitteilungsrechte) vor.

Das Auskunftsrecht ist das stärkste Kontrollmittel des Bürgers.

Im Folgenden wird das Auskunftsrecht nach Art 15 Abs 1 lit h behandelt, das als „stärkstes Kontrollmittel des Bürgers“² eingesetzt werden kann, um sich proaktiv über eine konkret durchgeführte Bewertung zu informieren. Diese Überlegungen können dem Grunde nach auch auf die Informa-

tionspflichten nach Art 13 Abs 2 lit h (Direkterhebung) sowie Art 14 Abs 2 lit h (indirekte Erhebung) übertragen werden, die wortgleich zu Art 15 Abs 1 lit h sind. Im Unterschied zum Auskunftsrecht muss bei den Informationspflichten (jedenfalls bei Direkterhebung) vor oder spätestens gleichzeitig³ mit Erhebung der Daten abstrakt (und antragsunabhängig) über eine solche automatisierte Bewertung aufgeklärt werden.

Automatisierte Entscheidungsfindung

Gem Art 15 Abs 1 lit h DSGVO hat ein Betroffener das Recht darauf, über „[...] das Bestehen einer automatisierten Entscheidungsfindung einschließlich Profiling gem Art 22 Abs 1 und 4 [...]“ informiert zu werden und „[...] aussagekräftige Informationen über die involvierte Logik sowie die Tragweite und die angestrebten Auswirkungen einer derartigen Verarbeitung [...]“ zu erhalten.

Der besondere Auskunftsanspruch besteht also jedenfalls dann, wenn eine automatisierte Entscheidungsfindung iSd Art 22 Abs 1 und Abs 4 DSGVO vorliegt. Der bloße Umstand, dass eine Datenverarbeitung ausgeführt wird, stellt noch keine „automatisierte Entscheidungsfindung“ dar. Es muss vielmehr eine Entscheidung mithilfe technischer Mittel ohne unmittelbare Beteiligung eines Menschen vorliegen (Bewertungsmerkmal).⁴

Hinweis

Art 15 Abs 1 lit h knüpft neutral an den Begriff „Verarbeitung“ an. Es

kann also dahingestellt bleiben, ob der automatisierten Entscheidungsfindung ein einfaches mathematisches Modell zugrunde liegt, es sich um einen komplexen Algorithmus oder um den Einsatz von KI handelt.

Die ehemalige Art. 29-Datenschutzgruppe bemerkt idZ, dass eine automatisierte Entscheidung auch vorliegt, wenn die Ergebnisse einer Bewertung bloß routinemäßig übernommen werden und keine echte Aufsicht durch einen Menschen (etwa einen Mitarbeiter des Verantwortlichen) gewährleistet ist.⁵ In Anbetracht der mehrfach erklärten Absicht des europäischen Verordnungsgebers, die Betroffenenrechte stärken zu wollen,⁶ ist dieser Auffassung zu folgen.

Darüber hinaus muss die automatisierte Bewertung rechtliche Wirkung für die betroffene Person entfalten oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigen (Wirkungsmerkmal).

Beispiele für „rechtliche Wirkung“

- Auflösung eines Vertrags
- Verweigerung des Anspruchs auf Sozialleistungen (Kinder- oder Wohngeld)
- Einreiseverweigerung in ein Land sowie Ablehnung der Einbürgerung

¹Vgl AB 4727. GP. ²So die Bezeichnung des Auskunftsrechts in den Mat zum dtBDSG 1977; vgl BT-Dr 7/5277, 7. ³Vgl Kryrim in Ehmann/Selmayr, DS-GVO⁴ Art 13 Rz 11. ⁴Art. 29-Gruppe, WP251rev.01, 17/DE, 8. ⁵Art. 29-Gruppe, WP251rev.01, 17/DE, 22. ⁶Vgl BVWG 27. 9. 2018, W214 2127/449-1.

Beispiele für „erhebliche Beeinträchtigung“

- sozialer Ausschluss oder Diskriminierung
- Beeinträchtigung der Kreditwürdigkeit
- Erschwerung des Zugangs zu Gesundheitsleistungen, zu Arbeitsplätzen oder zu Bildung (zB Hochschulzulassung)⁷

In ErwGr 71 sind ausdrücklich die automatische Ablehnung eines Online-Kreditantrags und Online-Einstellungsverfahren ohne menschliche Beteiligung als Beispiele angeführt. Profiling iSd Art 4 Z 4 ist nicht ohne Weiteres mit einer automatisierten Entscheidungsfindung gleichzusetzen, da auch ein Wirkungsmerkmal zum Profiling hinzutreten muss.

Eine automatisierte Entscheidungsfindung kann mit oder ohne Profiling getroffen werden.⁸

Nach Rsp der DSB ist die Zuschreibung von bloßen Marketingklassifikationen gem § 151 Abs 6 GewO kein Fall der automatisierten Entscheidungsfindung.⁹ Sofern die Marketingklassifikationen jedoch zweckwidrig verwendet werden, führt dies zu einer anderen Beurteilung.

Beispiel

Die zugeschriebene Kaufkraft von Max Mustermann wird nicht bloß für Werbemaßnahmen verwendet, sondern rechtswidrigerweise an Kreditauskunfteien weiterverkauft.

Im Hinblick auf den (praxisrelevanten Fall) der Verarbeitung von Bonitätsdaten ist festzuhalten, dass Kreditauskunfteien nach Rsp der DSB als Verantwortliche zu qualifizieren sind.¹⁰ Weiters fällt die Verarbeitung von Bonitätsdaten unter Art 22 Abs 1: Kreditauskunfteien müssen den besonderen Auskunftsanspruch erfüllen. Zwar mag man berechtigterweise ins Treffen führen, dass Kreditauskunfteien lediglich gewisse Informationen zur Verfügung stellen, die eigentliche Entscheidung (etwa, ob ein Vertrag abgeschlossen wird) allerdings der zivilrechtliche Auftraggeber (also das die Bonitätsdaten abfragende Unternehmen) trifft. Allerdings ist die Verarbei-

tung von Bonitätsdaten mit einem gewissen Risiko behaftet und die Bonitätsdaten werden mit der Intention verarbeitet, diese (gegen Entgelt) in den wirtschaftlichen Verkehr zu bringen.¹¹ Es handelt sich im Ergebnis um einen eigenständigen Entscheidungsprozess bei der jeweiligen Kreditauskunftei, der losgelöst von der weiteren Entscheidung des zivilrechtlichen Auftraggebers zu betrachten und mit erheblichen Beeinträchtigungen verbunden ist.¹²

Weitere Anwendungsfälle

Ausgehend vom Wortlaut „zumindest in diesen Fällen“¹³ liegt es nahe, dass der europäische Verordnungsgeber mit Art 15 Abs 1 lit h noch weitere Fälle als automatisierte Entscheidungsfindungen erfassen wollte.¹⁴ Allerdings ist in Bezug auf die Interpretation des Wortlauts ein restriktiver Maßstab geboten, andernfalls der besondere Auskunftsanspruch ausfärbt und (beinahe) jegliche Verarbeitung darunterfällt – der besondere Auskunftsanspruch also nicht mehr besonders wäre.

IdZ ist es sinnvoll, auf den der DSGVO inhärenten risikobasierten Ansatz abzustellen.¹⁵ Somit erfasst Art 15 Abs 1 lit h (zumindest) auch jene Verarbeitungsvorgänge, die mit einem besonders intensiven Eingriff in das Grundrecht auf Datenschutz verbunden sind. Im Ergebnis kann auch bei Fällen von Profiling nach Art 4 Z 4, die mangels Wirkungselement (siehe oben) nicht als automatisierte Entscheidungsfindung zu qualifizieren sind, ein besonderer Auskunftsanspruch bestehen. Dies ist jedenfalls bei Profiling anzunehmen, das auf Grundlage von besonderen Datenkategorien nach Art 9 Abs 1 oder strafrechtlich relevanten Daten nach Art 10 durchgeführt wird, sowie bei Profiling von besonders schutzwürdigen Personengruppen.¹⁶

Inhalt

Entscheidungslogik

Nach Art 15 Abs 1 lit h sind „[...] aussagekräftige Informationen über die involvierte Logik [...]“ der durchgeführten Verarbeitung zu Verfügung zu stellen. Ausgehend von diesem Wortlaut liegt der Maßstab für den Detailgrad einer solchen Auskunft somit jedenfalls über dem bereits in Art 12 Abs 1 ganz allgemein normierten Genauigkeitsgebot der Informationserteilung.¹⁷

Eine Pflicht zur derartig detaillierten Auskunftserteilung steht jedoch regelmäßig im Spannungsverhältnis mit der unter-

nehmerischen Freiheit nach Art 16 GRC und insb mit dem Schutz von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen.¹⁸ Der nationale Gesetzgeber hat von der Öffnungsklausel nach Art 23 Abs 1 lit i Gebrauch gemacht und mit § 4 Abs 6 DSGVO eine Möglichkeit normiert, dass Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse¹⁹ einem Auskunftsanspruch entgegengehalten werden können.²⁰

Hinweis

Bei dem Beispiel von Kreditauskunfteien hat der dt BGH festgehalten, dass die konkrete Berechnungsformel, mit der eine solche Auskunft die Bonitätswerte berechnet, ein Geschäftsgeheimnis darstellt.²¹

Um nun den konkreten Umfang der Auskunft über die Entscheidungslogik festzulegen, ist es zielführend, auf den Zweck des Auskunftsrechts abzustellen. Demnach sind keine umfangreichen mathematischen Erläuterungen (etwa von Algorithmen oder maschinellem Lernen) gefordert;²² vielmehr muss die Auskunft derart detailliert sein, dass die Inanspruchnahme des Auskunftsrechts die Ausübung der weiteren Betroffenenrechte gewährleistet²³ und dass ein Betroffener sich der Verarbeitung bewusst werden und ihre Rechtmäßigkeit überprüfen kann.²⁴

Nachvollziehbarkeit statt Nachrechenbarkeit

Demnach sind folgende Informationen in verständlicher Sprache bereitzustellen:

- **Parameter:** Eine Aufzählung aller Parameter, die die Bewertung beeinflusst haben.²⁵
- **Charakterisierung:** Eine Erklärung der Parameter, insb im Hinblick auf ihre

⁷Vgl Art. 29-Gruppe, WP251rev.01, 17/DE, 23ff. ⁸Vgl Art. 29-Gruppe, WP251rev.01, 17/DE, 8. ⁹Vgl in Bezug auf § 49 Abs 3 DSGVO 2000 DSB 6. 12. 2017, DSB-D216.435/0005-DSB/2017. ¹⁰Vgl mit näherer Begründung DSB 8. 2. 2016, DSB-D122.304/0012-DSB/2015. ¹¹Vgl § 152 GewO 1994. ¹²Vgl Art. 29-Gruppe, WP251rev.01, 17/DE, 28. Die Art. 29-Datenschutzgruppe vertritt sogar die Auffassung, dass jeder Verantwortliche den besonderen Auskunftsanspruch – unabhängig von der Quelle – zu erfüllen hat. Dem folgend müsste im Beispiel also auch der zivilrechtliche Auftraggeber den besonderen Auskunftsanspruch erfüllen. ¹³Englisch: „at least in those cases“. ¹⁴Die DSGVO samt ErwGr liest: „au moins en pareils cas“. ¹⁵Vgl bspw Art 24 Abs 1, Art 25 Abs 1, Art 30 Abs 5, Art 32 Abs 1, Art 35 Abs 1 oder Art 37 Abs 1. ¹⁶Profiling von Kindern ist idR ohnedies unzulässig (ErwGr 71 S 5). ¹⁷Vgl zum allgemeinen Genauigkeitsgebot (ErwGr 71 S 5). ¹⁸Vgl zum allgemeinen Genauigkeitsgebot (ErwGr 71 S 5). ¹⁹Vgl zum Begriff „Geschäftsgeheimnis“ Art 2 Z 1 RL (EU) S 5. ²⁰Vgl zum Begriff „Geschäftsgeheimnis“ Art 2 Z 1 RL (EU) S 5. ²¹Vgl zum Vergleichbaren Rechtslage nach RL 95/46/EG EuGH 17. 7. 2014, C-141/12 und C-372/12, YS uo, Rz 44; EuGH 7. 5. 2009, C-553/07, Rijkboer, Rz 51. ²²ErwGr 63 S 1. ²³Vgl BGH 28. 1. 2014, VI ZR 156/13 Rn 25.

Gewichtung für die Bewertung. Dieser Punkt ist von besonderer Bedeutung, da ein Betroffener gewisse Parameter, die für die Bewertung ausschlaggebend sind, nur dann überprüfen und einer Berichtigung oder Löschung zuführen kann (etwa eine objektiv „falsche Zahlungshistorie“ in einer Bonitätsdatenbank), wenn er deren Relevanz für das Rechenergebnis verstehen kann.²⁶

- **Zustandekommen:** Eine Erklärung zum Zustandekommen der Parameter (bspw. ob der Parameter „Kaufkraft“ statistisch hochgerechnet und in Folge dem Betroffenen zugeschrieben wurde).
- **Bewertungsergebnis:** Eine Erklärung, weshalb der Betroffene einer konkreten Profilkategorie (bspw. „geringe Bonität“, „geringe Arbeitsmarktchancen“) zugeordnet wurde.
- **Weitere Profilkategorien:** Eine Aufzählung der weiteren Profilkategorien, denen der Betroffene zugeordnet werden könnte.²⁷

Hinweis

Die Auskunftserteilung kann nach ErwGr 58 S 3 nicht mit dem Hinweis auf die Komplexität der eingesetzten Technik verweigert werden. IdZ ist auch auf den Grundsatz „Privacy by Design“ (Art 25 Abs 1) hinzuweisen, wonach die Datenschutzgrundsätze (so auch der Transparenzgrundsatz) zum Zeitpunkt der Festlegung der Mittel und auch während der eigentlichen Verarbeitung zu berücksichtigen sind.

Tragweite und angestrebte Auswirkung

Schließlich ist ein Betroffener über die Tragweite und angestrebte Auswirkung der durchgeführten Bewertung zu informieren. Die Auswirkungen sind jedenfalls so lebensnah wie möglich zu erläutern.²⁸

Beispiel

Hängt die Höhe der Versicherungsprämie vom Fahrverhalten des Betroffenen ab, ist darzulegen, dass ein gefährliches Fahrverhalten zu einer höheren Prämie führen kann.²⁹

Es gilt zu beachten, dass das Auskunftsrecht keine mit Art 13 Abs 4 oder Art 14 Abs 5 lit a vergleichbare Regelung für den Fall kennt, dass Informationen nicht zur

Verfügung zu stellen sind, sofern der Betroffene bereits über diese verfügt. Selbst wenn „Tragweite und angestrebte Auswirkung“ nach allgemeiner Lebenserfahrung offensichtlich sind (etwa, dass eine Bonitätsbewertung das wirtschaftliche Fortkommen beeinträchtigen kann) und insofern von einer „Kenntnis“ darüber auszugehen ist, sind diese Informationen dennoch zur Verfügung zu stellen.

Verfahrensrechtliche Aspekte

Verweigert ein Verantwortlicher die Auskunftserteilung mit dem Hinweis auf § 4 Abs 6 DSGVO, hat dieser gem Art 12 Abs 4 dennoch seine Reaktionspflicht zu erfüllen und den Betroffenen über die Gründe für die Nichterteilung (bspw Verweis auf Geschäftsgeheimnisse) sowie über die Möglichkeit des Beschwerderechts bei einer Aufsichtsbehörde zu unterrichten. Sofern ein Betroffener von der Möglichkeit des Beschwerderechts bei der DSB Gebrauch macht, kommt das Verfahren nach § 25 Abs 3 DSGVO zur Anwendung (Black-Box-Verfahren).

Pauschalverweise auf Geschäftsgeheimnisse sind unzulässig.

Demnach hat der Verantwortliche gegenüber der DSB auszuführen, weshalb es sich bei den von der Auskunft ausgenommenen Informationen um ein Geschäftsgeheimnis handelt.³⁰ Die DSB hat die Ausführungen des Verantwortlichen (jedenfalls vorerst) gem § 17 Abs 3 AVG von der Akteneinsicht auszunehmen und anhand dieser „*geheimen Beweismittel*“³¹ zu überprüfen, ob sich der Verantwortliche zu Recht auf die Beschränkung nach § 4 Abs 6 DSGVO gestützt hat.³² Pauschalverweise auf Geschäftsgeheimnisse, die es der DSB oder den Gerichten verunmöglichen, die ins Treffen geführte

Beschränkung zu überprüfen, sind unzulässig.³³

Sofern ein Verantwortlicher die Auskunftserteilung zu Recht verweigert hat, ist die Beschwerde abzuweisen. Kommt die DSB jedoch zur Auffassung, dass die Geheimhaltung gegenüber dem Betroffenen nicht gerechtfertigt war, ist die Auskunftserteilung mit Bescheid aufzutragen (Leistungsbescheid).³⁴ Der Bescheid kann jedenfalls keine konkrete Begründung enthalten, andernfalls die Auskunft (die Geschäftsgeheimnisse) indirekt durch die Begründung erteilt werden würde. Für die Parteien besteht wiederum die Möglichkeit, gegen diesen Bescheid Beschwerde an das BVwG zu erheben.³⁵ Dadurch wird es den Parteien ermöglicht, die (nicht konkret begründete) Entscheidung der DSB einer weiteren Kontrolle zuzuführen und die Fortsetzung des Black-Box-Verfahrens zu beantragen.

Dako 2020/33

²⁶ Vgl Art. 29-Gruppe, WP251rev.01, 35. ²⁷ Vgl Art. 29-Gruppe, WP251rev.01, 35; DSB 6. 12. 2017, DSB-D216.435/0005-DSB/2017. ²⁸ Vgl Art. 29-Gruppe, WP251rev.01, 28f. ²⁹ Vgl Art. 29-Gruppe, WP251rev.01, 29. ³⁰ Vgl zur Mitwirkungspflicht eines Verantwortlichen Art 31 iVm Art 58 Abs 1 lit a iVm § 22 Abs 1 DSGVO. ³¹ Vgl zur Zulässigkeit von „*geheimen Beweismitteln*“ VfGH 10. 10. 2019, E 1025/2018, wonach weder [...] das grundrechtlich durch Art 6 EMRK iRd Prinzips der Waffengleichheit gewährleistete Recht auf Zugang zu Verfahrensakten noch das grundrechtlich insb durch Art 8 EMRK geschützte Recht auf Geheimhaltung von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen [...] eine absolut geschützte Rechtsposition zu begründen [...] vermögen und [...] das Zugangsrecht zu entscheidungsrelevanten Informationen gegen das Recht anderer Verfahrensparteien auf Schutz ihrer vertraulichen Angaben und ihrer Geschäftsgeheimnisse abzuwägen [...] ist. ³² Der absoluten Verschwiegenheitspflicht nach Art 54 Abs 2 kommt diesfalls besondere Bedeutung zu. ³³ Vgl in Bezug auf § 9 RAO BVwG 27. 9. 2018, W214 2127449-1; der Auffassung des BVwG ist zu folgen, da sich ein Verantwortlicher bei anderer Betrachtung stets einer Kontrolle durch die DSB oder die Gerichte entziehen könnte, was im Ergebnis dazu führen würde, dass der Rechtsschutz nach Art 78 ff ausgehöhlt wird. Eine gegenteilige Auffassung wäre zudem nicht mit der gefestigten Rsp des EuGH vereinbar, wonach sich Einschränkungen in das Grundrecht auf Datenschutz (wozu auch Einschränkungen der Rechtsschutzmöglichkeiten zählen) auf das absolut Notwendige zu beschränken haben; vgl EuGH 14. 2. 2019, C-345/17, Buvivids, Rn 64. ³⁴ Dieser ist nach den Bestimmungen des VVG vollstreckbar; vgl Bresch/Dopplinger/Dörnhofer/Kunert/Riedl, DSGVO § 24 Rz 5; Kimm in Bauer/Reimer, Handbuch 166f; Flendrovsky in Knyrim, DSGVO 289. ³⁵ § 27 Abs 1 DSG.

Zum Thema

Über den Autor

Mag. Andreas Zavadil ist seit 2017 Referent bei der Datenschutzbehörde. Der Beitrag gibt ausschließlich seine persönliche Meinung wieder und bindet die Datenschutzbehörde in keinem allfälligen Verfahren.

E-Mail: andreas.zavadil@dsb.gv.at

