

Elisabeth Niekrenz

Discrimination In, Discrimination Out. Benachteiligung durch Algorithmen

Mit der Automatisierung zahlreicher Prozesse in Unternehmen und Verwaltung, insbesondere im Zuge des Hypes rund um Künstliche Intelligenz, werden auch strukturelle Ungleichbehandlungen sozialer Gruppen automatisiert. Machine-Learning-Systeme können diskriminierende Muster aus ihren Trainingsdaten erlernen und reproduzieren. Bei der rechtlichen Bewertung von Ungleichbehandlungen durch Algorithmen kommt es zu einer Verzahnung von Datenschutz- und Antidiskriminierungsrecht sowie der neuen KI-Verordnung der Europäischen Union.

Einleitung

Computeralgorithmen prägen zunehmend das Handeln in Verwaltung und Wirtschaft. Sie beeinflussen unsere Chancen am Arbeitsmarkt, bei der Wohnungssuche oder bei Kreditanträgen.

2023 untersuchten Aktivist*innen, Sozialarbeiter*innen und Journalist*innen ein System zur automatischen Detektion von Sozialbetrug der französischen Familiensozialkasse CAF. Die CAF errechnete für Leistungsempfänger einen individuellen Scorewert, der die Wahrscheinlichkeit, mit der eine Person beim Leistungsbezug betrogen hat, abbilden sollte. Faktoren, die diesen Scorewert erhöhten, waren z.B. niedriges Einkommen, Arbeitslosigkeit, der Wohnsitz in bestimmten Gegenden sowie Behinderungen: Im Ergebnis attestierte das System besonders einkommensschwachen Menschen, Alleinerziehenden und Menschen mit Migrationshintergrund eine hohe Betrugswahrscheinlichkeit.¹ Ähnlich arbeitete ein 2018 im Rahmen des niederländischen Sozialsystemskandals aufgedecktes Betrugserkennungssystem. Auf Grundlage der von diesem System errechneten Betrugswahrscheinlichkeit verpflichtete die niederländische Steuerverwaltung Personen unmittelbar zur Rückzahlung hoher Summen. Viele Menschen konnten in der Folge Hypotheken nicht abzahlen, verloren Wohneigentum oder wurden psychisch krank.²

Der österreichische Arbeitsmarktservice stellte zu Beginn 2024 einen KI-Chatbot zur Verfügung, der Berufsberatung anbot. Während er auf die Frage nach Berufen für Männer mit ausgezeichneter Matura Studiengänge wie Informationstechnologie oder Wirtschaftsingenieurwesen vorschlug, fanden sich unter den Empfehlungen für Frauen mit derselben Qualifikation die Fächer Wirtschaftspsychologie, Philosophie und Gender Studies.

In einigen Fällen führten Betroffene von Diskriminierung durch Algorithmen erfolgreich Rechtsstreite:

Der Onlinelieferdienst Deliveroo automatisierte die Zuweisung einzelner Lieferaufträge an Fahrer*innen. Das System

machte die Vergabe von Aufträgen unter anderem von einem Zuverlässigkeitsscore der Fahrer*innen abhängig. Dieser Zuverlässigkeitsscore konnte z.B. dadurch herabgestuft werden, dass Fahrer*innen an Streiks teilnahmen und in der Folge zugesagte Schichten nicht übernahmen. Auch Ausfälle wegen Krankheit, Behinderung oder wegen der Betreuung eines kranken Kindes wurden als Unzuverlässigkeit gewertet, denn das System war blind für die Gründe, aus denen Fahrer*innen Schichten abgesagt hatten. 2021 entschied ein Gericht in Bologna, dass es sich hierbei um eine unzulässige Diskriminierung wegen der Gewerkschaftszugehörigkeit handelte.³

Wenn Computer diskriminieren

Der Begriff Bias wird in verschiedenen Wissenschaftsdisziplinen für strukturell auftretende Fehler verwendet. Auch computergestützte Systeme, die Vorgänge oder Entscheidungen beeinflussen, die für Menschen relevant sind, können Biases aufweisen. Solche Biases können sowohl bei Machine-Learning-Systemen als auch bei anderen Technologien auftreten.

Auf den ersten Blick könnte man meinen, dass Computer Vorurteile ebenso wenig kennen wie Gefühle. Doch mitunter ist das Gegenteil der Fall: Insbesondere Anwendungen, die auf Technologien maschinellen Lernens beruhen, leiten ihre Entscheidungslogiken aus Trainingsdaten ab. Diese Trainingsdaten sind meist historische Daten aus der echten Welt: Es kann sich zum Beispiel um Lebensläufe von Personen handeln, die ein Unternehmen in der Vergangenheit eingestellt hat, oder um im Internet veröffentlichte Texte, die Informationen über Ausbildungswege von Personen verschiedener Geschlechter enthalten. Werden Machine-Learning-Systeme auf Datensätzen trainiert, die strukturelle Ungleichbehandlungen von Personengruppen abbilden oder verschiedene Personengruppen ungleich reprä-

¹ *La Quadrature du Net*: Scoring of Welfare Beneficiaries: The Indecency of CAF's Algorithm now undeniable, 27. November 2023.

² *Amnesty International*: Xenophobic Machines, 2021, S. 5ff.

³ Tribunale Ordinario di Bologna, Entscheidung vom 31. Dezember 2020 – 2949/2019.

sentieren, etwa weil Führungspositionen in der Vergangenheit seltener mit Frauen besetzt wurden, so lernen die Systeme, diese Ungleichbehandlungen zu reproduzieren.⁴ Solche in algorithmische Systeme eingeschriebenen Ungleichbehandlungen haben einen besonderen Skalierungseffekt.

Daneben können Systeme absichtlich so eingerichtet sein, dass sie bestimmte Gruppen anders einstufen als andere, etwa wenn ein Unternehmen vor einem Vertragsschluss einen Abgleich mit einer Liste häufiger ausländischer Vornamen durchführt und im Fall eines Treffers die Person in eine Betrugsprüfung ausleitet.

Normative Anknüpfungspunkte

Die Regulierung von Ungleichbehandlungen durch Computersysteme liegt an einer Schnittstelle von Datenschutz-, Antidiskriminierungsrecht und dem jüngst durch die Europäische Union gesetzten Recht der Künstlichen Intelligenz (KI-Verordnung, im Folgenden: KI-VO). Während sowohl Datenschutz- als auch Antidiskriminierungsrecht subjektive Rechte für Betroffene konstituierten, entstammt die KI-VO dem Produkthaftungsrecht. Sie normiert im Schwerpunkt Sorgfalts- und Qualitätsmanagementpflichten für Betreiber, Einführer und Händler von bestimmten KI-Systemen. Die KI-VO reguliert mithin den Prozess der Auswahl, Entwicklung und Anwendung algorithmischer Systeme, während das Antidiskriminierungsrecht seine Wertungen an die Ergebnisse solcher Prozesse knüpft.⁵ Aus der Perspektive Betroffener kann das Datenschutzrecht mit seinen Transparenz- und Auskunftspflichten insbesondere Indizien für eine Diskriminierung liefern, die prozessual die Beweislastumkehr im antidiskriminierungsrechtlichen Schadenersatz- bzw. Unterlassungsprozess auslösen können.⁶

Antidiskriminierungsrecht

Das europäische Primär-⁷ und Sekundärrecht, das nationale Verfassungsrecht und schließlich das einfache Recht enthalten verschiedene Diskriminierungsverbote, die sich in der Zusammenschau als „Flickwerk verschiedener Schutzintensitäten“⁸ darstellen:

Art. 3 GG sieht ein verfassungsrechtliches Gleichbehandlungsgebot vor, das im Wege der mittelbaren Drittwirkung auf Private angewendet werden kann, insbesondere, wenn diese aus einer Monopolstellung oder sonstigen strukturellen Überlegenheit heraus handeln.⁹ Im Kontext algorithmischer Systeme ist z. B. an Auskunfteien wie die SCHUFA zu denken. Aus Sicht von Verbänden ist der Schutz vor Ungleichbehandlung durch Art. 3 GG jedoch unzureichend, unter anderem weil es an Beweiserleichterungen für Betroffene fehlt.¹⁰

Die Europäische Union erließ Anfang der 2000er Jahre vier Richtlinien zum Schutz vor Ungleichbehandlung zwischen

Privaten.¹¹ Deutschland hat die Antidiskriminierungsrichtlinien 2006 – erst nach einem Vertragsverletzungsverfahren der EU-Kommission – lückenhaft¹² im AGG umgesetzt.

Geschützte Merkmale im AGG

Das AGG schützt Personen vor nachteiligen Behandlungen aus Gründen der „Rasse“¹³ oder der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität.

Anwendungsbereich des AGG

Der Anwendungsbereich des AGG beschränkt sich nach § 2 AGG auf die Bereiche Beschäftigung und Beruf, Bildung und Sozialschutz sowie den Zugang zu Waren und Dienstleistungen.

Damit gilt das AGG bei weitem nicht in allen Situationen, in denen Menschen des Schutzes vor Diskriminierung bedürfen. So ist das Handeln der öffentlichen Verwaltung aufgrund der zivilrechtlichen Ausgestaltung des AGG im Grundsatz nicht erfasst.¹⁴ Berlin hat mit dem Landesgleichbehandlungsgesetz als erstes Bundesland die Landesverwaltung auf den Diskriminierungsschutz verpflichtet.

Im Bereich Beschäftigung und Beruf sind z. B. die Auswahl von Bewerber*innen oder Beschäftigungsbedingungen einschließlich Entgelt erfasst, § 2 Abs. 1 AGG.¹⁵

Beim Zugang zu Waren und Dienstleistungen differenziert Art. 19 AGG wie folgt:

Benachteiligungen wegen der „Rasse“ oder ethnischen Herkunft sind bei der Begründung, Durchführung und Beendigung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse stets untersagt, § 19 Abs. 2 AGG. Benachteiligungen aufgrund der übrigen Diskriminierungsmerkmale (mit Ausnahme der Weltan-

4 *Barocas/Selbst*, Big Data's Disparate Impact, California Law Review 2016, S. 671 (680); *Spieker gen. Döhmman/Towfigh*: Automatisch benachteiligt, 2023, S. 25ff.

5 *Zuiderveen Borgesius et al.*: Non-discrimination law in Europe: a primer for non-lawyers, 2024 S. 6.

6 *Zuiderveen Borgesius et al.*: Non-discrimination law in Europe: a primer for non-lawyers, 2024 S. 7.

7 Vgl. Art. 14 EMRK, Art. 21 GRCh sowie Art. 10 AEUV.

8 *Lembke*, Europäisches Antidiskriminierungsrecht in Deutschland, APUZ 2016.

9 BVerfGE, Beschluss vom 11. April 2018, Rn. 41. Weiterführend *Spieker gen. Döhmman/Towfigh*: Automatisch benachteiligt, 2023, S. 35ff.

10 *Beckmann/von Stoch*: Reformbedarf im Diskriminierungsschutz, 2021, S. 19ff.

11 Antirassismusrichtlinie (RL 2000/43/EG vom 29. Juni 2000), Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie (RL 2000/78/EG vom 27. November 2000), Gleichbehandlungsrichtlinie (Richtlinie 2006/54/EG), Richtlinie über den Zugang zu Gütern und Dienstleistungen (Richtlinie 2004/113/EG vom 13. Dezember 2004).

12 *Lembke*, Europäisches Antidiskriminierungsrecht in Deutschland, APUZ 2016.

13 Zur Diskussion um den Ersatz des Begriffs „Rasse“ als Diskriminierungsmerkmal vgl. *Beckmann/von Stoch*: Reformbedarf im Diskriminierungsschutz, 2021, S. 7 m.w.N.

14 *Beckmann/von Stoch*: Reformbedarf im Diskriminierungsschutz, 2021, S. 18 m.w.N.

15 Vgl. zur Reichweite im Detail: MüKo/Thüsing, 9. Aufl. 2021, AGG § 2 Rn. 3ff.

schauung, für die das AGG kein Benachteiligungsverbot im allgemeinen Zivilrechtsverkehr vorsieht) werden geschützt, soweit es sich um Massengeschäfte oder massengeschäftsähnliche Rechtsgeschäfte handelt, § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG. Das sind laut der Legaldefinition solche Rechtsgeschäfte, bei denen das Ansehen der Person in der Regel nicht (Massengeschäfte) oder von untergeordnetem (massengeschäftsähnliche Rechtsgeschäfte) Interesse ist. Zudem müssen diese Geschäfte zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen. Diese Anforderungen müssen richtlinienkonform ausgelegt werden. Beispiele für Massengeschäfte sind der Erwerb von Zugfahrkarten¹⁶ oder Kaufverträge im Einzelhandel¹⁷.

Algorithmische Systeme kommen oft bei digitalen Entscheidungen über Vertragsschlüsse zum Einsatz, denen eine Bonitätsprüfung oder die Personalisierung von Angeboten, mitunter auch des Preises, vorgeschaltet ist. Auch vollautomatische Betrugserkennungssysteme sind im E-Commerce verbreitet. Solche Systeme berechnen aufgrund verschiedener – häufig durch Onlinetracking gewonnener – Datenpunkte eine Betrugswahrscheinlichkeit.¹⁸

Solche Schuldverhältnisse stellen typischerweise massengeschäftsähnliche Rechtsgeschäfte dar. Gerade da, wo personalisierte Angebote einer Vielzahl von Personen offenstehen und anhand personenbezogener Daten berechnet werden, spricht vieles für die Anwendbarkeit von § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG: Obgleich die *essentialia negotii*, insbesondere der Preis einer Ware oder Dienstleistung, nicht in allen Fällen übereinstimmen, werden sie nach denselben Berechnungsmethoden festgesetzt.¹⁹ Ein etwaig zu schützendes persönliches Vertrauen oder Näheverhältnis besteht in solchen Fällen nicht.

Eine Bonitäts- und Betrugsprüfung steht der Einstufung eines Geschäfts als massengeschäftsähnlich nicht im Wege. Die Anbieter möchten mit allen zahlungsfähigen Kunden kontrahieren.²⁰ Kreditgeschäfte oder die Vermietung von Räumen sollen zwar laut der Gesetzesbegründung wegen der individuellen Risikoprüfung nicht zu den Massengeschäften zählen, jedoch seien die Angebote großer Wohnungsanbieter unter massengeschäftsähnliche Rechtsgeschäfte zu fassen, obgleich diese zwingend mit einer Bonitätsprüfung einhergehen.²¹ Nach § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG ist die Vermietung von Wohnraum im Grundsatz erfasst. Laut zwei amtsgerichtlichen Entscheidungen gilt § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG für Kleinkreditverträge sowie für Kreditkarten mit einem eher geringen Kreditrahmen.²² Zukünftig wird es auf die Einstufung von Kreditverträgen als Massengeschäft oder massengeschäftsähnliches Rechtsgeschäft nach § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG nicht mehr ankommen, da bis Ende 2025 die Europäische Verbraucherkreditrichtlinie (RL 2023/2225) umgesetzt werden muss, die ein umfassendes Diskriminierungsverbot bei Verbraucherkreditverträgen vorsieht.

Unmittelbare und mittelbare Benachteiligung

Das AGG verbietet unmittelbare und mittelbare Benachteiligungen.

Eine unmittelbare Benachteiligung liegt nach § 3 Abs. 1 AGG vor, wenn eine Person aufgrund eines geschützten Merkmals eine weniger günstige Behandlung erfährt als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation. Dies kann z.B. Beispiel der Fall sein, wenn die Eigenschaften Geschlecht oder Alter einen Einfluss auf das Ranking von Bewerbungen durch ein IT-System zur Unterstützung des Bewerbungsprozesses (Applicant-Tracking-System) haben. Bei der Implementierung von computergestützten Systemen, die im Anwendungsbereich des AGG relevante Auswirkungen auf Personen zeitigen, sollten Anwender*innen daher im ersten Schritt prüfen, ob sich Diskriminierungsmerkmale unmittelbar auf Ergebnisse dieser Systeme auswirken. Bei Systemen, die auf Machine-Learning beruhen, müssen sie die Datengrundlage mit Blick auf Daten, die Aufschluss über Diskriminierungsmerkmale geben können, kritisch prüfen.

Eine mittelbare Benachteiligung liegt nach § 3 Abs. 2 AGG vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines geschützten Merkmals gegenüber anderen Personen benachteiligen können. Ein Paradebeispiel ist die Teilzeitbeschäftigung als Stellvertretervariable (Proxy) für weibliches Geschlecht. Betroffene können eine solche mittelbare Diskriminierung unter anderem mittels statistischer Zusammenhänge zwischen einem geschützten Merkmal und dem scheinbar neutralen Merkmal nachweisen. Verbindliche Vorgaben, wie stark dieser Zusammenhang sein muss, fehlen bislang in der höchstrichterlichen Rechtsprechung.²³

So wird klar, dass die Entfernung von Diskriminierungsmerkmalen bzw. Daten, die Aufschluss über solche Merkmale geben, aus den Systemen keineswegs genügt, um Benachteiligung auszuschließen. Mittelbare Benachteiligungen sind bei Systemen, die auf maschinellem Lernen beruhen, besonders relevant, denn diese Systeme wählen unter Umständen selbst aus, von welchen Datenpunkten sie ihre Wertungen oder Entscheidungen abhängig machen. Wenn eine soziale Gruppe in der Vergangenheit in be-

16 OLG Frankfurt a.M. Urteil vom 21. Juni 2022 – 9 U 92/20, R. 52.

17 BeckOK BGB/Wendtland, 1. Mai 2024, AGG § 19 Rn. 4.

18 Vgl. z.B. die Produkte „minFraud“ des Unternehmens MaxMind, Inc. (<https://www.maxmind.com/en/solutions/minfraud-services>) oder „DeviceID“ der Risk.Ident GmbH (<https://riskident.com/device-ident/>).

19 Zur Vergleichbarkeit der Bedingungen: MüKo/Thüsing, 9. Aufl. 2021, AGG § 19 Rn. 30ff.

20 Vgl. MüKo/Thüsing, 9. Aufl. 2021, AGG § 19 Rn. 40.

21 BT-Drs. 16/1780, S. 42.

22 AG München, Urteil vom 13. April 2016 – 171 C 28560/15, Rn. 20; AG Kassel, Urteil vom 7. September 2023 – 435 C 777/23; zum Stand der Literatur: MüKo/Thüsing, 9. Aufl. 2021, AGG § 19 Rn. 27; Langenbacher: Diskriminierung bei der Vergabe von Verbraucherkrediten? BKR 2023 S. 205 (208).

23 MüKo/Thüsing, 9. Aufl. 2021, AGG § 3 Rn. 31.

stimmten Kontexten benachteiligt wurde und sich dies in den Trainingsdaten widerspiegelt, kann ein Machine-Learning-System auch ohne unmittelbare Hinweise auf die Gruppenzugehörigkeit aufgrund von Korrelationen Stellvertretermerkmale identifizieren und seine Ergebnisse daran knüpfen.²⁴ Z.B. können Zusammenhänge zwischen ethnischer Herkunft und dem Wohngebiet von Personen bestehen. Eine Lebensversicherung, die die Prämienhöhe in Abhängigkeit von der Postleitzahl der Versicherungsnehmenden festlegt, knüpfte daher nach Auffassung der niederländischen Antidiskriminierungsstelle an ein solches scheinbar neutrales Kriterium an, welches im Ergebnis Personen mit Migrationshintergrund benachteiligte. Die niederländische Antidiskriminierungsstelle betrachtete die Benachteiligung jedoch als gerechtfertigt.²⁵

Rechtfertigung der Ungleichbehandlung

Zur Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung sieht das AGG bereichsspezifisch verschiedene Maßstäbe vor. So können im Bereich Beschäftigung und Beruf Ungleichbehandlungen aufgrund beruflicher Anforderungen (§ 8 AGG), aufgrund des Selbstverständnisses von Religionsgemeinschaften (§ 9 AGG) und aufgrund sachlicher Gründe für eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters (§ 10 AGG) gerechtfertigt sein. Für den Zugang zu Waren und Dienstleistungen ermöglicht § 20 Abs. 1 AGG eine Rechtfertigung der Ungleichbehandlung wegen der Religion, einer Behinderung, des Alters, der sexuellen Identität oder des Geschlechts.

Fraglich ist, inwiefern statistische Zusammenhänge zwischen einem Diskriminierungsmerkmal und einem sachlichen Grund Ungleichbehandlungen rechtfertigen können. Man denke etwa an einen Kreditkartenanbieter, der aufgrund statistischer Daten über schlechteres Kreditrückzahlungsverhalten bei Männern diesen gegenüber nachteilige Konditionen verwendet. Aus ökonomischer Sicht kann sich das heuristische Aussortieren von Personen nach versicherungsmathematischen Logiken lohnen. Dem einzelnen Betroffenen wird damit jedoch Unrecht getan. Für geschlechtsspezifische Versicherungstarife hat der Europäische Gerichtshof bereits 2011 entschieden, dass eine Rechtfertigung nicht mehr infrage kommt.²⁶

Rechtsfolgen

Das AGG gewährt als Rechtsfolge vor allem einen Anspruch auf Schadenersatz (§ 15 AGG für Beschäftigte, im Übrigen § 21 AGG). Dieser soll nach den europäischen Vorgaben abschreckend, verhältnismäßig und wirksam sein, Art. 15 RL 2000/43/EG. Darüber hinaus besteht ein Unterlassungsanspruch Betroffener nach § 21 Abs. 1 Satz 2 AGG. Während § 15 AGG explizit den Arbeitgeber in die Pflicht nimmt, kommt bei Ansprüchen aus § 21 AGG neben dem kontrahierenden Unternehmen dem Wortlaut nach durchaus auch der Softwareanbieter als Anspruchsgegner infrage.

Beweislastumkehr

Da die benachteiligte Person häufig keine unmittelbare Einsicht in die Entscheidungsgründe des Benachteiligenden hat, sieht § 22 AGG eine Beweislastumkehr vor: Betroffene müssen nur Indizien einer Benachteiligung wegen eines geschützten Merkmals darlegen, um die Beweislastumkehr auszulösen. Indiz für eine Benachteiligung im Zuge automatischer Entscheidungsfindung kann z.B. die Erhebung von Daten, die ein geschütztes Merkmal oder ein Proxy-Merkmal betreffen, durch das benachteiligende Unternehmen sein.

Datenschutzrecht

Das Datenschutzrecht soll unter anderem Diskriminierungen als negative Auswirkungen rechtswidriger Datenverarbeitungen verhindern, wie z.B. Erwägungsgrund 85 DSGVO klarstellt.

Bereits die in Art. 5 DSGVO niedergelegten Grundsätze der Verarbeitung personenbezogener Daten der sachlichen Richtigkeit und der Fairness, Art. 5 Abs. 1 lit. a) und d) DSGVO, können verletzt sein, wenn computergestützte Systeme bestimmte Gruppen benachteiligen.²⁷ Die zentralen Anknüpfungspunkte des datenschutzrechtlichen Diskriminierungsschutzes bilden jedoch Art. 9 und Art. 22 DSGVO.

Sensible Daten nach Art. 9 DSGVO

Art. 9 Abs. 1 DSGVO verbietet die Verarbeitung von Daten, aus denen die „rassische“ und ethnische Herkunft, politische Meinungen, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen oder die Gewerkschaftszugehörigkeit hervorgehen, sowie die Verarbeitung von genetischen Daten, biometrischen Daten zur eindeutigen Identifizierung einer natürlichen Person, Gesundheitsdaten oder Daten zum Sexualleben oder der sexuellen Orientierung einer natürlichen Person. Art. 9 Abs. 2 DSGVO normiert eine Reihe von Ausnahmen von diesem Verbot. Die Datenkategorien überschneiden sich stark mit den geschützten Merkmalen aus § 1 AGG. Das Geschlecht einer Person gehört jedoch nicht zu den nach Art. 9 DSGVO geschützten Datenkategorien.

Art. 9 DSGVO schützt daher in einigen Kontexten zumindest vor unmittelbaren Diskriminierungen aufgrund computergestützter Prozesse, da die entsprechenden Diskriminierungsmerkmale selbst nicht verarbeitet und somit auch nicht zur Grundlage von algorithmischen Entscheidungen, Empfehlungen oder Rankings gemacht werden dürfen.

24 *Spieker gen. Döhmann/Towfigh*: Automatisch benachteiligt, 2023, S. 22.

25 *College voor de Rechten van de Mens (Advies aan Dazure B.V. over premiedifferentiatie op basis van postcode bij de Finvita overlijdensrisicoverzekering)*, januari 2014, zitiert nach: Zuiderveen Borgesius et al.: Non-discrimination law in Europe: a primer for non-lawyers, 2024 S. 5f.; Zum Wohnort als Proxy für Ethnizität vgl. EuGH, Urteil vom 16. Juli 2015, C-83/14.

26 EuGH, Urteil vom 1. März 2011, C-236/09.

27 *Zuiderveen Borgesius et al.*: Non-discrimination law in Europe: a primer for non-lawyers, 2024 S. 7f.

Aufgrund der vielfältigen Ausnahmen in Art. 9 Abs. 2 DSGVO ist dieser Schutz jedoch nicht umfassend.

Der Europäische Gerichtshof legt Art. 9 Abs. 1 DSGVO sehr weit aus: So kann etwa die Angabe des Namens des*der Ehepartner*in oder Lebenspartner*in einer Person zu den nach Art. 9 Abs. 1 DSGVO geschützten Daten zählen, wenn diese Aufschluss über die sexuelle Orientierung der Person geben kann.²⁸

Automatisierte Entscheidungsfindung, Art. 22 DSGVO

Art. 22 DSVO statuiert ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt für ausschließlich auf automatisierten Verarbeitungen beruhende Entscheidungen, die gegenüber Betroffenen rechtliche Wirkung entfalten oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigen.

Bis zur Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs in der Rechtssache „SCHUFA“ fristete die Norm ein Schattendasein. Die Literatur legte das Kriterium „ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung – einschließlich Profiling – beruhende[n] Entscheidung“ eng aus, sodass beinahe jede menschliche Beteiligung am Entscheidungsprozess Art. 22 DSGVO ausschloss.²⁹ Mit Urteil vom 7.12.2023 entschied der Europäische Gerichtshof, dass ein automatisiertes Bonitätsscoring einer Auskunft, welches im Vorfeld eines Vertragsschlusses erfolgt, bereits eine „Entscheidung“ nach Art. 22 DSGVO darstellt, wenn die Entscheidung eines Dritten über einen Vertragsschluss mit einer Person maßgeblich von diesem Scoring-Wert abhängt.³⁰ Damit hat der EuGH klargestellt, dass der Anwendungsbereich der Norm erheblich weiter ist: Automatisierte Verarbeitungen, von deren Ergebnis Entscheidungen mit rechtlicher Wirkung oder ähnlich erheblichen Auswirkungen maßgeblich abhängen, sind von Art. 22 DSGVO erfasst.

In der Praxis bestehen automatisierte Prozesse, die Entscheidungen über Vertragsschlüsse oder ähnlich relevante Entscheidungen treffen, oft aus einer Vielzahl pfadabhängiger Einzelprozesse. Beispielsweise muss ein Prozess zur automatisierten Entscheidung über die Kreditvergabe einer Bank mindestens eine Identitätsprüfung nach dem GwG, eine Bonitätsprüfung nach BGB und KWG, in die in der Praxis mehrere externe Bonitätsbewertungen, ggf. intern vorhandene Informationen sowie Berechnungen aus Einkommen und Ausgaben einfließen können, und eine Prüfung von Embargo/PeP-Vorschriften umfassen. Werden diese Prozesse allesamt automatisch durchgeführt, ist Art. 22 DSGVO anzuwenden. Ist ein einzelner automatisierter Entscheidungsschritt in bestimmten Fällen maßgeblich für die Gesamtentscheidung, etwa weil der Antrag im Rahmen einer Embargoprüfung oder aufgrund eines schlechten Bonitätsscorings abgelehnt wird, so stellt auch dies eine automatisierte Entscheidung im Sinne von Art. 22 DSGVO dar.

Was aber, wenn aufgrund einer negativen automatischen Teilentscheidung ein Betroffener auf einen Pfad mit schlechteren Aussichten geführt wird?³¹ Wie verhält es sich zum Beispiel bei einem Bewerbungsmanagement-System, das keine finale Ja/Nein-Entscheidung über eine Einstellung trifft, sondern Bewerbungen für die Personaler*innen ranken und diese sich die Bewerbungen auf den letzten Platzierungen im Ranking gar nicht mehr ansehen? Auch hier wird eine erhebliche Beeinträchtigung im Ergebnis ausschließlich durch die automatische Ranking-Entscheidung herbeigeführt.

Ist der Tatbestand des Art. 22 DSGVO eröffnet, so ist zur Rechtmäßigkeit des Entscheidungsprozesses eine Ausnahme nach Art. 22 Abs. 2 DSGVO erforderlich. Neben der Einwilligung der Betroffenen kommen die Erforderlichkeit der automatisierten Entscheidung für den Vertragsschluss oder eine nationale Erlaubnisnorm in Betracht. Die europäischen Datenschutzaufsichtsbehörden fordern von Verantwortlichen, darzulegen, dass die Automatisierung z.B. aufgrund einer ungewöhnlich hohen Anzahl von Bewerbungen erforderlich ist und ob andere Maßnahmen als eine automatisierte Entscheidung in Betracht kommen, die weniger stark in die Rechte des Betroffenen eingreifen.³²

Besteht eine Erlaubnis für die automatisierte Entscheidung, so haben Betroffenen ein Recht auf Erwirken des Eingreifens einer Person, auf Darlegung des eigenen Standpunkts und auf Anfechtung der Entscheidung.³³ Daran wird erkennbar, dass Art. 22 DSGVO auch darauf abzielt, kafkaeske Situationen zu vermeiden, in denen Betroffene sich nicht gegen sachlich falsche Entscheidungen wehren können.

Zudem müssen Verantwortliche zu Gewährleistung einer fairen und transparenten Verarbeitung geeignete mathematische oder statistische Verfahren für das Profiling und technische und organisatorische Maßnahmen, mit denen das Risiko von Fehlern minimiert wird, anwenden, um diskriminierende Wirkungen zu verhindern.³⁴

28 EuGH, Urteil vom 1. August 2022, C-184/20, Rn. 128.

29 Gola/Heckmann/Schulz, 3. Aufl. 2022, Art. 22 DSGVO Rn. 11 ff.

30 EuGH, Urteil vom 7. Dezember 2023, C-634/21, Rn. 70.

31 Zu pfadabhängigen (teil-)automatisierten Entscheidungsprozessen *Binns/Veale*: Is that your final decision? Multi-stage profiling, selective effects, and Article 22 of the GDPR, *International Data Privacy Law* 2021, S. 319.

32 Article 29 Data Protection Working Group: Guidelines on Automated individual decision-making and Profiling for the purposes of Regulation 2016/679, WP 251rev.01, 2018, S. 23, für eine engere Auslegung: Paal/Pauly/Martini, 3. Aufl. 2021, Art. 22 Rn. 31a.

33 EuGH, Urteil vom 7. Dezember 2023, C-634/21, Rn. 54.

34 EuGH, Urteil vom 7. Dezember 2023, C-634/21, Rn. 50, 66; vgl. zu diesen Maßnahmen auch die italienische Datenschutzaufsichtsbehörde, Garante per la protezione dei dati personali, *Ordinanza ingiunzione nei confronti di Deliveroo Italy s.r.l.*, 22. Juli 2021, 9685994; *Ordinanza ingiunzione nei confronti di Foodinho s.r.l.*, 10. Juni 2021, 9675440.

Personenbezogene Daten besonderer Kategorien dürfen gemäß Art. 22 Abs. 4 DSGVO nur eingeschränkt für die automatisierte Entscheidungsfindung verarbeitet werden.

Datenschutzrechtliche Transparenz

Verantwortliche sind verpflichtet, Informationen über die Verarbeitung nach Art. 13 DSGVO sowie zur Erteilung von Auskunft und Kopie nach Art. 15 DSGVO bereitzustellen. Art. 13 Abs. 2 lit. f) DSGVO verlangt aussagekräftige Informationen über die involvierte Logik sowie die Tragweite und angestrebten Auswirkungen der Verarbeitung für die betroffene Person. Dieselben Informationen sind im Rahmen der Auskunft zu erteilen. Nach Auffassung der europäischen Datenschutzaufsichtsbehörden müssen Verantwortliche dabei nicht den Algorithmus als solchen herausgeben. Stattdessen sind „die Kategorien von Daten, die bei Profiling oder automatisierten Entscheidungen verwendet wurden bzw. künftig verwendet werden; warum diese Kategorien als relevant gelten; wie die bei der automatisierten Entscheidungsfindung verwendeten Profile erstellt werden, wozu auch bei der Analyse verwendete Statistiken zählen; warum dieses Profil für die automatisierte Entscheidungsfindung relevant ist und wie es für eine Entscheidung zur betroffenen Person verwendet wird“³⁵ zu beauskunften. Dies bestätigten kürzlich die Schlussanträge des Generalanwalts am EuGH Jean Richard de la Tour, der hervorhebt, dass die Auskunft den betroffenen Personen ermöglichen muss, die Richtigkeit der Daten sowie den Kausalzusammenhang zwischen der verwendeten Methode, den Kriterien und dem Ergebnis der Entscheidungsfindung zu überprüfen.³⁶

Der Plattformdienstleister zur Vermittlung von Taxifahrten OLA verwendete automatische Systeme, die unter anderem über die Vergabe von Aufträgen sowie über die Verhängung von Sanktionen gegenüber Fahrer*innen bzw. Verminderung von Entgelten (mit-)entschieden. Zudem nutzte OLA ein System zur automatischen Berechnung von Betrugswahrscheinlichkeitsscores. Ein Amsterdamer Gericht entschied auf eine Klage gewerkschaftlich organisierter Fahrer*innen, dass hinsichtlich der Entscheidung über die Verhängung von Sanktionen eine automatisierte Entscheidungsfindung im Sinne von Art. 22 Abs. 1 DSGVO vorlag. Die Auskunft nach Art. 15 Abs. 2 lit. h) DSGVO müsse daher Angaben zu den getroffenen Entscheidungen, zu den verwendeten Daten sowie zu den Annahmen, auf denen die automatisierte Verarbeitung beruhte, enthalten. OLA wurde verurteilt, die wesentlichen Bewertungskriterien herauszugeben und mitzuteilen, welcher Stellenwert diesen jeweils im Rahmen der Entscheidungsfindung zukommt, sodass die Betroffenen die Richtigkeit und Rechtmäßigkeit der Verarbeitung überprüfen können. Mit Blick auf die errechneten Betrugswahrscheinlichkeitsscores entschied das Gericht, dass keine automatisierte Entscheidungsfindung nach Art. 22 Abs. 1 DSGVO

stattfinde, weil zu den Auswirkungen des Scores nicht vorgetragen wurde. Gleichwohl hielt das Gericht fest, dass sowohl die personenbezogenen Daten, die zur Erstellung des Risikoprofils verwendet wurden, als auch die Segmente, in die eine betroffene Person eingeordnet wurde, beauskunftet werden müssen.³⁷

Die Berliner Datenschutzaufsichtsbehörde verhängte wegen Nichtbeauskunftung der konkreten Ablehnungsgründe bei einem Kreditantrag durch eine automatische Entscheidung ein Bußgeld in Höhe von EUR 300.000,00 gegen eine Berliner Bank.³⁸

Erkennung und Reduktion von Ungleichbehandlungen in Machine-Learning-Systemen

In der Computerwissenschaft werden seit einigen Jahren Methoden zur Erkennung und Reduktion von Biases in Machine-Learning-Systemen entwickelt. An anerkannten Standards mangelt es bislang jedoch. Im Diskurs um künstliche Intelligenz wird oft der „Black Box“-Charakter der Systeme hervorgehoben. Das Forschungsfeld Explainable AI (XAI) entwickelt Methoden zur Herstellung von Transparenz für verschiedene Machine-Learning-Technologien.³⁹

Das interdisziplinäre Forschungsprojekt Fairness and Intersectional Non-Discrimination in Human Recommendation (FINDHR) erarbeitet Methoden zur Erkennung und Mitigation von Ungleichbehandlungen durch algorithmische Systeme im Human-Ressourcen-Bereich und stellt unter anderem Testdatensets bereit.⁴⁰

Ob ein Bias eine rechtswidrige Diskriminierung darstellt, ist schließlich eine komplexe normative Frage, sodass es sich bei der Erkennung und Reduktion von Benachteiligungen durch Computersysteme immer um eine interdisziplinäre Aufgabe handelt.

KI-Verordnung (AI Act)

Am 13. Juni 2024 wurde die KI-Verordnung der EU (KI-VO) verabschiedet. Die Pflichten der KI-VO treten gemäß Art. 113 mit Abstufungen in den kommenden drei Jahren in Kraft. Die Verordnung folgt dem Muster des Produkthaftungsrechts und soll laut Erwägungsgrund 1 die Einführung

35 Artikel-29-Datenschutzgruppe: Leitlinien zur automatisierten Entscheidung im Einzelfall einschließlich Profiling für die Zwecke der Verordnung 2016/679, (WP251.rev.01), 6. Februar 2018, S. 35.

36 Schlussanträge des Generalanwalts am EuGH Jean Richard de la Tour vom 12. September 2024, C-2023/22, Rn. 96.

37 Rechtbank Amsterdam, Entscheidung vom 11. März 2012, C/13/689705 / HA RK 20-258.

38 Berliner Beauftragte für den Datenschutz und die Informationsfreiheit: Computer sagt Nein, Pressemitteilung vom 31. Mai 2023.

39 Z.B. *Schmitt*: Explainable Automated Machine Learning for Credit Decisions: Enhancing Human Artificial Intelligence Collaboration in Financial Engineering, 2024; *Thampi*: Interpretable AI: Building Explainable Machine Learning Systems, 2022; *Liao, Varshney*: Human-Centered Explainable AI (XAI): From Algorithms to User Experiences, 2022.

40 <https://findhr.eu/about-findhr/>.

von „menschenzentrierter und vertrauenswürdiger künstlicher Intelligenz“ fördern und Gesundheit, Sicherheit sowie die Grundrechte aus der GRCh, einschließlich Demokratie und Rechtsstaatlichkeit, schützen. Das Regelwerk erlegt Anbietern, Betreibern, Einführern und Händlern von KI-Systemen verschiedene Sorgfalts-, Risiko-Management- und Dokumentationspflichten auf. Laut der Legaldefinition in Art. 3 Nr. 1 KI-VO sind maschinengestützte Systeme erfasst, die in einem gewissen Grad autonom arbeiten sollen, anpassungsfähig sind und aus Eingaben Ausgaben erstellen. Ausgehend von dieser recht weiten Definition sieht die Verordnung abgestufte Pflichten vor, je nachdem, mit welchen Risiken der Einsatz eines bestimmten Systems verbunden ist. Regelungen zum Diskriminierungsschutz gelten vor allem für Hochrisikosysteme. Darunter fallen nach Art. 6 Abs. 2 i. V. m. Anhang III KI-VO zum Beispiel biometrische Fernidentifizierungssysteme, Systeme zur Bewerberauswahl oder Systeme, die Behörden zur Entscheidung über Ansprüche auf Unterstützungsleistungen anwenden.

Art. 10 KI-VO verpflichtet Anbieter von Hochrisikosystemen zur Sicherstellung der Qualität von Trainingsdaten: Gemäß Art. 10 Abs. 2 lit. f) müssen geeignete Daten-Governance- und Datenverwaltungsverfahren gelten, insbesondere zur Prüfung auf mögliche Verzerrungen (Biases), die die Gesundheit und Sicherheit von Personen beeinträchtigen, sich negativ auf die Grundrechte auswirken oder zu verbotenen Diskriminierungen führen können. Trainingsdaten müssen darüber hinaus relevant, hinreichend repräsentativ und so weit wie möglich fehlerfrei sein, Art. 10 Abs. 3 KI-VO. Art. 10 Abs. 5 KI-VO erlaubt die Verarbeitung besonderer Kategorien personenbezogener Daten nach Art. 9 DSGVO, soweit dies zur Erkennung und Behebung von Biases unbedingt erforderlich ist. Für bestimmte KI-Systeme ist ferner die Durchführung einer Grundrechte-Folgenabschätzung nach Art. 27 KI-VO erforderlich. Schließlich sieht Art. 49 KI-VO eine Registrierungspflicht für die meisten Hochrisiko-Systeme vor. Im Rahmen dieser

Registrierung müssen unter anderem auch Informationen zur Datenbasis und Betriebslogik angegeben werden.

Fazit

Ungleichbehandlungen durch Algorithmen unterliegen verschiedenen Regelungsansätzen. Das Antidiskriminierungsrecht, das Datenschutzrecht und das Recht der künstlichen Intelligenz unterscheiden sich in ihren Anwendungsbereichen, den geschützten Diskriminierungsmerkmalen, ihren Rechtsfolgen und Haftungsmaßstäben. Darüber hinaus verpflichten sie verschiedene Normadressaten: Sowohl der*die Entwickler*in eines Systems als auch das Unternehmen oder die Behörde, die ein System anwendet, können unter Umständen für Benachteiligungen in die Pflicht genommen werden.

Die KI-VO und die DSGVO setzen Anbieter*innen von Hochrisikosystemen und Verantwortlichen von Datenverarbeitungen mit automatisierter Entscheidungsfindung eine obligatorische Prüfung ihrer Systeme auf Diskriminierungsrisiken auf die Tagesordnung. Die Erfüllung dieser Pflichten kann nicht zuletzt in das Verschuldenserfordernis des § 21 Abs. 2 Satz 2 AGG hineingelesen werden und sich so auf Schadensersatzansprüche Betroffener auswirken.

Schließlich können die datenschutzrechtlichen Transparenzpflichten Betroffenen die Faktenbasis für den Antidiskriminierungsprozess liefern und sollten ein fester Bestandteil des Werkzeugkastens von Verbänden und Beratungsstellen werden.

Elisabeth Niekrenz ist Rechtsanwältin bei der Kanzlei Spirit Legal Rechtsanwalts-gesellschaft mbH in Leipzig.





DSGVO – BDSG – TDDDG

Kommentar von Taeger/Gabel

Setzt den Standard im Datenschutzrecht

5. Aufl. 2025 | ca. 2.600 S. | geb. | ISBN: 978-3-8005-1897-5 | € 309,00

Weitere Informationen auf shop.ruw.de


