

Auf allen Ebenen wird zwischen den Alternativen ‚Freiwilligkeit‘ oder ‚Verbindlichkeit durch Rechtsanspruch‘ intensiv diskutiert. Von Arbeitgebern wird häufig eingewandt, es bräuchte keiner gesetzlich verankerten Pflicht, denn viele Unternehmen erkennen die Sinnhaftigkeit zugunsten Beschäftigter flexibler gestalteter Arbeitsarrangements. Es lassen sich mehrere Argumente anführen, die trotz dieser zu begrüßenden Personalpolitik die Notwendigkeit einer gesetzlichen Flankierung unterstreichen.

- (1) Beschäftigte brauchen verlässliche Rechtsgrundlagen, um mit der Arbeitgeberseite überhaupt adäquat verhandeln zu können.
- (2) Ein „Shadow of the law“ verbessert die individuelle Rechtsposition auch insoweit, dass andere relevante Akteure für diese subjektiven Rechte sensibilisiert und unterstützend aktiv werden.<sup>29</sup>
- (3) Allein mit Freiwilligkeit wird eine Vielzahl von Beschäftigten in zahlreichen Unternehmen nicht erreicht.
- (4) Die Unternehmen, die zugunsten ihrer Beschäftigten flexibilisierungsbereit sind und insoweit auch Aufwand nicht scheuen, müssen durch einen gesetzlichen Mindeststandard unterstützt und vor vereinbarungsunwilligen Mitkonkurrenten und damit vor einem Wettbewerb zum Nachteil der Vereinbarkeit geschützt werden.
- (5) Vereinbarkeitslösungen, die nicht gesetzlich fundiert sind, bergen ein Risiko von schädigender Selbstgefährdung und Diskriminierung.<sup>30</sup>

## 6. Schluss

Egal, welche Farbkombination am Ende für die nächste Regierungskoalition steht, einen kräftigen lila Anstrich wird der politische Fahrplan brauchen, um die tatsächlichen Nachteile von Frauen im Arbeitsleben wie im gesellschaftlichen Leben auch abzubauen. Es gibt zahlreiche kluge Vorschläge, die verschiedenen Gender Gaps auch durch eine noch konsequentere Regulierung im einfachen Recht zu schließen.<sup>31</sup> Wichtig ist, den Worten eines Koalitionsvertrages dann auch Taten folgen zu lassen und das einfache Recht konsequent im Lichte von Art. 3 Abs. 2 S. 2 GG fortzuschreiben.

29 Vgl. dazu Mangold, Sonja, Transnationale Soziale Dialoge und Antidiskriminierung im Erwerbsleben, Baden-Baden 2018.

30 Dazu Lott/Ahlers/Wenckebach/Zucco (Fn. 1), S. 7 ff.; Diewald, Martin/Nebe, Katja, Familie und Beruf: Vereinbarkeit durch Homeoffice? Soziologische und rechtswissenschaftliche Perspektiven in: Sozialer Fortschritt 69 (2020) 8/9, S. 595-610.

31 Vgl. nur Ratsschlussfolgerungen des Rates der EU, verabschiedet am 1.12.2020, über eine gerechte Verteilung von bezahlter Erwerbsarbeit und unbezahlter Sorgearbeit zwischen Frauen und Männern, mit dem Ziel, den Gender Pay Gap abzubauen, online <<<https://www.consilium.europa.eu/media/47063/st13584-en20.pdf>>> (Zugriff: 9.11.2021); Deutscher Juristinnenbund e.V., Konzeption eines Gleichstellungsgesetzes für die Privatwirtschaft, Berlin 2021, <<[https://www.djb.de/fileadmin/user\\_upload/Konzeption\\_Gleichstellungsgesetz\\_Langfassung\\_djb.pdf](https://www.djb.de/fileadmin/user_upload/Konzeption_Gleichstellungsgesetz_Langfassung_djb.pdf)>> (Zugriff: 9.11.2021).

DOI: 10.5771/1866-377X-2021-4-165

# Algorithmische Diskriminierung

## Handlungsempfehlungen aus dem Dritten Gleichstellungsbericht und Regulierungsvorschläge im AI-Act

Angela Tschech

djb-Mitglied, wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Universität Halle-Wittenberg, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Recht der Sozialen Sicherheit

„Datenethik, Algorithmen, künstliche Intelligenz – was hat das alles mit Frauenrechten zu tun?“ lautete das erste Themenpanel des 43. Bundeskongresses 2019 des Deutschen Juristinnenbundes e.V. (djb). Die Panelistinnen waren sich einig, dass sowohl Rechtsprechung als auch Gesetzgeber in der Pflicht seien, der Diskriminierung durch Algorithmen entgegenzuwirken – auch wenn das geltende Recht schon vielfältige Ansatzpunkte biete.<sup>1</sup> Diesem berechtigten Appell ist die EU-Kommission im April 2021 mit dem Entwurf eines Rechtsrahmens für Künstliche Intelligenz (im Folgenden: AI-Act) nachgekommen.<sup>2</sup> Der AI-Act beschränkt sich allerdings nicht auf Künstliche Intelligenz<sup>3</sup> im engeren Sinne, sondern erfasst unterschiedliche algorithmische Systeme, die „im Hinblick auf eine Reihe von Zielen, die vom Menschen festgelegt werden, Ergebnisse wie Inhalte, Vorhersagen, Empfehlungen oder Entscheidungen hervorbringen kann, die das

Umfeld beeinflussen, mit denen sie interagieren“.<sup>4</sup> Ob der Entwurf ausreichend die mittlerweile bekannten Diskriminierungsrisiken<sup>5</sup>

- 1 Röttgen, Charlotte, Datenethik, Algorithmen, Künstliche Intelligenz – das alles hat mit Frauenrechten zu tun. djbZ 2019, S. 200-201 (201).
- 2 Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für Künstliche Intelligenz (Gesetz über Künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union, Brüssel, 21.4.2021, COM(2021) 206 final.
- 3 Zur Unschärfe des Begriffs: Geminn, Christian, Die Regulierung Künstlicher Intelligenz. Anmerkungen zum Entwurf eines Artificial Intelligence Act, Zeitschrift für Datenschutz 2021, S. 354 f. und Dritter Gleichstellungsbericht der Bundesregierung; Hacker, Philipp, Europäische und nationale Regulierung von Künstlicher Intelligenz, NJW 2020, S. 2141-2147 (2142 f.); Dritter Gleichstellungsbericht der Bundesregierung, BT-Drucks. 19/30750, S. 88.
- 4 Art. 3 Nr. 1 AI-Act i. V. m. Annex I.
- 5 Siehe nur: Buolamwini, Joy/Gebru, Timnit, Gender Shades: Intersectional Accuracy Disparities in Commercial Gender Classification, Proceedings of Machine Learning Research 81 (2018), S. 1-15; Fröhlich, Wiebke/Spiecker genannt Döhman, Indra: Können Algorithmen diskriminieren?, online: <<<https://verfassungsblog.de/koennen-algorithmen-diskriminieren/>>> (Zugriff: 9.11.2021); Orwat, Carsten, Diskriminierungsrisiken durch Verwendung von Algorithmen, Berlin 2019; Wachter-Boettcher, Sandra, Technically Wrong. Sexist apps, biased algorithms and other threats of toxic tech, New York 2018.

beim Einsatz algorithmischer Systeme berücksichtigt, lässt sich gut anhand der Analysen und Handlungsempfehlungen der Sachverständigenkommission zum Dritten Gleichstellungsbericht untersuchen, die sich insbesondere mit gleichstellungsrelevanten Herausforderungen bei dem Einsatz von algorithmischen Systemen im Beschäftigtenkontext befasst hat.

## I. Handlungsempfehlungen mit Bezug zu algorithmischen Systemen

Im Einzelnen werden im Gutachten für den Dritten Gleichstellungsbericht

- die Gestaltungsbedingungen<sup>6</sup> von algorithmischen Systemen und der Grundrechtsschutz bei ihrem Einsatz,<sup>7</sup>
- Überwachungsrisiken und Kontrolle durch algorithmische Systeme sowie Diskriminierungsrisiken bei automatisierter Vermittlung und Ranking im Rahmen der Plattformökonomie,<sup>8</sup>
- der Einsatz solcher Systeme in der Personalauswahl<sup>9</sup> und
- geschlechterverzerrende und diskriminierende Empfehlungsalgorithmen auf Social Media Plattformen<sup>10</sup>

betrachtet.

Eine große Stärke des Gutachtens ist die Einordnung von Technologien in den gesellschaftlichen Kontext. Die Sachverständigenkommission geht auch im Hinblick auf Diskriminierungspotenziale von algorithmischen Systemen von einem soziotechnischen Ansatz aus, der es ermöglicht, die Wechselwirkungen von gesellschaftlichem Status Quo und Digitalisierung zu beschreiben.<sup>11</sup> Das Gutachten berücksichtigt damit die gesellschaftliche und politische Dimension dieser Technologien und zeigt, wie sich soziale Ungleichheiten und diskriminierende Stereotype – auch über die Kategorie Geschlecht hinaus – in Softwaresysteme einschreiben können.<sup>12</sup> Werden algorithmische Systeme unkritisch entwickelt und genutzt, können sie strukturelle Ungleichheiten reproduzieren oder sogar potenzieren.<sup>13</sup>

Als Ursachen für algorithmische Diskriminierung werden, neben der mangelnden Diversität der Technikgestaltenden und die dadurch fehlenden Perspektiven marginalisierter Personen, zahlreiche strukturelle Probleme benannt. Die Funktionsweise von komplexen lernenden und datengetriebenen Systemen ist in der Regel intransparent und damit nur schwer überprüfbar. Werden sie zur (teil-)automatisierten Entscheidungsunterstützung eingesetzt, beruht die ausgegebene Empfehlung oft auf Generalisierungen und lässt häufig keine Rückschlüsse darauf zu, welche Daten mit welchem Gewicht in die Empfehlung eingeflossen sind.<sup>14</sup> Diese Intransparenz kann im Kontext von Diskriminierungsverboten zu einem Nachweis- und Rechtsdurchsetzungsproblem werden.<sup>15</sup>

Die Sachverständigenkommission formuliert deshalb sowohl allgemein gehaltene, auch auf andere als die im Gutachten schwerpunktmäßig betrachteten Einsatzgebiete übertragbare, als auch sehr konkrete Handlungsempfehlungen für die Regulierung von algorithmischen Systemen im Beschäftigtenkontext. Ganz grundlegend empfiehlt sie, algorithmische Systeme einer unabhängigen Risikoprüfung zu unterziehen und eine umfassende *ex ante* Kontrolle der verwendeten Datenbasis, des Verfahrens und der Ergebnisse sicherzustellen.<sup>16</sup> Die Sachver-

ständigenkommission hält es in Anbetracht der erheblichen Diskriminierungsrisiken für möglich, dass bestimmte Systeme zur Personalauswahl als höchststruktant einzustufen sind; ihr Einsatz sollte dann verboten sein.<sup>17</sup> Für weniger riskante Systeme wird empfohlen, den Schutz vor algorithmischer Diskriminierung durch spezifische Regulierungen im AGG und der DSGVO zu stärken, die auszugsweise vorgestellt werden sollen.

### 1. Diskriminierungsschutz durch Datenschutz

Algorithmische Systeme, insb. Empfehlungssysteme, sind in der Regel datengetrieben, d.h. sie beruhen auf der Auswertung (meist) großer Datenmengen.<sup>18</sup> Die Handlungsempfehlungen nehmen folgerichtig die Datenqualität und -verarbeitung in den Blick; so soll die Erhebung und Verarbeitung von geschlechtsbezogenen Daten und Daten, aus denen andere rechtlich geschützte Kategorisierungen hervorgehen,<sup>19</sup> nur in gesetzlich geregelten Ausnahmefällen, beispielsweise Fördermaßnahmen i.S.d. § 5 AGG, zulässig sein.<sup>20</sup> Für Datenverarbeitungssysteme, die in Bezug auf die Grundrechte besonders hohe Risiken aufweisen, sieht Art. 35 DSGVO die Durchführung einer Datenschutz-Folgeabschätzung vor. Diese sollte nach Einschätzung der Sachverständigenkommission bei Systemen, die im Rahmen von Personalauswahlentscheidungen oder zur algorithmischen Aufgabenverteilung in der Plattformarbeit eingesetzt werden, zwingend durchzuführen sein und inhaltlich explizit um Diskriminierungsrisiken ergänzt werden (vgl. Art. 35 Abs. 4 und Abs. 7 DSGVO).<sup>21</sup>

Den besonderen Machtasymmetrien in Beschäftigungsverhältnissen soll außerdem durch ein über Art. 22 DSGVO hinausgehendes Verbot von vollautomatisierten Entscheidungen

6 BT-Drucks. 19/30750 (Fn. 3), S. 98 ff.

7 Ebd. 216 ff.

8 Ebd., S. 126 ff., 137 ff.

9 Ebd., S. 161 ff. Zu diesem Themenkomplex wurde eine Expertise vergeben: Jaume-Palasi, Lorena/Lindinger, Elisabeth/Kloiber, Julia, AI Powered Recruiting? Wie der Einsatz von algorithmischen Assistenzsystemen die Gleichstellung auf dem Arbeitsmarkt beeinflusst, online: <<<https://www.dritter-gleichstellungsbericht.de/de/article/258.ai-powered-recruiting-wie-der-einsatz-von-algorithmischen-assistenzsystemen-die-gleichstellung-auf-dem-arbeitsmarkt-beeinflusst.html>>>, (Zugriff 9.11.2021).

10 BT-Drucks. 19/30750 (Fn. 3), S. 193 ff.

11 Ebd., S. 87 f.; siehe dazu auch den Beitrag von Anke Stelkens in diesem Heft.

12 BT-Drucks. 19/30750 (Fn. 3), S. 99.

13 Ebd., S. 100 f.

14 Ebd., S. 165 ff.

15 Ebd., S. 167.

16 BT-Drucks. 19/30750 (Fn. 3), S. 168, 196, 219; vgl. Gutachten der Datenethikkommission der Bundesregierung, Berlin 2019, S. 177 ff., 183 f., online: <<<https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/themen/it-digitalpolitik/gutachten-datenethikkommission.html>>> (Zugriff: 9.11.2021); zustimmend zum risikobasierten Ansatz: Deutscher Juristinnenbund e.V., Stellungnahme 21-14 zum Entwurf einer EU-Verordnung „zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union“ vom 21. April 2021 v. 30.6.2021, S. 4, online: <<<https://www.djb.de/presse/stellungnahmen/detail/st21-14>>> (Zugriff: 9.11.2021).

17 BT-Drucks. 19/30750 (Fn. 3), S. 168.

18 Ebd., S. 89.

19 Vgl. Art. 9 DSGVO

20 BT-Drucks. 19/30750 (Fn. 3), S. 138, 169f.

21 Ebd., S. 137, 168.

Rechnung getragen werden, dass schon die Automatisierung von Teilschritten des Entscheidungsprozesses erfasst und entgegen Art. 22 Abs. 2 lit. c DSGVO nicht durch Einwilligung der Beschäftigten abgewendet werden kann.<sup>22</sup> Die Sachverständigenkommission empfiehlt zudem, die Rechte Betroffener durch eine Konkretisierung der Auskunftsansprüche aus Art. 15 DSGVO zu stärken, so dass Betroffene umfassend über den Einsatz und die Funktionsweise des Systems informiert werden müssen.<sup>23</sup> Außerdem sollen Beschäftigte das Recht haben, algorithmische Systeme durch die\* den betriebliche\*n Datenschutzbeauftragten überprüfen zu lassen.<sup>24</sup>

## 2. Diskriminierungsschutz nach dem AGG

Die Empfehlungen zum Datenschutz werden durch Regulierungsvorschläge zum AGG ergänzt. Auch wenn keine Zweifel daran bestehen dürften, dass die Vorschriften des AGG technologie-neutral sind und algorithmische Diskriminierungen erfassen,<sup>25</sup> werden im Gutachten Schutzlücken identifiziert. Nicht nur vor dem Hintergrund algorithmischer Diskriminierung wird ange-regt, den Schutz von Plattformarbeitenden, die selbstständig tätig sind und damit nicht als Beschäftigte i.S.d. § 6 Abs. 1 AGG gelten, durch eine Erweiterung des persönlichen oder des, nach § 6 Abs. 3 AGG auf den Zugang zur Erwerbstätigkeit und beruflichen Aufstieg begrenzten, sachlichen Anwendungsbereichs zu stärken.<sup>26</sup> Bei beiden Varianten sollten jedenfalls die Organisationspflichten (§§ 11 f. AGG) auch für Plattformbetreibende gelten, die keine Arbeitgebende i.S.d. § 6 Abs. 2 AGG sind.

Die Sachverständigenkommission schlägt zudem eine Konkretisierung und Ergänzung dieser Organisationspflichten im Hinblick auf die Datenqualität, Modellierung und Durchschaubarkeit des eingesetzten Systems vor, die sich an § 4 Abs. 4 EntgTranspG orientiert und durch Prüf- und Dokumentationspflichten ergänzt wird.<sup>27</sup> Der Einsatz eines algorithmischen Systems im sachlichen Anwendungsbereich der § 2 Abs. 1 Nr. 1 und 2 AGG wäre dann nur zulässig, wenn er offengelegt wird und gesicherte Erkenntnisse darüber vorliegen, dass die Anforderungen an die Diskriminierungsfreiheit erfüllt sind.<sup>28</sup> Verstöße können zu vertraglicher oder deliktischer Haftung führen. Die Beweislast für die Einhaltung der Pflichten soll bei Arbeitgeber\*innen liegen und die Beweiserleichterung des § 22 AGG im Rahmen der Haftung nach § 15 AGG jedenfalls greifen, wenn der Einsatz eines algorithmischen Systems nicht offengelegt wurde.<sup>29</sup> Die Sachverständigenkommission weist darauf hin, dass die individuellen Ansprüche aus §§ 15, 21 AGG das Problem der „opferlosen Diskriminierung“ nicht ausreichend erfassen, das aber im Rahmen von algorithmischer Diskriminierung weitere Bedeutung erlangt.<sup>30</sup> Deshalb wird, wie schon in der Evaluation des AGG,<sup>31</sup> die Einführung eines Verbandsklagerechts empfohlen.<sup>32</sup>

## 3. Diskriminierungsschutz als Querschnittsaufgabe – Kompetenzen fördern

Der Diskriminierungsschutz kann und sollte schließlich durch die Beteiligung von Gleichstellungsstellen, betrieblichen Sozialpartner\*innen<sup>33</sup> und Datenschutzbeauftragten bei der Ent-

wicklung und Nutzung von algorithmischen Systemen gestärkt werden, die dafür aber mit entsprechenden Ressourcen, Rechten und Pflichten auszustatten und für Diskriminierungsrisiken zu sensibilisieren sind. Gleiches gilt für Aufsichtsbehörden.<sup>34</sup>

## II. Weitere Schutzlücken

Den im Gutachten identifizierten Handlungsbedarfen entsprechen im Wesentlichen die gleichstellungspolitischen Forderungen des djb zur Bundestagswahl 2021.<sup>35</sup> Die Schutzlücken sind dringend durch den deutschen oder europäischen Gesetzgeber zu schließen, wobei die Regulierungsvorschläge der Sachverständigenkommission eine wichtige Diskussionsgrundlage darstellen. Ihnen ist die nötige Aufmerksamkeit zu wünschen!

Zu beachten ist aber: die Regulierungsvorschläge zum AGG beziehen sich auf dessen arbeitsrechtlichen Teil (§§ 6-18 AGG). Der zivilrechtliche Teil des AGG (§§ 19-21) enthält keine den §§ 11, 12 AGG entsprechenden Organisationspflichten und auch die im Gutachten empfohlene algorithmenspezifische Konkretisierung dieser Pflichten würde nur im Beschäftigtenkontext gelten. Es bestehen jedoch vergleichbare Diskriminierungspotenziale. Dies betrifft beispielsweise Preisdifferenzierungen im Onlinehandel<sup>36</sup>, bei Versicherungsprämien,<sup>37</sup> und andere algorithmenbasierte Empfehlungen zu Vertragsabschlüssen. Deshalb sollten auch für den Zugang zu Gütern und Dienstleistungen entsprechende Pflichten – und sei es nur als Konkretisierung der (vor)vertraglichen Nebenpflichten respektive Verkehrssicherungspflichten – gesetzlich verankert werden. Es darf außerdem nicht darüber hinwegsehen werden, dass nicht alle Ungleichheits-

22 Ebd., S. 169

23 Ebd., S. 138, 167, 170, 196.

24 Ebd., S. 170

25 Zum Anwendbarkeit der durch das AGG umgesetzten EU-Richtlinien siehe nur: Kullmann, Miriam, Diskriminierung durch algorithmische Entscheidungen: Equality Trough Algorithmic Design, in: Beyer/Elena et.al (Hrsg.), Privatrecht 250 – Blick in die digitale Zukunft, Baden-Baden 2020, S. 227-254 (242 ff.); COM(2021) 136 final, S. 22, zum Anwendungsbereich der durch das AGG umgesetzten RL 2000/43/EG (Rassismusbekämpfungsrichtlinie); BT-Drucks. 19/30750 (Fn. 3), S. 22. BT-Drucks 19/30750 (Fn. 3), S. 137

26 Ebd., S. 168.

27 Ebd., S. 168.

28 Ebd., S. 169; Zur Haftung bei Verstößen gegen die Organisationspflichten des § 12 AGG vgl. Schlachter, Monika in: Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 21. Aufl. 2021, § 12 AGG Rn. 7.

29 BT-Drucks. 19/30750 (Fn. 3), S. 166; Ausführlich: Fröhlich, Wiebke, Männer fahren LKW, Frauen erziehen Kinder. Diskriminierendes Gendertargeting auf Facebook, djbZ 2021, S. 36-44.

30 Berghahn, Sabine/Egenberger, Vera/Tischbirek, Alexander, Evaluation des AGG, erstellt im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Berlin/Baden-Baden, 2016, S. 27.

31 BT-Drucks. 19/30750 (Fn. 3), S. 170.

32 Siehe dazu neu § 95 Abs. 2a u. § 80 Abs. 3 S. 2 BetrVG.

33 BT-Drucks. 19/30750 (Fn. 3), S. 168.

34 Deutscher Juristinnenbund e.V., Geschlechtergerechtigkeit auf die politische Agenda. Frauenpolitische Forderungen des djb zur Bundestagswahl 2021, djbZ 2021, S. 125-129 (126).

35 Orwat, Carsten (Fn. 6), S. 43; Datenethikkommission (Fn 19), S. 179; Zu algorithmischen Preisdifferenzierungen allgemein: Wagner, Gerhard/Eidenmüller, Horst, In der Falle der Algorithmen? Abschöpfen von Konsumentenrente, Ausnutzen von Verhaltensanomalien und Manipulation von Präferenzen, Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft, 2019, S. 220-246.

36 In dem Kontext ist § 20 Abs. 2 AGG zu beachten.

kategorien und risikoträchtige Anwendungsmöglichkeiten für algorithmische Systeme durch das AGG erfasst werden. Insbesondere Sorgerepflichtungen<sup>38</sup> und die soziale Herkunft<sup>39</sup> bzw. sozioökonomische Situation einer Person sind keine geschützten Kategorisierungen des § 1 AGG oder des Art. 9 DSGVO,<sup>40</sup> gehen aber faktisch mit erheblichen Diskriminierungsrisiken – etwa auf dem Wohnungsmarkt –<sup>41</sup> einher, die durch Scoring- und Profilingssysteme noch verstärkt werden können.<sup>42</sup> Grundsätzlich sind die Feststellungen und Handlungsempfehlungen, die auf die Absicherung der Betroffenenrechte durch Transparenz-, Auskunfts-, Prüf- und Testpflichten sowie institutionellen und kollektiven Diskriminierungsschutz abzielen aber durchaus verallgemeinerungsfähig und können auf weitere Einsatzgebiete und Ungleichheitskategorien übertragen werden.

### III. Der Entwurf der EU-Kommission v. 21.04.2021<sup>43</sup>

Die EU-Kommission hat mit dem Entwurf einen sektorübergreifenden risiko- und wertebasierten Regulierungsvorschlag für das Inverkehrbringen und die Nutzung von KI-Systemen<sup>44</sup> vorgelegt. Der Verordnungsvorschlag unterscheidet abhängig von dem jeweiligen Einsatzzweck in vier Stufen zwischen verbotenen Systemen mit inakzeptablen Risiken,<sup>45</sup> Hochrisiko-Systemen sowie Systemen mit geringem und minimalem Risiko.<sup>46</sup> Dabei wird vor allem das Inverkehrbringen und die Nutzung von Hochrisiko-Systemen reguliert, während an Systeme mit geringem oder minimalem Risiko kaum substantielle Anforderungen gestellt werden.

Ein inakzeptables Risiko und damit ein grundsätzliches Verbot wird bei Einsatzzwecken vorgesehen, die nach Einschätzung der EU-Kommission gegen die fundamentalen Werte und Grundrechte der Union verstoßen.<sup>47</sup> Dazu gehören Systeme, die zur unterschweligen Manipulation eingesetzt werden oder vulnerable Personengruppen ausnutzen und physische oder psychische Schäden hervorrufen können sowie das Social Scoring durch oder für staatliche Stellen, vgl. Art. 5 Abs. 1 AI-Act. Mit zahlreichen Ausnahmen versehen soll schließlich der Einsatz von biometrischen Systemen zur Echtzeit-Fernidentifizierung zu Zwecken der Strafverfolgung verboten werden.<sup>48</sup> Systeme, die im Beschäftigtenkontext eingesetzt werden sollen, werden im Entwurf generell nur und insoweit abweichend von den Empfehlungen der Sachverständigenkommission als hochriskant eingestuft.<sup>49</sup> Damit ist die Nutzung im Beschäftigtenkontext grundsätzlich erlaubt, es sind aber zahlreiche Anforderungen an die rechtskonforme Entwicklung und den Einsatz zu berücksichtigen (Art. 8 ff. AI-Act). Zu den Hochrisiko-Systemen sollen außerdem u.a. Systeme, die im Bereich der Zugänglichkeit und Inanspruchnahme grundlegender privater und öffentlicher Dienste und Leistungen eingesetzt werden, zählen. Alle nicht in Art. 6 AI-Act i.V.m. Annex III aufgeführten Systeme bzw. Einsatzzwecke sieht die EU-Kommission als solche mit geringem oder minimalem Risiko an, für die im Wesentlichen nur eingeschränkte Offenlegungspflichten gelten.<sup>50</sup> Zudem soll in diesem Bereich durch die Förderung von freiwilligen Selbstverpflichtungen ein höheres, an dem Rechtsrahmen für Hochrisiko-Systeme orientiertes, Schutzniveau erreicht werden (Art. 69 AI-Act). Die Regulierung von Systemen mit geringem

Risiko ist daher vor allem im Hinblick auf die Reduzierung von Diskriminierungsrisiken und Gleichstellung unzureichend – freiwillige Selbstverpflichtungen haben sich zur Förderung der Gleichstellung in der Vergangenheit nicht als effektiv erwiesen.<sup>51</sup>

#### 1. Anforderungen an Hochrisiko-Systeme nach Art. 8 ff. AI-Act

Die Pflichten, die der AI-Act für Anbieter\*innen und Nutzer\*innen von algorithmischen Systemen vorsieht, decken sich teilweise mit den Empfehlungen der Sachverständigenkommission. Es ist insbesondere eine Risikobewertung durchzuführen und laufend zu aktualisieren,<sup>52</sup> zudem sind diese Systeme vor dem Inverkehrbringen von den Anbieter\*innen zu testen.<sup>53</sup> Leider bleibt unklar, nach welchen Anforderungen und Kriterien getestet werden soll. Eine externe Kontrolle, wie im Gutachten empfohlen, ist zudem nur für biometrische Fernidentifizierungssysteme vorgesehen (vgl. Art. 43 AI-Act). Für datengetriebene Systeme schreibt Art. 10 AI-Act gewisse Qualitätsanforderungen für Trainings-, Validierungs- und Testdatensätze vor. Mögliche diskriminierende Verzerrungen sollen so *ex ante* vermieden werden (vgl. Art. 10 Abs. 2 lit. f AI-Act). Auf die grundrechtsrelevanten Lücken, die der Entwurf in seinen Anforderungen an Datenqualität und Datengovernance aufweist, hat der djb bereits hingewiesen: verwendete Datensätze müssen auch hinsichtlich des Geschlechts repräsentativ sein, der

38 Nebe, Katja/Gröhl, Stefanie/Thoma, Nicole, Der Diskriminierungsschutz von Sorgeleistenden (Teil I), ZESAR 2021, S. 157-163 (162).

39 Siehe aber Art. 21 Abs. 1 EU-GRCh.

40 Gleichwohl ergeben sich oft Intersektionen mit den in § 1 AGG aufgeführten Ungleichheitskategorien.

41 Kraft, Julia/Mense, Andreas/Wrede, Matthias, Diskriminierung von „Hartz IV-Empfängern“ auf dem Wohnungsmarkt. Empirische Befunde und (auch rechtsvergleichende) Überlegungen zu vertragsrechtlichen Diskriminierungsschutz von Leistungsempfängern der Grundversicherung für Arbeitssuchende, Neue Zeitschrift für Miet- und Wohnungsrecht, 2020, S. 826-831 (828).

42 Klein, Aaron, Credit denial in the age of AI, 11.4.2019, online: <<<https://www.brookings.edu/research/credit-denial-in-the-age-of-ai/>>> (Zugriff: 9.11.2021); Steege, Hans, Algorithmenbasierte Diskriminierung durch den Einsatz von künstlicher Intelligenz, in Multimedia und Recht 2019, S. 715-720 (720).

43 Ausführliche Analyse: Sesing, Andreas/Tschek, Angela, Anforderungen von AGG und geplanter KI-Verordnung an den Einsatz von Künstlicher Intelligenz, in Multimedia und Recht, i. E.

44 Zum Regulierungsgegenstand „KI“ siehe oben, S. 165.

45 Art. 5 Abs. 1 AI-Act.

46 Geminn, Christian (Fn 4), S. 354.

47 Siehe nur Erwägungsgrund 15 zum AI-Act.

48 Zurecht deutliche Kritik an diesem lückenhaften Verbot bspw. von Reinhold, Friederike/Müller, Angela, AlgorithmWatch's response to the European Commission's proposed regulation on Artificial Intelligence – a major step with major gaps, April 2021, S. 2, online: <<<https://algorithmwatch.org/en/wp-content/uploads/2021/04/AWs-response-on-ECs-AI-regulation-proposal-April-2021-v1-2021-04-21.pdf>>> (Zugriff: 9.11.2021) m.w.N.

49 Dies folgt nicht unmittelbar aus Art. 6 Abs. 1, sondern aus dem von Art. 6 Abs. 2 in Bezug genommenen Anhang III des Vorschlags.

50 Vgl. Art. 52 AI-Act.

51 Deutscher Juristinnenbund e.V. Pressemitteilung 21-20 Freiwilligkeit bringt nichts: Juristinnenbund konzipiert Gleichstellungsgesetz für die Privatwirtschaft, online <<<https://www.djb.de/presse/pressemitteilungen/detail/pm21-20>>> (Zugriff: 9.11.2021); Deutscher Juristinnenbund e.V. Stellungnahme 21-14 (Fn. 16), S. 4.

52 Die Risikobewertung ist gemäß Art. 9 Abs. 2 AI-Act als „kontinuierlicher iterativer Prozess“ konzipiert.

53 Vgl. Art. 9 Abs. 7 AI-Act.

Verweis auf Art. 9 DSGVO ist mindestens ungünstig, da dieser geschlechtsbezogene Daten gerade nicht erfasst.<sup>54</sup>

## 2. Betroffenrechte

Das Problem fehlender Transparenz wird im AI-Act nicht umfassend adressiert, denn die maßgebliche Transparenzvorschrift in Art. 13 AI-Act zielt lediglich auf die Nutzer\*innen von algorithmischen Systemen ab. Art. 27 AI-Act, in dem Pflichten der Nutzer\*innen von KI-Systemen geregelt sind, enthält keine Pflichten gegenüber Betroffenen.<sup>55</sup> Die Verfahrensregeln des AI-Acts können damit zwar als Verkehrssicherungspflichten zu individuellen Ansprüchen führen,<sup>56</sup> allerdings sind keine Auskunft- oder Beschwerderechte normiert, es fehlen Möglichkeiten für die kollektive Rechtsdurchsetzung. Diese Lücke wird auch nicht durch die geplante öffentliche Datenbank geschlossen, in der die Hersteller\*innen Gebrauchsanleitungen für ihre Systeme bereitstellen müssen, da auch insoweit keine Betroffenenrechte normiert sind.<sup>57</sup> Bei den Umsetzungs- und Durchsetzungsmaßnahmen des AI-Act sollte mindestens sichergestellt werden, dass die Regelungsunterworfenen (Anbieter\*innen und Nutzer\*innen) und Aufsichtsbehörden nicht nur über technologische Kompetenzen, sondern auch über Kompetenzen im Bereich der Gleichstellung und Diskriminierungssensibilität verfügen müssen.<sup>58</sup>

## IV. Regulierungsbedarf über den AI-Act hinaus?

Der Diskriminierungsschutz wird zwar ausweislich der Begründung und Erwägungsgründe als wichtiges Regulierungsziel angesprochen,<sup>59</sup> aber in dem verfügbaren Teil weder explizit als Schutzziel definiert noch ausreichend umgesetzt. In der Folgenabschätzung zum Entwurf fehlen konkrete Aussagen darüber, ob der Diskriminierungsschutz aus Sicht der EU-Kommission durch andere europäische Rechtsakte, wie die DSGVO und die Antidiskriminierungs- bzw. Gleichstellungsrichtlinien hinreichend abgesichert ist.<sup>60</sup> Als problematisch könnte sich in dem Zusammenhang der Grad der beabsichtigten harmonisierende Wirkung der Verordnung erweisen; es bleibt unklar, ob die Vorschriften voll- oder teilharmonisierende Wirkung haben sollen.<sup>61</sup> Da die Verfahrensregelungen zwar dem Grundrechtsschutz, einschließlich des Rechts auf Nichtdiskriminierung aus Art. 21 EU-GRCh und Art. 23 Eu-GRCh, dienen sollen,

diesem Anspruch aber nicht gerecht werden, muss die Möglichkeit verbleiben, im Zweifel ein höheres Schutzniveau – z.B. durch Änderungen im AGG – zu normieren.<sup>62</sup>

Die Bundesregierung erkennt in ihrer eher knappen Stellungnahme zum Gleichstellungsbericht die Diskriminierungspotenziale an und fördert wichtige Forschungsprojekte, bleibt aber im Hinblick auf konkrete Regulierungsvorschläge wenig konkret.<sup>63</sup> Sie erklärt aber die Absicht, sich für wirkungsvolle Maßnahmen einsetzen zu wollen, um verbotene Diskriminierungen durch „KI“ zu verhindern, aufzudecken und zu sanktionieren.<sup>64</sup> Dass dieser Einsatz dringend geboten ist, zeigt sich bei einer Analyse des AI-Acts im Hinblick auf den Diskriminierungsschutz schnell. Es ist deshalb zu hoffen, dass auch die neue Bundesregierung das Gesetzgebungsverfahren entschieden und unter Berücksichtigung sowohl der Empfehlungen der Sachverständigenkommission für den Dritten Gleichstellungsbericht als auch der Datenethikkommission im Sinne der Gleichstellung und des Diskriminierungsschutzes begleitet. Wenn sich der Diskriminierungsschutz auf unionaler Ebene nicht hinreichend verwirklichen lässt, sollten die Empfehlungen auf nationaler Ebene zeitnah umgesetzt werden.

54 Deutscher Juristinnenbund e.V., Stellungnahme 21-14 (Fn. 16), S. 2.

55 Ebd., S. 3.

56 In diese Richtung auch Veale, Michael/Zuiderveen Borgesius, Frederik, Veale, Micheal/Zuiderveen Borgesius, Frederik, Demystifying the Draft EU Artificial Intelligence Act, *Computer Law Review International* 2021, S. 97-112 (111).

57 Ebd., S. 112.

58 Vgl. Deutscher Juristinnenbund, Stellungnahme 21-14 (Fn. 16), S. 2; BT-Drucks. 19/30750 (Fn. 3).

59 Siehe nur Erwägungsgründe 5, 15, 28, 35 ff.

60 Impact Assessment Accompanying the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence (Artificial Intelligence Act) and Amending Certain Union Legislative Acts. Commission Staff Working Document. SWD (2021) 84 final.

61 Ausführlich: Veale, Micheal/Zuiderveen Borgesius, Frederik, (Fn. 56), S. 97 (109).

62 Dazu bereits: Sasing, Andreas/Tschech, Angela, Vermeidung von Diskriminierung durch KI, S. 13 f, online abrufbar: [https://testing-ai.gi.de/fileadmin/user\\_upload/ExamAI\\_Publikation\\_Arbeitspapier\\_final.pdf](https://testing-ai.gi.de/fileadmin/user_upload/ExamAI_Publikation_Arbeitspapier_final.pdf) (Zugriff: 24.11.2021).

63 Siehe z.B. BT-Drucks. 19/30750 (Fn. 4), S. 5 ff, 22, 27 f.

64 BT-Drucks. 19/30750 (Fn. 3), S. 28.

DOI: 10.5771/1866-377X-2021-4-169

# Interview mit Prof. Dr. Aysel Yollu-Tok\*

Prof. Dr. Aysel Yollu-Tok ist Professorin für VWL, insbesondere Sozial- und Wirtschaftspolitik an der Hochschule für Wirtschaft und Recht Berlin. Sie ist Direktorin des Harriet Taylor Mill-Instituts für Ökonomie und Geschlechterforschung. Sie war

Vorsitzende der Sachverständigenkommission für den Dritten Gleichstellungsbericht.

**Prof. Dr. Aysel Yollu-Tok, Sie haben die Sachverständigenkommission für den Dritten Gleichstellungsbericht geleitet. Wie können wir uns die Arbeit der Kommission vorstellen?**

Als mich die damalige Bundesministerin *Franziska Giffey* im April 2019 mit dem Vorsitz der Kommission beauftragt hat,

\* Eine kürzere Fassung des Interviews ist bereits im Newsletter der Geschäftsstelle für den Dritten Gleichstellungsbericht erschienen, online <<<https://www.dritter-gleichstellungsbericht.de/kontext/controllers/newsletter.php?id=8>>> (Zugriff: 9.11.2021).