

AUTOMATISCH BENACHTEILIGT



Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz und der Schutz vor Diskriminierung durch algorithmische Entscheidungssysteme

Rechtsgutachten im Auftrag der
Antidiskriminierungsstelle des Bundes

Vorgelegt von

Prof. Dr. iur. Indra Spiecker gen. Döhmann, LL.M. (Georgetown Univ.)

Prof. Dr. iur. Emanuel V. Towfigh



Antidiskriminierungsstelle
des Bundes

AUTOMATISCH BENACHTEILIGT

Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz und der Schutz vor Diskriminierung durch algorithmische Entscheidungssysteme

Rechtsgutachten im Auftrag der
Antidiskriminierungsstelle des Bundes

Vorgelegt von

Prof. Dr. iur. Indra Spiecker gen. Döhmann, LL.M. (Georgetown Univ.)

Prof. Dr. iur. Emanuel V. Towfigh

April 2023

Inhaltsverzeichnis

Gutachtenauftrag	9
Zusammenfassung der Ergebnisse	11
Rechtsgutachten	14
1 Diskriminierung durch algorithmische Systeme	14
1.1 Algorithmische Systeme	14
1.1.1 Algorithmen und ihre Funktionsweise	14
1.1.2 Algorithmische Entscheidungssysteme	15
1.2 Diskriminierung	17
1.2.1 Arten von Diskriminierung	17
1.2.1.1 Unmittelbare Diskriminierung	17
1.2.1.2 Mittelbare Diskriminierung	17
1.2.1.3 Intersektionale Diskriminierung	18
1.2.1.4 Proxy-Diskriminierung	18
1.2.1.5 Diskriminierung durch ADM-Systeme im Spannungsfeld dieser Kategorien	19
1.2.2 Dilemma der Differenz und Essentialisierung	20
1.2.3 Besonderes Diskriminierungspotenzial von Algorithmen	21
1.3 Besondere Probleme und Risiken algorithmischer Diskriminierung	23
1.3.1 Typische Einsatzfelder algorithmischer Systeme mit Diskriminierungspotenzial	23
1.3.2 Diskriminierung durch Input (Dateneingabe) oder Output (Anwendung des Algorithmus)	25
1.3.3 Geschwindigkeit und Umfang der Ausbreitung von Diskriminierung durch Algorithmen	27
1.3.4 Intransparenz	28
1.3.5 Verantwortlichkeit für die Diskriminierung	29
1.4 Zwischenfazit	31

2 Herausforderungen durch digitalisierungsbedingte Diskriminierung für das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) 32

2.1	Europarecht	32
2.2	Deutsches Verfassungsrecht: Artikel 3 Absatz 1 und 3 GG	35
2.2.1	Bedeutung von Artikel 3 GG für den Diskriminierungsschutz	35
2.2.2	Artikel 3 GG und Diskriminierung aufgrund nicht geschützter Proxies	38
2.2.3	Grundrechtsbindung Privater	39
2.3	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz	41
2.3.1	Diskriminierungstatbestände des AGG	41
2.3.1.1	Anwendungsbereich	41
2.3.1.2	Geschützte Merkmale	43
2.3.1.3	Adressat*innen	45
2.3.2	Akteure des AGG	46
2.3.3	Ansprüche nach dem AGG – Überblick	48
2.3.3.1	Schadensersatz und Entschädigung	48
2.3.3.2	Schutzpflichten (Arbeitgeber*innen)	48
2.3.3.3	Unionsrechtliche Bedenken gegen die Haftungssystematik des AGG	49
2.3.4	Rechtfertigung von Benachteiligungen	51
2.3.4.1	Verhältnismäßigkeit der Benachteiligung	52
2.3.4.2	Rechtfertigung von Benachteiligungen bei Massengeschäften	53
2.3.4.3	Rechtfertigung algorithmischer Diskriminierung	54
2.3.5	Rechtsschutzmöglichkeiten aufgrund des AGG	56
2.3.5.1	Allgemein: Defizitäre Strukturen für die Durchsetzung von Antidiskriminierungsrecht	56
2.3.5.2	Instrumente zur Verbesserung des Rechtsschutzes im AGG	58
2.4	Zwischenfazit	61

2.5	KI-Verordnung	62
2.5.1	Wesentliche Rechtsregelungen und Intentionen	62
2.5.2	Schutzlücken	66
2.6	Zwischenfazit	68

3 Lösungsvorschläge 69

3.1	Verbesserung des individuellen Rechtsschutzes Betroffener	69
3.1.1	Begrenzung des Transparenzrisikos durch Beweiserleichterungen des § 22 AGG	70
3.1.2	Erweiterung des Anwendungsbereichs des AGG	72
3.1.2.1	Ergänzung von § 1 AGG	72
3.1.2.2	Ergänzung der Legaldefinition des § 3 Absatz 2 AGG	73
3.1.2.3	Erweiterung des § 2 Absatz 1 AGG	74
3.1.2.4	Erweiterung des Anwendungsbereichs von § 19 AGG	75
3.1.3	Erweiterung des Adressatenkreises des AGG	76
3.1.4	Angemessenheitsmaßstab zur Rechtfertigung von Benachteiligungen nach § 3 Absatz 2 AGG	77
3.2	Die Rolle institutioneller Akteure	79
3.2.1	Kompetenzerweiterung der Antidiskriminierungsstelle	79
3.2.1.1	Verbandsklagerechte	79
3.2.1.2	Einführung eines Verbandsklagerechts im AGG	85
3.2.1.3	Prozessstandschaft	87
3.2.1.4	Schlichtungsverfahren bei der Antidiskriminierungsstelle	88
3.2.1.5	Auskunftsrecht der Antidiskriminierungsstelle	91
3.2.1.6	Untersuchungsrechte nach KI-VO-E	92
3.2.2	Behördliche Aufsichtsbefugnisse	95
3.2.3	Selbstregulierungsmaßnahmen auf Seiten der Verwender*innen	98

Literaturverzeichnis 102

Gutachtenauftrag

Das Gutachten soll ausweislich der Leistungsbeschreibung untersuchen, wie das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) den Herausforderungen, die sich aus dem Einsatz diskriminierender algorithmischer Entscheidungssysteme (ADM-Systeme) ergeben, gewachsen ist. Es soll der Frage nachgehen, inwieweit das AGG ein wirksames Instrument zum Schutz auch vor solcher Diskriminierung ist, und mögliche Schutzlücken identifizieren.

Zunächst gilt es dabei, den Stand der rechtswissenschaftlichen und sozialwissenschaftlichen Literatur zu Ansprüchen und Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung nach dem Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz zu dokumentieren, bevor die Schutzlücken und Herausforderungen des Einsatzes von ADM-Systemen insbesondere im Hinblick auf

- den Anwendungsbereich des AGG,
- die im AGG geschützten Merkmale,
- Diskriminierungsformen,
- Maßnahmen und Schutzpflichten von Arbeitgeber*innen,
- die Problematik der Massengeschäfte, wenn algorithmische Entscheidungssysteme individualisiert werden und damit gegebenenfalls keine vergleichbaren Bedingungen begründet werden, und
- die Problematik der Rechtfertigung, zum Beispiel durch Versicherungen aufgrund von automatisierter Kalkulation und Risikobewertung

identifiziert und adressiert werden.

Ferner soll das Gutachten prüfen, wie der Nachweis von Diskriminierung, die auf den Einsatz von ADM-Systemen zurückgeht, gelingen kann und welche Dokumentationspflichten und Einsichtsrechte dafür notwendig sind. Dabei sollen auch Fragen der Verantwortlichkeit für diskriminierende Ergebnisse von ADM-Systemen beleuchtet werden.

Das Rechtsgutachten soll erste Lösungsansätze und -vorschläge formulieren, die geeignet wären, die identifizierten Schutzlücken zu schließen und die Rechtsdurchsetzung zu stärken. Dabei sollen konkrete Vorschläge zur Änderung des AGG gemacht werden und andere beziehungsweise zusätzliche Instrumente zur Schließung der Schutzlücken und zur Stärkung der Rechtsdurchsetzung angeregt werden. Dabei sollen die Überlegungen auch in Bezug zu den inhaltlichen Grundzügen der vorgeschlagenen Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz gesetzt werden.

Zusammenfassung der Ergebnisse

Der Einsatz von ADM-Systemen stellt das Antidiskriminierungsrecht, allen voran das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG), vor Herausforderungen, denen es in seiner jetzigen Ausgestaltung nur bedingt gewachsen ist.

Die Hauptaufgabe dieser Systeme besteht darin, mithilfe statistischer Methoden eine Vielzahl von Korrelationen zu identifizieren, um Beziehungen zwischen Variablen herzustellen. Mit ADM-Systemen wird trotz ihres unumstrittenen Diskriminierungspotenzials die Vorstellung verbunden, objektive und neutrale, von menschlichen Vorurteilen unbeeinflusste sowie effizientere und bessere Entscheidungen treffen zu können, nicht zuletzt deshalb, weil menschliche Fehlleistungen, Vorurteile und kognitive Beschränkungen ausgeschlossen oder wenigstens verringert werden könnten (Abschnitt 1 des Gutachtens).

Der Einsatz solcher Systeme erfasst nahezu alle Bereiche des privaten und öffentlichen Lebens: Preisbildung, Zugang zu und Teilhabe an öffentlichen und privaten Leistungen, Marketing, Vertragsbedingungen, Diagnostik- und Therapieentscheidungen oder Verteilungsentscheidungen bei knappen Ressourcen.

Die Funktionsweise von ADM-Systemen ermöglicht unter anderem Wahrscheinlichkeitsaussagen über Personen. Durch die Zuschreibung von Gruppenmerkmalen werden in großer Zahl automatisierte (Auswahl-)Entscheidungen getroffen oder mithilfe massenhafter Individualisierung Vertragsabschlüsse optimiert, effizienter gestaltet. Unter antidiskriminierungsrechtlichen Gesichtspunkten ist gerade diese Gruppenzuschreibung problematisch.

Diskriminierung durch Statistik ist das Resultat einer mit statistischen Mitteln gewonnenen Zuschreibung von Merkmalen, die auf (tatsächlichen oder angenommenen) Durchschnittswerten einer Gruppe beruhen. Der Bezug auf diese durchschnittlichen Gruppenmerkmale soll über Unsicherheiten bezüglich der individuellen Merkmalsausprägungen einer einzelnen Person hinwegverhelfen. Der einer solchen Einschätzung zugrunde liegende soziale

Mechanismus interessiert dabei nicht, eine Kausalität wird nicht behauptet oder nachgewiesen. Dadurch werden (historische) strukturelle Ungleichheiten perpetuiert und neue geschaffen.

Die Qualität der Entscheidung eines ADM-Systems ist wesentlich abhängig von der Menge, Qualität, Modellierung und Bewertung der verwendeten Daten. Dadurch kann das Diskriminierungspotenzial von ADM-Systemen bereits im System selbst angelegt sein. Zudem ist ADM-Systemen Intransparenz in ihrer Funktionsweise inhärent. Die Bestimmung der Verantwortlichkeit für diskriminierende Elemente in ADM-Systemen ist aufgrund der Vielfalt der Beteiligten an ihrer Programmierung, Fortentwicklung, Verwendung und weiteren Nutzung, zum Beispiel in Netzwerkstrukturen und individuell variierten Standardalgorithmen, problematisch. Faktisch können sich die potenziell Verantwortlichen oftmals exkulpieren. Der technologische Fortschritt digitaler Auswertungsmethoden und -technologien setzt dem Teilen, der Weiterverwendung und dem Zusammenführen von großen Datenmengen praktisch keine technischen Grenzen mehr und macht damit diskriminierende Datensätze unkontrollierbar in der Weitergabe und Verwendung. Es kann nicht davon ausgegangen werden, dass Diskriminierung einzelfallspezifisch identifiziert werden kann.

Die größte Herausforderung für einen rechtlich geprägten effektiven Schutz vor Diskriminierung durch ADM-Systeme stellen die Defizite des AGG bei der Rechtsdurchsetzung dar. Diese grundsätzlichen Defizite sind bekannt und zunächst kein spezifisches Problem der Diskriminierung gerade durch ADM-Systeme. Durch die besonders ausgeprägte Macht- und Informationsasymmetrie potenzieren sich diese Wirkungen aber: Unter anderem der häufig anzutreffende Black-Box-Charakter der ADM-Systeme und die Unfähigkeit, von den Entscheidungen auf den Einsatz solcher Systeme und ihre Funktionalitäten zurückzuschließen, machen es für Betroffene praktisch mangels Ressourcen unmöglich, den Ursachen einer Benachteiligung auf die Spur zu kommen (Abschnitt 2 des Gutachtens).

Es fehlen:

- im AGG eindeutige Diskriminierungstatbestände, die auch ADM-System-spezifische Diskriminierungen, insbesondere Gruppendiskriminierungen, erfassen;
- im AGG Auskunft- und Offenlegungspflichten, die Einblick in die konkreten Funktionsweisen und Daten eines ADM-Systems ermöglichen;
- im AGG effektive Maßnahmen zur inhaltlichen und institutionellen Unterstützung der Betroffenen bei der Detektion und Rechtsverfolgung von potenziellen Fehlerquellen von ADM-Systemen;
- im Entwurf der KI-VO klassische Regelungen effektiver Rechtsdurchsetzung (zum Beispiel Beweislastumkehr, Kausalitätserleichterungen).

Um einen wirkungsvollen Schutz vor Diskriminierung durch ADM-Systeme zu gewährleisten und die unionsrechtswidrigen Defizite der Rechtsdurchsetzung zu überwinden, sollten daher folgende Maßnahmen erwogen werden (Abschnitt 3 des Gutachtens):

- grundsätzliche Neuausrichtung des AGG in Bezug auf die Rolle der ADS:
 - Einräumung umfassender Auskunfts- und Untersuchungsrechte;
 - Gewährung eigener Klagerechte durch ein Verbandsklagerecht;
 - Errichtung einer unabhängigen Schlichtungsstelle bei der ADS;
- Einräumung einer Prozessstandschaft für Antidiskriminierungsverbände;
- Erweiterung der geschützten Merkmale des § 1 AGG um das Merkmal Beziehungen;
- Ergänzung der Legaldefinition des § 3 Absatz 2 AGG;
- Erweiterung des Adressatenkreises des AGG auf die Entwickler*innen und Dienstleister*innen der ADM-Systeme;
- Anpassungen bei der Auslegung der Beweislastumkehr des § 22 AGG;
- Inklusion der ADS in den Anwendungsbereich der KI-VO.

Rechtsgutachten

1 Diskriminierung durch algorithmische Systeme

1.1 Algorithmische Systeme

1.1.1 Algorithmen und ihre Funktionsweise

Algorithmen sind Rechenoperationen, die in einer determinierten Abfolge durchgeführt werden, um mithilfe eingespeister Daten genau definierte Probleme zu lösen.¹ Übertragen in binären Maschinencode sind sie die Basis einer jeden Software und ermöglichen die selbsttätige Umsetzung des Programmcodes, eingespeiste Informationen (Input) in einen Output zu verwandeln.² Dabei können Algorithmen konkret für die Ausführung einer bestimmten Operation programmiert werden, in diesem Fall setzen sie diese Programmierung unmittelbar um und erzeugen das gewünschte, vorbestimmte Ergebnis. Navigationssysteme, die den kürzesten Weg zwischen zwei Punkten berechnen, folgen dieser Funktionsweise.

Sollen Algorithmen Probleme lösen, die nicht im Voraus definiert werden (können), muss der Algorithmus ein „lernender“ sein. Ein solcher in der Regel als *künstliche Intelligenz*³ bezeichneter Algorithmus bedient sich zur Analyse

-
- 1 Knorre, Big Data im öffentlichen Diskurs, in: Knorre/Müller-Peters/Wagner, Die Big-Data-Debatte, 2020, S. 1, 6 f.
 - 2 Vergleiche Martini, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 17 ff.; Orwat, Diskriminierungsrisiken durch Verwendung von Algorithmen, 2019, S. 3 ff.; Heise, Algorithmus, in: Heesen (Hrsg.), Handbuch Medien- und Informationsethik, 2016, S. 202 ff.
 - 3 Siehe zur Entwicklung des Begriffs und der wenig eindeutigen bis streitigen Terminologie Martini, Fn. 2, S. 20 (Fn. 86) und Spiecker gen. Döhmann, in: Kischel/Kube (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Band 1, iE 2023, § 20: Digitalisierung, Informationsgesellschaft, Massendaten, Künstliche Intelligenz Rn. 21 mwN. Bezeichnend die 17 (!) Definitionen bei AGI Sentinel Initiative, https://www.agisi.org/Defs_intelligence.html, zuletzt abgerufen am 1. April 2023; historischer Überblick bei Nils Nilsson, The Quest for Artificial Intelligence, Stanford University 2010, <https://ai.stanford.edu/~nilsson/QAI/qai.pdf>, zuletzt abgerufen am 1. April 2023.

regelmäßig großer Datenmengen, die mithilfe statistischer Methoden be- und ausgewertet werden, und ist in der Lage, statistisch-probabilistische Vorhersagen anhand der aus den ausgewerteten Daten gewonnenen Einsichten durch die Identifikation von Korrelationen immer weiter zu verfeinern.⁴ Solche Algorithmen können durch die Eingabe immer neuer Daten und durch die Bestätigung beziehungsweise Korrektur des Outputs maschinell lernen, also „trainiert“ werden (Verbesserungen in Spracherkennungssoftware etwa beruhen auf solchen lernenden Algorithmen). Die aktuell viel diskutierte Sprachsoftware ChatGPT⁵ ist ein solcher lernender Algorithmus.

1.1.2 Algorithmische Entscheidungssysteme

Algorithmische Entscheidungssysteme (*algorithmic decision making systems* oder ADM-Systeme) unterstützen oder ersetzen menschliche Entscheidungen und Prognosen, indem sie zur automatisierten Entscheidungsfindung mindestens zwei Algorithmen kombinieren.⁶ Sie können als lernende, aber auch als nicht lernende algorithmische Systeme aufgebaut sein.

Das erste algorithmische Subsystem studiert anhand allgemeiner Daten aus der Vergangenheit Verhaltensmerkmale von Personen oder kategorisiert diese; es erstellt dann im Ergebnis ein Regelwerk. In dieses Regelwerk werden die Daten derjenigen Person, die Gegenstand des Entscheidungsvorgangs sein soll, eingebracht – sodass ein zweiter Algorithmus die Wahrscheinlichkeit eines zukünftigen Verhaltens beurteilen oder eine Aussage darüber treffen kann, in welche Kategorie die Person fällt. So generieren die beiden Algorithmen gemeinsam Scoring-Werte, die die Grundlage einer Entscheidung etwa über

4 Martini, Fn. 2, S. 21; Orwat, Fn. 2, S. 5.

5 Siehe zum Beispiel Bachgrund/Nesum/Bernstein/Burchard, Das Pro und Contra für Chatbots in Rechtspraxis und Rechtsdogmatik, CR 2023, 132. Wegen datenschutzrechtlicher Probleme in Bezug auf die Herkunft der Daten, die zur Programmierung genutzt wurden, wurde ChatGPT Ende März 2023 in Italien untersagt, <https://www.zdf.de/nachrichten/digitales/italien-chatgpt-kuenstliche-intelligenz-100.html> (abgerufen am 1. April 2023).

6 Zweig/Fischer/Lischka, Wo Maschinen irren können. Fehlerquellen und Verantwortlichkeiten in Prozessen algorithmischer Entscheidungsfindung, 2018, S. 12.

die Kreditwürdigkeit einer Person bilden können, oder sie treffen Prognoseentscheidungen, etwa zur Rückfallgefahr bei Straftäter*innen.⁷

Mit ADM-Systemen wird trotz ihres unumstrittenen Diskriminierungspotenzials⁸ die Vorstellung verbunden, mit ihrer Hilfe objektive und neutrale, von menschlichen Biases unbeeinflusste sowie effizientere und bessere Entscheidungen treffen zu können, nicht zuletzt deshalb, weil menschliche Fehlleistungen, Vorurteile und kognitive Beschränkungen ausgeschlossen oder wenigstens verringert werden könnten.⁹

ADM-Systeme lassen sich nach dem Anteil des Einflusses der Algorithmen auf die menschliche Entscheidungsfindung in drei Kategorien unterteilen:

- Algorithmenbasiert sind Entscheidungen, bei denen menschliche Entscheider*innen ihre Entscheidung auf Informationen von ADM-Systemen stützen.
- Algorithmengetrieben sind Entscheidungen, bei denen der menschlichen Entscheidung ein nur noch geringer Entscheidungsspielraum verbleibt, da die Entscheidung wesentlich durch ADM-Systeme vorbereitet und determiniert wird.
- Algorithmen determinierte Entscheidungen werden selbstständig von ADM-Systemen getroffen, eine menschliche Entscheidung ist nicht mehr vorgesehen.¹⁰

7 Hacker, Teaching Fairness to Artificial Intelligence: Existing and Novel Strategies against Algorithmic Discrimination under EU Law, *Common Market Law Review* 2018, S. 1114, 1144.

8 Vergleiche Orwat, Fn. 2, S. 20 ff.

9 Müller, Algorithmische Entscheidungssysteme im Nichtdiskriminierungsrecht – Dogmatische Herausforderungen und konzeptionelle Perspektiven, in: Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, nukleare Sicherheit und Verbraucherschutz, und Frauke Rostalski (Ed.), *Künstliche Intelligenz*, 2022, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3976213>, S. 205; Hacker, Fn. 7, S. 1144.

10 Datenethikkommission, Gutachten, 2019, S. 161.

1.2 Diskriminierung

1.2.1 Arten von Diskriminierung

Diskriminierung wird rechtlich definiert als sachlich nicht zu rechtfertigende Benachteiligung einer Person aufgrund eines oder mehrerer rechtlich etwa durch das Grundgesetz (GG) oder das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) besonders geschützter Diskriminierungsmerkmale.

Derartige Benachteiligungen können *unmittelbar* an Diskriminierungsmerkmale, namentlich an die „Rasse“ oder die ethnische Herkunft, das Geschlecht, die Religion oder die Weltanschauung, eine (oder mehrere) Behinderung(en), das Alter und die sexuelle Identität (§ 1 AGG), anknüpfen (eine Stellenanzeige richtet sich nur an männliche Bewerber) oder *mittelbar* das Ergebnis eines an sich neutralen Vorgehens sein, das jedoch typischerweise bestimmte Personengruppen benachteiligt (eine Stellenanzeige verlangt „sichere Deutschkenntnisse“).¹¹

1.2.1.1 Unmittelbare Diskriminierung

§ 3 Absatz 1 S. 1 AGG definiert „unmittelbare Benachteiligung“ als eine weniger günstige Behandlung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes, als sie eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde. Die Benachteiligung knüpft explizit an eines der Diskriminierungsmerkmale des § 1 AGG an.

1.2.1.2 Mittelbare Diskriminierung

§ 3 Absatz 2 AGG definiert mittelbare Diskriminierung als Benachteiligung, die zwar dem Anschein nach auf neutralen Vorschriften, Kriterien oder Verfahren beruht, aber Personen wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes in besonderer Weise benachteiligt – es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich.

11 Sacksofsky, Unmittelbare und mittelbare Diskriminierung, in: Mangold/Payandeh, Handbuch Antidiskriminierungsrecht, 2022, S. 594.

1.2.1.3 Intersektionale Diskriminierung

Eine dritte Diskriminierungsform bildet die *intersektionale Diskriminierung* (auch mehrdimensionale Diskriminierung genannt). In diesen Fällen knüpft die Benachteiligung nicht nur an ein Diskriminierungsmerkmal an, sondern es sind mehrere Diskriminierungskategorien betroffen.¹² Die intersektionale Diskriminierung ist nicht legal definiert, § 4 AGG bezieht sich jedoch auf diese Form der Diskriminierung, indem er bestimmt, dass die Rechtfertigung einer solchen Diskriminierung sämtliche einschlägigen Merkmale einbeziehen muss.

1.2.1.4 Proxy-Diskriminierung

Eine Benachteiligung, die an Merkmale anknüpft, die zunächst keinem der klassischen Diskriminierungsmerkmale zugeordnet sind, wird als Stellvertreter- oder Proxy-Diskriminierung bezeichnet. Sie ist der mittelbaren Diskriminierung ähnlich, weil sie nicht an eines der besonders geschützten Diskriminierungsmerkmale anknüpft, vielmehr führt die Wahl eines scheinbar neutralen Merkmals, welches stark mit einem verbotenen Merkmal korreliert, faktisch zu einer Benachteiligung.¹³ Aus dieser Korrelation wird eine Gruppenzugehörigkeit abgeleitet und aus dieser Gruppenwahrscheinlichkeit werden Rückschlüsse auf den Einzelnen gezogen.¹⁴ Das für sich genommen nicht diskriminierende Merkmal der Postleitzahl etwa wird zum Stellvertreter für das verbotene Diskriminierungsmerkmal der Herkunft,¹⁵ weil etwa in einem bestimmten Stadtviertel aus historischen Gründen viele Migrant*innen leben; eine unterbrechungsfreie Beschäftigung im Unternehmen ist Proxy für das Merkmal Geschlecht, da Frauen überproportional häufig aufgrund von Schwangerschaft und Elternzeit ihre Berufstätigkeit unterbrechen.

Diese Proxy-Diskriminierung gewinnt im Kontext der zunehmenden Digitalisierung an Bedeutung und ist gerade bei der Nutzung von ADM-Systemen relevant, da aufgrund der großen Zahl verfügbarer „neutraler“ Merkmale Entscheidungen auf solche (vermeintlich) neutralen Kriterien gestützt werden

12 Holzleithner, in: Mangold/Payandeh, Fn. 11, S. 540.

13 Buchholtz/Scheffel-Kain, Fn. 94, S. 615.

14 Wildhaber/Lohmann/Kasper, Diskriminierung durch Algorithmen – Überlegungen zum schweizerischen Recht am Beispiel prädiktiver Analytik am Arbeitsplatz, ZSR 2019, S. 459, 468.

15 Hermstrüwer, Fairnessprinzipien der algorithmischen Verwaltung, AöR 145 (2020) S. 479, 493.

(können), die hoch mit besonders geschützten Diskriminierungsmerkmalen korrelieren,¹⁶ und somit Nichtdiskriminierungsvorgaben beabsichtigt oder unbeabsichtigt umgangen werden können.

1.2.1.5 Diskriminierung durch ADM-Systeme im Spannungsfeld dieser Kategorien

In Fällen algorithmischer Diskriminierung verschwimmen die Grenzen zwischen unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung.¹⁷ Wirkt eine durch ein ADM-System getroffene Entscheidung diskriminierend, so kann es sich entweder um einen Fall verdeckter unmittelbarer Diskriminierung oder aber um mittelbare Diskriminierung handeln. Die klare Einordnung wird dadurch erschwert, dass die Ursache für eine Benachteiligung aufgrund der Menge der verwendeten Daten und der fehlenden Transparenz des Entscheidungsvorgangs häufig nicht nachvollzogen werden kann. Sie kann einerseits aufgrund der Anknüpfung an ein „neutrales“ Merkmal mittelbar wirken wie auch andererseits durch die bewusste Wahl eines scheinbar objektiven Merkmals, welches aber regelmäßig nur von Angehörigen bestimmter Gruppen erfüllt werden kann und unmittelbar mit einem der Diskriminierungsmerkmale des § 1 AGG verbunden ist, Resultat eines verdeckt unmittelbar diskriminierenden Vorgangs sein.¹⁸

Es wird daher auch die Auffassung vertreten, es bedürfe einer eigenen Diskriminierungsform, eines „**Einheitsmodells**“, welches den spezifischen Charakteristika der ADM-Systeme und den Anforderungen an ihre Rechtfertigung, aber auch an die Beweisführung eher gerecht werde.¹⁹ Die Kategorien der mittelbaren und unmittelbaren Diskriminierung sollen danach abgelöst werden durch eine Bezugnahme auf die (technischen) Ursachen der Diskriminierung.²⁰ Allerdings kann dieses Einheitsmodell nicht wirksam den Herausforderungen begegnen, die sich aus der fehlenden Transparenz des Entscheidungsvorgangs ergeben; es führt eher neue Hürden ein, die technischen

16 Hacker, Fn. 7, S. 1153.

17 Müller, Fn. 9, S. 230; Sesing/Tscheck, AGG und KI-VO-Entwurf beim Einsatz von Künstlicher Intelligenz, MMR 2022, S. 24, 231.

18 Müller, Fn. 9, S. 229.

19 Müller, Fn. 9, S. 231.

20 Müller, Fn. 9, S. 231.

Vorgänge zu durchdringen. Zudem erschwert die Anknüpfung an die Technologie einen dynamischen normativen Umgang mit der beständigen Weiterentwicklung der Technik.

Das Einheitsmodell ist daher abzulehnen und auch in Fällen der Diskriminierung durch ADM-Systeme der Rückgriff auf die hergebrachten Kategorien der Diskriminierung vorzugswürdig, da diese zielorientiert ausgestaltet sind und bezwecken, dass Diskriminierung unterbunden wird.

1.2.2 Dilemma der Differenz und Essentialisierung

Die bereits angesprochenen Kataloge der Diskriminierungsverbote etablieren Kategorien und führen das Antidiskriminierungsrecht in das (aus der feministischen Rechtstheorie bekannte) „*Dilemma der Differenz*“.²¹ Eine Diskriminierung lässt sich nur identifizieren, wenn eine Differenzierung anhand jener Merkmale erfolgt, für die eine Differenzierung gerade ausgeschlossen werden soll. So lässt sich beispielsweise eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts nur feststellen, wenn nach Geschlechtern unterschieden wird. Dass damit gerade die Vorstellung eines Unterschieds der Geschlechter perpetuiert und die Differenz herausgestellt wird, ist ein Dilemma, das sich nicht auflösen lässt.

In der Anwendung kommt es dadurch ferner zu Fremdzuschreibungen von Attributen, die unter Umständen nicht zutreffend sind und/oder zusätzlich eine Stigmatisierung enthalten, die ihrerseits auf Stereotypen beruht. Beispielsweise wird die Vorstellung einer klaren Trennung von und einer eindeutigen Zuordnung zu (etwa „ethnischen“) Gruppen geweckt und bestärkt, die jedenfalls in dieser Eindeutigkeit nicht besteht („*Essentialisierung*“).²² Die Diversität innerhalb einer vermeintlich homogenen Gruppe ist häufig größer als zwischen

21 Baer, in: Mangold/Payandeh, Fn. 11, S. 235; Holzleithner, Rechtskritik der Geschlechterverhältnisse, KJ 2008, S. 250, 252, Lembke/Liebscher, Postkategoriales Antidiskriminierungsrecht? – Oder: Wie kommen Konzepte der Intersektionalität in die Rechtsdogmatik?, in: Philipp/Meier/Apostolovski/Starl/Schmidlechner (Hrsg.), Intersektionelle Benachteiligung und Diskriminierung, 2014, S. 261 ff.

22 Supik, Statistik und Diskriminierung, in: Scherr/El-Mafaalani/Yüksel (Hrsg.), Handbuch Diskriminierung, 2017, S. 191, 201.

verschiedenen Gruppen, wie sich in der Genetik beobachten lässt:²³ Die meisten genetischen Unterschiede in der DNA-Sequenz des Menschen finden sich innerhalb einer geografischen Population. Die genetischen Unterschiede zwischen geografischen Populationen machen demgegenüber nur einen sehr geringen Teil aus.²⁴ Zudem verschleiern derlei Kategorisierungen häufig intersektionale beziehungsweise mehrdimensionale Diskriminierungsmuster.²⁵

Auflösen lässt sich dieser Konflikt nicht. Auch postkategoriale Konzepte²⁶ kommen nicht ohne Kategorien aus, nur die Anknüpfungspunkte für die Beurteilung einer Benachteiligung ändern sich, indem etwa auf Diskriminierung als Resultat historisch verfestigter gesellschaftlicher Strukturen oder Benachteiligung und Ausgrenzung von gesellschaftlicher Teilhabe und Anerkennung abgestellt wird.²⁷

1.2.3 Besonderes Diskriminierungspotenzial von Algorithmen

Hauptelement eines jeden ADM-Systems ist die Identifikation einer Vielzahl von komplexen Korrelationen mithilfe statistischer Methoden.²⁸ So werden Beziehungen zwischen Variablen hergestellt, die Wahrscheinlichkeitsaussagen ermöglichen, da mithilfe von Algorithmen komplexe Korrelationen erkennbar werden. Diese erlauben vielfältige Differenzierungen. Damit steigt jedoch das Risiko für *Diskriminierung durch Statistik*.²⁹

23 Vergleiche etwa Kattmann, Reflections on „race“ and science and society in Germany, Journal of Anthropological Sciences, Vol. 95 (2017), S. 1, 6; Serre/Pääbo, Evidence for Gradients of Human Genetic Diversity Within and Among Continents, Genome Research 2004 (14), S. 1679, 1683; Towfigh/Herberg, Kann im Lebensrecht Religion wirksam werden?, ZfL 2017, S. 2 ff.

24 Kattmann, Reflections on „race“ and science and society in Germany, Journal of Anthropological Sciences 95 (2017), S. 1, 6; Serre/Pääbo, Evidence for Gradients of Human Genetic Diversity Within and Among Continents, Genome Research 14 (2004), S. 1679, 1683.

25 Towfigh, in: Mangold/Payandeh, Fn. 11, S. 762.

26 Vergleiche dazu Baer, in: Mangold/Payandeh, Fn. 11, S. 251.

27 Ausführlich dazu Baer, Fn. 21, S. 253 mwN; Lembke/Liebscher, Fn. 21, S. 284.

28 Vergleiche Towfigh, in: Mangold/Payandeh, Fn. 11, S. 782.

29 Towfigh, in: Mangold/Payandeh, Fn. 11, S. 762.

Diskriminierung durch Statistik ist das Resultat einer mit statistischen Mitteln gewonnenen Zuschreibung von Merkmalen, die auf (tatsächlichen oder angenommenen) **Durchschnittswerten einer Gruppe** beruhen. Der Bezug auf diese durchschnittlichen Gruppenmerkmale soll über Unsicherheiten bezüglich der individuellen Merkmalsausprägungen einer einzelnen Person hinweghelfen. Nach diesem Prinzip funktioniert beispielsweise die Schufa-Auskunft, welche die Kreditwürdigkeit zum Teil unabhängig von der individuellen wirtschaftlichen Lage unter anderem mithilfe des Wohnorts ermittelt, oder die traditionelle Kraftfahrzeug-Versicherung, die zwar Daten zur Fahrzeuleistung bei der Klassifizierung des Unfallrisikos einbezieht, nicht aber zum Fahrstil des Versicherten. Hier wird jeweils ein Merkmal – zum Beispiel Wohnort beziehungsweise Fahrzeuleistung – als Indikator für ein anderes Merkmal – Kreditwürdigkeit beziehungsweise Unfallrisiko – genutzt, andere mögliche Einflussfaktoren bleiben unberücksichtigt. Der einer solchen Einschätzung zugrunde liegende soziale Mechanismus interessiert dabei nicht, eine Kausalität wird nicht behauptet oder nachgewiesen. Dadurch werden (historische) strukturelle Ungleichheiten perpetuiert und neue geschaffen.³⁰

30 Arrow, What has Economics to Say about Racial Discrimination?, *Journal of Economic Perspectives* 12 (1998), S. 91, 96; Schauer, Statistical (and non-statistical) discrimination, in: Lippert-Rasmussen (Hrsg.), *Routledge Handbook of the Ethics of Discrimination*, 2018, S. 42, 48.

1.3 Besondere Probleme und Risiken algorithmischer Diskriminierung

1.3.1 Typische Einsatzfelder algorithmischer Systeme mit Diskriminierungspotenzial

ADM-Systeme werden unter anderem überall dort eingesetzt, wo entweder eine **Auswahlentscheidung** zu treffen ist oder **massenhafte Individualisierung beziehungsweise Personalisierung** – etwa für Vertragsabschlüsse und -ausgestaltung, Werbung, die Festlegung individueller Preise, aber auch in der Medizin – gewünscht wird.³¹ Sie versprechen unabhängige, objektive und von persönlichen Anschauungen unbeeinflusste Entscheidungen, die sich allein an determinierten Auswahlkriterien orientieren. Zudem können sie Komplexität häufig besser verarbeiten als menschliche Entscheider*innen. Daher werden sie typischerweise in besonders datenreichen Kontexten oder dort eingesetzt, wo der Objektivität der Entscheidung besondere Bedeutung beigemessen wird.

So automatisieren ADM-Systeme zum Beispiel inzwischen wesentliche Entscheidungen im **Arbeitsleben**, zum Beispiel strukturieren sie Bewerbungsprozesse und standardisieren Auswahlverfahren für neue Mitarbeiter*innen.³² Lebensläufe von Bewerber*innen werden mit denen bereits eingestellter Mitarbeiter*innen verglichen und entsprechend bewertet oder von Bewerber*innen eingesandte Bewerbungsvideos automatisch analysiert.³³ Aber auch die Produktivität der Mitarbeiter*innen wird analysiert und die so gewonnenen Erkenntnisse werden für Leistungsbewertungen und Beförderungen genutzt.

31 Algorithmwatch, Atlas der Automatisierung, <https://atlas.algorithmwatch.org/report/> (zuletzt abgerufen am 1. April 2023). Siehe für den Staat auch Spiecker gen. Döhmman, Fn. 3, § 20 Rn. 28 ff.

32 Ein bekanntes Beispiel ist eine zeitweise von Amazon eingesetzte Recruiting – Software, die wegen der Bevorzugung männlicher Bewerber in der Vergangenheit ebenfalls männliche Bewerber bevorzugte: <https://www.reuters.com/article/us-amazon-com-jobs-automation-insight-idUSKCN1MK08G> (zuletzt abgerufen am 1. April 2023).

33 Buolamwini/Geburu, Gender Shades: Intersectional Accuracy Disparities in Commercial Gender Classification, Proceedings of Machine Learning Research (81) 2018.

Auch die **Kreditvergabe** basiert seit geraumer Zeit maßgeblich auf ADM-Systemen; die Kreditwirtschaft kann diesbezüglich sogar als Vorreiter gelten, auch hinsichtlich der Akzeptanz ihrer Ergebnisse. Dies kann die grundsätzliche Entscheidung über die Bewilligung eines Kredits betreffen, aber auch die Konditionen, unter denen ein Kredit gewährt wird.³⁴ Hier spielt vor allem die *Scoring*-Dimension der ADM-Systeme eine Rolle, bei der aufgrund bestimmter korrelierender statistischer Merkmale ein numerischer Wert (*Score*) ausgegeben wird. Dieser Score wird dann verglichen mit den vorgegebenen Werten, denen standardisiert Entscheidungsfolgen zugeordnet sind, also zum Beispiel Ablehnung eines Kredits oder Festsetzung eines Risikozuschlags. Problematisch bei diesen auf Scoring beruhenden Entscheidungen ist, dass es sich auch bei dem ausgegebenen Score nur um eine aus den analysierten Merkmalen berechnete Wahrscheinlichkeitsentscheidung handelt; die individuelle Situation der Kreditnehmer*innen wird nicht berücksichtigt.³⁵

Gleiches gilt für die **Versicherungswirtschaft**, die sich ähnlicher Mechanismen bei Vertragsabschlüssen und in der Schadensregulierung bedient.³⁶ Seit einigen Jahren eingeführte Telematik-Tarife in der Kfz-Versicherung setzen zum Beispiel auf ADM-Systeme, die neben allgemeinen Kriterien (zum Beispiel Nacht- oder Tagfahrt) auch individuelle Umstände einbeziehen (zum Beispiel Häufigkeit von Bremsmanövern). Insbesondere, aber nicht nur im **Online-Handel** beeinflussen ADM-Systeme im Rahmen des sogenannten *Microtargeting* die Anzeige individualisierter Werbung³⁷ oder werden zur individuellen **Preis- und Vertragsgestaltung** eingesetzt: Kund*innen, die in der Vergangenheit hochpreisige Produkte erworben haben, werden für das gleiche Produkt Angebote zu einem höheren Preis unterbreitet als solchen, die bisher günstige Produkte erwarben.

34 Orwat, Fn. 2, S. 49 f.

35 Orwat, Fn. 2, S. 51.

36 Hänold, Profiling und automatisierte Einzelentscheidungen im Versicherungsbereich, 2019; Pohlmann/Vossen/Everding/Scheiper, Künstliche Intelligenz, Bias und Versicherungen – Eine technische und rechtliche Analyse, ZVers Wiss 111 (2022), S. 135 ff.

37 Kalbhenn/Hemmert-Halswick, EU-weite Vorgaben für die Content-Moderation in sozialen Netzwerken, ZUM 2021, S. 184, 191; vergleiche Towfigh/Luckey, Zielgruppenbasierte Ansprache von Wahlberechtigten durch politische Parteien. Zur rechtlichen Zulässigkeit politischen Online-Microtargetings in Deutschland, RW 2022, S. 61 ff. mit historischen und technischen Hintergründen zum Microtargeting.

Auch die **Medizin** nutzt ADM-Systeme, sie werden dort etwa eingesetzt, um bei **Diagnose-** und **Therapie-**Entscheidungen zu unterstützen beziehungsweise diese sogar zu treffen oder um Ressourcen zuzuordnen.³⁸

Nicht allein die Privatwirtschaft und Private verwenden ADM-Systeme, auch der Staat nutzt sie zunehmend, etwa im Bereich des **Predictive Policing**, im Steuerrecht oder der **Vergabe staatlicher Leistungen** an Private.³⁹

1.3.2 Diskriminierung durch Input (Dateneingabe) oder Output (Anwendung des Algorithmus)

Die Qualität der Entscheidung eines ADM-Systems ist wesentlich abhängig von den verwendeten Daten. Dabei ist nicht nur die Menge, sondern auch die **Qualität der Daten** entscheidend.

Ein spezifisches Phänomen des Einsatzes von ADM-Systemen ist, dass ihr Diskriminierungspotenzial bereits im System selbst angelegt sein kann.⁴⁰ Grund hierfür kann ein dem ADM-System zugrunde liegender qualitativ minderwertiger, fehlerhafter beziehungsweise für den intendierten Zweck ungeeigneter⁴¹ oder ein verzerrter (und damit Diskriminierungen perpetuierender) Datensatz sein.⁴² Zudem können Vorgaben zur Bewertung von ambivalenten Daten Fehler produzieren, etwa wenn das Fehlen von Daten für einen bestimmten Zeitraum negativ bewertet wird.

38 Algorithmwatch, Atlas der Automatisierung, <https://atlas.algorithmwatch.org/report/gesundheit-medizin/> (zuletzt abgerufen am 1. April 2023).

39 Siehe zu dem breiten Feld der Anwendungsgebiete Spiecker gen. Döhmman, Fn. 3, §20 Rn. 28 ff.

40 Ausführlich Orwat, Fn. 2, S. 77 ff.

41 Ungern-Sternberg, in: Mangold/Payandeh, Fn. 11, S. 1135; Scheer, Algorithmen und ihr Diskriminierungsrisiko, S. 12.

42 Fröhlich/Spiecker gen. Döhmman, Können Algorithmen diskriminieren?, Verfassungsblog v. 26.12.2018, <https://verfassungsblog.de/koennen-algorithmen-diskriminieren/> (zuletzt abgerufen am 1. April 2023); Altenburger/Ho, When Algorithms Import Private Bias into Public Enforcement, *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 175 (2019), S. 98 ff.

Ebenso kann ein eingesetzter Datensatz diskriminierend sein (sogenannte *biased training data*⁴³). Das ist etwa dann der Fall, wenn die eingespeisten Daten nicht diskriminierungsfrei sind: Ein sich auf nicht diskriminierungsfreie Daten stützendes lernendes System kann denklogisch keine diskriminierungsfreien Entscheidungen treffen. Das Problem verschärft sich bei lernenden Systemen, die auf Daten aus verschiedenen Zeitpunkten beruhen. Wenn diese auch nur einmal nicht diskriminierungsfrei waren, sind es die Entscheidungen des ADM-Systems auch nicht. Die immanente Ungleichbehandlung wird perpetuiert:⁴⁴ Eine Gesichtserkennungssoftware etwa, die fast ausschließlich mit Daten von weißen Menschen trainiert wurde, war nicht in der Lage, schwarze Personen zuverlässig zu identifizieren.⁴⁵ Ein mit veralteten Rollenbildern und Stereotypen gespeister Datensatz hat bei einer Übersetzungssoftware dazu geführt, dass diese bei der Übersetzung akademischer Berufe aus dem Englischen die männliche Form, bei weniger qualifizierten Berufen die weibliche gewählt hat.⁴⁶ Und ein Algorithmus zur Studienplatzvergabe für das Medizinstudium, der die in der Vergangenheit bei der Auswahl zugrunde gelegten Kriterien nutzte, wählte überproportional weiße, männliche Studenten aus – und diskriminierte Frauen sowie Studierende ethnischer Minderheiten; ein bestehender historischer *Bias* wurde hier reproduziert.⁴⁷

Die mangelhafte Qualität eines Datensatzes kann sich insbesondere bei nicht spezifisch für eine bestimmte Anwendung zusammengestellten, „eingekauften“ Datensätzen manifestieren. Häufig bleibt den Verwender*innen verborgen, wie die verwendeten Daten generiert wurden, ob sie repräsentativ sind, ob (und wenn ja welche) Kontrollvariablen Bestandteil sind, ob anerkannte Qualitätsstandards eingehalten wurden und ob die Daten für den gewünschten Zweck geeignet sind.⁴⁸ Daher ist es ein verbreiteter Irrtum, dass Datenverarbeitung neutral und objektiv sei. Jede Datenverarbeitung beruht immer auch auf menschlichen Modellierungen und Bewertungen – mit all ihren Unzulänglichkeiten.

43 Hacker, Fn. 7, S. 1147.

44 Vertiefend Orwat, Fn. 2, S. 79 f.; Lauscher/Legner, *Künstliche Intelligenz und Diskriminierung*, ZfDR 2022, S. 367, 371; Hermstrüwer, Fn. 15, S. 492.

45 Lauscher/Legner, Fn. 44, S. 371.

46 Scheer, Fn. 41, S. 12.

47 Barocas/Selbst, *Big Data's Disparate Impact*, *California Law Review*, Vol. 104 (2016), S. 671, 682.

48 Towfigh, in: Mangold/Payandeh, Fn. 11, S. 773.

1.3.3 Geschwindigkeit und Umfang der Ausbreitung von Diskriminierung durch Algorithmen

Der technologische Fortschritt digitaler Auswertungsmethoden und -technologien, der sichtbar wurde mit den ersten großen Veränderungen durch Big Data und dessen aktueller Endpunkt die Quantencomputerisierung und das Metaverse sein dürfte, ermöglicht die Verarbeitung großer Datenmengen. Big-Data-Anwendungen⁴⁹ ermöglichen, auch ohne strukturierte und konsistente Datensätze auf der Basis verschiedenster Erscheinungsformen, Organisationen, Datenträger, -quellen und -formate,⁵⁰ das Erkennen von Mustern und Korrelationen, selten auch von Wahrscheinlichkeiten, oftmals in Echtzeit, generieren mithin neue Informationen und sollen dadurch die Prognose zukünftigen Verhaltens oder zukünftiger Ereignisse auf der Basis vergangenheitsbezogener Daten erleichtern.⁵¹

Dem Teilen, der Weiterverwendung und dem Zusammenführen von großen Datenmengen sind praktisch keine technischen Grenzen mehr gesetzt. Daten verschiedenster Quellen können zusammengeführt werden, neue Datensätze entstehen, neue Korrelationen werden identifiziert. Das bedeutet auch, dass (potenziell) diskriminierende Datensätze Verbreitung finden, geteilt und mit anderen Datensätzen zusammengeführt werden und dass auf diese Weise Diskriminierung perpetuiert wird. Diese Vorgänge sind praktisch kaum zu kontrollieren. Da die Komplexität, die bewältigt werden kann, die Menge an Daten und die Menge an Anwendungsszenarien gleichfalls beständig zunehmen, darf nicht davon ausgegangen werden, dass Diskriminierung einzelfall-spezifisch identifiziert werden kann. Vielmehr sind strukturelle Maßnahmen erforderlich, um das Problem angehen zu können.

49 Mit dem Begriff Big Data werden sehr große und komplexe Datensätze beschrieben. Zu den typischen vier Kriterien Volume, Variety, Velocity, Analysis sowie den weiteren Merkmalen zum Beispiel Hoffmann-Riem, Rechtliche Rahmenbedingungen für regulative Herausforderungen durch Big Data, in: Hoffmann-Riem (Hrsg.), Big Data – Regulative Herausforderungen, 2018, S. 11, 19 f.

50 Vergleiche Hackenberg, in: Hoeren/Sieber/ Holznagel (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht, 58. EL März 2022, Teil 15.2 Rn. 7 f.

51 Spiecker gen. Döhmman, Fn. 3, §20 Rn. 12 mwN.

1.3.4 Intransparenz

Eine große Herausforderung für den Umgang mit ADM-Systemen und für die Beurteilung von Diskriminierung durch ADM-Systeme – besonders bei lernenden Systemen – ist die ihnen eigene Intransparenz.⁵² Sie werden daher häufig als „*black boxes*“ bezeichnet. Adressat*innen, aber auch die Verwender*innen algorithmischer Entscheidungen können in der Regel nicht nachvollziehen, ob die Entscheidung auf rechtmäßig verarbeiteten Daten beruht oder welche konkreten Gründe für eine ablehnende Entscheidung maßgeblich waren. Oftmals wird nicht transparent, dass Fehler gemacht wurden – oder gar diskriminiert wurde.

Dies ist insbesondere im Bereich der **Massengeschäfte** (wie zum Beispiel im Einzelhandel, beim Transport, in der Gastronomie oder Hotellerie)⁵³ ein Problem, da hier *massenhafte Individualisierung* dazu führt, dass sich die einer Entscheidung zugrunde liegenden Bedingungen in jedem Einzelfall individuell unterscheiden und sich die insbesondere bei lernenden Systemen einer Entscheidung zugrunde liegenden Kriterien nicht vergleichen lassen. Die Beurteilung, ob einer Entscheidung zugrunde liegende Daten verzerrt oder fehlerhaft sind, ist daher häufig nur schwer möglich. Selbst wenn es gelingt, Dateninput und -output zu identifizieren, bleibt der **Datenverarbeitungsprozess als solcher oft im Verborgenen**.⁵⁴ Selbst der Code eines vermeintlich einfachen, regelbasierten Algorithmus ist für Laien überhaupt nicht und auch für Fachleute häufig nicht leicht nachzuvollziehen. Umso schwieriger ist es bei selbst lernenden Systemen, bei denen die Parameter der Datenverarbeitung sowie die Datenbasis selbst nicht statisch sind, sondern sich ständig verändern und weiterentwickeln.⁵⁵ Da diese Dynamik aus den konkreten neuen Daten und der konkreten Verwendung resultiert, ist auch eine Parallelisierung des jeweiligen ADM-Systems zur Kontrolle kaum möglich. Dies erschwert die Rechtsdurchsetzung in erheblicher Weise, da es eines profunden technischen

52 Umfassend dazu Martini, Fn. 2.

53 Bauer/Krieger/Günther, AGG, 5. Auflage, § 19 Rn. 8.

54 Grünberger, Reformbedarf im AGG: Beweislastverteilung beim Einsatz von KI, ZRP 2021, S. 232, 233.

55 Gerards/Xenidis, Algorithmic discrimination in Europe. Challenges and Opportunities for Gender Equality and non-discrimination Law, 2021, S. 45; Grünberger, Fn. 54, S. 233.

Verständnisses bedarf, um diese Veränderungen überhaupt nachvollziehen zu können.⁵⁶

1.3.5 Verantwortlichkeit für die Diskriminierung

Um Diskriminierungen effektiv entgegenzutreten und effektiven Rechtsschutz erlangen zu können, ist zentral, wer für die Diskriminierung verantwortlich ist, wem sie also zuzurechnen ist. ADM-Systeme stellen aufgrund ihrer Komplexität und Intransparenz eine Herausforderung für Fragen der Zurechnung dar.⁵⁷ Die Entscheidungen dieser Systeme beruhen technisch auf dem Zusammenspiel verschiedener Komponenten von Hard- und Software und sich möglicherweise noch laufend verändernder, lernender, zum Teil aus individuell veränderten Standards abgeleiteter Algorithmen, zusammengeführt und ausgeführt durch unterschiedliche Instanzen beziehungsweise Akteur*innen, zum Teil auf Plattformen und in Netzwerken, die in unterschiedlichen Rechtssystemen ansässig sein können. Häufig entwickeln die Verwender*innen die ADM-Systeme, die sie nutzen, nicht selbst oder sind ihrerseits nur Nutzer*innen der Auswertungen von Datennutzungen der Plattformen, sodass sie keinen Einfluss auf deren Konstruktion und Weiterentwicklung haben. Besonders deutlich wird das bei Social Media, gilt aber auch zum Beispiel für Verkaufsplattformen aller Art.

Es ist daher zum einen fraglich, an welchen Verarbeitungsschritt für die Frage der Zurechnung anzuknüpfen ist, an welcher Stelle des Prozesses die ursächliche Bedingung für Diskriminierung gesetzt wurde: Geschah dies schon im Entwicklungsprozess, bei der Auswahl und Einspeisung der Daten, bei der Entwicklung des Scores oder erst bei dessen Verwendung oder womöglich erst im Rahmen einer ADM-gestützten *menschlichen* Entscheidung?⁵⁸ Zum anderen verändert sich je nach Anknüpfungspunkt möglicherweise die Verantwortlichkeit, zum Beispiel stellt sich die Frage, ob (und wie) sich Verwender*innen eines

56 Martini, Algorithmen als Herausforderung für die Rechtsordnung, JZ 2017, S. 1017, 1018.

57 Spiecker gen. Döhmman, Zur Zukunft systemischer Digitalisierung – Erste Gedanken zur Haftungs- und Verantwortungszuschreibung bei informationstechnischen Systemen, CR 2016, S. 698 ff.; Zech, Entscheidungen digitaler autonomer Systeme: Empfehlen sich Regelungen zu Verantwortung und Haftung?, Verhandlungen des 73. Deutschen Juristentages, Bd. 1, 2020, A, S. 98 ff.

58 Ungern-Sternberg, in: Mangold/Payandeh, Fn. 11, S. 1144.

ADM-Systeme Fehler bei der Programmierung und der Datensammlung zurechnen oder inwieweit die Nutzer*innen einer Plattform deren Kuratierungskriterien als eigene gelten lassen müssen.⁵⁹

Spezielle, auf die besonderen Eigenheiten der Diskriminierung durch ADM-Systeme zugeschnittene rechtliche Lösungen gibt es bisher nicht, schon die relevanten Grundlagen sind streitig. Der Regulierungsbedarf ist groß und Gegenstand ausführlicher, wenn auch nicht immer kenntnisreicher Debatten.⁶⁰ Der Rückgriff auf bestehende, in der Regel auf die technischen und systematischen Besonderheiten von ADM-Systemen nicht ausgerichtete Rechtsinstitute bleibt häufig unvollständig, es entstehen Verantwortlichkeits- und Haftungslücken.⁶¹

Die technischen und rechtlichen Unklarheiten bei der Verantwortung und Zurechnung gehen zurzeit zulasten der potenziell Diskriminierten, die Rechtsverletzungen kaum erkennen und ihre Rechte daher nur schwer verfolgen können; sie führen damit gleichzeitig zu einer weitreichenden und in diesem Ausmaß unbegründeten faktischen Exkulpation von Nutzer*innen von ADM-Systemen.

59 EuGH, C-210/16, ECLI:EU:C:2018:388 – Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein.

60 Hacker, Europäische und nationale Regulierung von Künstlicher Intelligenz, NJW 2022, S. 2142, 2146; Zech, Fn. 57, A, S. 98 ff.; Beckers/Teubner, Three Liability Regimes for Artificial Intelligence, 2022; Freyler, Robot-Recruiting, Künstliche Intelligenz und das Antidiskriminierungsrecht, NZS 2020, S. 284, 288.

61 Klingbeil, Schuldnerhaftung für Roboterversagen, JZ 2019, S. 718 ff; Grünberger, Fn. 54, S. 232 ff.

1.4 Zwischenfazit

Der Einsatz von ADM-Systemen kann unter antidiskriminierungsrechtlichen Gesichtspunkten problematisch sein. Ihr Diskriminierungspotenzial ist bereits in ihrer technischen Funktionsweise angelegt. Es besteht Grund zur Sorge, dass sich strukturelle Ungleichheiten durch den Einsatz von ADM-Systemen perpetuieren und diskriminierende Datensätze und Schlussfolgerungen (unkontrolliert) Verbreitung finden. Dies betrifft nicht nur den Einzelnen, sondern auch Gruppen. Daher muss das Antidiskriminierungsrecht strukturell angepasst werden, um die derzeit bestehenden Hürden für einen effektiven Schutz vor Diskriminierungen durch ADM-Systeme zu überwinden. Insbesondere die Schwierigkeiten bei der Identifizierung einer Benachteiligung und ihrer Ursachen sowie deren Nachweis und die Durchsetzungsmöglichkeiten der zugestandenen Rechte sind in den Blick zu nehmen. Zudem sollte eindeutig sein, in welche Diskriminierungskategorie eine normativ unerwünschte Ungleichbehandlung durch ADM-Systeme einzuordnen ist. Des Weiteren sind Lücken bei der Zurechnung der Verantwortlichkeiten für eine Benachteiligung zu schließen.

2 Herausforderungen durch digitalisierungsbedingte Diskriminierung für das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG)

2.1 Europarecht

Das europäische Antidiskriminierungsrecht kennt eine Vielzahl an Rechtsquellen: Zuvörderst zu nennen sind Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK), EU-Grundrechte-Charta (GRCh) und die europäischen Verträge (hier insbesondere der Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV)). Die Verknüpfung zwischen den Konventionsrechten der EMRK und dem Unionsrecht erfolgt über Artikel 52 Absatz 3 GRCh, wonach die EMRK als Rechtserkenntnisquelle für die Auslegung der Charta-Rechte dienen soll.⁶²

Die EMRK enthält zunächst keinen allgemeinen Gleichheitssatz.⁶³ Artikel 14 EMRK statuiert, dass die in der vorliegenden Konvention festgelegten Rechte und Freiheiten ohne Benachteiligung insbesondere wegen Geschlecht, „Rasse“, Hautfarbe, Sprache, Religion, politischer oder sonstiger Anschauungen, nationaler oder sozialer Herkunft, Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, Vermögen, Geburt oder sonstigen Status zu gewährleisten sind. Seinem Wortlaut nach ist das Diskriminierungsverbot *akzessorisch*, das heißt, potenzielle Beschwerdeführende müssen Artikel 14 EMRK in Verbindung mit anderen Konventionsrechten geltend machen.⁶⁴ Die Anwendung des Artikel 14

62 Hölscheidt, in: Meyer/Hölscheidt, Charta der Grundrechte der Europäischen, Art. 52 Rn. 4.

63 Peters/Altwicker, in: Dörr/Grote/Marauhn (Hrsg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, Kap. 21 Rn. 6.

64 Peters/Altwicker, Fn. 63, Kap. 21 Rn. 11; Agentur der Europäischen Union für Grundrechte und Europarat (Hrsg.), Handbuch zum Europäischen Antidiskriminierungsrecht, 2018, S. 31.

EMRK setzt jedoch nicht die Verletzung des anderen Freiheitsrechts voraus – es genügt, dass der Regelungsbereich eines anderen Konventionsrechts eröffnet ist.⁶⁵ Hierin unterscheidet sich das EMRK-Diskriminierungsverbot vom allgemeinen Gleichheitssatz in Artikel 3 Absatz 1 GG, der keine Betroffenheit anderer Grundrechte voraussetzt.⁶⁶ Artikel 14 EMRK ist insofern eher vergleichbar mit Artikel 3 Absatz 3 GG, enthält aber noch weitere und sensiblere Diskriminierungskriterien (zum Beispiel „Vermögen“ und „Geburt“).⁶⁷ Gemäß Artikel 6 Absatz 3 des Vertrags über die Europäische Union (EUV) ist Artikel 14 EMRK verbindlicher Teil des Unionsrechts.⁶⁸

Artikel 1 des Zusatzprotokoll Nr. 12 zur EMRK⁶⁹ reicht über Artikel 14 EMRK hinaus, da er nicht zu anderen Konventionsrechten akzessorisch ist.⁷⁰ Die weiter aufgezählten Diskriminierungsverbote sind identisch mit denjenigen des Artikel 14 EMRK.

Artikel 20 GRCh ist mit Artikel 3 Absatz 1 GG fast wortgleich.⁷¹ Es handelt sich um einen unionsrechtlichen allgemeinen Gleichheitssatz, der die Gleichheit sowohl bei der Gesetzesanwendung als auch bei der Gesetzgebung normiert.⁷² Grundrechtsberechtigt sind alle natürlichen Personen; eine unmittelbare Drittwirkung kommt Artikel 20 GRCh nicht zu.⁷³ Nach Artikel 21 Absatz 1 GRCh sind Diskriminierungen insbesondere wegen des Geschlechts, der „Rasse“, der Hautfarbe, der ethnischen oder sozialen Herkunft, der genetischen Merkmale, der Sprache, der Religion oder der Weltanschauung, der politischen oder sonstigen Anschauung, der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, des Vermögens, der Geburt, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen

65 Peters/Altwicker, Fn. 63, Kap. 21 Rn. 38. Am häufigsten wurde Art. 14 EMRK vom Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) in Verbindung mit Art. 8 EMRK und mit Art. 1 Zusatzprotokoll Nr. 12 erörtert, ders., Kap. 21 Rn. 11.

66 Peters/Altwicker, Fn. 63, Kap. 21 Rn. 21.

67 Peters/Altwicker, Fn. 63, Kap. 21 Rn. 19.

68 Kotzur, in: Geiger/Khan/Kotzur (Hrsg.), EUV AEUV Kommentar, Art. 10 Rn. 3.

69 Zu beachten ist, dass nicht alle Mitgliedstaaten der EMRK auch das Zusatzprotokoll ratifiziert haben.

70 EGMR, Sejdic und Finci gegen Bosnien-Herzegowina, 27996/06, 34836/06 Rn. 53; Agentur der Europäischen Union, Fn. 64, S. 35.

71 Hölscheidt, Fn. 62, Art. 20 Rn. 1.

72 Peters/Altwicker, Fn. 63, Kap. 21 Rn. 34; Hölscheidt, Art. 20 Rn. 18.

73 Hölscheidt, Fn. 62, Art. 20 Rn. 14 f.

Ausrichtung verboten. Artikel 21 GRCh stellt eine besondere Ausprägung des Grundsatzes der allgemeinen Gleichbehandlung aus Artikel 20 GRCh dar.⁷⁴ Auch wenn Artikel 20 als subsidiäre Vorschrift zu Artikel 21 und Artikel 23 GRCh konzipiert ist, zieht der Europäische Gerichtshof (EuGH) die Normen nebeneinander heran.⁷⁵ Zudem hat der EuGH entschieden, dass eine Norm des nationalen Rechts, die gegen ein Merkmal aus Artikel 21 GRCh verstößt, auch im Privatrechtsverhältnis nicht anwendbar sein darf.⁷⁶

Anders als bei Artikel 14 EMRK handelt es sich bei Artikel 21 GRCh um ein eigenständiges Diskriminierungsverbot, da kein Bezug zu den anderen Rechten der GRCh vorausgesetzt wird.⁷⁷ Aus diesem Grund ist Artikel 14 EMRK – entgegen Artikel 52 Absatz 3 GRCh – *nicht* zur Auslegung des Artikel 21 GRCh hinzuzuziehen.⁷⁸ Zusätzlich wird die Geschlechtergerechtigkeit in Artikel 23 GRCh besonders betont.⁷⁹ Demnach ist die Gleichheit von Frauen und Männern in allen Bereichen, einschließlich der Beschäftigungsprogramme, der Arbeit und des Arbeitsentgelts, sicherzustellen. Hierbei handelt es sich um einen besonderen Gleichheitssatz.⁸⁰

Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung der EU-Grundrechtecharta ist aber nur dann anwendbar, wenn die streitige Sache in den Anwendungsbereich des Unionsrechts fällt.⁸¹ Artikel 23 GRCh ist wiederum vergleichbar mit Artikel 157 AEUV,⁸² wonach jeder Mitgliedstaat die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit sicherstellt. Artikel 157 AEUV richtet sich dem Wortlaut nach an die Mitgliedstaaten, allerdings bejaht der EuGH eine mittelbare Drittwirkung auch im Privatrechtsverhältnis.⁸³

74 Agentur der Europäischen Union, Fn. 64, S. 38.

75 Hölscheidt, Fn. 62, Art. 20 Rn. 11.

76 Hölscheidt, Fn. 62, Art. 21 Rn. 34.

77 Agentur der Europäischen Union, Fn. 64, S. 37; Peters/Altwicker, Fn. 63, Kap. 21 Rn. 34.

78 Hölscheidt, Fn. 62, Art. 21 Rn. 32.

79 Hölscheidt, Fn. 62, Art. 21 Rn. 20.

80 Peters/Altwicker, Fn. 63, Kap. 21 Rn. 34.

81 Agentur der Europäischen Union, Fn. 64, S. 39.

82 Hölscheidt, Fn. 62, Art. 23 Rn. 2.

83 Hobe/Fremuth, Europarecht Rn. 25.

Artikel 18 AEUV ist ein allgemeines Diskriminierungsverbot im Unionsrecht, das Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verbietet.⁸⁴ Es ist eine Ausformung des allgemeinen Gleichheitssatzes und subsidiär zu den Diskriminierungsverboten in den Grundfreiheiten.⁸⁵ Unionsbürger*innen können sich unmittelbar auf Artikel 18 AEUV berufen, wobei neben den Mitgliedstaaten auch die Union in ihrem Handeln – insbesondere der Rechtsetzung – Adressatin ist.⁸⁶

Artikel 10 AEUV verfügt schließlich, dass Diskriminierungen aus den in Artikel 19 AEUV genannten Gründen zu bekämpfen sind. Damit ist der Artikel mit einer Staatszielbestimmung vergleichbar und adressiert die Politiken der Union.⁸⁷ Er liefert zwar keine Rechtsgrundlage für Antidiskriminierungsmaßnahmen, entfaltet aber seine Wirkung, wenn sekundäres Unionsrecht im Lichte des Artikel 10 AEUV zu interpretieren ist.⁸⁸

2.2 Deutsches Verfassungsrecht: Artikel 3 Absatz 1 und 3 GG

2.2.1 Bedeutung von Artikel 3 GG für den Diskriminierungsschutz

Artikel 3 GG verpflichtet als Grundsatznorm der Gleichbehandlung den Staat, Gleiches gleich und Ungleiches ungleich zu behandeln.⁸⁹ Neben dem allgemeinen Gleichheitssatz des Artikel 3 Absatz 1 GG ist der ein umfassendes Diskriminierungsverbot garantierende besondere Gleichheitssatz des Artikel 3 Absatz 3 GG für das Antidiskriminierungsrecht zentral.⁹⁰ Er verbietet die Ungleichbehandlung wegen eines der in Artikel 3 Absatz 3 GG genannten

84 Agentur der Europäischen Union, Fn. 64, S. 19.

85 Khan/Heinrich, in: Geiger/Khan/Kotzur (Hrsg.), EUV AEUV Kommentar, Art. 18 Rn. 2.

86 Khan/Heinrich, Fn. 85, Art. 18 Rn. 2, 5, 7.

87 Kotzur, Fn. 68, Art. 10 Rn. 1.

88 Kotzur, Fn. 68, Art. 10 Rn. 1.

89 Towfigh/Gleixner, Smartbook Grundrechte, S. 374.

90 Mangold/Payandeh, Fn. 11, S. 30 f.

besonderen Merkmale (Geschlecht, Abstammung, „Rasse“, Sprache, Heimat und Herkunft, Glauben, religiöse oder politische Anschauung, Behinderung). Ergänzt wird das Diskriminierungsverbot des Artikel 3 Absatz 3 GG durch Artikel 3 Absatz 2 GG, welcher einerseits ein Diskriminierungsverbot, aber andererseits auch ein Gleichstellungsgebot und damit Grundlage des Förderungsauftrags zur Herstellung der Gleichberechtigung im Sinne einer individuellen Chancengleichheit darstellt.⁹¹

Der abschließende Katalog der durch Artikel 3 Absatz 3 GG geschützten Merkmale schließt auf den ersten Blick mittelbare Diskriminierungen beziehungsweise Diskriminierung aufgrund nicht geschützter Proxies⁹² aus seinem Anwendungsbereich aus. Deren grundrechtlicher Schutz wäre somit auf den allgemeinen Gleichheitssatz des Artikel 3 Absatz 1 GG beschränkt; allerdings hat das BVerfG inzwischen im Falle mittelbarer Diskriminierung aufgrund des Geschlechts in mehreren Entscheidungen die Anwendbarkeit von Artikel 3 Absatz 2 GG bejaht, wenn zwischen der Verwendung des Merkmals und der Ungleichbehandlung ein Kausalzusammenhang besteht.⁹³ Mit Blick auf die weiteren Diskriminierungsmerkmale des Artikel 3 Absatz 3 GG steht eine ausdrückliche Entscheidung bislang zwar aus, die Grundsätze dieser Rechtsprechung sind aber auf die mittelbare Diskriminierung aufgrund eines der Diskriminierungsmerkmale des Artikel 3 Absatz 3 GG übertragbar; sie tragen zur Gewährleistung eines wirksamen Diskriminierungsschutzes bei.⁹⁴ So hat das BVerfG anerkannt, dass Artikel 3 Absatz 3 S. 2 GG auch mittelbare Benachteiligungen behinderter Menschen erfasst.⁹⁵

91 Towfigh/Gleixner, Fn. 89, S. 395.

92 Siehe oben 1.2.1.4.

93 BVerfGE 97, 35, 43 – Hamburger Ruhegeldgesetz; BVerfGE 104, 373, 393 – Familiendoppelnamen; BVerfGE 113, 1, 15 – Kindererziehungszeiten in der Anwaltsversorgung; BVerfGE 121, 241, 254 f. – Ruhegehalt für Teilzeitbeamtinnen und -beamten; BVerfGE 126, 29 (53) – Hamburger Versorgungsfonds; BVerfGE 132, 72, 97 f. – Erziehungsgeld für ausländische Staatsangehörige; BVerfGE 138, 296, 354 Rn. 144 – Kopftuch II.

94 Baer/Markard, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Art. 3 GG Rn. 430; Nußberger, in: Sachs, Grundgesetz, Art. 3 GG Rn. 248; Buchholtz/Scheffel-Kain, NVwZ 2022, 612, 614; aA hingegen Langenfeld, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Art. 3 Absatz 3 Rn. 38 f.

95 BVerfG NJW 2019, 1201 Rn. 55; NJW 2020, 1282 Rn. 35; Langenfeld, Fn. 94, Art. 3 Absatz 3 Rn. 116.

Von Bedeutung ist diese Frage vor allem im Rahmen der Rechtfertigung einer Verletzung des Diskriminierungsverbots. Artikel 3 Absatz 3 GG ist ein schrankenlos gewährleistetes Grundrecht und als *absolutes Anknüpfungsverbot* konzipiert: Unmittelbare Diskriminierungen können nur mit kollidierendem Verfassungsrecht gerechtfertigt werden.⁹⁶ Das Schutzniveau ist damit höher als im Anwendungsbereich des Artikel 3 Absatz 1 GG. Verletzungen des allgemeinen Gleichheitssatzes mussten sich lange an der sogenannten „neuen Formel“ des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) messen lassen, wonach eine Grundrechtsverletzung zu bejahen war,

„wenn eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders behandelt wird, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die ungleiche Behandlung rechtfertigen könnten.“⁹⁷

In der Weiterentwicklung dieser „neuen Formel“ durch das BVerfG wird inzwischen bei der Bestimmung des Prüfungsmaßstabs die *Intensität der Ungleichbehandlung* mit Blick auf die betroffenen Sach- und Regelungsbereiche berücksichtigt,⁹⁸ es gilt ein „stufenloser am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab“⁹⁹. Die Prüfungsintensität ist etwa dann höher und die Anforderungen an die Rechtfertigung sind dann strenger, wenn der Einfluss der Betroffenen auf das Differenzierungskriterium gering ist oder das Differenzierungskriterium eine Nähe zu den Diskriminierungsmerkmalen des Artikel 3 Absatz 3 GG aufweist sowie bei einer stärkeren Beeinträchtigung von Freiheitsrechten.¹⁰⁰ Geringere Anforderungen an die Rechtfertigung gelten hingegen, wenn das Diskriminierungsmerkmal für die Betroffenen verfügbar ist, da es sich dann lediglich um eine sach- oder verhaltensbezogene Ungleichbehandlung handelt.¹⁰¹

96 Baer/Markard, Fn. 94 Rn. 433.

97 BVerfGE 55, 72, 88 – Präklusion I.

98 BVerfGE 129, 49, 68 – Mediziner-BAföG; Towfigh/Gleixner, Fn. 89, S. 381.

99 BVerfGE 129, 49, 68 – Mediziner-BAföG.

100 Dazu BVerfGE 88, 87, 90 – Transsexuelle II; BVerfGE 131, 239, 256 f. – Lebenspartnerschaft von Beamten; BVerfGE 132, 179 Rn. 31 – Ungleichbehandlung von Lebenspartnern/Ehegatten.

101 Vergleiche BVerfGE 55, 72, 89 – Präklusion I; BVerfGE 111, 176, 184 – Erziehungsgeld an Ausländer.

Mit dieser „neuen Formel im neuen Gewand“ hat das BVerfG das Schutzniveau von Artikel 3 Absatz 1 GG angehoben. Indem es Artikel 3 Absatz 3 GG in den Rechtfertigungsmaßstab des Artikel 3 Absatz 1 GG einbezieht, verliert die konkrete dogmatische Einordnung mittelbarer Diskriminierung wegen eines der Diskriminierungsmerkmale des Artikel 3 Absatz 3 GG an Bedeutung, da jedenfalls auch bei einer Anknüpfung an Artikel 3 Absatz 1 GG im Rahmen der Rechtfertigung eines Eingriffs die Rechtfertigungsmaßstäbe des Artikel 3 Absatz 3 GG einbezogen werden und das Schutzniveau auch vor mittelbarer Diskriminierung adäquat ist.

2.2.2 Artikel 3 GG und Diskriminierung aufgrund nicht geschützter Proxies

Durch die wachsende Bedeutung von Proxy-Diskriminierung – nicht nur im Rahmen der Diskriminierung durch ADM-Systeme – ist auch die Frage ihrer verfassungsrechtlichen Anknüpfung relevant geworden. Der EuGH und das Bundesarbeitsgericht (BAG) gehen bei der grundsätzlichen Einordnung von Proxy-Diskriminierung recht weit und qualifizieren sie dann als unmittelbare Diskriminierung, wenn ein untrennbarer Zusammenhang zwischen den gewählten („neutralen“) Kriterien und den besonders geschützten Diskriminierungskategorien besteht.¹⁰² Ein solcher untrennbarer Zusammenhang besteht etwa zwischen Schwangerschaft und Geschlecht.

Eine andere Auffassung qualifiziert im Falle einer überproportionalen Betroffenheit von Träger*innen eines bestimmten, von Artikel 3 Absatz 3 GG besonders geschützten Merkmals die Proxy-Diskriminierung als einen Fall der mittelbaren Diskriminierung.¹⁰³

Für den verfassungsrechtlichen Schutz kann die Einordnung jedenfalls dahinstehen, da in jedem Fall die Anknüpfungsverbote des Artikel 3 Absatz 3 GG auch für Fälle der Proxy-Diskriminierung einschlägig sind.

102 EuGH C-499/08, Slg. 2010, I-09343 – Andersen; BAG NZA 2011, S. 1370.

103 Buchholtz/Scheffel-Kain, Fn. 94, S. 615.

2.2.3 Grundrechtsbindung Privater

Fraglich ist, ob über die Grundsätze der mittelbaren Drittwirkung von Grundrechten auch Private an die Diskriminierungsverbote des Artikel 3 Absatz 3 GG gebunden werden können.¹⁰⁴ Die Grundrechte sind zunächst als **Abwehrrechte der Bürger*innen gegen den Staat** konzipiert und können somit private Akteur*innen nicht unmittelbar binden.¹⁰⁵ Über die vom BVerfG entwickelten Grundsätze der mittelbaren Drittwirkung von Grundrechten haben sie jedoch maßgeblichen Einfluss auf die Auslegung und Anwendung einfachgesetzlicher Rechtsnormen (*Ausstrahlungswirkung der Grundrechte*).¹⁰⁶

Ob über diese Grundsätze der mittelbaren Drittwirkung von Grundrechten auch Private an die Diskriminierungsverbote des Artikel 3 Absatz 3 GG gebunden werden können, ist umstritten. Nach einer Auffassung ist die Grundrechtsbindung Privater auch im Rahmen des Artikel 3 Absatz 3 GG anzunehmen, da nur so der praktischen Bedeutung der Diskriminierungsverbote als allgemeinem Auslegungsmaßstab bei zivilrechtlichen Generalklauseln Rechnung getragen werden könne.¹⁰⁷ Die Ablehnung einer solchen unmittelbaren Grundrechtsbindung Privater an Artikel 3 Absatz 3 GG wird mit Blick auf den **Grundsatz der Privatautonomie** begründet, der es gerade erlaube, die Vertragspartner frei auszuwählen, und grundsätzlich einen Kontraktionszwang unterbinde – was im Umkehrschluss als Freiheit zu diskriminieren interpretiert werden könne.¹⁰⁸

Auch das BVerfG stellt zunächst ausdrücklich fest, dass der allgemeine Gleichheitssatz im Grundsatz kein objektives Verfassungsrecht verbürge, wonach Rechtsverhältnisse zwischen Privaten grundsätzlich gleichheitsgerecht auszugestalten seien.¹⁰⁹ Allerdings schränkt das Gericht diese Aussage in seiner

104 Towfigh/Gleixner, Fn. 89, S. 57 ff.

105 Vergleiche eingehend Towfigh/Gleixner, Fn. 89, S. 54 ff.

106 Towfigh/Gleixner, Fn. 89, S. 54 ff.

107 Baer/Markard, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Art. 3 GG Rn. 415.

108 Langenfeld, Fn. 94, Art. 3 Absatz 3 Rn. 81 ff.; Lehner, Zivilrechtlicher Diskriminierungsschutz und Grundrechte, 2013, S. 190 ff.; Jestaedt, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, VVDStRL 64 (2004), S. 330 ff.

109 BVerfGE 148, 267, 283 ff. – Stadionverbot.

Stadionverbotsentscheidung ein und führt aus, dass in „spezifischen Konstellationen“ eine Gleichheitsbindung angenommen werden könne:

„Maßgeblich für die mittelbare Drittwirkung des Gleichbehandlungsgebots ist dessen Charakter als einseitiger, auf das Hausrecht gestützter Ausschluss von Veranstaltungen, die aufgrund eigener Entscheidung der Veranstalter einem großen Publikum ohne Ansehen der Person geöffnet werden und der für die Betroffenen in erheblichem Umfang über die Teilnahme am gesellschaftlichen Leben entscheidet. Indem ein Privater eine solche Veranstaltung ins Werk setzt, erwächst ihm von Verfassungs wegen auch eine besondere rechtliche Verantwortung. Er darf seine hier aus dem Hausrecht – so wie in anderen Fällen möglicherweise aus einem Monopol oder aus struktureller Überlegenheit – resultierende Entscheidungsmacht nicht dazu nutzen, bestimmte Personen ohne sachlichen Grund von einem solchen Ereignis auszuschließen.“¹¹⁰

Dies führt zu einer „situativ staatsgleichen Grundrechtsbindung privater Akteure“¹¹¹ bei Vorliegen eines **sachlichen Grundes für die Grundrechtsbindung**. Eine grundsätzliche mittelbare Bindung Privater auch an die Gleichheitsgrundrechte lässt sich hieraus nicht ableiten; Private werden auch weiterhin im Wesentlichen durch einfachgesetzliche Regelungen wie das AGG verpflichtet, welches die Möglichkeiten zu diskriminieren einschränkt und sie zur Gleichbehandlung verpflichtet.¹¹² Derartigen einfachgesetzlichen Regelungen ist auch der Vorzug zu geben, da sie zum einen eine Konfusion von Grundrechtsberechtigten und Grundrechtsadressaten vermeiden und gleichzeitig dem Betroffenen verfassungsgerichtliche Rechtsschutzmöglichkeiten erhalten, denn die einfachgesetzlichen Regelungen müssen sich an den Grundrechten messen lassen. Dies bedeutet, dass etwaige Rechtsschutzlücken einfachgesetzlich aufzufangen sind.

110 BVerfGE 148, 267, 283 ff. – Stadionverbot.

111 Michl, Situativ staatsgleiche Bindung privater Akteure, JZ 2018, S. 910.

112 Towfigh/Gleixner, Fn. 89, S. 58.

2.3 Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz

2.3.1 Diskriminierungstatbestände des AGG

Das AGG zielt als zur Gleichbehandlung verpflichtende einfachgesetzliche Regelung darauf ab, Benachteiligungen aus Gründen der „Rasse“ oder wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen, § 1 AGG.

Da mit dem AGG die europäischen Richtlinien 2000/43/EG vom 29. Juni 2000 (Richtlinie zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft), 2000/78/EG vom 27. November 2000 (Richtlinie zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf), 2002/73/EG vom 23. September 2002 (Richtlinie zur Änderung der Richtlinie 76/207/EWG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg sowie in Bezug auf die Arbeitsbedingungen) und 2004/113/EG vom 13. Dezember 2004 (Richtlinie zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen) umgesetzt werden, sind die Begrifflichkeiten unionsrechtsautonom auszulegen, wenn nicht das AGG über die Anforderungen der Richtlinien hinausgeht. Eine weitergehende Auslegung darf allerdings nicht zulasten einer anderen von § 1 AGG geschützten Gruppe gehen.¹¹³

2.3.1.1 Anwendungsbereich

Zunächst ist zu klären, ob Benachteiligungen, die durch den Einsatz von ADM-Systemen verursacht werden, hinreichend in den Anwendungsbereich des AGG einbezogen sind.

113 Roloff, in: Rolfs/Giesen/Meßling/Udsching (Hrsg.), BeckOK ArbR, Vorbemerkung zu § 1 AGG.

§ 2 bestimmt den sachlichen Anwendungsbereich des AGG, ein allgemeines Benachteiligungsverbot, das für bestimmte Bereiche in Absatz 1 dahingehend konkretisiert wird, dass Benachteiligungen in Bezug auf diese Bereiche unzulässig sind.¹¹⁴ Ein Schwerpunkt liegt auf dem Bereich des Arbeitsrechts mit den Nrn. 1–4 sowie damit eng verbundenen Lebensbereichen wie etwa der Bildung (§ 2 Absatz 1 Nr. 7 AGG). Der Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligung ist wegen der unionsrechtlichen Umsetzungspflicht der entsprechenden Richtlinien unionsrechtlich determiniert. Das Unionsrecht hätte weiterhin nur für das Merkmal „Rasse“/Herkunft und im Rahmen des von § 2 Absatz 1 Nr. 8 bestimmten Anwendungsbereichs mit Blick auf das Merkmal des Geschlechts umgesetzt werden müssen,¹¹⁵ sodass der weitere Anwendungsbereich in den Nrn. 5–8 des § 2 Absatz 1 jedenfalls dort, wo ohne unionsrechtlichen Überbau eigenständige Regelungen erfolgt sind, den Auslegungsmaximen des deutschen Rechts unterfällt.

Auf den übrigen Zivilrechtsverkehr wird der Anwendungsbereich über § 2 Absatz 1 Nr. 8 AGG beziehungsweise § 19 AGG erweitert. Indes erfasst dieses Benachteiligungsverbot nur diejenigen Vertragsbeziehungen, bei denen die Anbieter über die Privatsphäre hinausgehend einem unbestimmten Personenkreis Angebote unterbreiten,¹¹⁶ wie dies etwa bei Anzeigen, Aushängen, Veröffentlichungen im Internet, Schaufensterauslagen, Werbeprospekten und so weiter gegeben ist¹¹⁷ – und typischerweise für digitale Angebote, etwa über das Internet, bejaht werden kann. Von besonderer Bedeutung ist ferner das zivilrechtliche Benachteiligungsverbot des § 19 Absatz 1 AGG für **Massengeschäfte und Versicherungen**, finden sich hier doch besonders geeignete Anwendungsbereiche für den Einsatz von ADM-Systemen. Solche Systeme versprechen Effizienzsteigerungen und Komplexitätsreduktion vor allem dadurch, dass sie große Datenmengen verarbeiten können.¹¹⁸ In Massengeschäften wie auch bei privatrechtlichen Versicherungen, die zumeist

114 Roloff, Fn. 113, § 2 Rn. 1.

115 Husmann, Die EG-Gleichbehandlungs-Richtlinien 2000/2002 und ihre Umsetzung in das deutsche, englische und französische Recht, ZESAR 2005, S. 107, 108; vergleiche auch Roloff, Fn. 113 § 2 Rn. 1.

116 Nickel, Aufträge zur Bekämpfung von ethnischen Diskriminierungen in der neuen Gleichbehandlungsrichtlinie 2000/43/EG, NJW 2001, S. 2669.

117 Schlachter, in: Müller-Glöge/Preis/Schmidt (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, § 2 AGG Rn. 15.

118 Orwat, Fn. 2, S. 18.

standardisiert ausgestaltet werden und gleichzeitig für eine Vielzahl von potenziellen Kund*innen entwickelt und angeboten werden, lassen sich diese besonders gut realisieren. Ein Indiz kann die Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen oder allgemeiner Versicherungsvertragsbedingungen sein, denn auch sie können nur dort eingesetzt werden, wo individualisierte Vertragsbedingungen nur ausnahmsweise vereinbart werden und werden sollen. Die mit Mitteln der Personalisierung oder des Scorings erfolgende Individualisierung über ADM-Systeme ist nicht auf den Einzelnen als Individualgeschäft mit eigener Verhandlungsmacht ausgerichtet, sondern dient der Optimierung der Rechtsposition der Verwender*innen. Ein ADM-System, das Bonität anhand einer Gruppenzugehörigkeit beurteilt und in der Folge schlechtere Konditionen für einen Vertragsschluss anbietet, als wenn die Bonität unter Einbeziehung weiterer, individueller Faktoren ermittelt würde, fällt in den Anwendungsbereich des § 19 Absatz 1 AGG und könnte eine sachlich nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung darstellen.¹¹⁹

Daher ist es für den Schutz vor Diskriminierungen durch ADM-Systeme entscheidend, den sachlichen Anwendungsbereich des AGG gezielt auf algorithmische Diskriminierung und ihre Einsatzfelder auszurichten und dahingehend zu erweitern. Insbesondere Lebensbereiche, in denen *Scoring* und *Profiling* zum Einsatz kommt, sind diskriminierungssensibel und sollten – soweit sie nicht bereits erfasst werden – ausdrücklich in den Anwendungsbereich des AGG aufgenommen werden.

2.3.1.2 Geschützte Merkmale

Der bestehende Katalog der Diskriminierungskategorien ist dahingehend zu überprüfen, ob er diejenigen Merkmale erfasst, die ADM-Systeme identifizieren können. Ferner ist zu prüfen, ob die Differenzierungen, die ADM-Systeme vornehmen, inkludiert sind oder ob für einen effektiven Antidiskriminierungsschutz Merkmale zu ergänzen sind.

§ 1 AGG listet die Gründe und damit die Merkmale¹²⁰ auf, aufgrund derer eine Benachteiligung unzulässig sein soll. Dies erfolgt zwar für das AGG

¹¹⁹ Beispiel bei Sesing/Tschech, Fn. 17, S. 26.

¹²⁰ Roloff, Fn. 113, Vorbemerkung zu § 1 AGG.

abschließend, § 2 Absatz 3 AGG macht aber deutlich, dass neben dem AGG bestehende Benachteiligungsverbote oder Gebote zur Gleichbehandlung unverändert fortbestehen sollen. Dies erfasst auch dort geregelte, weitergehende geschützte Merkmale.

Da das AGG seinen Ursprung wie erwähnt in der Umsetzung unionaler Richtlinien hat, orientieren sich die geschützten Merkmale an der Regelungskompetenz der Union aus Artikel 19 AEUV.¹²¹ Genannt sind acht Merkmale, nämlich die „Rasse“, die ethnische Herkunft, das Geschlecht, die Religion, die Weltanschauung, eine (oder mehrere) Behinderung(en), das Alter und die sexuelle Ausrichtung. Die einzelnen Merkmale sind in der Literatur umfassend beschrieben worden. Ihr Gehalt und die damit verbundenen Wertvorstellungen ändern sich durch die Digitalisierung nicht: Das AGG ist **technologieneutral** formuliert.¹²² Daher wird hier auf eine spezifische Darstellung verzichtet. Auch auf die Kritik an der Beschränkung der Merkmale kann hier nicht näher eingegangen werden, die eine Leerstelle zum Beispiel bei sozio-ökonomischer Herkunft, politischen Ansichten, Krankheit, Staatsangehörigkeit, genetischen Merkmalen, der Geburt oder auch der Zugehörigkeit zu einer regionalen oder nationalen Minderheit identifiziert.¹²³

Die Wertvorstellungen, die der Normierung als geschütztes Merkmal zugrunde liegen, gelten grundsätzlich auch im Kontext algorithmischer Verfahren. Daher sind die anerkannten normativ unerwünschten Merkmale weiterhin von besonderer Relevanz. Darüber hinaus ist der bestehende Katalog der Diskriminierungsmerkmale jedoch nicht auf die Funktionsweise von ADM-Systemen ausgerichtet. Daher ist es erforderlich, die Identifikationsmerkmale und Differenzierungskriterien eines algorithmischen Verfahrens näher in den Blick zu nehmen und den Katalog geschützter Merkmale entsprechend anzupassen.

121 Roloff, Fn. 113, Vorbemerkung zu § 1 AGG.

122 Dritter Gleichstellungsbericht BReg: Digitalisierung geschlechtergerecht gestalten (2020), S. 21; Freyler, Fn. 60, S. 287; Martini, Fn. 56, S. 1021.

123 Siehe Thüsing, in: Münchener Kommentar zum BGB, § 1 AGG Rn. 70; Mangold/Payandeh, Fn. 11, S. 45.

2.3.1.3 Adressat*innen

Des Weiteren müsste das AGG diejenigen adressieren, die eine Benachteiligung beim Einsatz eines ADM-Systems potenziell zu verantworten haben.

Adressat*innen des AGG sind diejenigen, die eine Benachteiligung vornehmen können. Die Regelungen des Zweiten Abschnittes zum Beschäftigungsverhältnis richten sich an Arbeitgeber*innen im Sinne des § 6 Absatz 2 AGG, während der Dritte Abschnitt zum Schutz vor Benachteiligungen im Zivilrechtsverkehr insbesondere Anbieter*innen von Waren und Dienstleistungen, Versicherer und Vermieter*innen von Wohnraum adressiert. Dies können **Private** sein. Aber auch Rechtsträger des öffentlichen Rechts sind erfasst,¹²⁴ wenn auch im Einzelnen die Reichweite diesbezüglich nicht immer eindeutig ist.

Hinsichtlich der Adressatenstellung nach dem AGG spielt der jeweilige technische Einsatz des ADM-Systems eine entscheidende Rolle, denn die Adressatenstellung setzt voraus, dass Adressat*innen Einfluss auf den Vorgang nehmen können: Eine Verpflichtung kann nicht losgelöst von einem rechtlichen Anknüpfungspunkt erfolgen. Solange es auch unter den derzeit fortgeschrittensten ADM-Systemen noch keine sogenannte *starke künstliche Intelligenz* gibt, die sich ihre Ziele selbstständig setzt¹²⁵, wird die Inbetriebnahme oder Nutzung eines ADM-Systems für die Adressatenstellung genügen.¹²⁶ Allerdings greift eine solche Zuschreibung von rechtlicher Verantwortung zu kurz, wenn man die verschiedenen systemischen Komponenten vieler ADM-Systeme, zum Beispiel bei der Nutzung von Plattformen, in Betracht zieht. Dann stellen sich die oben skizzierten Probleme (siehe dazu 1.3.5).

Mithin erfasst eine Adressatenstellung, die ausschließlich an die Inbetriebnahme oder Nutzung eines ADM-Systems anknüpft, nicht alle in Betracht kommenden Verantwortlichen. Daher ist in dieser Hinsicht ebenfalls eine Überarbeitung des AGG geboten und sind auch diejenigen, die ADM-Systeme entwickeln und für die Nutzung durch die eigentlichen Nutzer*innen

124 Bauer/Krieger/Günther, Fn. 53, Einl. Rn. 1.

125 Siehe dazu Spiecker gen. Döhmann, Fn. 3, § 20 Rn. 21.

126 Vergleiche Sesing/Tschech, Fn. 17, S. 26; Dzida/Groh, Diskriminierung nach dem AGG beim Einsatz von Algorithmen im Bewerbungsverfahren, NJW 2018, S. 1917, 920.

vorbereiten, zum Beispiel als Plattformbetreiber, in die Verantwortung für die Einhaltung der Vorschriften einzubeziehen.

2.3.2 Akteure des AGG

Institutionelle Akteure tragen wesentlich zum Antidiskriminierungsschutz bei. Ihre derzeitige Rolle im AGG ist zu betrachten, um anschließend ihr Potenzial für einen effektiven Rechtsschutz gegen algorithmische Diskriminierung identifizieren zu können.

Das AGG sieht als wesentliche Akteure drei Gruppen vor:

- Zum Ersten diejenigen, welche eine Benachteiligung vornehmen;
- zum Zweiten die Betroffenen, die aufgrund eines Verstoßes gegen die Vorschriften des AGG eine Benachteiligung erfahren; und
- zum Dritten institutionalisiert das AGG im Sechsten Abschnitt die Antidiskriminierungsstelle des Bundes (ADS Bund).

Nach § 27 Absatz 2 AGG unterstützt die ADS Personen, die sich an sie wenden, weil sie der Ansicht sind, aus einem der Gründe des § 1 AGG benachteiligt worden zu sein. Die Hilfe der ADS erfasst nach § 27 Absatz 2 Satz 1 AGG die Unterstützung bei der Durchsetzung der Rechte Betroffener, einschließlich Information, rechtlicher Beratung und gütlicher Beilegung. Eine Auskunftspflicht ihr gegenüber trifft jedoch lediglich öffentliche Stellen im Bundesbereich, § 28 Absatz 4 AGG.

Jenseits dieser konkreten Unterstützungsaufgaben obliegt der ADS zudem nach § 27 Absatz 3 AGG ein abstrakter Aufgabenkreis: Danach betreibt sie Öffentlichkeitsarbeit, ergreift Maßnahmen zur Verhinderung von Benachteiligungen aus den in § 1 AGG genannten Gründen sowie von Beschäftigten gemäß § 27 Absatz 1 Satz 2 AGG und führt wissenschaftliche Untersuchungen zu diesen Benachteiligungen durch. Daneben legt sie gemäß § 27 Absatz 4 AGG gemeinsam mit den in ihrem Zuständigkeitsbereich betroffenen Beauftragten der Bundesregierung und des Deutschen Bundestags alle vier Jahre Berichte über Benachteiligungen aus den in § 1 genannten Gründen sowie über Benachteiligungen

von Beschäftigten gemäß Absatz 1 Satz 2 vor und gibt Empfehlungen zur Beseitigung und Vermeidung dieser Benachteiligungen.¹²⁷

Um ihre Aufgaben wahrzunehmen, sind der ADS beziehungsweise der **Unabhängigen Bundesbeauftragten für Antidiskriminierung** in § 28 AGG eine Reihe weiterer Befugnisse übertragen. Von diesen soll nur die Befugnis kurz vorgestellt werden, die für die Bearbeitung möglicher Diskriminierungen durch ADM-Systeme bedeutsam ist.

In § 28 Absatz 3 AGG ist die Befugnis zur Einholung von Stellungnahmen normiert. In Fällen, in denen sich eine Person an die ADS gewandt hat und eine gütliche Streitbeilegung anstrebt, kann die Unabhängige Bundesbeauftragte Stellungnahmen von Beteiligten einholen, wenn die betroffene Person ihr Einverständnis dazu erteilt hat. Damit besteht für die ADS die Möglichkeit, Stellungnahmen zu Funktionsweise, Einsatzgebieten und Vorsichtsmaßnahmen gegen potenzielle Diskriminierungen seitens eines ADM-Systems von den Verwender*innen einzuholen, um eine Benachteiligung im konkreten Fall besser beurteilen zu können. Die Vorschrift ermöglicht also grundsätzlich eine Informationsgewinnung über ein konkretes ADM-System. Aufgrund der Erfahrung und Kompetenz sowie der Ressourcen der ADS, die gegenüber individuellen Betroffenen systematisch besser sind, wird damit eine Kontrolle des Einsatzes von ADM-Systemen grundsätzlich einfacher. Eine Verpflichtung zur Abgabe einer Stellungnahme besteht jedoch nicht.¹²⁸

Dieses Defizit ist im Rahmen von Benachteiligungen, die auf ADM-Systeme zurückgehen, gravierend, weil nur solche Auskünfte der Verwender*innen überhaupt eine Grundlage für eine Prüfung auf Diskriminierungen ermöglichen – unabhängig davon, ob sie zu einer solchen Auskunft technisch, personell und von den sonstigen Ressourcen her in der Lage sind.

127 Vergleiche den jüngsten Bericht von 2021, https://www.antidiskriminierungsstelle.de/Shared-Docs/downloads/DE/publikationen/BT_Bericht/gemeinsamer_bericht_vierter_2021.pdf?__blob=publicationFile&v=9 (zuletzt abgerufen am 1. April 2023).

128 BT-Drs. 16/1780, 52 (zu § 28 Absatz 1 AGG a.F., dessen Regelungen im Wesentlichen mit dem Änderungsgesetz v. 23.05.2022 in § 28 Absatz 3 AGG übernommen wurden, siehe BT-Drs. 20/1332, 16).

2.3.3 Ansprüche nach dem AGG – Überblick

Das AGG sieht für den Fall der ungerechtfertigten Ungleichbehandlung (ausschließlich) Individualansprüche derjenigen Person vor, die rechtswidrig benachteiligt wurde.

2.3.3.1 Schadensersatz und Entschädigung

Dazu gehört zum einen die Kategorie von Schadensersatz und Entschädigung (§ 15 AGG für den Beschäftigtenkontext, § 21 AGG für sonstige Benachteiligungen im Zivilrechtsverkehr). Eine Besonderheit des AGG liegt darin, dass ausnahmsweise auch für sogenannten immateriellen Schaden ein monetärer Schadensersatz vorgesehen ist (§ 15 Absatz 2 AGG beziehungsweise § 21 Absatz 2 Satz 3 GG). Gleichwohl fällt der Ertrag bei Schadensersatz- oder Entschädigungsklagen im Verbraucherrecht zumeist eher gering aus.¹²⁹

2.3.3.2 Schutzpflichten (Arbeitgeber*innen)

§ 12 AGG verpflichtet Arbeitgeber*innen im Rahmen ihrer Fürsorgepflicht, geeignete Maßnahmen zum Schutz der Beschäftigten vor Benachteiligungen zu ergreifen. Die in § 12 etablierten generalklauselartigen Organisationspflichten dienen der Prävention von Diskriminierung und verpflichten Arbeitgeber*innen, den Schutz aller Beschäftigten vor Benachteiligungen sicherzustellen.¹³⁰ Dies kann für den Einsatz von ADM-Systemen etwa bedeuten, dass Arbeitgeber*innen sicherstellen müssen, diskriminierungsfreie Systeme einzusetzen.¹³¹ Kommt ein*e Arbeitgeber*in den Hinweis- und Schulungspflichten nach § 12 Absatz 2 AGG nicht nach, so gilt dies als *Verletzung der Organisationspflichten*.

§ 12 Absatz 3 AGG verpflichtet Arbeitgeber*innen, zur Unterbindung der Benachteiligung geeignete, erforderliche und angemessene Maßnahmen zu ergreifen. Als Beispiele für solche Maßnahmen nennt die Vorschrift arbeitsrechtliche Sanktionen bis hin zur Kündigung des/der Täter*in. Der Anspruch

129 Sachverständigenrat für Verbraucherfragen (SVRN), Verbrauchergerechtes Scoring, 2018, S. 40.

130 Horcher, in: Hau/Poseck, BeckOK AGG, § 12 Rn. 2.

131 Wimmer, Algorithmenbasierte Entscheidungsfindung als Methode des diskriminierungsfreien Recruitings, S. 420.

der Arbeitnehmer*innen wird allerdings durch ein Ermessen der Arbeitgeber*in begrenzt.¹³²

Zum Schutz vor Benachteiligungen im Beschäftigungsverhältnis normiert § 17 Absatz 1 AGG darüber hinaus eine allgemeine Pflicht der Tarifvertragsparteien, Arbeitgeber*innen und Beschäftigten sowie deren Vertretungen, an der Verhinderung und Beseitigung von Benachteiligungen im Sinne des § 1 AGG mitzuwirken. Konkrete Handlungsrechte und -pflichten für Verbände ergeben sich hieraus jedoch nicht.¹³³

2.3.3.3 Unionsrechtliche Bedenken gegen die Haftungssystematik des AGG

Bereits die Evaluation des AGG im Jahr 2016 kam zu dem Schluss, dass das AGG der unionsrechtlichen Pflicht der Mitgliedstaaten, „**wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen**“ vorzusehen, wie sie sich aus den umzusetzenden Richtlinien (Artikel 15 RL 2000/43/EG, Artikel 17 RL 2000/78/EG und Artikel 25 RL 2006/54/EG) ergeben, angesichts der bestehenden Schutzlücken im Haftungssystem nicht genügt. Konkret wird dies mit dem Verschuldenserfordernis der Schadensersatzansprüche in § 15 Absatz 1 Satz 2, Absatz 3 und § 21 Absatz 2 Satz 2 AGG begründet. Der EuGH habe in der Rechtssache *Draemphaehl* festgestellt, dass die Mitgliedstaaten die Haftung wegen eines Verstoßes gegen besondere Diskriminierungsverbote nicht von einem Verschuldenserfordernis abhängig machen dürften, soweit nicht das Unionsrecht selbst ein solches Verschulden vorsehe.¹³⁴

Nach überwiegender Meinung in der juristischen Literatur entfalten die Sanktionen des § 15 AGG jedenfalls wegen des Verschuldenserfordernisses in Absatz 1 Satz 2 keine hinreichende Abschreckungswirkung.¹³⁵ Dagegen wird unter der Annahme, dass § 15 Absatz 3 AGG sich nicht auf den Entschädigungsanspruch aus Absatz 2 bezieht,¹³⁶ eine hinreichend abschreckende Sanktions-

132 Horcher, Fn. 130, § 12 Rn. 7.

133 Kritisch Berghahn/Klapp/Tischbirek, Evaluation des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes. Erstellt im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, 2016, S. 141.

134 EuGH, C-180/95 Rn. 16 ff., 22, 25 – *Draemphaehl*; vergleiche auch EuGH, C-177/80 – *Dekker*.

135 MwN Horcher, Fn. 130, § 15 AGG Rn. 2; Berghahn/Klapp/Tischbirek, Fn. 133, S. 149 f.

136 Horcher, Fn. 130, § 15 AGG Rn. 27.

wirkung mit Verweis auf den flankierenden Entschädigungsanspruch begründet.¹³⁷

Bezüglich Benachteiligungen wegen einer Schwerbehinderung und wegen des Geschlechts wird die Unionsrechtswidrigkeit des Verschuldenserfordernisses in § 15 AGG außerdem aus einem Verstoß gegen die Verschlechterungsverbote der Richtlinien hergeleitet. Nach Artikel 27 Absatz 2 RL 2006/54/EG und Artikel 8 Absatz 2 RL 2000/78/EG dürfe ein einmal gewährtes Schutzniveau nicht zuungunsten der betroffenen Person herabgesetzt werden. Genau das sei aber mit Blick auf die durch § 15 AGG abgelösten § 81 Absatz 2 Nr. 2 SGB IX a.F. und § 611a Absatz 2 BGB a.F., die eine verschuldensunabhängige Haftung vorsahen, der Fall.¹³⁸

Hinsichtlich § 21 Absatz 2 Satz 2 AGG ist die Unionsrechtswidrigkeit wegen des Verschuldenserfordernisses allerdings weniger klar. Hier wird – jedenfalls vereinzelt – angesichts des sich aus der Verweigerung eines Vertragsabschlusses ergebenden Anspruchs auf Vertragsschluss nach § 21 Absatz 1 AGG, der verschuldensunabhängig ausgestaltet ist, eine hinreichend abschreckende Sanktion angenommen.¹³⁹

Die effektive Umsetzung der Richtlinien kann außerdem mit Blick auf die erheblichen Lücken im **Rechtsschutzsystem** des AGG bezweifelt werden.¹⁴⁰ Wie der EuGH in der Entscheidung *Kommission gegen Deutschland* zum Datenschutz grundlegend festgestellt hat, ist die Hauptfunktion der unabhängigen Datenschutzaufsichtsbehörden die eines Grundrechtshüters. Die Kontrolle durch die Aufsichtsbehörden sei ein wesentliches Element des durch die Richtlinie bezweckten Grundrechtsschutzes.¹⁴¹ Darin wurzelt der Gedanke

137 Horcher, Fn. 130, § 15 AGG Rn. 2 f.

138 Berghahn/Klapp/Tischbirek, Fn. 133, S. 148 ff.

139 Wagner/Potsch, Haftung für Diskriminierungsschäden nach dem AGG, JZ 2006, S. 1085, 1099; a.A. Thüsing, Fn. 115, § 21 AGG Rn. 39 ff.

140 Siehe unten 2.3.5.

141 EuGH, C-518/07, ECLI:EU:C:2010:125, 21 ff. – Kommission / Deutschland. Dies wird in der späteren Rechtsprechung des EuGH bestätigt und fortgeführt: EuGH, C-614/10, ECLI:EU:C:2012:631 – Kommission / Österreich; EuGH, ECLI:EU:C:2014:237, 47 f. – Kommission / Ungarn; vergleiche dazu auch Speiecker gen. Döhmann, in: Kröger/Pilniok (Hrsg.), Unabhängiges Verwalten in der Europäischen Union, 2016, 97 (100 f.); Thomé, Reform der Datenschutzaufsicht, 2014, S. 68, 121 f.

eines vorgezogenen Grundrechtsschutzes durch eine unabhängige Aufsicht.¹⁴² Das Antidiskriminierungsrecht ist dem Datenschutzrecht insofern verwandt, als es ebenfalls eine grundrechtliche Schutzfunktion erfüllen soll. Allerdings sieht das Unionsrecht hinsichtlich des Diskriminierungsschutzes – anders als etwa im Datenschutzrecht – die Einrichtung unabhängiger Kontrollstellen nicht ausdrücklich vor (vergleiche Artikel 8 Absatz 3 GRCh, Artikel 16 Absatz 2 Satz 2 AEUV und Artikel 52 Absatz 1 Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO)), sodass sich aus dem Fehlen aufsichtsbehördlicher Befugnisse in Bezug auf das Antidiskriminierungsrecht nicht unmittelbar eine Unionsrechtswidrigkeit ergibt. Dennoch bleibt festzuhalten, dass es zur Gewährleistung eines effektiven Schutzes der Gleichheitsgrundrechte, der durch die Unionsrichtlinien bezweckt ist, eines effektiven Rechtsschutzsystems bedarf, das so derzeit nicht gewährleistet ist.¹⁴³ Wenn es aber schon an der grundlegenden Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes fehlt, so zeigen sich Defizite erst recht in dem anspruchsvollen Haftungssystem der Diskriminierung durch ADM-Systeme.¹⁴⁴

2.3.4 Rechtfertigung von Benachteiligungen

Die Benachteiligungsverbote des AGG gelten nicht absolut. Wenn es einen zwingenden sachlichen Grund gibt, kann eine Benachteiligung gerechtfertigt werden – es sei denn, es handelt sich um Belästigungen oder sexuelle Belästigungen, die regelmäßig nicht zu rechtfertigen sind.¹⁴⁵

Für mittelbare Diskriminierungen ist der Rechtfertigungsmaßstab in § 3 Absatz 2 AGG bereits unmittelbar im Tatbestand enthalten, während für unmittelbare Diskriminierungen für die Rechtfertigung unterschiedliche Rechtfertigungsmaßstäbe gelten können, je nachdem, welcher Lebensbereich und welches Diskriminierungsmerkmal betroffen ist. Die §§ 8–10 AGG normieren Rechtfertigungsmöglichkeiten bei Diskriminierungen im Bereich des Arbeitsrechts, die §§ 19 und 20 AGG betreffen das allgemeine Zivilrecht, Massengeschäfte und

142 Dix, in: Kröger/Pilniok (Hrsg.), *Unabhängiges Verwalten in der Europäischen Union*, 2016, 121, 121 f.

143 Siehe unten 2.3.5.1.

144 Siehe unten 2.3.5.

145 Althoff, in: Scherr/El-Mafaalani/Yüksel (Hrsg.) Fn. 22, S. 251.

Versicherungsverträge. § 5 AGG enthält einen weiteren, eigenständigen Rechtfertigungsgrund der positiven Maßnahmen.

2.3.4.1 Verhältnismäßigkeit der Benachteiligung

Kriterium für die Rechtfertigung der Verletzung eines Benachteiligungsverbots ist sowohl bei einer Rechtfertigung nach § 3 Absatz 2 AGG als auch der §§ 5, 8–10 AGG ihre Verhältnismäßigkeit.

Eine mittelbare Diskriminierung kann gemäß § 3 Absatz 2 AGG sachlich gerechtfertigt sein, wenn die Benachteiligung ein diskriminierungsfreies, legales Ziel verfolgt und das zur Erreichung des Ziels gewählte Mittel angemessen und erforderlich ist.¹⁴⁶ Es darf kein weniger benachteiligendes Mittel zur Verfügung stehen.¹⁴⁷ Eine ausdrückliche Benennung des Regelungsziels ist nicht erforderlich, es muss aber aus dem Kontext ableitbar und überprüfbar sein.¹⁴⁸

In den §§ 8–10 AGG sind für Arbeitsverhältnisse Ausnahmen vom Benachteiligungsverbot des § 7 AGG geregelt. Danach können etwa auf einem Diskriminierungsmerkmal beruhende wesentliche und entscheidende berufliche Anforderungen eine Benachteiligung rechtfertigen (§ 8 AGG), Religions- und Weltanschauungsgemeinschaften sowie ihnen zugeordnete Einrichtungen eine Beschäftigung von der Religionszugehörigkeit abhängig machen (§ 9 AGG)¹⁴⁹ und Benachteiligungen wegen des Alters zulässig sein (§ 10 AGG), etwa bei Altersgrenzen. Das angestrebte Ziel (die beruflichen Anforderungen) muss rechtmäßig und verhältnismäßig sein, nur wenn die Ungleichbehandlung zur Erreichung des Ziels geeignet und erforderlich sowie angemessen ist, ist sie zulässig.

146 Horcher, Fn. 130, § 3 Rn. 50 f.

147 BAG NZA 2016, 897 Rn. 30 mwN.

148 Thüsing, Fn. 123, § 3 AGG Rn. 41.

149 Wobei hier die Rechtsprechung des EuGH zu beachten ist, die dieser Bevorzugung enge Grenzen setzt und eine europarechtskonforme Auslegung der Norm verlangt.

2.3.4.2 Rechtfertigung von Benachteiligungen bei Massengeschäften

§ 19 Absatz 1 AGG normiert zunächst ein grundsätzliches Benachteiligungsverbot für die Begründung, Durchführung und Beendigung von Massengeschäften, also Schuldverhältnissen, die typischerweise ohne Ansehen der Person in einer Vielzahl vergleichbarer Fälle zustande kommen, sowie für Versicherungsverträge. § 19 Absatz 2 AGG erweitert das Benachteiligungsverbot in Bezug auf die Merkmale „Rasse“ und ethnische Herkunft auf sonstige Schuldverhältnisse im Sinne des § 2 Absatz 1 Nr. 5–8 AGG. Ausnahmen von diesem Benachteiligungsverbot sind in § 20 AGG sowie für den besonderen Fall der Wohnraummiete in § 19 Absatz 3 AGG normiert.

Nach § 20 AGG können bei Vorliegen eines sachlichen Grundes Ungleichbehandlungen aufgrund der dort genannten Diskriminierungsmerkmale (Religion, Behinderung, Alter, sexuelle Identität oder Geschlecht) gerechtfertigt sein. Anders als bei den Benachteiligungsverboten für das Arbeitsrecht führt § 20 AGG nicht abschließend aus, welche Gründe als sachlich im Sinne des Gesetzes anzusehen sind. Es zählt hierzu die Vermeidung von Gefahren, das Bedürfnis nach Schutz der Intimsphäre oder der persönlichen Sicherheit, die Gewährung eines Vorteils, sofern es an einem Interesse der Durchsetzung der Gleichbehandlung fehlt, und die Anknüpfung an die Religion beziehungsweise das Selbstbestimmungsrecht von Religionsgemeinschaften.

Fraglich ist, ob über den sachlichen Grund für die Benachteiligung hinaus auch die Verhältnismäßigkeit zu verlangen ist. Aus dem Wortlaut des § 20 Absatz 1 AGG lässt sich dieses Erfordernis nicht ableiten; und auch eine systematische Betrachtung des § 20 AGG im Verhältnis zu den §§ 3 Absatz 2, 8, 10 AGG könnte den Schluss nahelegen, eine Verhältnismäßigkeitsprüfung sei entbehrlich. Allerdings verlangt die dem § 20 zugrunde liegende Richtlinie RL 2004/113/EG eine Verhältnismäßigkeitsprüfung für die Rechtfertigung einer Benachteiligung wegen des Geschlechts, sodass eine *europarechtskonforme Rechtsanwendung* auch im Falle einer Rechtfertigung nach § 20 AGG eine Verhältnismäßigkeitsprüfung erfordert.¹⁵⁰

150 Thüsing, Fn. 123, § 20 AGG Rn. 10 ff.

Für Versicherungsverträge sieht § 20 Absatz 3 AGG eine spezielle Rechtfertigungsmöglichkeit vor: Danach ist die unterschiedliche Gestaltung privatrechtlicher Versicherungsverträge dann zulässig, wenn sie auf versicherungsmathematischen und statistischen Daten zur Risikobewertung beruht (§ 20 Absatz 3 AGG); eine geschlechtsspezifische Ausgestaltung von Versicherungsverträgen hingegen kann in keinem Fall gerechtfertigt werden.¹⁵¹

2.3.4.3 Rechtfertigung algorithmischer Diskriminierung

Sollen Benachteiligungen gerechtfertigt werden, die im Zusammenhang mit algorithmischen Entscheidungen stehen, so ergeben sich grundsätzlich keine Abweichungen von den allgemeinen Grundsätzen und Regelungen des AGG. Auch algorithmische Entscheidungen, die einen Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot der §§ 7 und 19 AGG darstellen, lassen sich grundsätzlich gemäß §§ 5, 8–10 und 20 AGG rechtfertigen, wenn zum Beispiel im Falle des § 8 AGG die wesentlichen und entscheidenden beruflichen Anforderungen die Benachteiligung rechtfertigen beziehungsweise nach § 20 AGG ein sachlicher Grund für die Benachteiligung vorliegt.¹⁵² Gleiches gilt für mittelbare Benachteiligungen nach § 3 Absatz 2 AGG, die auf den Einsatz eines ADM-Systems zurückgehen.

Zusätzlich zu den generellen Anforderungen an die Rechtfertigung müssten jedoch die spezifischen Charakteristika algorithmischer Entscheidungen berücksichtigt werden. So muss zur Rechtfertigung einer Benachteiligung, die gegen das berufliche Benachteiligungsverbot des § 7 AGG verstößt, berücksichtigt werden, dass algorithmische Auswahlentscheidungen auf Korrelationen zurückgreifen können, die das Spektrum möglicher Eigenschaften von Bewerber*innen erweitern und eine Entscheidung aufgrund von Kriterien ermöglichen, die bei herkömmlichen Auswahlentscheidungen nicht zur Verfügung stehen – etwa wenn (fiktives Beispiel) ein Datensatz ergeben sollte, dass „Bewerber*innen, die Kirchensteuer zahlen, produktiver sind als Bewerber*innen, die keine Kirchensteuer zahlen“. Nur wenn der Grund für die Benachteiligung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt (§ 8 Absatz 1 AGG), kann er die Benachteiligung rechtfertigen. Für die Rechtfertigung einer Bevorzugung kirchensteuerzahlender Bewerber*innen

¹⁵¹ EuGH, C-236/09, ECLI:EU:C:2011:100 – Unisex.

¹⁵² Siehe oben 2.3.4.1.

wäre demnach die Frage entscheidend, ob größere Produktivität der Ausübung der Tätigkeit lediglich förderlich ist oder aber eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt. Zwar sind produktive Mitarbeiter*innen für Arbeitgeber*innen vorteilhaft, der Rechtfertigungsmaßstab des BAG lässt jedoch reine Zweckmäßigkeitserwägungen nicht genügen; die Tätigkeit muss vielmehr ohne das Merkmal nicht oder nicht ordnungsgemäß durchgeführt werden können.¹⁵³ Kann hingegen bejaht werden, dass eine Korrelation tatsächlich eine wesentliche und entscheidende Anforderung offenbart, wäre zusätzlich eine eingehende Prüfung erforderlich, ob diese spezielle Korrelation auch für die wesentliche berufliche Anforderung *kausal* ist.¹⁵⁴

Gleiches gilt für die Rechtfertigung nach § 20 AGG: Erkennt das ADM-System eine Korrelation, ist im nächsten Schritt maßgeblich, ob sie für einen der in § 20 AGG aufgeführten Rechtfertigungsgründe *kausal* ist. Zur Rechtfertigung einer Benachteiligung durch die Entscheidung eines ADM-Systems ist es folglich in jedem Fall erforderlich, nach der *Korrelation* auch die *Kausalität* zu ermitteln – das Gesetz verlangt, den sozialen Mechanismus zu identifizieren.

Die Rechtfertigung mittelbarer Benachteiligungen durch ADM-Systeme gemäß § 3 Absatz 2 AGG sieht sich größeren Herausforderungen gegenüber.¹⁵⁵ Das ADM-System muss zur Verfolgung eines legitimen Zwecks genutzt werden und hierfür auch geeignet, erforderlich und angemessen sein. Die Herausforderung besteht in erster Linie darin, Geeignetheit und Erforderlichkeit zu beurteilen. Hier kommt es darauf an, wie die maßgeblichen Faktoren einer durch ein ADM-System getroffenen Entscheidung dokumentiert und dargelegt werden können.¹⁵⁶ Um die Geeignetheit der Vorhersagegenauigkeit eines ADM-Systems beurteilen zu können, bedarf es eines Einblicks in die zugrunde liegenden Datensätze oder zumindest in die Evaluationsdaten eines ADM-Systems.¹⁵⁷ Wird die Eignung des Einsatzes eines ADM-Systems angenommen, so wird der Einsatz in der Regel auch erforderlich sein, da das ADM-System gerade wegen

153 BAG, NZA 2009, 1016; BAG NZA 2009, 1355 Rn. 68; Staudinger/Rieble, 2018, AGG, § 8 Rn. 13; Erman/Belling/Riesenhuber, AGG, § 15 Rn. 8.

154 Von Lewinski/de Barros Fritz, Arbeitgeberhaftung nach dem AGG infolge des Einsatzes von Algorithmen bei Personalentscheidungen, NZA 2018, S. 620, 623; Freyler, Fn. 60, S. 288.

155 Sesing/Tschech, Fn. 17, S. 26.

156 Lauscher/Legner, Fn. 44, S. 376. Hacker, Fn. 7, S. 1161.

157 Lauscher/Legner, Fn. 44, S. 376. Hacker, Fn. 7, S. 1161.

seiner Überlegenheit gegenüber nicht automatisierten Entscheidungen eingesetzt wird.

Bei der Frage der Angemessenheit ist schließlich abzuwägen, ob das eingesetzte Mittel – also der Einsatz eines ADM-Systems – in einem angemessenen Verhältnis zum angestrebten Ziel steht.¹⁵⁸

2.3.5 Rechtsschutzmöglichkeiten aufgrund des AGG

2.3.5.1 Allgemein: Defizitäre Strukturen für die Durchsetzung von Antidiskriminierungsrecht

Die Rechtsdurchsetzung ist im Antidiskriminierungsrecht grundsätzlich wegen **struktureller Ungleichgewichte der Parteien** erschwert,¹⁵⁹ hier sind sich Antidiskriminierungsrecht und Verbraucherrecht ähnlich, sie dienen beide dem Ausgleich von Machtasymmetrien. Das Ungleichgewicht zeigt sich bereits in ungleichen Ausgangsbedingungen für die Entscheidung, ob Ansprüche, die sich aus einer angenommenen Rechtsverletzung ergeben, überhaupt geltend gemacht werden. Nach rationalen Maßstäben wird eine solche Entscheidung als *Kosten-Nutzen-Abwägung* anhand einer fachkundigen Beurteilung der Rechtslage, der tatsächlichen Beweismöglichkeiten für das Bestehen eines möglichen Anspruchs sowie einer Einschätzung der Prozessdauer, des Kostenrisikos und des zu erwartenden Ertrags im Erfolgsfall getroffen werden. Von Benachteiligung Betroffene werden wie Verbraucher*innen – im Gegensatz zu vielen Unternehmen, die auf hauseigenen oder externen juristischen Sachverständigen zugreifen können – regelmäßig nicht in der Lage sein, die Rechtslage kompetent einzuschätzen, geschweige denn fachkundig zu beurteilen, weil sie mit dem Ablauf und den Risiken rechtlicher Prozesse nicht vertraut und insofern unerfahren sind.¹⁶⁰ Die Einholung anwaltlichen Rates kann mit

158 Zu einem möglichen Maßstab für die Angemessenheit, vergleiche unten 3.1.4.

159 SVRV, Fn. 129, S. 40.

160 SVRV, Fn. 129, S. 40; ausführlich zur Unterlegenheit von Verbraucher*innen im Prozess: Fries, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 2016, S. 30 ff. Zu einer gewissen Konfliktscheu der Verbraucher*innen und Unwissenheit bezüglich einklagbarer Ansprüche aus dem AGG: Berghahn/Klapp/Tischbirek, Fn. 133, S. 161.

erheblichen Kosten verbunden sein und damit bereits einer Entscheidung für die Rechtsverfolgung im Wege stehen.

Hinzu kommt, dass der Ertrag bei Schadensersatz- oder Entschädigungsklagen zumeist eher gering ausfällt und die Beweismöglichkeiten regelmäßig eingeschränkt sein werden. Denn schon generell fehlt typischerweise der Einblick in unternehmensinterne Abläufe, bei Diskriminierung durch ein ADM-System erst recht in dessen Mechanismen.¹⁶¹ Eine Kosten-Nutzen-Abwägung wird daher in vielen Fällen zu einer Entscheidung gegen eine Rechtsverfolgung führen (sogenanntes *rationales Desinteresse/rationale Apathie*)¹⁶². Daraus speist sich die These der **grundsätzlichen Unzulänglichkeit des Individualrechtsschutzes** im Verbraucherrecht, wenn es um Schäden von geringem wirtschaftlichem Ausmaß geht,¹⁶³ die sich auf das Antidiskriminierungsrecht übertragen lässt.

Dem steht ein **kollektives Interesse** an der Klärung von Rechtsfragen und der wirksamen Verfolgung von Rechtsverstößen gegenüber, die (insbesondere bei Massengeschäften) eine Vielzahl von Verbraucher*innen betreffen, aber nur geringfügige individuelle Schäden verursachen (sogenannte *Streuschäden*)¹⁶⁴.¹⁶⁵ Hinderlich für einen kollektiven Antidiskriminierungsschutz wirkt sich zudem die *Inter-partes*-Wirkung gerichtlicher Urteile aus. In Fällen erfolgreicher (Unterlassungs-)Klagen bleibt die Bindungswirkung der Urteile auf die Parteien des Rechtsstreits beschränkt, sodass auch bei zahlreichen gleichartigen Verstößen parallele Verfahren angestrebt werden müssen, wenn

161 SVRV, Fn. 129, S. 40.

162 SVRV, Fn. 129, S. 40; Podszun/Busch/Henning-Bodewig, Behördliche Durchsetzung des Verbraucherrechts? Darstellung und Systematisierung von Möglichkeiten und Defiziten der privaten Durchsetzung des Verbraucherschutzes sowie Einbeziehung der Kartellbehörden zu dessen Durchsetzung, 2018, S. 174 f.; in Bezug auf das Datenschutzrecht: Busch, Algorithmic Accountability, ABIDA – Assessing Big Data, S. 52; grundsätzlicher zum rationalen Desinteresse als Problem des Individualrechtsschutzes: van den Bergh/Keske, Rechtsökonomische Aspekte der Sammelklage, in: Casper/Janssen/Pohlmann/Schulze (Hrsg.), Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?, 2009, S. 17, 20 f.

163 Ponti/Tuchtfeld, Zur Notwendigkeit einer Verbandsklage im AGG, ZRP 2018, 139, 140; Busch, Fn. 162, S. 51.

164 Zur Unterscheidung zwischen Streu- und Massenschäden: Podszun/Busch/Henning-Bodewig, Fn. 162, S. 174 ff.

165 Ponti/Tuchtfeld, Fn. 163, S. 140; vergleiche in Bezug auf die Durchsetzung des Datenschutzrechts Podszun/De Toma, Die Durchsetzung des Datenschutzes durch Verbraucherrecht, Lauterkeitsrecht und Kartellrecht, NJW 2016, S. 2987, 2989; van den Bergh/Keske, Fn. 162, S. 20 f.

die Verantwortlichen ihre Praxis nicht eigenverantwortlich anpassen (*faktische Wirkung*).¹⁶⁶

Handelt es sich um grenzüberschreitende Sachverhalte, die ein Vorgehen gegen Rechtspersonen im Ausland erfordern, ist die Rechtsdurchsetzung mit zusätzlichen Unklarheiten und Schwierigkeiten verbunden. Vergleichbares gilt, wenn undurchsichtige Geschäftsmodelle im Inland zu unklaren Verantwortlichkeiten führen. Angesichts der globalen Wirtschaftsverflechtung und Arbeitsteilung, die insbesondere im digitalen Bereich niedrigschwellig über Grenzen hinweg funktionieren kann, werden diese zusätzlichen Hürden zunehmend relevant.¹⁶⁷

2.3.5.2 Instrumente zur Verbesserung des Rechtsschutzes im AGG

Das AGG normiert in seinem Vierten Abschnitt besondere Regelungen zur Rechtsdurchsetzung, die diesen strukturellen Defiziten begegnen sollen.¹⁶⁸ Die Mängel der bestehenden aktuellen Regelung wirken sich auch durchweg auf die Rechtsschutzmöglichkeiten beim Einsatz von ADM-Systemen aus.

Zunächst trifft § 22 AGG eine **Beweiserleichterung für Betroffene**.¹⁶⁹ Eine potenziell benachteiligte Person hat nur Indizien, die eine Benachteiligung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes vermuten lassen, darzulegen. Werden solche Indizien vorgebracht, hat die Gegenseite zu *beweisen*, dass eine solche Benachteiligung nicht stattgefunden hat. Die Beweiserleichterung bezieht sich dabei nur auf die Tatsache, dass eine Benachteiligung aus einem der in § 1 AGG genannten Gründe erfolgt ist. Für sonstige Anspruchsvoraussetzungen, etwa die Ungleichbehandlung gegenüber anderen Personen, von denen sich die Betroffenen in Bezug auf ein Merkmal des § 1 AGG unterscheiden, trifft

166 Podszun/Busch/Rupprecht, Fn. 162, S. 171 (beziehen sich auf Unterlassungsklagen im Verbraucherrecht).

167 Podszun/Busch/Henning-Bodewig, Fn. 162, S. 170 f. mwN; vergleiche auch SVRV, Fn. 129, S. 40; Sachverständigenrat für Verbraucherfragen (SVRV) (Hrsg.), Verbraucherrecht 2.0. Verbraucher in der digitalen Welt, 2016, S. 70; grundlegend zu grenzüberschreitenden Verbraucherverträgen: Callies, Grenzüberschreitende Verbraucherverträge. Rechtssicherheit und Gerechtigkeit auf dem elektronischen Weltmarkt, 2006.

168 Vergleiche zu § 22 AGG Wendland, in: Hau/Poseck Fn. 130, § 22 AGG Rn. 1.

169 Schlachter, Fn. 117, § 22 AGG Rn. 1.

sie die volle Beweislast.¹⁷⁰ Indizien, die eine solche Vermutung begründen, sind Tatsachen oder zumindest tatsächliche Anhaltspunkte, die in einer Gesamtbetrachtung aus objektiver Sicht eine hinreichende Wahrscheinlichkeit für eine Benachteiligung im Sinne des § 1 AGG begründen.¹⁷¹

Bei ADM-Systemen wirkt sich diese Beweislastregelung nur unzureichend aus.¹⁷² Denn die Betroffenen müssen sich, um in den Genuss der Beweiserleichterung zu kommen, auf Indizien für eine Diskriminierung stützen können. Schon das dürfte sich bei ADM-Systemen aus den genannten Gründen oftmals als schwierig erweisen, weil sich die Betroffenen allein auf das Ergebnis stützen können, für das das ADM-System ursächlich war.¹⁷³ Zudem bleibt die Beweislast im Übrigen, das heißt insbesondere bezüglich der möglichen Fehlleistungen des ADM-Systems, unverändert bestehen. Deren Anforderungen zu erfüllen ist aber kaum möglich. Zur Unterstützung von Betroffenen sind zudem gemäß § 23 AGG privatrechtlich organisierte **Antidiskriminierungsverbände** befugt, als Beistand der Betroffenen in gerichtlichen Verfahren aufzutreten (Absatz 2 Satz 1) und Rechtsangelegenheiten für sie zu besorgen (Absatz 3). Letzteres ermöglicht Rechtsberatung außerhalb und innerhalb eines Gerichtsprozesses.¹⁷⁴ Als „Beistände“ dürfen die Antidiskriminierungsverbände aber nicht als Prozessvertreter von Betroffenen bevollmächtigt werden oder im Wege der Prozessstandschaft Rechte der Betroffenen geltend machen. Sie sind auf eine begleitende Rolle beschränkt.¹⁷⁵ Daher können sie auch in ADM-System-Verfahren nicht anders auftreten.

Mit der Möglichkeit des Beistands der Antidiskriminierungsverbände wird eine sich unmittelbar aus der Antidiskriminierungsrichtlinie ergebende unionsrechtliche Pflicht der Mitgliedstaaten umgesetzt, eine Beteiligung von Verbänden an Verwaltungs- oder Gerichtsverfahren vorzusehen.¹⁷⁶ Nach herrschender Meinung bedarf es aber einer Ergänzung kollektiven oder administrativen Rechtsschutzes, um die nach Artikel 4 Absatz 3 EUV erforder-

170 Wendtland, Fn. 168, § 22 AGG Rn. 2; Orwat (2019), S. 107.

171 Wendtland, Fn. 168, § 22 AGG Rn. 2; BAG, NZA 2012, S. 1345, 1348 Rn. 33.

172 So auch Gleichstellungsbericht BReg (Fn. 122), S. 138.

173 Zur fehlenden Sichtbarkeit der Fehler im Ergebnis: Gleichstellungsbericht BReg (Fn. 122), S. 102.

174 Berghahn/Klapp/Tischbirek, Fn. 133, S. 159.

175 Berghahn/Klapp/Tischbirek, Fn. 133, S. 159.

176 Berghahn/Klapp/Tischbirek, Fn. 133, S. 160; Ponti/Tuchtfeld, Fn. 163, S. 140.

liche effektive Rechtsdurchsetzung zu gewährleisten. Insbesondere bei sogenannten *opferlosen Diskriminierungen*, bei denen die Diskriminierung nicht eine konkrete Person betrifft, sondern etwa durch den Ausschluss ganzer Personengruppen zu einer *Benachteiligung im Vorfeld* führt,¹⁷⁷ bedürfte es des kollektiven oder administrativen Rechtsschutzes, um die unionsrechtlich vorgesehenen Sanktionen wirksam umsetzen zu können.¹⁷⁸ Der Einsatz von ADM-Systemen betrifft, unter anderem wegen des Systems der Personalisierung¹⁷⁹, häufig solche Fallgruppen. Ihre Ahndung unterbleibt aber, wenn sich nur Einzelne im Sinne von Inhaber*innen subjektiver Rechte gegen den Einsatz solcher Systeme zur Wehr setzen und sie überprüfen können.

Zusätzlich fungiert die bereits angesprochene¹⁸⁰ Antidiskriminierungsstelle des Bundes beim Ministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (§ 25) als Ansprechpartnerin für Betroffene (§ 27 Absatz 1) und ist befugt, diese als unabhängige Stelle bei der Rechtsdurchsetzung durch Information, die Vermittlung von Beratungsleistungen durch rechtliche Stellen und das Hinwirken auf eine gütliche Einigung zu unterstützen (§ 27 Absatz 2). Befugnisse, im Rahmen von Prozessen zu unterstützen oder zu begleiten, hat sie im Unterschied zu den Antidiskriminierungsverbänden nicht. Auch dies wirkt sich naturgemäß in gleicher Weise bei ADM-Systemen aus. Angesichts der Notwendigkeit, die technischen Hintergründe verstehen und einordnen zu können, ist dies besonders misslich, weil einzelne Betroffene regelmäßig weder über die technischen noch finanziellen oder sonstigen Ressourcen verfügen, um ihre Rechte identifizieren und durchsetzen zu können.

177 Zur Problematik der opferlosen Diskriminierung siehe auch Gleichstellungsbericht BReg (2020), Fn. 122, S. 95; Fröhlich, Männer fahren LKW, Frauen erziehen Kinder. Diskriminierendes Gendertargeting durch Facebook, VerfBlog, 6. November 2020, <https://verfassungsblog.de/diskriminierende-facebook-algorithmen/> (zuletzt abgerufen am 1. April 2023).

178 Ponti/Tuchtfeld, Fn. 163, S. 140 f. mwN; so auch Fröhlich, Fn. 177. Verwiesen wird auf ein Vorabentscheidungsverfahren zur Auslegung der Antidiskriminierungs-RL, in dem der EuGH klarstellte, dass die Mitgliedstaaten auch für Fälle opferloser Diskriminierungen wirksame, verhältnismäßige und abschreckende Sanktionen vorsehen müssen und die Möglichkeit ihrer gerichtlichen Geltendmachung zu gewährleisten haben, EuGH, C-54/07, ECLI:EU:C:2008:397 Rn. 37 f. – Feryn.

179 Siehe dazu bereits oben 1.3.1.

180 Siehe dazu bereits oben 1.3.2.

Betriebsräte und Gewerkschaften können gemäß § 17 Absatz 2 Satz 1 AGG in Verbindung mit § 23 Absatz 3 BetrVG die sich aus § 23 Absatz 3 BetrVG ergebenden Rechte bei groben Verstößen des/der Arbeitgeber*in gegen die gesetzlichen Pflichten gerichtlich geltend machen. Darin liegt ein Element des *Kollektivrechtsschutzes*, das in seinem Anwendungsbereich jedoch sehr begrenzt ist und kaum praktische Relevanz aufweist.¹⁸¹ Eine Geltendmachung von Ansprüchen von Benachteiligten ist durch § 17 Absatz 2 Satz 1 AGG ausdrücklich nicht vorgesehen.

Eine signifikante Einschränkung der Rechte aus dem AGG bedeuten die darin vorgesehenen **Fristenregelungen**. § 15 Absatz 4 AGG bestimmt, dass die Schadensersatz- und Entschädigungsansprüche im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses innerhalb einer Frist von zwei Monaten geltend gemacht werden, typischerweise berechnet ab dem Zeitpunkt der Kenntniserlangung von der Benachteiligung, § 15 Absatz 4 Satz 2 AGG. Ähnliches bestimmt § 21 Absatz 5 AGG für die erweiterten zivilrechtlichen Anwendungsbereiche. Diese Fristen, die allerdings allein die Ansprüche aus dem AGG erfassen (vergleiche § 15 Absatz 5 AGG beziehungsweise § 21 Absatz 3 AGG), sind gegenüber den allgemeinen Verjährungsfristen signifikant verkürzt; angesichts der gerade im Arbeitsverhältnis besonderen Beziehung zwischen Arbeitgeber*innen und Arbeitnehmer*innen ist dies problematisch. Hinzu kommt, dass die Feststellung einer möglichen Benachteiligung, die Abklärung der bestehenden Rechte und eine Entscheidung darüber, ob Ansprüche geltend gemacht werden, innerhalb einer so kurzen Frist erheblichen Druck erzeugen.¹⁸²

2.4 Zwischenfazit

Die bestehenden Rechtsschutzdefizite im Antidiskriminierungsrecht wirken sich bei Benachteiligung durch ADM-Systeme aufgrund der besonders ausgeprägten Macht- und Informationsasymmetrie in potenziert Form aus. Der *Black-Box*-Charakter der ADM-Systeme macht es für Betroffene praktisch unmöglich, den Ursachen einer Benachteiligung auf die Spur zu kommen, die gesetzlichen Beweiserleichterungen des AGG sind in ihrer jetzigen Form nicht ausreichend, diese Hürden zu überwinden.

181 Berghahn/Klapp/Tischbirek, Fn. 133, S. 142 f.

182 Siehe zu den grundlegenden Problemen des Verbraucherrechtsschutzes zudem unten 2.3.5.1.

2.5 KI-Verordnung

2.5.1 Wesentliche Rechtsregelungen und Intentionen

Antidiskriminierung wird auch in dem Entwurf der Europäischen Union für eine Regulierung künstlicher Intelligenz von 2021 (KI-VO-E)¹⁸³ geregelt, sie ist sogar ausdrückliches Ziel.¹⁸⁴ Das gewählte Rechtsregime ist technikrechtlich ausgerichtet und orientiert sich am Produkthaftungsrecht.¹⁸⁵ Damit muss künftig präventiv geprüft werden, ob KI-Anwendungen besonders hohe Risiken für bestimmte Rechtsgüter bewirken können, je nach Befund sind Schutzvorkehrungen zu treffen.

Der sachliche **Anwendungsbereich** wird über den sehr weiten¹⁸⁶ Begriff „System der künstlichen Intelligenz“ eröffnet, der im Entwurf als „KI-System“ abgekürzt wird. Artikel 3 Nr. 1 KI-VO-E definiert ein solches KI-System als eine Software, die mit einer oder mehreren der in Anhang I aufgeführten Techniken und Konzepte entwickelt worden ist und 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 dem sie interagieren. Anhang I enthält weitere technische Konkretisierungen, etwa zum maschinellen Lernen. Damit sind ADM-Systeme typischerweise erfasst.

Um Diskriminierungen entgegenzuwirken und die sonstigen Ziele zu erreichen, unterscheidet der KI-VO-E zwischen vier verschiedenen **Risikostufen**:

- inakzeptables Risiko,
- hohes Risiko,
- geringes Risiko
- sowie minimales Risiko,

183 Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council Laying Down Harmonised Rules on Artificial Intelligence and Amending Certain Union Legislative Acts, COM(2021) 206 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:52021PC0206&from=EN> (zuletzt abgerufen am 1. April 2023).

184 Proposal for a Regulation, Fn. 183, S. 4.

185 Lauscher/Legner, Fn. 44, S. 384 mwN.

186 Hornung, in: Schoch/Schneider (Hrsg.), Verwaltungsrecht, § 35a VwVfG Rn. 55.

wobei die letzten beiden Stufen im Entwurf nicht weiter unterschieden werden.¹⁸⁷ Je nach Risikostufe werden den Verwender*innen von KI unterschiedliche Pflichtenstellungen aufgegeben.

Einsätze einer KI in der höchsten Risikostufe sollen grundsätzlich verboten werden. Zu diesen gehören auch einige Einsatzgebiete, die in besonderer Weise diskriminierungsanfällig sind, insbesondere der Einsatz von KI zu Zwecken des sogenannten „Social Scoring“, Artikel 5 Absatz 1 lit. c) KI-VO-E.¹⁸⁸ Der Schutz vor Diskriminierung wird damit gegenüber den klassischen Merkmalen, wie sie etwa im AGG festgehalten sind, deutlich ausgeweitet.

Im Übrigen verhindert die KI-VO aber diskriminierungsanfällige Einsätze nicht generell. So sind grundsätzlich erlaubt – aber eben mit besonderen Pflichten versehen:

- ADM-Systeme zur Bewerber*innenauswahl, Artikel 6 Absatz 2 in Verbindung mit Anhang III Nr. 4 lit. a) KI-VO-E oder
- solche zur Prüfung von Kreditwürdigkeit, Artikel 6 Absatz 2 in Verbindung mit Anhang III Nr. 5 lit. b) KI-VO-E.¹⁸⁹

Diese besonderen Pflichten inkludieren unter anderem **Anforderungen an die Datensätze**, die verwendet werden. Dazu gehört auch eine hohe Datenqualität, um „sicherzustellen, dass das Hochrisiko-KI-System [...] nicht zur Ursache für Diskriminierung wird“¹⁹⁰. Ausdrücklich verlangt Artikel 10 Absatz 2 lit. f) KI-VO-E, dass Daten im Hinblick auf mögliche Verzerrungen zu untersuchen sind. Aus Artikel 10 Absatz 3 KI-VO-E geht ferner hervor, dass Trainings-, Validierungs- und Testdatensätze relevant, repräsentativ, fehlerfrei und vollständig sein müssen. Dieses Erfordernis hat antidiskriminierende Wirkung, weil solchermaßen objektivierte und neutrale Daten jedenfalls das Risiko von

187 Vergleiche Begründung KI-VO-E, S. 12 f.; Ebert/Spiecker gen. Döhmman, Die EU als Trendsetter weltweiter KI-Regulierung: Der Kommissionsentwurf für eine KI-Verordnung der EU, NVwZ 2021, S. 1188.

188 Vergleiche Spindler, Der Vorschlag der EU-Kommission für eine Verordnung zur Regulierung der Künstlichen Intelligenz (KI-VO-E), CR 2021, S. 361, 365.

189 Lauscher/Legner, Fn. 44, S. 384.

190 Proposal for a Regulation, Fn. 183, EG 44.

Benachteiligungen minimieren. Angesichts der Möglichkeit mittelbarer, intersektionaler oder Proxy-Diskriminierung¹⁹¹ ist dies aber nicht ausreichend.

Die Aufdeckung potenzieller Diskriminierung fördert Artikel 10 Absatz 5 KI-VO-E, der jenseits der DSGVO eine Rechtsgrundlage für die Verarbeitung besonderer sensibler Daten bereithält, wenn diese für die „Beobachtung, Erkennung und Korrektur von Verzerrungen im Zusammenhang mit Hochrisiko-KI-Systemen unbedingt erforderlich ist“.

Damit ist vom Gesetz selbst vorgesehen, dass Gegenmaßnahmen durch Technologie eingesetzt werden. Darin liegt allerdings – anders als bei Artikel 25 DSGVO, der den Ansätzen „*privacy by design*“ und „*privacy by default*“¹⁹² folgt – kein präventives Vorgehen, sondern ein Monitoring und eine kontinuierliche Bearbeitung des KI-Systems. Damit wird gleichzeitig eine dynamische Verpflichtung formuliert, welcher die Verwender*innen *kontinuierlich* während der gesamten Betriebsdauer unterliegen, wie dies auch Artikel 9 Absatz 2 KI-VO-E für den gesamten Risikomanagement-Prozess ausdrücklich umschreibt.

In enger Verbindung damit steht die Regelung des Artikel 12 KI-VO-E: Danach besteht eine **Protokollierungs- und Dokumentationspflicht**, die Nachverfolgbarkeit und Nachweisbarkeit ermöglichen soll. Damit wird der Nachweis möglicher Verstöße gegen die Vorgaben des KI-VO-E erleichtert. Unklar ist allerdings, ob diese Vorgaben auch dazu führen, dass Protokollierung und Dokumentation auch zum Nachweis von Verstößen gegen andere Rechte, zum Beispiel das Antidiskriminierungsrecht, genutzt werden können. Artikel 12 Absatz 3 KI-VO-E formuliert, dass damit

„insbesondere die Überwachung des Betriebs des Hochrisiko-KI-Systems im Hinblick auf das Auftreten von Situationen, die dazu führen können, dass das KI-System ein Risiko im Sinne des Artikel 65 Absatz 1 birgt, oder die zu einer wesentlichen Änderung führen“,

¹⁹¹ Siehe oben 1.2.1.

¹⁹² „Privacy by design“ umschreibt den Ansatz, dass der normativ vorgestellte Ansatz bereits durch die Technikgestaltung verwirklicht wird, siehe Art. 25 Absatz 1 DSGVO. „Privacy by default“ umschreibt den Ansatz, dass die Voreinstellungen der Technik datenschutzfreundlich sind, Ziel ist ein in die technische Datenverarbeitung eingebauter Datenschutz, siehe Hansen, in: Simitis/Hornung/Spiecker gen. Döhmman (Hrsg.), Datenschutzrecht, Art. 25 Rn. 1 ff.

ermöglicht wird, was „die Beobachtung nach dem Inverkehrbringen gemäß Artikel 61“ KI-VO-E erleichtere.

Vorgeschaltet ist das Wort „insbesondere“, sodass mit Rückgriff auf die von der Norm geschaffenen Möglichkeiten auch weitergehende Rechtsverstöße nachgewiesen werden können. Dem entspricht auch Artikel 12 Absatz 2 KI-VO-E, wonach die „Protokollierung gewährleistet, dass das Funktionieren des KI-Systems während seines gesamten Lebenszyklus in einem der Zweckbestimmung des Systems angemessenen Maße rückverfolgbar ist.“ Eine Begrenzung allein auf die spezifischen Zwecke des KI-VO-E ist damit gerade nicht vorgesehen.

Ergänzend verlangt Artikel 14 Absatz 1 KI-VO-E, dass KI-Systeme **menschlich wirksam beaufsichtigt** werden können. Aus Artikel 14 Absatz 2 KI-VO-E folgt wiederum, dass die Zielrichtung einer solchen Beaufsichtigung über die unmittelbaren Zwecke des KI-VO-E hinausreicht, weil etwa auch „Risiken für die Gesundheit, die Sicherheit oder die Grundrechte“ vermieden werden sollen.

Anders dagegen sind die **Transparenzverpflichtungen** nach Artikel 13 KI-VO-E vor allem an die Nutzer*innen ausgerichtet, einschließlich Gebrauchsanweisungen und weitergehender Informationen.

Der Ansatz des KI-VO-E formuliert insgesamt – und mit anderen Vorschriften wie etwa den weiteren Konformitätsanforderungen nach Artikel 43 KI-VO-E – zwar einerseits klare Verpflichtungen für die Verwender*innen von KI-Systemen, die sich antidiskriminierend auswirken können. Andererseits werden diese weithin der Selbstregulierung der Verwender*innen anheimgestellt. Die Kontrolle der Einhaltung soll dann durch Aufsichtsbehörden erfolgen. Die Effektivität dieser Maßnahmen hängt wesentlich davon ab, welche Ausstattung den Aufsichtsbehörden nach dem nationalen Recht zugewiesen wird und in welcher Weise diese die Verpflichtungen durchsetzen.

2.5.2 Schutzlücken

Seit den ersten Stellungnahmen zum KI-VO-E ist immer wieder hervorgehoben worden, dass die **Betroffenenseite unterrepräsentiert** ist. Dies wird besonders daran deutlich, dass insgesamt die Perspektive vor allem auf die Nutzer*innen gerichtet ist, nicht aber auf die Betroffenen: So sind etwa keine Betroffenenrechte vorgesehen – anders als dies etwa in der DSGVO in den Artikeln 12 ff. geregelt ist. Entsprechend fehlt es auch an weitergehenden, aus dem Verbraucherrecht hinlänglich bekannten Regelungen, um eine effektive Rechtsdurchsetzung zu gewährleisten: Beweislastumkehr, Kausalitätserleichterungen oder pauschalierter Schadensersatz einschließlich Entschädigungsregelungen und immateriellen Schadensersatzes fehlen.

Andere Kritik richtet sich darauf, dass das **Ziel, Verzerrungen durch Daten zu verhindern, kaum erreichbar** ist und dass der KI-VO-E nicht klarstellt, welche Arten von Verzerrungen vermieden werden sollen.¹⁹³ Diese Offenheit wirkt aber eher zugunsten der Betroffenen, weil auch neuartige Verzerrungen problematisiert werden können.

Ferner können Diskriminierungen und Verzerrungen auch auf einer Vielzahl anderer Elemente des Verarbeitungsprozesses beruhen,¹⁹⁴ die vom KI-VO-E allenfalls bei extensiver Auslegung adressiert werden.

Nicht auflösbar ist das Problem, dass der KI-VO-E die Weiterverwendung von Daten zur Ermittlung und Behebung von Verzerrungen weiterhin zulässt. Das aber kann zu einer Aufrechterhaltung der Verzerrung führen.

Zu bemängeln ist auch im Hinblick auf Rechtsschutz vor Diskriminierungen, dass die **Diskriminierungsanfälligkeit in besonderen Situationen der Machtasymmetrie nicht gesondert adressiert** wird. Zwar lässt sich einigen Klassifizierungen als Hochrisikosystem implizit entnehmen, dass der Gesetzgeber diesen Situationen Rechnung tragen will. Dies ist allerdings nicht deutlich genug geregelt und daher kaum erweiterungsfähig, wenn nicht durch ein kompliziertes Verfahren der Ausgestaltung von Anhängen zur KI-VO.

193 Lauscher/Legner, Fn. 44, S. 385 mwN.

194 Spiecker gen. Döhmman, Fn. 3, §20 Rn. 15 ff. mwN.

Ferner ist das **Konzept der Selbstregulierung** als solches – wie im rechtswissenschaftlichen Diskurs in unterschiedlichsten Zusammenhängen hinlänglich und immer wieder dargelegt wird – problematisch; das gilt besonders für die Regulierung einer technischen Entwicklung mit der Dynamik der künstlichen Intelligenz. Selbstregulierung ist immer nur so gut wie der Schatten des Rechts hinter ihr.¹⁹⁵ Das gilt bereits in anderen Bereichen, in denen staatliche Institutionen über ein dem Regulierten vergleichbares Wissen verfügen. In Bereichen allerdings, in denen die regulierende Behörde über ein Wissen verfügt, das hinter demjenigen der Verwender*innen deutlich zurückbleibt, ist Selbstregulierung als Regulierungskonzept besonders fragwürdig. Das gilt noch verstärkt, da Ausmaß und Dichte aufsichtsbehördlicher Maßnahmen sowie die Abgrenzung zu den Kompetenzen anderer Aufsichtsbehörden in anderen Regelungsbereichen (insbesondere der DSGVO) unklar sind. Dies führt zu Unsicherheiten, die letztlich zulasten der Betroffenen gehen.

Schließlich ist zu bemängeln, dass zwar die Erwägungsgründe und die Zielrichtung des KI-VO-E Antidiskriminierung adressieren, aber sich **kaum diskriminierungsspezifische Regelungen** finden. Zwar werden einzelne besonders anfällige KI-Systeme als Hochrisikosysteme eingeordnet und Verzerrungen im Rahmen der Daten-Governance in den Blick genommen. Dies sind allerdings weder umfassende noch abschließende Maßnahmen. Es fehlt an einer Generalklausel beziehungsweise an einem Auffangtatbestand – und an klaren Zielsetzungen. Diese wären aber erforderlich, um externe Effekte, mittelbare, intersektionale und Proxy-Diskriminierungen sowie mögliche *Chilling Effects*¹⁹⁶ zu erfassen.

¹⁹⁵ Ebert/Spiecker gen. Döhmman, Fn. 187, S. 1191.

¹⁹⁶ Chilling Effects sind Einschüchterungs- und Abschreckungseffekte, sich vorgreifend anzupassen und rechtmäßiges Verhalten zu unterlassen, um potenziell negative Eindrücke gar nicht entstehen zu lassen, siehe Spiecker gen. Döhmman, Fn. 3, §20 Rn. 32 mwN.

2.6 Zwischenfazit

Die Untersuchung zeigt, dass ein effektiver Rechtsschutz bei Diskriminierung durch den Einsatz eines ADM-Systems einer Anpassung des einfachgesetzlichen Antidiskriminierungsrechts des AGG bedarf. Das Rechtsschutzsystem des AGG ist ohnehin – nicht zuletzt in Erfüllung unionsrechtlicher Anforderungen – defizitär und erst recht den besonderen Herausforderungen, die sich aus dem Einsatz von ADM-Systemen ergeben, nicht gewachsen. Ansatzpunkte für Novellierungen bieten sich in verschiedenen Regelungsbereichen des AGG; insbesondere die Regelungen im Vierten Abschnitt des AGG zur Verbesserung des Rechtsschutzes sind ausbaufähig. Der KI-VO-E lässt möglich erscheinen, dass sich die Verpflichtungen für Verwender*innen von KI-Systemen künftig antidiskriminierend auswirken können. Damit die KI-VO jedoch effektiv zu ihrem ausdrücklichen Ziel der Antidiskriminierung beiträgt, müssen auch hier die Schutzlücken in Bezug auf den Rechtsschutz vor algorithmischer Diskriminierung durch KI unbedingt geschlossen werden. Mögliche Ansatzpunkte und Lösungsvorschläge werden nachfolgend skizziert.

3 Lösungsvorschläge

Um den oben ausgeführten Herausforderungen beim Schutz vor Benachteiligung durch ADM-Systeme effektiv begegnen zu können, sollen auf zwei Ebenen mögliche Lösungsansätze vorgeschlagen werden, die geeignet sind, die identifizierten Schutzlücken zu schließen und die Rechtsdurchsetzung zu stärken:

- Die erste Ebene betrifft Lösungsansätze, die der Verbesserung des **individuellen Rechtsschutzes** Betroffener dienen können.
- Auf einer zweiten Ebene sollen die **institutionellen Akteure** des Antidiskriminierungsrechts in den Blick genommen und Vorschläge zur Erweiterung ihrer Kompetenzen zur **Effektuierung des Rechtsschutzes** gemacht werden. Das betrifft in erster Linie die Antidiskriminierungsstelle, darüber hinaus aber auch andere institutionelle Akteure, wie Datenschutz-aufsichtsbehörden und die Verwender*innen von ADM-Systemen.

Die folgenden Vorschläge können in der Regel kumulativ verwirklicht werden – und sollten dies auch, im Interesse einer möglichst effektiven Bekämpfung von Rechtsschutzlücken, die bei der Verwendung von ADM-Systemen auftreten.

3.1 Verbesserung des individuellen Rechtsschutzes Betroffener

Für von Benachteiligung durch ADM-Systeme individuell Betroffene liegen die Herausforderungen bei der Rechtsdurchsetzung zum einen in der **fehlenden Transparenz** der ADM-Systeme und zum anderen in den teils zu **eng gefassten gesetzlichen Regelungen des AGG**, die nicht darauf ausgerichtet sind, die spezifischen Umstände algorithmischer Diskriminierung angemessen zu berücksichtigen. Es ist daher zu untersuchen, mit welchen Maßnahmen das Transparenzrisiko von Benachteiligung Betroffener begrenzt werden kann und welche Ergänzungen und Erweiterungen des AGG im Sinne einer verbesserten Rechtsdurchsetzung angezeigt sind. Nicht gesondert thematisiert werden sollen die allgemeinen Probleme subjektiven Rechtsschutzes, auch wenn sie im Antidiskriminierungsrecht grundsätzlich gleichfalls zutreffen, das heißt mangelnde Ressourcen und Rechtskenntnis der Betroffenen, fehlendes

Zutrauen in das Rechtssystem oder Unsicherheit und Angst vor Repressionen, auch wenn diese unbegründet sind.

3.1.1 Begrenzung des Transparenzrisikos durch Beweiserleichterungen des § 22 AGG

Der häufig anzutreffende Black-Box-Charakter der ADM-Systeme beziehungsweise die Unfähigkeit, von einer Entscheidung auf ihren Einsatz und ihre Qualität zu schließen, stellt eine große Hürde bei der Geltendmachung von Ansprüchen wegen Benachteiligungen dar, die auf dem Einsatz dieser Systeme beruhen, und gefährdet eine effektive Rechtsdurchsetzung.¹⁹⁷ Fraglich ist, ob die Zuweisung dieses Transparenzrisikos auf die von den Entscheidungen des ADM-Systems Betroffenen durch § 22 AGG, der eine Beweiserleichterung hinsichtlich der Kausalität zwischen der Ungleichbehandlung und einem der Diskriminierungsmerkmale des § 1 AGG vorsieht,¹⁹⁸ aufgefangen werden kann oder ob es zur Begrenzung des sich aus der Intransparenz ergebenden Risikos für den individuellen Rechtsschutz weitergehender Mechanismen bedarf.

Bei Diskriminierung durch den Einsatz von ADM-Systemen ist es schwerlich möglich, die Beweislastumkehr des § 22 AGG auszulösen, da Indizien einer Diskriminierung ohne genauere Kenntnis der konkreten Funktionsweise des ADM-Systems nur schwer aufgezeigt werden können. In der Rechtsprechung zu Diskriminierung im Arbeitsleben heute anerkannte Indizien spielen bei Entscheidungen durch ADM-Systeme praktisch keine Rolle mehr (zum Beispiel diskriminierende Stellenausschreibungen).¹⁹⁹ Es besteht eine **Informationsasymmetrie**, die im Ergebnis die Durchsetzung der Ansprüche von Diskriminierung Betroffener erschwert oder gar verhindert.

Eine in der Literatur vorgeschlagene und zur Verwirklichung der Ziele des AGG bei Einsatz von ADM-Systemen empfehlenswerte Möglichkeit, dieser Informationsasymmetrie im Interesse effektiven Rechtsschutzes zu begegnen, ist, zur Auslösung der Beweislastumkehr nach § 22 AGG bereits den Nachweis ausrei-

197 Siehe oben 1.3.4.

198 Thüsing, Fn. 148, § 22 AGG Rn. 15.

199 Grünberger, Fn. 54, S. 233; Martini, Fn. 2, S. 247; Wimmer, Fn. 131, S. 425 und S. 430; ausführlich zum Beweisrecht siehe Muthorst, Beweisrecht, in: Payandeh/Mangold, Fn. 11, S. 799 ff.

chen zu lassen, dass ein ADM-System eingesetzt wurde.²⁰⁰ Der Einsatz eines ADM-Systems birgt einerseits spezifische Diskriminierungsrisiken und verlagert andererseits das Transparenzrisiko auf die von Entscheidungen Betroffenen.²⁰¹ Diese Risiken den Verwender*innen zuzurechnen und die Hürde der Beweislastumkehr für Betroffene signifikant zu senken, ist daher sachgerecht. Im nächsten Schritt läge es nach diesem Vorschlag in der Verantwortung der Verwender*innen, zu *beweisen*, dass eine Diskriminierung *nicht* erfolgte.²⁰² Hier könnte eine widerlegliche Vermutung eingeführt werden, wonach der Darlegungslast bereits dadurch genügt ist, dass das ADM-System einen *Best-Practice*-Standard erfüllt. Erste Ansätze dafür werden gerade diskutiert. Dies könnte durch eine **unabhängige Zertifizierung** bestätigt werden.²⁰³ Genügt das ADM-System diesen Anforderungen nicht oder kann die Vermutung widerlegt werden, so greift die volle Beweislastumkehr des § 22 AGG. Eine solche widerlegliche Vermutung ist jedoch durch die (dann noch zu bestimmenden) Anforderungen an eine unabhängige Zertifizierung wiederum ihrerseits voraussetzungsvoll und birgt eigene Risiken. Der Einsatz eines ADM-Systems liegt in der Verantwortung der Verwender*innen; ihnen ist es zuzumuten, entweder nur solche ADM-Systeme einzusetzen, die nicht diskriminieren, oder aber solche Systeme zu nutzen, die für sie nachvollziehbar sind und bei denen es ihnen möglich ist, im Falle der Beweislastumkehr den Nachweis zu führen, dass keine Diskriminierung vorliegt (durch entsprechende Dokumentation, Offenlegung von Trainingsdaten etc.). Diese Verantwortungsübertragung ist aber sachgerecht, da sich so das Risiko eines defizitären ADM-Systems an dem Ort materialisiert, wo die Verantwortung für den Einsatz des Systems liegt. Den Verwender*innen gibt es darüber hinaus einen wichtigen *Anreiz* zur Entwicklung beziehungsweise Nutzung fairer Systeme. Eine Hinweispflicht für Verwender*innen von ADM-Systemen, dass im konkreten Fall ein solches System zum Einsatz gekommen ist, würde diesen Anreiz noch verstärken.

200 Grünberger, Fn. 54, S. 234. Deutlich so der auf die Wirtschaft bezogene Gleichstellungsbericht BReg (2020), Fn. 122, S. 138 und S. 169, für den Arbeitsbereich.

201 Siehe oben 1.2.3.

202 Gleichstellungsbericht BReg (2020), Fn. 122, S. 138 und S. 169.

203 Grünberger, Fn. 54, S. 235.

3.1.2 Erweiterung des Anwendungsbereichs des AGG

Das AGG ist technikneutral ausgestaltet, innerhalb seines Anwendungsbereichs sind Diskriminierungen durch ADM-Systeme grundsätzlich ebenso erfasst wie „analoge“ diskriminierende Entscheidungen.²⁰⁴ Dennoch verbleiben – wie bereits aufgezeigt – spezifische Rechtsschutzlücken beim Einsatz von ADM-Systemen, die aufgrund der Diskriminierungsrisiken dieser Systeme geschlossen werden sollten.

3.1.2.1 Ergänzung von § 1 AGG

Dem individuell-rechtlichen Charakter des AGG entsprechend listet § 1 AGG abschließend *individuelle Merkmale* als verbotene Anknüpfungen für Benachteiligungen auf.²⁰⁵ Charakteristisch für die Arbeitsweise von ADM-Systemen ist hingegen die **Gruppenbildung**, die Schlussfolgerung einer Korrelation aus Beziehungen. Auf diese Gruppenbildung und -zuschreibung sowie die vom ADM-System hergestellten Beziehungen haben Betroffene in der Regel keinen Einfluss. Über die Grundsätze der mittelbaren Diskriminierung lassen sich diese Beziehungen nicht ohne Weiteres erfassen, da es nicht um die Korrelation eines vermeintlich neutralen Merkmals mit einem verpönten Merkmal geht, sich eine Benachteiligung vielmehr allein daraus ergeben kann, dass zwischen dem Betroffenen und Dritten eine (wie auch immer geartete) Beziehung besteht. Diese kann sich aus einer vom ADM-System vorgenommenen Zuordnung zu einer Gruppe ergeben oder aber auch aus einer Einbeziehung des Lebensumfelds der Betroffenen. So bezog beispielsweise ein Prognosestool zur Beurteilung des Rückfallrisikos von Straftätern in den USA kriminelles Verhalten, Drogenkonsum oder Gang-Mitgliedschaft von Familienmitgliedern, Freunden und der Nachbarschaft in seine Berechnung mit ein.²⁰⁶ Die zum Teil persönlichen Beziehungen des zu beurteilenden Straftäters, aber auch zufällige, vom ADM-System erstellte Verbindungen zu Nachbarn wurden zu einer Variablen in einem Algorithmus und zum Auslöser der Bewertung.

204 Martini, Fn. 56, S. 1021; Sesing/Tschech, Fn. 17, S. 26.

205 Siehe oben 2.3.1.2.

206 Angwin/Larson/Mattu/Kirchner, Machine Bias, <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing> (zuletzt abgerufen am 1. April 2023).

§ 1 AGG sollte daher um ein Diskriminierungsmerkmal erweitert werden, das diese Benachteiligung aufgrund von **Beziehungen** erfasst. Ein solches Merkmal würde noch über den Bereich der assoziierten Diskriminierung, also der Benachteiligung aufgrund eines Näheverhältnisses zu einer anderen Person, die einer nach § 1 AGG geschützten Personengruppe angehört, hinausgehen,²⁰⁷ da es eben nicht darauf ankäme, dass die anderen Personen einer solchen Gruppe angehören und besonders geschützt sind. Erfasst würde die Diskriminierung, die sich aus einer Beziehung ergibt, die nur auf statistischer Korrelation beruht.

Eine solche Lösung würde der grundsätzlichen Konzeption des AGG als geschlossenem System mit einem abschließenden Katalog von Diskriminierungsmerkmalen entsprechen und diesen Charakter des Gesetzes wahren.²⁰⁸ Gleichzeitig wäre ein Beziehungen erfassendes Diskriminierungsmerkmal offen genug, die unterschiedlichsten durch ADM-Systeme identifizierten statistischen Korrelationen, die zu Diskriminierung führen, zu adressieren.

3.1.2.2 Ergänzung der Legaldefinition des § 3 Absatz 2 AGG

§ 3 Absatz 2 AGG enthält die Legaldefinition für mittelbare Diskriminierung. In der nationalen wie europäischen Rechtswissenschaft wird die Benachteiligung durch ADM-Systeme zwar als mittelbare Diskriminierung qualifiziert; dass diese Interpretation indessen nicht zwingend ist, zeigen alternative Vorschläge einer Einordnung.²⁰⁹ Daher ist hier eine Klarstellung im Rahmen des § 3 Absatz 2 AGG notwendig beziehungsweise geboten.

Nach § 3 Absatz 2 AGG liegt eine mittelbare Benachteiligung vor, wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren eine Person wegen eines in § 1 genannten Grundes benachteiligen. Es stellt sich die Frage, ob ADM-Systeme bereits als „Verfahren“ im Sinne der Legaldefinition gelten können oder ob eine ausdrückliche Erweiterung der Legaldefinition erfolgen

207 Sutschet, Assoziierte Diskriminierung, EuZA 2009, S. 245.

208 Müller, Fn. 9, S. 224; vergleiche ausführlich zu anderen konzeptionellen Ansätzen Gerard/Zuiderveen Borgesius, Protected Grounds and the System of Non-Discrimination Law in the Context of Algorithmic Decision-Making and Artificial Intelligence, Colorado Technology Law Journal, Vol. 20 (2022), S. 1, 60 ff.

209 Siehe oben 1.2.1.5.

sollte. Nach dem Wortlaut des § 3 Absatz 2 AGG ist nicht ausgeschlossen, auch automatisierte Verfahren wie ADM-Systeme einzubeziehen, zumal sie ihrem äußeren Anspruch nach neutral und objektiv arbeiten. Gegen eine solch weite Auslegung spricht allerdings, dass die Aufzählung des § 3 Absatz 2 wohl eher darauf abzielt, (rechtlich) formale Verfahren zu erfassen. Dies entspräche auch der übrigen Systematik des § 3 Absatz 2 AGG, der mit „Vorschriften“ und „Kriterien“ (neutrale Kriterien in Abgrenzung zu den Diskriminierungskategorien des § 1 AGG) ebenfalls rechtliche Kategorien aufgreift. Es besteht daher rechtliche Unsicherheit darüber, ob ADM-Systeme bereits von der Legaldefinition des § 3 Absatz 2 AGG erfasst sind. Dieses systematische Argument könnte allerdings auch dagegensprechen, ADM-Systeme als weitere Kategorie in die Legaldefinition aufzunehmen: Sie sind eben keine rechtliche Kategorie; aufgrund ihrer höchst dynamischen Entwicklung würde eine Aufnahme in die Legaldefinition möglicherweise Unklarheiten eher verstärken als zur Rechtssicherheit beitragen, unter anderem weil Auslegungen sich dieser Veränderung anpassen müssten. Dies sollte im Interesse einer Schärfung aber in Kauf genommen werden.

Eine Ergänzung der Legaldefinition des § 3 Absatz 2 AGG ist geboten, um ADM-Systeme rechtssicher einzubeziehen.

3.1.2.3 Erweiterung des § 2 Absatz 1 AGG

§ 2 Absatz 1 AGG könnte um eine weitere Ordnungsziffer erweitert werden, wonach Benachteiligungen aus einem der Diskriminierungsgründe des § 1 AGG, die durch den Einsatz von ADM-Systemen verursacht wurden, ausdrücklich in den Anwendungsbereich des AGG einbezogen werden.

Gegen eine solche Erweiterung des Anwendungsbereichs könnten systematische Gründe sprechen. Den sachlichen Anwendungsbereich des AGG charakterisieren Anknüpfungen an den Zugang zum Arbeitsleben und zu Gütern und Dienstleistungen. Es werden spezifische, besonders diskriminierungssensible Lebensbereiche erfasst. In welcher Art und Weise eine Benachteiligung erfolgt, ist für den Anwendungsbereich des Gesetzes indessen unerheblich. Eine pauschale Aufnahme von Benachteiligungen durch ADM-Systeme in den sachlichen Anwendungsbereich läuft dieser Konzeption auf zweierlei Art entgegen: Einerseits würde sie für die Eröffnung des sachlichen Anwendungsbereichs des AGG auf die Art und Weise der Benachteiligung abstellen; anderer-

seits widerspräche eine solche Regelung dem normativen Zweck des AGG, den Interessenausgleich zwischen Privatautonomie und Diskriminierungsschutz dadurch zu erreichen, dass dieses sich auf besonders diskriminierungssensible Lebensbereiche beschränkt.

Eine spezifische Regelung zur Erweiterung des Anwendungsbereichs ist allerdings möglich. Hierzu könnte an die Verbraucherschutzdimension des AGG angeknüpft werden: Danach wären solche Verbraucherverträge in den Anwendungsbereich des AGG aufzunehmen, bei denen die Vertragsbedingungen gegenüber einem Verbraucher auf *Scoring* oder *Profiling* zurückgehen.²¹⁰ In einer solchen Konstellation strukturellen Ungleichgewichts zwischen Vertragspartnern nimmt das BVerfG eine Ausstrahlungswirkung des allgemeinen Gleichheitssatzes aus Artikel 3 Absatz 1 GG auch auf privatrechtliche Rechtsverhältnisse an.²¹¹ Wie das Verbraucherschutzrecht dient das Antidiskriminierungsrecht folglich auch dem Zweck, die Folgen struktureller Asymmetrien zwischen verschiedenen Parteien abzumildern. Eine solche Lösung würde zum einen der normativen Intention des § 2 AGG entsprechen, den sachlichen Anwendungsbereich des Gesetzes nur für ausgewählte Lebensbereiche zu eröffnen, und zum anderen der Systematik des § 2 AGG nicht widersprechen, indem die Art und Weise der Benachteiligung (durch ein ADM-System) in den Hintergrund rückt.

Der Anwendungsbereich des § 2 Absatz 1 AGG sollte auf Verbraucherverträge ausgeweitet werden, bei denen die Vertragsbedingungen gegenüber einem Verbraucher auf *Scoring* oder *Profiling* zurückgehen.

3.1.2.4 Erweiterung des Anwendungsbereichs von § 19 AGG

Ob eine Erweiterung des § 19 AGG zur Einbeziehung des Einsatzes von ADM-Systemen notwendig ist, hängt davon ab, ob der Einsatz von ADM-Systemen bereits vom sachlichen Anwendungsbereich des § 19 Absatz 1 AGG erfasst ist.

§ 19 Absatz 1 Nr. 1 AGG eröffnet den sachlichen Anwendungsbereich des AGG für Schuldverhältnisse, die typischerweise ohne Ansehen der Person zu

210 Vergleiche Martini, Fn. 2, S. 237.

211 BVerfGE 148, 267, 283 f. – Stadionverbot; Gärditz in: Mangold/Payandeh, Fn. 11, S. 43 f.

vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen (Massengeschäfte) oder bei denen das Ansehen der Person nach der Art des Schuldverhältnisses eine nachrangige Bedeutung hat und die zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen. ADM-Systeme treffen in der Regel eine Vielzahl von Entscheidungen, die zur Grundlage von zahlreichen Schuldverhältnissen werden (können), insofern sind sie den Massengeschäften im Sinne des AGG artverwandt. Allerdings ist für Massengeschäfte charakteristisch, dass sie ohne Ansehen der Person zustande kommen (§ 19 Absatz 1 Nr. 1 AGG). ADM-Systeme hingegen zeichnet die massenhafte Individualisierung aus, es geht scheinbar gerade darum, im Verhältnis zu einem Individuum mithilfe des ADM-Systems die bestmögliche Vertragsgestaltung zu ermitteln. Die Individualisierung erfolgt aber mit dem Ziel, eine (einseitige) Optimierung der Bedingungen im Rahmen des jeweiligen Geschäftsmodells zu erreichen, auf die konkrete*n Vertragspartner*innen kommt es den Verwender*innen in der Regel nicht an, der Vertragsschluss erfolgt ohne Ansehen der Person. ADM-Systeme sind daher insbesondere im Rahmen des Scoring von § 19 Absatz 1 Nr. 1 AGG erfasst.²¹²

Der Einsatz von ADM-Systemen bei Vertragsabschlüssen ist von § 19 Absatz 1 Nr. 1 AGG bereits erfasst. Einer ausdrücklichen Einbeziehung bedarf es daher nicht.

3.1.3 Erweiterung des Adressatenkreises des AGG

Ein Problem der Kontrolle der Verwendung von ADM-Systemen liegt ferner darin, dass die Verantwortlichkeiten oftmals geteilt sind und diffus werden. Dies gilt insbesondere, wenn ADM-Systeme auf grundsätzlich standardisierten Entwicklungen basieren oder über Plattformen eingesetzt werden.²¹³ Das Konzept der „Verwender*innen“ und damit die Adressatenstellung kann darüber diffus werden und individuellen Rechtsschutz weiter erschweren. Anders als das Datenschutzrecht²¹⁴ kennt das AGG keine Erweiterung des Adressatenkreises, die die Nutznießer*innen und die dahinterstehenden

212 So auch Ungern-Sternberg, Fn. 41, S. 1155.

213 1.3.5

214 EuGH C 210/16, ECLI:EU:C:2018:388 – Wirtschaftsakademie Schleswig-Holstein.

Plattformen oder ADM-System-Dienstleister*innen gleichermaßen in die Verantwortung nähme.

Um effektiv und systematisch gegen Benachteiligungen durch ADM-Systeme vorzugehen, müssen aber auch die hinter den Vertragspartner*innen als Adressat*innen des AGG stehenden Entwickler*innen beziehungsweise Dienstleister*innen der ADM-Systeme erfasst werden, auch im Hinblick auf eine gesamtheitliche Wirkung von individuellem Rechtsschutz auf das Rechtssystem. § 2 AGG könnte dahingehend angepasst werden.

3.1.4 Angemessenheitsmaßstab zur Rechtfertigung von Benachteiligungen nach § 3 Absatz 2 AGG

Zur Rechtfertigung einer mittelbaren Benachteiligung nach § 3 Absatz 2 AGG ist im Rahmen der Verhältnismäßigkeit der Benachteiligung abzuwägen, ob der Einsatz des ADM-Systems in einem angemessenen Verhältnis zum angestrebten Ziel steht.²¹⁵ Fraglich ist, welcher Maßstab für die Beurteilung der Angemessenheit angelegt werden sollte.

Ein Maßstab könnte hier die Diskriminierungsanfälligkeit des ADM-Systems sein. Gelingt der Nachweis, dass ein ADM-System nicht diskriminierungsanfällig ist, etwa weil es sich auf eine im Wesentlichen diskriminierungsfreie Datenbasis stützt oder in der Vergangenheit in nicht diskriminierender Weise operiert hat, so ist die Hürde für die Verhältnismäßigkeit geringer beziehungsweise im gegenteiligen Fall höher. Erbringen sollten diesen Nachweis die *Verwender*innen* des ADM-Systems, in deren Verfügungsbereich sich diese Informationen regelmäßig befinden. Darüber hinaus entsteht durch diese Interpretation der Angemessenheit ein sinnvoller und rechtlich beabsichtigter *Anreiz*, die Diskriminierungsanfälligkeit eines ADM-Systems zu minimieren.

Demzufolge ist ein solcher Maßstab nur effektiv, wenn die *Verwender*innen* des ADM-Systems im Streitfall darlegen und beweisen müssen, dass das genutzte ADM-System nicht diskriminierungsanfällig ist.²¹⁶ Ob dies bereits

²¹⁵ Siehe oben 2.3.4.3.

²¹⁶ Gleichstellungsbericht BReg (2020), Fn. 122, S. 138 und S. 169.

nach den bestehenden Beweislastregeln zutrifft, ist nicht unproblematisch gegeben, da im Rahmen des § 3 Absatz 2 AGG strittig ist, wer die Darlegungs- und Beweislast für die (fehlende) Rechtfertigung trägt. Insbesondere die Entstehungsgeschichte spricht dafür, dass die Anspruchssteller*innen die fehlende Rechtfertigung zu beweisen haben, da die Gesetzesbegründung das Vorliegen eines sachlich gerechtfertigten Grundes als anspruchsbegründende Voraussetzung einordnet.²¹⁷ Die wohl herrschende Meinung erachtet diese Vorstellung des Gesetzgebers – mit überzeugenden Gründen – jedoch als unbeachtlich und spricht sich für die Darlegungs- und Beweislast der Anspruchsgegner*innen aus.²¹⁸ Denn für diese, hier die Verwender*innen des ADM-Systems, ist die Rechtfertigung eine günstige Bestimmung, die sie nach allgemeinen nationalen Beweisverteilungsregeln darlegen und beweisen müssen.²¹⁹ Hinzu kommt, dass regelmäßig nur sie den Grund für die Benachteiligung kennen.²²⁰

Der Maßstab der Diskriminierungsanfälligkeit könnte auch im Rahmen einer Rechtfertigung nach §§ 5, 8–10 beziehungsweise 20 AGG bei der Prüfung der Angemessenheit verwendet werden. Dass die Rechtfertigungsschwelle dieser Rechtfertigungsgründe deutlich höher liegt als die Schwelle bei § 3 Absatz 2 AGG,²²¹ ist für die grundsätzliche Übertragbarkeit eines solchen Maßstabs unproblematisch. Einer vergleichsweise höheren Schwelle kann weiterhin Rechnung getragen werden. Unstreitig müssen die Anspruchsgegner*innen das Vorliegen der Rechtfertigungsgründe nach §§ 5, 8–10, 20 AGG darlegen und beweisen,²²² sodass sich die Beweisfragen hier nicht stellen.

217 BT-Drs. 16/1780, 33; BAG NZA 2011, 1412 Rn. 26; Bauer/Krieger/Günther, Fn. 53, AGG § 3 Rn. 37; Schlachter Fn. 117, § 3 Rn. 13.

218 Ausführlich dazu BAG NZA 2017, 715 Rn. 40 ff.; Horcher in: Hau/Poseck (Hrsg.), BeckOK BGB, 1.2.2023, AGG § 3 Rn. 54; Roloff in: BeckOK, Fn. 113, AGG § 3 Rn. 22; Thüsing in: MüKoBGB, Fn. 123, AGG § 22 Rn. 21.

219 BAG NZA 2017, 715 Rn. 41.

220 BAG NZA 2017, 715 Rn. 41, woraus diese eine Unvereinbarkeit mit dem Unionsrecht ableiten; Roloff, Fn. 113, AGG § 3 Rn. 22.

221 Bauer/Krieger/Günther, Fn. 53, AGG § 22 Rn. 32.

222 Bauer/Krieger/Günther, Fn. 53, AGG § 22 Rn. 9.

3.2 Die Rolle institutioneller Akteure

Neben einer Stärkung der *individuellen Rechtsschutzmöglichkeiten* Betroffener von Diskriminierung durch ADM-Systeme sind die institutionellen Akteure (ADS, Behörden, Verwender*innen) einzubeziehen und zu stärken beziehungsweise in die Pflicht zu nehmen, um so die bestehenden Schutzlücken zu schließen und den Schutz vor Diskriminierung durch ADM-Systeme zu verbessern.

3.2.1 Kompetenzerweiterung der Antidiskriminierungsstelle

Durch eine Erweiterung der Kompetenzen der ADS könnte ein höheres Schutzniveau erreicht werden. Die Rolle der ADS ist als Vermittlungs- und Unterstützungsstelle ausgestaltet, mittelbare oder unmittelbare Klagebefugnisse oder auch nur eine gesetzliche Prozessstandschaft sind ihr nicht zugeordnet.²²³ Fraglich ist, welche Mechanismen geeignet sein könnten, die Befugnisse der Antidiskriminierungsstelle zugunsten effektiveren Rechtsschutzes zu erweitern.

3.2.1.1 Verbandsklagerechte

Verbandsklagerechte dienen der Überwindung von Ungleichgewichten, indem sie Verbänden die Möglichkeit einräumen, ihre spezielle Expertise, insbesondere aber auch Ressourcen für eine effektive Rechtsdurchsetzung (gebündelt) einzusetzen und eigenständig Rechtsverletzungen Einzelner oder der Allgemeinheit geltend zu machen.²²⁴ Vor allem, wenn der wirtschaftliche Schaden durch die Diskriminierung für einzelne Betroffene nur im Bereich eines Bagatellschadens anzusiedeln ist, stehen die Kosten eines Verfahrens häufig in einem Missverhältnis zu den möglichen Vorteilen bei erfolgreichem Abschluss des Verfahrens. Die Möglichkeit, mit einem Verbandsklageverfahren unabhängig von individueller Betroffenheit Einzelner Diskriminierungen gerichtlich zu verfolgen, wäre ein effektives Mittel, bestehende Rechtsdurchsetzungsdefizite zu überwinden und insbesondere in Fällen sogenannter

²²³ Siehe oben 2.3.5.2.

²²⁴ Althoff, Fn. 145, S. 256.

„opferloser Diskriminierung“ – indirekte Benachteiligung durch ADM-Systeme, die von Betroffenen nicht bemerkt werden – zu handeln.²²⁵

Gerade bei Rechtsverletzungen durch ADM-Systeme ist aufgrund der tatsächlichen Schwierigkeiten und Kosten des Rechtsschutzes die Motivation zu einer gerichtlichen Auseinandersetzung oftmals gering. Gleichzeitig können die Auswirkungen der Entscheidungen diskriminierender ADM-Systeme eine Vielzahl von Adressat*innen gleichermaßen betreffen, ein Verbandsklagerecht kann daher dazu führen, dass Grundsatzurteile die Rechtsentwicklung fördern.

Ein solches Verbandsklagerecht könnte sich entweder aus bereits bestehenden gesetzlichen Regelungen ergeben, wenn diese auf Diskriminierungen anwendbar sind; andernfalls könnte der ADS und den Antidiskriminierungsverbänden möglicherweise unmittelbar ein eigenes Verbandsklagerecht eingeräumt werden.

Einräumung eines eigenständigen (Verbands-)Klagerechts der ADS

Aufgrund der bereits ausgeführten Schutzlücken und Herausforderungen für einen effektiven Rechtsschutz Betroffener liegt es nahe, im Antidiskriminierungsrecht beteiligten Institutionen ein eigenständiges Verbandsklagerecht einzuräumen und damit einen Weg zu beschreiten, der anderenorts bereits nachdrücklich eingeschlagen worden ist.

Spernte sich das deutsche Recht früher noch erheblich dagegen und sah darin einen fundamentalen Bruch der Verbindung von subjektiv-öffentlichem Recht und Klagebefugnis zur Vermeidung von Popularklagen, sind Verbandsklagen nicht zuletzt aufgrund des Einflusses des Europarechts inzwischen auch im deutschen Recht angekommen. Sie sind als altruistische Verbandsklagen zum Beispiel zulässig gegen bestimmte Rechtsverletzungen nach dem Unterlassungsklagengesetz (UKlaG), Umweltrechtsbehelfsgesetz (UmwRG), Bundesnaturschutzgesetz (BNatSchG) oder Behindertengleichstellungsgesetz (BGG) sowie in einigen Bundesländern auch nach den Landestierschutzgesetzen.²²⁶

225 Zur grundsätzlichen Diskussion eines Verbandsklagerechts bei Diskriminierung vergleiche Berghahn/Klapp/Tischbirek, Fn. 133; Ponti/Tuchtfeld, Fn. 163; Orwat, Fn. 2, S. 135; Herberger, Verbandsklageverfahren für diskriminierungsrechtliche Ansprüche, RdA 2022, S. 220.

226 Weber, Rechtswörterbuch, Verbandsklage.

Diesen gesetzlich eingeräumten Verbandsklagerechten ist gemein, dass sie Verbände, nicht aber Behörden zur Klage berechtigen.

Es ist daher fraglich, ob der ADS als fachlich unabhängiger Anlaufstelle beim Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend (BMFSFJ) für Menschen, die von Diskriminierung betroffen sind,²²⁷ neben den Antidiskriminierungsverbänden ein solches Klagerecht überhaupt eingeräumt werden könnte.

Die ADS wurde auf Grundlage von § 25 Absatz 1 AGG beim Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend eingerichtet. Der ADS wird die für die Erfüllung ihrer Aufgaben notwendige Sach- und Personalausstattung zur Verfügung gestellt (§ 25 Absatz 2 Satz 1 AGG). Sie erfüllt ihre Aufgaben in unabhängiger Weise (§ 27 Absatz 2 und 3 AGG) und wird von der Unabhängige Bundesbeauftragte für Antidiskriminierung geleitet (§ 25 Absatz 3 AGG). Die Unabhängige Beauftragte für Antidiskriminierung ist bei der Ausübung ihres Amtes unabhängig und nur dem Gesetz unterworfen (§ 26a Absatz 1 Satz 2 AGG). Damit handelt es sich bei der ADS aufgrund ihrer rechtlichen Konstruktion jedenfalls um eine Stelle, die hinsichtlich ihrer Einsetzung²²⁸ und bei der Wahrnehmung ihrer Aufgaben²²⁹ eine enge staatliche Einbindung aufweist. Diese Einbindung könnte gegen eine Einräumung des Verbandsklagerechts für die ADS sprechen, da sonst der Staat über das Vehikel der Verbandsklage in einer zivilrechtlichen Streitigkeit einseitig auf Seiten einer Partei beteiligt wäre.

Eine solche Beteiligung wird von Kritiker*innen im Hinblick auf den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz aus Artikel 3 Absatz 1 GG für problematisch gehalten, da eine solche einseitige Unterstützung eine Privilegierung einzelner Gruppen im Vergleich zu Opfern anderer bürgerlich-rechtlicher Unrechtstatbestände bedeute.²³⁰ Ebenso könne ein Verbandsklagerecht einer Behörde einen Verstoß gegen das zivilprozessrechtliche Gebot der Waffengleichheit zwischen

227 <https://www.antidiskriminierungsstelle.de/DE/ueber-uns/gesetzliche-grundlagen/gesetzliche-grundlagen-node.html> (zuletzt abgerufen am 1. April 2023).

228 Vergleiche § 25 Absatz 1 AGG.

229 Vergleiche den funktionalen Behördenbegriff, der „die materielle Wahrnehmung von öffentlich-rechtlichen Verwaltungsaufgaben, nicht die organisatorische Eingliederung in die (unmittelbare) Staatsverwaltung“ in den Vordergrund stellt, Schönenbroicher, in: Mann/Sennekamp/Uechtritz, VwVfG § 1 Rn. 45.

230 Schon hinsichtlich der in § 23 AGG getroffenen Regelungen Philipp, NVwZ 2006, 1235, 1238 f.

den Parteien darstellen²³¹: Während die Position der einen Partei Unterstützung und Übernahme des Prozesses und des Prozessrisikos durch eine professionelle Stelle des Staates erhalte, müsste die andere Partei sich ohne diese Unterstützung im Prozess behaupten. Durch die Erhebung einer Verbandsklage im konkreten Fall würde sich der Staat mittels der klageführenden Behörde den Vorwurf zu eigen machen, dass es zu einer Rechtsverletzung gekommen sei; der Staat würde also Partei ergreifen gegen Private.

Charakteristisch für Verbandsklagen ist es, im Rahmen einiger gesetzlich bestimmter Verfahrensgegenstände und zugunsten ausgewählter Vereinigungen (vergleiche zum Beispiel § 3 UmwRG) eine Ausnahme des verfassungsrechtlich verankerten Prinzips zuzulassen, das zur Eröffnung des Rechtswegs eine persönliche Betroffenheit verlangt (Artikel 19 Absatz 4 Satz 1 GG).²³² Diese Ausnahme soll etwa zur Kontrolle behördlicher Entscheidungen greifen, wenn ansonsten mangels persönlicher Betroffenheit²³³ (Umweltrecht, Tierschutz) oder faktischer Unterlegenheit (Verbraucherschutz, Behindertenschutz) Vollzugsdefizite drohen. Zum Teil folgen diese Regelungen auch aus europarechtlichen Verpflichtungen zum Einsatz der Verbandsklagen (vergleiche Artikel 9 Absatz 2 RL 2000/78/EG (Gleichbehandlungs-Rahmen-RL)).

Diskriminierungen durch ADM-Systeme sind mit diesen Ausnahmen strukturell vergleichbar. Wie gezeigt, ist es Betroffenen systematisch kaum möglich, Diskriminierungen aufzudecken und wirkungsvoll dagegen vorzugehen. Vollzugsdefizite sind daher als Regelfall zu erwarten, insbesondere bei opferloser Diskriminierung.²³⁴ Gleichzeitig besteht ein strukturelles Ungleichgewicht zwischen von Diskriminierung Betroffenen und den Verwender*innen von ADM-Systemen. Die Einführung eines Verbandsklagerechts für das Antidiskriminierungsrecht ist folglich nicht systemwidrig. Dafür spricht auch der Umstand, dass wesentliche Teile des AGG europäische Richtlinien umsetzen. Das Europarecht steht dem Zugang zu Gericht sehr viel aufgeschlossener gegenüber und verlangt für eine effektive Rechtsdurchsetzung immer wieder auch den Bruch mit (deutschen) Rechtstraditionen.²³⁵ Wenn aber, gerade bei

231 Vergleiche etwa Becker-Eberhard, Münchener Kommentar ZPO, Vor §253 Rn. 3.

232 Deinert/Welti/Luik/Brockmann, StichwortKommentar Behindertenrecht, Verbandsklage Rn. 1.

233 Im Umweltrecht siehe BVerwG NVwZ 2008, 1010 Rn. 6.

234 Siehe oben 2.3.5.1.

235 Siehe nur zuletzt EuGH, C-319/20, ECLI:EU:C:2022:322.

ADM-Systemen, die antidiskriminierende Wirkung des umsetzenden Gesetzes nicht wirkmächtig gewährleistet ist, weil das AGG keinen hinreichenden Rechtsschutz gewährt, könnte es zur Vermeidung von Rechtsstreitigkeiten bis hin zum EuGH geboten sein, die ADS auch mit einem Verbandsklagerecht auszustatten. Dagegen spricht auch nicht ihre Behördenstellung. Das drohende systematische Rechtsschutzdefizit bei Diskriminierung durch ADM-Systeme rechtfertigt grundsätzlich eine Ausweitung der Verbandsklagerechte auch auf die ADS, da sie trotz ihres öffentlich-rechtlichen Charakters in gewissem Maße unabhängig ist.

Es ist aber zu konstatieren, dass dies ein rechtssystematisch großer Schritt wäre, den der Gesetzgeber gehen müsste; zudem müsste die Ausstattung der ADS dann erheblich erweitert werden, um die Aufdeckung und Rechtsverfolgung aktiv leisten zu können.

Verbandsklagerecht nach dem UKlaG

Geht man davon aus, dass der Gesetzgeber grundsätzlich auch der ADS als einer mit einer gewissen Unabhängigkeit ausgestatteten Bundesbehörde ein Verbandsklagerecht einräumen kann, könnte man ein solches Verbandsklagerecht möglicherweise an das UKlaG anknüpfen.

Das UKlaG ermöglicht den nach §§ 3, 4 UKlaG anspruchsberechtigten Stellen (etwa Verbraucherschutzverbänden, Wirtschaftsverbänden, Industrie- und Handelskammern) die Geltendmachung von Unterlassungs- und Widerrufsansprüchen, die sich aus der Verwendung allgemeiner Geschäftsbedingungen (§ 1 UKlaG) beziehungsweise bei der Verletzung von Verbraucherschutzgesetzen in „anderer Weise als durch Verwendung oder Empfehlung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen“ (§ 2 Absatz 1 Satz 1 UKlaG) ergeben. Ob § 19 AGG als Verbraucherschutzgesetz in diesem Sinne qualifiziert werden kann, ist umstritten.²³⁶

236 Braunroth, Repräsentative Kollektivklagen im Antidiskriminierungsrecht, 2021, S. 108; Welti/Wenckeback, Schleswig-Holsteinisches OLG: Sachlicher Grund für pauschales Verbot der Mitnahme von E-Scootern in Bussen des öffentlichen Personennahverkehrs, VuR 2016, S. 190, 195; Köhler, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen, UKlaG § 2 Rn. 2.

- Gegen den Charakter als Verbraucherschutzgesetz wird angeführt, dass das AGG vor allem dem Schutz des Persönlichkeitsrechts diene, die Diskriminierung bestimmter Bevölkerungsgruppen solle verhindert werden.²³⁷
- Für den Charakter des § 19 AGG als Verbraucherschutzgesetz spricht jedoch, dass das AGG gerade vor der Beeinträchtigung der Persönlichkeitsentfaltung durch Diskriminierung schützen soll und eine Abspaltung des „Verbrauchers“ von der „Persönlichkeit an sich“ ein theoretisches Konstrukt sei, welches die Verbraucherschutzrechte von Minderheiten verkürze.²³⁸

Für den speziellen Fall des Rechtsschutzes gegen Diskriminierung durch ADM-Systeme könnte § 2 Absatz 2 Satz 1 Nr. 11 UKlaG einschlägig sein, der Datenschutzgesetz als eines der Regelbeispiele nennt und Rechtsschutz gegen rechtswidrige automatisierte Einzelentscheidungen (Artikel 22 DSGVO) gewährt, wenn die Datenverarbeitung dem wirtschaftlichen Geschäftsverkehr zu dienen bestimmt ist. Allerdings sind die Regelungen zur Datenverarbeitung im Rahmen eines Vertragsabschlusses nicht einbezogen, denn § 2 Absatz 2 Satz 2 UKlaG schließt sie aus. Auch die Schlussfolgerungen aus der Datenverarbeitung, also die (diskriminierende) Entscheidung des ADM-Systems, werden von den Regelungen der DSGVO nicht erfasst und sind daher auch nicht in den Anwendungsbereich des UKlaG einbezogen. Es verbleiben daher signifikante Rechtsschutzlücken.

Eine Möglichkeit, diese Rechtsschutzlücken zu schließen, besteht darin, den Anwendungsbereich des UKlaG derart auszuweiten, dass Klagen auf Unterlassung einer unzulässigen diskriminierenden Geschäftspraxis möglich werden. Auch eine ausdrückliche Einbeziehung des AGG in die Regelbeispiele des § 2 Absatz 2 UKlaG ist aufgrund seiner verbraucherschutzrechtlichen Dimension möglich.²³⁹

Allerdings ist die ADS kein Verbraucherschutzverband im Sinne des UKlaG, da sie nicht als eingetragener Verein als satzungsmäßige Aufgabe (nicht gewerbsmäßig) Verbraucherinteressen wahrnimmt (§ 4 Absatz 2 UKlaG).

237 OLG Schleswig-Holstein, NJW-RR 2016, 749, 750; Martini, Fn. 2, S. 310.

238 Welte/Wenckebach, Fn. 236, S.195.

239 Vergleiche Welte/Wenckebach, Fn. 236, S. 195.

Antidiskriminierungsverbände im Sinne des § 23 Absatz 1 AGG wären hingegen als anspruchsberechtigte Stellen nach dem UKlaG eintragungsfähig, wenn sie nicht nur im Rahmen einer untergeordneten Nebenaufgabe Aufklärung und Beratung im Hinblick auf den Verbraucherschutz betreiben.²⁴⁰ So ist etwa der Bundesverband Selbsthilfe Körperbehinderter als qualifizierte Einrichtung gemäß § 3 Absatz 1 Nr. 1 UKlaG anerkannt, er hat bereits Verfahren mit Bezug zum AGG durchgeführt.²⁴¹

Allerdings können mit Klagen nach dem UKlaG nur Unterlassungs- und Widerrufsansprüche geltend gemacht werden, sodass es anders als bei der echten Verbandsklage der Beteiligung einer konkreten Einzelperson und ihres „Falles“ bedarf. Sie greifen damit kürzer als eine echte Verbandsklage. Dieser Mangel, verbunden mit der Tatsache, dass in jedem Fall bei einer Diskriminierung durch ADM-Systeme erhebliche Rechtsschutzlücken verbleiben, macht die Einräumung eines Verbandsklagerechts nach dem UKlaG auch für Antidiskriminierungsverbände unattraktiv. Die möglichen Vorteile stehen wohl in keinem Verhältnis zum (gesetzgeberischen) Aufwand, wolle man auch die ADS in den Anwendungsbereich des UKlaG einbeziehen.

3.2.1.2 Einführung eines Verbandsklagerechts im AGG

Bereits die Evaluation des AGG im Jahr 2016 forderte die Einführung eines *qualifizierten Verbandsklagerechts* für Antidiskriminierungsverbände und eines Verbandsklagerechts der ADS.²⁴² Die grundsätzlichen Argumente hierfür sind nach wie vor gültig, die Forderung ist nach wie vor virulent, auch und erst recht in Bezug auf die Diskriminierung durch ADM-Systeme.²⁴³ Die Risiken der Diskriminierung durch ADM-Systeme haben die Dringlichkeit eines solchen Verbandsklagerechts sogar noch erhöht, da in Fällen algorithmischer Diskriminierung die Hürden der individuellen Rechtsdurchsetzung aufgrund der Komplexität der technischen Vorgänge besonders hoch sind.

240 Köhler, Fn. 236, § 4 Rn. 6.

241 OLG Schleswig-Holstein, NJW-RR 2016, 749, 750.

242 Berghahn/Klapp/Tischbirek, Fn. 133, S. 159, 196.

243 Berghahn/Klapp/Tischbirek, Fn. 133, S. 161; Digital Autonomy Hub, Algorithmenbasierte Diskriminierung: Warum Antidiskriminierungsgesetze jetzt angepasst werden müssen, Policy Brief #5, 2022, S. 8.

Der effektive Schutz vor Diskriminierung ist eine gesamtgesellschaftliche Herausforderung, die nicht von den Ressourcen, Kenntnissen, Präferenzen und Besonderheiten der Lebenssituation einzelner Betroffener abhängen sollte. Deren Übernahme ist der Rechtsordnung auch nicht fremd.²⁴⁴ § 15 Behindertengleichstellungsgesetz (BGG) etwa ermöglicht Verbandsklagen zur Feststellung von Verstößen gegen die wesentlichen Vorschriften des BGG. § 9 des Landesantidiskriminierungsgesetzes Berlin (LADG) ermöglicht Verbandsklagen zumindest gegen diskriminierendes staatliches Handeln.

Gerade bei Rechtsverletzungen durch ADM-Systeme ist aufgrund der tatsächlichen Schwierigkeiten und Kosten individuellen Rechtsschutzes die Motivation zu einer gerichtlichen Geltendmachung der Verletzung von Diskriminierungsverboten gering. Gleichzeitig können die Auswirkungen der Entscheidungen diskriminierender ADM-Systeme eine Vielzahl von Adressat*innen gleichzeitig betreffen. Der Schaden für Einzelne mag zwar gering sein, der durch das diskriminierende ADM-System verursachte Gesamtschaden hingegen ist häufig erheblich.

Auch das Europarecht verlangt die Einführung eines echten Verbandsklage-rechts. Die Gleichbehandlungsrichtlinien verpflichten die Mitgliedstaaten, durch „wirksame, verhältnismäßige und abschreckende“ Maßnahmen Verstöße gegen Diskriminierungsverbote zu sanktionieren.²⁴⁵ Nach herrschender Auffassung soll die gegenwärtige Regelung des § 23 Absatz 2 AGG, die Antidiskriminierungsverbänden die Möglichkeit einer *Beistandschaft* einräumt, diesen Anforderungen formal genügen.²⁴⁶ Das überzeugt, wie bereits dargelegt, indessen nicht: Zwar mögen Beistandsrechte im Hinblick auf „klassische“ Benachteiligungen ausreichend sein, in Fällen von Benachteiligungen durch ADM-Systeme stellt § 23 Absatz 2 AGG als individuelles Rechtsschutzinstrument jedoch keine „wirksame, verhältnismäßige und abschreckende“ Sanktionsmöglichkeit im Sinne der Gleichbehandlungsrichtlinie dar: Diskriminierung durch ADM-Systeme lässt sich in der Regel nicht auf individuelle Betroffenheit reduzieren, ihre Auswirkungen gehen gerade aufgrund ihrer für sie charakteristischen massenhaften Verwendung weit über einzelne Betroffene hinaus, wenn sie benachteiligend wirken, dann ist diese Benachteiligung

244 Althoff, Fn. 145, S. 256.

245 Art. 15 RL 2000/43/EG, Art. 17 RL 2000/78/EG, Art. 25 RL 2006/54/EG.

246 Berghahn/Klapp/Tischbirek. Fn. 133, S. 160 mwN.

strukturell bedingt. Gleichzeitig sind die Hürden der individuellen Rechtsdurchsetzung aufgrund der technischen Komplexität der Vorgänge besonders hoch. Die Werkzeuge des individuellen Rechtsschutzes, wie sie das AGG bisher bereithält, können diese Dimension nicht erfassen. Es bedarf eines Instrumentes kollektiven Rechtsschutzes, wie es die echte Verbandsklage bereitstellt, um diesem Charakteristikum gerecht zu werden und unabhängig von einzelnen Betroffenen systemische Verletzungen von Diskriminierungsverboten bei der Verwendung von ADM-Systemen zu ahnden. Daher ist ein Verbandsklagerecht auch europarechtlich geboten.²⁴⁷

Der Sorge vor Klagewellen durch „Abmahnvereine“ kann dadurch begegnet werden, dass die Klagebefugnis zur Verbandsklage – wie beim UKlaG – nur solchen Verbänden eingeräumt wird, die bestimmte Voraussetzungen erfüllen und in eine entsprechende Liste aufgenommen sind.²⁴⁸

Den derart qualifizierten Antidiskriminierungsverbänden sollte daher ein echtes Verbandsklagerecht eingeräumt werden.

Darüber hinaus sollte der ADS entgegen der in der Literatur vereinzelt geäußerten Bedenken hinsichtlich ihrer Rolle in zivilrechtlichen Streitigkeiten ein Verbandsklagerecht eingeräumt werden.

3.2.1.3 Prozesstandschaft

Eine weitere Möglichkeit, den Rechtsschutz der von Benachteiligung durch ADM-Systeme Betroffenen zu verbessern, könnte die Einräumung einer gesetzlichen *Prozesstandschaft* für die ADS beziehungsweise die Antidiskriminierungsverbände sein. Eine solche Prozesstandschaft gäbe den Antidiskriminierungsverbänden beziehungsweise der ADS die Möglichkeit, die Rechte von diskriminierten Personen im eigenen Namen geltend zu machen. Das Landesantidiskriminierungsgesetz Berlin enthält bereits eine solche gesetzliche Prozesstandschaft für Antidiskriminierungsverbände (§9 Absatz 3 LADG Berlin), und auch innerhalb Europas gibt es Mitgliedstaaten, die eine solche Prozesstandschaft umgesetzt haben.²⁴⁹

247 Lauscher/Legner, Fn. 44, S. 388.

248 Berghahn et al., Fn. 225, S. 161.

249 Vergleiche Chopin/Do, Developing anti-discrimination law in Europe, S. 103 ff.

Die Prozesstandschaft bietet gerade mit Blick auf die Benachteiligung durch ADM-Systeme und die spezifischen Herausforderungen bei der Rechtsdurchsetzung ein wirksames Mittel gegen die Durchsetzungsschwäche des Antidiskriminierungsrechts. Sie senkt für einzelne Betroffene die Hürde, Rechtsschutz gegen eine Benachteiligung anzustreben, und es werden mehr Diskriminierungen Gegenstand von Gerichtsverfahren. Verwender*innen diskriminierender ADM-Systeme würden effektiv zur Verantwortung gezogen, sie könnten sich nicht hinter der Komplexität ihres Systems „verstecken“. Zudem würde durch die damit verbundene Öffentlichkeit auch eine generalpräventive Wirkung erzeugt. Die Erreichung des Gesetzeszwecks des AGG – die „Bekämpfung von Diskriminierungen im Rechtsgeschäftsverkehr“²⁵⁰ – rückte damit ein gutes Stück näher.

Die Vorbehalte gegenüber Befugnissen der ADS in zivilrechtlichen Rechtsstreitigkeiten zwischen Privaten (siehe oben 3.2.1.1) lassen es geboten erscheinen, die Befugnis zur Prozesstandschaft nicht auf ADS und Antidiskriminierungsverbände gleichermaßen zu übertragen, sondern nur die Antidiskriminierungsverbände zu befähigen, im Wege der Prozesstandschaft die Rechte diskriminierter Personen geltend zu machen.

3.2.1.4 Schlichtungsverfahren bei der Antidiskriminierungsstelle

Außerdem könnte ein Schlichtungsverfahren vor der ADS als Schlichtungsstelle ein geeignetes Mittel zur Verbesserung der Rechtsdurchsetzung bei Diskriminierung durch ADM-Systeme darstellen. Trotz ihres grundsätzlichen Charakters als Vermittlungs- und Unterstützungsstelle verfügt die ADS über kein verbindliches, gesetzlich geregeltes Schlichtungsrecht. Dabei sind Schlichtungsverfahren im Kontext des Antidiskriminierungsrechts der Rechtsordnung vertraut:

- § 15a Absatz 1 Nr. 3 Gesetz, betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung (EGZPO) eröffnet den Ländern die Möglichkeit, vor der gerichtlichen Geltendmachung von Ansprüchen nach dem Dritten Abschnitt des AGG (Schutz vor Benachteiligung im Zivilrechtsverkehr) ein obligatorisches Schlichtungsverfahren zur einvernehmlichen Beilegung des Konfliktes vor

250 Horcher, in: Hau/Poseck, Fn. 146, § 1 Rn. 1.

- einer Gütestelle einzuführen. NRW²⁵¹, Niedersachsen²⁵², Bayern²⁵³ und Schleswig-Holstein²⁵⁴ haben von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht.
- Weiterhin gibt es die Möglichkeit eines freiwilligen Schlichtungsverfahrens nach dem Verbraucherstreitbeilegungsgesetz (VSBG). Das VSBG regelt die außergerichtliche Beilegung von Streitigkeiten zwischen Verbraucher*innen und Unternehmer*innen vor einer anerkannten, beauftragten oder eingerichteten Verbraucherschlichtungsstelle (§ 2 Absatz 2 VBSG).²⁵⁵ In einem solchen Schlichtungsverfahren erarbeiten die Beteiligten einen Lösungsvorschlag, dem sie durch Annahme Verbindlichkeit verleihen, den sie aber auch ablehnen können – eine Pflicht zur Annahme besteht nicht.²⁵⁶ Die praktische Bedeutung der Verbraucherschlichtung im Allgemeinen, aber auch mit Blick auf Diskriminierungsrügen im Besonderen ist bisher gering, seit Inkrafttreten des VSBG sind nur wenige Verbraucherschlichtungen durchgeführt worden.²⁵⁷ Als Gründe hierfür werden unter anderem die geringe Bekanntheit dieser Schlichtungsmöglichkeit bei Verbraucher*innen, aber auch eine geringe Bereitschaft der Unternehmen, sich an solchen Verfahren zu beteiligen, genannt.²⁵⁸
 - Auch die Schlichtungsstelle beim Bundesbehindertenbeauftragten nach § 16 BGG kann man als mögliche Vorbildstelle betrachten.²⁵⁹ Danach können sich Menschen mit Behinderung (§ 3 BGG) bei Streitigkeiten mit öffentlichen Stellen des Bundes betreffend der Rechte des BGG²⁶⁰ freiwillig an die Schlichtungsstelle wenden, um den Streit außergerichtlich beizulegen. Behindertenverbände sind ebenfalls antragsbefugt (§ 16 Absatz 3 BGG). Sie müssen einen erfolglosen Schlichtungsversuch nachweisen, um

251 § 53 Absatz 1 Nr. 3 JustG NRW.

252 § 1 Absatz 2 Nr. 3 NSchIG (Schlichtung vor Erhebung einer Klage vor dem Amtsgericht).

253 Art. 1 Nr. 3 BaySchIG (Schlichtung vor Erhebung einer Klage vor dem Amtsgericht).

254 § 1 Absatz 1 Nr. 1 LSchIG SH.

255 Ulrici, in: MüKo ZPO, Verbraucherstreitbeilegungsgesetz, §§ 41–43 Rn. 13 f.

256 Ulrici, Fn. 255 Rn. 55 f.

257 Zu Diskriminierungsrügen vergleiche Beigang/Boll/Egenberger/Hahn/Leidinger/Tischbirek/Tuner, Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung des Diskriminierungsschutzes bei der Begründung, Durchführung und Beendigung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse, 2021, S. 141.

258 Steffek/Greger, Verbraucherstreitbeilegung – Zehn Optionen zur Reform, ZRP 2022, S. 202.

259 <https://www.schlichtungsstelle-bgg.de/Webs/SchliBGG/DE/AS/startseite/startseite-node.html> (zuletzt abgerufen am 1. April 2023).

260 Bei Streitigkeiten mit Landesbehörden und Kommunen gelten die landesrechtlichen Regelungen.

Verbandsklage nach § 15 BGG erheben zu können (§ 15 Absatz 2 Satz 6 BGG). Bleibt eine vorherige Einigung aus, unterbreitet die schlichtende Person einen Schlichtungsvorschlag, den die Beteiligten annehmen können – vertragliche Bindung entsteht nur im Fall beiderseitiger Annahme.

Für die Einrichtung eines Schlichtungsverfahrens unter Mitwirkung der ADS als Schlichtungsstelle gibt es somit in der Rechtsordnung Vorbilder, und es stellt sich die Frage, ob und in welcher Form ein solches Verfahren etabliert werden sollte.

Aufgrund der vermutlich immer noch recht hohen Vergleichsquote in antidiskriminierungsrechtlichen Streitigkeiten²⁶¹ liegt der Schluss nahe, dass ein Schlichtungsverfahren eine niedrigschwellige und kostengünstige Alternative zu gerichtlichem Rechtsschutz darstellen könnte, da die Einigungsbereitschaft in derartigen Fällen hoch zu sein scheint. Die Gründe für diese hohen Vergleichsquoten sind allerdings nicht eindeutig identifizierbar. Sie könnten darauf zurückzuführen sein, dass Betroffene vor allem dann gerichtlichen Rechtsschutz anstreben, wenn sie in der Lage sind, den Indizienbeweis des § 22 AGG gerichtsfest zu erbringen, oder aber wegen der oben ausgeführten Herausforderungen bei der Erlangung effektiven Rechtsschutzes nur solche Fälle überhaupt zu Gericht gelangen, in denen die Diskriminierung offensichtlich und schwerwiegend und aus diesem Grund die Vergleichsbereitschaft hoch ist.²⁶²

Das Interesse der Verwender*innen von ADM-Systemen an einem Schlichtungsverfahren könnte jedenfalls darin bestehen, dass es ihnen einen nicht-öffentlichen Rahmen bietet, die Diskriminierungsfreiheit ihres ADM-Systems zu belegen beziehungsweise ihnen in einem Prozess obliegenden Beweispflichten nachzukommen, ohne die Arbeitsweise ihres ADM-Systems und etwaiger Geschäftsgeheimnisse einer breiten Öffentlichkeit im Rahmen eines Gerichtsverfahrens zugänglich machen zu müssen.

Eine Bündelung antidiskriminierungsrechtlicher Schlichtungen bei der Antidiskriminierungsstelle als unabhängiger, antidiskriminierungsrechtlich kompetenter Einrichtung wäre folgerichtig und läge im Interesse aller Beteilig-

261 Mahlmann/Rottleuthner, Diskriminierung in Deutschland, S. 373 ff.

262 Beigang/Boll/Egenberger/Hahn/Leidinger/Tischbirek/Tuner, Fn. 257, S. 143.

ten an einer kompetenten Schlichtung. Die speziell zur Diskriminierung durch ADM-Systeme erforderlichen Fachkenntnisse ließen sich ebenfalls an einer solchen zentralen Schlichtungsstelle bündeln und weiterentwickeln beziehungsweise ausbauen.

Ein solches Schlichtungsverfahren könnte freiwillig oder einseitig verpflichtend sein. Gegen die Etablierung eines dem VSBG nachgebildeten freiwilligen Schlichtungsverfahrens spricht die voraussichtlich tendenziell geringe Bereitschaft der Verwender*innen von ADM-Systemen, an einem solchen freiwilligen Verfahren teilzunehmen. Bei Diskriminierung durch ADM-Systeme sind die Herausforderungen für Betroffene bei der Beweisführung besonders groß und die jetzige Ausgestaltung des AGG versetzt Betroffene nur begrenzt in die Lage, die nötigen Beweise zu erbringen.²⁶³ Das spielt den Verwender*innen dieser Systeme in die Karten und mindert den Anreiz, an einem freiwilligen Schlichtungsverfahren teilzunehmen. Daher erscheint die Einführung eines einseitig **verpflichtenden Schlichtungsverfahrens** vorzugswürdig.²⁶⁴ Beantragen Betroffene die Durchführung eines solchen Verfahrens, wären Verwender*innen verpflichtet, an diesem Schlichtungsverfahren teilzunehmen.

3.2.1.5 Auskunftsrecht der Antidiskriminierungsstelle

Um Betroffene bei der Durchsetzung von Ansprüchen aufgrund einer Benachteiligung durch ein ADM-System effektiv unterstützen zu können, bedarf die ADS eines Auskunftsrechts gegenüber den Verwender*innen dieser Systeme. Bisher gibt es keine gesetzliche Grundlage für Auskunftsrechte der ADS, nur die Unabhängige Bundesbeauftragte für Antidiskriminierung hat gemäß § 28 Absatz 4 Satz 1 AGG ein Auskunftsrecht gegenüber allen Bundesbehörden und sonstigen öffentlichen Stellen im Bereich des Bundes. Für den privaten Sektor steht auch ihr ein vergleichbares Recht nicht zu. Dieses Defizit ist im Rahmen von Benachteiligungen, die auf ADM-Systeme zurückgehen, besonders schwerwiegend.

²⁶³ Siehe oben 2.3.5.

²⁶⁴ So auch Steffek/Greger, Fn. 258, mit Blick auf das VSBG; Beigang/Boll/Egenberger/Hahn/Leidinger/Tischbirek/Tuner, Fn. 257, S. 143.

Ein Auskunftsrecht wäre so auszugestalten, dass es einerseits die Interessen der Betroffenen an umfassender Aufklärung und andererseits die Interessen der Verwender*innen an der Wahrung ihrer Geschäftsgeheimnisse in Ausgleich bringt. Inhaltlich muss der ADS Auskunft über den der Verwendung zugrunde liegenden Algorithmus sowie Trainings-, Test- und Anwendungsdaten gewährt werden. Im Sinne einer Verbesserung des Rechtsschutzes gegen Diskriminierung durch ADM-Systeme ist gerade eine Auskunft über die Funktionsweise eines der Verwendung zugrunde liegenden ADM-Systems erforderlich.²⁶⁵ Durch Geheimhaltungsverpflichtungen und *In-Camera*-Verfahren könnte der Schutz der Verwender*innen von ADM-Systemen gewährleistet werden.

Grundsätzlich wäre das AGG richtiger Anknüpfungspunkt für ein solches Auskunftsrecht der ADS, hier ist sie institutionalisiert und hier sind ihre Befugnisse geregelt. Allerdings ist dies ohne eine gesetzliche Erweiterung dieser Befugnisse nicht möglich. Die ADS ist bislang als *beratende und unterstützende Institution* konzipiert. Ein unmittelbar ihr selbst zustehendes Auskunftsrecht ist für diese Aufgabenerfüllung grundsätzlich nicht erforderlich und könnte daher als systemwidrig wahrgenommen werden. Es ist aber zu bedenken, dass bereits im Rahmen der ihr zugewiesenen Aufgabe, bei den Beteiligten auf eine gütliche Einigung hinzuwirken (§ 27 Absatz 2 Nr. 3 AGG), im Interesse einer fundierten Beurteilung des in Rede stehenden Falles ein Auskunftsrecht der ADS angezeigt wäre, sodass es auch ohne umfassende Erweiterung und Veränderung der Befugnisse der ADS zu realisieren wäre. Erweitert man die Befugnisse der ADS hingegen um ein Verbandsklagerecht²⁶⁶, so wäre ein damit verbundenes Auskunftsrecht im Interesse effektiven Rechtsschutzes geboten und eine gesetzliche Anknüpfung im entsprechend modifizierten AGG kohärent möglich.

3.2.1.6 Untersuchungsrechte nach KI-VO-E

Aus den bestimmten nationalen Behörden und öffentlichen Stellen zustehenden Zugangsrechten aus Artikel 64 KI-VO-E oder einer Qualifizierung der ADS als Marktüberwachungsbehörde gemäß Artikel 63, 64 Absatz 1, 2, 65 KI-VO-E könnten sich Untersuchungsrechte der ADS ableiten lassen.

²⁶⁵ Hacker, S. 1173 f.

²⁶⁶ Siehe oben 3.2.1.1.

Artikel 64 KI-VO-E

Ein solches Untersuchungsrecht der ADS könnte sich etwa aus Artikel 64 KI-VO-E ergeben. Artikel 64 KI-VO soll zukünftig die Befugnisse der für den Schutz der Grundrechte zuständigen Behörden beziehungsweise öffentlichen Stellen regeln. Dort heißt es, dass nationale Behörden oder öffentliche Stellen, die die Einhaltung des Unionsrechts zum Schutz der Grundrechte in Bezug auf den Einsatz der in Anhang III aufgeführten Hochrisiko-KI-Systeme überwachen oder durchsetzen, dazu befugt sind, alle auf der Grundlage dieser Verordnung erstellten oder geführten Unterlagen anzufordern und einzusehen, sofern der Zugang zu diesen Unterlagen für die Ausübung ihres Auftrags im Rahmen ihrer Befugnisse notwendig ist, Artikel 64 Absatz 3 Satz 1 KI-VO-E. Die öffentliche Stelle hat die Marktüberwachungsbehörde²⁶⁷ darüber zu informieren, Absatz 3 Satz 2. Zugleich kann sie, wenn die vom betroffenen Akteur erhaltene Dokumentation nicht ausreicht, bei der Marktüberwachungsbehörde mit einem begründeten Antrag die Durchführung technischer Tests von Hochrisiko-KI-Systemen verlangen, Absatz 5.

Ob die ADS eine öffentliche Stelle im Sinne dieses Artikels der KI-VO ist, ist bisher nicht eindeutig geklärt. Eine Legaldefinition des Begriffs enthält der KI-VO-E nicht. Die ADS ist als fachlich unabhängige, dem Bundesministerium für Familie, Senioren, Frauen und Jugend zugeordnete Anlaufstelle grundsätzlich eine öffentliche Stelle. Für den Status der ADS als *öffentliche Stelle* im Sinne des Artikel 64 Absatz 3 KI-VO-E spricht weiterhin, dass in anderen Regelungsmaterien des Unionsrechts ein weites Verständnis des Begriffs greift.²⁶⁸ Zudem wurde die ADS aufgrund EU-rechtlicher Verpflichtungen errichtet.²⁶⁹ Für eine Subsumtion der ADS unter Artikel 64 KI-VO spricht darüber hinaus, dass der Entwurf des Rates explizit ausführt, dass öffentliche Stellen zum Schutz der Grundrechte „einschließlich des Rechts auf Nichtdiskriminierung“ umfasst sind.²⁷⁰ Es ist daher davon auszugehen, dass der Rat explizit die nach EU-Recht

267 Zu deren Rolle sogleich.

268 Siehe etwa die Definitionen in Art. 2 Nr. 1, 2 RL 2003/98/EG, auf die auch der EDSA zur Auslegung des Begriffs in der DSGVO verweist, Leitlinien 2/2020 Rn. 8, unter https://edpb.europa.eu/system/files/2021-05/edpb_guidelines_202002_art46guidelines_internationaltransferspublicbodies_v2_de.pdf (zuletzt abgerufen am 1. April 2023).

269 Insbesondere Art. 13 der Antirassismus-Richtlinie; Art. 8 a der RL 76/207/EWG – Gender-Richtlinie; dazu Ernst/Braunroth/Franke/Wascher AGG, § 25 Rn. 1.

270 https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/PDF/?uri=CONSIL:ST_15698_2022_INIT&from=EN (zuletzt abgerufen am 1. April 2023).

existierenden Antidiskriminierungsstellen im Blick hatte. Dafür spricht auch, dass der Erwägungsgrund 79a des Entwurfs des Rates – wie zuvor Erwägungsgrund 79 KI-VO-E – ausdrücklich Gleichstellungsstellen als zum Zugang berechnete Stellen benennt.

Das Recht auf Zugang zu aufgrund der KI-VO erstellter Dokumentation ist jedoch nach dem Wortlaut an bestehende Befugnisse der ADS gekoppelt. Unterlagen können danach nur insofern angefordert und eingesehen werden, als der Zugang zu diesen für die Ausübung ihres Auftrags im Rahmen ihrer Befugnisse notwendig ist, Artikel 64 Absatz 3 Satz 1 KI-VO-E. Entsprechend werden sich die Untersuchungsrechte aus Artikel 64 KI-VO an der derzeitigen Rolle der ADS als Vermittlungs- und Unterstützungsstelle orientieren und nicht über ihre dortigen Befugnisse hinausgehen. Hier wird der weitere Gesetzgebungsverlauf abzuwarten sein, der möglicherweise Antwort auf die Frage gibt, ob die ADS ausdrücklich unter diese Norm fallen wird oder ob gegebenenfalls der nationale Gesetzgeber Änderungen an der Stellung der ADS vornehmen muss, um ihr die entsprechenden Untersuchungsrechte einzuräumen.

Die mit Artikel 64 KI-VO-E einhergehenden Rechte wären bereits für sich genommen ein zielführender Ansatzpunkt im Bestreben, die ADS in die Lage zu versetzen, die Rechtsdurchsetzung bei Diskriminierungen durch ADM-Systeme und die Rechtsschutzmöglichkeiten, die das AGG bietet, zu verbessern.

Artikel 63, 64 Absatz 1, 2, 65 KI-VO-E

Möglicherweise lässt sich die ADS auch als Marktüberwachungsbehörde im Sinne des Artikel 65 KI-VO-E qualifizieren. Dies würde ihr eine – verglichen mit den Untersuchungsrechten aus Artikel 64 KI-VO-E – nochmals stärkere Stellung mit deutlich weitreichenderen Untersuchungsrechten und weiteren Abhilfemaßnahmen verschaffen.

Nach Artikel 65 Absatz 2 KI-VO-E prüfen Marktüberwachungsbehörden das betreffende KI-System im Hinblick auf die Erfüllung aller in dieser Verordnung festgelegten Anforderungen und Pflichten. Dabei sollen sie uneingeschränkten Zugang zu den von den Anbietern genutzten Trainings-, Validierungs- und Testdatensätzen – auch über Anwendungsprogrammierschnittstellen (API) oder sonstige für den Fernzugriff geeignete technische Mittel und Instrumente – erhalten, Artikel 64 Absatz 1 KI-VO-E, und, sofern dies für die Bewertung

der Konformität der Hochrisiko-KI-Systeme mit den in Titel III Kapitel 2 festgelegten Anforderungen notwendig ist, auf deren begründetes Verlangen Zugang zum Quellcode des KI-Systems gewährt bekommen, Absatz 2.

Aufbauend auf dieser Untersuchungsgrundlage gehen die Befugnisse der Marktüberwachungsbehörde so weit, dass sie die betroffenen Akteur*innen dazu auffordern kann, Korrekturmaßnahmen zu ergreifen, Absatz 2; im Falle der Non-Konformität des Systems hat sie die Befugnis, geeignete vorläufige, einschränkende Maßnahmen zu treffen, um die Bereitstellung des KI-Systems auf ihrem nationalen Markt zu verbieten oder einzuschränken, das Produkt vom Markt zu nehmen oder es zurückzurufen, Artikel 65 Absatz 5 KI-VO-E. Unterstützt werden die Marktüberwachungsbehörden dabei von anderen öffentlichen Stellen, mit denen sie sich austauschen und die Untersuchungen anregen können. Die Untersuchungs- und insbesondere Abhilfebefugnisse von Marktüberwachungsbehörden gehen damit deutlich weiter als die der Behörden und öffentlichen Stellen nach Artikel 64 KI-VO-E. Die Zuständigkeit der ADS würde massiv ausgeweitet und ihre Rolle im Antidiskriminierungsrecht deutlich gestärkt.

Marktüberwachungsbehörden sind nach Artikel 10 Absatz 2 VO (EU) 2019/1020, auf die Artikel 63 KI-VO-E bezüglich KI-Systemen verweist, durch die Mitgliedstaaten auf ihren jeweiligen Hoheitsgebieten zu benennen und der Kommission mitzuteilen. Entsprechend müsste der nationale Gesetzgeber klarstellen, dass die ADS als solche Behörde tätig werden soll, und dies der Kommission mitteilen.

3.2.2 Behördliche Aufsichtsbefugnisse

Angesichts der dargestellten Herausforderungen beim Schutz vor Diskriminierung durch ADM-Systeme stellt sich die Frage nach der Notwendigkeit staatlicher Aufsicht. Eine Überprüfung algorithmischer Systeme auf Diskriminierungen erfordert in vielen Fällen einen Zugriff auf die Trainings- und Testdaten oder sogar den Quellcode des Systems. Dies gilt insbesondere bei individualisierten Angeboten wie der dynamischen, personalisierten Preisbildung, bei denen wegen fehlender Sichtbarkeit vergleichbarer Sachverhalte die Aufdeckung einer Benachteiligung ohne Einblick in die internen Daten kaum

möglich sein wird;²⁷¹ bei selbstlernenden Algorithmen wird es eines Zugriffs auf die Trainingsdaten bedürfen.²⁷² Solche Daten sind regelmäßig als Geschäftsgeheimnisse besonders geschützt,²⁷³ sodass die Zugriffsmöglichkeiten für Private und privatrechtliche Institutionen beschränkt sind. Eine Ergänzung des durch das AGG bereits gewährleisteten Individualrechtsschutzes durch behördliche *Aufsichtsbefugnisse* ist daher im Interesse eines wirksamen präventiven Schutzes vor Diskriminierung besonders geboten. Für eine solche Lösung kann das Datenschutzrecht Modell stehen.

Im europäischen Datenschutzrecht ist das Modell einer staatlichen Kontrolle von Beginn an verankert,²⁷⁴ die Hauptfunktion der europäischen Datenschutzaufsicht ist die eines Grundrechtshüters.²⁷⁵ Sie ist als Gegengewicht zu Macht- und Informationsasymmetrien zwischen datenverarbeitender Stelle und betroffener Person, die aus den Charakteristika und Eigenheiten des Regelungsgegenstands „Datenverarbeitung“ folgen, ausgestaltet. Diesen Macht- und Informationsasymmetrien muss eine effektive externe Aufsicht über die Einhaltung datenschutzrechtlicher Vorschriften gegenüberstehen.²⁷⁶ Datenschutzrecht und Antidiskriminierungsrecht überschneiden sich in ihren Schutzzwecken – und soweit es speziell um den Schutz vor Diskriminierungen durch ADM-Systeme geht, auch in ihrem Anwendungsbereich. Gegenstand und Ziel des Datenschutzrechts ist der Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten natürlicher Personen (darunter fallen auch die Gleichheitsrechte aus den Artikeln 20, 21 und 23 GRCh beziehungsweise Artikel 3 GG) im Zusammenhang mit der Verarbeitung personenbezogener Daten, Artikel 1 Absatz 2 DSGVO. Der Schutz vor Benachteiligungen fällt folglich insoweit in den Aufgabenbereich der Datenschutzaufsichtsbehörden, als sie im Zusammen-

271 SVRV, Fn. 129, S. 40; Busch Fn. 162, S. 53.

272 Hennig-Bodewig, Fn. 162, S. 171.

273 Busch, Fn. 162 mit Verweis auf die YELP-Entscheidungen (KG, MMR 2016, 352; OLG Hamburg, MMR 2016, 355) und die Schufa-Entscheidung (BGH, NJW 2014, 1235); so auch Podszun/Busch/Hennig-Bodewig, Fn. 162, S. 171.

274 Im weltweit ersten Datenschutzgesetz in Hessen war 1970 bereits eine institutionalisierte Datenschutzaufsicht vorgesehen, Kibler, Datenschutzaufsicht im europäischen Verbund, 2021, S. 4 f.

275 EuGH, C-518/07, ECLI:EU:C:2010:125, 21 ff., insbesondere 23 – Kommission / Deutschland; EuGH, C-614/10, ECLI:EU:C:2012:631 – Kommission / Österreich; EuGH, ECLI:EU:C:2014:237, 47 f. – Kommission / Ungarn; vergleiche auch Spiecker gen. Döhmann, Fn. 141, S. 97 (100 f.); Thomé, Reform der Datenschutzaufsicht, 2014, S. 68, 121 f.

276 Spiecker gen. Döhmann, Fn. 141, S. 97 (104 ff.).

hang mit der Verarbeitung personenbezogener Daten stehen. Dies wird beim Einsatz algorithmischer Systeme gegenüber einer Einzelperson regelmäßig der Fall sein.²⁷⁷ Allerdings ist Regelungsgegenstand des Datenschutzrechts *der Vorgang der Verarbeitung* und nicht *ein Algorithmus oder eine Software*, die zahlreiche Datenverarbeitungsvorgänge enthält. Verarbeitet ein Algorithmus personenbezogene Daten, kann die Datenschutzaufsichtsbehörde etwa überprüfen, ob die Verantwortlichen das Risiko einer Diskriminierung richtig eingeschätzt und angemessene technische und organisatorische Maßnahmen zu dessen Reduzierung nach Artikel 25 Absatz 1 DSGVO getroffen haben; oder ob entgegen Artikel 22 Absatz 1 DSGVO eine ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung beruhende Entscheidung ohne Einwilligung oder Rechtsgrundlage aus Absatz 2 getroffen wurde. Dazu stehen der Behörde auch entsprechende Auskunftsbefugnisse gegenüber dem Verantwortlichen gemäß Artikel 58 Absatz 1 lit. e DSGVO zu. Die Datenschutzaufsichtsbehörde ist allerdings nicht befugt, gegenüber Entwickler*innen oder Nutzer*innen zu untersuchen, ob ein Algorithmus oder eine Software diskriminierende *Biases* enthält oder im konkreten Fall gegenüber einer betroffenen Person eine diskriminierende Entscheidung getroffen hat.

Gerade eine solche Aufsichtsfunktion ist wegen der erheblichen Risiken des Einsatzes von ADM-Systemen und der erschwerten Rechtsdurchsetzung jedoch notwendig. Es sollten folglich **behördliche Aufsichtsbefugnisse speziell im Hinblick auf algorithmenbasierte Benachteiligungen durch ADM-Systeme** eingeführt werden, die über die bereits bestehenden Befugnisse der Datenschutzaufsichtsbehörde hinausgehen. Solche speziellen Befugnisse zur Aufsicht über algorithmische Systeme könnten entweder den Datenschutzaufsichtsbehörden ergänzend übertragen werden,²⁷⁸ oder sie können auf eine andere spezialisierte Behörde übertragen werden – etwa die ADS. Vorgetragen wird in diesem Kontext auch die Forderung, das Kartellrecht stärker mit dem

277 Vergleiche zur Verarbeitung personenbezogener Daten durch Systeme sog. künstlicher Intelligenz Spiecker gen. Döhmann, AI and Data Protection, in: DiMatteo/Poncibò/Cannarsa, Handbook of Artificial Intelligence – Global Perspectives on Law and Ethics, S. 133.

278 Nach Einschätzung des SVRV, Fn. 129, S. 76 sei dies angesichts der Länderkompetenzen politisch schwer durchsetzbar.

Verbraucherrecht zu verzahnen und außerdem das Bundeskartellamt mit Aufsichtsbefugnissen gegenüber der Digitalwirtschaft auszustatten.²⁷⁹

Wo auch immer die behördliche Aufsicht aufgehängt ist – wenn sie wirksam sein soll, muss sie über die erforderlichen Auskunfts- und Informationsrechte verfügen, die für die Überprüfung algorithmischer Systeme erforderlich sind, das heißt, sie muss erforderlichenfalls Zugriff auf die Trainings- und Kontrolldaten und den Quellcode eines Systems verlangen können und über eine hinreichende Ressourcenausstattung zur angemessenen Erfüllung ihrer Aufgabe verfügen.²⁸⁰ Nur, wenn die ADS auch die notwendige personelle und sachliche Ausstattung einsetzen kann, kann sie ihre Befugnisse wirksam ausüben. Auch hier können zusätzliche Geheimhaltungspflichten dem Interesse der Verwender*innen nach Schutz ihrer Geschäftsgeheimnisse Rechnung tragen.

Bei entsprechender Erweiterung ihrer Kompetenzen²⁸¹ bietet sich jedoch aufgrund ihrer besonderen antidiskriminierungsrechtlichen Expertise und ihrer Rolle als Anlaufstelle für von Benachteiligung Betroffene die ADS in besonderem Maße als Aufsichtsbehörde an.

3.2.3 Selbstregulierungsmaßnahmen auf Seiten der Verwender*innen

Die Verpflichtung der Verwender*innen von ADM-Systemen, sich Regulierungsmaßnahmen hinsichtlich Qualitäts- und Transparenzstandards zu unterwerfen, deren Einhaltung nicht durch den Staat, sondern durch Private kontrolliert wird, könnte ein die Geschäftsinteressen der Verwender*innen schonendes und damit weniger eingriffsintensives Mittel zur Verbesserung des Rechtsschutzes gegen benachteiligende Entscheidungen von ADM-Systemen sein. Derartige Selbstregulierungsmaßnahmen stellen gerade im Bereich der

279 Vergleiche zum Konzept einer Digitalagentur für Deutschland nach Vorbildern aus GB, USA und den Niederlanden SVRV, Fn. 129, S. 71 ff.; kritisch dazu Körber, Das Bundeskartellamt auf dem Weg zur Digitalagentur?, WuW 2018, 173; allgemeiner zur Einbindung des BKartA in den Verbraucherschutz, Podszun/Busch/Hennig-Bodewig, Fn. 129.

280 Vergleiche die Ausführungen zu Untersuchungsrechten nach KI-VO 3.2.1.6.

281 Siehe oben 3.2.1.

Technikregulierung ein bekanntes Mittel zur Verbesserung der Regelbefolgung und der Verhinderung von Vollzugsdefiziten dar, wobei verschiedene Regelungsbereiche unterschiedliche Maßnahmen oder Ausgestaltungen von Maßnahmen zur Selbstregulierung vorsehen.

- Eine Variante einer Selbstregulierungsmaßnahme sind **Konformitätsbewertungsverfahren**. Diese können einerseits, wie in dem KI-VO-E in den Artikeln 19 Absatz 1, 43 KI-VO-E, als Verfahren interner Kontrolle ausgestaltet sein, in denen Verwender*innen eines ADM-Systems selbst das Qualitätsmanagement und die technische Dokumentation einschätzen und bewerten.²⁸² Möglich ist aber auch die Vornahme der Konformitätsbewertung durch Dritte, wie zum Beispiel staatlich notifizierte Stellen.²⁸³ Eine Konformitätsbewertung könnte dabei durch eine Kennzeichnung oder eine Erklärung nach außen wirken.
- Eine weitere Maßnahme der Selbstregulierung könnten **Zertifizierungen** sein, wie sie insbesondere im Datenschutzrecht gesetzlich vorgesehen sind. Im Gegensatz zum KI-VO-E, welcher Anwender*innen einer Pflicht zu einer Form der Konformitätsbewertung unterstellt, hält das Datenschutzrecht in Artikel 42 DSGVO ein freiwilliges Zertifizierungsverfahren bereit. Es hat eine umfassende datenschutzrechtliche Prüfung der Verarbeitungsvorgänge zum Gegenstand und ist damit deutlich eingriffsintensiver. Dafür kommt einer erteilten Zertifizierung jedoch eine Nachweis- und Garantiefunktion in Bezug auf die Einhaltung bestimmter gesetzlicher Anforderungen im Fall einer behördlichen Kontrolle zu.²⁸⁴ Auch im Datenschutzrecht unterliegen Zertifizierungsstellen einer öffentlichen Kontrolle, hier jedoch in Form einer Akkreditierung durch die Aufsichtsbehörden, vergleiche Artikel 43 DSGVO.
- Auch **Qualitätsmanagementsysteme** können die Beachtung von rechtlichen und technischen Anforderungen oder Dokumentations- und Transparenzpflichten sicherstellen. Im Rahmen eines solchen Systems können verpflichtend schriftliche Regeln, Verfahren und Anweisungen in Bezug auf unterschiedliche Aspekte des Systems aufgestellt und ihre Einhaltung dokumentiert werden. Das versetzt zudem die Verwender*innen solcher

282 Ebert/Spiecker gen. Döhmman, Fn. 187, S. 1191.

283 Vergleiche zu Artt. 19 Absatz 1, 48, 49 KI-VO-E Ebert/Spiecker gen. Döhmman, Fn. 187, S. 1191.

284 Müllmann/Spiecker gen. Döhmman, Extra DSGVO nulla salus? Zur Zulässigkeit nicht akkreditierter Datenschutzsiegel nach Artt. 42 f. DSGVO, DVBl 2022, S. 208, 211.

Systeme in die Lage, Abweichungen von Prozessen und Anforderungen schnell zu erkennen und Gegenmaßnahmen zu implementieren.

- Schließlich ist auch die Etablierung technischer Standards gerade mit Blick auf ihre Entstehung eine besondere Form der Selbstregulierung. Auf etablierte technische Standards kann im Rahmen gesetzlicher Regeln Bezug genommen werden. Durch die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe, wie zum Beispiel des „Standes der Technik“, ist es der Legislative möglich, ein variables Sicherheitsniveau festzulegen, das auf technische Neuerungen und geänderte Bedrohungslagen flexibel reagieren kann. Die inhaltliche Bestimmung der Anforderungen an die von Gesetzes wegen zu gewährleistende Sicherheit erfolgt sodann meist über die Heranziehung technischer und organisatorischer Standards, wie zum Beispiel der DIN- oder ISO-Normen.²⁸⁵ Die Standards werden dabei von Branchenvertretern als Mitgliedern der nationalen oder internationalen Standardisierungsorganisationen entwickelt. Während so zwar sichergestellt werden kann, dass praktikable und relevante Ansprüche entwickelt und formuliert werden, besteht zugleich die Gefahr, dass die Regelsetzung einseitig durch große Akteure bestimmt wird oder auch ein zu geringes Niveau mit einer einseitigen Interessenrichtung festgelegt wird. Durch die Mitwirkung öffentlicher Akteure – wie etwa der ADS – entweder bereits an der Entwicklung oder auch an der späteren Feststellung der Adäquanz von Standards besteht die Möglichkeit der Einflussnahme des Staates sowie einer vorgehenden Eignungsprüfung. Möglich ist aber auch die Vorgabe eines Anforderungskataloges durch eine Behörde, wie zum Beispiel im Fall des § 11 Absatz 1a Satz 2 Energiewirtschaftsgesetz (EnWG). Das Umweltrecht kennt mit von Expertengremien entwickelten, halbstaatlichen Standards²⁸⁶ oder auch dem als „Sevilla-Prozess“ bezeichneten Verfahren zur Identifizierung der besten verfügbaren Technik²⁸⁷ zudem Möglichkeiten der verbindlichen Inkorporation von staatlich durch Experten entwickelten Standards, die auch bei der (Selbst-)Regulierung von ADM-Systemen herangezogen werden könnten.

Die Etablierung von Maßnahmen zur Selbstregulierung im Kontext der Verwendung von ADM-Systemen erscheint ebenso hilfreich wie sinnvoll.

285 Hoffmann/Müllmann, Das Standardsetzungsmodell des IT-Sicherheitsrechts im Kontext kritischer Infrastrukturen, Die Verwaltung 55 (2022), Heft 4, im Erscheinen.

286 Vergleiche Hoffmann/Müllmann, Fn. 285.

287 Vergleiche Hoffmann/Müllmann, Fn. 285.

Hierbei kann wie aufgezeigt auf eine Vielzahl in der Technikregulierung erprobter und etablierter Instrumente zurückgegriffen werden. Der Anwendungsbereich und die Reichweite dieser Maßnahmen müssten angesichts der Bedeutung des Diskriminierungsschutzes jedoch weit gefasst werden. Vor diesem Hintergrund ist zum Beispiel die Verankerung eines Systems mit verbindlichen Zertifizierungen durch staatlich akkreditierte Stellen Maßnahmen mit wenigen objektivierenden Anteilen wie Selbsteinschätzungen und -bewertungen vorzuziehen. Sofern durch das Gesetz Standards in Bezug genommen werden, sollte ferner sichergestellt werden, dass diese jedenfalls zu einem gewissen Grad auch staatlicher Kontrolle oder Billigung unterliegen, um den Bedenken gegenüber dem Konzept der Selbstregulierung Rechnung zu tragen.²⁸⁸ Dies sollte auch für die Einbeziehung von Verhaltensregeln gelten.

²⁸⁸ Siehe oben 2.5.2.

Literaturverzeichnis

Agentur der Europäischen Union für Grundrechte und Europarat (Hrsg.), Handbuch zum Europäischen Antidiskriminierungsrecht, 2018, https://www.echr.coe.int/Documents/Handbook_non_discrim_law_DEU.pdf (zuletzt abgerufen am 1. April 2023).

Algorithmwatch, Automating Society – Taking Stock of Automated Decision Making in the EU, 2019.

Algorithmwatch, Atlas der Automatisierung, <https://atlas.algorithmwatch.org/report/> (zuletzt abgerufen am 1. April 2023).

Altenburger, Kristen M./Ho, Daniel E., When Algorithms Import Private Bias into Public Enforcement, *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 175 (2019), Seite 98 ff.

Althoff, Nina, Das Diskriminierungsverbot im deutschen Recht, in: Scherr/El-Mafaalani/Yüksel (Hrsg.), *Handbuch Diskriminierung*, 2017, Seite 239.

Angwin, Julia/Larson, Jeff/Mattu, Surya/Kirchner, Lauren, Machine Bias, <https://www.propublica.org/article/machine-bias-risk-assessments-in-criminal-sentencing> (zuletzt abgerufen am 1. April 2023).

Arrow, Kenneth J., What has Economics to Say about Racial Discrimination?, *The Journal of Economic Perspectives* 12 (1998), Seite 91.

Bachgrund, Richard/Nesum, Lonk/Bernstein, Max/Burchard, Christoph, Das Pro und Contra für Chatbots in Rechtspraxis und Rechtsdogmatik, *CR* 2023, Seite 132.

Baer, Susanne, § 5 Das Kategorienproblem und die Herausbildung eines postkategorialen Antidiskriminierungsrechts, in: Mangold/Payandeh (Hrsg.), *Antidiskriminierungsrecht 2022*, Seite 223.

Baer, Susanne/Markard, Nora, Artikel 3 GG, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, *Grundgesetz*, 7. Auflage 2018.

Barocas, Solon/Selbst, Andrew D., Big Data's Disparate Impact, California Law review, Vol. 104 (2016), Seite 671.

Bauer, Jobst-Hubertus/Krieger, Steffen/Günther, Jens, Gleichbehandlungsgesetz Entgelttransparenzgesetz, Kommentar, 5. Auflage 2019.

Beigang, Steffen/Boll, Friederike/Egenberger, Vera/Hahn, Lisa/Leidinger, Andreas/Tischbirek, Alexander/Tuner, Defne, Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung des Diskriminierungsschutzes bei der Begründung, Durchführung und Beendigung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse, 2021.

Berghahn, Sabine/Klapp, Micha/Tischbirek, Alexander, Evaluation des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes. Erstellt im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, 2016.

Braunroth, Anna, Die zivilprozessuale Musterfeststellungsklage – ein Instrument zur kollektiven Durchsetzung des AGG?, VuR 2018, Seite 455.

Buchholtz, Gabriele/Scheffel-Kain Martin, Algorithmen und Proxy Discrimination in der Verwaltung: Vorschläge zur Wahrung digitaler Gleichheit, NVwZ 2022, Seite 612.

Buolamwini, Joy/Gebru, Tamnit, Gender Shades: Intersectional Accuracy Disparities in Commercial Gender Classification, Proceedings of Machine Learning Research (81) 2018, Seite 1.

Bachgrund, Richard/Nesum, Lonk/Bernstein, Max/Burchard, Christoph, Das Pro und Contra für Chatbots in Rechtspraxis und Rechtsdogmatik, CR 2023, 132

Busch, Christoph, Algorithmic Accountability, ABIDA – Assessing Big Data, 2018.

Calliess, Graf-Peter, Grenzüberschreitende Verbraucherverträge. Rechtssicherheit und Gerechtigkeit auf dem elektronischen Weltmarktplatz, 2006.

Chopin, Isabelle/Do, Thien Uyen, Developing anti-discrimination law in Europe, 2011.

Custers, Bart/Calders, Toon/Schermer, Bart/Zarsky, Tal (Hrsg.), Discrimination and Privacy in Information Society, 2013.

Däubler, Wolfgang/Beck, Thorsten (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz mit Entgelttransparenzgesetz und Berliner LADG, 5. Auflage 2022.

Deinert, Olaf/Welti, Felix/Luik, Steffen/Brockmann, Judith, StichwortKommentar Behindertenrecht, 3. Auflage 2022.

Dörr, Oliver/Grote, Rainer/Marauhn, Thilo (Hrsg.), EMRK/GG Konkordanzkommentar zum europäischen und deutschen Grundrechtsschutz, 3. Auflage 2022.

Dzida, Boris/Groh, Naemi, Diskriminierung nach dem AGG beim Einsatz von Algorithmen im Bewerbungsverfahren, NJW 2018, Seite 1917.

Ebert, Andreas/Spiecker gen. Döhmann, Indra, Die EU als Trendsetter weltweiter KI-Regulierung: Der Kommissionsentwurf für eine KI-Verordnung der EU, NVWZ 2021, Seite 1188.

Ernst, Christian, Algorithmische Entscheidungsfindung und personenbezogene Daten, JZ 2017, Seite 1026.

Ernst, Hildegund/Braunroth, Anna/Franke, Bernhard/Wascher, Angelika/Lenz, Martin, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 2. Auflage 2013.

Freyler, Carmen, Robot-Recruiting, Künstliche Intelligenz und das Antidiskriminierungsrecht, NZA 2020, Seite 284.

Fries, Martin, Verbraucherrechtsdurchsetzung, 2016.

Fröhlich, Wiebke, Männer fahren LKW, Frauen erziehen Kinder. Diskriminierendes Gendertargeting durch Facebook, VerfBlog, 6. November 2020, <https://verfassungsblog.de/diskriminierende-facebook-algorithmen/> (zuletzt abgerufen am 1. April 2023).

Fröhlich, Wiebke/Spiecker gen. Döhmann, Indra, Können Algorithmen diskriminieren?, Verfassungsblog v. 26. Dezember 2018, <https://verfassungsblog.de/koennen-algorithmen-diskriminieren/> (zuletzt abgerufen am 1. April 2023).

Gärditz, Klaus Ferdinand, § 4 Adressaten des Antidiskriminierungsrechts: Staat und Private, in: Mangold/Payandeh (Hrsg.), Antidiskriminierungsrecht 2022, Seite 171.

Geiger, Rudolf/Khan, Daniel-Erasmus/Kotzur, Markus (Hrsg.), EUV AEUV Kommentar, 6. Auflage 2017.

Gerards, Janneke/Xenidis, Raphaële, Algorithmic discrimination in Europe. Challenges and Opportunities for Gender Equality and non-discrimination Law, 2021, Seite 45.

Gerards, Janneke/Zuiderveen Borgesius, Frederik, Protected Grounds and the System of Non-Discrimination Law in the Context of Algorithmic Decision-Making and Artificial Intelligence, Colorado Technology Law Journal, Vol. 20 (2022), Seite 1.

Gleichstellungsministerkonferenz (Hrsg.), Beschlüsse und Entschließungen der 30. Konferenz der Gleichstellungs- und Frauenministerinnen und -minister, -senatorinnen und -senatoren der Länder, Sonderkonferenz am 25. Juni 2020 (zitiert als: GFMK (2020)).

Grünberger, Michael, Reformbedarf im AGG: Beweislastverteilung beim Einsatz von KI, ZRP 2021, Seite 232.

Hacker, Philipp, Teaching Fairness to Artificial Intelligence: Existing and Novel Strategies against Algorithmic Discrimination under EU Law, Common Market Law Review, 55 (2018), Seite 1143 ff.

Hacker, Philipp, Europäische und nationale Regulierung von Künstlicher Intelligenz, NJW 2022, Seite 2142, 2146.

Hänold, Stefanie, Profiling und Automatisierte Einzelentscheidungen im Versicherungsbereich, 2019.

Hau, Wolfgang/Poseck, Roman (Hrsg.), BeckOK BGB, 61. Edition, Stand: 1. Februar 2022.

Heesen, Jessica (Hrsg.), Handbuch Medien- und Informationsethik, 2016.

Heise, Nele, Algorithmus, in: Heesen, Jessica (Hrsg.), Handbuch Medien- und Informationsethik, 2016, Seite 202.

Herberger, Marie, Verbandsklageverfahren für diskriminierungsrechtliche Ansprüche, RdA 2022, Seite 220.

Hermstrüwer, Yoan, Fairnessprinzipien der algorithmischen Verwaltung, AöR 145 (2020) Seite 479, 493.

Herzog, Roman/Scholz, Rupert/Herdegen, Matthias/Klein, Hans H. (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 99. Auflage 2022.

Hobe, Stephan/Fremuth, Michael, Europarecht, 10. Auflage 2020.

Hoeren, Thomas/ Sieber, Ulrich/Holznagel, Bernd (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht, 58. EL März 2022.

Hoffmann, Julia/Müllmann, Dirk, Das Standardsetzungsmodell des IT-Sicherheitsrechts im Kontext kritischer Infrastrukturen, Die Verwaltung 55 (2022), Heft 4, im Erscheinen.

Hoffmann-Riem, Wolfgang (Hrsg.), Big Data – Regulative Herausforderungen, 2018.

Holzleithner, Elisabeth, § 13 Intersektionale (mehrdimensionale) Diskriminierung, in: Mangold/Payandeh (Hrsg.), Antidiskriminierungsrecht 2022, Seite 542.

Holzleithner, Elisabeth, Rechtskritik der Geschlechterverhältnisse, KJ 2008, Seite 250.

Husmann, Manfred, Die EG-Gleichbehandlungs-Richtlinien 2000/2002 und ihre Umsetzung in das deutsche, englische und französische Recht, ZESAR 2005, Seite 107.

Jestaedt, Matthias, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, VVDStRL 64 (2004), Seite 330.

Kalbhenn, Jan/Hemmert-Halswick, Maximilian, EU-weite Vorgaben für die Content-Moderation in sozialen Netzwerken, ZUM 2021, Seite 184.

Kattmann, Ulrich, Reflections on „race“ and science and society in Germany, Journal of Anthropological Sciences, Vol. 95 (2017), Seite 1.

Kibler, Cornelia, Datenschutzaufsicht im europäischen Verbund, 2021.

Klingbeil, Stefan, Schuldnerhaftung für Roboterversagen, JZ 2019, Seite 718.

Knorre, Susanne, Big Data im öffentlichen Diskurs: Hindernisse und Lösungsangebote für eine Verständigung über den Umgang mit Massendaten, in: Knorre et al., Die Big-Data-Debatte, 2020.

Knorre, Susanne/Müller-Peters, Horst/Wagner, Fred, Die Big-Data-Debatte, 2020.

Körber, Torsten, Das Bundeskartellamt auf dem Weg zur Digitalagentur?, WuW 2018, Seite 173.

Köhler, Helmut/Bornkamm, Joachim/Feddersen, Jan, UWG, 41. Auflage 2023.

Lauscher, Anne/Legner, Sarah, Künstliche Intelligenz und Diskriminierung, ZfDR 2022, Seite 367.

Lehner, Roman, Zivilrechtlicher Diskriminierungsschutz und Grundrechte, 2013, Seite 190.

Lembke, Ulrike/Liebscher, Doris, Postkategoriales Antidiskriminierungsrecht? – Oder: Wie kommen Konzepte der Intersektionalität in die Rechtsdogmatik?, in: Philipp/Meier/Apostolovski/Starl/Schmidlechner (Hrsg.), Intersektionelle Benachteiligung und Diskriminierung, 2014, Seite 261.

Mahlmann, Matthias/Rottleuthner, Hubert, Antidiskriminierung in Deutschland – Vermutungen und Fakten, 2011.

Mangold, Anna Katharina/Payandeh, Mehrdad (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht, 2022.

Mann, Thomas/Sennekamp, Christoph/Uechtritz, Michael, Verwaltungsverfahrensgesetz, 2. Auflage 2019.

Martini, Mario, Algorithmen als Herausforderung für die Rechtsordnung, JZ 2017, Seite 1017.

Martini, Mario, Blackbox Algorithmus – Grundfragen einer Regulierung Künstlicher Intelligenz, 2019.

Meyer, Jürgen/Holscheidt, Sven (Hrsg.), Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 5. Auflage 2019.

Michl, Fabian, Situativ staatsgleiche Bindung privater Akteure, JZ 2018, Seite 910.

Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 23. Auflage 2023.

Müller, Jan-Laurin, Algorithmische Entscheidungssysteme im Nichtdiskriminierungsrecht, in: Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, nukleare Sicherheit und Verbraucherschutz/Rostalski (Hrsg.), Verbraucherrechtstage 2021 - Künstliche Intelligenz: Wie gelingt eine vertrauenswürdige Verwendung in Deutschland und Europa?, 2022, <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3976213>, Seite 205.

Müllmann, Dirk/Spiecker gen. Döhmann, Indra, Extra DSGVO nulla salus? Zur Zulässigkeit nicht akkreditierter Datenschutzsiegel nach Artt. 42 f. DSGVO, DVBl 2022, Seite 208.

Münchener Kommentar zum BGB, 9. Auflage 2021.

Muthorst, Olaf, Beweisrecht, in: Payandeh/Mangold, (Hrsg.), Antidiskriminierungsrecht 2022, Seite 799.

Nickel, Rainer, Aufträge zur Bekämpfung von ethnischen Diskriminierungen in der neuen Gleichbehandlungsrichtlinie 2000/43/EG, NJW 2001, Seite 2669.

Orwat, Carsten, Diskriminierungsrisiken durch Verwendung von Algorithmen. Eine Studie, erstellt mit einer Zuwendung der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, 2019.

Philipp, Wolfgang, Ein verfassungswidriges Monstrum – Die „Antidiskriminierungsstelle des Bundes“, NVwZ 2006, Seite 1235.

Podszun, Rupprecht/Busch, Christoph/Henning-Bodewig, Frauke, Behördliche Durchsetzung des Verbraucherrechts? Darstellung und Systematisierung von Möglichkeiten und Defiziten der privaten Durchsetzung des Verbraucherschutzes sowie Einbeziehung der Kartellbehörden zu dessen Durchsetzung. Studie im Auftrag des Bundesministeriums für Wirtschaft und Energie, 2018.

Podszun, Rupprecht/de Toma, Michael, Die Durchsetzung des Datenschutzes durch Verbraucherrecht, Lauterkeitsrecht und Kartellrecht, NJW 2016, Seite 2987.

Pohlmann, Petra/Vossen, Gottfried/Everding, Jan/Scheiper, Johanna, Künstliche Intelligenz, Bias und Versicherungen – Eine technische und rechtliche Analyse, ZVers Wiss 111 (2022), Seite 135.

Ponti, Sarah/Tuchtfeld, Erik, Zur Notwendigkeit einer Verbandsklage im AGG, ZRP 2018, Seite 139.

Rauscher, Thomas/Krüger, Wolfgang (Hrsg.), Münchener Kommentar zur ZPO mit GVG und Nebengesetzen, 6. Auflage 2020.

Rolfs, Christian/Giesen, Richard/Meßling, Miriam/Udsching, Peter (Hrsg.), BeckOK Arbeitsrecht, 66. Edition, Stand: 1. Dezember 2022.

Sachs, Michael, Grundgesetz: GG, 9. Auflage 2021.

Sachverständigenkommission für den Dritten Gleichstellungsbericht der Bundesregierung (Hrsg.), Digitalisierung geschlechtergerecht gestalten. Gutachten für den Dritten Gleichstellungsbericht der Bundesregierung, 2020.

Sachverständigenrat für Verbraucherfragen (Hrsg.), Technische und rechtliche Betrachtungen algorithmischer Entscheidungsverfahren. Gutachten der Fachgruppe Rechtsinformatik der Gesellschaft für Informatik e.V., im Auftrag des Sachverständigenrats für Verbraucherfragen, 2018.

Sachverständigenrat für Verbraucherfragen (Hrsg.), Verbrauchergerechtes Scoring. Gutachten des Sachverständigenrats für Verbraucherfragen, 2018.

Sachverständigenrat für Verbraucherfragen (Hrsg.), Verbraucherrecht 2.0. Verbraucher in der digitalen Welt. Gutachten des Sachverständigenrats für Verbraucherfragen, 2016.

Sacksofsky, Ute, § 14 Unmittelbare und mittelbare Diskriminierung, in: Mangold/Payandeh (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht 2022, Seite 593.

Schauer, Frederic, Statistical (and non-statistical) discrimination, in: Lippert-Rasmussen (Hrsg.), Routledge Handbook of the Ethics of Discrimination, 2018, Seite 42.

Scheer, Judith, Algorithmen und ihr Diskriminierungsrisiko, Berlin: Senatsverwaltung für Justiz, Verbraucherschutz und Antidiskriminierung, Landesstelle für Gleichbehandlung - gegen Diskriminierung (LADS) (Hrsg.), 2019.

Scherr, Albert/El-Mafaalani, Aladin/Yüksel, Gökçen, Handbuch Diskriminierung, 2017.

Schmitt, Leonie, Diskriminierung durch Maschinelles Lernen. Wie kann das Recht schützen vor einem alten Problem in neuem Gewand?, JSE 2020, Seite 47.

Schoch, Friedrich/Schneider, Jens-Peter (Hrsg.), Verwaltungsrecht Kommentar, Bände zum VwVfG, 3. EL 2022.

Serre, David/Pääbo, Svante, Evidence for Gradients of Human Genetic Diversity Within and Among Continents, *Genome Research* 2004 (14), Seite 1679.

Sesing, Andreas/Tschech, Angela, AGG und KI-VO-Entwurf beim Einsatz von Künstlicher Intelligenz. Einschätzung aus der Perspektive des (Anti-) Diskriminierungsrechts, *MMR* 2022, Seite 24.

Simitis, Spiros/Hornung, Gerrit/Spiecker gen. Döhmman, Indra (Hrsg.), Datenschutzrecht. DSGVO mit BDSG, 1. Auflage 2019.

Speicher, Till et al., Potential for Discrimination in Online Targeted Advertising, *Proceedings of Machine Learning Research*, 81 (2018), Seite 1.

Speicker gen. Döhmman, Indra, Zur Zukunft systemischer Digitalisierung – Erste Gedanken zur Haftungs- und Verantwortungszuschreibung bei informationstechnischen Systemen, *CR* 2016, Seite 698.

Speicker gen. Döhmman, Indra, § 20: Digitalisierung, Informationsgesellschaft, Massendaten, Künstliche Intelligenz, in: Kischel/Kube, *Handbuch des Staatsrechts*, Band 1, 2023 (im Erscheinen).

Speicker gen. Döhmman, Indra, Unabhängigkeit von Datenschutzbehörden als Voraussetzung von Effektivität, in: Kröger/Pilniok (Hrsg.), *Unabhängiges Verwalten in der Europäischen Union*, 2016, Seite 97.

Speicker gen. Döhmman, AI and Data Protection, in: DiMatteo/Poncibò/Cannarsa, *Handbook of Artificial Intelligence – Global Perspectives on Law and Ethics*, 2022, Seite 132.

Spindler, Gerald, Der Vorschlag der EU-Kommission für eine Verordnung zur Regulierung der Künstlichen Intelligenz (KI-VO-E), *CR* 2021, Seite 361.

Spindler, Gerald, Zukunft der Digitalisierung – Datenwirtschaft in der Unternehmenspraxis, *DB* 2018, Seite 41.

Steege, Hans, Algorithmenbasierte Diskriminierung durch Einsatz von Künstlicher Intelligenz – Rechtsvergleichende Überlegungen und relevante Einsatzgebiete, MMR 2019, Seite 715–721.

Steffek, Felix/Greger, Reinhard, Verbraucherstreitbeilegung – Zehn Optionen zur Reform, ZRP 2022, Seite 202.

Supik, Linda, Statistik und Diskriminierung, in: Scherr/El-Mafaalani/Yüksel (Hrsg.), Handbuch Diskriminierung, 2017, Seite 191.

Thomé, Sarah, Reform der Datenschutzaufsicht, 2014.

Towfigh, Emanuel V., § 18 Der Umgang mit Empirie beim Nachweis von Diskriminierung, in: Mangold/Payandeh (Hrsg.), Antidiskriminierungsrecht 2022, Seite 755.

Towfigh, Emanuel V./Gleixner, Alexander, Smartbook Grundrechte, 2022.

Towfigh, Emanuel V./Herberg, Rebekka, Kann im Lebensrecht Religion wirksam werden?, ZfL 2017, Seite 2.

Towfigh, Emanuel V./Luckey, Julian, Zielgruppenbasierte Ansprache von Wahlberechtigten durch politische Parteien. Zur rechtlichen Zulässigkeit politischen Online-Microtargetings in Deutschland, RW 2022, Seite 61.

Ungern-Sternberg, Antje, § 28 Diskriminierungsschutz bei algorithmenbasierten Entscheidungen, in: Mangold/Payandeh (Hrsg.), Antidiskriminierungsrecht 2022, Seite 1128.

Van den Bergh, Roger/Keske, Sonja, Rechtsökonomische Aspekte der Sammelklage, in: Casper/Janssen/Pohlmann/Schulze (Hrsg.), Auf dem Weg zu einer europäischen Sammelklage?, 2009, Seite 17.

von Lewinski, Kai/de Barros, Raphael, Arbeitgeberhaftung nach dem AGG infolge des Einsatzes von Algorithmen bei Personalentscheidungen, NZA 2018, Seite 620–625.

Wagner, Gerhard/Eidenmüller, Horst, In der Falle der Algorithmen? Abschöpfen von Konsumentenrente, Ausnutzen von Verhaltensanomalien und Manipulation von Präferenzen: Die Regulierung der dunklen Seite personalisierter Transaktionen, ZfPW 2019, Seite 220.

Wagner, Gerhard/Potsch, Nicolas, Haftung für Diskriminierungsschäden nach dem AGG, JZ 2006, Seite 1085.

Weber, Klaus, Rechtswörterbuch, 29. Auflage, 2022.

Welti, Felix/Wenckebach, Johanna, Schleswig-Holsteinisches OLG: Sachlicher Grund für pauschales Verbot der Mitnahme von E-Scootern in Bussen des öffentlichen Personennahverkehrs, VuR 2016, Seite 190.

Wimmer, Max, Algorithmusbasierte Entscheidungsfindung als Methode des diskriminierungsfreien Recruitings, 2022.

Wildhaber, Isabelle/Lohmann, Melinda F./Kasper, Gabriel, Diskriminierung durch Algorithmen – Überlegungen zum schweizerischen Recht am Beispiel prädiktiver Analytik am Arbeitsplatz, ZSR 2019, Seite 459, 468.

Windoffer, Alexander, Öffentlich-rechtliche Regulierung des Einsatzes künstlicher Intelligenz, in: GewArch 2022, Seite 130.

Wolff, Heinrich Amadeus/Brink, Stefan (Hrsg.), BeckOK Datenschutzrecht, 41. Edition, Stand: 1. August 2022.

Zech, Herbert, Entscheidungen digitaler autonomer Systeme: Empfehlen sich Regelungen zu Verantwortung und Haftung?, Verhandlungen des 73. Deutschen Juristentages, Bd. 1, 2020, A, S. 98 ff.

Zuiderveen Borgesius, Frederik, Discrimination, Artificial Intelligence, and Algorithmic Decision-Making, 2018.

Zweig, Anna Katharina/Fischer, Sarah/Lischka, Konrad, Wo Maschinen irren können. Fehlerquellen und Verantwortlichkeiten in Prozessen algorithmischer Entscheidungsfindung, 2018.

Impressum

Diese Publikation ist Teil der Öffentlichkeitsarbeit der Antidiskriminierungsstelle des Bundes; sie wird kostenlos abgegeben und ist nicht zum Verkauf bestimmt.

Herausgeberin:

Antidiskriminierungsstelle des Bundes
11018 Berlin
www.antidiskriminierungsstelle.de

Kontakt:

Servicebüro der Antidiskriminierungsstelle des Bundes
Telefonische Beratung: Montag bis Donnerstag 9–15 Uhr
Tel.: 0800 546 546 5
E-Mail: beratung@ads.bund.de

Allgemeine Anfragen:

E-Mail: poststelle@ads.bund.de

Satz & Layout: www.zweiband.de

Druck: MKL Druck GmbH & Co. KG

Stand: April 2023

Alle Rechte vorbehalten. Auch fotomechanische Vervielfältigung des Werkes (Fotokopie/Mikrokopie) oder von Teilen daraus bedarf der vorherigen Zustimmung der Antidiskriminierungsstelle des Bundes.