

Diskriminierung durch autonome Systeme – Verkehrspflichten des Arbeitgebers im Bewerbungsverfahren

von Philipp Beckmann



Open Peer Review

Dieser Beitrag wurde lektoriert von: Ramon Schmitt und Ferdinand Wegener



Philipp studiert Jura an der Universität Freiburg mit dem Schwerpunkt Grundlagen des deutschen, europäischen und internationalen öffentlichen Rechts. Er interessiert sich besonders für öffentliches Recht, Rechtstheorie und Rechtsvergleichung sowie internationales Privatrecht.

A. Einleitung

Die Fortschritte im Bereich der künstlichen Intelligenz (KI) bergen neben zahlreichen Vorteilen auch erhebliche Risiken.¹ Insbesondere die diffusen und teils extrem komplexen Wirkmechanismen der KI-Algorithmen stellen die Rechtsordnung vor zahlreiche Herausforderungen. Dies gilt insbesondere für das deutsche Deliktsrecht, da dieses – anders als das Common Law² – in besonderer Weise an die Zurechenbarkeit von Rechtsgutsverletzungen durch menschliche Handlungsbeiträge und menschliches Verschulden anknüpft. Dabei bilden Generalklauseln und ausufernde Gefährdungshaftungstatbestände eher die Ausnahme.³ Gerade diese Anknüpfungspunkte treten jedoch durch den zunehmenden Einsatz autonomer Technologien in den Hintergrund.

1 Grunds. zu KI: *Lihotzky*, CTRL 2021, 4 f.

2 *Scherer*, Harvard Journal of Law & Technology, Vol. 29, No. 2, 356 (388 ff.).

3 Dazu grds. *Brüggemeier*, AcP 2019, 771 (778).

Im Zuge dessen sind in den letzten Jahren eine Reihe grundlegender Reformen vorgeschlagen worden, die von der Anerkennung von e-Personen als beschränkt geschäftsfähige Rechtssubjekte,⁴ über die Einführung einer Gefährdungshaftung⁵ mitsamt einer Pflichtversicherung bis hin zu einem Entschädigungsfond reichen.⁶ Aufgrund des Umfangs und der Radikalität dieser Reformansätze wurde indes noch keiner vom Gesetzgeber adoptiert. Der zumindest momentan häufigste Anwendungsbereich derartiger Technologien ist die Nutzung von Algorithmen zur Beurteilung von Personen hinsichtlich ihrer Zuverlässigkeit, Interessen oder Erfolgchancen.⁷ Laut einer Umfrage des Bundesverbands der Personalmanager nutzten 2019 bereits 16 % der befragten Unternehmen autonome KI-Systeme zur Personalgewinnung und -verwaltung und weitere 26,5 % gaben an, den Einsatz derartiger Systeme in Erwägung zu ziehen.⁸ Sinnbildlich hierfür steht auch der derzeitige laufende Versuch des österreichischen staatlichen Arbeitsmarktservice (AMS) – vergleichbar mit der deutschen Bundesagentur für Arbeit – einen Algorithmus zu nutzen, der die Integrationschancen Arbeitsloser auf dem Arbeitsmarkt bewertet.⁹ Personen mit höherer Bewertung sollen vom AMS priorisiert behandelt werden und Zusatzausbildungen bezahlt bekommen, während Personen mit niedrigeren Integrationschancen von einer externen Agentur in einem separaten Programm betreut werden sollen.¹⁰ Der zur Berechnung der Integrationschancen verwendete Algorithmus wurde jedoch kritisiert, weil er unter anderem an Frauen und Ausländer pauschalisiert schlechtere Bewertungen vergab.¹¹ Diese Kritik wurde vom Vorstand des AMS damit gekontert, dass der Algorithmus lediglich die am Arbeitsmarkt tatsächlich gegebene Diskriminierung abbilde.¹²

Neben Fragen zur generellen Zulässigkeit derartiger Systeme stellen sich aus deliktsrechtlicher Perspektive vor allem Fragen hinsichtlich der Haftung beteiligter Akteure.

In Deutschland sieht das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) für den Fall der rechtswidrigen Diskriminierung einer Person aufgrund ihres Geschlechts oder anderer geschützter Merkmale einen Schadensersatzanspruch nach § 15 I AGG vor.¹³ Des Weiteren kann eine rechtswidrige Diskriminierung eine Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts darstellen und daher einen Schadensersatzanspruch aus § 823 I BGB begründen.¹⁴

Dieser Beitrag untersucht anhand des Schadensersatzanspruches aus § 15 I AGG, welche rechtlichen Herausforderungen im Umgang mit autonomen Systemen bestehen, wie diesen Problemen am besten begegnet werden kann und inwieweit es Bedarf für grundlegendere Reformen gibt. Dabei wird ein besonderer Schwerpunkt auf das Verschulden und die Entwicklung von Sorgfaltsmaßstäben und -pflichten für den Einsatz autonomer Systeme bei der Personalauswahl gelegt. Diese Ausführungen sind aber auch auf andere Anspruchsgrundlagen des Deliktsrechts übertragbar.

B. Abgrenzung zu herkömmlichen Computersystemen

Anders als herkömmliche Computersysteme haben autonome Systeme keine festen Voreinstellungen, sondern operieren aufgrund eines selbstlernenden Algorithmus. Das Ergebnis des Algorithmus ist daher weder vorhersehbar noch im Einzelfall konkret nachvollziehbar.¹⁵ Schon länger gibt es automatische Computersysteme, die nach ihrer Aktivierung ohne konkretes Mittun einer natürlichen Person Prozesse abwickeln können (beispielsweise der Kauf eines Bahntickets auf der Webseite der Deutschen Bahn). Anders als bei diesen Systemen, bei denen das Resultat jeder Eingabe bereits im Vorhinein bekannt ist, ist die Bandbreite künftiger Tätigkeiten bei einem autonomen System jedoch nicht absehbar. Dementsprechend fehlt es an der für die direkte Zurechenbarkeit zu einer natürlichen Person maßgeblichen Vorhersehbarkeit des Inhalts der Handlungen, die durch ein autonomes System vorgenommen werden können.

4 Dazu Mahlow/Popp, CTRL 2021, 22 (24).

5 In diese Richtung geht auch der Vorschlag des EU-Parlaments für eine Verordnung zur Betreiberhaftung bei autonomen Systemen, vgl. dazu: Goral-Wood, CTRL 2021, 32 ff.

6 Mayinger, Die künstliche Person, 2017, 166 ff.; Teubner, AcP 2018, 155 (187 f.).

7 Vgl. Dzida/Groh, NJW 2018, 1917 (1918); Freyler, NZA 2020, 284 (285).

8 BPM, Künstliche Intelligenz in der Personalarbeit, 2019, [hier](#) abrufbar (Stand: 19.05.2021).

9 Netzpolitik, Automatisierte Entscheidungen - Gericht macht Weg für den AMS-Algorithmus wieder frei, 2020, [hier](#) abrufbar (Stand: 19.05.2021).

10 Ebd.

11 Allhuter/Mager u.a., Eine Soziotechnische Analyse des Arbeitsmarktchancen-Assistenz-Systems (AMAS), [hier](#) abrufbar (Stand: 19.05.2021).

12 Netzpolitik, Automatisierte Entscheidungen - Gericht macht Weg für den AMS-Algorithmus wieder frei, 2020, [hier](#) abrufbar (Stand: 19.05.2021).

13 Staudinger-Eckpfeiler/Hartmann, 8. Aufl., B., Rn. 39 f.; Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung europäischer Richtlinien zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung, BT-Drs. 16/1780, 21.

14 Palandt/Sprau, BGB, 79. Aufl., § 823 Rn. 95 f. m.w.N.

15 Ebd.

C. Diskriminierung durch autonome Systeme

Das Beispiel des Einsatzes von einem KI-basierten Algorithmus durch die österreichische Arbeitsagentur zeigt exemplarisch den großen praktischen Anwendungsbereich autonomer Systeme. Problematisch ist dabei, dass das Verfahren der Algorithmen gerade darauf beruht, dass mittels statistischer Korrelationen innerhalb bestimmter Gruppen die Erfolgchancen eines Individuums teils effektiver vorhergesagt werden können als bei einer reinen Betrachtung des Individuums selbst.¹⁶ Der Einzelne verliert damit automatisch an Bedeutung und seine Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe aufgrund spezifischer, von ihm nur eingeschränkt beeinflussbarer, Merkmale wird entscheidend.

Zwar ist es nach § 6a BDSG und Art. 22 I DSGVO unzulässig das Anliegen eines Individuums vollkommen automatisiert in rechtsverbindlicher Weise zu entscheiden, jedoch gibt der zunehmende Einsatz immer präziserer Algorithmen diesen trotzdem eine erhebliche faktische Determinationswirkung, da deren Entscheidungen letztlich nur noch nach oberflächlicher Prüfung durch die Personalabteilung abgesegnet werden können.¹⁷

Zudem ist es schwierig eine Diskriminierung durch einen Algorithmus zu beweisen, da die Wirkungsmechanismen derartiger Algorithmen sehr komplex sind und teilweise nur bedingt nachvollzogen werden können. Allerdings kommt den betroffenen Personen zugute, dass sie einen Auskunftsanspruch haben, der beim Einsatz automatisierter Bewerbungssysteme nach Art. 15 I lit. h) DSGVO auch Informationen über die Wirkweise und Logik des Algorithmus beinhaltet. Zudem ist es für die Vermutung einer Diskriminierung nach § 22 AGG ausreichend, dass die Betroffenen Umstände vortragen, die eine Diskriminierung wahrscheinlich erscheinen lassen.¹⁸ Dafür können auch Statistiken herangezogen werden.¹⁹

D. Ansprüche Betroffener nach dem AGG

Das AGG sieht im Falle einer rechtswidrigen Diskriminierung Schadensersatzansprüche nach § 15 I, II AGG vor. Sanktioniert wird dabei ein

Verstoß gegen das Benachteiligungsverbot des § 7 I AGG.

Bei der Prüfung von Ansprüchen aus § 15 I AGG bestehen im hier maßgeblichen Kontext vor allem zwei Probleme: zum einen ist unklar, inwieweit eine Benachteiligung durch einen Algorithmus stattfinden kann und zum anderen unter welchen Umständen eine Diskriminierung durch einen Algorithmus ein Verschulden konstituieren kann.

I. Benachteiligung durch Algorithmen

Der Anspruch aus § 15 I AGG erfordert zunächst das Vorliegen einer Benachteiligung. Eine solche liegt nach § 3 I AGG vor, wenn eine Person aufgrund ihres Geschlechts, ihrer Rasse oder eines anderen in § 1 AGG aufgeführten Merkmals eine ungünstigere Behandlung erfährt als eine andere Person ohne dieses Merkmal in einer vergleichbaren Situation.²⁰

Behandlung i.S.d. § 3 I AGG erfordert nach allgemeinen Voraussetzungen deliktischen Handelns ein willensgesteuertes menschliches Tun oder Unterlassen.²¹ Problematisch ist zunächst, ob ein solches bei einer Diskriminierung durch einen Algorithmus überhaupt vorliegen würde. So kann eine KI einen Bewerber für eine Position in Ansehung seines Geschlechts als ungeeignet einstufen, woraufhin seine Bewerbung durch die Personalabteilung abgelehnt wird, da diese die Entscheidung des Algorithmus nicht mehr kontrolliert. In derartigen Fällen ist die maßgebliche Handlung zunächst nur die nachgelagerte Ablehnung durch die Personalabteilung. Diese Ablehnung geschah jedoch nicht aufgrund eines verpönten Merkmals, sondern weil der Algorithmus dies vorschlug. Es ist in der Regel gar nicht möglich präzise zu erkennen aufgrund welcher Merkmale eine Ablehnung durch den Algorithmus erfolgte. Für das Vorliegen einer Benachteiligung i.S.d. § 15 I AGG ist jedoch nach § 3 I AGG eine Kausalität zwischen Merkmal und Handlung erforderlich. Vorliegend fehlt es allerdings an einer unmittelbaren Kausalität, da für die ablehnende Entscheidung der Personalabteilung die Empfehlung des Algorithmus und nicht das Vorliegen eines durch § 1 AGG geschützten Merkmals beim Bewerber maßgeblich ist.

16 Auer, in: Busch/De Franceschi, *Algorithmic Regulation and Personalized Law*, 2021, 137 (139); dazu bereits 1983: BVerfGE 65, 1 (45 f.).

17 So auch Fröhlich/Spiecker, *Können Algorithmen diskriminieren?*, Verfassungsblog, [hier](#) abrufbar (Stand: 19.05.2021).

18 Roloff, in: Rolfs/Giesen u.a., *BeckOK Arbeitsrecht*, 59. Ed., § 22 AGG Rn. 8 f.

19 BAG, NZA 2012, 1345 sowie LAG Berlin-Brandenburg, NZA 2009, 43.

20 BGH, NJW 2012, 3805; Erman/*Armbrüster*, Bd. 2, 16. Aufl., § 3 AGG Rn. 4.

21 Lewinski/de Barros, NZA 2018, 620 (621); Staudinger/*Rieble*, Neub. 2018, § 7 AGG Rn. 5.

Allerdings ist nach der Rechtsprechung des BAG die Kenntnis des Merkmals zu fingieren, wenn der Arbeitgeber die Möglichkeit gehabt hätte, das Merkmal zur Kenntnis zu nehmen.²² Insofern kommt es auf die Kenntnis des Arbeitgebers nicht entscheidend an. Da die Kenntnis des Arbeitgebers zu fingieren ist und die Einstufung des Bewerbers durch den Algorithmus in derartigen Fällen für die Ablehnung des Bewerbers regelmäßig maßgeblich sein dürfte, besteht somit eine hinreichende Kausalität. Somit kann in der Ablehnung eines Bewerbers durch die Personalabteilung eine Benachteiligung liegen, sofern der Algorithmus ein Merkmal des § 1 AGG nachteilig berücksichtigt hat.

II. Verschulden

1. Verschuldenserfordernis des § 15 I 2 AGG

Zwar erfordert § 15 I 2 AGG nach dem Wortlaut ein Verschulden, allerdings ist strittig, ob dieses Erfordernis unionsrechtskonform ist.²³ Dafür spricht jedoch, dass das Verschulden nach § 15 I 2 AGG vermutet wird und das Diskriminierungsoffer aufgrund der Verschuldensvermutung des § 15 I 2 AGG und des verschuldensunabhängigen Anspruchs aus § 15 II AGG bereits hinreichend geschützt ist.²⁴ Dies ist Ausdruck des in Art. 17 RL 2000/78/EG enthaltenen Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes, da der schuldlos diskriminierende Arbeitgeber dem schuldhaften nicht gleichgestellt werden soll.²⁵ Das Verschuldenserfordernis ist daher nach hier vertretener Ansicht europarechtskonform und zudem vom Gesetzgeber explizit vorgesehen worden.²⁶

2. Verschulden des handelnden Unternehmens

Fraglich ist jedoch, ob ein Verschulden des handelnden Unternehmens möglich ist. Ein Verschulden liegt gem. § 276 II BGB vor, wenn die im Verkehr erforderliche Sorgfalt außer Acht gelassen wurde.²⁷ Da die Diskriminierung in der Regel auf einem eigenständigen Lernprozess der KI beruht, wird eine vorsätzliche oder auf fehlerhaftem Einsatz durch den Nutzer beruhende Diskriminierung nur in Ausnahmefällen in Betracht kommen.²⁸

22 BAG, NZA 2014, 258 (260); Staudinger/Rieble, Neub. 2018, § 3 AGG Rn. 20 f.

23 Staudinger-Eckpfeiler/Hartmann, 8. Aufl., B., Rn. 44 f.; MüKoBGB/Thüsing, Bd. 1, 6. Aufl., § 15 AGG Rn. 24.

24 EuGH, C-81/12 – Asotia, Rn. 60.

25 So auch BVerwG, NVwZ 2014, 300, Rn. 57 f.

26 BT-Drs. 16/1780, 38.

27 Brand, MedR 2019, 343 (347); Mühlbock/Taupitz, AcP 2021, 179 (196).

28 Schaub, JZ 2017, 342 (344).

Dementsprechend kommt es vor allem auf die Sorgfaltsanforderungen und -pflichten der Arbeitgeber bei der Auswahl und Überwachung entsprechender Systeme an.²⁹ Dafür gilt es im Folgenden zunächst dogmatische Grundlagen und Anforderungen an derartige Verkehrs- und Sorgfaltspflichten herauszuarbeiten und dann entsprechende Pflichten für den Einsatz autonomer Systeme zu entwickeln.³⁰

a) Verkehrs- und Sorgfaltspflichten im Kontext des AGG

Das Ausmaß dieser Verkehrssicherungspflichten bestimmt sich beim Inverkehrbringen potenzieller Gefahrenquellen nach Ausmaß und Wahrscheinlichkeit der möglichen Gefahren sowie nach der Möglichkeit zur Verringerung der Gefahren.³¹ Dabei sind grundsätzlich alle möglichen und zumutbaren Sicherungsmaßnahmen zu implementieren, wobei die Zumutbarkeit aufgrund einer Kosten-Nutzen-Abwägung zu bestimmen ist.³² Dies gilt auch für eine unkontrollierbare Gefahrenquelle.³³

Der Einsatz autonomer Systeme bei Personalentscheidungen und anderen Auswahlverfahren eröffnet die Gefahr einer Diskriminierung. Insofern sind die Grundsätze der Verkehrssicherungspflichten hier anwendbar. Diese Grundsätze werden im Antidiskriminierungsrecht durch § 12 AGG konkretisiert, der den Arbeitgeber verpflichtet, effektive Maßnahmen zum Schutz vor Diskriminierung zu ergreifen.³⁴ Gem. § 12 I 1 AGG umfasst dies auch Präventionsmaßnahmen. Des Weiteren umfasst die Sorgfaltspflicht des § 12 I AGG alle Bereiche, auf die der Arbeitgeber rechtlich oder tatsächlich Einfluss nehmen kann.³⁵ Zwar statuiert § 12 AGG primär Organisationspflichten des Arbeitgebers, jedoch umfassen diese auch die Auswahl und Überwachung autonomer Systeme, die der Personalauswahl dienen.³⁶

29 Spindler, in: Hilgendorf, Robotik im Kontext von Recht und Moral, 2014, 63 (72 ff.); vgl. zur gleichen Debatte im Kontext von autonomen Fahrzeugen Gomille, JZ 2016, 76 (79-80).

30 Zur Differenzierung von Verkehrs- und Sorgfaltspflichten vgl. MüKoBGB/Wagner, Bd. 7, 8. Aufl., § 823 Rn. 444 f.

31 Zech, ZfPW 2019, 198 (207) m.w.N.

32 Wende, in: Spassenberg/Faber, Rechtshandbuch Industrie 4.0 und Internet of Things, 2017, 69 (71 f.); Deng, CR 2018, 69 (72).

33 Wagner, AcP 2017, 707 (713).

34 MüKoBGB/Thüsing, Bd. 1, 8. Aufl., § 12 AGG, Rn. 1 f.

35 Erfurter-Kommentar/Schlachter, 21. Aufl., § 12 AGG Rn. 1; Hey, BB 2013, 2805 (2806).

36 Freyler, NZA 2020, 284 (290).

b) Maßstäbe für Umfang von Sorgfaltspflichten beim Einsatz autonomer Systeme

Naturgemäß hängt das Ausmaß der maßgeblichen Sorgfaltspflichten vom Einzelfall ab und lässt sich im Vorhinein schwer bestimmen. Insofern ist davon auszugehen, dass die Rechtsprechung Maßstäbe zur Bestimmung adäquater Sorgfaltspflichten entwickeln wird. Auch wenn die zukünftige Entwicklung und die Einsatzmöglichkeiten autonomer Systeme im Personalwesen noch schwer abzusehen sind, lassen sich dennoch aus allgemeinen Rechtsgedanken des Deliktsrechts abstrakte Maßstäbe für die Anforderungen an Sorgfalts- und Verkehrssicherungspflichten im Bereich autonomer Systeme herausbilden.

§ 832 BGB normiert eine Haftung für ein vermutetes Verschulden desjenigen, der gesetzlich zur Aufsicht über eine Person verpflichtet ist, die einer Beaufsichtigung bedarf.³⁷ Diese Interessenlage ist mit der eines autonomen Systems nicht direkt vergleichbar, da dieses vom Anwender gezielt eingesetzt wird und dieser über den Einsatz bestimmt.³⁸ Obwohl eine Analogie somit ausscheidet, spiegelt § 832 BGB dennoch allgemeine Rechtsgedanken des Deliktsrechts wider, die sich auch auf die Sorgfaltspflichten des Anwenders bei autonomen Systemen übertragen lassen.³⁹

So hängt der Umfang der Sorgfaltspflichten des § 832 BGB beispielhaft von Reife und Alter des Kindes sowie von seinem Charakter ab.⁴⁰ Maßgeblich sind zudem äußere Umstände und die dem Aufsichtspflichtigen zumutbaren und verfügbaren Maßnahmen.⁴¹ Dementsprechend sind bei jungen und ungestümen Kindern höhere Sorgfaltsanforderungen anzulegen als bei älteren und charakterlich reiferen Kindern und Jugendlichen.⁴² Daraus lässt sich für eine KI folgendes ableiten: ähnlich wie bei einem jungen Kind, sind die Sorgfaltsanforderungen umso höher, je unvollständiger die Datenbasis des Systems ist und je weniger praktische Erfahrungen mit dem System bereits bestehen.⁴³ Mit dem Charakter eines Kindes vergleichbar ist der Autonomiegrad der KI, insbesondere die Frage, ob es sich

während seines Einsatzes weiterentwickelt oder ob seine Entwicklung „eingefroren“ ist.⁴⁴ Zusammenfassend lässt sich sagen, dass der Umfang der Sorgfalts- und Überwachungspflichten maßgeblich vom Autonomiegrad des Systems sowie der Dynamik, mit der es sich weiterentwickelt, abhängt.

c) Konkrete Sorgfaltspflichten beim Einsatz autonomer Systeme

Die einzelfallabhängige Konkretisierung von Sorgfaltspflichten kann allerdings für den Rechtsanwender erhebliche Unsicherheiten beinhalten, da es an anerkannten Mechanismen zur Wahrung der Fairness beim Einsatz algorithmenbasierter Entscheidungsverfahren mangelt. Hier ist es am Gesetzgeber Empfehlungen zu entwickeln, deren Implementierung für den Anwender zumutbar und auch gerichtlich überprüfbar sind und die einen rechtskonformen Einsatz von Algorithmen gewährleisten können. Solange dies noch nicht geschehen ist, obliegt es der Rechtsprechung und der Rechtswissenschaft derartige Maßnahmen im Wege der Rechtsfortbildung zu entwickeln.⁴⁵ Für Unternehmen wird es aufgrund der Verschuldensvermutung des § 15 I 2 AGG regelmäßig vor allem darauf ankommen, nachzuweisen, dass sie hinreichende und geeignete Maßnahmen getroffen haben, um einer Diskriminierung durch eingesetzte autonome Systeme entgegenzuwirken.

aa) Mangelnde Effektivität von Datennutzungsverboten

Aufgrund der mangelnden Kontrollierbarkeit von KI wird teilweise vorgeschlagen, dass zur Sicherstellung von Fairness eine Verkehrspflicht bestehe, bestimmte Daten gar nicht erst zu erheben.⁴⁶ So könnte entschieden werden, bestimmte Merkmale – beispielsweise das Merkmal „Herkunft“ – gar nicht mehr zu erheben. Dieser Ansatz spiegelt sich beispielsweise § 4 II 7 FlugDaG sowie in Art. 9 I DSGVO wider, wobei letzterer aufgrund der regelmäßig vorliegenden Einwilligung der Teilnehmer gem. Art. 9 II Nr. 1 DSGVO normalerweise nicht anwendbar sein wird. Die Befürworter dieser Strategie verkennen indes, dass derartige Merkmale (Rasse, Geschlecht etc.) häufig implizit in anderen Merkmalen enthalten sind.⁴⁷

37 Jauernig/Teichmann, § 832 BGB Rn. 2 m.w.N.

38 Brand, MedR 2019, 343 (349); zur fehlenden Analogiefähigkeit des § 832 BGB siehe auch grunds. BGH NJW 1958, 1775.

39 So auch Mühlböck/Taupitz, AcP 2021, 179 (205 f.).

40 St. Rechtsprechung vgl. BGHZ 111, 282 (286); BGH, NJW 2009, 1954 (1955).

41 BGH, NJW 1995, 3385 (3386); OLG Celle, NJW 1966, 203 (204).

42 Spindler, in: BeckOK BGB Hau/Poseck (Hrsg.), 57. Ed., § 832 BGB Rn. 19.

43 Mühlböck/Taupitz, AcP 2021, 179 (206-207).

44 Ebd.

45 Vgl. dazu im Kontext des Einsatzes von Algorithmen in der öffentlichen Verwaltung: Hermstrüwer, AöR 2020, 479 (495 ff.).

46 Guckelberger, Öffentliche Verwaltung im Zeitalter der Digitalisierung, 2019, Rn. 490-491.

47 Auer, in: Busch/De Franceschi, Algorithmic Regulation and Personalized Law, 2021, 137 (139).

So ist es nicht notwendig, das Geschlecht anzugeben, wenn das Merkmal „alleinerziehend“ abgefragt wird, da beinahe alle Alleinerziehenden Frauen sind. Werden solche Sekundärmerkmale benutzt, besteht die Diskriminierung fort, ohne offensichtlich erkennbar zu sein. Zudem führt der Einsatz von Datennutzungsverboten zur Gefahr einer Gleichbehandlung von Ungleichen, da von bestimmten Problemen proportional weniger betroffene Subgruppen ignoriert werden. So hat der Wisconsin Supreme Court eine geschlechtsspezifische Risikobewertung für die Rückfallwahrscheinlichkeit von Inhaftierten für rechtlich geboten gehalten, da Frauen regelmäßig ein geringeres Rückfallrisiko als Männer hatten.⁴⁸

Folglich ist der Einsatz von Datennutzungsverboten oder eine entsprechende Pflicht nicht sinnvoll und daher abzulehnen.

bb) Vermeidung kontaminierter Datensätze

Die Vermeidung kontaminierter Datensätze ist von zentraler Bedeutung, um eine Diskriminierung zu verhindern.

Eine Kontaminierung kann dabei auf verschiedenen Wegen entstehen. Insbesondere besteht die Gefahr einer Perpetuierung von Diskriminierungen, wenn der maßgebliche Datensatz selbst einen Bias (dt. Vorurteil) hat, weil etwa in der Vergangenheit männliche Bewerber disproportional bevorteilt wurden.⁴⁹ Damit einher geht das Problem einer Überrepräsentation bestimmter Subgruppen, die die Gesamtbevölkerung in der Vergangenheit dominiert haben, während Gruppen, die erst seit wenigen Jahren auf dem Bewerbermarkt aktiv sind, in diesen Datensätzen kaum oder gar nicht repräsentiert werden.⁵⁰

Diese Biases sind umso problematischer, wenn die Ergebnisse des Einsatzes des Algorithmus wiederum zur Grundlage weiterer Entscheidungen werden, da es dann zu Rückkopplungseffekten kommt.⁵¹ Für das Verschulden ist insoweit maßgeblich, dass die Anwender autonomer Systeme zeigen können, dass sie diese Probleme erkannt haben und dass die dem Algorithmus zugrundeliegenden Datensätze auf entsprechende Anfälligkeiten überprüft wurden.

48 Wisconsin Supreme Court, *State v. Loomis*, 881 N.W.2d 749 (2016), vgl. auch Besprechung in: *Harvard Law Review* 2017, 1530 (1532).

49 *Barocas/Selbst*, *California Law Review* 2016, 671 (682); *Hermstrüwer*, *AöR* 2020, 479 (492).

50 Vgl. dazu auch *Hacker*, *Common Market Law Review* 2018, 1143 (1148).

51 *Hermstrüwer*, *AöR* 2020, 479 (493).

cc) Präzision als Überprüfungsmöglichkeit

Eine Möglichkeit zur Überprüfung der Fairness eines Algorithmus besteht in der Kontrolle der Fehlerverteilung über bestimmte Subgruppen hinweg.⁵² Ziel ist es dabei, die Risikoverteilung über alle Subgruppen hinweg gleich zu halten.⁵³ Wenn ein Unternehmen beispielsweise 1000 Bewerber für eine Probezeit aufgrund eines algorithmusbasierten Bewerbungsverfahrens einstellt und nach einer dreimonatigen Probezeit 150 Bewerber aufgrund unzureichender Leistungen wieder entlässt, sollte diese Gruppe der Entlassenen repräsentativ für die Gesamtheit der ursprünglich Eingestellten sein. Eine Diskriminierung würde vorliegen, wenn relativ zu ihrem Anteil an allen initial eingestellten Personen Mitglieder einer Subgruppe überdurchschnittlich häufig nach der Probezeit wieder entlassen werden würden. Dies würde bedeuten, dass bei ihrer Einstellung weniger strikte Kriterien angelegt worden sind als bei anderen Subgruppen, sodass diese benachteiligt worden wären.⁵⁴ Bei diesem Verfahren ist jedoch zu beachten, dass die Gruppe hinreichend groß und damit repräsentativ sein muss, um statistische Ausreißer zu vermeiden.⁵⁵ Zudem können derartige Unterschiede natürlich auch auf andere Ursachen zurückzuführen sein als ein diskriminierendes Bewerbungsverfahren. Sollten derartige statistisch-signifikante Unterschiede jedoch über einen längeren Zeitraum hinweg bei einer hinreichend großen Gruppe auftreten, dann könnte dies ein Indiz für das Vorliegen einer Diskriminierung sein. Gleichzeitig könnten Unternehmen diese Herangehensweise auch zur Kontrolle der Fairness ihres Verfahrens oder als Indiz zur Widerlegung der Verschuldensvermutung des § 15 I 2 AGG nutzen.

3. Verschulden der KI

Neben einem Verschulden des Anwenders könnte man jedoch ein Verschulden durch die KI in Betracht ziehen.

a) Zurechnung nach § 278 S. 1 BGB

In Betracht kommt zunächst eine Verschuldenszurechnung nach § 278 S. 1 BGB.

Da gem. § 7 III AGG eine Benachteiligung im Sinne des AGG eine vertragliche Pflichtverletzung darstellt, ist § 15 I AGG ein vertraglicher Anspruch, sodass § 278 S. 1 BGB anwendbar ist.⁵⁶

52 Vgl. dazu auch: *Ebd.*, 507 f., der insoweit von Prognosegleichheit spricht.

53 Siehe auch: *Huq*, *Duke Law Journal* 2019, 1043 (1116).

54 *Kearns/Roth*, *The Ethical Algorithm*, 2020, 85.

55 Zu weiteren Defiziten dieser Methode: *Hermstrüwer*, *AöR* 2020, 479 (508-509).

56 *Ebd.*, *Staudinger/Rieble*, *Neub.* 2018, *Einl. AGG Rn.* 26 f.

Der Schuldner haftet gem. § 278 BGB für ein Verschulden seiner Gehilfen. Erfüllungsgehilfe kann dabei nur eine natürliche Person sein.⁵⁷

Die KI ist eine Maschine und hat keine eigene Rechtspersönlichkeit. Sie kann somit kein Erfüllungsgehilfe sein.⁵⁸ Eine Zurechnung nach § 278 S. 1 BGB ist folglich nicht möglich.

b) Zurechnung nach § 278 S. 1 BGB analog

Ein Verschulden einer KI könnte jedoch nach § 278 S. 1 BGB analog zurechenbar sein. Ein etwaiges Verschulden durch eine autonome Maschine stellt eine planwidrige Regelungslücke dar, da der Gesetzgeber bei der Konzeption der Norm im Jahr 1900 die Möglichkeit autonom handelnder Maschinen nicht vorhergesehen hatte.⁵⁹

Es müsste jedoch auch eine vergleichbare Interessenlage vorliegen. Dafür spricht, dass, ähnlich wie bei einem menschlichen Erfüllungsgehilfen, beim Einsatz einer KI eine Arbeitsteilung stattfindet und von dieser bestimmte Arbeitsschritte ausgeführt werden.⁶⁰ Zudem wird der Nutzer beim Einsatz einer KI häufig bessere Möglichkeiten haben, um auf die KI in seinem Sinne einzuwirken, als bei einem menschlichen Erfüllungsgehilfen.⁶¹ Des Weiteren sollte es für den Arbeitnehmer keinen Unterschied machen, ob für den Entscheidungsprozess im Bewerbungsverfahren ein Mensch oder ein Algorithmus eingesetzt wird.⁶²

Dem ist jedoch entgegenzuhalten, dass der Anspruchsteller aufgrund der Verschuldensvermutung nach § 15 I 2 AGG sowie des verschuldensunabhängigen Anspruchs aus § 15 II AGG bereits hinreichend geschützt ist.⁶³

Schwerwiegender ist, dass eine KI keine willensgesteuerten Entscheidungen trifft und daher ein Verschulden im herkömmlichen Sinn nicht bestehen kann.⁶⁴ Die Handlungen eines autonomen Systems beruhen auf einer mathematischen Funktion, nach deren Regeln immer die optimale Handlung ausgewählt werden soll. Kern des Verschuldensvorwurfs im Zivilrecht ist jedoch die Möglichkeit anderer Handlungsalter-

nativen.⁶⁵ Eine KI hat diese Möglichkeit nicht, da ihr eine freie Abwägung zwischen unterschiedlichen Handlungsoptionen nicht möglich ist.⁶⁶ Auch wenn die Handlungen nicht im Einzelnen vorhersehbar sind, kann der Programmierer den Grad der Autonomie und ihre Zielsetzung vorherbestimmen. Da ein Verschulden bei einer KI nicht vorliegen kann, würde eine analoge Anwendung des § 278 S. 1 BGB zu einer Kausalhaftung für alle von der KI verursachten Schäden führen⁶⁷ und damit die Haftung nach § 278 S. 1 BGB überdehnen.⁶⁸

Eine vergleichbare Interessenlage liegt somit nicht vor. Eine analoge Anwendung des § 278 S. 1 BGB ist mithin nicht möglich und ein Verschulden der KI scheidet aus.

c) Zwischenergebnis

Maßgeblich für das Verschulden beim Einsatz eines autonomen Systems ist nicht die Zurechnung der Tätigkeiten der KI, sondern die Konkretisierung der Verkehrs- und Sorgfaltspflichten des Anwenders. Hier kommt es in Anlehnung an den Rechtsgedanken des § 832 BGB auf die Entwicklung der KI und den Grad seiner Autonomie an. Diese Sorgfaltspflichten dürften regelmäßig erfüllt sein, wenn das anwendende Unternehmen die Gefahr der Kontaminierung von Datensätzen erkannt hat und effektive Maßnahmen ergriffen hat, um entsprechende Defizite zu beseitigen. Je unerprobter und autonomer die KI ist, desto strenger sind die Anforderungen an die zu ergreifenden Maßnahmen und ihre Dokumentation zu stellen.

4. Zusammenfassung

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass einer Diskriminierung durch Algorithmen grundsätzlich mit dem Schadensersatzanspruch des § 15 I AGG begegnet werden kann. Am problematischsten ist die Verschuldensfrage, die nach hier vertretener Ansicht nicht durch eine Zurechnung der Tätigkeiten der KI nach § 278 S. 1 BGB zu lösen ist, sondern durch einzelfallspezifische Sorgfaltspflichtverletzungen des Arbeitgebers selbst, deren Ausmaß sich an allgemeinen Rechtsgedanken des Deliktsrechts orientiert.

57 Palandt/*Grüneberg*, 80. Aufl., § 278 Rn. 11.

58 *Yu-Cheol*, in: Dederer/*Yu-Cheol*, KI und jur. Herausforderungen, 2020, 1 (10).

59 *MüKo-BGB/Grundmann*, Bd. 2, 8. Aufl., § 278 Rn. 46; s.a. *Teubner*, AcP 2018, 155 (186).

60 *Grapentin*, Vertragsschluss bei künstlicher Intelligenz, 129.

61 *Wiebe*, Die elektronische Willenserklärung, 187.

62 *Freyler*, NZA 2020, 284 (288).

63 *von Lewinski/de Barros*, NZA 2018, 620 (623).

64 *Horner/Kaulartz*, CR 2016, 7 (9).

65 OLG Stuttgart, NJW-RR 2017, 860; *MüKoBGB/Wagner*, Bd. 7, 8. Aufl., § 823 Rn. 63.

66 *Merkel*, Willensfreiheit und rechtliche Schuld, 104 f.

67 *Ebd.*, 131.

68 *So auch MüKoBGB/Grundmann*, Bd. 2, 8. Aufl., § 278 Rn. 46.

E. Ausblick – unionsrechtliche Vorgaben

Im Bereich der KI-Regulierung mit Abstand am aktivsten sind die EU-Organe: Bereits 2020 hat die EU-Kommission ihr Weißbuch zu KI veröffentlicht, das weitreichende rechtliche Regelungen im Bereich KI vorsah.⁶⁹ Im Mai dieses Jahres hat die EU-Kommission einen ersten Entwurf für eine Verordnung zur Regulierung von KI Anwendungen (KI VO-E) veröffentlicht.⁷⁰ Diese Verordnung sieht eine Abstufung von kaum regulierten risikoarmen Anwendungsbereichen von autonomen Systemen, über streng regulierte risikoreiche Anwendungsbereiche bis hin zu gefährlichen Anwendungsbereichen, in denen der Einsatz von KI verboten werden soll, vor. Nach Art. 6 i.V.m. Annex III Nr. 4a KI VO-E fallen unter den Bereich der Hochrisikosysteme auch solche, die der Personalauswahl dienen. Allerdings sind die in den Art. 7 ff. KI VO-E normierten Pflichten primär regulatorischer Natur und dienen nicht dem Schutz von Betroffenen, weshalb auch noch unklar ist, ob die erhobenen Informationen im Zuge eines zivilen Gerichtsverfahrens überhaupt einsehbar sein werden.⁷¹ Zudem gelten nach Art. 85 II KI VO-E die in den Art. 7 ff. KI VO-E normierten Vorgaben für Hochrisikosysteme erst zwei Jahre nach dem Inkrafttreten. Aufgrund des Gesetzgebungsverfahrens ist jedoch davon auszugehen, dass dieser Entwurf noch erhebliche inhaltliche Veränderungen erfahren wird. Zudem erscheint es aufgrund der erheblichen Dauer, die europäische Legislativakte normalerweise beanspruchen, um in Kraft zu treten,⁷² unwahrscheinlich, dass diese Vorgaben vor dem Jahr 2026 anwendbar sein werden, auch wenn die EU-Kommission das Inkrafttreten im Jahr 2024 plant.⁷³ Dementsprechend wird es auf absehbare Zeit nicht möglich sein, unionsrechtliche Vorgaben zur Konkretisierung von Sorgfaltspflichten im Bereich autonomer Systeme heranzuziehen.

F. Fazit

Der Einsatz autonomer Systeme wird die Rechtswissenschaft vor erhebliche Herausforderungen stellen. Gleichzeitig zeigt die Analyse der Voraussetzungen eines Anspruchs aus § 15 I 2 AGG, dass man diesen Problemen auch weitestgehend im Rahmen der Strukturen der jetzigen Rechtsordnung gerecht werden kann. Insbesondere die Etablierung von entsprechenden Verkehrs- und Sorgfaltspflichten und spezifischen Sorgfaltmaßstäben erweist sich als schlüssiges Mittel, um ein Verschulden des Nutzers autonomer Systeme begründen zu können.

Insoweit erweisen sich die in der Literatur vertretene Forderungen nach einer grundlegenden Reform der Rechtsordnung, wie zum Beispiel im Zuge der Anerkennung von E-Personen oder der Einführung einer generellen Gefährdungshaftung für Schäden durch autonome Systeme, als zu weitreichend.⁷⁴ Da eine alsbaldige gesetzgeberische Lösung dieser Probleme allerdings ebenfalls unwahrscheinlich ist, wird die Rechtsprechung zunächst im Rahmen von Einzelfallentscheidungen auf Basis des geltenden Rechts Lösungen entwickeln müssen. Vielversprechender erscheint es insoweit für die Rechtswissenschaft, durch die Entwicklung objektiver Sorgfaltspflichten und -maßstäben, deren Einhaltung und Umsetzung durch die Zivilgerichtsbarkeit überprüfbar ist, die Grundlagen für diesen Prozess zu legen.⁷⁵



Talking Legal Tech - Folge 25

„künstliche Intelligenz- was ist das eigentlich, manuela lenzen?“

⁶⁹ Weißbuch zur Künstlichen Intelligenz, COM(2020)65 final, 10 ff.; dazu auch: *Goral-Wood*, CTRL 2021, 32 (33) sowie *Hacker*, NJW 2020, 2142 (2143 f.).

⁷⁰ Proposal for a Regulation laying down harmonised rules on artificial intelligence, SEC(2021)167 final.

⁷¹ *MacCarthy/Propp*, Machines learn that Brussels writes the rules: The EU's new AI regulation, Brookings, [hier](#) abrufbar (Stand: 3.06.2021).

⁷² *Lelieveldt/Princen*, The Politics of the European Union, 2. Aufl., 90; dazu grunds. *Haltern*, Europarecht, Bd. II, 3. Aufl., Rn. 1033.

⁷³ Vgl. dazu Regulatory framework proposal on Artificial Intelligence, Europäische Kommission, [hier](#) abrufbar (Stand: 29.06.2021).

⁷⁴ So aber *Teubner*, AcP 2018, 155 (187 f.); *Schirmer*, JZ 2016, 660 (665); *Specht/Herold*, MMR 2018, 40 (43), jeweils m.w.N.

⁷⁵ Im Ergebnis so auch *Auer*, Rechtsfähige Softwareagenten: Ein erfrischender Anachronismus, Verfassungsblog, [hier](#) abrufbar (Stand: 19.05.2021).

CTRL

Cologne Technology **R**&Law
review

+
Hier geht es zur
ganzen Ausgabe.

Dort findest du auf über
100 Seiten in 15 Aufsätzen
alles von NFTs über Legal
Tech im Strafprozess bis
hin zum Stand des
E-Examens in NRW.

