

**CHANCEN UND RISIKEN VON
KÜNSTLICHER INTELLIGENZ
UND ALGORITHMEN AUS ANTI-
DISKRIMINIERUNGSRECHTLICHER
PERSPEKTIVE**

Gutachten

AUTORIN

Dr. Duygu Damar

Gutachten

Chancen und Risiken von Künstlicher Intelligenz und Algorithmen aus antidiskriminierungsrechtlicher Perspektive

Auftraggeberin: Stiftung Datenschutz

Erstellerin: Dr. Duygu Damar

unter Mitarbeit von: Fiete Schacht

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	ii
Abkürzungsverzeichnis	v
§ 1 Einleitung	1
A. Algorithmen und Künstliche Intelligenz	2
I. KI-Vorschlag.....	2
II. Technische Begriffe	3
1. Algorithmus.....	3
2. Software.....	3
3. Maschinelles Lernen (Machine Learning).....	4
4. Künstliche Intelligenz (Artificial Intelligence).....	4
5. Black-Box- und White-Box-Ansatz	5
III. „Automatisiert“ gegen „Autonom“	5
B. Quellen des Antidiskriminierungsrechts.....	6
I. Diskriminierungsverbot im öffentlich-rechtlichen Bereich.....	6
1. Internationales Recht	6
2. Europäisches Recht	7
3. Grundgesetz.....	8
II. Diskriminierungsverbot im Arbeits- und Zivilrecht	8
1. Arbeitsrecht.....	8
a) Europäisches Recht.....	8
b) AGG	10
2. Zivilrecht	10
a) Europäisches Recht.....	10
b) AGG	11
III. KI-Vorschlag.....	12
§ 2 Geltungsbereich.....	13
A. Öffentlich-rechtliches Diskriminierungsverbot.....	13
B. Arbeitsrechtliches Diskriminierungsverbot.....	14
C. Zivilrechtliches Diskriminierungsverbot	14
I. Drittwirkungsfrage.....	14
II. AGG	16

1. Allgemeines.....	16
2. Massengeschäfte und ähnliche Geschäfte (§ 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG).....	17
a) „Ansehen der Person“.....	17
b) „zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen“.....	18
3. Versicherungsverträge (§ 19 Abs. 1 Nr. 2 AGG).....	18
4. Schuldverhältnisse bezüglich der Öffentlichkeit zur Verfügung stehenden Gütern und Dienstleistungen (§ 19 Abs. 2 i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG).....	18
a) Güter und Dienstleistungen.....	19
b) „der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“.....	19
c) Geschlechterdiskriminierung?.....	20
III. Konkretisierungsbeispiele: Versicherungs- und Darlehensverträge.....	20
1. Darlehensverträge als Massengeschäfte oder ähnliche Geschäfte.....	20
2. Darlehensverträge als Schuldverhältnisse bezüglich der Öffentlichkeit zur Verfügung stehenden Gütern und Dienstleistungen.....	22
3. Europäisches Gesetzgebungsvorhaben.....	22
D. Zweckbestimmung des Diskriminierungsverbots.....	23
§ 3 Diskriminierung.....	25
A. Juristische Perspektive.....	25
I. Unmittelbare (direkte) Diskriminierung (<i>disparate treatment</i>).....	25
II. Mittelbare (indirekte) Diskriminierung (<i>disparate impact</i>).....	26
III. Ansprüche und Verschuldensfrage.....	28
B. Ökonomische Perspektive.....	29
I. Präferenzbedingte Diskriminierung (<i>taste-based discrimination</i>).....	29
II. Statistische Diskriminierung (<i>statistical discrimination</i>).....	30
1. Allgemeines.....	30
2. Versicherungswesen.....	31
3. Kreditwesen.....	33
§ 4 Künstliche Intelligenz und Algorithmen aus antidiskriminierungsrechtlicher Perspektive.....	34
A. Potential: Beseitigung präferenzbedingter, unmittelbarer Diskriminierung.....	34
B. Herausforderung: Statistische Diskriminierung.....	36
I. Statistische, unmittelbare Diskriminierung.....	36
1. Unter- bzw. Überrepräsentation.....	36
2. Zusammenstellung der Stellvertretermerkmale.....	37

II. Statistische, mittelbare Diskriminierung	38
1. Defizite im Algorithmus	38
2. Defizite im Trainingsdatensatz	39
C. Potential und Herausforderung: Beweis der Diskriminierung	39
I. Algorithmen-Audits	40
1. Offenlegungsproblem	40
2. Datensammlung ohne Offenlegung	41
II. Widerlegung der Vermutung	42
D. Lösungsansätze	42
§ 5 Fazit	44
Literaturverzeichnis	46

Abkürzungsverzeichnis

a.A. / A.A.	:	anderer Ansicht
ABl.	:	Amtsblatt
a.F.	:	alte Fassung
AGB	:	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGG	:	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz
AntiRasRL	:	Antirassismus-Richtlinie (Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. 2000 L 180/22)
AEUV	:	Vertrag über die Arbeitsweise der europäischen Union
BDSG	:	Bundesdatenschutzgesetz
Beschl.	:	Beschluss
BGB	:	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI.	:	Bundesgesetzblatt
BGH	:	Bundesgerichtshof
BVerfG	:	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE:	:	Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts
bzw.	:	beziehungsweise
CEDAW	:	Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women
CERD	:	International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination
CRPD	:	Convention on the Rights of Persons with Disabilities
DSGVO	:	Datenschutz-Grundverordnung
EMRK	:	Europäische Menschenrechtskonvention
ErwGr.	:	Erwägungsgrund
EU	:	Europäische Union
EuGH	:	Europäischer Gerichtshof
EUV	:	Vertrag über die Europäische Union
EWG	:	Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f. / ff.	:	folgende/ fortfolgende
GenderRL	:	Gender-Richtlinie (Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ABl. 2004 L 373/37)
ggf.	:	gegebenenfalls
GlStRL	:	Gleichstellungs-Richtlinie (Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung), ABl. 2006 L 204/23)
GG	:	Grundgesetz
GrCh	:	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
i.S.d.	:	im Sinne der/des

i.V.m.	:	in Verbindung mit
KI	:	Künstliche Intelligenz
KWG	:	Kreditwesengesetz
KWP	:	Kreditwürdigkeitsprüfung
LG	:	Landgericht
M.a.W.	:	Mit anderen Worten
ML	:	Maschinelles Lernen
M.w.N.	:	Mit weiteren Nachweisen
OLG	:	Oberlandesgericht
RahmenRL	:	Rahmen-Richtlinie (Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. 2000 L 303/16)
RLSelErw	:	Richtlinie zur selbstständigen Erwerbstätigkeit (Richtlinie 2010/41/EU zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, die eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausüben, und zur Aufhebung der RL 86/613/EWG des Rates, ABl. 2010 L 180/1)
Rs.	:	Rechtssache
S. / s.	:	Seite / siehe
Slg.	:	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofes und des Gerichts Erster Instanz
u.a.	:	unter anderem
UNTS	:	United Nations Treaty Series
Urt.	:	Urteil
VDV	:	Verbraucherdarlehensvertrag / Verbraucherdarlehensverträge
Vgl.	:	Vergleiche
z.B.	:	zum Beispiel

§ 1 Einleitung

Aufgrund der technischen Entwicklungen in den letzten Jahrzehnten kommen Künstliche Intelligenz (KI) und Algorithmen in mehreren Lebensbereichen zum Einsatz: auf dem Arbeitsmarkt, in der Logistik, in der Medizin, in der Justiz, aber auch beim Abschluss von zivilrechtlichen Verträgen, insbesondere beim Abschluss von Kredit- und Versicherungsverträgen. Da durch den Einsatz von KI viele Prozesse schneller und entweder fehlerfrei oder mit geringen Fehlern durchgeführt werden, sollen so z.B. Verwaltungskosten gesenkt, Prognosen verbessert, Effizienz erhöht und bessere Produkte und Dienstleistungen für Verbraucher:innen geschaffen werden. Doch die Verwendung von KI bringt auch Risiken mit sich. Aushöhlung der Privatautonomie durch Online-Tracking und Profiling von Einzelpersonen sowie haftungsrechtliche Fragestellungen im autonomen Fahren sind nur zwei Beispiele. Darüber hinaus stellen die Transparenz und Überprüfbarkeit der KI und Algorithmen eine besondere Herausforderung dar.

Durch die Verwendung von KI und Algorithmen entstehen auch aus antidiskriminierungsrechtlicher Perspektive Vor- und Nachteile. In diesem Gutachten werden die Chancen und Risiken der KI aus antidiskriminierungsrechtlicher Perspektive dargestellt und analysiert. Auf Grund der Relevanz und Häufigkeit von KI bei dem Zugang zu Finanzdienstleistungen¹ sowie der Unterschiedlichkeit bei der Anwendung des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes in Bezug auf die verschiedenen Finanzdienstleistungen, wird sich im Rahmen des Gutachtens für die konkretisierenden Beispiele vor allem auf den Bereich der Versicherungs- und Darlehensverträge bezogen. Diese Vorgehensweise ermöglicht es, die Komplexität und Vielschichtigkeit der antidiskriminierungsrechtlichen Analyse abzubilden und gleichzeitig den Rahmen des Gutachtens nicht zu überfordern.

Im Bereich der Finanzdienstleistungen beeinflusst KI immer stärker den Bereich der Kreditwürdigkeitsprüfung (KWP) und der Angebotsausgestaltung. So werden Konditionen für Kredit- und Versicherungsverträge immer häufiger anhand Outputs von KI-Systemen erstellt. Zudem stellen Kredit- und Versicherungsverträge in der modernen Gesellschaftsordnung wichtige Instrumente für die Verwirklichung wirtschaftlicher Pläne und für die Stabilisierung von Lebenslagen von Individuen dar. Diese Verträge sind für Verbraucher:innen das zentrale Instrument, um sich ex-ante vor Liquiditätskrisen abzusichern oder ex-post darauf zu reagieren (Risikobewältigung).² Diskriminierungen beim Zugang sowie unpassende Konditionen zu Kredit- und Versicherungsverträgen bedeuten daher für die ausgeschlossenen Personengruppen, dass die Möglichkeit der Risikobewältigung mittels Finanzdienstleistungen zumindest eingeschränkt ist. Entsprechend relevant ist die Untersuchung der Chancen und Risiken von KI und Algorithmen auf Diskriminierung beim Zugang zu und der Konditionierung von Kredit- und Versicherungsverträgen.

¹ Oehler, in: Kenning/Oehler/Reisch (Hrsg.), Verbraucherwissenschaften, 2021, S. 365 (366); EIOPA, Consultative Expert Group on Digital Ethics in Insurance, Artificial Intelligence Governance Principles, 2021, S. 21 f.

² Knobloch/Feldhusen/Tiffe, Basisprodukte bei Finanzdienstleistungen, 2012, S. 25 ff.; Johnson/Pasquale/Chapman, Fordham Law Review 88 (2019), 499 (501).

A. Algorithmen und Künstliche Intelligenz

I. KI-Vorschlag

Die Ausarbeitung der antidiskriminatorischen Chancen und Risiken durch den Einsatz von KI und Algorithmen erfordert zunächst Kenntnisse über die technischen Grundlagen und Konzepte. Da die EU im Jahr 2021 einen Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz (Gesetz über künstliche Intelligenz) und zur Änderung bestimmter Rechtsakte der Union (KI-Vorschlag)³ unterbreitet hat, dient der darin enthaltene Begriff als Ausgangspunkt. Art. 3 Nr. 1 KI-Vorschlag definiert das KI-System als eine Software, die mit bestimmten Techniken und Konzepten entwickelt worden ist und Ergebnisse im Hinblick auf von Menschen festgelegten Ziele, wie z.B. Inhalte, Vorhersagen, Empfehlungen oder Entscheidungen, hervorbringen kann, die das Umfeld beeinflussen, mit dem sie interagieren. Die Techniken und Konzepte bei der Entwicklung des KI-Systems werden im ersten Anhang des Vorschlags aufgelistet und umfassen Software mit dem Maschinellen Lernen (ML), einschließlich des tiefen Lernens (Deep Learning) und statistische Ansätze. Das KI-System wurde im KI-Vorschlag absichtlich breit definiert, sodass der Begriff auch den künftigen technologischen Entwicklungen gerecht werden kann und damit genügend Flexibilität für Rechtssicherheit gewährleistet (ErwGr. 6 KI-Vorschlag).

Der KI-Vorschlag führt einen risikobasierten Ansatz ein und ordnet die KI-Systeme in vier Kategorien ein: KI-Systeme (i) mit einem unakzeptabel hohem Risikoniveau, (ii) mit hohem Risiko, (iii) mit dem Transparenzrisiko, und (iv) mit geringem oder ohne Risiko. Die KI-Anwendungen mit einem unakzeptabel hohem Risikoniveau, z.B. Social Profiling oder biometrische Echtzeit-Fernidentifizierungssysteme durch Behörden, werden grundsätzlich verboten (Art. 5 KI-Vorschlag). Die Hochrisiko-Systeme, die z.B. für die KWP und Kreditpunktbewertung natürlicher Personen verwendet werden (Art. 6 Abs. 2 i.V.m. Nr. 5 lit. b Anhang III KI-Vorschlag), unterliegen besonderen Anforderungen hinsichtlich Transparenz, Risiko- bzw. Qualitätsmanagement, Überwachung und Dokumentation (Art. 9 ff. KI-Vorschlag). Die KI-Systeme mit dem Transparenzrisiko, z.B. Chatbots, unterliegen einer Offenbarungspflicht (Art. 52 KI-Vorschlag) und zwar ohne Rücksicht darauf, ob sie zugleich ein Hochrisiko-System sind oder nicht (Art. 52 Abs. 4 KI-Vorschlag). Insbesondere bei denjenigen KI-Systemen, die für die Interaktion mit natürlichen Personen bestimmt sind, muss offengelegt werden, dass es sich um KI handelt (Art. 52 Abs. 1 KI-Vorschlag). Die KI-Systeme mit geringem oder ohne Risiko werden grundsätzlich den Verhaltenskodizes überlassen, die sich an den Anforderungen an Hochrisiko-Systeme orientieren sollten (Art. 69 KI-Vorschlag).⁴

Bereits an dieser Stelle ist anzumerken, dass die KI-Systeme für Kredit scoring und KWP gemäß Art. 6 Abs. 2 i.V.m. Nr. 5 lit. b Anhang III KI-Vorschlag als Hochrisiko-KI-Systeme eingeordnet worden sind. Eine ähnliche Regelung fehlt bezüglich der Einordnung in die Risikoklassifizierungen bei den privaten Versicherungsverträgen oder Versicherungsansprüchen. Da jedoch die Einordnung von Verbraucher:innen in unterschiedliche Risiko- bzw. Anspruchsklassen und ein diskriminatorisches Defizit in diesen Prozessen eine vergleichbare Wirkung hat,⁵ sollten diejenige KI-Systeme, die bei der Begründung und Durchführung von

³ KOM (2021) 206 endgültig vom 21.4.2021.

⁴ M.w.N. Valta/Vasel, Zeitschrift für Rechtspolitik 2021, 142 ff.; Jüngling, Multimedia und Recht 2020, 440 (443 ff.); Spindler, Computer und Recht 2021, 361 ff.

⁵ S. ErwGr. 37 KI-Vorschlag; Busch, Algorithmic Accountability, 2018, S. 18.

Versicherungsverträgen eingesetzt werden, auch als Hochrisiko-KI-System in den Anhang III des KI-Vorschlags ausdrücklich aufgenommen werden. Die Verbraucherschutzorganisationen haben bereits auf dieses Defizit hingewiesen.⁶

II. Technische Begriffe

Im KI-Vorschlag der Europäischen Kommission sind mehrere technische Begriffe enthalten, die nicht schnell nachvollziehbar und leicht verständlich sind. Zudem ist weder die programmiertechnische noch juristische Literatur über diese Begriffe einheitlicher Meinung. Im Folgenden wird ein kurzer Überblick über die wichtigsten Begriffe gegeben, um eine Grundlage für die nachfolgenden Erläuterungen zu antidiskriminatorischen Risiken und Lösungsvorschlägen zu verschaffen.

1. Algorithmus

Der Begriff, der nicht nur der KI sondern allen computertechnischen Entwicklungen zugrunde liegt, ist der Algorithmus. Der Algorithmus meint eine Schritt-für-Schritt Anleitung zur Lösung eines Problems und folgt einem „Wenn-Dann“-Schema.⁷ Programmierungstechnisch stellen also Algorithmen in der Computersprache formulierte, präzise festgelegte Regeln dar, die eine Abfolge von Berechnungsschritten beinhalten und eingegebene Informationen (Input) nach diesen Berechnungsschritten verarbeiten und ein Ergebnis (Output) hervorrufen.⁸ Diese Algorithmen der direkten Programmierung können die Daten lediglich im Rahmen des Vorgegebenen verarbeiten und Ergebnisse hervorrufen.⁹ Andererseits gibt es auch „lernende“ oder „selbstlernende“ Algorithmen, die durch die Technik des ML selber Daten analysieren, verarbeiten, selbständig Korrelationen herstellen und daraus „lernen“ können.¹⁰ Diese lernenden oder selbstlernenden Algorithmen stellen die Bausteine der KI dar.¹¹

2. Software

Eine Software oder Softwareanwendung beschreibt ein System, das aus Algorithmen und Datenstrukturen besteht und ihre Outputs durch ein Endgerät vermittelt.¹² Die Interaktion mit den Endnutzer:innen findet über ein heruntergeladenes Programm (z.B. Apps für Smartphones) oder einen Telemediendienst (z.B. Website eines Online-Commerce-Dienstes) statt. Wichtig für das vorliegende Gutachten ist, dass die Softwareanwendungen nicht lediglich aus Algorithmen entstehen, sondern zu ihrer vollständigen Funktion auch auf eine Datenbasis angewiesen sind. D.h. die Fehler einer Softwareanwendung können aus Algorithmen oder aus der Datenstruktur oder aus beiden stammen.¹³

⁶ S. KI-Regeln für Fairness und Verbrauchervertrauen, Positionspapier des vzbv vom 21. August 2021, S. 2 f., abrufbar auf https://www.vzbv.de/sites/default/files/2021-08/21-08-12_vzbv_Zusammenfassung_Positionspapier_AIA_DE.pdf (29. November 2021).

⁷ Martini, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 17; Steege, Multimedia und Recht 2019, 715 (716); Martini, Juristenzeitung 2017, 1017 (2017 Fn. 2); Ebers, in: Ebers/Heinze/Krügel u. a. (Hrsg.), Künstliche Intelligenz und Robotik, 2020, § 3 Rn. 6.

⁸ Orwat, Diskriminierungsrisiken durch Verwendung von Algorithmen, 2019, S. 3; Freyler, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2020, 284 (285); Martini, Juristenzeitung 2017, 1017 (1017 Fn. 2); Martini, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 18 f.

⁹ Steege, Multimedia und Recht 2019, 715 (716); Orwat, Diskriminierungsrisiken durch Verwendung von Algorithmen, 2019, S. 4 f.

¹⁰ Orwat, Diskriminierungsrisiken durch Verwendung von Algorithmen, 2019, S. 5; Freyler, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2020, 284 (285).

¹¹ Orwat, Diskriminierungsrisiken durch Verwendung von Algorithmen, 2019, S. 5.

¹² Orwat, Diskriminierungsrisiken durch Verwendung von Algorithmen, 2019, S. 3; Martini, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 19 Fn. 83.

¹³ Martini, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 19 Fn. 83.

3. Maschinelles Lernen (Machine Learning)

Bei einer Softwareanwendung mit Algorithmen der direkten Programmierung werden alle Schritte zu der Lösung bzw. dem Ergebnis vorprogrammiert. Die Software wendet also das Vorgegebene an.¹⁴ Dagegen wird beim ML der Prozess des menschlichen Lernens simuliert, indem versucht wird, Wissen aus Erfahrung zu generieren.¹⁵ Zu diesem Zweck werden die lernenden Algorithmen anhand eines Datensatzes trainiert (Trainingsdatensatz). Während dieses Trainings erkennen die lernenden Algorithmen bestimmte Muster und Korrelationen, die auf zuvor bestimmten, in den Datensatz eingespeisten, strukturell ähnlichen Fällen bzw. Variablen basieren.¹⁶ Aus diesen aufgefundenen statistischen Korrelationen erzeugen die lernenden Algorithmen ein Modell. Aus diesen Erkenntnissen und Modellen ziehen die (lernenden) Softwareanwendungen sodann Rückschlüsse, die sie verallgemeinern, in ihre Entscheidungen einbauen und auf neue Kontexte übertragen können; mit anderen Worten: selbstadaptiv lernen.¹⁷

Insofern hängt es stark von der Qualität des Trainingsdatensatzes ab, welche Variablen und Korrelationen die lernende Softwareanwendung erkennt und darauffolgend lernt. Daher werden die Softwareanwendungen nach der Trainingsphase auch mit einem Testdatensatz getestet, um das Verfahren des ML zu validieren.¹⁸ Nach der Validierung wird eine Softwareanwendung des ML regelmäßig dazu verwendet, aufgrund neuer Datensätze Vorhersagen zu treffen oder Klassifizierungen vorzunehmen, z.B. Einordnung bestimmter Emails als Spam, oder bestimmter Personen als diejenigen, die einen Kredit wahrscheinlich (nicht) zurückzahlen.¹⁹

4. Künstliche Intelligenz (Artificial Intelligence)

Genauso wie im KI-Vorschlag wird auch in der Literatur vermieden, einen allgemeingültigen Begriff der KI zu formulieren, weil es sich bei der KI um einen sich rasant fortentwickelnden, technischen Bereich handelt. Stattdessen wird darauf hingewiesen, welche Fähigkeiten die Systeme der KI regelmäßig aufweisen. Dabei wird immer in den Vordergrund gestellt, dass die KI-Systeme Muster in Datenmengen erkennen, daraus Schlüsse ziehen, Entscheidungen treffen, diese auf neue Daten anwenden und ggf. die Algorithmen weiterentwickeln sowie anpassen können. Dafür benötigen die KI-Systeme auch keinen weiteren Input als den eingespeisten Datensatz. Insofern erzeugt die KI-Software menschenähnliche, maschinell intelligente Verhaltensweisen.²⁰

¹⁴ Niederée/Nejdl, in: Ebers/Heinze/Krügel u. a. (Hrsg.), Künstliche Intelligenz und Robotik, 2020, § 2 Rn. 25.

¹⁵ Orwat, Diskriminierungsrisiken durch Verwendung von Algorithmen, 2019, S. 8; Frost, Medizin Produkte Recht 2019, 117 (118); Martini, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 20; Buxmann/Schmidt, in: Buxmann/Schmidt (Hrsg.), Künstliche Intelligenz - Mit Algorithmen zum wirtschaftlichen Erfolg, 2021, S. 3 (9).

¹⁶ Sei es durch das Data Mining oder das tiefe Lernen (Deep Learning), s. m.w.N. Niederée/Nejdl, in: Ebers/Heinze/Krügel u. a. (Hrsg.), Künstliche Intelligenz und Robotik, 2020, § 2 Rn. 56 ff.; Martini, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 23 ff.; Orwat, Diskriminierungsrisiken durch Verwendung von Algorithmen, 2019, S. 7 ff.; Kainer/Förster, Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft 2020, 275 (278 f.); Buxmann/Schmidt, in: Buxmann/Schmidt (Hrsg.), Künstliche Intelligenz - Mit Algorithmen zum wirtschaftlichen Erfolg, 2021, S. 3 (14 ff.).

¹⁷ Martini, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 21 f.; Orwat, Diskriminierungsrisiken durch Verwendung von Algorithmen, 2019, S. 31; Frost, Medizin Produkte Recht 2019, 117 (118); Niederée/Nejdl, in: Ebers/Heinze/Krügel u. a. (Hrsg.), Künstliche Intelligenz und Robotik, 2020, § 2 Rn. 21.

¹⁸ M.w.N. Orwat, Diskriminierungsrisiken durch Verwendung von Algorithmen, 2019, S. 31 f.; Niederée/Nejdl, in: Ebers/Heinze/Krügel u. a. (Hrsg.), Künstliche Intelligenz und Robotik, 2020, § 2 Rn. 26; Buxmann/Schmidt, in: Buxmann/Schmidt (Hrsg.), Künstliche Intelligenz - Mit Algorithmen zum wirtschaftlichen Erfolg, 2021, S. 3 (11).

¹⁹ Orwat, Diskriminierungsrisiken durch Verwendung von Algorithmen, 2019, S. 32; Niederée/Nejdl, in: Ebers/Heinze/Krügel u. a. (Hrsg.), Künstliche Intelligenz und Robotik, 2020, § 2 Rn. 24.

²⁰ Frost, Medizin Produkte Recht 2019, 117 (118); Martini, Blackbox Algorithmus, 2019, S. 20 Fn. 86; Kainer/Förster, Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft 2020, 275 (280); Steege, Multimedia und Recht 2019, 715 (716); Niederée/Nejdl, in: Ebers/Heinze/Krügel u. a. (Hrsg.), Künstliche Intelligenz und Robotik, 2020, § 2 Rn. 1; Beck/Grunwald/Jacob u. a., Künstliche Intelligenz und Diskriminierung - Herausforderungen und Lösungsansätze, 2019, S. 7.

In diesem Zusammenhang umfasst der Begriff, den die Unabhängige Hochrangige Expertengruppe für Künstliche Intelligenz ausgearbeitet hat, alle grundlegenden Fähigkeiten der KI: „Künstliche-Intelligenz-(KI)-Systeme sind vom Menschen entwickelte Software-[...]systeme, die in Bezug auf ein komplexes Ziel auf physischer oder digitaler Ebene agieren, indem sie ihre Umgebung durch Datenerfassung wahrnehmen, die gesammelten strukturierten oder unstrukturierten Daten interpretieren, Schlussfolgerungen daraus ziehen oder die aus diesen Daten abgeleiteten Informationen verarbeiten und über die geeignete(n) Maßnahme(n) zur Erreichung des vorgegebenen Ziels entscheiden.“²¹

5. Black-Box- und White-Box-Ansatz

Zwei weitere technischen Begriffe, die insbesondere bei den Lösungsvorschlägen eine Rolle spielen, betreffen die Nachvollziehbarkeit der durch die KI getroffenen Entscheidungen bzw. der durch die KI erzeugten Ergebnisse. Dabei werden zwei Ansätze verwendet. Bei dem White-Box-Ansatz ist es möglich, die innere Struktur und die logischen Schritte des lernenden Algorithmus bei der Entscheidungsfindung oder bei der Erzeugung des Outputs bis zu einem gewissen Grad nachzuvollziehen. Dies hat natürlich eine erhöhte Transparenz und Verständlichkeit des jeweiligen KI-Systems zur Folge.²² Die Nachteile dieses Ansatzes sind jedoch, dass sie nicht gleichermaßen effizient sind, wie die KI-Systeme des Black-Box-Ansatzes sowie dass sie regelmäßig angepasst werden müssen und damit einen hohen Programmieraufwand verursachen.²³

Im Gegensatz zum White-Box-Ansatz ist beim Black-Box-Ansatz nicht nachvollziehbar, nach welcher Struktur und aufgrund welchen Variablen ein Ergebnis erzeugt bzw. eine Entscheidung getroffen wurde.²⁴ Die KI-Systeme, die auf den Black-Box-Ansatz basieren, sind effizienter als diejenigen des White-Box-Ansatzes.²⁵

III. „Automatisiert“ gegen „Autonom“

Zum Abschluss ist an dieser Stelle zu betonen, dass nicht jedes KI-System seine Ergebnisse vollautomatisiert, also autonom hervorruft. Nicht selten werden diese Systeme auch lediglich zur Datenanalyse eingesetzt, um das Ergebnis der Analyse als Empfehlung oder Unterstützung für menschliche Entscheidungen zur Verfügung zu stellen.²⁶ Die Hinweise auf „automatisierte Entscheidungen“ (*automated decision-making system, ADM system*) können daher sowohl die unterstützenden als auch die vollautomatisierten Ergebnisse umfassen. Für die Anwendung der zukünftigen KI-Verordnung ist nicht erforderlich, dass das KI-System die Ergebnisse vollautomatisiert, also vollkommen autonom, hervorruft. Der KI-Vorschlag umfasst alle Systeme, die mit verschiedenen Graden der Autonomie arbeiten (ErwGr. 6 KI-Vorschlag).

Gleichwohl kommen vollautomatisierte Entscheidungen im zivilrechtlichen Bereich insbesondere bei der (Online-)Kreditvergabe, den Kaufempfehlungen und Preisanpassungen im Onlinehandel sowie beim Antrags- und Bearbeitungsverfahren bei bestimmten Versicherungsverträgen zum Einsatz.²⁷ Art. 22 Abs. 1

²¹ Hochrangige Expertengruppe für Künstliche Intelligenz, Ethik-Leitlinien für eine vertrauenswürdige KI, 2019, S. 47. Diesem Begriff folgt auch Ebers, in: Ebers/Heinze/Krügel u. a. (Hrsg.), Künstliche Intelligenz und Robotik, 2020, § 3 Rn. 4.

²² Niederée/Nejdl, in: Ebers/Heinze/Krügel u. a. (Hrsg.), Künstliche Intelligenz und Robotik, 2020, § 2 Rn. 123 ff.

²³ Ebers, Huber/Giesecke, in: Ebers/Heinze/Krügel u. a. (Hrsg.), Künstliche Intelligenz und Robotik, 2020, § 3 Rn. 33, § 19 Rn. 36.

²⁴ Wischmeyer, Archiv des öffentlichen Rechts 143 (2018), 1 (8); Ebers, in: Ebers/Heinze/Krügel u. a. (Hrsg.), Künstliche Intelligenz und Robotik, 2020, § 3 Rn. 25.

²⁵ Ebers, in: Ebers/Heinze/Krügel u. a. (Hrsg.), Künstliche Intelligenz und Robotik, 2020, § 3 Rn. 33; Wischmeyer, Archiv des öffentlichen Rechts 143 (2018), 1 (43).

²⁶ Orwat, Diskriminierungsrisiken durch Verwendung von Algorithmen, 2019, S. 5.

²⁷ Hönold, Profiling und automatisierte Einzelentscheidungen im Versicherungsbereich, 2017, S. 9; Orwat, Diskriminierungsrisiken durch Verwendung von Algorithmen, 2019, S. 20 f.

Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO)²⁸ sieht in diesem Zusammenhang vor, dass die betroffene Person das Recht hat, nicht einer ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung – einschließlich Profiling – beruhenden Entscheidung, also einem vollautomatisierten ADM-System (ErwGr. 71 DSGVO), unterworfen zu werden, die ihr gegenüber rechtliche Wirkung entfaltet oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt.²⁹ Gleichermaßen sieht der Vorschlag für eine Richtlinie über Verbraucherkredite (VerbKrRL-Vorschlag)³⁰ vor, dass die Verbraucher:innen das Recht haben, eine Nachprüfung des Ergebnisses der KWP durch eine natürliche Person zu verlangen oder Erläuterungen zu der KWP zu verlangen und zu erhalten oder die KWP sowie die darauf basierte Entscheidung anzufechten, falls die KWP Profiling oder eine andere automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten umfasst (Art. 18 Abs. 6 VerbKrRL-Vorschlag). Anders als die DSGVO ist für die Anwendung des Art. 18 Abs. 6 VerbKrRL-Vorschlag nicht erforderlich, dass die KWP vollautomatisiert durchgeführt wird: Es ist ausreichend, wenn die KWP eine automatisierte Datenverarbeitung „umfasst“.

B. Quellen des Antidiskriminierungsrechts

I. Diskriminierungsverbot im öffentlich-rechtlichen Bereich

1. Internationales Recht

Der Schutz von Menschen vor Diskriminierungen umfasst vor allem den öffentlich-rechtlichen Bereich. In diesem Zusammenhang sind die Staaten nach der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)³¹ verpflichtet, nicht zu diskriminieren (Art. 1 Protokoll Nr. 12 EMRK) und darüber hinaus die Menschen gegen diskriminierende, feindselige oder gewalttätige Handlungen abzusichern (Art. 1 und 14 EMRK). Ferner sieht die EMRK vor, dass die durch die Konvention artikulierten Rechte und Freiheiten allen Menschen ohne Unterschied insbesondere nach Geschlecht, „Rasse“,³² Hautfarbe, Sprache, Religion, politischer oder sonstiger Anschauung, nationaler oder sozialer Herkunft, Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, Vermögen, Geburt oder sonstigem Stand zustehen und dass die Staaten deren Genuss ohne jegliche Diskriminierung, insbesondere wegen der aufgezählten Merkmale, zu gewährleisten haben (Art. 14 EMRK).

Allerdings hört die Verpflichtung der Staaten beim öffentlich-rechtlichen Schutz nicht auf. Außerdem sehen die internationalen Übereinkommen vor, dass die Staaten notwendige Maßnahmen treffen, um die wirksame Teilnahme am kulturellen, sozialen und wirtschaftlichen Leben zu ermöglichen. Hierzu enthalten das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (CERD),³³ das Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau (CEDAW)³⁴ und das Übereinkommen über die Rechte von

²⁸ Verordnung (EU) 2016/679 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten, zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung der Richtlinie 95/46/EG (Datenschutz-Grundverordnung), ABl. 2016 L 119/1.

²⁹ M.w.N. Busch, Algorithmic Accountability, 2018, S. 31 ff.; Dreyer/Schulz, Was bringt die Datenschutz-Grundverordnung für automatisierte Entscheidungssysteme?, 2018, S. 19 ff.

³⁰ Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates über Verbraucherkredite, KOM(2021) 347 endgültig vom 30.6.2021.

³¹ Vom 4. November 1950; 213 UNTS 221; BGBl. 1952 II 685; BGBl. 2002 II 1054 (Neufassung).

³² Naturwissenschaftlich inkorrekt und rechtswissenschaftlich unsachgemäß ist die Verwendung des Begriffs der „Rasse“ in internationalen Übereinkommen sowie in europäischen bzw. nationalen Gesetzgebungen. Denn es erweckt den Eindruck, es existierten evolutionär-biologisch unterschiedliche menschliche Rassen. Zudem ist der Begriff historisch vorbelastet. Aus diesen Gründen wird in diesem Gutachten der Begriff in Anführungszeichen gesetzt, falls ein internationales Übereinkommen oder europäische bzw. nationale Gesetzgebung diesen Begriff verwendet. In sonstigen Fällen wird die sachgemäße Terminologie der „rassistischen Diskriminierung“ bevorzugt.

³³ Vom 7. März 1966 (International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination); 660 UNTS 212; BGBl. 1969 II 961.

³⁴ Vom 18. Dezember 1979 (Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination Against Women); 1249 UNTS 13; BGBl. 1985 II 647.

Menschen mit Behinderungen (CRPD)³⁵ auch Sonderbestimmungen, die die Staaten zum Schutz von Menschen vor Diskriminierungen durch Personen, Organisationen oder private Unternehmen verpflichten. Diesen Vorschriften entsprechend haben die Staaten die Ausübung der wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte zu gewährleisten. Diese Rechte beinhalten unter anderem das Recht auf Wohnung (Art. 5 lit. (e) Ziff. (iii) CERD, Art. 13 Abs. 1 CEDAW, Art. 28 Abs. 1 CRPD), auf medizinische Betreuung (Art. 5 lit. (e) Ziff. (iv) CERD, Art. 12 Abs. 1 CEDAW, Art. 25 lit. (f) CRPD), auf Ausbildung (Art. 5 lit. (e) Ziff. (v) CERD, Art. 10 CEDAW, Art. 24 Abs. 5 CRPD), auf gleichberechtigte Teilnahme an kulturellen Tätigkeiten (Art. 5 lit. (e) Ziff. (vi) CERD, Art. 13 lit. (c) CEDAW, Art. 30 Abs. 1 CRPD), auf Zugang zu wirtschaftlichen Dienstleistungen (Art. 13 lit. (b) CEDAW, Art. 12 Abs. 5 CRPD) und auf Zugang zu Orten und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, z.B. Verkehrsmittel, Hotels, Gaststätte, Cafés und Theater (Art. 5 lit. (f) CERD).

2. Europäisches Recht

Regelungen zum Diskriminierungsrecht findet man vor allem in den Gründungsverträgen der EU, insbesondere bezüglich der Gesetzgebungskompetenz. Gemäß Art. 10 AEUV zielt die EU bei der Festlegung und Durchführung ihrer Politik und ihrer Maßnahmen darauf ab, Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der „Rasse“, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu bekämpfen. Diese Vorschrift legt jedoch eine Querschnittsaufgabe für die EU fest. Insofern ist sie keine Kompetenznorm.³⁶ Zur Verwirklichung des in Art. 10 AEUV vorgeschriebenen Diskriminierungsverbots aus Gründen des Geschlechts, der „Rasse“, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung hat die EU die Kompetenz, im Rahmen des in Art. 19 AEUV vorgeschriebenen Gesetzgebungsverfahrens Regelungen zu treffen. Insofern normiert Art. 10 AEUV das Diskriminierungsverbot und Art. 19 AEUV die Regelungskompetenz der EU zu Antidiskriminierungsmaßnahmen mit übereinstimmenden Diskriminierungsmerkmalen.³⁷ Zu beachten ist, dass Art. 19 AEUV nur vorbehaltlich der sonstigen Bestimmungen der Gründungsverträge gilt. Folglich unterliegt z.B. die Regelungskompetenz der EU zum arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbot wegen des Geschlechts dem Art. 157 AEUV.³⁸

Des Weiteren ist ein Diskriminierungsverbot in der Charta der Grundrechte (GrCh)³⁹ normiert. Die GrCh wurde am 7. Dezember 2000 proklamiert und stellt die europäische Grundrechteerklärung dar. Gemäß Art. 6 Abs. 1 EUV sind die GrCh und die Gründungsverträge rechtlich gleichrangig. Die Grundrechte in der Charta gehören zu den allgemeinen Grundsätzen der EU (Art. 6 Abs. 3 EUV).

Art. 21 Abs. 1 GrCh verbietet jede Diskriminierung 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 Ausrichtung. Wie durch den Begriff „insbesondere“ betont, ist der Katalog der GrCh nicht abschließend.⁴⁰ Darüber hinaus regelt die

³⁵ Vom 13. Dezember 2006 (Convention on the Rights of Persons with Disabilities); 2515 UNTS 70; BGBl. 2008 II 1419.

³⁶ Rossi, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. (2021), Art. 10 AEUV Rn. 2 f.; Rust, in: *Groeben/Schwarze/Hatje* (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. (2015), Art. 10 AEUV Rn. 5; Kotzur, in: *Geiger/Khan/Kotzur*, EUV - AEUV, 6. Aufl. (2017), AEUV Art. 10 Rn. 1; *Haberl*, Zivilrechtliche Diskriminierungsverbote in nationalen Privatrechtsgesellschaften, 2011, S. 112.

³⁷ Rossi, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. (2021), Art. 10 AEUV Rn. 4; Rust, in: *Groeben/Schwarze/Hatje* (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. (2015), Art. 19 AEUV Rn. 100; *Schiek* (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), 2007, Einl AGG Rn. 33.

³⁸ Vgl. *Krebbler*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. (2021), Art. 157 AEUV Rn. 91; *Khan/Henrich*, in: *Geiger/Khan/Kotzur*, EUV - AEUV, 6. Aufl. (2017), AEUV Art. 19 Rn. 9.

³⁹ Charta der Grundrechte der Europäischen Union, ABl. 2010 C 83/389 (n.F.); ursprünglich ABl. 2000 C 364/1.

⁴⁰ *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. (2021), Art. 21 Rn. 9, 24; Rossi, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. (2021), Art. 21 EU-GRCharta Rn. 9.

GrCh unter dem Titel „Gleichheit“ die Gleichheit von Frauen und Männer in Art. 23. Gemäß Abs. 1 der Vorschrift ist die Gleichheit von Frauen und Männern in allen Bereichen, einschließlich der Beschäftigung, der Arbeit und des Arbeitsentgelts, sicherzustellen. Im Vergleich zu Art. 157 AEUV ist die Bestimmung nicht auf das arbeitsrechtliche Gleichstellungsgebot beschränkt;⁴¹ sie reflektiert vielmehr die grundlegende Bedeutung, die der Gleichheit und Gleichstellung von Frauen und Männern durch das Unionsrecht beigemessen wird (Art. 2 und Art. 3 Abs. 3 EUV, Art. 8 AEUV). Als *lex specialis* ist Art. 23 GrCh im Vergleich zum Art. 21 GrCh primär anwendbar.⁴² Da Art. 23 Abs. 1 GrCh die Sicherstellung der Gleichheit von Frauen und Männern „in allen Bereichen“ vorschreibt, sind die EU und die Mitgliedstaaten (bei der Durchführung des europäischen Rechts) verpflichtet, Maßnahmen zu treffen, um Diskriminierungen durch Private zu verhindern.⁴³

3. Grundgesetz

Im deutschen Recht ist das Diskriminierungsverbot vor allem im Grundgesetz (GG) verankert. Art. 3 GG normiert zunächst den allgemeinen Gleichbehandlungsgrundsatz, dass alle Menschen vor dem Gesetz gleich sind (Abs. 1). Diesem folgt in Abs. 2 der Grundsatz der Gleichberechtigung von Frauen und Männern. Zu guter Letzt verbietet Abs. 3 Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der Abstammung, „Rasse“, Sprache, Heimat und Herkunft, Behinderung, des Glaubens sowie der religiösen oder politischen Anschauungen.

Der in Art. 3 Abs. 1 normierte Gleichheitssatz ist der „Fundamentalsatz der Gerechtigkeit“.⁴⁴ Der Gleichberechtigungsgrundsatz des Abs. 2 und das Diskriminierungsverbot des Abs. 3 sind gesonderte Erscheinungsbilder der Menschenwürde.⁴⁵ Insofern kommt ein Verstoß gegen diese Grundsätze einer Verletzung der Menschenwürde gleich. Insbesondere greift eine rassistische Diskriminierung tief in die Menschenwürde ein.⁴⁶ Zu guter Letzt verpflichtet Art. 3 Abs. 2 und 3 GG den Staat, Private gegen die Diskriminierungen durch Private aufgrund der in den Vorschriften genannten Merkmale zu schützen.⁴⁷

II. Diskriminierungsverbot im Arbeits- und Zivilrecht

1. Arbeitsrecht

a) Europäisches Recht

Das arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbot im europäischen Recht hat seine Wurzeln im Grundsatz der Gleichheit des Arbeitsentgelts für Frauen und Männer, der seit ihrer Gründung als EWG einer der Bausteine der EU gewesen ist. Das Prinzip der Gleichheit von Frauen und Männern gehört zu den Grundpfeilern des Unionsrechts und kommt daher in zahlreichen Artikeln in den Gründungsverträgen zum Ausdruck. Art. 2 EUV zählt z.B. die Gleichheit von Frauen und Männern als einen der Werte auf, auf die sich die Union gründet. Ferner findet das Prinzip in Art. 3 Abs. 3 EUV Betonung: Die Union hat unter anderem auch die Gleichstellung von Frauen und Männern zu fördern. Die Regelungskompetenz der EU zur arbeitsrechtlichen Gleichstellung

⁴¹ Vgl. Lemke, in: *Groeben/Schwarze/Hatje* (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht*, 7. Aufl. (2015), Art. 23 GRC Rn. 5; Krebber, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 6. Aufl. (2021), Art. 23 EU-GRCharta Rn. 3.

⁴² Lemke, in: *Groeben/Schwarze/Hatje* (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht*, 7. Aufl. (2015), Art. 23 EU-GRCharta Rn. 3; Jarass, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 4. Aufl. (2021), Art. 23 Rn. 7.

⁴³ Jarass, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 4. Aufl. (2021), Art. 23 Rn. 14 f.

⁴⁴ Jarass/Kment/Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 16. Aufl. (2020), Art. 3 Rn. 1.

⁴⁵ Jarass/Kment/Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 16. Aufl. (2020), Art. 3 Rn. 101, 131; Salzwedel, in: *Festschrift für Hermann Jahrreiss zum 70. Geburtstag*, 1964, S. 339 (347).

⁴⁶ Lohse, *Neue Juristische Wochenschrift* 1985, 1677 (1678) f.; Neuner, *Privatrecht und Sozialstaat*, 1999, 153 f.; Jarass/Kment/Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 16. Aufl. (2020), Art. 1 Rn. 12.

⁴⁷ Jarass/Kment/Pieroth, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, 16. Aufl. (2020), Art. 3 Rn. 150; vgl. Dammann, *Die Grenzen zulässiger Diskriminierung im allgemeinen Zivilrecht*, (2005), 80 ff.

ist jedoch in Art. 157 AEUV zu finden. Die Vorschrift regelt zunächst in Abs. 1 und 2 den Grundsatz der Gleichheit des Arbeitsentgelts für Frauen und Männer und ermächtigt die EU in Abs. 3 zum Beschluss von Maßnahmen zur Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen. Abs. 4 der Vorschrift umfasst die positiven Maßnahmen. Somit verkörpert Art. 157 AEUV das arbeitsrechtliche, geschlechtsbezogene Diskriminierungsverbot⁴⁸ und die diesbezügliche Regelungskompetenz der EU.⁴⁹ Gestützt auf die Ermächtigungsgrundlage des Art. 157 Abs. 3 AEUV hat die EU die Richtlinie zur selbständigen Erwerbstätigkeit (RLSelErw)⁵⁰ erlassen. Die Gleichstellungsrichtlinie (GStRL)⁵¹ fällt ebenfalls unter den Anwendungsbereich von Art. 157 AEUV.

Durch die GStRL wurden die Vorschriften mehrerer Richtlinien zum Grundsatz der Gleichbehandlung von Frauen und Männern zusammengeführt⁵² und die vorherigen Richtlinien aufgehoben (Art. 34 GStRL). Die GStRL verbietet geschlechtsbezogene Diskriminierung beim Zugang zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg und bei der Festlegung der Arbeitsbedingungen (Art. 14 ff. GStRL) einschließlich der Festlegung des Entgelts (Art. 4 GStRL) und nicht zuletzt in betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit (Art. 5 ff. GStRL).

Die selbstständigen Erbringer von Dienstleistungen sind keine Arbeitnehmer i.S.v. Art. 157 AEUV, weil es an einem Unterordnungsverhältnis und somit an der Erbringung von Leistungen nach den Weisungen von einem Arbeitgeber fehlt.⁵³ Insofern findet Art. 157 Abs. 1 AEUV keine Anwendung auf geschlechtsbezogene Diskriminierung bei selbstständigen Erwerbstätigkeiten. Im Rahmen der GStRL finden die Selbstständigen nur hinsichtlich der betrieblichen Systeme der sozialen Sicherheit (Art. 6 GStRL) und hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg (Art. 14 GStRL) Schutz vor geschlechtsbezogener Diskriminierung. Den Schutz gegen Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts bei der Aufnahme und dem Betrieb einer selbstständigen Tätigkeit gewährleistet die RLSelErw. Gemäß Art. 4 Abs. 1 RLSelErw hat jegliche geschlechtsbezogene Diskriminierung im öffentlichen oder privaten Sektor, wie z.B. bei der Gründung, Einrichtung oder Erweiterung eines Unternehmens bzw. der Aufnahme oder der Ausweitung jeglicher anderen Art von selbstständiger Tätigkeit zu unterbleiben. Für die privatrechtlichen Vertragsverhältnisse hat somit die RLSelErw eine große Bedeutung u.a. für die selbstständigen Tätigkeiten über Onlineportale wie z.B. Uber oder Airbnb.⁵⁴

Rassistische Diskriminierungen und Diskriminierungen aufgrund ethnischer Herkunft in arbeitsrechtlichen Verhältnissen werden durch die Antirassismus-Richtlinie (AntiRasRL)⁵⁵ verboten. Personen in öffentlichen

⁴⁸ Krebber, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. (2021), Art. 157 AEUV Rn. 1.

⁴⁹ M.w.N. Krebber, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. (2021), Art. 157 AEUV Rn. 88 ff.; *Schiek* (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), 2007, Einl AGG Rn. 33.

⁵⁰ Richtlinie 2010/41/EU zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen, die eine selbstständige Erwerbstätigkeit ausüben, und zur Aufhebung der RL 86/613/EWG des Rates, ABl. 2010 L 180/1.

⁵¹ Richtlinie 2006/54/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 5. Juli 2006 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Chancengleichheit und Gleichbehandlung von Männern und Frauen in Arbeits- und Beschäftigungsfragen (Neufassung), ABl. 2006 L 204/23.

⁵² Richtlinie 75/117/EWG des Rates vom 10. Februar 1975 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen, ABl. 1975 L 45/19; Richtlinie 76/207/EWG des Rates vom 9. Februar 1976 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, ABl. 1976 L 39/40 (geändert durch die Richtlinie 2002/73/EG, ABl. 2002 L 269/15); Richtlinie 86/378/EWG des Rates vom 24. Juli 1986 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen bei den betrieblichen Systemen der sozialen Sicherheit, ABl. 1986 L 225/40 (geändert durch die Richtlinie 96/97/EG, ABl. 1997 L 46/20); Richtlinie 97/80/EG des Rates vom 15. Dezember 1997 über die Beweislast bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechts, ABl. 1998 L 14/6 (geändert durch die Richtlinie 98/52/EG, ABl. 1998 L 205/66).

⁵³ EuGH, Urt. v. 13.1.2004 – Rs. C-256/01 (*Allonby*), Slg. 2004, I-903 (Rn. 43, 66 ff.).

⁵⁴ Vgl. *Barnard/Blackham*, in: *Collins* (Hrsg.), *European Contract Law and the Charter of Fundamental Rights*, 2017, S. 198 (200 ff.).

⁵⁵ Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, ABl. 2000 L 180/22.

und privaten Bereichen, einschließlich öffentlicher Stellen, unterliegen dem arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbot der AntiRasRL u.a. bei der Festlegung von Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen für den Zugang zu unselbständiger und selbständiger Erwerbstätigkeit sowie für den Berufsaufstieg, beim Zugang zu Berufsberatung, Berufsaus- sowie Weiterbildung, bei der Festlegung von Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, einschließlich Entlassungsbedingungen und Arbeitsentgelt, und zu guter Letzt bei der Mitgliedschaft an Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen (Art. 3 Abs. 1 lit. (a) – (d) AntiRasRL). Ferner untersagt die AntiRasRL rassistische Diskriminierungen und Diskriminierungen aufgrund ethnischer Herkunft bei dem Sozialschutz sowie sozialen Vergünstigungen (Art. 3 Abs. 1 lit. (e) – (f) AntiRasRL).

Der Schutz gegen Diskriminierungen aufgrund der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung wird durch die Rahmenrichtlinie (RahmenRL)⁵⁶ geschaffen. Wie die AntiRasRL verbietet auch die RahmenRL Diskriminierungen bei der Festlegung von Auswahlkriterien und Einstellungsbedingungen für den Zugang zu unselbständiger und selbständiger Erwerbstätigkeit sowie für den Berufsaufstieg, beim Zugang zu Berufsberatung, Berufsaus- sowie Weiterbildung, bei der Festlegung von Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, einschließlich Entlassungsbedingungen und Arbeitsentgelt, und zu guter Letzt bei der Mitgliedschaft an Arbeitgeber- und Arbeitnehmerorganisationen (Art. 3 Abs. 1 RahmenRL). Dennoch erkennt die RahmenRL einen großen Bereich für die Rechtfertigung einer Ungleichbehandlung aufgrund der Merkmale der Religion, Weltanschauung und des Alters an (Art. 3 Abs. 4, Art. 4 Abs. 2, Art. 6 RahmenRL).

b) AGG

Im deutschen Recht sind Diskriminierungen in arbeits- und zivilrechtlichen Verhältnissen seit dem Inkrafttreten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG)⁵⁷ am 18. August 2006 verboten. Durch das AGG wurden eine Reihe von europäischen Richtlinien, darunter auch die arbeitsrechtlichen EU-Richtlinien in deutsches Recht umgesetzt. Insofern wurde das Diskriminierungsverbot bei der Aufnahme und dem Betrieb einer selbständigen Tätigkeit in §§ 2 Abs. 1 Nr. 1 und 6 Abs. 3 AGG normiert. Der Schutz vor Diskriminierungen in arbeitsrechtlichen Verhältnissen wird, samt Rechtfertigungsmöglichkeiten aufgrund der Religion, Weltanschauung und des Alters, in §§ 6 ff. AGG geregelt.

2. Zivilrecht

a) Europäisches Recht

Rassistische Diskriminierungen und Diskriminierungen aufgrund der ethnischen Herkunft und des Geschlechts in zivilrechtlichen Verhältnissen werden im europäischen Recht durch zwei Richtlinien verboten. Ferner hat die EU vor, den Schutz vor Diskriminierungen in zivilrechtlichen Verhältnissen auf weitere Merkmale zu ergänzen.

Gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. (e), (g) und (h) AntiRasRL sind rassistische Diskriminierungen und Diskriminierungen aufgrund der ethnischen Herkunft in Bezug auf den Sozialschutz einschließlich der Gesundheitsdienste, die Bildung und den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, verboten. Der Gesundheitsdienst oder die Bildung umfassen nicht nur staatliche Dienstleistungen, sondern auch die privat zur Verfügung gestellten Dienstleistungen. Denn die AntiRasRL gilt für alle Personen in privaten Bereichen (Art. 3 Abs. 1 AntiRasRL). Nach dem Vorbild der AntiRasRL verbietet die

⁵⁶ Richtlinie 2000/78/EG des Rates vom 27. November 2000 zur Festlegung eines allgemeinen Rahmens für die Verwirklichung der Gleichbehandlung in Beschäftigung und Beruf, ABl. 2000 L 303/16.

⁵⁷ Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz vom 14. August 2006, BGBl. I 1897.

Genderrichtlinie (GenderRL)⁵⁸ geschlechtsbezogene Diskriminierungen beim Zugang zu und Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit ohne Ansehen der Person zur Verfügung stehen (Art. 3 Abs. 1 GenderRL). Anders als Art. 3 Abs. 1 lit. (h) AntiRasRL finden Verträge bezüglich des Wohnraums keine ausdrückliche Erwähnung in Art. 3 Abs. 1 GenderRL. Dies ist jedoch darauf zurückzuführen, dass die Anführung von einzelnen Dienstleistungen während des Gesetzgebungsverfahrens für unnötig gehalten wurde; denn alle Güter und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, fallen in den Anwendungsbereich der Richtlinie.⁵⁹ Die unterschiedliche Behandlung aufgrund von Schwangerschaft und Mutterschaft ist ausdrücklich als unmittelbare Diskriminierung eingestuft (Art. 4 Abs. 1 lit. (a) GenderRL). Dennoch sieht die GenderRL Ausnahmen zum geschlechtsbezogenen Diskriminierungsverbot in den Bereichen Medien und Werbung sowie im Bereich der Bildung vor (Art. 3 Abs. 3 GenderRL). Eine andere Ausnahmeregelung bezüglich geschlechtsbezogener Versicherungsprämien und -leistungen (Art. 5 Abs. 2 GenderRL a.F.) wurde im EuGH-Urteil *Test-Achats* für ungültig erklärt.⁶⁰

Als das letzte Puzzle teil zur Vorbeugung von Diskriminierungen im Zivilrecht hat die Europäische Kommission 2008 einen Vorschlag für eine Richtlinie vorbereitet (AntiDis-Vorschlag 2008).⁶¹ Nach dem Vorbild der AntiRasRL verbietet der Vorschlag Diskriminierungen aus Gründen der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung bei dem Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich von Wohnraum, Gesundheitsdienste und Bildung (Art. 1 und 3 AntiDis-Vorschlag 2008). Der Vorschlag ist zurzeit in der Bearbeitung im Europäischen Rat und wird mehreren Ergänzungen und Änderungen unterzogen. Die zurzeit letzte, konsolidierte Fassung des Vorschlags, die sich weiterhin in Bearbeitung befindet, stammt vom 26. Juni 2019 (AntiDis-Vorschlag 2019).⁶² Nach dem Sachstandsbericht des Europäischen Rates haben viele Mitgliedstaaten an verschiedenen Punkten Vorbehalte, aufgrund derer es noch fachlicher Arbeiten und weiterer politischer Beratungen bedarf.⁶³ Ob sich die Mitgliedstaaten über den Inhalt einigen können und ob der Vorschlag in naher Zukunft als Richtlinie verabschiedet wird, bleibt abzuwarten. Durch den AntiDis-Vorschlag von 2019 werden Diskriminierungen aus Gründen der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung bei dem Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich von Wohnraum, Gesundheitsdiensten und Bildung verboten (Art. 3 Abs. 1 lit. (d) AntiDis-Vorschlag 2019).⁶⁴

b) AGG

Im deutschen Recht sind Diskriminierungen in zivilrechtlichen Verhältnissen durch das AGG verboten. In §§ 19 ff. AGG wurden die Vorschriften der AntiDisRL und teils der GenderRL in deutsches Recht umgesetzt. Für bestimmte Rechtsgeschäfte hat der deutsche Gesetzgeber den Geltungsbereich des zivilrechtlichen

⁵⁸ Richtlinie 2004/113/EG des Rates vom 13. Dezember 2004 zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, ABl. 2004 L 373/37.

⁵⁹ Bericht des Europäischen Parlaments über den Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen (KOM(2003) 657 – C5-0654/2003 – 2003/0265(CNS)) vom 16.3.2004, A5-0155/2004, S. 13.

⁶⁰ EuGH, Urt. v. 1.3.2011 – Rs. C-236/09 (*Test-Achats*), Slg. 2011, I-800.

⁶¹ Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung, KOM(2008) 426 endgültig vom 2.7.2008.

⁶² Rat der Europäischen Union, Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung, Dok-Nr. 10740/19 vom 26.6.2019.

⁶³ Sachstandsbericht des Europäischen Rates, Dok-Nr. 9567/19 vom 24.5.2019, S. 2.

⁶⁴ Zum letzten Stand s. Rat der Europäischen Union, Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung - Sachstandsbericht, Dok-Nr. 9109/21 vom 4. Juni 2021, abrufbar auf <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-9109-2021-INIT/DE/pdf> (zuletzt abgerufen am 2. November 2021).

Diskriminierungsverbots sogar auf weitere Merkmale erweitert. Insofern gelten für Massengeschäfte und ihnen gleichgestellte Geschäfte sowie für Versicherungsverträge ein umfassendes Verbot von rassistischen Diskriminierungen und Diskriminierungen aufgrund der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität (§ 19 Abs. 1 AGG). Bei den Geschäften in Bezug auf die Gesundheitsdienste, die Bildung und den Zugang und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen sind dagegen lediglich rassistische Diskriminierungen und Diskriminierungen aufgrund ethnischer Herkunft verboten (§§ 19 Abs. 2 i.V.m. 2 Abs. 1 Nr. 5-8 AGG).⁶⁵

III. KI-Vorschlag

Der KI-Vorschlag der Europäischen Kommission enthält keine antidiskriminierungsrechtspezifischen Regelungen, weil sie die haftungsrechtlichen Fragestellungen überhaupt nicht reguliert. Dennoch wird der KI-Vorschlag dahingehend als eine Ergänzung zum geltenden europäischen Antidiskriminierungsrecht angesehen, indem der Vorschlag Regulationsmaßnahmen zur Qualität für die Entwicklung von KI-Systemen verwendeten Datensätzen vorsieht und Testpflichten vorschreibt.⁶⁶

⁶⁵ M.w.N. s. unten § 2.C.II.

⁶⁶ KOM (2021) 206 endgültig vom 21.4.2021, S. 4.

§ 2 Geltungsbereich

In diesem Abschnitt wird auf den persönlichen und sachlichen Geltungsbereich der anwendbaren Rechtsvorschriften allgemein eingegangen. Zu unterscheiden ist zwischen öffentlich-rechtlichem, arbeitsrechtlichem und zivilrechtlichem Diskriminierungsverbot. Auf die geschützten Merkmale bei jedem Diskriminierungsverbot wird auch gesondert hingewiesen. In einem Gesamtbild wird im Folgenden dargestellt, welche Akteure welchem Diskriminierungsverbot unterliegen und welche Merkmale durch welches Diskriminierungsverbot geschützt werden.

A. Öffentlich-rechtliches Diskriminierungsverbot

Die Adressaten der Diskriminierungsverbote, die durch die internationalen Übereinkommen bestimmt werden, sind naturgemäß die Staaten.⁶⁷ Insofern sind die Staaten verpflichtet, sich bei der Ausübung der Staatsgewalt, also sowohl bei der Legislative und Exekutive als auch bei der Judikative, an das Diskriminierungsverbot des jeweiligen internationalen Übereinkommens zu halten. In Anerkennung der fundamentalen Rolle von privatrechtlichen Rechtsbeziehungen bei der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Beteiligung verpflichten die Übereinkommen jedoch die Staaten, alle erforderlichen und geeigneten Maßnahmen zu treffen, um Diskriminierungen durch Private zu verhindern (Art. 2 Abs. 1 lit. (d) und Art. 6 CERD, Art. 2 lit. (e) CEDAW, Art. 4 lit. (e) CRPD). Es bleibt dem Ermessen des Staats überlassen, welche Maßnahmen er zu diesem Zwecke trifft.⁶⁸

Das Gleiche gilt auch für die Gründungsverträge und die GrCh der EU. Art. 10 und 19 AEUV normieren das Ziel und die Regelungskompetenz der EU zu Maßnahmen, um Diskriminierungen aus Gründen des Geschlechts, der „Rasse“, der ethnischen Herkunft, der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung zu verhindern. Gemäß Art. 51 Abs. 1 S. 1 gilt die GrCh für die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union und für die Mitgliedstaaten ausschließlich bei der Durchführung des europäischen Rechts. Dementsprechend müssen die EU und die Mitgliedstaaten das in Art. 21 verankerte Verbot von 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 Ausrichtung achten und die Anwendung des Diskriminierungsverbots fördern. Insofern haben sich die EU und die Mitgliedstaaten bei der Ausübung ihrer Kompetenzen und der Staatsgewalt an das Diskriminierungsverbot zu halten.

In seiner ständigen Rechtsprechung betont das BVerfG, dass der Normadressat der Grundrechte der Staat ist (Art. 1 Abs. 3 GG): Grundrechte geben „Richtlinien für Gesetzgebung, Verwaltung und Rechtsprechung“.⁶⁹ Insofern ist der deutsche Staat verpflichtet, bei der Ausübung der Staatsgewalt aus Gründen des Geschlechts, der Abstammung, „Rasse“, Sprache, Heimat und Herkunft, Behinderung, des Glaubens sowie der religiösen oder politischen Anschauungen nicht zu diskriminieren (Art. 3 Abs. 3 GG).

⁶⁷ Fries, Die Bedeutung von Artikel 5(f) der Rassendiskriminierungskonvention im deutschen Recht, 2003, S. 93; Kühner, Neue Juristische Wochenschrift 1986, 1397 (1398 f.); Timme, Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik 1997, 130 (133).

⁶⁸ Fries, Die Bedeutung von Artikel 5(f) der Rassendiskriminierungskonvention im deutschen Recht, 2003, 115 f., 119 ff., 167 f.; Kühner, Neue Juristische Wochenschrift 1986, 1397 (1398); Grünberger, Personale Gleichheit, 2013, 281, 286.

⁶⁹ BVerfG Urt. v. 8.8.1978 – 2 BvL 8/77, BVerfGE 49, 89 (141); s. auch Urt. v. 15.1.1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198 (204 f.); Urt. v. 14.1.1981 – 1 BvR 612/72, BVerfGE 56, 54 (73).

B. Arbeitsrechtliches Diskriminierungsverbot

Arbeitsrechtlich werden Diskriminierungen vor allem durch Art. 157 Abs. 1 und 2 AEUV verboten. Dementsprechend sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, die Anwendung des Grundsatzes des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit sicherzustellen. Dennoch sind die Normadressaten des Art. 157 AEUV nicht nur die Mitgliedstaaten: nach der seit dem Defrenne II Urteil gefestigten Rechtsprechung des EuGH entfaltet Art. 157 AEUV eine unmittelbare, horizontale Wirkung.⁷⁰ Folglich können auch gegen Private Ansprüche bezüglich geschlechtsbezogener Entgeltgleichheit auf der Grundlage des Art. 157 AEUV erhoben werden.⁷¹

Zusätzlich dazu sind rassistische Diskriminierungen und Diskriminierungen aus Gründen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität in Beschäftigungsverhältnissen durch §§ 6 und 7 AGG verboten. Das Diskriminierungsverbot der §§ 6, 7 AGG umfasst nicht nur die Begründung und Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses, sondern auch den beruflichen Aufstieg, die Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen, die Berufsbildung sowie die Mitgliedschaft in Gewerkschaften und Berufsverbänden (§ 2 Abs. 1 Nr. 1-4 AGG). Das AGG lässt jedoch eine unterschiedliche Behandlung aufgrund eines geschützten Merkmals zu, falls dieses Merkmal wegen der Art der auszuübenden Tätigkeit oder der Bedingungen ihrer Ausübung eine wesentliche und entscheidende berufliche Anforderung darstellt (§§ 8, 9 AGG). Eine unterschiedliche Behandlung wegen des Alters ist auch zulässig, wenn sie objektiv und angemessen und durch ein legitimes Ziel gerechtfertigt ist (§ 10 AGG), z.B. bei der Rente wegen des Alters.

C. Zivilrechtliches Diskriminierungsverbot

I. Drittwirkungsfrage

Zweifellos sind die Normadressaten der Freiheiten und Grundrechte, die in den Gründungsverträgen, in der GrCh und im GG normiert sind, an erster Stelle die EU, unter Umständen auch ihre Mitgliedstaaten bzw. der deutsche Staat. Dennoch drängt sich die Frage auf, ob auch Private durch diese Freiheiten und Grundrechte unmittelbar gebunden werden (unmittelbare Horizontalwirkung). Im Folgenden wird einen Überblick über diese Fragestellung gegeben.

Zweifellos ist der Normadressat der Bestimmungen des AEUV zum allgemeinen Diskriminierungsverbot, Art. 10 und Art. 19, ausschließlich die EU, nicht einmal die Mitgliedstaaten.⁷² Diese Vorschriften entfalten nach herrschender Ansicht keine unmittelbare Wirkung in Privatrechtsverhältnissen.⁷³ Gemäß Art. 51 Abs. 1 S. 1 gilt die GrCh für die Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union und für die Mitgliedstaaten. Dem Wortlaut der Vorschrift ist eindeutig zu entnehmen, dass die GrCh in horizontalen Beziehungen keine unmittelbare Wirkung entfaltet.⁷⁴ Jedoch sind die Bestimmungen der GrCh, die die allgemeinen Grundsätze des

⁷⁰ EuGH, Urt. v. 8.7.1976 – Rs. 43/75 (*Defrenne/Sabena*), Slg. 1976, 456 (Rn. 4 ff.).

⁷¹ Krebber, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. (2021), Art. 157 AEUV Rn. 5 f., 12 ff.; Kotzur, in: *Geiger/Khan/Kotzur*, EUV - AEUV, 6. Aufl. (2017), AEUV Art. 157 Rn. 4; Thüsing, in: *Säcker/Rixecker/Oetker u. a.* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl. (2021), Einl. AGG Rn. 30.

⁷² Rossi, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. (2021), Art. 10 AEUV Rn. 3.

⁷³ Leible, in: *Schulze* (Hrsg.), Non-Discrimination in European Private Law, 2011, S. 27 (33 f.); Bell, *Maastricht Journal of European and Comparative Law* 6 (1999), 5 (8); Berger, *European Review of Private Law* 16 (2008), 843 (857). A.A. Schiek (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), 2007, Einl. AGG Rn. 27.

⁷⁴ Jarass, *Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 4. Aufl. (2021), Art. 51 Rn. 37; Kingreen, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. (2021), Art. 51 EU-GRCharta Rn. 21; Basedow, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 2008, 230 (248 f.); Thüsing, in: *Säcker/Rixecker/Oetker u. a.* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl. (2021), Einl. AGG Rn. 33; Neuner, *Juristenzeitung* 2003, 57 (60).

Unionsrechts wiedergeben, wie z.B. Art. 21 GrCh zum Diskriminierungsverbot, zur Auslegung der europäischen Gesetzgebung und deren nationaler Umsetzungen heranzuziehen.⁷⁵

Da der Normadressat der durch das GG geschützten Grundrechte der deutsche Staat ist (Art. 1 Abs. 3 GG), richten sie sich nicht an die Privatrechtssubjekte.⁷⁶ Jedoch ist das GG keine wertneutrale Ordnung – ganz im Gegenteil stellt der Grundrechtsabschnitt des GG eine objektive Wertordnung dar, die ihre Wirkung als verfassungsrechtliche Grundentscheidung auf alle Bereiche des Rechts ausstrahlt (Ausstrahlungswirkung).⁷⁷ Mit der „objektiven Wertordnung/Wertentscheidung“ ist auf die „Gesamtheit der Wertvorstellungen“ hingewiesen, „die das Volk in einem bestimmten Zeitpunkt seiner geistig-kulturellen Entwicklung erreicht und in seiner Verfassung fixiert hat“.⁷⁸ Infolgedessen kommen die Grundrechte bei der Anwendung und der Auslegung privatrechtlicher Normen als „Richtlinien“ zum Einsatz.⁷⁹ Dies ist insbesondere bei Generalklauseln, die eine Wertentscheidung erfordern, der Fall, wie etwa bei der Konkretisierung des §§ 133, 157, 823 und 826 BGB.⁸⁰ Diese Wirkungsweise der Grundrechte, die das BVerfG als „Ausstrahlungswirkung“⁸¹ und die Literatur als „mittelbare Drittwirkung“ beschreibt, legt nahe, dass alle Normen, aber insbesondere diejenigen, die einen Ermessensspielraum lassen, grundrechtskonform und -orientiert auszulegen und anzuwenden sind. Bei einer solchen Interpretation und Anwendung bilden die grundrechtlichen Wertentscheidungen das Fundament.⁸²

In der Fragestellung, inwieweit die Grundrechte für die Verhältnisse unter Privatrechtssubjekten eine Bedeutung haben, handelt es sich um die staatliche Schutzpflicht.⁸³ Es ist die Pflicht der staatlichen Gewalt, nicht nur bei der Gestaltung der Regeln (Normsetzung),⁸⁴ sondern auch bei der Anwendung der Regeln (Normauslegung) die Grundrechte vor rechtswidrigen Eingriffen auch durch Dritte zu bewahren⁸⁵ und somit den „grundrechtlichen Schutz durch Auslegung und Anwendung des Rechts zu gewähren und im Einzelfall zu konkretisieren“.⁸⁶ Dementsprechend darf die Anwendung der privatrechtlichen Generalklauseln durch die Auslegung und Konkretisierung nicht im Widerspruch mit der objektiven Wertordnung des GG stehen. Ganz offensichtlich richtet sich dieser Schutzauftrag an den Richter (Art. 1 Abs. 3 GG).⁸⁷

Die Drittwirkung des in Art. 3 Abs. 3 GG verkörperten Diskriminierungsverbots wegen des Geschlechtes, der Abstammung, der „Rasse“, der Sprache, der Heimat und Herkunft, des Glaubens, der religiösen oder politischen Anschauungen sowie wegen der Behinderung wurde im Schrifttum lange diskutiert und eine unmittelbare Drittwirkung wird einstimmig verneint. Auf der einen Seite verbietet das GG durch Art. 3 Abs. 3 Diskriminierungen, und auf der anderen Seite gewährt es in Art. 2 Abs. 1 die Vertragsfreiheit. Da der Schutz vor

⁷⁵ Vgl. EuGH, Urt. v. 26.2.2013 – Rs. 617/10 (*Åklagare/Hans Åkerberg Fransson*), Rn. 19 f. (EU:C:2013:105); Urt. v. 10.7.2014 – Rs. C-198/13 (*Victor Manuel Julian Hernández u.a. gegen Reino de España (Subdelegación del Gobierno de España en Alicante) u.a.*), Rn. 32 ff. (EU:C:2014:2055).

⁷⁶ *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, 2013, 34 ff.; *Canaris*, Archiv für die civilistische Praxis 184 (1984), 201 (210, 212).

⁷⁷ BVerfG, Urt. v. 15.1.1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198 (205).

⁷⁸ BVerfG, Urt. v. 15.1.1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198 (206).

⁷⁹ BVerfG, Urt. v. 15.1.1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198 (205); Beschl. v. 7.2.1990 – 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242 (254 ff.); Beschl. v. 19.10.1993 – 1 BvR 567/89, 1 BvR 1044/89, NJW 1994, 36 (38); Beschl. v. 11.4.2018 – 1 BvR 3080/09, NJW 2018, 1667 (1668, Rn. 32).

⁸⁰ BVerfG, Urt. v. 15.1.1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198 (204 ff.); Beschl. v. 26.2.1969 – 1 BvR 619/63, BVerfGE 25, 256 (263); Beschl. v. 23.4.1986 – 2 BvR 487/80, BVerfGE 73, 262 (269).

⁸¹ Ausnahmsweise sind beide Begriffe „Ausstrahlungswirkung“ und „mittelbare Drittwirkung“ in dem BVerfG, Beschl. v. 23.4.1986 – 2 BvR 487/80, BVerfGE 73, 262 (269) und in dem BVerfG, Beschl. v. 11.4.2018 – 1 BvR 3080/09, NJW 2018, 1667 (1668, Rn. 32 f.) zu finden.

⁸² BVerfG, Urt. v. 15.1.1958 – 1 BvR 400/51, BVerfGE 7, 198 (205 ff.).

⁸³ *Jarass/Kment/Pieroth*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 16. Aufl. (2020), Art. 1 Rn. 55; *Lehner*, Zivilrechtlicher Diskriminierungsschutz und Grundrechte, 2013, 34 ff., 43 ff.; *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, 2013, 37 ff.; *Canaris*, Archiv für die civilistische Praxis 184 (1984), 201 (225 f.).

⁸⁴ BVerfG, Urt. v. 8.8.1978 – 2 BvL 8/77, BVerfGE 49, 89 (141).

⁸⁵ BVerfG, Urt. v. 14.1.1981 – 1 BvR 612/72, BVerfGE 56, 54 (73).

⁸⁶ BVerfG, Urt. v. 6.2.2001 – 1 BvR 12/92, BVerfGE 103, 89 (100).

⁸⁷ BVerfG, Beschl. v. 7.2.1990 – 1 BvR 26/84, BVerfGE 81, 242 (254 ff.); *Canaris*, Grundrechte, S. 24 ff.; *Lehner*, S. 37.

Diskriminierung und die negative Vertragsfreiheit in einem Spannungsverhältnis stehen, ist eine unmittelbare Drittwirkung von Art. 3 Abs. 3 GG unvereinbar mit der durch Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistete Privatautonomie.⁸⁸

Hinsichtlich einer mittelbaren Drittwirkung von Art. 3 Abs. 3 GG kommt es darauf an, ob das grundgesetzliche Diskriminierungsverbot eine objektive Wertentscheidung darstelle. Diese Frage hat das BVerfG in einem Urteil ausdrücklich bejaht.⁸⁹ Somit hat der Richter bei der Auslegung und Konkretisierung zivilrechtlicher Vorschriften Art. 3 Abs. 3 GG zugrunde zu legen, um das Schutzgebot der Vorschrift zu verwirklichen. Dementsprechend hat das Diskriminierungsverbot in Art. 3 Abs. 3 GG eine mittelbare Wirkung auf den Privatrechtsverkehr.⁹⁰

II. AGG

1. Allgemeines

Die europarechtlichen Vorgaben für das Diskriminierungsverbot in zivilrechtlichen Verhältnissen sind auf rassistische Diskriminierungen und Diskriminierungen aufgrund der ethnischen Herkunft und des Geschlechts beschränkt.⁹¹ Der deutsche Gesetzgeber hat es jedoch für sachgerecht gehalten, den zivilrechtlichen Diskriminierungsschutz für bestimmte Rechtsgeschäfte über die durch die AntiRasRL und GenderRL vorgegebenen Merkmale hinaus zu ergänzen. Aus diesem Grund wurde der Diskriminierungsschutz bei bestimmten Rechtsgeschäften auf weitere Merkmale erweitert, die in Art. 10 und 19 AEUV Berücksichtigung finden, mit der einzigen Ausnahme der Weltanschauung.⁹²

Insofern unterscheidet § 19 AGG zwischen verschiedenen Geschäftsarten und damit zusammenhängend verschiedenen Merkmalen. Es wird unterschieden zwischen (a) Massengeschäften und ähnlichen Geschäften (§ 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG), (b) Versicherungsverträgen (§ 19 Abs. 1 Nr. 2 AGG), und (c) Geschäften in Bezug auf die Gesundheitsdienste, die Bildung und den Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen (§ 19 Abs. 2 i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. 5-8 AGG). Bei den Massengeschäften und ähnlichen Geschäften sowie Versicherungsverträgen greift ein umfassendes Verbot von rassistischen Diskriminierungen und Diskriminierungen aufgrund der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion, einer Behinderung, des Alters und der sexuellen Identität. Gleichwohl kann bei der Begründung und Durchführung von Versicherungsverträgen aufgrund von risikoadäquater Kalkulation und statistischen Durchschnittswerten eine unterschiedliche Behandlung, also eine statistische Diskriminierung,⁹³ zulässig sein (§ 20 Abs. 2 S. 2 AGG). Bei den Geschäften in Bezug auf die Gesundheitsdienste, die Bildung und den Zugang und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen sind dagegen nach deutschem Recht lediglich rassistische Diskriminierungen und Diskriminierungen aufgrund ethnischer Herkunft verboten.

Das Diskriminierungsverbot des § 19 Abs. 1 und 2 AGG gilt bei der Begründung, Durchführung und Beendigung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse, die in den Anwendungsbereich des § 19 Abs. 1 und 2 AGG fallen. ErwGr. 4 AntiRasRL, ErwGr. 16 und Art. 3 Abs. 1 GenderRL folgend findet § 19 AGG auf familien- und

⁸⁸ *Canaris*, Archiv für die civilistische Praxis 184 (1984), 201 (208 ff.); *Bezenberger*, Archiv für die civilistische Praxis 196 (1996), 395 (401 f., 408 f.); *Neuner*, Juristenzeitung 2003, 57 (60); Thüsing, in: *Säcker/Rixecker/Oetker u. a.* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl. (2021), Einl. AGG Rn. 37.

⁸⁹ BVerfG, Urt. v. 24.7.1963 – 1 BvL 30/57, 11/61, BVerfGE 17, 1 (27).

⁹⁰ *Bezenberger*, Archiv für die civilistische Praxis 196 (1996), 395 (402 f.); *Schick* (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), 2007, Einl. AGG Rn. 38. A.A. *Neuner*, Juristenzeitung 2003, 57 (60 f.).

⁹¹ S. oben §1.II.2.a.

⁹² Zur Begründung s. BT-Drs. 16/2022, S. 13.

⁹³ S. unten § 3.B.II.2.

erbrechtliche Verhältnisse sowie auf Schuldverhältnisse, bei denen ein besonderes Nähe- oder Vertrauensverhältnis der Parteien oder ihrer Angehörigen begründet wird, keine Anwendung (§ 19 Abs. 4 und 5 AGG). Darüber hinaus kann eine unterschiedliche Behandlung durch einen sachlichen Grund gerechtfertigt werden, wenn z.B. zur Verhütung von Schäden Ausübung gefährlicher Sportarten in einer privaten Anlage nur für Kunden ab 18 Jahren erlaubt ist oder zum Schutz der Intimsphäre für Frauen und Männer getrennte Öffnungszeiten in Schwimmbädern und Saunen festgelegt werden (§ 20 Abs. 1 AGG).⁹⁴

2. Massengeschäfte und ähnliche Geschäfte (§ 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG)

Massengeschäfte sind diejenigen zivilrechtlichen Schuldverhältnisse, die typischerweise ohne Ansehen der Person zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen (§ 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG). Diejenigen Geschäfte, die wiederum zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen, aber für die das Ansehen der Person nach der Art des Schuldverhältnisses eine nachrangige Bedeutung hat, sind nach dem AGG den Massengeschäften gleichgestellt (§ 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG).

a) „Ansehen der Person“

Bei Schuldverhältnissen, welche einen Konsumgüterkauf oder eine standardisierte Dienstleistung zum Gegenstand haben, spielen persönliche Merkmale nach Verkehrssitte normalerweise kaum eine Rolle, wie etwa im Einzelhandel, in der Gastronomie, im Transportwesen oder bei Fernabsatzverträgen. In diesen Bereichen schließen die Unternehmer Verträge im Rahmen ihrer Kapazitäten regelmäßig mit jeder zahlungswilligen und zahlungsfähigen Person.⁹⁵ Bei den massengeschäftsähnlichen Schuldverhältnissen sind die persönlichen Eigenschaften des potenziellen Vertragspartners zwar relevant hinsichtlich der Entscheidung zum Vertragsabschluss, sie verlieren aber aufgrund der Vielzahl von abzuschließenden Rechtsgeschäften an Bedeutung. Denn bei den massengeschäftsähnlichen Schuldverhältnissen sind die Anbieter:innen bereit, mit jeder geeigneten Person einen Vertrag zu vergleichbaren Konditionen abzuschließen, abgesehen von atypischen Fällen.⁹⁶ Ein atypischer Fall ist beispielsweise, wenn eine Person offenkundig nicht in der Lage ist, die geschuldete Gegenleistung zu erfüllen.⁹⁷ Folglich ist davon auszugehen, dass das Ansehen der Person keine oder eine nachrangige Bedeutung beim Vertragsschluss hat, solange die Prüfung des Vertragsschlusses kein stark individualisiertes, personales Element aufweist.⁹⁸ Ein solches personales Element weist beispielsweise die KWP (§§ 505a ff. BGB) vor dem Abschluss eines Immobilien-Verbraucherdarlehensvertrages oder bei der Vergabe eines Stipendiums (durch einen Verein) auf.⁹⁹ Dagegen stellt die Erteilung von Bonitätsauskünften ein Massengeschäft dar.¹⁰⁰

⁹⁴ BT-Drs. 16/1780, S. 43 f.

⁹⁵ BGH, Urt. v. 5.5.2021 – VII ZR 78/20, Rn. 15 f. (DE:BGH:2021:050521UVIIZR78.20.0); Urt. v. 25.4.2019 – I ZR 272/15, Rn. 18 (DE:BGH:2019:250419UIZR72.15.0); BT-Drs. 16/1780, S. 41; Thüsing, in: *Säcker/Rixecker/Oetker u. a.* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 9. Aufl. (2021), § 19 AGG Rn. 17; Armbrüster, in: *Westermann/Grunewald/Maier-Reimer u. a.* (Hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 16. Aufl. (2020), § 19 AGG Rn. 16; Grüneberg, in: *Palandt/Ellenberger/Götz u. a.*, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 80. Aufl. (2021), AGG 19 Rn. 2; Franke/Schlichtmann, in: *Däubler/Bertzbach/Beck u. a.* (Hrsg.), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, 4. Aufl. (2018), § 19 AGG Rn. 25.

⁹⁶ BGH, Urt. v. 5.5.2021 – VII ZR 78/20, Rn. 21 (DE:BGH:2021:050521UVIIZR78.20.0).

⁹⁷ Serr, in: *Serr, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Neubearbeitung 2020, AGG § 19 Rn. 24.

⁹⁸ BGH, Urt. v. 5.5.2021 – VII ZR 78/20, Rn. 15 (DE:BGH:2021:050521UVIIZR78.20.0); Urt. v. 25.4.2019 – I ZR 272/15, Rn. 18 (DE:BGH:2019:250419UIZR72.15.0); Franke/Schlichtmann, in: *Däubler/Bertzbach/Beck u. a.* (Hrsg.), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, 4. Aufl. (2018), § 19 AGG Rn. 40.

⁹⁹ BGH, Urt. v. 25.4.2019 – I ZR 272/15, Rn. 19 ff. (DE:BGH:2019:250419UIZR72.15.0).

¹⁰⁰ OLG München, Urt. v. 12.3.2014 – 15 U 2395/13 (DE:OLGMUEN:2014:0312.15U2395.13.0A) (juris).

b) „zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen“

Das zweite Tatbestandsmerkmal von Massengeschäften und massengeschäftsähnlichen Schuldverhältnissen ist, dass sie zu vergleichbaren Bedingungen in einer Vielzahl von Fällen zustande kommen. Ein klares Indiz für die Erfüllung dieses Tatbestandsmerkmals stellt die Verwendung von AGB i.S.v. § 305 BGB dar.¹⁰¹ Nach der Rechtsprechung des BGH zu AGB ist eine Vielzahl von Verträgen bereits bei der dreimaligen Verwendung anzunehmen.¹⁰² Außer Zweifel steht es, dass diese Vielzahl von Verträgen durch die Verwendung von AGB zu (vorformulierten) gleichen bzw. vergleichbaren Bedingungen zustande kommen. Dass einzelne Kund:innen aufgrund ihrer Verhandlungsmacht bzw. ihres Verhandlungsgeschicks günstigere Konditionen erzielen können, ändert daran nichts.¹⁰³

3. Versicherungsverträge (§ 19 Abs. 1 Nr. 2 AGG)

Zusätzlich zu Massengeschäften und ähnlichen Geschäften i.S.v. § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG gilt auch für die privatrechtlichen Versicherungsverträge ein umfassendes Diskriminierungsverbot (§ 19 Abs. 1 Nr. 2 AGG). Davon umfasst sind alle Privatversicherungsverträge, wie z.B. Lebens-, Renten-, Kranken-, Unfall-, Haftpflicht- und Schadensversicherung.¹⁰⁴ Standardisiert angebotene Privatversicherungsverträge, bei denen auf eine Risikobewertung verzichtet werden, sind regelmäßig als Massengeschäfte einzuordnen, z.B. Reisegepäckversicherungen.¹⁰⁵ Doch der Gesetzgeber hat den Schutz vor Diskriminierungen durch § 19 Abs. 1 Nr. 2 auf alle privatrechtlichen Versicherungsverträge, also auch auf diejenigen, die erst nach einer Ermittlung der Risikoindikatoren abgeschlossen werden, erweitert; denn „Versicherungen decken häufig elementare Lebensrisiken ab; deshalb kann der verweigerte Vertragsschluss für den Benachteiligten schwerwiegende Auswirkungen haben.“¹⁰⁶ Insofern gilt das umfassende Diskriminierungsverbot für alle privatrechtlichen Versicherungsverträge, unabhängig davon, ob es sich bei denen um Massengeschäfte oder ähnliche Geschäfte i.S.v. § 19 Abs. 1 Nr. 1 handelt.

4. Schuldverhältnisse bezüglich der Öffentlichkeit zur Verfügung stehenden Gütern und Dienstleistungen (§ 19 Abs. 2 i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG)

Über Massengeschäfte und ähnliche Geschäfte sowie Versicherungsverträge hinaus werden durch § 19 Abs. 2 AGG auch bei den Schuldverhältnissen bezüglich (i) des Sozialschutzes, einschließlich der sozialen Sicherheit und der Gesundheitsdienste (§ 2 Abs. 1 Nr. 5 AGG), (ii) der sozialen Vergünstigungen (§ 2 Abs. 1 Nr. 6

¹⁰¹ Thüsing, in: *Säcker/Rixecker/Oetker u. a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 9. Aufl. (2021), § 19 AGG Rn. 32; Armbrüster, in: *Westermann/Grunewald/Maier-Reimer u. a. (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch*, 16. Aufl. (2020), § 19 AGG Rn. 14, 17; Serr, in: *Serr, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Neubearbeitung 2020, AGG § 19 Rn. 25; Franke/Schlichtmann, in: *Däubler/Bertzbach/Beck u. a. (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, 4. Aufl. (2018), § 19 AGG Rn. 35.

¹⁰² BGH, Urt. v. 11.7.2019 – VII ZR 266/17, Rn. 31 (DE:BGH:2019:110719UVIIZR266.17.0). S. auch Thüsing, in: *Säcker/Rixecker/Oetker u. a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 9. Aufl. (2021), § 19 AGG Rn. 34 f.; Franke/Schlichtmann, in: *Däubler/Bertzbach/Beck u. a. (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, 4. Aufl. (2018), § 19 AGG Rn. 29; Serr, in: *Serr, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Neubearbeitung 2020, AGG § 19 Rn. 25; Mörsdorf, in: *Gsell/Krüger/Lorenz u. a. (Hrsg.), beck-online.GROSSKOMMENTAR zum Zivilrecht*, 2021, AGG § 19 Rn. 36; Schiek (Hrsg.), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)*, 2007, § 19 AGG Rn. 10.

¹⁰³ BT-Drs. 16/1780, 41 f.; Serr, in: *Serr, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Neubearbeitung 2020, AGG § 19 Rn. 26; Franke/Schlichtmann, in: *Däubler/Bertzbach/Beck u. a. (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, 4. Aufl. (2018), § 19 AGG Rn. 35; Grüneberg, in: *Palandt/Ellenberger/Götz u. a., Bürgerliches Gesetzbuch*, 80. Aufl. (2021), AGG 19 Rn. 2; Mörsdorf, in: *Gsell/Krüger/Lorenz u. a. (Hrsg.), beck-online.GROSSKOMMENTAR zum Zivilrecht*, 2021, AGG § 19 Rn. 39.

¹⁰⁴ Grüneberg, in: *Palandt/Ellenberger/Götz u. a., Bürgerliches Gesetzbuch*, 80. Aufl. (2021), AGG 19 Rn. 4; Klose/Braunroth, in: *Däubler/Bertzbach/Beck u. a. (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, 4. Aufl. (2018), § 19 AGG Rn. 42; Mörsdorf, in: *Gsell/Krüger/Lorenz u. a. (Hrsg.), beck-online.GROSSKOMMENTAR zum Zivilrecht*, 2021, AGG § 19 Rn. 48.

¹⁰⁵ BT-Drs. 16/1780, S. 42.

¹⁰⁶ BT-Drs. 16/1780, S. 42. Kritisch Armbrüster, in: *Westermann/Grunewald/Maier-Reimer u. a. (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch*, 16. Aufl. (2020), § 19 AGG Rn. 21, § 20 AGG Rn. 14; Serr, in: *Serr, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Neubearbeitung 2020, AGG § 19 Rn. 42.

AGG), (iii) der Bildung (§ 2 Abs. 1 Nr. 7 AGG) und (iv) des Zugangs zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich von Wohnraum (§ 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG), Diskriminierungen verboten. Allerdings gilt bei diesen Schuldverhältnissen ein partielles Verbot, das lediglich gegen rassistische Diskriminierungen und Diskriminierungen aufgrund der ethnischen Herkunft Schutz gewährt.

Die in § 2 Abs. 1 Nr. 5-7 AGG aufgelisteten Schuldverhältnisse fallen regelmäßig bzw. größtenteils in den Anwendungsbereich der sozialstaatlichen Leistungen. Lediglich bei den Gesundheitsdiensten und Bildung kommen auch zivilrechtliche Schuldverhältnisse in Frage. Dagegen umfassen die Schuldverhältnisse des § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG fast ausnahmslos zivilrechtliche Schuldverhältnisse. Aus diesem Grund wird im Folgenden auf die Schuldverhältnisse bezüglich des Zugangs zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen (§ 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG) näher eingegangen.

a) Güter und Dienstleistungen

„Güter und Dienstleistungen“ umfassen jede Art von Gütern, also bewegliche und unbewegliche Sachen, immaterielle (einschließlich digitale) Güter, sowie jede Art von Dienstleistungen. Bei den Dienstleistungen spielt die Art des abzuschließenden Vertrages keine Rolle; es kann sich also z.B. um Dienst-, Werk-, Geschäftsbesorgungs-, Makler- oder Mietverträge handeln.¹⁰⁷ In der Gesetzesbegründung ausdrücklich erwähnt sind auch die Finanzdienstleistungen, z.B. Kredit- und Leasingverträge.¹⁰⁸

b) „der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“

Güter und Dienstleistungen stehen der Öffentlichkeit zur Verfügung, wenn die Aufforderung zur Abgabe eines Angebots an eine anonyme Gruppe gerichtet wird.¹⁰⁹ In der Literatur wird auch die Ansicht vertreten, dass das Verbot des § 19 Abs. 2 AGG lediglich diejenigen Güter und Dienstleistungen umfasst, die gewerbsmäßig zur Verfügung gestellt werden und durch den Anbieter mehrfach erbracht werden können.¹¹⁰ In diesem Fall wäre der Anwendungsbereich des § 19 Abs. 2 AGG im Wesentlichen auf Geschäfte beschränkt, die durch Unternehmen i.S.v. § 14 BGB der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt werden und unter Berücksichtigung der Person zustande kommen, z.B. nicht standardisierte Kreditverträge oder Werkverträge.¹¹¹ Diese enge Auslegung steht jedoch nicht mit der Absicht des europäischen bzw. deutschen Gesetzgebers in Einklang. Erfasst werden soll jedes Schuldverhältnis, das außerhalb der Privatsphäre und engen familiären Verhältnissen zustande kommt.¹¹² Insofern umfasst das Verbot des § 19 Abs. 2 auch Güter und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit durch Private zur Verfügung gestellt werden.

¹⁰⁷ M.w.N. Riesenhuber, in: *Westermann/Grunewald/Maier-Reimer u. a.* (Hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 16. Aufl. (2020), § 2 AGG Rn. 23 f.; Franke, in: *Däubler/Bertzach/Beck u. a.* (Hrsg.), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, 4. Aufl. (2018), § 2 AGG Rn. 58. Ellenberger, in: *Palandt/Ellenberger/Götz u. a.*, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 80. Aufl. (2021), AGG 2 Rn. 9.

¹⁰⁸ BT-Drs. 16/1780, S. 32.

¹⁰⁹ Bericht der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament – Anwendung der Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, KOM(2006) 643 endgültig/2 vom 15.12.2006, S. 3; BT-Drs. 16/1780, S. 32, 42; Serr, in: *Serr, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Neubearbeitung 2020, AGG § 19 Rn. 50; Riesenhuber, in: *Westermann/Grunewald/Maier-Reimer u. a.* (Hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 16. Aufl. (2020), § 2 AGG Rn. 27 f.; Schiek (Hrsg.), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)*, 2007, § 2 AGG Rn. 7; Franke, in: *Däubler/Bertzach/Beck u. a.* (Hrsg.), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, 4. Aufl. (2018), § 2 AGG Rn. 61.

¹¹⁰ Ellenberger, in: *Palandt/Ellenberger/Götz u. a.*, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 80. Aufl. (2021), AGG 2 Rn. 9; Thüsing, in: *Säcker/Rixecker/Oetker u. a.* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 9. Aufl. (2021), § 19 AGG Rn. 69 ff.

¹¹¹ Thüsing, in: *Säcker/Rixecker/Oetker u. a.* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 9. Aufl. (2021), § 19 AGG Rn. 70 f.

¹¹² ErwGr. 4 AntiRasRL; ErwGr. 13 GenderRL; BT-Drs. 16/1780, S. 32.

c) Geschlechterdiskriminierung?

Mit Bezug auf § 19 Abs. 2 AGG ist auch die Fragestellung erwähnenswert, ob das zivilrechtliche Diskriminierungsverbot gemäß § 19 Abs. 2 i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG auch geschlechtsbezogene Diskriminierungen umfassen sollte. Einer Ansicht nach sind geschlechtsbezogene Diskriminierungen europarechtlich lediglich bei Massengeschäften und ihnen gleichgestellten Rechtsgeschäften verboten.¹¹³ Eine andere Ansicht vertritt jedoch zu Recht, dass die Regelung des § 19 Abs. 2 i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG im Lichte der GenderRL nicht europarechtskonform ist.¹¹⁴

ErwGr. 13 GenderRL stellt klar, dass geschlechtsbezogene Diskriminierung beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen und die außerhalb des Bereichs des Privat- und Familienlebens und der in diesem Kontext stattfindenden Transaktionen angeboten werden. Dieses Verbot wird sodann in Art. 3 Abs. 1 GenderRL geregelt. In der amtlichen Begründung des AGG wird mit Bezug auf die Quelle des Begriffs „der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“ auch ausdrücklich auf Art. 3 Abs. 1 GenderRL hingewiesen. D.h. der deutsche Gesetzgeber hat diesen Begriff auch an die GenderRL angeknüpft. In Übereinstimmung damit sollte § 19 Abs. 2 AGG auch geschlechtsbezogene Diskriminierungen ausdrücklich verbieten. Da die Norm lediglich und ausdrücklich auf „Rasse“ und ethnische Herkunft Bezug nimmt, ist zweifelhaft, ob eine richtlinienkonforme Auslegung bzw. Rechtsfortbildung möglich ist.¹¹⁵

III. Konkretisierungsbeispiele: Versicherungs- und Darlehensverträge

Wie bereits erläutert,¹¹⁶ gilt für die Begründung, Durchführung und Beendigung der Versicherungsverträge ein umfassendes Diskriminierungsverbot, und zwar unabhängig davon, ob sie zu Massengeschäften zählen oder nicht (§ 19 Abs. 1 Nr. 2 AGG). Obwohl die Verbraucherdarlehensverträge (VDV) bei der Risikobewältigung ebenfalls eine große Rolle spielen wie die Versicherungsverträge,¹¹⁷ und obwohl die (diskriminierende) Ablehnung eines Kreditvertrages ebenfalls schwerwiegende Auswirkungen haben kann wie bei den Versicherungsverträgen,¹¹⁸ hat der Gesetzgeber den umfassenden Diskriminierungsschutz nicht auf VDV erweitert. Aus diesem Grund ist zunächst zu prüfen, ob bestimmte VDV den Massengeschäften bzw. ihnen gleichgestellten Geschäften (§ 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG) oder den Schuldverhältnissen bezüglich der Öffentlichkeit zur Verfügung stehenden Gütern und Dienstleistungen (§ 19 Abs. 2 i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG) zuzuordnen sind. Die Antwort hängt von der Art des Darlehens ab.

1. Darlehensverträge als Massengeschäfte oder ähnliche Geschäfte

Bekanntlich unterscheidet das BGB zwischen Allgemein-VDV und Immobilien-VDV (§ 491 Abs. 1 BGB). Vor dem Abschluss eines Allgemein- oder Immobilien-VDV ist der/die Darlehensgeber:in verpflichtet, eine KWP durchzuführen (§ 505a Abs. 1 BGB). Da durch die KWP festzustellen ist, ob der/die Verbraucher:in den

¹¹³ Armbrüster, in: *Westermann/Grunewald/Maier-Reimer u. a. (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch*, 16. Aufl. (2020), § 19 AGG Rn. 13; Thüsing, in: *Säcker/Rixecker/Oetker u. a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 9. Aufl. (2021), § 19 AGG Rn. 11.

¹¹⁴ *Haberl*, Zivilrechtliche Diskriminierungsverbote in nationalen Privatrechtsgesellschaften, 2011, 152 f.; *Schiek* (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), 2007, § 19 AGG Rn. 17; vgl. auch *Franke/Schlichtmann*, in: *Däubler/Bertzach/Beck u. a. (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, 4. Aufl. (2018), § 19 AGG Rn. 6 f. S. auch Bericht der Kommission an das Europäische Parlament, den Rat und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss – Bericht über die Anwendung der Richtlinie 2004/113/EG des Rates zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen beim Zugang zu und bei der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, KOM(2015) 190 endgültig vom 5.5.2015, S. 4 f.

¹¹⁵ *Schiek* (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), 2007, § 19 AGG Rn. 18.

¹¹⁶ S. oben § 2.C.II.3.

¹¹⁷ Vgl. *Knobloch/Feldhufen/Tiffe*, Basisprodukte bei Finanzdienstleistungen, 2012, S. 25 ff.

¹¹⁸ Vgl. BT-Drs. 16/1780, S. 42.

Zahlungsverpflichtungen aus dem Darlehensvertrag vertragsgemäß nachkommen kann, erfordert sie eine Untersuchung von individuellen finanziellen Verhältnissen. Aus diesem Grund sind die VDV nach dem Gesetzgeber keine Geschäfte, die typischerweise ohne Ansehen der Person zustande kommen oder bei denen das Ansehen der Person eine nachrangige Bedeutung hat. Das Ansehen der Person spielt insofern eine besondere Rolle beim Abschluss eines VDV.¹¹⁹

Zweifellosgilt diese Gesetzesbegründung für diejenigen VDV, bei denen eine detaillierte, personalisierte KWP durchgeführt wird. Bei Immobilien-VDV ist z.B. die Durchführung einer stark personalisierten KWP regelmäßig der Fall. Zum Zwecke der KWP für einen Immobilien-VDV werden nicht nur finanzielle Informationen, sondern auch zukünftige Ereignisse berücksichtigt, die zu erwarten sind, wie z.B. der Wechsel zum Ruhestand.¹²⁰ Bei den Allgemein-VDV hat man dagegen zu prüfen, ob es sich bei dem in Frage kommenden VDV um ein standardisiertes und typisiertes Kreditprodukt handelt, die weder personalisiert zur Verfügung gestellt noch aufgrund einer personalisierten KWP angeboten wird.

In der Praxis werden bestimmte Kreditprodukte (z.B. bestimmte Sofortkredite und Kleinkredite) ohne personalisierte KWP zur Verfügung gestellt; zumeist wird der Darlehensbetrag sogar innerhalb von spätestens 24 Stunden ausgezahlt. Dementsprechend weist die KWP bei diesen Kreditprodukten kein stark individualisiertes, personales Element auf.¹²¹ Insofern hat das Ansehen der Person für den Abschluss dieser Verträge entweder keine Bedeutung oder eine nachrangige Bedeutung. Ferner kommen diese Verträge in der Praxis in einer Vielzahl von Fällen zu vergleichbaren Bedingungen zustande. Dementsprechend sind diese VDV als Massengeschäfte oder ihnen gleichgestellte Geschäfte einzuordnen.¹²²

Bei den sonstigen Darlehensverträgen, die gemäß § 491 Abs. 2 S. 2 und Abs. 3 S. 2, 4 BGB keine VDV sind, ist wiederum zunächst zu prüfen, ob das Ansehen der Person keine oder eine nachrangige Bedeutung für den Abschluss des Darlehensvertrags hat. Z.B. bei Bagatelldarlehen (§ 491 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 BGB) oder Kurzfristdarlehen (§ 491 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 BGB) wird das Ansehen der Person kaum eine Rolle spielen. Folglich sind auch diese Darlehensverträge als Massengeschäfte einzuordnen. An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass der zukünftige Begriff des Verbraucherdarlehens auch das Bagatelldarlehen und Kurzfristdarlehen beinhalten (Art. 2 und 3 VerbKrRL-Vorschlag). D.h. zukünftig werden auch diese Darlehensverträge dem Geltungsbereich der VerbKrRL unterfallen.¹²³

Jedenfalls gilt für alle, als Massengeschäft oder ähnliches Geschäft einzuordnenden Darlehensverträge das umfassende Diskriminierungsverbot des § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG. Demgemäß sind rassistische Diskriminierungen und Diskriminierungen wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität bei der Begründung, Durchführung und Beendigung solcher Darlehensverträge verboten.

¹¹⁹ BT-Drs. 16/1780, S. 42.

¹²⁰ M.w.N. *institut für finanzdienstleistungen e.V.*, Evaluierung der Entwicklungen im Bereich der Kreditwürdigkeitsprüfung bei Immobilien-Verbraucherdarlehensverträgen, 2021, S. 35 ff.

¹²¹ Vgl. BGH, Urt. v. 5.5.2021 – VII ZR 78/20, Rn. 15 (DE:BGH:2021:050521UVIIZR78.20.0); Urt. v. 25.4.2019 – I ZR 272/15, Rn. 18 (DE:BGH:2019:250419UIZR272.15.0); Franke/Schlichtmann, in: *Däubler/Bertzbach/Beck u. a.* (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 4. Aufl. (2018), § 19 AGG Rn. 36; Grüneberg, in: *Palandt/Ellenberger/Götz u. a.*, Bürgerliches Gesetzbuch, 80. Aufl. (2021), AGG 19 Rn. 3; Mörsdorf, in: *Gsell/Krüger/Lorenz u. a.* (Hrsg.), beck-online.GROSSKOMMENTAR zum Zivilrecht, 2021, AGG § 19 Rn. 36; Thüsing, in: *Säcker/Rixecker/Oetker u. a.* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl. (2021), § 19 AGG Rn. 25.

¹²² Franke/Schlichtmann, in: *Däubler/Bertzbach/Beck u. a.* (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 4. Aufl. (2018), § 19 AGG Rn. 36; Thüsing, in: *Säcker/Rixecker/Oetker u. a.* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl. (2021), § 19 AGG Rn. 24 ff.; Grüneberg, in: *Palandt/Ellenberger/Götz u. a.*, Bürgerliches Gesetzbuch, 80. Aufl. (2021), AGG 19 Rn. 3.

¹²³ S. Klinger, Positionspapier „Entwurf der neuen Verbraucherkreditrichtlinie wird im Bundesrat beraten“, 3. September 2021, S. 1, abrufbar auf https://www.iff-hamburg.de/wp-content/uploads/2021/09/PM-CCD_final.pdf (15. November 2021).

2. Darlehensverträge als Schuldverhältnisse bezüglich der Öffentlichkeit zur Verfügung stehenden Gütern und Dienstleistungen

Bei den sonstigen VDV gemäß § 491 BGB, also bei den Immobilien-VDV und den aufgrund einer personalisierten KWP abzuschließenden Allgemein-VDV, handelt es sich um Schuldverhältnisse, die eine der Öffentlichkeit zur Verfügung stehende Dienstleistung zum Gegenstand haben (§ 19 Abs. 2 i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG). Denn die Bereitschaft der Darlehensgeber:innen (in der Praxis regelmäßig eine Bank oder Sparkasse), die Darlehensanträge von Verbraucher:innen (Angebot zum Abschluss eines Darlehensvertrags) entgegenzunehmen, erfüllt das Tatbestandsmerkmal „der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen“.¹²⁴ Insofern sind bei den VDV rassistische Diskriminierungen und Diskriminierungen wegen der ethnischen Herkunft sowie (zumindest europarechtlich) wegen des Geschlechts verboten.

3. Europäisches Gesetzgebungsvorhaben

Art. 6 VerbKRL-Vorschlag sieht unter dem Titel „Diskriminierungsverbot“ vor, dass die Bedingungen zur Gewährung eines Kredits die Verbraucher:innen aufgrund ihrer Staatsangehörigkeit oder ihres Wohnsitzes oder aus einem der in Art. 21 GrCh genannten Gründe nicht diskriminieren dürfen. In Art. 21 GrCh genannten Gründe umfassen Geschlecht, „Rasse“, ethnische Herkunft, Religion, Weltanschauung, Behinderung, Alter, sexuelle Ausrichtung, Hautfarbe, soziale Herkunft, genetische Merkmale, Sprache, politische oder sonstige Anschauung, Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit, Vermögen sowie Geburt (Art. 21 Abs. 1 GrCh). Da diese Vorschrift bei dem Verbot keinen Unterschied macht, ob das Ansehen der Person eine Rolle spielt, wird der Unterschied im deutschen Recht zwischen Massengeschäften und sonstigen Geschäften zumindest mit Bezug auf Darlehensverträgen überflüssig, und falls mit Bezug auf Allgemein-VDV entweder § 19 AGG nicht geändert oder eine Sonderbestimmung z.B. in das BGB nicht eingefügt wird, auch europarechtswidrig sein.

Zu guter Letzt ist erneut darauf hinzuweisen, dass der AntiDis-Vorschlag von 2019 Diskriminierungen aus Gründen der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung bei dem Zugang zu und der Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, einschließlich von Wohnraum, Gesundheitsdienste und Bildung verbietet (Art. 3 Abs. 1 lit. (d) AntiDis-Vorschlag 2019). Sollte die Richtlinie in dieser Fassung verabschiedet werden, wird das Diskriminierungsverbot des § 19 Abs. 2 AGG auf alle in § 1 AGG genannten Merkmale zu erweitern sein. In diesem Falle würde für alle Darlehensverträge, also Immobilien-VDV, Allgemein-VDV und sonstige handelsgeschäftlichen Darlehensverträge, das umfassende Diskriminierungsverbot gelten.

¹²⁴ Vgl. Bericht der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament – Anwendung der Richtlinie 2000/43/EG des Rates vom 29. Juni 2000 zur Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes ohne Unterschied der Rasse oder der ethnischen Herkunft, KOM(2006) 643 endgültig/2 vom 15.12.2006, S. 3; BT-Drs. 16/1780, S. 32, 42; Serr, in: Serr, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung 2020, AGG § 19 Rn. 50; Riesenhuber, in: Westermann/Grunewald/Maier-Reimer u. a. (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 16. Aufl. (2020), § 2 AGG Rn. 27 f.; Schiek (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), 2007, § 2 AGG Rn. 7; Franke, in: Däubler/Bertzbach/Beck u. a. (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 4. Aufl. (2018), § 2 AGG Rn. 61; Thüsing, in: Säcker/Rixecker/Oetker u. a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl. (2021), § 19 AGG Rn. 70 f.

D. Zweckbestimmung des Diskriminierungsverbots

Bei genauer Betrachtung der Merkmale, die durch das öffentlich-rechtliche, arbeits- bzw. zivilrechtliche Diskriminierungsverbot geschützt werden, fällt eindeutig auf, dass sie entweder unveränderlich (wie z.B. ethnische Herkunft, Alter, sexuelle Ausrichtung, Behinderung) sind, oder dass man auf sie nur unter Schwierigkeiten und begrenzt Einfluss nehmen kann (wie z.B. bei Religion), sodass sie beinahe unveränderlich sind.¹²⁵ Eine Diskriminierung aus unveränderlichen oder beinahe unveränderlichen (askriptiven) Merkmalen läuft der prinzipiellen Gleichheit der Menschheit zuwider und verletzt die Menschenwürde.¹²⁶ Aus diesem Grund dienen alle Diskriminierungsverbote, sei es öffentlich-rechtlich sei es arbeits- bzw. zivilrechtlich, an erster Stelle zum Schutz der Menschenwürde. Sie haben somit das Ziel, alle Individuen aufgrund ihrer persönlichen Eigenschaften anzuerkennen und nicht aufgrund Stereotypisierung.¹²⁷

Darüber hinaus bezweckt das öffentlich-rechtliche Diskriminierungsverbot, die materielle Gleichheit zu gewährleisten und soziale Gerechtigkeit zu verwirklichen, indem ein gleichberechtigter Zugang zu öffentlich-rechtlichen Dienstleistungen gewährleistet wird. Insofern schützt das öffentlich-rechtliche Diskriminierungsverbot gegen die Staatsgewalt und gilt daher grundsätzlich für staatliche Akteure. Unter Privaten entfaltet das öffentlich-rechtliche Diskriminierungsverbot keine unmittelbare Wirkung. Es ist jedoch in der Anwendung und Auslegung privatrechtlicher Vorschriften zu berücksichtigen. Das gilt sowohl für das völkerrechtliche als auch für das europarechtliche sowie nationalrechtliche Diskriminierungsverbot.

Die Adressaten des Diskriminierungsverbots des AGG sind auch die privaten Akteure. Sie verbieten Diskriminierungen in arbeitsrechtlichen und zivilrechtlichen Verhältnissen auch unter Privaten in ihrem jeweiligen Geltungsbereich. Wie bereits erläutert, umfasst das zivilrechtliche Diskriminierungsverbot nicht jedes privatrechtliche Rechtsgeschäft.¹²⁸

Wie das öffentlich-rechtliche Diskriminierungsverbot bezweckt auch das arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbot die Gewährleistung der Chancengleichheit (materielle Gleichheit), indem es die Verwendung von askriptiven Merkmale beim Zugang zu Erwerbstätigkeit beseitigt und es fördert, bei der Auswahl der Arbeitnehmer:innen auf tätigkeitsrelevante Kriterien abzustellen und somit den Anfangspunkt für alle anzugleichen. Dadurch dient das arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbot auch zur gerechten Verteilung der Arbeitsplätze, also der Verwirklichung der Verteilungsgerechtigkeit. Nicht zuletzt ermöglicht das arbeitsrechtliche Diskriminierungsverbot auch die freie Entfaltung der Persönlichkeit, weil einer Person das Mittel dazu erst durch eine Erwerbstätigkeit zur Verfügung stehen kann.

Nicht zuletzt dient auch das zivilrechtliche Diskriminierungsverbot der Chancengleichheit, indem es die Zugangshindernisse beseitigt, sodass ein fairer Zugang zu Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung gestellt worden sind, gewährleistet werden kann.¹²⁹ Da die Gewährleistung der Privatautonomie die Berücksichtigung sozialer Umstände erfordert, hat das zivilrechtliche Diskriminierungsverbot die Rolle der Verwirklichung der Vertragsfreiheit von diskriminierten Personen inne. Dementsprechend ist der

¹²⁵ Rossi, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), EUV/AEUV, 6. Aufl. (2021), Art. 21 EU-GRCharta Rn. 3; Lemke, in: *Groeben/Schwarze/Hatje* (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. (2015), Art. 21 GRCh Rn. 3; *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, 4. Aufl. (2021), Art. 21 Rn. 2; *Schiek* (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), 2007, § 1 AGG Rn. 6.

¹²⁶ *Schmidt*, Von "Mangold" bis "Maruko": die Judikatur des EuGH zur Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie und ihr Einfluss auf die deutsche Rechtsordnung, 2014, S. 10; *Hellman*, When is Discrimination Wrong?, 2011, S. 22 ff.

¹²⁷ *Haberl*, Zivilrechtliche Diskriminierungsverbote in nationalen Privatrechtsgesellschaften, 2011, S. 32; *Fredman*, in: *Lawson/Gooding* (Hrsg.), Disability Rights in Europe, 2005, S. 199 (203 f.).

¹²⁸ S. oben § 2.C.II.1.

¹²⁹ *Canaris*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, 1997, S. 72 f.; *Eichenhofer*, Angemessene Vorkehrungen als Diskriminierungsdimension im Recht, 2018, S. 65; *Haberl*, Zivilrechtliche Diskriminierungsverbote in nationalen Privatrechtsgesellschaften, 2011, S. 40 f.; *Barnard/Hepple*, Cambridge Law Journal 59 (2000), 562 (565).

Vertrag eine soziale Praxis, d.h. ein Verhältnis mit gewöhnlich bzw. mindestens zwei Parteien. Daher erfordert diese Praxis zuallererst Möglichkeiten zur Ausübung der Vertragsfreiheit. Wenn einer Person der Vertragsabschluss aufgrund eines askriptiven Merkmals verweigert wird, wird die Ausübung ihrer Vertragsfreiheit verhindert. Durch das zivilrechtliche Diskriminierungsverbot wird somit die Verwirklichung der Vertragsfreiheit der diskriminierten Person abgesichert, sodass sie nicht der Möglichkeit beraubt wird, an der sozialen Praxis teilzunehmen.¹³⁰

¹³⁰ Looschelders, *Juristenzeitung* 2012, 105 (106); Neuner, in: Leible/Schlachter/Strein (Hrsg.), *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, 2006, S. 73 (80); Lauber, *Paritätische Vertragsfreiheit durch reflexiven Diskriminierungsschutz*, 2010, S. 118 f.; Schiek, *Differenzierte Gerechtigkeit*, 2000, S. 348 ff.

§ 3 Diskriminierung

A. Juristische Perspektive

Die europäischen Richtlinien und das AGG unterscheiden grundsätzlich zwischen unmittelbarer (direkter) und mittelbarer (indirekter) Diskriminierung. Belästigungen, einschließlich sexueller Belästigungen sind durch § 3 Abs. 3 und 4 AGG auch verboten. Diese Art von Diskriminierung ist jedoch für das zu analysierende Thema nicht von Relevanz, weshalb hierauf nicht näher eingegangen wird.

I. Unmittelbare (direkte) Diskriminierung (*disparate treatment*)

Eine unmittelbare (direkte) Diskriminierung liegt vor, wenn eine Person wegen eines durch das AGG geschützten Merkmals eine weniger günstige Behandlung als eine andere Person in einer vergleichbaren Situation erfährt, erfahren hat oder erfahren würde (§ 3 Abs. 1 S. 1 AGG). Eine Unterscheidung aufgrund Mutter-schaft oder Schwangerschaft in arbeitsrechtlichen Verhältnissen stellt auch eine unmittelbare Geschlechter-diskriminierung dar (§ 3 Abs. 1 S. 2 AGG).

Zum Vorliegen einer unmittelbaren Diskriminierung in einem zivilrechtlichen Rechtsverhältnis muss zunächst eine unterschiedliche Behandlung aufgrund eines in § 19 AGG genannten askriptiven Merkmals vorliegen.¹³¹ Diese unterschiedliche Behandlung muss sodann eine weniger Günstige im Vergleich zu der Behandlung einer anderen Person in einer vergleichbaren Situation sein. Dieser Vergleich kann entweder anhand der Erfahrung einer realen Person („erfährt, erfahren hat“) oder einer fiktiven Person („erfahren würde“) erfolgen.¹³² Das Vorliegen einer weniger günstigen Behandlung erfordert, dass die diskriminierte Person einen Schaden aufgrund der unterschiedlichen Behandlung wegen des askriptiven Merkmals erleidet. Dies wird aufgrund der Verletzung der Menschenwürde (Verletzung des Persönlichkeitsrechts) regelmäßig der Fall sein. Hinzu können auch materielle Schäden kommen, z.B. ungünstigere Vertragsbedingungen für die diskriminierte Personen.¹³³

Da sich § 3 Abs. 1 AGG auf das geschützte Merkmal stützt und nicht auf das tatsächliche Vorliegen dieses Merkmals bei der diskriminierten Person, liegt eine unmittelbare Diskriminierung auch dann vor, wenn das Merkmal der diskriminierten Person lediglich zugeschrieben wird (Diskriminierung aufgrund von Annahme, Diskriminierung aufgrund des zugeschriebenen Merkmals) oder wenn die Diskriminierung aufgrund des Merkmals einer anderen Person erfolgt, zu wem die diskriminierte Person in einer Beziehung steht (Drittbe-zogene Diskriminierung).

Die drittbezogene Diskriminierung war im Rahmen des Verbots rassistischer Diskriminierungen in vertragli-chen Verhältnissen Gegenstand eines EuGH-Urteils. Im Verfahren ging es um die Benachteiligung einer Kauf-frau, die ein Lebensmittelgeschäft in einem Stadtteil in Dupnitsa/Bulgarien betrieb. In diesem Stadtteil wohnten im Wesentlichen bulgarische Staatsangehörigen mit Roma-Herkunft. Der Stromversorger hat in diesem Stadtteil und in anderen Stadtteilen, in denen die Einwohner mit Roma-Herkunft die Mehrheit

¹³¹ Zu den askriptiven Merkmalen s. oben § 2.D.

¹³² M.w.N. Schiek (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), 2007, § 3 AGG Rn. 10 ff.; Ellenberger, in: Palandt/Ellenberger/Götz u. a., Bürgerliches Gesetzbuch, 80. Aufl. (2021), AGG 3 Rn. 2; Haberl, Zivilrechtliche Diskriminierungsverbote in nationalen Privatrechts-gesellschaften, 2011, S. 163; Schrader/Schubert, in: Däubler/Bertzbach/Beck u. a. (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 4. Aufl. (2018), § 3 AGG Rn. 27 ff.; Baumgärtner, in: Gsell/Krüger/Lorenz u. a. (Hrsg.), beck-online.GROSSKOMMENTAR zum Zivilrecht, 2021, AGG § 3 Rn. 40 f.

¹³³ Schiek (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), 2007, § 3 AGG Rn. 8; Ellenberger, in: Palandt/Ellenberger/Götz u. a., Bür-gerliches Gesetzbuch, 80. Aufl. (2021), AGG 3 Rn. 2.

ausmachten, die Stromzähler an den Betonmasten in einer Höhe von sechs bis sieben Metern installiert, wobei sich die Stromzähler in anderen Stadtteilen auf der Höhe von nicht mehr als zwei Meter befanden. Die Kauffrau hat sich an die nationale Antidiskriminierungsstelle gewandt, weil sie ihren Stromzähler nicht mehr ablesen und dadurch ihren Verbrauch nicht mehr überprüfen konnte. Der Stromversorger hat lediglich aufgrund „Allgemeinwissens“ und ohne konkrete Nachweise behauptet, dass es in den Stadtteilen, in denen größtenteils Bürger mit Roma-Herkunft wohnen, illegale Stromentnahmen sowie Beschädigungen und Manipulationen von Zählern stattfinden, und dass die Installation von Stromzähler auf der Höhe von sechs bis sieben Metern eine Maßnahme zur Vorbeugung von diesen und ähnlichen illegalen Aktivitäten sei. Eine der dem EuGH vorgelegten Fragestellungen war, ob die Kauffrau, die nicht zur Minderheit der Roma gehörte, Opfer einer unmittelbaren Diskriminierung gewesen war. Da sich die AntiRasRL auf das Diskriminierungsmerkmal stützt und nicht auf die tatsächliche ethnische Herkunft von Diskriminierungsopfern, lag eine rassistische, unmittelbare Diskriminierung vor. Die Betonung ist auf das Motiv der Diskriminierung zu legen, „gleichviel ob die fragliche Maßnahme Personen einer bestimmten ethnischen Herkunft oder Personen anderer Herkunft betrifft“.¹³⁴

Diese Auslegung schafft auch die Grundlage für die Fragestellung, ob Diskriminierungen aufgrund von Annahmen oder eines zugeschriebenen Merkmals auch unmittelbare Diskriminierungen i.S.d. § 3 Abs. 1 AGG darstellen. Die diskriminierte Person muss nicht unbedingt das askriptive Merkmal aufweisen, aufgrund dessen sie eine unterschiedliche Behandlung erfahren hat. Z.B. wird eine Person auch dann diskriminiert, wenn die diskriminierende Person annimmt, sie sei bestimmter ethnischen Herkunft oder sexueller Identität, obwohl diese Annahme nicht zutrifft.¹³⁵

II. Mittelbare (indirekte) Diskriminierung (*disparate impact*)

Eine mittelbare (indirekte) Diskriminierung liegt vor, wenn dem Anschein nach neutralen Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines durch das AGG geschützten Merkmals gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen. Eine Ausnahme hiervon liegt vor, wenn die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt sind und die Mittel zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind (§ 3 Abs. 2 AGG). Einerseits bezweckt das Verbot mittelbarer Diskriminierung verdeckte, unmittelbare Diskriminierungen aufzudecken und andererseits faktisch diskriminierende Wirkungen zu beseitigen.

Obwohl das Verbot mittelbarer Diskriminierung vielmehr für öffentliches Recht oder Beschäftigungsverhältnisse bedeutsam ist, sind Fälle in Zivilrechtsverhältnissen nicht ausgeschlossen. Beispielsweise stellt ein Dienstleistungsangebot lediglich für blonde Menschen eine unmittelbare Diskriminierung dar, die durch ein dem Anschein nach neutrales Kriterium verdeckt ist, in der Tat aber einen Ausschluss von Personen bestimmter ethnischer Herkunft von der zur Verfügung gestellten Dienstleistung bezweckt. Darüber hinaus können scheinbar neutrale Kriterien in der Anwendung eine ausschließende Wirkung auf bestimmte gesellschaftliche Gruppen zeigen. Wenn z.B. eine Bank bei ihrem Baufinanzierungsangebot bestimmte Stadtteile vollkommen ausschließt, und zwar ohne Rücksicht auf die finanzielle Qualifikation der den Kredit beantragenden Person, liegt auf den ersten Blick keine Diskriminierung vor. Dennoch kann dieser Beschluss der Bank eine besonders negative Wirkung auf ethnische Minderheiten haben, wenn diese aufgrund faktischer

¹³⁴ EuGH, Urt. v. 16.7.2015 – Rs. C-83/14 (*CHEZ Razpredelenie Bulgaria*), ECLI:EU:C:2015:480 (Rn. 56 ff.).

¹³⁵ Vgl. Art. 2 Abs. 2 lit. (d-a) AntiDis-Vorschlag 2019.

Segregation in bestimmten Stadtteilen zu wohnen gezwungen sind.¹³⁶ Bei dieser zweiten Form der mittelbaren Diskriminierung wird die Betonung, anders als bei unmittelbarer Diskriminierung, nicht auf die Behandlung, sondern auf die Wirkung gelegt. Daher stellt sich die Frage, ob das Verbot mittelbarer Diskriminierung ein gruppenorientiertes Diskriminierungsverbot darstelle und nicht auf den Schutz von Individuen abziele. Daher ist an dieser Stelle klarzustellen, dass es sich in der Anwendung des Verbots mittelbarer Diskriminierung nicht um den Schutz der Gesamtheit der betroffenen Gruppe, sondern um den Schutz von Individuen handelt.¹³⁷

Das Verbot mittelbarer Diskriminierung erfordert einen dreistufigen Test. In der ersten Stufe wird festgestellt, dass die scheinbar neutralen Vorschriften, Kriterien oder Verfahren eine in besonderer Weise ausschließende oder benachteiligende Wirkung auf eine Gruppe von Personen mit einem durch das AGG geschützten Merkmal zeigt. In der zweiten Stufe wird geprüft, ob eine bestimmte Person Schaden erlitten hat. Solange niemand einen Schaden erlitten hat, hat die Feststellung negativer Wirkungen keine Konsequenzen im Rahmen des Verbots mittelbarer Diskriminierung. Ferner setzt das Verbot nicht voraus, dass die Gesamtheit der betroffenen Gruppe benachteiligende Wirkungen erlitt.¹³⁸ Darüber hinaus muss die Klage von einem Individuum erhoben werden und die eventuelle Sanktion gilt somit auch für das eine Rechtsverhältnis.¹³⁹ Nach der Feststellung der benachteiligenden Wirkungen und des erlittenen Schadens durch ein Individuum, wird in der dritten Stufe geprüft, ob die Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sachlich gerechtfertigt sind. Liegt eine sachliche Rechtfertigung vor, besteht kein Verstoß gegen das Verbot. In diesem Zusammenhang dienen insbesondere marktbestimmte Erfordernisse als sachliche Rechtfertigungsgründe.¹⁴⁰ Wenn die Bank im bereits genannten Fall zum Baufinanzierungskredit bestimmte Stadtteile nicht ausgeschlossen, stattdessen häufiger einen höheren Zinssatz verlangt hätte, würden die in diesen Stadtteilen wohnhaften Minderheiten wiederum benachteiligt. Dennoch ist der Wert des als Sicherheit dienenden Grundstücks (Beleihungswert) im Rahmen der Baufinanzierung durchaus wichtig und er ist u.a. auch durch den Belegenheitsort des Grundstücks bestimmt. Wenn sich im Zusammenhang mit anderen Kriterien, wie z.B. Zahlungskraft der antragstellenden Person, Zustand des Grundstücks, Höhe des beantragten Kredits, ein hohes Risiko und somit ein höherer Zinssatz ergeben hat, kann die Bank die Verwendung der Belegenheit des Grundstücks im Zusammenhang mit dem Grundstückswert und die nicht zuletzt damit verbundenen Zinssätze durchaus sachlich rechtfertigen.

Ein anderes Beispiel wäre die Kfz-Versicherung. Bei der Prämienberechnung für eine Kfz-Versicherung werden u.a. auch die Motorleistung des Autos herangezogen. In der Regel gilt: Je stärker die Motorleistung desto höher die Prämie. Da, statistisch gesehen, Autos mit stärkeren Motorleistungen zumeist von Männern gefahren werden, zeigt eine solche Prämienberechnung benachteiligende Wirkung auf Männer, also auf eine Gruppe von Personen mit dem durch das AGG geschützten Merkmal, nämlich Geschlecht. Doch diese Art der Prämienberechnung ist sachlich gerechtfertigt,¹⁴¹ da, nebst Fahrverhalten, die Stärke der Motorleistung ein wichtiger Faktor ist, der die Geschwindigkeit bestimmt. Die Geschwindigkeit war im Jahr 2020 die viert

¹³⁶ *United States v. Albank* (DC Northern District of New York, 1997), Case No. 97-CV-1206, unveröffentlicht, abrufbar auf <https://www.justice.gov/crt/housing-and-civil-enforcement-cases-documents-378> und <https://www.justice.gov/crt/housing-and-civil-enforcement-cases-documents-221> (17. November 2021). S. auch Schiek (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), 2007 § 3 AGG Rn. 35; Žilobaitė/Custers, Artificial Intelligence and Law 24 (2016), 183 (189).

¹³⁷ *Fredman*, *Industrial Law Journal* 30 (2001), 145 (161); *Morris*, *Oxford Journal of Legal Studies* 15 (1995), 199 (210 ff.); *Foran*, *Oxford Journal of Legal Studies* 39 (2019), 901 (905 ff., 918 f.).

¹³⁸ *Foran*, *Oxford Journal of Legal Studies* 39 (2019), 901 (908); *Fredman*, *Industrial Law Journal* 30 (2001), 145 (163).

¹³⁹ *Fredman*, *Industrial Law Journal* 30 (2001), 145 (163).

¹⁴⁰ *Morris*, *Oxford Journal of Legal Studies* 15 (1995), 199 (216 ff.).

¹⁴¹ Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendung der Richtlinie 2004/113/EG des Rates auf das Versicherungswesen im Anschluss an das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union in der Rechtssache C-236/09 (Test-Achats), ABl. 2012 C 11/1, Rn. 17 Fn. 3.

wichtigste Unfallursache als Fehlverhalten der Fahrer:innen bei Unfällen mit Personenschaden.¹⁴² Ein anderes Kriterium bei der Risikobewertung für die Kfz-Kaskoversicherung ist der Wohnort. Denn nicht nur der Zustand von Straßen sowie die Verkehrslage zwischen der Wohn- und Arbeitsort, sondern auch die Kriminalitätsrate, insbesondere mit Bezug auf Autodiebstahl und Vandalismus, fließen in eine Risikobewertung ein. In solchen Städten, in denen bestimmte Personen Gruppen mehrheitlich in bestimmten Stadtteilen wohnen, können stark erhöhten Prämien aufgrund des Wohnortes zu einer mittelbaren Diskriminierung führen. Viele Versicherungsgesellschaften verhindern dieses Ergebnis durch Risikomanagementmaßnahmen, insbesondere durch Risikostreuung.¹⁴³

III. Ansprüche und Verschuldensfrage

Im Falle einer unmittelbaren Diskriminierung können die betroffenen Personen die Beseitigung bzw. Unterlassung der Diskriminierung (§ 21 Abs. 1 AGG) und/oder Ersatz des materiellen bzw. immateriellen Schadens (§ 21 Abs. 2 AGG) verlangen. Die Ansprüche unterliegen einer zweimonatigen Frist (§ 21 Abs. 5 AGG). Da eine statistische Diskriminierung im ökonomischen Sinne eine unmittelbare Diskriminierung i.S.v. § 3 Abs. 1 S. 1 AGG darstellt, können die Betroffenen einer statistischen Diskriminierung die Ansprüche aus § 21 Abs. 1 und 2 AGG auch geltend machen, solange keine gesetzliche Ausnahme gestattet wurde. Eine solche Ausnahme normiert § 20 Abs. 2 S. 2 AGG für Privatversicherungsverträge.¹⁴⁴

Für die Beseitigungs- und Unterlassungsansprüche ist das Verschulden der diskriminierenden Person nicht erforderlich (vgl. § 1004 Abs. 1 BGB).¹⁴⁵ Für die Schadensersatzansprüche unterscheidet § 21 Abs. 2 AGG zwischen dem Anspruch auf den Ersatz des immateriellen und materiellen Schadens. Dementsprechend ist für den Ersatz des materiellen Schadens das Vertretenmüssen erforderlich (§ 21 Abs. 2 S. 1 und 2 AGG). Für die Entschädigung des immateriellen Schadens (§ 21 Abs. 2 S. 3 AGG) setzt das Gesetz das Vertretenmüssen nicht voraus. Die Konformität des § 21 Abs. 2 S. 2 AGG mit dem europäischen Recht ist in der Literatur umstritten.

Die Fragestellung wurde bezüglich der Haftung für die Verletzung des arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbots durch die EuGH-Rechtsprechung aufgeklärt: die Haftung setzt kein Vertretenmüssen voraus.¹⁴⁶ Ob das Gleiche für die Verletzung des zivilrechtlichen Diskriminierungsverbots gilt, wird in der Literatur nicht einhellig beantwortet. Nach einer Meinung sei die EuGH-Rechtsprechung zur Haftung bezüglich des arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbots nicht ohne Weiteres auf die Haftung bezüglich des zivilrechtlichen Diskriminierungsverbots übertragbar. Da das Vertretenmüssen ein wichtiger Grundsatz des deutschen Haftungsrechts ist, gelte es auch für die Schadensersatzansprüche aus § 21 Abs. 2 AGG im Falle einer Verletzung des zivilrechtlichen Diskriminierungsverbots.¹⁴⁷ Eine andere Ansicht vertritt dagegen, dass die EuGH-Rechtsprechung zum arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbot auch auf die Haftung aus der Verletzung des zivilrechtlichen Diskriminierungsverbots zu übertragen sei. Aus diesem Grund setze die Haftung für die Verletzung des zivilrechtlichen Diskriminierungsverbots, abweichend vom § 280 Abs. 1 S. 2 BGB, kein

¹⁴² Zur Statistik s. Statistisches Bundesamt, Fehlverhalten der Fahrer bei Unfällen mit Personenschaden im Straßenverkehr 2020, abrufbar auf https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Verkehrsunfaelle/_Grafik/_Interaktiv/verkehrsunfaelle-fehlverhalten.html (23. November 2021).

¹⁴³ EIOPA, *Consultative Expert Group on Digital Ethics in Insurance*, Artificial Intelligence Governance Principles, 2021, S. 34 f.

¹⁴⁴ S. unten § 3.B.II.2.

¹⁴⁵ Armbrüster, in: Westermann/Grunewald/Maier-Reimer u. a. (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 16. Aufl. (2020), § 21 AGG Rn. 1; Deinert, in: Däubler/Bertzbach/Beck u. a. (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 4. Aufl. (2018), § 21 AGG Rn. 26; Grüneberg, in: Palandt/Eilenberger/Götz u. a., Bürgerliches Gesetzbuch, 80. Aufl. (2021), AGG 21 Rn. 3.

¹⁴⁶ EuGH, Urt. v. 22.4.1997 – Rs. C. 180/95 (*Draehmpaehl*), ECLI:EU:C:1997:208, Slg. 1997, I-02212 (Rn. 16 ff.); Urt. v. 8.11.1990 – Rs. C-177/88 (*Dekker*), ECLI:EU:C:1990:383, Slg. 1990, I-3968 (Rn. 18 ff.).

¹⁴⁷ Armbrüster, in: Westermann/Grunewald/Maier-Reimer u. a. (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 16. Aufl. (2020), § 21 AGG Rn. 1.

Vertretenmüssen voraus. Daher bezweifelt diese Ansicht die Konformität des § 21 Abs. 2 S. 2 AGG, der das Vertretenmüssen für den materiellen Schadensersatz voraussetzt, mit dem europäischen Recht.¹⁴⁸ Eine weitere Ansicht hält an der gesetzlichen Regelung fest und unterscheidet zwischen dem Ersatz des materiellen und dem Ersatz des immateriellen Schadens. Dementsprechend wird das Vertretenmüssen für den Anspruch auf den Ersatz des materiellen Schadens vorausgesetzt, aber nicht für den Anspruch auf die Entschädigung des immateriellen Schadens.¹⁴⁹

Sollte eine verschuldensabhängige Haftung für den Schadensersatz gemäß § 21 Abs. 1 AGG angenommen werden, stellt sich die Frage, inwiefern die (diskriminatorischen) Defizite in einem KI-System dem/der Verwender:in dieses KI-Systems zugerechnet werden können. Die Erfüllungsgehilfeneigenschaft der KI-Systeme wird in der Literatur zurecht verneint.¹⁵⁰ Das Verschulden kann m.E. darin gesehen werden, dass der/die Verwender:in das KI-System nicht sorgfältig in Betrieb genommen bzw. in Stand gehalten hat, wenn die Verwendung des KI-Systems zu Diskriminierungen führt. Der/die Verwender:in ist, im Vergleich zu seinen Kund:innen, in einer besseren Lage, die Risiken des von ihm eingesetzten KI-Systems zu verwalten, beherrschen bzw. zu vermeiden.¹⁵¹ Zusätzlich dazu ist der/die Verwender:in in der besseren Lage, seine/ihre Haftung aus der Verwendung des KI-Systems auf das Unternehmen, das das KI-System entwickelt hat, abzuwälzen. Aus diesem Grund kann man bei den diskriminatorischen Fehlfunktionen des KI-Systems das Verschulden des/der Verwender:in „vermuten“ und die Exkulpationsmöglichkeit nach § 21 Abs. 2 S. 2 AGG einschränken.¹⁵²

B. Ökonomische Perspektive

In Bezug auf die antidiskriminierungsrechtlichen Risiken der KI ist es zudem sachdienlich zwischen statistischer und präferenzbedingter Diskriminierung zu unterscheiden.

I. Präferenzbedingte Diskriminierung (*taste-based discrimination*)

Eine präferenzbedingte Diskriminierung liegt vor, wenn z.B. Abneigungen oder Vorurteile gegenüber Personen bestimmter ethnischen Herkunft, Religion oder sexueller Ausrichtung bestehen und ein Vertragsverhältnis aus diesen Gründen abgelehnt oder zu unterschiedlichen, weniger günstigen Konditionen abgeschlossen wird.¹⁵³ Präferenzbedingte Diskriminierung hat drastische negative Auswirkungen und ist daher aus ökonomischer Perspektive ineffizient.

Auf einem Markt mit vollständiger Konkurrenz und ohne Diskriminierung würde das Transaktionsvolumen maximiert werden und daher wären die Marktbedingungen optimal. Doch wenn ein Teil der Marktteilnehmer:innen auf dem Markt eine bestimmte Gruppe der Marktteilnehmer:innen diskriminiert, wird erwartungsgemäß das Transaktionsvolumen verringert. Dies erfolgt nicht nur aus den abgelehnten Transaktionen,

¹⁴⁸ Deinert, in: *Däubler/Bertzbach/Beck u. a.* (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 4. Aufl. (2018), § 21 AGG Rn. 44; Mörsdorf, in: *Gsell/Krüger/Lorenz u. a.* (Hrsg.), beck-online.GROSSKOMMENTAR zum Zivilrecht, 2021, AGG § 21 Rn. 49 ff.; Thüsing, in: *Säcker/Rixecker/Oetker u. a.* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl. (2021), § 21 AGG Rn. 39 ff.

¹⁴⁹ Serr, in: *Serr, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung 2020*, AGG § 21 Rn. 41, 54.

¹⁵⁰ Paschke, in: *Heckmann/Paschke* (Hrsg.), jurisPK-Internetrecht, 7. Aufl. (2021), Kap. 4.2 Rn. 170; Grüneberg, in: *Palandt/Ellenberger/Götz u. a.*, Bürgerliches Gesetzbuch, 80. Aufl. (2021), § 278 Rn. 11; Schaub, in: *Gsell/Krüger/Lorenz u. a.* (Hrsg.), beck-online.GROSSKOMMENTAR zum Zivilrecht, 2021, BGB § 278 Rn. 17; Grundmann, in: *Säcker/Rixecker/Oetker u. a.* (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9. Aufl. (2021), § 278 BGB Rn. 46. Für die analoge Anwendung des § 278 BGB plädiert Wendehorst/Grinzing, in: *Ebers/Heinze/Krügel u. a.* (Hrsg.), Künstliche Intelligenz und Robotik, 2020, § 4 Rn. 91.

¹⁵¹ Vgl. Wendehorst/Grinzing, in: *Ebers/Heinze/Krügel u. a.* (Hrsg.), Künstliche Intelligenz und Robotik, 2020, § 4 Rn. 78 ff.; Grüneberg, in: *Palandt/Ellenberger/Götz u. a.*, Bürgerliches Gesetzbuch, 80. Aufl. (2021), § 278 Rn. 11.

¹⁵² Vgl. Paschke, in: *Heckmann/Paschke* (Hrsg.), jurisPK-Internetrecht, 7. Aufl. (2021), Kap. 4.2 Rn. 172; a.A. Händl, Profiling und automatisierte Einzelentscheidungen im Versicherungsbereich, 2017, S. 45 f.

¹⁵³ Posner, *Economic Analysis of Law*, 9. Aufl. (2014), S. 939; Becker (1971), S. 14.

sondern auch aus der Distanzierung der diskriminierten Gruppen von entsprechenden Transaktionen, weil sie Diskriminierungen vorausahnen und daher es nicht einmal wagen, die vorvertragliche Beziehung einzugehen.¹⁵⁴ Alternativ wird infolge diskriminierender Präferenzen die gleiche Ware bzw. Dienstleistung an diskriminierte Gruppen zum höheren Preis angeboten. Des Weiteren müssen die diskriminierten Gruppen deutlich mehr Zeit und Aufwand investieren, um entsprechende Angebote auf dem Markt zu finden. Dies wiederum verursacht hohe wirtschaftliche Kosten.¹⁵⁵ Diese Wirkungen führen dazu, dass viele Individuen aus der diskriminierten Gruppe sich die Ware bzw. Dienstleistung zum höheren Preis oder aufgrund zusätzlicher Kosten nicht leisten können und daher vom Rechtsgeschäft Abstand nehmen. Somit wirken Diskriminierungen im Allgemeinen negativ auf den gesamten Markt und die effiziente Ressourcenallokation, weil sie die Anzahl vorteilhafter Geschäfte reduzieren.¹⁵⁶

II. Statistische Diskriminierung (*statistical discrimination*)

1. Allgemeines

Für die antidiskriminierungsrechtlichen Risiken der KI und Algorithmen ist der Aspekt der statistischen Diskriminierung von ausschlaggebender Bedeutung. Statistische Diskriminierung greift auf Variablen zurück, die als Indikatoren für von dem Dienstleister erwünschte bzw. unerwünschte Eigenschaften des/der Verbraucher:in betrachtet werden.¹⁵⁷ Bei dieser Art von Diskriminierung ist das relevante Unterscheidungskriterium, das für das Rechtsgeschäft einbezogen wird, durch ein anderes Kriterium ersetzt. Ein Unterscheidungskriterium ist beispielsweise für einen Lebensversicherungsvertrag die Lebenserwartung und für einen Autoversicherungsvertrag die Fahrleistung. Wenn nach statistischen Daten Frauen eine längere Lebenserwartung haben als Männer¹⁵⁸ oder wenn Frauen behutsamer Auto fahren als Männer,¹⁵⁹ dient das Kriterium „Geschlecht der/des Versicherten“ als Ersatzkriterium / Stellvertretermerkmal (*proxy criteria*) an Stelle der tatsächlichen Unterscheidungskriterien zur Risikobewertung.¹⁶⁰ Das Ersatzkriterium dient somit zur Vermutung von persönlichen Eigenschaften einer Person aufgrund ihrer Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe.¹⁶¹

Ziel der statistischen Herangehensweise ist ein möglichst effizienter Umgang mit Informationsdefiziten durch Standardisierung und damit Gruppenbildung, weil diese Methode in der Regel weniger Kosten und weniger zeitlichen Aufwand verursacht als die Einholung persönlicher Informationen über jede:n potenzielle:n Vertragspartner:in.¹⁶² Doch eine andere Ansicht bestreitet dies für einen Teil der Personen, die in ihrer jeweiligen, nach Ersatzkriterium gebildeten Gruppe eine Ausnahme darstellen. Denn es entstehen in einer

¹⁵⁴ S. z.B. Yinger, Closed Doors, Opportunities Lost, 1995, S. 96 f.; Yinger, Journal of Urban Economics 42 (1997), 339 (352).

¹⁵⁵ Yinger, Closed Doors, Opportunities Lost, 1995, S. 89 ff.; Yinger, Journal of Urban Economics 42 (1997), 339 (340, 364).

¹⁵⁶ Posner, Economic Analysis of Law, 9. Aufl. (2014), S. 945; Mörsdorf, Ungleichbehandlung als Norm, 2018, S. 10 f.; Vandenberghe, European Review of Contract Law 2007, 410 (413).

¹⁵⁷ Vandenberghe, in: Schulze (Hrsg.), Non-Discrimination in European Private Law, 2011, S. 9 (17); Gröbl, Homo Oeconomicus 22 (2005), 381 (382); Orwat, Diskriminierungsrisiken durch Verwendung von Algorithmen, 2019, S. 27; Vandenberghe, European Review of Contract Law 2007, 410 (419).

¹⁵⁸ Nach den Angaben des Statistischen Bundesamtes beträgt die Lebenserwartung für neugeborene Mädchen auf 83,4 Jahre, für neugeborene Jungen auf 78,6 Jahre, s. https://www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bevoelkerung/Sterbefaelle-Lebenserwartung/_inhalt.html (17. November 2021). Die Lebenserwartung ändert sich mit jedem zunehmenden Lebensalter, s. Statistisches Bundesamt, Sterbetafeln, 2021, S. 4 ff.

¹⁵⁹ S. z.B. Statistisches Bundesamt, Verkehrsunfälle, 2020, S. 7 ff.

¹⁶⁰ Mörsdorf, Ungleichbehandlung als Norm, 2018, S. 14; Vandenberghe, in: Schulze (Hrsg.), Non-Discrimination in European Private Law, 2011, S. 9 (17 f.).

¹⁶¹ Schwab, American Economic Review 76 (1986), 228.

¹⁶² Williams, Cornell Journal of Law and Public Policy 13 (2003), 111 (120); Barocas/Selbst, California Law Review 104 (2016), 671 (689 f.); Orwat, Diskriminierungsrisiken durch Verwendung von Algorithmen, 2019, S. 28; Oehler, in: Kenning/Oehler/Reisch (Hrsg.), Verbraucherwissenschaften, 2021, S. 365 (368).

statistischen Einordnung eine begünstigte und eine nicht begünstigte Gruppe und es bestehen in beiden Gruppen Ausnahmen. Wenn man z.B. das Fahrverhalten als das relevante Unterscheidungskriterium für die Prämienhöhe bei einer Auto-Kaskoversicherung und das Geschlecht als Ersatzkriterium nimmt, hat man, nach den statistischen Informationen, Frauen als begünstigte und Männer als nicht begünstigte Gruppe. In der begünstigten Gruppe „Frauen“ gibt es diejenigen, die nicht so behutsam Auto fahren wie das durchschnittlich für diese Gruppe der Fall ist. Gleichmaßen gibt es in der nicht begünstigten Gruppe „Männer“ diejenigen, die deutlich behutsamer Auto fahren als das durchschnittlich für diese Gruppe der Fall ist. Genau für diese Gruppe von Personen, nämlich für die Ausnahmegruppe in der nicht begünstigten Gruppe, ist der Abschluss eines Kaskoversicherungsvertrags nicht effizient. Die Prämienhöhe könnte sogar veranlassen, dass diese Personen aufgrund höherer Prämien keinen Kaskoversicherungsvertrag schließen und sich an eine andere Alternative wenden. In diesem Fall sei die statistische Diskriminierung ineffizient, weil der Markt eine Gruppe von Kunden verliert. Insofern kann man nicht sagen, dass statistische Diskriminierung a priori effizient sei.¹⁶³

Jedenfalls liegt aus der Perspektive des Antidiskriminierungsrechts bei einer statistischen Diskriminierung eine klischeehafte Zuordnung vor, wenn ein geschütztes Merkmal, z.B. das Geschlecht, als Ersatzkriterium verwendet wird. Da bei der statistischen Diskriminierung unmittelbar an einem verpönten askriptiven Merkmal angeknüpft wird, handelt es sich um eine unmittelbare Diskriminierung. Das Verbot der unmittelbaren Diskriminierung (§ 3 Abs. 1 S. 1 AGG) umfasst somit auch statistische Diskriminierungen.¹⁶⁴

Statistische Diskriminierung kommt in vielen Rechtsgebieten zum Einsatz. Das sogenannte „*racial profiling*“ in strafrechtlichen Ermittlungsverfahren oder Verwendung bestimmter persönlichen Merkmale als Ersatzkriterium für Sorgfältigkeit und Produktivität bei der Begründung von Arbeitsverhältnissen sind einige Beispiele.¹⁶⁵ Statistische Diskriminierung in öffentlich-rechtlichen oder arbeitsrechtlichen Kontexten führt zur Verstärkung der Vorurteile und Festigung der bereits bestehenden sozioökonomischen Unterordnung diskriminierter Gruppen.¹⁶⁶ Im Zivilrecht ist die statistische Diskriminierung charakteristisch im Versicherungsrecht, kommt aber auch im Kreditwesen zur Anwendung.

2. Versicherungswesen

Statistische Diskriminierung wird insbesondere im Versicherungswesen bei der Vertragsgestaltung zum Einsatz gebracht. Je nach Art des Versicherungsvertrages führt der Einsatz des Ersatzkriteriums entweder zu höheren oder niedrigeren Prämien. Im Falle einer Lebensversicherung führt beispielsweise eine kürzere Lebenserwartung zu höheren Prämien. Wenn das Geschlecht als Ersatzkriterium eingesetzt wird, würden dann für Frauen aufgrund ihrer höheren Lebenserwartung niedrigere Prämien berechnet als für Männer. Dagegen führte das gleiche Ersatzkriterium bei privaten Kranken-, Pflege-, Renten- und Berufsunfähigkeitsversicherungen zu höheren Prämien bei Frauen sowohl in Anbetracht der höheren Lebenserwartung als auch angesichts der biologisch bedingten Schwangerschaft und Mutterschaft.¹⁶⁷ § 20 Abs. 2 AGG a.F. gab den Versicherern die Möglichkeit, eine geschlechtsbezogene Berechnung von Prämien und Leistungen unter

¹⁶³ Schwab, American Economic Review 76 (1986), 228 (233).

¹⁶⁴ Vandenberghe, in: Schulze (Hrsg.), Non-Discrimination in European Private Law, 2011, S. 9 (17); Shin, in: Hellman/Moreau (Hrsg.), Philosophical Foundations of Discrimination Law, 2013, S. 163 (175 f.); Schiek (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG), 2007, § 3 AGG Rn. 16.

¹⁶⁵ Donohue, The Law and Economics of Antidiscrimination Law, 2005, S. 7.

¹⁶⁶ Donohue, The Law and Economics of Antidiscrimination Law, 2005, S. 23 f.

¹⁶⁷ Dörfler/Wende, Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft 99 (2010), 17 (18); Britz, Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung, 2008, S. 106 ff.; Klose/Braunroth, in: Däubler/Bertzbach/Beck u. a. (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 4. Aufl. (2018), § 20 AGG Rn. 37.

Heranziehung statistischer Erhebungen durchzuführen – mit der Ausnahme von Kosten im Zusammenhang mit Schwangerschaft und Mutterschaft.¹⁶⁸

In seinem *Test-Achats* Urteil hat der Europäische Gerichtshof (EuGH)¹⁶⁹ 2011 die Regelung in der GenderRL, die solche Bewertungen zugelassen hat (Art. 5 Abs. 2 S. 1 GenderRL a.F.),¹⁷⁰ für europarechtswidrig und daher ungültig erklärt. Darauf folgend wurde § 20 Abs. 2 S. 1 AGG a.F. mit Wirkung vom 21. Dezember 2012 auch aufgehoben. Aus diesem Grund dürfen die Versicherer das Merkmal des Geschlechts seit 21. Dezember 2012 (§ 33 Abs. 5 S. 1 AGG) bei der Berechnung von Prämien oder Leistungen nicht mehr als Ersatzkriterium verwenden und darauf basierend statistisch diskriminieren.¹⁷¹

Gemäß § 20 Abs. 2 S. 2 AGG ist eine unterschiedliche Behandlung wegen der Religion, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität bei den Privatversicherungsverträgen weiterhin zulässig, wenn diese auf anerkannten Prinzipien risikoadäquater Kalkulation beruht, insbesondere auf einer versicherungsmathematisch ermittelten Risikobewertung unter Heranziehung statistischer Erhebungen. Insofern dürfen die Versicherer die Merkmale der Religion, der Behinderung, des Alters und der sexuellen Identität (auch) als Ersatzkriterium / Stellvertretermerkmal verwenden und darauf basierend statistisch diskriminieren.

Ob die statistische Diskriminierung aufgrund dieser Merkmale durch den AntiDis-Vorschlag zugelassen sein wird, ist noch unklar. In der Fassung des Vorschlags aus 2018 wurde für Finanzdienstleistungen wie z.B. Versicherungs- und Bankdienstleistungen, statistische Diskriminierungen aufgrund des Alters oder einer Behinderung in bestimmten Maße zugelassen.¹⁷² Diese wurde dann im Vorschlag aus 2019 gestrichen. Laut dem Sachstandsbericht müssen an diesem Punkt weitere Beratungen durchgeführt werden.¹⁷³

Jedenfalls werden die Merkmale der Religion, der Behinderung oder des Alters bei der Prämienberechnung regelmäßig berücksichtigt. Die Merkmale in § 20 Abs. 2 S. 2 AGG führen zumeist bei bestehenden Krankheiten oder Behinderungen zu höheren Prämien.¹⁷⁴ Das Merkmal der Religion könnte für Kranken- und

¹⁶⁸ § 20 Abs. 2 S. 1 und 2 AGG (a.F.): „Eine unterschiedliche Behandlung wegen des Geschlechts ist im Falle des § 19 Abs. 1 Nr. 2 bei den Prämien oder Leistungen nur zulässig, wenn dessen Berücksichtigung bei einer auf relevanten und genauen versicherungsmathematischen und statistischen Daten beruhenden Risikobewertung ein bestimmender Faktor ist. Kosten im Zusammenhang mit Schwangerschaft und Mutterschaft dürfen auf keinen Fall zu unterschiedlichen Prämien oder Leistungen führen.“

¹⁶⁹ EuGH, Urt. v. 1.3.2011 – Rs. C-236/09 (*Test Achats*), ECLI:EU:C:2011:100.

¹⁷⁰ Die Vorschrift sah vor, dass „[u]nbeschadet des Absatzes 1 [...] die Mitgliedstaaten vor dem 21. Dezember 2007 beschließen [können], proportionale Unterschiede bei den Prämien und Leistungen dann zuzulassen, wenn die Berücksichtigung des Geschlechts bei einer auf relevanten und genauen versicherungsmathematischen und statistischen Daten beruhenden Risikobewertung ein bestimmender Faktor ist.“

¹⁷¹ Europäische Kommission, Leitlinien zur Anwendung der Richtlinie 2004/113/EG des Rates auf das Versicherungswesen im Anschluss an das Urteil des Gerichtshofs der Europäischen Union in der Rechtssache C-236/09 (*Test-Achats*), ABl. 2012 C 11/1, Rn. 2 ff., 14 f.; m.w.N. Armbrüster, in: *Westermann/Grunewald/Maier-Reimer u. a.* (Hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 16. Aufl. (2020), § 20 Rn. 16 f.; Klose/Braunroth, in: *Däubler/Bertzbach/Beck u. a.* (Hrsg.), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, 4. Aufl. (2018), § 33 AGG Rn. 24 ff.

¹⁷² Für die Fassung aus 2018 s. Rat der Europäischen Union, Vorschlag für eine Richtlinie des Rates zur Anwendung des Grundsatzes der Gleichbehandlung ungeachtet der Religion oder der Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Ausrichtung, Dok.-Nr. 12956/18 vom 22.11.2018. Art. 2 Abs. 7 dieser Fassung sah vor: „(Abs. 1) Bei der Bereitstellung von Finanzdienstleistungen, a) liegt keine Diskriminierung im Sinne dieser Richtlinie vor, wenn es in vertretbarem Maße zu Ungleichbehandlungen aus Gründen des Alters kommt, sofern bei der betreffenden Dienstleistung das Alter ein maßgeblicher Faktor für die Risikobewertung ist und diese Bewertung auf Grundlage versicherungsmathematischer Grundsätze und relevanter und verlässlicher statistischer Daten erfolgt; b) liegt keine Diskriminierung im Sinne dieser Richtlinie vor, wenn es in vertretbarem Maße zu Ungleichbehandlungen aus Gründen einer Behinderung kommt, sofern der Gesundheitszustand der betreffenden Person ein maßgeblicher und wesentlicher Faktor der Risikobewertung für die betreffende Dienstleistung ist und diese Bewertung auf Grundlage versicherungsmathematischer Grundsätze und relevanter und verlässlicher statistischer Daten oder relevanter und verlässlicher medizinischer Erkenntnisse erfolgt. (Abs. 2) Erbringer von Finanzdienstleistungen, die beschließen, in vertretbarem Maße Ungleichbehandlungen aufgrund des Alters oder einer Behinderung anzuwenden, unterrichten die Verbraucher und die einschlägigen Justiz- und Beschwerdestellen auf Antrag über die Gründe für diese Ungleichbehandlungen.“

¹⁷³ Sachstandsbericht des Europäischen Rates, Dok.-Nr. 9567/19 vom 24.5.2019, S. 4.

¹⁷⁴ M.w.N. Armbrüster, *Privatversicherungsrecht*, 2. Aufl. (2019), Rn. 657 ff.; Thüsing, in: *Säcker/Rixecker/Oetker u. a.* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 9. Aufl. (2021), § 20 AGG Rn. 63 ff. Wenn die versicherte Person aus diesem Grund eine Krankheit oder Behinderung verschwiegen und der Versicherer zu einem späteren Zeitpunkt aufgrund der Täuschung den Versicherungsvertrag angefochten hat, liegt keine Diskriminierung aufgrund der Behinderung vor, s. BGH, Beschl. v. 25.5.2011 – IV ZR 191/09, Rn. 18 (Juris).

Lebensversicherungen nur dann statistisch relevant sein, falls die religiöse Überzeugung die Ablehnung bestimmter Behandlungsmethoden zur Folge hat.¹⁷⁵ In diesem Zusammenhang ermöglichen neue Technologien, darunter auch KI-Systeme, die Anknüpfung an geschützten Merkmalen zu reduzieren und individualisierte Risikobewertung und Prämienkalkulation zu veranlassen. Beispielsweise lassen sich das Fahrverhalten oder der Lebensstil einer Person durch Telematik-Endgeräte oder Applikationen auf Smartphones besser zu ermitteln und dementsprechend das Risiko besser zu bewerten, anstatt z.B. das Merkmal des Alters als Stellvertretermerkmal zu verwenden.¹⁷⁶

3. Kreditwesen

Statistische Diskriminierung wird auch bei Darlehensverträgen angewendet, insbesondere in der Berechnung des Scoringwerts der Verbraucher:innen. Bekannterweise hat jede:r Verbraucher:in einen Scoringwert, der aufgrund der privaten Wirtschaftsauskunftei (wie z.B. Schufa, Creditreform) vorliegenden Daten zu einer bestimmten Person abgebildet wird und ein zukünftiges Verhalten, nämlich die Ausfallwahrscheinlichkeit der/des Verbraucher:in, prognostiziert (Vgl. § 31 Abs. 1 BDSG).¹⁷⁷ Diese Scoringwerte werden beim Abschluss von vielen Verträgen nachgefragt, z.B. beim Abschluss eines Miet-, Handy- oder Internetvertrages,¹⁷⁸ aber auch beim Abschluss eines Versicherungsvertrags.¹⁷⁹ Zudem wird der Scoringwert auch bei der KWP vor einer Kreditvergabe beinahe ausnahmslos mit einbezogen und spielt zumeist eine entscheidende Rolle.¹⁸⁰ Wie bereits in einem Gerichtsurteil Erwähnung gefunden hat,¹⁸¹ wird bei Bonität-Scores von Schufa auch das Geschlecht des/der Verbraucher:in bei der Berechnung der Ausfallwahrscheinlichkeit berücksichtigt.

Ein anderes Beispiel der statistischen Diskriminierung stellt das sogenannte Geo-Scoring dar. Dabei wird die Ausfallwahrscheinlichkeit der/des Verbraucher:in aus der durchschnittlichen Anzahl nachteiliger Variablen im Wohnhaus (z.B. Zwangsvollstreckungsverfahren gegen Nachbar:innen) und aus der durchschnittlichen Anzahl nachteiliger Variablen pro Haushalt in derselben Straße abgeleitet.¹⁸² Da gesetzlich lediglich die ausschließliche Nutzung von Anschriftendaten beim Scoring verboten ist (§ 31 Abs. 1 Nr. 3 BDSG)¹⁸³, bleibt eine Kombination der durch das Geo-Scoring gewonnenen Daten mit anderen Variablen zulässig.

¹⁷⁵ Armbrüster, *Privatversicherungsrecht*, 2. Aufl. (2019), Rn. 664.

¹⁷⁶ EIOPA, *Consultative Expert Group on Digital Ethics in Insurance*, Artificial Intelligence Governance Principles, 2021, S. 35; Hänold, *Profiling und automatisierte Einzelentscheidungen im Versicherungsbereich*, 2017, S. 13 ff.; s. auch Calders/Žliobaitė, in: Custers/Calders/Schermer u. a. (Hrsg.), *Discrimination and Privacy in the Information Society*, 2013, S. 43 (52 f.); Ebert, in: Ebers/Heinze/Krügel u. a. (Hrsg.), *Künstliche Intelligenz und Robotik*, 2020, § 16 Rn. 9.

¹⁷⁷ VG Wiesbaden, Beschl. v. 1.10.2021 – 6 K 788/20.WI (juris); Oehler, in: Kenning/Oehler/Reisch (Hrsg.), *Verbraucherwissenschaften*, 2021, S. 365 (366, 368).

¹⁷⁸ S. z.B. AG Postdam, Urt. v. 10.7.2008 – 22 C 25/08 (juris).

¹⁷⁹ Hänold, *Profiling und automatisierte Einzelentscheidungen im Versicherungsbereich*, 2017, S. 16 f.

¹⁸⁰ VG Wiesbaden, Beschl. v. 1.10.2021 – 6 K 788/20.WI (juris); *institut für finanzdienstleistungen e.V.*, *Evaluierung der Entwicklungen im Bereich der Kreditwürdigkeitsprüfung bei Immobilien-Verbraucherdarlehensverträgen*, 2021, 36 ff., 153 ff.

¹⁸¹ OLG München, Urt. v. 12.3.2014 – 15 U 2395/13 (DE:OLGMUEN:2014:0312.15U2395.13.0A) (juris).

¹⁸² Sachverständigenrat für Verbraucherfragen beim Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, *Verbrauchergerechtes Scoring*, 2018, S. 47. Vgl. auch Schröder/Lang/Lerbs u. a., in: Schröder/Taeger (Hrsg.), *Scoring im Fokus*, 2014, S. 8 (54 f.); Hänold, *Profiling und automatisierte Einzelentscheidungen im Versicherungsbereich*, 2017, S. 12.

¹⁸³ Bundesdatenschutzgesetz vom 30. Juni 2017, BGBl. I 2097. Die Anschriftendaten wurden zumeist zur Ermittlung des sozialen Status verwendet, s. Mpofo/Mukosera, *International Journal of Science and Research* 3 (2014), 165 (166).

§ 4 Künstliche Intelligenz und Algorithmen aus antidiskriminierungsrechtlicher Perspektive

Die Verwendung von KI und Algorithmen bei der Begründung und Durchführung von vertraglichen Verhältnissen bringt mehrere Vorteile mit sich. Betriebswirtschaftliche Vorteile zeigen sich insbesondere in der Senkung der operativen Kosten und Erhöhung der internen Effizienz,¹⁸⁴ z.B. durch die automatisierte Dokumentenverarbeitung bei den Versicherungsansprüchen¹⁸⁵, durch die automatisierte Prüfung, ob Versicherungsbetrug vorliegt,¹⁸⁶ oder Begleitung der Online-Kund:innen durch Chatbots. Diese dienen z.B. der Bereitstellung von Informationen und Beantwortung von Kundenanfragen, um so gleichzeitig die Arbeitslast von der Kundenhotline und vor Ort Berater:innen zu reduzieren.¹⁸⁷ Vorteile ergeben sich nicht nur für die Kreditinstitute, sondern auch für die Kund:innen der Bank, wenn beispielsweise KI-Systeme zur Erkennung und Verhinderung der Betrugsfälle im Zahlungsverkehr eingesetzt werden, wodurch Abweichungen in der Plausibilität der Zahlungsanweisung oder andere Risiken erkannt und Zahlungen blockiert werden können.¹⁸⁸ Zusätzlich zu diesen Beispielen besitzen die KI-Systeme auch antidiskriminatorisches Potential, weisen jedoch auch antidiskriminatorische Risiken auf. Im Folgenden wird auf dieses Potential und die möglichen Risiken näher eingegangen. Darauffolgend werden die in der Literatur befürworteten Lösungsansätze dargestellt.

A. Potential: Beseitigung präferenzbedingter, unmittelbarer Diskriminierung

Der größte Nutzeffekt durch den Einsatz von KI und Algorithmen liegt in der Vorbeugung bzw. Beseitigung der präferenzbedingten, unmittelbaren Diskriminierung. Beispielsweise kann ein:e Bankangestellte:r Abneigungen oder Vorurteile gegen Personen bestimmter ethnischer Herkunft oder bestimmten Geschlechts haben. Sollte diese:r Bankangestellte den Kreditantrag einer Person bestimmter ethnischer Herkunft oder bestimmten Geschlechts persönlich prüfen, bewerten und eine Entscheidung darüber treffen, ob die Bank den Kredit gewähren soll und falls ja, zu welchen Konditionen, könnte die persönliche Abneigung oder Vorurteile des/der Bankangestellten einen negativen Einfluss auf diese Entscheidung haben. Dieser negative Einfluss der persönlichen Präferenzen geschieht regelmäßig unterbewusst oder implizit. Das Risiko der präferenzbedingten, unmittelbaren Diskriminierung wird dagegen größtenteils beseitigt, wenn bei der Prüfung und Bewertung ein KI-System verwendet wird, welches das Ausfallrisiko der kreditbeantragenden Person und die entsprechenden Vertragskonditionen aufgrund sachlicher Kriterien, also neutral bzw. objektiv berechnet.¹⁸⁹ Eine US-amerikanische Studie hat beispielsweise festgestellt, die Ablehnungsquote bei den digitalen Kreditanträgen von afro- und latein-amerikanischen Verbraucher:innen im Vergleich niedriger ausfällt als bei den vor Ort Kreditanträgen.¹⁹⁰

¹⁸⁴ Buxmann/Schmidt, in: Buxmann/Schmidt (Hrsg.), *Künstliche Intelligenz - Mit Algorithmen zum wirtschaftlichen Erfolg*, 2021, S. 27. f.

¹⁸⁵ Hausmann/Lämmel, in: Barton/Müller (Hrsg.), *Künstliche Intelligenz in der Anwendung*, 2021, S. 177 ff.; Borselli, in: Marano/Noussia (Hrsg.), *InsurTech: A Legal and Regulatory View*, 2020, S. 101 (104 ff.).

¹⁸⁶ Hönold, *Profiling und automatisierte Einzelentscheidungen im Versicherungsbereich*, 2017, S. 17 ff.; EIOPA, *Consultative Expert Group on Digital Ethics in Insurance*, Artificial Intelligence Governance Principles, 2021, S. 28; Borselli, in: Marano/Noussia (Hrsg.), *InsurTech: A Legal and Regulatory View*, 2020, S. 101 (109); Ebert, in: Ebers/Heinze/Krügel u. a. (Hrsg.), *Künstliche Intelligenz und Robotik*, 2020, § 16 Rn. 21.

¹⁸⁷ Friedrich/Hiese/Dreßler u. a., in: Buxmann/Schmidt (Hrsg.), *Künstliche Intelligenz - Mit Algorithmen zum wirtschaftlichen Erfolg*, 2021, S. 49 (51 ff.); Ebert, in: Ebers/Heinze/Krügel u. a. (Hrsg.), *Künstliche Intelligenz und Robotik*, 2020, § 16 Rn. 12.

¹⁸⁸ Friedrich/Hiese/Dreßler u. a., in: Buxmann/Schmidt (Hrsg.), *Künstliche Intelligenz - Mit Algorithmen zum wirtschaftlichen Erfolg*, 2021, S. 49 (57).

¹⁸⁹ Vgl. Johnson/Pasquale/Chapman, *Fordham Law Review* 88 (2019), 499 (504 ff.); Orwat, *Diskriminierungsrisiken durch Verwendung von Algorithmen*, 2019, S. 22; Kleinberg/Ludwig/Mullainathan u. a., *Journal of Legal Analysis* 10 (2018), 113 (120).

¹⁹⁰ Bartlett/Morse/Stanton u. a., *Consumer-Lending Discrimination in the FinTech Era*, 2019, S. 21 f.

Ein anderes Beispiel bietet der Autokauf. Nach einer US-amerikanischen Studie unterscheiden die Autohändler:innen unter ihren Kund:innen je nach Geschlecht und ethnischer Herkunft, wenn sie ihnen ein Angebot unterbreiten. Die angebotenen Verkaufspreise sind für Personen bestimmten Geschlechts und bestimmter ethnischen Herkunft regelmäßig höher als der durchschnittliche Verkaufspreis für das jeweilige Auto.¹⁹¹ Um solche Vorfälle zu verhindern und die Qualität des Beratungsservices beim Autokauf zu verbessern, könnten KI-Systeme eingesetzt werden, die nicht nur das passende Auto für den/die Verbraucher:in finden, sondern auch passende Angebote zum marktüblichen Kaufpreis bzw. zur Finanzierungsart unterbreiten.¹⁹²

Um jedoch diesen diskriminierungsbeseitigenden Effekt erreichen zu können, müssen die KI-Systeme bestimmte Voraussetzungen erfüllen. Wie oben einleitend erläutert,¹⁹³ bestehen die KI-Systeme grundsätzlich aus zwei Elementen: den lernenden Algorithmen und dem Datenansatz. Sollte eines von diesen beiden Elementen ein diskriminatorisches Qualitätsdefizit aufweisen, wird das KI-System auch präferenzbedingt diskriminieren. Ein solches Qualitätsdefizit kann sich entweder aus dem lernenden Algorithmus oder aus dem Trainingsdatensatz ergeben. Wie alle Algorithmen müssen lernende Algorithmen auch codiert bzw. programmiert werden. Wenn die persönlichen Abneigungen bzw. Vorurteile der programmierenden Person in die Entwicklung der lernenden Algorithmen einfließen, werden diese sich auch in den Outputs des KI-Systems widerspiegeln.¹⁹⁴

Ferner können die Trainingsdatensätze diskriminatorische Qualitätsdefizite aufweisen. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn der Datensatz von den vorausgegangenen Vorurteilen bzw. Verzerrungen (*historical bias*) befallen ist. Ein Trainingsdatensatz für ein Hochrisiko-KI-System muss, je nach dem Bestimmungszweck des KI-Systems, relevant, repräsentativ, fehlerfrei und vollständig sein (Art. 10 Abs. 3 KI-Vorschlag). Beispielsweise müssen alle Personengruppen in einem Datensatz repräsentiert werden, mit dem ein KI-System zu trainieren ist, das auf alle Gruppen in der Bevölkerung Anwendung finden soll. Wenn bestimmte Personengruppen im Trainingsdatensatz aufgrund vorausgegangener Verzerrungen über- bzw. unterrepräsentiert oder komplett weggelassen werden, werden die bestehenden Verzerrungen durch die Ergebnisse des KI-Systems reproduziert und somit bestätigt.¹⁹⁵ Sollten z.B. im Trainingsdatensatz für ein KI-System zur Erkennung von Versicherungsbetrug bestimmte Personengruppen überrepräsentiert werden, weil in der Vergangenheit aufgrund persönlicher Vorurteile die durch diese Personengruppen erhobenen Ansprüche mehrheitlich als „betrügerisch“ bewertet worden sind, wird sich dieses Vorurteil in den Outputs dieses KI-Systems widerspiegeln.¹⁹⁶

Zur Lösung dieses Problems wird nicht nur eine neue Zusammenstellung des Trainingsdatensatzes vorgeschlagen, sondern auch die Korrektur der Verzerrungen im Datensatz (*fairness adjustment*).¹⁹⁷ Jedoch hat –

¹⁹¹ Ayres, Harvard Law Review 104 (1991), 817 ff.; Ayres, Michigan Law Review 94 (1995), 109 ff.

¹⁹² Gröschel/Roth-Dietrich/Neundorff, in: Barton/Müller (Hrsg.), Künstliche Intelligenz in der Anwendung, 2021, S. 51 (65 f.).

¹⁹³ S. oben § 1.A.II.1-3.

¹⁹⁴ Orwat, Diskriminierungsrisiken durch Verwendung von Algorithmen, 2019, 77 f.; Barocas/Selbst, California Law Review 104 (2016), 671 (678); Dwork/Mulligan, Stanford Law Review Online 66 (2013), 35; Kleinberg/Ludwig/Mullainathan u. a., Journal of Legal Analysis 10 (2018), 113 (117); Busch, Algorithmic Accountability, 2018, S. 20; Beck/Grunwald/Jacob u. a., Künstliche Intelligenz und Diskriminierung - Herausforderungen und Lösungsansätze, 2019, S. 8.

¹⁹⁵ Buxmann/Schmidt, in: Buxmann/Schmidt (Hrsg.), Künstliche Intelligenz - Mit Algorithmen zum wirtschaftlichen Erfolg, 2021, S. 215 (219); Barocas/Selbst, California Law Review 104 (2016), 671 (691); Orwat, Diskriminierungsrisiken durch Verwendung von Algorithmen, 2019, S. 79 f.; Dreyer/Schulz, Was bringt die Datenschutz-Grundverordnung für automatisierte Entscheidungssysteme?, 2018, S. 14; Kleinberg/Ludwig/Mullainathan u. a., Journal of Legal Analysis 10 (2018), 113 (116, 141 f.); Beck/Grunwald/Jacob u. a., Künstliche Intelligenz und Diskriminierung - Herausforderungen und Lösungsansätze, 2019, S. 15; Chouldechova/Roth, The Frontiers of Fairness in Machine Learning, 2018, S. 6.

¹⁹⁶ EIOPA, Consultative Expert Group on Digital Ethics in Insurance, Artificial Intelligence Governance Principles, 2021, S. 28 f.

¹⁹⁷ Dreyer/Schulz, Was bringt die Datenschutz-Grundverordnung für automatisierte Entscheidungssysteme?, 2018, S. 14 f.; Barocas/Selbst, California Law Review 104 (2016), 671 (716 f.); Calders/Žilobaitė, in: Custers/Calders/Schermer u. a. (Hrsg.), Discrimination and Privacy in the Information Society, 2013, S. 43 (55).

empirischen Erhebungen zufolge – die Korrektur der vorausgegangenen Verzerrungen dennoch nicht die Feinsteuerung von Outputs zur Folge. Die KI-Systeme, die durch einen korrigierten Datensatz trainiert worden sind, behandeln die ohnehin benachteiligten Personengruppen selbst nach der Korrektur strenger. Dieser Zustand wird als „Restverzerrung“ (*residual bias*) bezeichnet. Aus diesem Grund hat ein Trainingsdatensatz, der die vorausgegangenen Vorurteile bzw. Verzerrungen widerspiegelt, „*bias in, bias out*“ zur Folge, selbst wenn er korrigiert wird.¹⁹⁸

Die besagte Studie hatte einen Datensatz für KI-Systeme zur Berechnung von Ausfallwahrscheinlichkeit bei der KWP zum Gegenstand. Die deutsche Kreditwirtschaft verfügt bereits über große Mengen von Daten, die z.B. für die KWP vor der Kreditvergabe von ausschlaggebender Bedeutung sind.¹⁹⁹ Allerdings ist nicht allein die Größe der Datenmenge für einen repräsentativen Trainingsdatensatz entscheidend.²⁰⁰ Vielmehr hat man durch die Zusammenstellung für die antidiskriminatorische Qualität von Datensätzen zu sorgen, um präferenzbedingten, unmittelbaren Diskriminierungen vollkommen vorbeugen zu können.

B. Herausforderung: Statistische Diskriminierung

Durch die Verwendung von KI und Algorithmen entsteht eine weitere Dimension der statistischen Diskriminierung und dadurch eine neue Herausforderung für das Antidiskriminierungsrecht. Wie einleitend erläutert,²⁰¹ lernen die Algorithmen eines KI-Systems dadurch, dass sie die Muster und Korrelationen im Trainingsdatensatz erkennen und auf diese aufgefundenen statistischen Korrelationen aufbauend ein Modell entwickeln. Dieses Modell wird dann verallgemeinert auf neue Kontexte übertragen. Gerade beim Aufbau von statistischen Korrelationen besteht die Gefahr, dass das KI-System automatisiert Korrelationen zwischen geschützten Merkmalen und einem negativen Verhalten konstatiert. Dies kann wiederum entweder an dem lernenden Algorithmus oder an dem verwendeten Trainingsdatensatz liegen.

I. Statistische, unmittelbare Diskriminierung

Eine Ursache für die statistische Diskriminierung durch die KI-Systeme kann im Trainingsdatensatz liegen. Die Zusammenstellung des Trainingsdatensatzes kann dazu führen, dass das KI-System in dem Trainingsprozess Korrelationen zwischen geschützten, askriptiven Merkmalen und negativen Outputs erstellt. M.a.W. kann ein KI-System ein geschütztes, askriptives Merkmal als Stellvertretermerkmal für ein negatives Verhalten „lernen“ und dadurch statistisch, also unmittelbar, diskriminieren.

1. Unter- bzw. Überrepräsentation

Diskriminatorische Defizite im Trainingsdatensatz können sich aus mehreren Gründen ergeben. Ein Grund ist beispielsweise die Unterrepräsentation einer Personengruppe mit positiver Korrelation oder die Überrepräsentation mit negativer Korrelation im Trainingsdatensatz (*sample bias*), sei es aus vorangehenden Verzerrungen bzw. Vorurteilen (*historical / social bias*) oder aus der Tatsache, dass bestimmte Produkte oder Dienstleistungen von bestimmten Personengruppen nicht oder weniger in Anspruch genommen werden.²⁰²

¹⁹⁸ Kallus/Zhou, Residual Unfairness in Fair Machine Learning from Prejudiced Data, 2018.

¹⁹⁹ M.w.N. Friedrich/Hiese/Dreßler u. a., in: Buxmann/Schmidt (Hrsg.), Künstliche Intelligenz - Mit Algorithmen zum wirtschaftlichen Erfolg, 2021, S. 49 (52).

²⁰⁰ Vgl. Calders/Žliobaitė, in: Custers/Calders/Schermer u. a. (Hrsg.), Discrimination and Privacy in the Information Society, 2013, S. 43 (46 f.).

²⁰¹ S. oben § 1.A.II.3.

²⁰² Orwat, Diskriminierungsrisiken durch Verwendung von Algorithmen, 2019, S. 79 ff.; Barocas/Selbst, California Law Review 104 (2016), 671 (681 ff.); Hassani, AI Ethics 1 (2021), 239 ff.; Calders/Žliobaitė, in: Custers/Calders/Schermer u. a. (Hrsg.), Discrimination and Privacy in the Information Society, 2013, S. 43 (47).

Das in der Literatur viel zitierte Beispiel fällt in den Anwendungsbereich des arbeitsrechtlichen Diskriminierungsverbots: Das Unternehmen Amazon verwendete ein KI-System zur Personalauswahl. Während der Verwendung stellte sich heraus, dass dieses System systematisch Frauen diskriminiert. Aufgrund vorangegangener Auswahlentscheidungen bei Amazon waren Männer mit einem erfolgreichen Ergebnis im Auswahlverfahren im Trainingsdatensatz überrepräsentiert. Aus diesem Grund hat das KI-System bei den Auswahlverfahren in seiner Anwendungsphase die Bewerbungen von Männern bevorzugt, weil es die Personengruppe „Männer“ statistisch als erfolgreichere Angestellte eingeordnet hat.²⁰³

2. Zusammenstellung der Stellvertretermerkmalen

Der Datensatz kann auch absichtlich mit bestimmten statistischen Variablen zusammengestellt werden. In diesem Fall werden geschützte Merkmale absichtlich als durch das KI-System zu erkennende, statistische Variablen in den Trainingsdatensatz eingepflegt. Beispielsweise steht im Internet zu Forschungszwecken ein Trainingsdatensatz namens „South German Credit Data Set“ zur Verfügung.²⁰⁴ Dieser Datensatz soll beim Training von KI und Algorithmen zum Zwecke der KWP eingesetzt werden. Die Zusammensetzung dieses Datensatzes führt dazu, dass das KI-System insgesamt 21 Variablen erkennt und darauf basierend ein Modell für die KWP entwickelt.²⁰⁵ Wenn der Datensatz beim Training durch verschiedene ML-Techniken eingesetzt wird, zeigt sich, dass die Variablen Wohnungstyp, Familienstand und Geschlecht, Kontoguthaben und mitlaufende Kredite bei der Entscheidung zur Kreditwürdigkeit eine „sehr wichtige“ Rolle spielen. Berufserfahrung und Stellung im Beruf spielen dagegen lediglich eine „wichtige“ Rolle.²⁰⁶ Erfreulicherweise spielt die Variable „Gastarbeiter:in“ keine entscheidende Rolle. Dieses Ergebnis zeigt, dass es dem KI-System durch diesen Datensatz „beigebracht“ wurde, das Merkmal „Gastarbeiter:in“ nicht zu berücksichtigen, aber das Merkmal „Geschlecht“ durchaus zu berücksichtigen und in die KWP einzubeziehen.²⁰⁷ Insofern wurde in diesem Trainingsdatensatz ein geschütztes, askriptives Merkmal, nämlich Geschlecht, entweder als unmittelbares Kriterium für eine KWP oder als Stellvertretermerkmal bei der Berechnung der Ausfallwahrscheinlichkeit verwendet, weil das Merkmal Geschlecht bei dem Ergebnis der durch das KI-System durchgeführten KWP eine entscheidende Rolle spielt. Wenn ein KI-System durch diesen Datensatz dazu trainiert wird, das Merkmal des Geschlechts unmittelbar in die KWP einzubeziehen, liegt eine präferenzbedingte Diskriminierung vor. Sollte das Merkmal als Stellvertretermerkmal z.B. für Zahlungsmoral oder Zahlungsfähigkeit in den Datensatz eingepflegt sein, liegt eine statistische Diskriminierung vor.

Ein Beispiel aus der ausländischen Kreditwirtschaft zeigt, dass die Fälle der statistischen, unmittelbaren Diskriminierung im Kreditwesen keineswegs die Ausnahme sind. In dem berichteten Fall wurde ein Kreditantrag u.a. aufgrund des Scoringwerts abgelehnt. Bei der Berechnung des Scoringwerts wurden u.a. die Variablen des Geschlechts und der Muttersprache (also ethnischer Herkunft) als Stellvertretermerkmal verwendet. Dabei wurden Männern und ausländischen Personen höhere Ausfallquoten zugeschrieben als Frauen und Muttersprachler:innen. Aus diesem Grund erhielt die kreditbeantragende Person einen geringeren Scoringwert.

²⁰³ Buxmann/Schmidt, in: Buxmann/Schmidt (Hrsg.), Künstliche Intelligenz - Mit Algorithmen zum wirtschaftlichen Erfolg, 2021, S. 215 (220); Orwat, Diskriminierungsrisiken durch Verwendung von Algorithmen, 2019, S. 37 f.

²⁰⁴ Abrufbar auf <https://archive.ics.uci.edu/ml/datasets/South+German+Credit> (25. November 2021).

²⁰⁵ Die im Datensatz enthaltenen Variablen sind: Kontoguthaben, Laufzeit des beantragten Kredits, Zahlungsmoral der kreditbeantragenden Person anhand vergangenen und parallel laufenden Kreditverhältnissen, Verwendungszweck des Kredits, Höhe des Kreditbetrags, Sparkontoguthaben, Beschäftigungszeit bei dem/der derzeitigen Arbeitgeber:in, Höhe der Kreditraten, Familienstand und Geschlecht, Bürg:innen, Wohndauer an derzeitiger Adresse, Vermögen, Alter, Wohnungstyp, bisherige Kreditverhältnisse, Beruf, pflegebedürftige Personen, Festnetzanschluss, Gastarbeiter:in, Kreditrisiko.

²⁰⁶ Trivedi, Technology in Society 63 (2020), 101413.

²⁰⁷ Einer anderen Studie aufgrund des gleichen Trainingsdatensatzes zufolge wird jedoch der Kreditantrag mit großer Wahrscheinlichkeit abgelehnt, falls der Kredit von einer Gastarbeiterin zum Zwecke eines Autokaufs beantragt wird, s. Pedreschi/Ruggieri/Turini, in: Custers/Calders/Schermer u. a. (Hrsg.), Discrimination and Privacy in the Information Society, 2013, S. 91 (100 f.).

Die Berechnungen haben gezeigt, dass der Scoringwert dieser Person für den beantragten Kredit ausreichend gewesen wäre, falls sie weiblichen Geschlechts und Muttersprachler:in wäre.²⁰⁸

An dieser Stelle ist darauf hinzuweisen, dass auf europäischer Ebene geplant ist, KWP anhand von Stellvertretermerkmalen zu untersagen. Art. 18 Abs. 2 VerbKrRL-Vorschlag sieht vor, dass die KWP auf der Grundlage sachdienlicher und genauer Informationen über Einnahmen und Ausgaben von Verbraucher:innen sowie anderer finanzieller und wirtschaftlicher Umstände vorzunehmen ist, die erforderlich und angemessen sind. Solche finanziellen und wirtschaftlichen Umstände sind „zum Beispiel Belege für Einnahmen oder andere Quellen für die Rückzahlung, Informationen über Forderungen und Verbindlichkeiten oder Informationen über andere finanzielle Verpflichtungen.“ (Art. 18 Abs. 2 VerbKrRL-Vorschlag).²⁰⁹

II. Statistische, mittelbare Diskriminierung

1. Defizite im Algorithmus

Eine statistische Diskriminierung durch Defizite im lernenden Algorithmus tritt zumeist als mittelbare Diskriminierung auf. Die programmierende Person legt bei der Entwicklung des Algorithmus ein an sich neutrales Ersatzmerkmal / Stellvertretermerkmal (*proxy criteria*) zugrunde und dieses scheinbar neutrale Ersatzmerkmal zeigt in der Anwendung des KI-Systems eine ausschließende Wirkung auf bestimmte gesellschaftliche Gruppen. Beispielsweise wurde in den USA ein KI-System entwickelt, das die Patient:innen nach ihrem Gesundheitszustand zu einem Programm der intensivmedizinischen Behandlung zuordnen sollte. Als Ersatzmerkmal für den Gesundheitszustand wurde bei der Entwicklung des lernenden Algorithmus ein Wert zugrunde gelegt, der anhand der medizinischen Ausgaben und der Anzahl der Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen des vorherigen Jahres berechnet wurde. Die Autoren der Studie haben festgestellt, dass die Anzahl der afro-amerikanischen Patient:innen, die zu diesem Programm zugeordnet worden sind, lediglich die Hälfte der „Weißen“ Patient:innen ausmachte. Der Grund für dieses Ergebnis war die kostenbasierte Berechnung des Gesundheitszustands und nicht eine Berechnung anhand des tatsächlichen Gesundheitszustandes.²¹⁰ Es wurde also ein für das zu lösende Problem inadäquates Stellvertretermerkmal operationalisiert,²¹¹ dessen Anwendung die Benachteiligung einer bestimmten Personengruppe aufgrund ihrer ethnischen Herkunft zur Folge hatte. Dieser Fall stellt nach deutschem und europäischem Recht eine mittelbare Diskriminierung dar. Es scheint auch kein sachlicher Grund vorzuliegen, der die ausschließende Wirkung rechtfertigen könnte.

Das Beispiel aus der Kreditwirtschaft liefert wiederum eine US-amerikanische Studie. Diese Studie hat festgestellt, dass die KI-Systeme die schlecht vorhersehbare Variable der Einkommenssteigerung durch das Stellvertretermerkmal eines High-School-Abschlusses ersetzt haben. Da in den afro- und lateinamerikanischen Gruppen die High-School-Abschlussrate niedriger war als in den sonstigen Gruppen, wurden die Kreditanträge dieser Gruppen entweder abgelehnt oder höhere Zinssätze bei der Konditionierung des Kreditvertrages berechnet, da sie als höhere Risikogruppe eingestuft wurden.²¹²

²⁰⁸ Orwat, Diskriminierungsrisiken durch Verwendung von Algorithmen, 2019, S. 50 ff.

²⁰⁹ Zum Thema FinTech und die von ihnen verwendeten Daten, die u.a. auf Social-Media bzw. Internet-Plattformen gesammelt werden, vgl. Gröbl/Peters, Vierteljahrshefte zur Wirtschaftsforschung - Schulden - Segen oder Fluch? 2019, 103-114 (111); Affeldt/Krüger, Vierteljahrshefte zur Wirtschaftsforschung 89 (2020) (78 ff.).

²¹⁰ Obermeyer/Mullainathan, in: Proceedings of the Conference on Fairness, Accountability, and Transparency, 2019, S. 89; s. auch Orwat, Diskriminierungsrisiken durch Verwendung von Algorithmen, 2019, S. 53.

²¹¹ Dreyer/Schulz, Was bringt die Datenschutz-Grundverordnung für automatisierte Entscheidungssysteme?, 2018, S. 14.

²¹² Bartlett/Morse/Stanton u. a., Consumer-Lending Discrimination in the FinTech Era, 2019, S. 4 ff.; s. auch Orwat, Diskriminierungsrisiken durch Verwendung von Algorithmen, 2019, S. 49 f.

2. Defizite im Trainingsdatensatz

Wie oben erläutert,²¹³ können die Defizite im Trainingsdatensatz zu statistischen, unmittelbaren Diskriminierungen führen, wenn ein KI-System lernt, anhand askriptiver, geschützter Merkmale zu unterscheiden. Anfängliche Überlegungen zur Lösung dieses Problems umfassten das Weglassen von geschützten Merkmalen im Trainingsdatensatz. Die Verarbeitung solcher personenbezogenen Daten ist zurzeit durch Art. 9 Abs. 1 DSGVO in der Regel verboten. Art. 10 Abs. 5 KI-Vorschlag lässt die Erhebung und Verarbeitung solcher Daten zu, solange diese für die Beobachtung, Erkennung und Korrektur von Verzerrungen im Zusammenhang mit Hochrisiko-KI-Systemen unbedingt erforderlich sind.

Obwohl der Verzicht auf askriptive, geschützte Merkmale eine einfache, selbstverständliche Lösung zu sein scheint, führt das Weglassen von geschützten Merkmalen zumeist zu mittelbaren Diskriminierungen. Wenn man im Trainingsdatensatz z.B. die Merkmale ethnische Herkunft und Geschlecht weglässt, kann der lernende Algorithmus anhand der Stellvertretermerkmale des Vor- und Nachnamens, Geburtsorts oder Wohnorts Modelle bilden, die wiederum zu mittelbaren Diskriminierungen führen. Beispielsweise sind Menschen mit einem Geburtsort im Ausland oder mit einem ausländischen Nachnamen höchstwahrscheinlich ausländischer Herkunft, oder Personen bestimmter ethnischer Herkunft wohnen mehrheitlich in bestimmten Stadtteilen, oder es gibt ganz typische männliche bzw. weibliche Vornamen. Insofern hat der Verzicht auf personenbezogene Daten zu geschützten Merkmalen leider nicht die Beseitigung der Diskriminierung zur Folge (*omitted variable bias*).²¹⁴

C. Potential und Herausforderung: Beweis der Diskriminierung

Insbesondere für Menschen ohne Fachkenntnisse über KI und Algorithmen ist es unmöglich nachzuvollziehen und daher nachzuweisen, wie die Verarbeitung der eingegebenen Informationen und darauf basierend die Generierung von Outputs durch die KI und Algorithmen funktionieren.²¹⁵ Das gilt auch für die Unternehmen, z.B. Banken und Versicherungsgesellschaften, die solche KI-Systeme nicht selbst entwickeln, sondern programmieren lassen, kaufen und verwenden. Aus diesen Gründen ist es schwierig, eine (statistische) Diskriminierung durch die KI-Systeme oder Algorithmen nachzuweisen, da es für Individuen zumeist nicht erkennbar ist.²¹⁶ Dieser Zustand wird komplizierter, wenn das KI-System auf den Black-Box-Ansatz basiert. Wie einleitend erläutert,²¹⁷ ist es beim Black-Box-Ansatz nicht nachvollziehbar, nach welcher Struktur und aufgrund welchen Variablen ein Ergebnis erzeugt bzw. eine Entscheidung getroffen wurde. Insofern bleibt es verborgen, ob das KI-System bei der Erzeugung eines bestimmten Ergebnisses die geschützten Merkmale herangezogen und unmittelbar diskriminiert hat.²¹⁸

²¹³ S. oben § 4.B.I.

²¹⁴ Barocas/Selbst, *California Law Review* 104 (2016), 671 (721 f.); Johnson/Pasquale/Chapman, *Fordham Law Review* 88 (2019), 499 (510); Žliobaitė/Custers, *Artificial Intelligence and Law* 24 (2016), 183 (185, 190 f.); Orwat, *Diskriminierungsrisiken durch Verwendung von Algorithmen*, 2019, S. 81 f.; ELOPA, *Consultative Expert Group on Digital Ethics in Insurance*, *Artificial Intelligence Governance Principles*, 2021, S. 30; s. auch Kleinberg/Ludwig/Mullainathan u. a., *Journal of Legal Analysis* 10 (2018), 113 (154 f.); Beck/Grunwald/Jacob u. a., *Künstliche Intelligenz und Diskriminierung - Herausforderungen und Lösungsansätze*, 2019, S. 17. Chouldechova/Roth, *The Frontiers of Fairness in Machine Learning*, 2018, S. 7; Calders/Žliobaitė, in: Custers/Calders/Schermer u. a. (Hrsg.), *Discrimination and Privacy in the Information Society*, 2013, S. 43 (53 f.).

²¹⁵ Leeb/Schmidt-Kessel, in: Kaulartz/Braegelmann (Hrsg.), *Rechtshandbuch Artificial Intelligence und Machine Learning*, 2020, Kap. 10 Rn. 13; Orwat, *Diskriminierungsrisiken durch Verwendung von Algorithmen*, 2019, S. 98 f.

²¹⁶ Busch, *Algorithmic Accountability*, 2018, S. 48; Orwat, *Diskriminierungsrisiken durch Verwendung von Algorithmen*, 2019, S. 108; Händold, *Profiling und automatisierte Einzelentscheidungen im Versicherungsbereich*, 2017, S. 80 f.

²¹⁷ S. oben § 1.A.II.5.

²¹⁸ Buxmann/Schmidt, in: Buxmann/Schmidt (Hrsg.), *Künstliche Intelligenz - Mit Algorithmen zum wirtschaftlichen Erfolg*, 2021, S. 215 (219) ff.

I. Algorithmen-Audits

An dieser Stelle kommt es der diskriminierten Person zugute, dass das AGG das Beweismaß senkt. § 22 AGG sieht vor, dass die diskriminierte Person nur Indizien darlegen muss, die eine Diskriminierung wegen eines in § 1 AGG genannten Grundes vermuten lassen (§ 22 AGG). Dafür muss aber die diskriminierte Person zunächst nachweisen, dass sie eine Benachteiligung i.S.v. § 3 AGG erfahren hat.²¹⁹ Darauf folgend soll sie durch Indizien glaubhaft machen, dass diese Benachteiligung aus einem in § 1 AGG genannten Grund erfolgt ist, also die Vermutungstatsachen vortragen, aus denen sich die Diskriminierung aus einem in § 1 AGG genannten Grund nach allgemeiner Lebenserfahrung mit überwiegender Wahrscheinlichkeit objektiv schließen lässt.²²⁰ Allein die Ablehnung eines Vertragsschlusses stellt noch keine Glaubhaftmachung dar.²²¹ Der Zweck der Beweismaßabsenkung liegt darin, dass die diskriminierte Person keinen Vollbeweis zu den Tatsachen bringen muss, die in der Geschäftssphäre der diskriminierenden Person liegen.²²²

Zu diesem Zweck kann der/die Kläger:in die Ergebnisse von Statistiken verwenden, die sich konkret auf den/die Beklagte:n beziehen und aussagekräftig sind.²²³ Auch die sogenannten Testing-Verfahren sind zulässig, bei denen überprüft wird, ob eine unterschiedliche Behandlung gegenüber Merkmalsträger:innen im Gegensatz zu Nicht-Merkmalsträger:innen erfolgt.²²⁴ Ein solches Testing-Verfahren stellen z.B. Algorithmen-Audits dar. Die Algorithmen-Audits dienen dazu, die KI-Systeme auf bestimmte Defizite zu überprüfen, u.a. auch auf diskriminatorische Defizite.

1. Offenlegungsproblem

Zu diesem Zweck kann man zunächst die Codierung des KI-Systems, also den lernenden Algorithmus, überprüfen (*code audit*).²²⁵ Des Weiteren könnte die Prüfung auch die Trainings- und Validierungsdatensätze umfassen, um festzustellen, welches Modell der Algorithmus gelernt hat und welche Verzerrungen sich dabei ergeben haben könnten (*input monitoring*).²²⁶ Dazu müsste die Person, die angeblich eine Diskriminierung begangen hat, erst einmal den lernenden Algorithmus und die relevanten Datensätze offenlegen. Eine solche Offenlegungspflicht besteht zurzeit nicht. § 22 AGG erlegt den beklagten Personen auch keine

²¹⁹ BT-Drs. 16/1780, S. 47; Armbrüster, in: *Westermann/Grunewald/Maier-Reimer u. a.* (Hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 16. Aufl. (2020), § 22 Rn. 8; Thüsing, in: *Säcker/Rixecker/Oetker u. a.* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 9. Aufl. (2021), § 22 AGG Rn. 6; Serr, in: *Serr, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Neubearbeitung 2020, AGG § 22 Rn. 1.

²²⁰ BT-Drs. 16/1780, S. 47; Serr, in: *Serr, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Neubearbeitung 2020, AGG § 22 Rn. 1, 14 f.; Bertzbach/Beck, in: *Däubler/Bertzbach/Beck u. a.* (Hrsg.), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, 4. Aufl. (2018), § 22 AGG Rn. 32 ff.; Grüneberg, in: *Palandt/Ellenberger/Götz u. a.*, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 80. Aufl. (2021), AGG 22 Rn. 2; Thüsing, in: *Säcker/Rixecker/Oetker u. a.* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 9. Aufl. (2021), § 22 AGG Rn. 3.

²²¹ AG Postdam, Urt. v. 10.7.2008 – 22 C 25/08, Rn. 23 (juris).

²²² Serr, in: *Serr, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Neubearbeitung 2020, AGG § 22 Rn. 1; Bertzbach/Beck, in: *Däubler/Bertzbach/Beck u. a.* (Hrsg.), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, 4. Aufl. (2018), § 22 AGG Rn. 6.

²²³ BT-Drs. 16/1780, S. 47; Armbrüster, in: *Westermann/Grunewald/Maier-Reimer u. a.* (Hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch*, 16. Aufl. (2020), § 22 Rn. 1; Serr, in: *Serr, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Neubearbeitung 2020, § 22 Rn. 22; Bertzbach/Beck, in: *Däubler/Bertzbach/Beck u. a.* (Hrsg.), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, 4. Aufl. (2018), § 22 AGG Rn. 80; Grüneberg, in: *Palandt/Ellenberger/Götz u. a.*, *Bürgerliches Gesetzbuch*, 80. Aufl. (2021), AGG 22 Rn. 2; Benecke, in: *Gsell/Krüger/Lorenz u. a.* (Hrsg.), *beck-online.GROSSKOMMENTAR zum Zivilrecht*, 2021, AGG § 22 Rn. 28.

²²⁴ BT-Drs. 16/1780, S. 47; Benecke, in: *Gsell/Krüger/Lorenz u. a.* (Hrsg.), *beck-online.GROSSKOMMENTAR zum Zivilrecht*, 2021, AGG § 22 Rn. 29.

²²⁵ *Sandvig/Hamilton/Karahalos u. a.*, *Auditing Algorithms - Research Methods for Detecting Discrimination on Internet Platforms*, 2014, S. 9; Orwat, *Diskriminierungsrisiken durch Verwendung von Algorithmen*, 2019, S. 103.

²²⁶ *Kleinberg/Ludwig/Mullainathan u. a.*, *Journal of Legal Analysis* 10 (2018), 113 (141 ff.); *Busch*, *Algorithmic Accountability*, 2018, S. 66; Orwat, *Diskriminierungsrisiken durch Verwendung von Algorithmen*, 2019, S. 100.

Auskunftspflicht auf.²²⁷ In einigen Geschäftsfelder kann es sich sogar um ein Geschäftsgeheimnis handeln.²²⁸ Nach dem KI-Vorschlag sind die Verwender des Hochrisiko-KI-Systems verpflichtet, den Überwachungsbehörden uneingeschränkten Zugang zu den Datensätzen und ggf. Zugang zum Algorithmus zu gewähren (Art. 64 KI-Vorschlag). Die Behörden sind verpflichtet, die Vertraulichkeit der Informationen und Daten, von denen sie in Ausübung ihrer Aufgaben und Tätigkeiten Kenntnis erlangen zu wahren (Art. 70 KI-Vorschlag). Dementsprechend werden sie nicht in der Lage sein, diese Informationen ohne Zustimmung des Verwenders von dem in Frage kommenden KI-System z.B. für ein gerichtliches Verfahren offenzulegen. Dennoch ist die nationale Behörde befugt, solche Testverfahren (also Audits) selbst durchzuführen, um feststellen zu können, ob ein Verstoß gegen das Unionsrecht zum Schutz der Grundrechte vorliegt (Art. 64 Abs. 5 KI-Vorschlag). Ob die nationale Behörde die Ergebnisse solcher Testverfahren/Audits bekanntgeben darf, ist nach dem Wortlaut des Art. 70 Abs. 1 KI-Vorschlag zweifelhaft. Jedenfalls könnte aber diese nationale Behörde als Sachverständige i.S.v. § 404 ZPO bestellt werden und dadurch Beweiserhebung erfolgen.

2. Datensammlung ohne Offenlegung

Eine weitere Methode für Algorithmen-Audit kommt beim Testing-Verfahren von Online-Angeboten zugute. Dabei kann man entweder durch mehrere Anfragen an die Plattform (*scraping audit*) oder durch die Nutzung des Online-Dienstes durch die von Computerprogrammen erzeugten Testpersonen Daten sammeln (*sock puppet audit*).²²⁹ Diese Methode würde insbesondere bei den Online-angebotenen Versicherungsverträgen sowie bei den standardisiert und ohne personalisierte KWP angebotenen Kreditprodukten, die zumeist online beantragt werden, behilflich sein. Zu guter Letzt wäre es möglich, durch die Nutzung des Dienstes von geschulten Testpersonen, die als Kund:innen auftreten, Daten zu sammeln (*mystery shopping, crowdsourced audit, collaborative audit*).²³⁰ Diese Audit-Methode könnte bei den individualisiert angebotenen Versicherungs- und Darlehensverträgen zum Einsatz kommen.

Da in diesen Audit-Methoden die Offenlegung vom Algorithmus und/oder Datensätzen nicht erforderlich ist, würden die Ergebnisse solcher Audits in der Aufdeckung von Diskriminierungsrisiken durch die KI-Systeme auch ohne Zustimmung der Verwender der KI-Systeme eingesetzt werden können. Ferner sind diese Typen von Audits besser geeignet, die Ergebnisse von KI-Systemen mit dem Black-Box-Ansatz zu überprüfen.

Dennoch erfordern diese Arten von Audits wissenschaftliche Methodenentwicklung, empirische Herangehensweise in der Datensammlung und statistische Auswertungen der gesammelten Daten. Zweifellos sind für solche Audits nicht nur wissenschaftliche und technologische Expertise, sondern auch personelle sowie finanzielle Ressourcen erforderlich. Daher können solche Audits vielmehr durch Organisationen durchzuführen sein, sei es durch Forschungsinstitute oder Antidiskriminierungsverbände bzw. Beratungsstellen mit

²²⁷ Bertzbach/Beck, in: *Däubler/Bertzbach/Beck u. a. (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz*, 4. Aufl. (2018), § 22 AGG Rn. 40 ff.; Grüneberg, in: *Palandt/Ellenberger/Götz u. a., Bürgerliches Gesetzbuch*, 80. Aufl. (2021), AGG 22 Rn. 1; Armbrüster, in: *Westermann/Grune-wald/Maier-Reimer u. a. (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch*, 16. Aufl. (2020), § 22 AGG Rn. 2 Thüsing, in: *Säcker/Rixecker/Oetker u. a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 9. Aufl. (2021), § 22 AGG Rn. 8.

²²⁸ S. z.B. BGH, Urt. v. 28.1.2014 – VI ZR 156/13, Rn. 27 (juris) (Bei der Formel der Schufa für die Scorewertberechnung und der dafür verwendeten Algorithmen handelt es sich um ein Geschäftsgeheimnis); Sandvig/Hamilton/Karahalios u. a., *Auditing Algorithms - Research Methods for Detecting Discrimination on Internet Platforms*, 2014, S. 9.

²²⁹ Sandvig/Hamilton/Karahalios u. a., *Auditing Algorithms - Research Methods for Detecting Discrimination on Internet Platforms*, 2014, S. 12 ff.; Orwat, *Diskriminierungsrisiken durch Verwendung von Algorithmen*, 2019, S. 103.

²³⁰ Sandvig/Hamilton/Karahalios u. a., *Auditing Algorithms - Research Methods for Detecting Discrimination on Internet Platforms*, 2014, S. 14 ff.; Orwat, *Diskriminierungsrisiken durch Verwendung von Algorithmen*, 2019, S. 103.

Hilfe von Forschungsinstituten.²³¹ Dieser Grund spricht, zusätzlich zu bereits bestehenden Gründen,²³² wiederum für die Notwendigkeit eines Verbandsklagerechts für die Antidiskriminierungsverbände.

II. Widerlegung der Vermutung

Wenn die betroffene Partei durch Indizien eine Diskriminierung durch ein KI-System nachweist, trägt die diskriminierende Person, in unserem Beispiel Banken und Versicherungsgesellschaften, die volle Beweislast dafür, dass kein Verstoß gegen das AGG vorgelegen hat. Lediglich eine Gegenglaubhaftmachung lässt das AGG daher nicht zu.²³³ Zweifellos stellt es für den Verwender des KI-Systems eine Herausforderung dar, mit überzeugender Wahrscheinlichkeit die Vermutung zu widerlegen, es handele sich nicht um eine Diskriminierung aus einem in § 1 AGG genannten Grund. Dabei muss dargelegt werden, dass es sich um andere Gründe handelte, die eine Benachteiligung hervorgerufen haben, oder dass ein Rechtfertigungstatbestand gemäß § 20 AGG vorliegt.²³⁴

Diese Beweislastumkehr ergibt eine praktische Dokumentationsobliegenheit für die Unternehmen.²³⁵ Jedenfalls besteht bereits gemäß § 18a Abs. 5 Kreditwesengesetz (KWG) eine Dokumentierungspflicht für die Verfahren und Angaben, auf die sich eine KWP stützt.²³⁶ Für die Hochrisiko-KI-Systeme wird eine Beobachtungs- und Dokumentationspflicht gemäß Art. 11 f., 18 und 61 KI-Vorschlag bestehen. Die Information und Dokumentation in diesem Zusammenhang hat das Potential, der beklagten Partei den vollen Beweis zur Nichtdiskriminierung zu ermöglichen, indem sie dadurch zeigen kann, aufgrund welcher Variablen und nach welchem Modell das KI-System eine Entscheidung getroffen bzw. relevante Ergebnisse erzeugt hat.²³⁷

D. Lösungsansätze

Die Anforderungen des KI-Vorschlags, die die Transparenz, Qualität, Robustheit, Cybersicherheit, Konformitätsbewertung der Hochrisiko-KI-Systeme im Allgemeinen betreffen, werden zweifellos auch bei der Vorbeugung der diskriminatorischen Risiken behilflich sein.²³⁸ Zusätzlich dazu werden in der Literatur weitere Lösungsansätze unterbreitet, welche die diskriminatorischen Risiken der KI-Systeme minimieren bzw. eliminieren sollen. In diesem Zusammenhang wird beispielsweise plädiert, die durch das KI-System generierten Entscheidungen, Ergebnisse oder Vorschläge der menschlichen Aufsicht zu unterstellen. Für bestimmte, kritische Entscheidungen, wie z.B. ob Versicherungsbetrug vorliegt oder nicht, sollten die KI-Systeme sogar

²³¹ Orwat, Diskriminierungsrisiken durch Verwendung von Algorithmen, 2019, S. 104 f.; Busch, Algorithmic Accountability, 2018, S. 65.

²³² Beigang/Boll/Egenberger u. a., Möglichkeiten der Rechtsdurchsetzung des Diskriminierungsschutzes bei der Begründung, Durchführung und Beendigung zivilrechtlicher Schuldverhältnisse, 2021, S. 107 ff.

²³³ Bertzbach/Beck, in: Däubler/Bertzbach/Beck u. a. (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 4. Aufl. (2018), § 22 AGG Rn. 103; Serr, in: Serr, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Neubearbeitung 2020, AGG § 22 Rn. 1; Armbrüster, in: Westermann/Grunewald/Maier-Reimer u. a. (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 16. Aufl. (2020), § 22 AGG Rn. 2; Grüneberg, in: Palandt/Ellenberger/Götz u. a., Bürgerliches Gesetzbuch, 80. Aufl. (2021), AGG 22 Rn. 3.

²³⁴ BT-Drs. 16/1780, S. 47; Armbrüster, in: Westermann/Grunewald/Maier-Reimer u. a. (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 16. Aufl. (2020), § 22 AGG Rn. 2; Bertzbach/Beck, in: Däubler/Bertzbach/Beck u. a. (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 4. Aufl. (2018), § 22 AGG Rn. 105; Grüneberg, in: Palandt/Ellenberger/Götz u. a., Bürgerliches Gesetzbuch, 80. Aufl. (2021), AGG 22 Rn. 3. Benecke, in: Gsell/Krüger/Lorenz u. a. (Hrsg.), beck-online.GROSSKOMMENTAR zum Zivilrecht, 2021, AGG § 22 Rn. 52 f.

²³⁵ Vgl. Armbrüster, in: Westermann/Grunewald/Maier-Reimer u. a. (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, 16. Aufl. (2020), § 22 AGG Rn. 2; Bertzbach/Beck/Däubler/Bertzbach/Beck u. a. (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 4. Aufl. (2018), § 22 AGG Rn. 121 ff.

²³⁶ Gesetz über das Kreditwesen, in der Fassung der Bekanntmachung vom 9. September 1998, BGBl. I 2776.

²³⁷ Orwat, Diskriminierungsrisiken durch Verwendung von Algorithmen, 2019, S. 109.

²³⁸ M.w.N. EIOPA, Consultative Expert Group on Digital Ethics in Insurance, Artificial Intelligence Governance Principles, 2021, S. 40 ff.; Kleinberg/Ludwig/Mullainathan u. a., Journal of Legal Analysis 10 (2018), 113 (152); Dreyer/Schulz, Was bringt die Datenschutz-Grundverordnung für automatisierte Entscheidungssysteme?, 2018, S. 16; Busch, Algorithmic Accountability, 2018, S. 57 ff.

lediglich unterstützend eingesetzt werden.²³⁹ Die Pflicht zur menschlichen Aufsicht wird in Art. 14 KI-Vorschlag für Hochrisiko-KI-Systeme normiert.

Der zweite Lösungsansatz betrifft die geschützten Merkmale in den Datensätzen. Wie oben erläutert,²⁴⁰ hat der Verzicht auf diese Daten keine Beseitigung oder Vorbeugung von Diskriminierungen durch KI-Systeme zur Folge. Neue Studien plädieren sogar dafür, die Daten zu geschützten Merkmalen gezielt zu erheben und diese als Kontrollvariable zu nutzen, um diskriminatorische Defizite bzw. Auswirkungen von KI-Systemen präzise sichtbar zu machen und zur Beseitigung dieser Defizite bzw. Auswirkungen Maßnahmen treffen zu können.²⁴¹

Dass eine solche Herangehensweise andere Risiken, z.B. Missbrauch dieser Daten, mit sich bringt, darf hierbei nicht übersehen werden. Die Erhebung bestimmter Daten, z.B. über ethnische Herkunft, erfordert u.a. auch aus historischen Gründen erst eine gesellschaftliche und politische Debatte. Sollte die Erhebung solcher sensiblen Daten möglich sein, sind ohnehin zusätzliche Schutz- und Sicherheitsmaßnahmen zu treffen, um damit einhergehende Risiken zu minimieren oder eliminieren.²⁴² Dementsprechend erlaubt Art. 10 Abs. 5 KI-Vorschlag die Erhebung und Verarbeitung der Daten, die durch Art. 9 DSGVO verboten sind, nur falls diese für die Beobachtung, Erkennung und Korrektur von Verzerrungen im Zusammenhang mit Hochrisiko-KI-Systemen unbedingt erforderlich ist. Dabei sind angemessene Vorkehrungen für den Schutz der Grundrechte und Grundfreiheiten natürlicher Personen zu treffen, wozu auch technische Beschränkungen einer Weiterverwendung und modernste Sicherheits- und Datenschutzmaßnahmen wie Pseudonymisierung oder Verschlüsselung gehören, falls der verfolgte Zweck durch eine Anonymisierung nicht erreicht werden kann.²⁴³

²³⁹ EIOPA, *Consultative Expert Group on Digital Ethics in Insurance*, Artificial Intelligence Governance Principles, 2021, S. 38 f.

²⁴⁰ S. oben § 4.B.II.2.

²⁴¹ Dwork/Mulligan, *Stanford Law Review Online* 66 (2013), 35 (37); Žliobaitė/Custers, *Artificial Intelligence and Law* 24 (2016), 183 (191 ff.); Kleinberg/Ludwig/Mullainathan u. a., *Journal of Legal Analysis* 10 (2018), 113 (119); EIOPA, *Consultative Expert Group on Digital Ethics in Insurance*, Artificial Intelligence Governance Principles, 2021, S. 30 f.; Orwat, *Diskriminierungsrisiken durch Verwendung von Algorithmen*, 2019, S. 82.

²⁴² EIOPA, *Consultative Expert Group on Digital Ethics in Insurance*, Artificial Intelligence Governance Principles, 2021, S. 30.

²⁴³ Vgl. Žliobaitė/Custers, *Artificial Intelligence and Law* 24 (2016), 183 (198).

§ 5 Fazit

Der Geltungsbereich des zivilrechtlichen Diskriminierungsverbots unterscheidet sich je nach Art des Rechtsgeschäfts. Bei den Massengeschäften (§ 19 Abs. 1 Nr. 1) und Versicherungsverträgen (§ 19 Abs. 1 Nr. 2) gilt ein umfassendes Verbot von rassistischen Diskriminierungen und Diskriminierungen wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion, einer Behinderung, des Alters und der sexuellen Identität. Gleichwohl ist bei der Begründung und Durchführung von Versicherungsverträgen aufgrund von risikoadäquater Kalkulation und statistischen Durchschnittswerten eine unterschiedliche Behandlung, also eine statistische Diskriminierung, zulässig (§ 20 Abs. 2 S. 2 AGG). Bei den Geschäften in Bezug auf den Zugang und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen sind dagegen nach deutschem Recht lediglich rassistische Diskriminierungen und Diskriminierungen aufgrund ethnischer Herkunft verboten (§ 19 Abs. 2 i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. 5-8 AGG).

Das zivilrechtliche Diskriminierungsverbot des § 19 AGG kommt auch im Bereich der Finanzdienstleistungen zur Anwendung. Bei den Versicherungsverträgen greift die Sonderregelungen des § 19 Abs. 1 Nr. 2 und § 20 Abs. 2 S. 2 AGG ein. Bei den Darlehensverträgen ist zwischen den standardisierten und den aufgrund einer personalisierten KWP abzuschließenden Darlehensverträgen zu unterscheiden. Für die standardisierten Darlehensverträge gilt das umfassende Verbot des § 19 Abs. 1 Nr. 1 AGG, bei den aufgrund einer personalisierten KWP abzuschließenden Darlehensverträgen dagegen das engere Verbot des § 19 Abs. 2 i.V.m. § 2 Abs. 1 Nr. 8 AGG. Dass es beim Zugang zu Finanzdienstleistungen, darunter auch beim Zugang zu Versicherungsverträgen und Darlehensverträgen, in einem nicht zu übersehenden Maße zu Benachteiligungen bzw. Diskriminierungen kommt, ist keine neue Erkenntnis.²⁴⁴ Es handelt sich dabei sowohl um unmittelbare, präferenzbedingte Diskriminierungen, als auch um statistische, unmittelbare bzw. mittelbare Diskriminierungen.

Algorithmen und KI allein können dieses Gesamtbild nicht ändern oder das Problem vollkommen eliminieren.²⁴⁵ Sie haben das Potential, präferenzbedingte, unmittelbare Diskriminierungen zu beseitigen. Die Voraussetzungen dafür wären jedoch, dass der Algorithmus diskriminierungsfrei codiert und der Trainingsdatensatz diskriminierungsfrei zusammengestellt wurde. Dass diese Komponenten der KI-Systeme diskriminatorische Defizite aufweisen können, überrascht nicht, weil sie auch durch menschliche Hand zustande kommen. Aus antidiskriminierungsrechtlicher Perspektive stellt die statistische Diskriminierung durch die KI-Systeme eine besondere Herausforderung dar, die Korrelationen zwischen bestimmten Risiken bzw. Verhaltensweisen und geschützten Merkmalen herstellen können (unmittelbare Diskriminierung). Ferner können sie Korrelationen zwischen bestimmten Risiken bzw. Verhaltensweisen und neutralen Kriterien herstellen, die jedoch auf bestimmte Personengruppen benachteiligend wirken können (mittelbare Diskriminierung). Solche Diskriminierungen ohne Weiteres in Erfahrung bringen zu können, ist für Individuen ohne fachliche Kenntnisse schlechthin nicht möglich. Insofern verändern die KI-Systeme die Gestaltung von Diskriminierungen, indem sie Diskriminierungen für Individuen unerkennbar machen.

Da auch Diskriminierungen durch die KI-Systeme dem Schutz der Menschenwürde und der Gewährleistung der Chancengleichheit entgegenwirken, ergibt sich aufgrund der diskriminatorischen Risiken der KI-Systeme neuer Schutzbedarf, der in verschiedenen Schritten durch verschiedene Maßnahmen zu erfüllen ist. In der Entwicklungsphase ist sicherzustellen, dass die lernenden Algorithmen und die Trainingsdatensätze diskriminierungsfrei sind; d.h. dass die Algorithmen und die Trainingsdatensätze keine Verzerrungen aufgrund

²⁴⁴ Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Diskriminierung in Deutschland - Erfahrungen, Risiken und Fallkonstellationen, 2021, S. 29 f., 75 ff., 90 ff.

²⁴⁵ Kleinberg/Ludwig/Mullainathan u. a., Journal of Legal Analysis 10 (2018), 113 (117).

persönlicher Vorurteile oder vorangegangenen Diskriminierungen aufweisen. In diesem Zusammenhang weisen die Studien darauf hin, dass lediglich das Weglassen von geschützten, askriptiven Merkmalen oder die Korrektur von vorausgegangenen Verzerrungen in dem Trainingsdatensatz die diskriminatorischen Defizite nicht komplett ausgleichen können. Gefordert wird vielmehr die gezielte Verarbeitung personenbezogener Daten zu askriptiven Merkmalen, um den KI-Systemen „beibringen“ zu können, diese Merkmale bei der Entscheidungsfindung oder bei der Erzeugung von Ergebnissen wegzulassen. Art. 10 Abs. 5 KI-Vorschlag erlaubt die Erhebung und Verarbeitung dieser Daten, falls sie für die Beobachtung, Erkennung und Korrektur von Verzerrungen im Hochrisiko-KI-Systemen erforderlich sind.

Gegen die diskriminatorischen Risiken der KI-Systeme in ihrer Anwendungsphase wird, über die allgemeinen Maßnahmen des KI-Vorschlags hinaus, gezielt gefordert, die durch das KI-System generierten Entscheidungen, Ergebnisse oder Vorschläge der menschlichen Aufsicht zu unterstellen. Die Pflicht zur menschlichen Aufsicht wird in Art. 14 KI-Vorschlag für Hochrisiko-KI-Systeme normiert. Für die KWP vor der Vergabe von Verbraucherdarlehen hat der europäische Gesetzgeber ohnehin vor, die Nachprüfung eines Ergebnisses der KWP zu veranlassen, falls die KWP Profiling oder eine andere automatisierte Verarbeitung personenbezogener Daten umfasst (Art. 18 Abs. 6 VerbKrRL-Vorschlag).

Bei der letzten Herausforderung für die Individuen handelt es sich um den Nachweis von Diskriminierungen durch die KI-Systeme. Zur Lösung dieses Problems werden Algorithmen-Audits vorgeschlagen, die jedoch aufgrund der Erforderlichkeit technischer Expertise und von finanziellen sowie personellen Ressourcen lediglich durch Zusammenarbeit von Organisationen bzw. Institutionen durchgeführt werden können. Dies stellt einen zusätzlichen Grund dar, erneut die Notwendigkeit eines Verbandklagerechts für die Antidiskriminierungsverbände in Erwägung zu ziehen.

Wie jede neue Technologie bringen die KI-Systeme auch neue Herausforderungen für das Rechtssystem, darunter auch für das Antidiskriminierungsrecht. Jedoch muss nicht auf technologische Entwicklungen oder ihre Vorteile verzichtet werden, um diskriminatorische Risiken zu verringern bzw. zu eliminieren. Die Vorteile der KI-Systeme würden allen Personengruppen zugutekommen, wenn richtige Maßnahmen getroffen werden, sodass der Einsatz von KI-Systemen keinen Ausschluss bzw. Schlechterstellung von bestimmten Personengruppen zur Folge hat.²⁴⁶ Diese Voraussetzungen zu schaffen, stellt eine große Herausforderung dar und bedarf interdisziplinärer Ansätze; denn es bedarf des Zusammendenkens juristischer, sozialwissenschaftlicher und ökonomischer Aspekte. Um trotz neuer Technologien einen diskriminierungsfreien Zugang zu ermöglichen und Chancen und Risiken von KI und Algorithmen angemessen zu berücksichtigen, ist das aber unumgänglich.

²⁴⁶ Dreyer/Schulz, Was bringt die Datenschutz-Grundverordnung für automatisierte Entscheidungssysteme?, 2018, S. 15; Kleinberg/Ludwig/Mullainathan u. a., Journal of Legal Analysis 10 (2018), 113 (120, 163 f.).

Literaturverzeichnis

- Affeldt, Pauline/Krüger, Ulrich*, You Are What You Pay – Personal Profiling with Alternative Payment Data and the Data Protection Law, Vierteljahrshefte zur Wirtschaftsforschung 89 (2020).
- Antidiskriminierungsstelle des Bundes*, Diskriminierung in Deutschland - Erfahrungen, Risiken und Fallkonstellationen, Vierter Gemeinsamer Bericht der Antidiskriminierungsstelle des Bundes und der in ihrem Zuständigkeitsbereich betroffenen Beauftragten der Bundesregierung und des Deutschen Bundestages, Berlin September 2021.
- Armbrüster, Christian*, Privatversicherungsrecht, 2., neubearbeitete Auflage, Tübingen 2019.
- Ayres, Ian*, Fair Driving: Gender and Race Discrimination in Retail Car Negotiations, Harvard Law Review 104 (1991), 817, <http://www.jstor.org/stable/1341506>.
- Ayres, Ian*, Further Evidence of Discrimination in New Car Negotiations and Estimates of Its Cause, Michigan Law Review 94 (1995), 109–147.
- Barnard, Catherine/Blackham, Alysia*, Discrimination and the Self-Employed – The Scope of Protection in an Interconnected Age, in: *Collins, Hugh* (Hrsg.), European Contract Law and the Charter of Fundamental Rights, volume 2, Cambridge, Antwerp, Portland 2017, S. 198–218.
- Barnard, Catherine/Hepple, Bob*, Substantive Equality, Cambridge Law Journal 59 (2000), 562–585.
- Barocas, Solon/Selbst, Andrew D.*, Big Data's Disparate Impact, California Law Review 104 (2016), 671–732.
- Bartlett, Robert/Morse, Adair/Stanton, Richard/Wallace, Nancy*, Consumer-Lending Discrimination in the FinTech Era February 2019.
- Basedow, Jürgen*, Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung im europäischen Privatrecht, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2008, 230–251.
- Beck, Susanne/Grunwald, Armin/Jacob, Kai/Matzner, Tobias*, Künstliche Intelligenz und Diskriminierung - Herausforderungen und Lösungsansätze, Whitepaper, München Juni 2019.
- Becker, Gary S.*, The Economics of Discrimination, 2. Aufl., Chicago 1971.
- 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, Bestandsaufnahme, Alternativen und Weiterentwicklung, Berlin 2021.
- Bell, Mark*, The New Article 13 EC Treaty – A Sound Basis for European Anti-Discrimination Law?, Maastricht Journal of European and Comparative Law 6 (1999), 5–23.
- Berger, Victoria Anna*, Privatrechtlicher Diskriminierungsschutz als Grundsatz im Gemeinsamen Referenzrahmen für Europäisches Vertragsrecht, European Review of Private Law 16 (2008), 843–870.
- Bezenberger, Tilman*, Ethnische Diskriminierung, Gleichheit und Sittenordnung im bürgerlichen Recht, Archiv für die civilistische Praxis 196 (1996), 395–434.
- Borselli, Angelo*, Smart Contracts in Insurance: A Law and Futurology Perspective, in: *Marano, Pierpaolo/Noussia, Kyriaki* (Hrsg.), InsurTech: A Legal and Regulatory View, Bd. 1, Cham 2020, S. 101–125.

- Britz, Gabriele*, Einzelfallgerechtigkeit versus Generalisierung, Verfassungsrechtliche Grenzen statistischer Diskriminierung, Tübingen 2008.
- Busch, Christoph*, Algorithmic Accountability 2018.
- Buxmann, Peter/Schmidt, Holger*, Ethische Aspekte der Künstlichen Intelligenz, in: *Buxmann, Peter/Schmidt, Holger* (Hrsg.), Künstliche Intelligenz - Mit Algorithmen zum wirtschaftlichen Erfolg, 2. Aufl., Berlin, Heidelberg 2021, S. 215–228.
- Buxmann, Peter/Schmidt, Holger*, Grundlagen der Künstlichen Intelligenz und des Maschinellen Lernens, in: *Buxmann, Peter/Schmidt, Holger* (Hrsg.), Künstliche Intelligenz - Mit Algorithmen zum wirtschaftlichen Erfolg, 2. Aufl., Berlin, Heidelberg 2021, S. 3–24.
- Buxmann, Peter/Schmidt, Holger*, Ökonomische Effekte der Künstlichen Intelligenz, in: *Buxmann, Peter/Schmidt, Holger* (Hrsg.), Künstliche Intelligenz - Mit Algorithmen zum wirtschaftlichen Erfolg, 2. Aufl., Berlin, Heidelberg 2021, S. 27–45.
- Calders, Toon/Žliobaitė, Indrė*, Why Unbiased Computational Processes Can Lead to Discriminative Decision Procedures, in: *Custers, B. H. M./Calders, Toon/Schermer, Bart u. a.* (Hrsg.), Discrimination and Privacy in the Information Society, Data Mining and Profiling in Large Databases, Bd. 3, Berlin, Heidelberg 2013, S. 43–57.
- Calliess, Christian/Ruffert, Matthias* (Hrsg.), EUV/AEUV - Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, 6. Aufl., München 2021.
- Canaris, Claus-Wilhelm*, Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht, München 1997.
- Canaris, Claus-Wilhelm*, Grundrechte und Privatrecht, Archiv für die civilistische Praxis 184 (1984), 201–246.
- Canaris, Claus-Wilhelm*, Grundrechte und Privatrecht, Eine Zwischenbilanz., Tübingen 2013.
- Chouldechova, Alexandra/Roth, Aaron*, The Frontiers of Fairness in Machine Learning 20.10.2018.
- Däubler, Wolfgang/Bertzach, Martin/Beck, Thorsten u. a.* (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, 4. Aufl., Baden-Baden 2018.
- Dammann, Jens C.*, Die Grenzen zulässiger Diskriminierung im allgemeinen Zivilrecht, Online-Ausg 2005.
- Donohue, John J.*, The Law and Economics of Antidiscrimination Law 2005.
- Dörfler, Janine/Wende, Sabine*, Ursachen geschlechtsspezifischer Kostenunterschiede in der Privaten Krankenversicherung, Eine empirische Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Anforderungen des AGG, Zeitschrift für die gesamte Versicherungswissenschaft 99 (2010), 17–39.
- Dreyer, Stephan/Schulz, Wolfgang*, Was bringt die Datenschutz-Grundverordnung für automatisierte Entscheidungssysteme?, Gütersloh 2018.
- Dwork, Cynthia/Mulligan, Deirdre K.*, It's Not Privacy, and It's Not Fair, Stanford Law Review Online 66 (2013), 35–40.
- Ebers, Martin/Heinze, Christian/Krügel, Tina/Steinrötter, Björn* (Hrsg.), Künstliche Intelligenz und Robotik, München 2020.
- Eichenhofer, Eberhard*, Angemessene Vorkehrungen als Diskriminierungsdimension im Recht, Menschenrechtliche Forderungen an das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz, Baden-Baden 2018.

- EIOPA, Consultative Expert Group on Digital Ethics in Insurance, Artificial Intelligence Governance Principles, Towards Ethical and Trustworthy Artificial Intelligence in the European Insurance Sector, Luxembourg 17 June 2021.*
- Foran, Michael P., Discrimination as an Individual Wrong, Oxford Journal of Legal Studies 39 (2019), 901–929.*
- Fredman, Sandra, Disability Equality : A Challenge to the Existing Anti-Discrimination Paradigm?, in: Lawson, Anna/Gooding, Caroline (Hrsg.), Disability Rights in Europe, From Theory to Practice, Oxford 2005, S. 199–218.*
- Fredman, Sandra, Equality – A New Generation?, Industrial Law Journal 30 (2001), 145–168.*
- Freyler, Carmen, Robot-Recruiting, Künstliche Intelligenz und das Antidiskriminierungsrecht, Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht 2020, 284–290.*
- Friedrich, Lars/Hiese, Andreas/Dreßler, Robin/Wolfenstetter, Franziska, Künstliche Intelligenz in Banken - Status quo, Herausforderungen und Anwendungspotenziale, in: Buxmann, Peter/Schmidt, Holger (Hrsg.), Künstliche Intelligenz - Mit Algorithmen zum wirtschaftlichen Erfolg, 2. Aufl., Berlin, Heidelberg 2021, S. 49–63.*
- Fries, Michaela, Die Bedeutung von Artikel 5(f) der Rassendiskriminierungskonvention im deutschen Recht, Diskriminierung durch Private beim Zugang zu Gaststätten, Berlin, Heidelberg 2003.*
- Frost, Yannick, Künstliche Intelligenz in Medizinprodukten und damit verbundene medizinprodukte- und datenschutzrechtliche Herausforderungen, Medizin Produkte Recht 2019, 117–124.*
- Geiger, Rudolf/Khan, Daniel-Erasmus/Kotzur, Markus, EUV - AEUV, Vertrag über die Europäische Union - Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union : Kommentar, 6., überarbeitete Auflage, München 2017.*
- von der Groeben, Hans/Schwarze, Jürgen/Hatje, Armin (Hrsg.), Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl., Baden-Baden 2015.*
- Gröschel, Michael/Roth-Dietrich, Gabriele/Neundorff, Carl-Christian, Anwendungspotenziale der Künstlichen Intelligenz im Autohandel, in: Barton, Thomas/Müller, Christian (Hrsg.), Künstliche Intelligenz in der Anwendung, Rechtliche Aspekte, Anwendungspotenziale und Einsatzszenarien, Wiesbaden 2021, S. 51–73.*
- Gröbl, Ingrid, 'The Poor Pay More', Another Case of Discrimination in the Consumer Credit Market?, Homo Oeconomicus 22 (2005), 381–400.*
- Gröbl, Ingrid/Peters, Sally, Verantwortliche Vergabe von Ratenkrediten durch Banken; Konzeption, Praxis und Potenziale, Vierteljahrshefte zur Wirtschaftsforschung - Schulden - Segen oder Fluch? 2019, 103-114.*
- Grünberger, Michael, Personale Gleichheit, Der Grundsatz der Gleichbehandlung im Zivilrecht, Baden-Baden 2013.*
- Gsell, Beate/Krüger, Wolfgang/Lorenz, Stephan/Reymann, Christoph. (Hrsg.), beck-online.GROSSKOMMENTAR zum Zivilrecht, 2021.*
- Haberl, Sonja, Zivilrechtliche Diskriminierungsverbote in nationalen Privatrechtsgesellschaften, Eine rechtsvergleichende Untersuchung der deutschen und italienischen Schutzbestimmungen, Jena 2011.*
- Hänold, Stefanie, Profiling und automatisierte Einzelentscheidungen im Versicherungsbereich, Hannover 2017.*

- Hassani, Bertrand K.*, Societal Bias Reinforcement through Machine Learning - A Credit Scoring Perspective, *AI Ethics* 1 (2021), 239–247.
- Hausmann, Gerhard/Lämmel, Uwe*, Künstliche Intelligenz in der automatisierten Dokumentenverarbeitung am Beispiel von Krankenversicherungen, in: *Barton, Thomas/Müller, Christian* (Hrsg.), Künstliche Intelligenz in der Anwendung, Rechtliche Aspekte, Anwendungspotenziale und Einsatzszenarien, Wiesbaden 2021, S. 177–193.
- Hellman, Deborah*, When is Discrimination Wrong?, Cambridge, MA 2011.
- Hochrangige Expertengruppe für Künstliche Intelligenz*, Ethik-Leitlinien für eine vertrauenswürdige KI, Brüssel 2019.
- institut für finanzdienstleistungen e.V.*, Evaluierung der Entwicklungen im Bereich der Kreditwürdigkeitsprüfung bei Immobilier-Verbraucherdarlehensverträgen, Hamburg 2021.
- Jarass, Hans D.*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Unter Einbeziehung der sonstigen Grundrechtsregelungen des Primärrechts und der EMRK ; Kommentar, 4. Auflage, München 2021.
- Jarass, Hans D./Kment, Martin/Pieroth, Bodo*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar, 16. Auflage, München 2020.
- Johnson, Kristin/Pasquale, Frank/Chapman, Jennifer*, Artificial Intelligence, Machine Learning, and Bias in Finance - Toward Responsible Innovation, *Fordham Law Review* 88 (2019), 499–530.
- Jüngling, Alexander*, Die Digitalstrategie der EU-Kommission: Regulierung von Künstlicher Intelligenz, Schaffung einer Grundlage für Rechts-, Ethik- und Compliance-Fragen, *Multimedia und Recht* 2020, 440–445.
- Kainer, Friedemann/Förster, Lydia*, Autonome Systeme im Kontext des Vertragsrechts, *Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft* 2020, 275–305.
- Kallus, Nathan/Zhou, Angela*, Residual Unfairness in Fair Machine Learning from Prejudiced Data 07.06.2018.
- Kleinberg, Jon/Ludwig, Jens/Mullainathan, Sendhil/Sunstein, Cass R.*, Discrimination in the Age of Algorithms, *Journal of Legal Analysis* 10 (2018), 113–174.
- Knobloch, Michael/Feldhusen, Claire/Tiffe, Achim*, Basisprodukte bei Finanzdienstleistungen, Gutachten im Auftrag des Verbraucherzentrale Bundesverbandes e.V, Hamburg 2012.
- Kühner, Rolf*, Das Recht auf Zugang zu Gaststätten und das Verbot der Rassendiskriminierung, *Neue Juristische Wochenschrift* 1986, 1397–1402.
- Lauber, Anna Verena*, Paritätische Vertragsfreiheit durch reflexiven Diskriminierungsschutz, Autonomie, Freiheit und Gerechtigkeit im Vertragsrecht Englands, Deutschlands und der Europäischen Union, Baden-Baden 2010.
- Lehner, Roman*, Zivilrechtlicher Diskriminierungsschutz und Grundrechte, Auch eine grundrechtliche Betrachtung des 3. und 4. Abschnittes des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (§§ 19-23 AGG), Tübingen 2013.
- Leible, Stefan*, Prinzipien und Konzepte des Diskriminierungsschutzes im Europäischen Privatrecht, in: *Schulze, Reiner* (Hrsg.), Non-Discrimination in European Private Law, Tübingen 2011, S. 27–52.

- Lohse, Volker, "Türken ist der Zutritt verboten" – Volksverhetzung durch Zugangsverweigerung, *Neue Juristische Wochenschrift* 1985, 1677–1681.
- Looschelders, Dirk, Diskriminierung und Schutz vor Diskriminierung im Privatrecht, *Juristenzeitung* 2012, 105–114.
- Martini, Mario, Algorithmen als Herausforderung für die Rechtsordnung, *Juristenzeitung* 2017, 1017–1025.
- Martini, Mario, *Blackbox Algorithmus, Grundfragen einer Regulierung Künstlicher Intelligenz*, Berlin 2019.
- Morris, Andrew J., On the Normative Foundations of Indirect Discrimination Law - Understanding the Competing Models of Discrimination Law as Aristotelian Forms of Justice, *Oxford Journal of Legal Studies* 15 (1995), 199–228.
- Mörsdorf, Oliver, *Ungleichbehandlung als Norm*, Tübingen 2018.
- Mpofu, Thabiso Peter/Mukosera, Macdonald, Credit Scoring Techniques - A Survey, *International Journal of Science and Research* 3 (2014), 165–168.
- Neuner, Jörg, Diskriminierungsschutz durch Privatrecht, *Juristenzeitung* 2003, 57–66.
- Neuner, Jörg, *Privatrecht und Sozialstaat*, München 1999.
- Neuner, Jörg, Vertragsfreiheit und Gleichbehandlungsgrundsatz, in: Leible, Stefan/Schlachter, Monika/Strein, Rudolf (Hrsg.), *Diskriminierungsschutz durch Privatrecht*, München 2006, S. 73–91.
- Obermeyer, Ziad/Mullainathan, Sendhil, Dissecting Racial Bias in an Algorithm that Guides Health Decisions for 70 Million People, in: *Proceedings of the Conference on Fairness, Accountability, and Transparency*, New York, NY 2019, S. 89.
- Oehler, Andreas, Algorithmen und Scoring – Verfolgte Verbraucher?, in: Kenning, Peter/Oehler, Andres/Reisch, Lucia A. (Hrsg.), *Verbraucherwissenschaften*, 2. Aufl., Wiesbaden 2021, S. 365–381.
- Orwat, Carsten, *Diskriminierungsrisiken durch Verwendung von Algorithmen*, Berlin 2019.
- Palandt, Otto/Ellenberger, Jürgen/Götz, Isabell/Grüneberg, Christian/Herrler, Sebastian/Pückler, Renata von/Retzlaff, Björn/Siede, Walther/Sprau, Hartwig/Thorn, Karsten/Weidenkaff, Walter/Weidlich, Dietmar/Wicke, Hartmut, *Bürgerliches Gesetzbuch, Mit Nebengesetzen insbesondere mit Einführungsgesetz (Auszug) einschließlich Rom I-, Rom II- und Rom III-Verordnungen sowie EU-Güterrechtsverordnungen, Haager Unterhaltsprotokoll und EU-Erbrechtsverordnung, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (Auszug), Wohn- und Betreuungsvertragsgesetz, Unterlassungsklagengesetz (PalHome), Produkthaftungsgesetz, Erbbaurechtsgesetz, Wohnungseigentumsgesetz, Versorgungsausgleichsgesetz, Lebenspartnerschaftsgesetz (PalHome), Gewaltschutzgesetz, 80., neubearbeitete Auflage*, München 2021.
- Pedreschi, Dino/Ruggieri, Salvatore/Turini, Franco, The Discovery of Discrimination, in: Custers, B. H. M./Calders, Toon/Schermer, Bart u. a. (Hrsg.), *Discrimination and Privacy in the Information Society, Data Mining and Profiling in Large Databases*, Bd. 3, Berlin, Heidelberg 2013, S. 91–108.
- Posner, Richard A., *Economic Analysis of Law*, 9. Aufl., Aspen 2014.
- Proceedings of the Conference on Fairness, Accountability, and Transparency*, New York, NY 2019.
- Sachverständigenrat für Verbraucherfragen beim Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz, Verbrauchergerechtes Scoring*, Berlin 2018.

- Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limberg, Bettina* (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 9. Aufl., München 2021.
- Salzwedel, Jürgen*, Gleichheitsgrundsatz und Drittwirkung, in: *Festschrift für Hermann Jahrreiss zum 70. Geburtstag*, Köln 1964, S. 339–353.
- Sandvig, Christian/Hamilton, Kevin/Karahalios, Karrie/Langbort, Cedric*, *Auditing Algorithms - Research Methods for Detecting Discrimination on Internet Platforms* 2014.
- Schiek, Dagmar* (Hrsg.), *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) - Ein Kommentar aus europäischer Perspektive*, München 2007.
- Schiek, Dagmar*, *Differenzierte Gerechtigkeit, Diskriminierungsschutz und Vertragsrecht*, Baden-Baden 2000.
- Schmidt, Thomas Adalbert*, Von "Mangold" bis "Maruko": die Judikatur des EuGH zur Gleichbehandlungsrahmenrichtlinie und ihr Einfluss auf die deutsche Rechtsordnung, Berlin 2014.
- Schröder, Michael/Lang, Gunnar/Lerbs, Oliver/Radev, Deyan*, Ökonomische Bedeutung und Funktionsweise von Credit Scoring, in: *Schröder, Michael/Taeger, Jürgen* (Hrsg.), *Scoring im Fokus, Ökonomische Bedeutung und rechtliche Rahmenbedingungen im internationalen Vergleich*, Oldenburg 2014, S. 8–90.
- Schwab, Stewart*, Is Statistical Discrimination Efficient?, *American Economic Review* 76 (1986), 228–234.
- Scoring im Fokus, Ökonomische Bedeutung und rechtliche Rahmenbedingungen im internationalen Vergleich*, Oldenburg 2014.
- Serr, Stephan*, J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Berlin Neubearbeitung 2020.
- Shin, Patrick S.*, Is There a Unitary Concept of Discrimination?, in: *Hellman, Deborah/Moreau, Sophia* (Hrsg.), *Philosophical Foundations of Discrimination Law*, Oxford 2013, S. 163–181.
- Spindler, Gerald*, Der Vorschlag der EU-Kommission für eine Verordnung zur Regulierung der Künstlichen Intelligenz (KI-VO-E), *Ansatz, Instrumente, Qualität und Kontext, Computer und Recht* 2021, 361–374.
- Statistisches Bundesamt*, Sterbetafeln, Ergebnisse aus der laufenden Berechnung von Periodensterbetafeln für Deutschland und die Bundesländer 9. Juli 2021.
- Statistisches Bundesamt*, Verkehrsunfälle, Unfälle von Frauen und Männern im Straßenverkehr 2019 3. Dezember 2020.
- Steege, Hans*, Algorithmenbasierte Diskriminierung durch Einsatz von Künstlicher Intelligenz, *Rechtsvergleichende Überlegungen und relevante Einsatzgebiete, Multimedia und Recht* 2019, 715–721.
- Timme, Michael*, Rechtliche Behandlung von Zutrittsverweigerungen gegenüber Ausländern im Gaststätten-gewerbe, *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik* 1997, 130–136.
- Trivedi, Shrawan Kumar*, A Study on Credit Scoring Modeling with Different Feature Selection and Machine Learning Approaches, *Technology in Society* 63 (2020), 101413.
- Valta, Matthias/Vasel, Johann Justus*, Kommissionsvorschlag für eine Verordnung über Künstliche Intelligenz, Mit viel Bürokratie und wenig Risiko zum KI-Standort?, *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2021, 142–145.
- Vandenberghe, Ann-Sophie*, The Economics of Non-Discrimination, in: *Schulze, Reiner* (Hrsg.), *Non-Discrimination in European Private Law*, Tübingen 2011, S. 9–26.

- Vandenbergh, Ann-Sophie*, The Economics of the Non-Discrimination Principle in General Contract Law, *European Review of Contract Law* 2007, 410–431.
- Westermann, Harm Peter/Grunewald, Barbara/Maier-Reimer, Georg* (Hrsg.), *Bürgerliches Gesetzbuch (Erman BGB)*, 16. Aufl., Köln 2020.
- Williams, Walter E.*, Discrimination – The Law vs. Morality, *Cornell Journal of Law and Public Policy* 13 (2003), 111–136.
- Wismeyer, Thomas*, Regulierung intelligenter Systeme, *Archiv des öffentlichen Rechts* 143 (2018), 1–66.
- Yinger, John*, Cash in Your Face - The Cost of Racial and Ethnic Discrimination in Housing, *Journal of Urban Economics* 42 (1997), 339–365.
- Yinger, John*, *Closed Doors, Opportunities Lost, The Continuing Costs of Housing Discrimination*, New York 1995.
- Žliobaitė, Indrė/Custers, Bart*, Using Sensitive Personal Data May Be Necessary for Avoiding Discrimination in Data-driven Decision Models, *Artificial Intelligence and Law* 24 (2016), 183–201.



Stiftung Datenschutz
rechtsfähige Stiftung bürgerlichen Rechts
Karl-Rothe-Straße 10–14
04105 Leipzig
Deutschland

Telefon 0341 / 5861 555-0
mail@stiftungdatenschutz.org
www.stiftungdatenschutz.org

gestiftet von der Bundesrepublik Deutschland
vertreten durch den Vorstand Frederick Richter

Die Arbeit der Stiftung Datenschutz wird aus dem
Bundeshaushalt gefördert (Einzelplan des BMI).

