



Herausragende Masterarbeiten

Studiengang

Wirtschaftsrecht für die Unternehmenspraxis, LL.M.

Masterarbeitstitel

**Diskriminierung durch künstliche Intelligenz – eine
kritische Analyse ... (vollständiger Titel in der Arbeit)**

Autor*in

Tino Wicknig

**R
P TU**

Distance and Independent
Studies Center
DISC

Master-Fernstudiengang “Wirtschaftsrecht für die Unternehmenspraxis”

Rechtswissenschaftliche Fakultät der Universität des Saarlandes
in Kooperation mit dem
Distance & Independent Studies Center (DISC)
der Rheinland-Pfälzischen Technischen Universität Kaiserslautern-Landau (RPTU)

Masterarbeit zum Thema

Diskriminierung durch künstliche Intelligenz – eine kritische Analyse der KI-VO-E und des AGG im Hinblick auf Schutzrechte der Betroffenen gegen eine mögliche Diskriminierung durch Betreiber von künstlicher Intelligenz im Arbeitsverhältnis sowie eine Handreichung für Betreiber, um bei der Einführung und Nutzung von künstlicher Intelligenz Diskriminierungen im Arbeitsverhältnis zu vermeiden

Lehrtext / Modul / Erstkorrektor:

Modul 830 / Compliance / Hr. Prof. Dr. Anton

Vom Prüfungsamt vorgegebenes Abgabedatum: 28.11.2024

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis	I
I. Einführung in das Thema	1
1. Vorgehen der Untersuchung	1
2. Abgrenzung des Themas	2
3. Definition der Begriffe Diskriminierung sowie KI	2
a. Definition der Diskriminierung im Sinne des AGG (Benachteiligung)	2
b. Definition von KI (auch KI-System)	3
c. Technische Abgrenzung von KI – Was konkret unter die KI-VO fällt	4
aa. Neuronale Netze	5
bb. Machine learning	6
cc. Deep learning	7
dd. Zwischenfazit	8
4. Statistiken zur Diskriminierung durch KI	8
5. Konkrete Fälle zur Diskriminierung durch KI sowie Schlussfolgerungen	9
6. Anwendungsmöglichkeiten von KI im Personalbereich	10
7. Zwischenfazit	11
II. Prüfung des AGG	11
1. Anwendungsbereich (§ 6 und § 2 AGG)	12
2. Verbotene Diskriminierungshandlung (§ 7 I iVm. § 3 AGG)	12
a. Unmittelbare Diskriminierung (§ 3 I 1 AGG)	13
aa. Behandlung	13
aaa. Zwei Dimensionen der Behandlung beim Einsatz von KI	13
bbb. Abgrenzung zum Datenschutz (Art. 22 DS-GVO)	15
bb. Wissenszurechnung – „wegen eines Merkmals“ (§ 166 BGB analog)	15
cc. Zwischenfazit der unmittelbaren Diskriminierung	18
b. Mittelbare Diskriminierung (§ 3 II AGG)	19
aa. Mittelbare Diskriminierung (§ 3 II Hs. 1 AGG)	19
bb. Rechtfertigung der mittelbaren Diskriminierung (§ 3 II Hs. 2 AGG)	20
cc. Zwischenfazit zur mittelbaren Diskriminierung (§ 3 II AGG)	23
3. Zwischenfazit zur verbotenen Diskriminierung (§ 7 iVm. § 3 AGG)	23
4. Organisationspflichten des AG (§ 12 I AGG)	23
5. Schadenersatzanspruch des AN (§ 15 AGG)	25
a. Erläuterung des Schadenersatzanspruchs (§ 15 AGG)	25
b. Adressat des Anspruchs – Ablehnung E-Person und Fragen der Zurechnung	26
aa. E-Person (Rechtssubjekt)	26

bb. E-Person (Teilrechtsfähigkeit/Stellvertretungs-/Zurechnungsfragen).....	27
cc. Zwischenfazit.....	29
c. Auskunftsrecht des Betroffenen – AGG, §§ 241 II, 242, 311 II BGB, DS-GVO.....	29
d. Beweislast aus Perspektive von AG und AN (§ 22 AGG).....	30
6. Fazit der AGG-Prüfung sowie Betrachtung von Schutzlücken.....	32
III. Prüfung KI-VO.....	34
1. Anwendungsbereich der KI-VO.....	34
2. Klassifizierung von KI-Systemen nach Risikograd.....	37
a. Verbotene KI-Anwendungen (Art. 5 KI-VO).....	37
b. Hochrisiko-KI (Art. 6ff KI-VO).....	39
aa. Anwendungsbereich für Hochrisiko-KI (Art. 6 iVm. Anhang III KI-VO).....	39
bb. Ausnahmen von der Einstufung als Hochrisiko-KI (Art. 6 III KI-VO).....	40
cc. Einstufung als Hochrisiko-KI (Art. 6 IV KI-VO).....	42
dd. Zwischenfazit zur Hochrisiko-KI.....	43
c. KI mit allg. Verwendungszweck (Art. 51ff KI-VO).....	43
d. Unregulierte KI.....	44
3. Betreiberpflichten (Art. 26 KI-VO).....	44
4. Sanktionsmaßnahmen gegen Betreiber (Art. 99ff KI-VO).....	46
5. Rechtsbehelfe der Betroffenen (Art. 85ff KI-VO).....	47
6. Zwischenfazit zur KI-VO sowie Betrachtung von Schutzlücken.....	49
IV. Fazit der Arbeit.....	50
V. Ausblick – weitere Regelungen in der EU und international.....	51
VI. Handreichung für Betreiber, um Diskriminierung durch KI zu verhindern.....	51
Literaturverzeichnis.....	53
Erklärung über selbständige Bearbeitung.....	keine Seitenangabe

Diskriminierung durch künstliche Intelligenz – eine kritische Analyse der KI-VO-E und des AGG im Hinblick auf Schutzrechte der Betroffenen gegen eine mögliche Diskriminierung durch Betreiber von künstlicher Intelligenz im Arbeitsverhältnis sowie eine Handreichung für Betreiber, um bei der Einführung und Nutzung von künstlicher Intelligenz Diskriminierungen im Arbeitsverhältnis zu vermeiden

I. Einführung in das Thema

1. Vorgehen der Untersuchung

Ziel dieser Arbeit ist die Untersuchung von Diskriminierungsrisiken durch künstliche Intelligenz (KI) im Arbeitsleben. Hierbei wird zuerst der Schutz des AGG de lege lata geprüft werden. Dies umfasst den Anwendungsbereich, die unmittelbare (va. der Handlungsbegriff) und mittelbare Diskriminierung (va. durch Proxys), Zurechnungsfragen und Organisationspflichten bzgl. Wissen von KI und Betreiber (§ 166 BGB) sowie Zurechnungs- und Verschuldensfragen von KI und Betreiber (§§ 276 I, 278 BGB), welche für einen Schadenersatzanspruch aus § 15 AGG von Bedeutung sind (soweit dieser verschuldensabhängig ist) und die Betrachtung der Beweislast (§ 22 AGG) sowie der Frage, ob die betroffene Person vom KI-Einsatz erfahren kann und wenn ja, in welchem Umfang. Zuvor wird der sog. E-Person de lege lata eine Absage erteilt und zugleich auch eine Lösung über Vertretungsregelungen (§ 164 I BGB) abgelehnt – letztlich also der KI als Rechtssubjekt. Weiterhin soll die Arbeit hierbei die Perspektive der potenziell betroffenen Beschäftigten¹ einnehmen und letztlich aufzeigen, ob das AGG diese beim diskriminierenden Einsatz von KI de lege lata ausreichend schützt und falls nicht, welche Lücken de lege ferenda geschlossen werden müssten.

Das AGG wird hierbei vor der neuen KI-VO-E² (KI-VO) geprüft. Einerseits tritt die KI-VO erst in Kraft (Art. 113 KI-VO), gilt also heute noch nicht für Betroffene und andererseits kann somit geprüft werden, ob Schutzlücken des AGG durch die KI-VO zukünftig geschlossen werden. Im Rahmen der KI-VO werden die Betreiberpflichten geprüft. Dies bedingt zunächst eine Definition der KI sowie eine Abgrenzung zwischen Anbieter (Art. 3 Nr. 3 KI-VO) und Betreiber (Art. 3 Nr. 4 KI-VO; Art. 25 KI-VO), insbesondere auf Grund der Gefahr vom Betreiber zum Anbieter zu werden und der unterschiedlichen Pflichtenprogramme. Sodann werden die adressierten KI-Modelle aufgezeigt, zB. verbotene Praktiken (gem. Art. 5 KI-VO), sog. Hochrisiko-KI (gem. Art. 6 iVm. Anhang I, III KI-VO) – hierbei ist va. Anhang III Nr. 4 KI-VO in den Blick zu nehmen – soweit der Anwendungsbereich

¹ Im nachfolgenden stehen die Begriffe „Beschäftigter“ u. „Arbeitnehmer“ für alle Menschen die unter den Begriff des „Beschäftigten“ im Sinne des § 6 AGG und der KI-VO-E fallen.

² Die KI-VO wurde mit Datum v. 13.07.2024 im Amtsblatt veröffentlicht, daher (dh.) betrachtet die Arbeit nicht das Entwurfsstadium und spricht nunmehr von der „KI-VO“.

somit eröffnet ist, gilt es später die konkreten Pflichten der Betreiber (va. Art. 14, 26, 50, 73 KI-VO) und Rechte der Betroffenen (va. Art. 85, 86 KI-VO) sowie weitere Sanktionen ggü. Betreibern (va. Art. 93, 99, 101 KI-VO) aufzuzeigen. Zuletzt soll die Perspektive dieser Arbeit von den Betroffenen (AN) auf die Betreiber (AG) gelenkt werden u. eine Checkliste für Betreiber erstellt werden, um Diskriminierung durch KI bei der Einführung und Nutzung durch Betreiber zu verhindern.

In der Einführung soll nun die Arbeit thematisch abgegrenzt werden. Zudem erfolgt eine Definition der Begriffe Diskriminierung und KI sowie eine technische Zuordnung, welche Systeme potenziell eine KI im Sinne der VO sind. Weiterhin werden Statistiken und konkrete Fälle zur Herleitung von Relevanz und Gefahrenpotenzial aufgezeigt sowie Use-Cases im Personalbereich benannt.

2. Abgrenzung des Themas

Die Arbeit betrachtet ein Unternehmen aus dem Mittelstand, welches nicht betriebs- oder tarifverfasst ist und nicht dem öffentlichen Dienst (iwS.) zugehörig ist. Dies ist in der Seitenvorgabe für die Masterarbeit begründet.

Konkret müsste ein Arbeitgeber (AG) ansonsten das BetrVG mitbedenken, va. §§ 87 I Nr. 1, 6, 7, 90 I Nr. 3, 95 IIa, 80 III 2 – dies betrifft zB. KI zur Leistungs- und Verhaltenskontrolle³. Im öffentlichen Bereich wären (u.a.) Art. 20 III, 33 II, III, IV GG u. § 35a VwVfG sowie Art. 27 KI-VO (Grundrechtsabwägung) einzubeziehen⁴.

Der allg. arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz⁵ und die mittelbare Drittwirkung der Grundrechte⁶ werden ebenso wenig betrachtet wie Normen außerhalb des AGG, zB. TzBfG, EntgTranspG⁷. Der Datenschutz (Art. 15 u. 22 DSGVO) wird nur kurz aufgegriffen, um Lücken des AGG hierüber zuschließen⁸.

3. Definition der Begriffe Diskriminierung sowie KI

a. Definition der Diskriminierung im Sinne des AGG (Benachteiligung)

Laut AGG dürfen Beschäftigte nicht wegen eines in § 1 genannten Grundes benachteiligt werden (§ 7 I Hs. 1 AGG). Die Benachteiligung bestimmt sich nach § 3 AGG und die Merkmale nach § 1 AGG.

Das AGG dient somit entgegen seiner Namensgebung weder der Gleichbehandlung aller Mitarbeiter noch dem Schutz von Minderheiten im Hinblick auf jegliche Benachteiligungen. Vielmehr werden nur bestimmte Merkmale

³ Vgl. Lang/Reinbach, BB 2024, S. 1396 (1398); Kössel, DB 2024, S. 1069 (1072); a.A. im Einzelfall ArbG Hamburg, Beschl. v. 16.01.2024, Az. 24 BVGa 1/24, in NZA-RR 2024, S. 137 (141) – va. mangels Zugriffs des AG auf das System und somit Leistungs- und Verhaltenskontrolle ablehnend.

⁴ Kreyßing, DöV 2024, S. 266 (268); M/M/R/Martini, Recht der Digitalisierung, S. 69.

⁵ Vgl. B/H/R, Arbeitsrecht, S. 127-129; ErfK/Preis, BGB, § 611a, Rn. 666-670 mwN.

⁶ Vgl. BVerfG, Urteil v. 15.01.1958 - 1 BvR 400/51, Leitsatz 2.; Junker, Arbeitsrecht, S. 19-21.

⁷ B/H/R, Arbeitsrecht, S. 126; Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, Übersicht auf Seite 71.

⁸ Vgl. hierzu die umfassende Arbeit von Vogel, KI und Datenschutz, insbes. Teil 3, Kapitel 2, 4 u. 5.

geschützt und dort nur geahndet, wenn in vergleichbarer Situation gleiches nicht gleich behandelt wird⁹. Im Ergebnis liegt also ein Kompromiss zwischen der Vertragsfreiheit und der Moralordnung vor, welche nach Kelsen¹⁰ auch als relative Gerechtigkeit bezeichnet werden kann¹¹.

Das AGG dient der Umsetzung europäischer Richtlinien (Art. 288 III EUV), namentlich: RL 2006/54 sowie 2002/73 (Gender-RL), RL 2000/43 (Antirassismus-RL) sowie RL 2000/78 (RL-Beschäftigung)¹².

Die vorgenannten RL sprechen anstatt von Benachteiligung alle von Diskriminierung und daher wird dieser Begriff in der Arbeit verwendet. Explizit wird von Verwirklichung des Gleichbehandlungsgrundsatzes und Bekämpfung von Diskriminierungen (als negative und sozial verwerfliche Anknüpfung an ein geschütztes Merkmal) gesprochen¹³, s. statt aller RL 2000/43, Art. 1 (engl. Fassung: „discrimination“; franz. Fassung: „discrimination“). Die Bestimmungen des AGG sind zudem zwingend europarechtskonform auszulegen¹⁴.

b. Definition von KI (auch KI-System)

Die Definition des KI-System erfolgt über Art. 3 Nr. 1 KI-VO: „ein maschinengestütztes System, das für einen in unterschiedlichem Grade autonomen Betrieb ausgelegt ist und das nach seiner Betriebsausnahme anpassungsfähig sein kann und das aus den erhaltenen Eingaben für explizite oder implizite Ziele ableitet, wie Ausgaben wie etwas Vorhersagen, Inhalte, Empfehlungen oder Entscheidungen erstellt werden, die physisches oder virtuelle Umgebungen beeinflussen können“. Es ist zudem Erwägungsgrund (Erw.) Nr. 12 der VO heranzuziehen. Dieser bestimmt va., dass Systeme mit ausschließlichen Regeln durch Menschen, welche diese schlicht ausführen, keine KI im Sinne der VO sind. Somit muss die KI eigenständige Schlussfolgerungen treffen (ableiten können). Die Ableitung (zB. aus Eingangsdaten) muss somit neue Daten (zB. Ausgabedaten) erzeugen, welche nicht (ausschließlich) menschlich vorgegeben sind. Ansätze können maschinelles Lernen sowie logik- und wissensgestützte Konzepte sein. Die KI muss insbesondere in der Ableitung Lern-, Schlussfolgerungs- und Modellierungsprozesse ermöglichen. Im Ergebnis muss KI somit einen gewissen Grad an Autonomie erreichen und zwingend selbst Ableitungen vornehmen können¹⁵, wobei selbst geringfügigste Grade an

⁹ Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht, S. 135.

¹⁰ Kelsen, Was ist Gerechtigkeit, S. 14, 20, 30, 31, 48.

¹¹ Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, S. 71f.

¹² D/N/W, AGG, § 1, Rn 1; Kocher, Europäisches Arbeitsrecht, S. 109.

¹³ Dies. Fn. 9, S. 135 – diese sprechen auch von rechtswidrig u. sozial verwerflich; Für Anwendung des Begriffs „Diskriminierung“ auch: v. Roetteken, AGG, § 3, Rn. 5.

¹⁴ Thüsing, Arbeitsrecht, § 1, Rn. 23-26.

¹⁵ a.A.: A/A/N/W, MMR 2024, S. 605 (607), auch „Null“, dh. keine Abgrenzungsfunktion.

Autonomie und Ableitungspotenzial ausreichen dürften, um in den Anwendungsbereich der KI-VO zu fallen.¹⁶

Es ist zu erwarten, dass der (unbestimmt definierte) KI-Begriff durch den EuGH ausgelegt werden wird. Hierbei ist es wichtig für die weitere Arbeit deren Auslegungstechnik kurz zu betrachten. Regelmäßig legt der EuGH teleologisch am Ziel der Verträge bzw. bei Sekundärrecht, wie hier, am Ziel der VO aus, um die praktische Wirksamkeit der Norm (im Grundsatz der VO) sicherzustellen bzw. das Ziel effektiv zur Geltung zu bringen (auch *effet utile*). Bei der Auslegung spielen zudem die Erw. eine wichtige Rolle, um das Ziel der VO zu erreichen.¹⁷

Ziel der VO ist ein hohes Schutzniveau in Bezug auf die EU-Charta und somit auf die Grundrechte, gem. Art. 1 KI-VO. Zudem spricht Erw. Nr. 7 explizit vom Diskriminierungsschutz, was mit Blick auf Art. 21 EU-Charta nicht verwunderlich ist – verbietet dieser doch Diskriminierung im Hinblick auf Geschlecht, Rasse, Hautfarbe, Herkunft, genetischen Merkmalen, 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. Im Ergebnis ist dh. eine expansive Auslegung zu Gunsten der Betroffenen zu erwarten, also ein weiterer Anwendungsbereich, um das Ziel der VO zu erreichen¹⁸.

c. Technische Abgrenzung von KI – Was konkret unter die KI-VO fällt

Grundsätzlich stellte schon Herberger¹⁹ begriffliche Unschärfen der Übersetzung von „artificial intelligence“ und „künstlicher Intelligenz“ fest, insbesondere bzgl. dem Begriff „Intelligenz“. Diese Unschärfe wird durch die KI-VO nicht beseitigt. Insbesondere muss erkannt werden, dass heutzutage keine vollständig eigenständige KI existiert. Diese wird vielmehr vom Menschen geschaffen oder ist auf diesen zurückzuführen, sodass es menschlicher Urheberschaft bedarf, um einer Maschine das notwendige Wissen und eine Aufgabe/Ziele zuzuteilen (und

¹⁶ Chibanguza/Steege, NJW 2024, S. 1769 (1770), stellen kritisch fest, dass einfache Software ausgeschlossen wird aber keine klare Grenze bzgl. Schlussfolgerungen und Autonomie der Software zu erkennen ist (vielmehr eine Spannweite) und Schlussfolgerungen bereits per se Autonomie voraussetzen und daher keine Differenzierung ermöglichen. Sie meinen zudem, dass kein Mindestmaß an Autonomie gefordert wird; Krönke, NVwZ 2024, S. 529 (529), kritisiert ebenfalls, dass nicht klar wird ab welchem Grad an Komplexität eine KI unter die VO fällt, dies zu Lasten der Rechtssicherheit; Bomhard/Siglmüller, RDt 2024, S. 45 (45), geben zu bedenken, dass im Zweifel die Eigenschaft als KI-System angenommen werden sollte und stellen ebenfalls fest, dass nur die Autonomie die KI von der normalen Software unterscheidet; Becker/Feuerstack, MMR 2024, S. 22 (22), geben va. zu bedenken, dass Erwägungsgründe gerade keine bindende Rechtswirkung haben und nur zur Auslegung heranzuziehen sind; A/A/N/W, MMR 2024, S. 605 (610), halten den Anwendungsbereich für so offen, dass de facto eine beliebige Definition mgl. ist.

¹⁷ EuGH, Urteil v. 29.04.2004 – Az.: C-298/00 in Beck RS 2004, 76116, Rn. 97 mwN.; C/R/Wegener, EUV/AEUV Kommentar, EUV, Art. 19, Rn. 28-33; G/K/K/K/Geiger/Kotzur, EUV/AEUV Kommentar, EUV Art. 19, Rn 15-19; umfassend Gumpff, ZfPW 2022, S. 446 (474f).

¹⁸ Bomhard/Siglmüller, RDt 2024, S. 45 (45).

¹⁹ Herberger, NJW 2018, S. 2825 (2825).

sei dies auch nur in der Programmierung oder durch die Hingabe von Trainingsdaten). Die Maschine selbst hat keinerlei Antrieb, Moral oder Weltsicht, bis diese durch einen Menschen vermittelt wird – zumindest heute.²⁰

Passender erschiene die Bezeichnung von Ertel: „lernende Agenten“²¹.

Eine technische Unterscheidung sowie ein Grundverständnis von KI ist zwingend, um den Anwendungsbereich der KI-VO im Hinblick auf eine KI bewerten zu können sowie für Zurechnungsfragen im AGG.

Im Grundsatz ist zwischen der Modellbildung als solches (zB. in Form neuronaler Netze) und der Wissensgenerierung (machine learning) zu unterscheiden, hierbei stellt das sog. deep learning eine Ausprägung der Wissensgenerierung dar²².

aa. Neuronale Netze

Neuronale Netze unternehmen hierbei den Versuch kognitive Prozesse des Menschen nachzubilden, was sich auf Hard- und Software bezieht. Kennzeichnend ist regelmäßig die parallele Tätigkeit mehrerer Prozessoren, welche zugleich in mehreren Schichten (Layers) angeordnet sind. Hierbei gibt es eine Eingabeschicht (Input-Layer), welche Daten durch Menschen erhält, diverse weitere Verarbeitungsschichten (Hidden Layers), welche nur den Output der jeweils vorherigen Schicht erhalten, sich zudem in ihrer Stärke (Gewicht) verändern können und eine Ausgabeschicht (Output-Layer), welche Daten als Ergebnis (neues Wissen) ausgibt. Grundlage sind die sog. Hopfield-Modelle (regelmäßig nur zwei Schichten von Layers und dh. erklärbar und zudem nicht aus sich selbst heraus lernfähig, weil nur vorwärts funktionierend) und va. Backpropagation-Algorithmen (meistgenutztes neuronales Modell), welche in der Lage sind die Layers selbständig zu verändern, um die Trainingsdaten optimal zu einem Ergebnis zu führen. Probleme tauchen durchaus auch hier auf, wie zB. eine langsame Durchführung durch viele Iterationen über die Trainingsmuster.²³

²⁰ Ders. Fn. 19, S. 2826 („menschliche Vorstellungskraft sie geschaffen hat und ihnen diese Rolle zugewiesen hat“); vgl. auch: R/R/T, natürliche u. künstliche Intelligenz, S. 131ff, 199f, 217ff; in Teilen auch als starke KI beschrieben, welche nicht existiert - Kreuzer, KI verstehen, S. 74.

²¹ Ertel, Grundkurs KI, S. 21, 205 – Definition 8.1.

²² Kreuzer, KI verstehen, S. 10; Ertel, Grundkurs KI, s. Kapitel 8, 9, 10 unterscheidet ebenfalls nach machine learning und data mining sowie neuronalen Netzen und zus. Lernen durch Verstärkung; Taulli, Grundlagen der KI, s. Kapitel 3 u. 4 unterscheidet zw. machine learning und deep learning (Abgrenzung S. 80); Martini, Blackbox Algorithmus, S. 17-25, trennt wie Taulli, nimmt aber keine klare Abgrenzung technischerseits vor; Grätz, KI im Urheberrecht, S. 11-31, grenzt einerseits zw. Algorithmus und KI ab (s. 12) und sodann zw. Anwendungsbereich der KI (als Ziel welches technisch realisiert werden soll) und Methoden der KI (diese dienen der Lösung verschiedener Anwendungsprobleme (s. 20) - Anwendungsbereich demnach zB. machine learning und neuronale Netze (s. 23), hier wird sodann va. nach dem Lernprozess unterschieden, zB. supervised learning, reinforcement learning, unsupervised learning (S. 28-30); R/R/T, natürliche u. künstliche Intelligenz, S. 145f, unterscheiden nach lernenden und nicht-lernenden Systemen, wobei eine weitere Unterteilung in symbolisch u. sub-symbolisch erfolgt – wobei sub-symbolisch neuronale Netze und deep learning enthält und lernend oder statisch sein kann.

²³ Kreuzer KI verstehen, S. 11-12; Ertel, Grundkurs KI, S. 285-320.

Der Mensch programmiert hier das Modell selbst und hat somit Einfluss auf das Modell. Zudem müssen die Modelle angelernt werden und soweit supervised learning verwendet wird, besteht erheblicher Einfluss auf die Trainingsdaten. Problematisch ist, dass idR. kein Einfluss auf Veränderungen im Modell besteht und daher der sog. „Blackbox“-Charakter durchaus gegeben ist, ist das Zustandekommen des Ergebnisses doch nicht nachvollziehbar.²⁴

bb. Machine learning

Machine learning bedeutet hierbei Lernen aus Daten (Beispielen) und eine spätere Anwendung auf unbekannte Datensätze (Lerntransfer). Die Maschine wird also befähigt aus unbekanntem Input neuen Output zu generieren. Hierzu bedarf es in der Regel Trainingsdaten und später Testdaten, um das System anzulernen und zu testen. Das Wissen steckt somit hier in den Trainingsdaten und soll das System gleichzeitig befähigen, abzuleiten (zu generalisieren), um später neues Wissen aus unbekanntem Daten zu generieren, welches im Output endet.²⁵

In der Trainingsphase werden maßgeblich vier Lernarten unterschieden²⁶.

Supervised learning (überwachtes Lernen), dabei kennt die KI bereits die korrekte Antwort auf ein Problem und soll Algorithmen erarbeiten, welche möglichst präzise den Weg zur Antwort erbringen. Die Trainingsdaten sind somit vollständig vom Menschen zu labeln. Häufig werden auch zahlreiche konkrete Regeln definiert, um die Geschwindigkeit zu erhöhen. Es besteht daher ein erheblicher menschlicher Einfluss auf das System. Verfahren sind zB. lineare Regression, Bayes-Netze oder Entscheidungsbaumverfahren - insbesondere erstere und letztere sind vollständig durch den Menschen nachzuvollziehen. Diese sind dh. keine Blackbox, soweit diese nicht mit anderen Verfahren kombiniert werden.²⁷

Probleme können hier zB. in der Überanpassung (overfitting) liegen²⁸. Entscheidungsbäume können zB. bei der Bewerberauswahl genutzt werden.

Unsupervised learning meint unüberwachtes Lernen. Hier kennt die KI keine vordefinierten Zielwerte, sondern muss Ähnlichkeiten (Muster) selbst erkennen. Die Muster sind regelmäßig im Vorfeld nicht bekannt. Die KI nutzt hierbei vorhandenes Wissen, um aus den ungelabelten Daten selbst Wissen (Muster) zu generieren und damit einen neuen Output. Die KI findet dh. eigenständige Lösungen. Ein mögliches Verfahren ist das Clustering, regelmäßig iVm. neuronalen Netzen, wie zB. zur Bewerberauswahlverfahren denkbar.²⁹

²⁴ Grätz, KI im Urheberrecht, S. 25-26; R/R/T, natürliche u. künstliche Intelligenz, S. 161 u. 221.

²⁵ Vgl. Ertel, Grundkurs KI, S. 205; Kreutzer KI verstehen, S. 13f.

²⁶ Grätz, KI im Urheberrecht, S. 28-30; R/R/T, natürliche u. künstliche Intelligenz, S. 149f.

²⁷ Ertel, Grundkurs KI, S. 210-240; Kreutzer KI verstehen, S. 15-17.

²⁸ Statt aller: Ertel, Grundkurs KI, S. 220 m. Lösungsansätzen.

²⁹ Taulli, Grundlagen der KI, S. 59-60; R/R/T, natürliche u. künstliche Intelligenz, S. 150-155.

Der menschliche Einfluss ist hier überaus gering, insbesondere da häufig nicht nachzuvollziehen ist, wieso eine Labelung und ein Output zustande kommt.

Reinforcement learning (verstärkendes Lernen), hier liegt regelmäßig kein optimaler Lösungsweg vor oder es gibt wenig Trainingsdaten und dem System wird über Belohnung oder Bestrafung signalisiert, ob das Ergebnis stimmt. Das System soll also selbst den Weg zur optimalen Lösung finden. Diese Art von Lernprozess wird va. im Streamingbereich genutzt, zB. Netflix oder Spotify. Hierbei ist zB. das Auswählen einer vorgeschlagenen Serie eine Belohnung und das Nichtanwählen oder Skippen eine Bestrafung für die KI.³⁰

Der Einfluss des Menschen ist hierbei überaus gering, wenngleich dieser die Grundsoftware hierzu entwickelt, zB. in Form von Q-Lernen.

Self-supervised-learning ist selbstüberwachtes Lernen und stellt eine Mischung aus überwachtem und unüberwachtem Lernen dar, somit ist ein Teil der Daten gelabelt und in Teilen ein erheblicher menschlicher Einfluss vorhanden.³¹

Insgesamt kann der Lernprozess das Modell auf vier Ebenen verändern: Synapsen und Neuronen können gelöscht oder hinzugefügt, die Gewichtswerte der Layers können verändert und Schwellenwerte können ebenfalls modifiziert werden sowie Änderungen durch Transformationsfunktionen eintreten³².

cc. Deep learning

Deep learning, als Möglichkeit der Wissensgenerierung, bedeutet vereinfacht beschrieben den Ausbau der Layers, also Schichten von 1000 oder mehr im Modell und va. die Verwendung kombinierter Modelle (zwei Modelle in einem). Der erste Teil besteht aus einer Vorverarbeitungsschicht, welche Merkmale aus Daten extrahiert, und mehreren weiteren Schichten, welche die Daten weiterverarbeiten, (häufig) als unsupervised learning. An die letzte Merkmalschicht schließt sich nunmehr ein zweites Modell, zB. in Form eines Backpropagation-Netz mit supervised learning an. Vorteil dieser Modelle ist va. die Auffindung selbst schwacher Muster, gleichzeitig werden aber erhebliche Rohdaten benötigt. Regelmäßig sind keine Erklärungen über das Zustandekommen des Ergebnisses möglich. Es besteht jedoch ein menschlicher Einfluss in der Programmierung der Modelle. Die Modelle sind zB. convolutional neural networks, generative adversarial networks und praktisch bspw. ChatGPT oder Gemini (mit einer Kombination aus neuronalen Netzen und deep learning).³³

³⁰ Ertel, Grundkurs KI, S. 351-369; Kreutzer KI verstehen, S. 19-20.

³¹ Taulli, Grundlagen der KI, S. 62.

³² Grätz, KI im Urheberrecht, S. 29-30; R/R/T, natürliche u. künstliche Intelligenz, S. 161f.

³³ Ertel, Grundkurs KI, S. 321-344; M/M/R/Martini, Recht der Digitalisierung, S. 66f; R/R/T, natürliche u. künstliche Intelligenz, S. 165-183.

dd. Zwischenfazit

Grundlegend ist, dass KI nur Korrelationen (Muster) aber niemals Kausalitäten abbildet³⁴. Weiterhin hat der Mensch immer einen Einfluss auf die Modelle, wenigstens in Form von Programmierung und Bereitstellung von Trainingsdaten. KI kann also ohne Menschen nicht existieren³⁵, was bei der Zurechnung zu berücksichtigen sein wird. Gleichzeitig steht es den Entwicklern und Benutzern frei, eine KI mit Erklärbarkeit der Ergebnisse zu wählen oder den Einsatz einer KI zu unterlassen (white box KI, zzt. nicht angestrebt, oder eine grey box KI, auch explainable KI genannt)³⁶. Soweit nicht ein Entscheidungsbaumverfahren angewendet wird, sondern insbesondere deep learning kombiniert mit reinforcement oder unsupervised learning, sind die Ergebnisse regelmäßig nicht mehr auf ein Zustandekommen prüfbar³⁷. Mit Blick auf den Anwendungsbereich der KI-VO sind Modelle mit supervised learning und machine learning, zB. Entscheidungsbäume und Regressionsverfahren, somit nicht der KI-VO unterworfen. Diese können zwar selbst schlussfolgern, aber sind nicht hinreichend autonom, was sich letztlich an der Erklärbarkeit der Ergebnisse zeigt. Vielmehr gibt der Entwickler hier alle wesentlichen Schritte vollständig vor. Dies gilt nicht bei Kombinationsmodellen. Konkret ist die AMAS-KI solch ein Fall³⁸. Alle weiteren Lernvarianten, gleich mit welchem Modell, sind nicht nur schlussfolgernd, sondern auch ausreichend autonom, um den Anwendungsbereich der KI-VO zu eröffnen.

4. Statistiken zur Diskriminierung und Nutzung von KI

Die Bundesbeauftragte für Antidiskriminierung zeigt im Jahresbericht 2023 auf³⁹, dass AGG-Fälle um 25% ggü. 2022 angestiegen sind. Fälle mit Bezug zur Ethnie (41%), Behinderung (25%) und Alter (24%) stehen im Fokus. Die AGG-Fälle haben zudem mit 32% einen starken Bezug zum Arbeitsleben. Die Diskriminierungszahlen haben sich in fünf Jahren verdoppelt und es besteht eine hohe Dunkelziffer. Zugleich gibt es Berichte, dass HR-Abteilungen bislang Schlusslicht beim KI-Einsatz sind und zukünftig aber erhebliche Einsätze geplant sind (75% der befragten HR-Leiter gaben dies an). Hierbei sollen Kostensenkungen und Produktivitätszuwächse erreicht werden⁴⁰.

³⁴ Lauscher/Legner, ZfDR 2022, S. 367 (368-369); Martini, Blackbox Algorithmus, S. 59-60.

³⁵ Grätz, KI im Urheberrecht, S. 31; Fröhlich, Diskriminierungsrisiken algorithmischer Entscheidungsprozesse, S. 28, 36-38 u. 43-45.

³⁶ Kreutzer, KI verstehen, S. 78-83; B/K/V/Puppe, Digitalisierung, Automatisierung, KI u. Recht, S. 126.

³⁷ Kreutzer KI verstehen, S. 70.

³⁸ Fröhlich, Diskriminierungsrisiken algorithmischer Entscheidungsprozesse, S. 31.

³⁹ Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Jahresbericht 2023, Erscheinungsjahr 2024, <https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/Jahresberichte/2023.html?nn=305458>, letztmalig abgerufen am 01.07.2024.

⁴⁰ Schemmel, SPA 2024, S. 12 (12); Müller, öAT, 2024, S. 26 (26).

5. Konkrete Fälle zur Diskriminierung durch KI sowie Schlussfolgerungen

Es gibt zahlreiche veröffentlichte Fälle von Diskriminierung durch KI. Hier sollen einige beispielhaft dargestellt werden, um das Risiko praktisch zu verdeutlichen.

Die von der österreichischen Leistungsverwaltung (AMS) zur Entscheidungsvorbereitung genutzte KI „ArbeitsmarktchancenAssistenz“ (AMAS) sollte helfen die Ressourcen für Weiterbildung von Arbeitssuchenden möglichst effektiv einzusetzen. Hierzu wurden Personen nach Vermittlungschancen klassifiziert und Personen mit schlechten Chancen wurde eine Weiterbildung regelmäßig verwehrt. Das System beruht auf logischer Regression. Das System teilt Ältere über 50 und Frauen regelmäßig in die schlechteste Kategorie ein, mit Betreuungspflicht nahezu immer. Dagegen spielt bei Männern Kinderbetreuung keine Rolle. Das AMS gibt hierzu an, dass die KI Vorurteile und Klischees des Arbeitsmarktes aufzeigt, aber die Formel nicht diskriminierend ist – dies ist falsch (Genderbias).⁴¹

Die Amazon Recruiting-KI lernte aus vergangenen Personaleinstellungen und der Prüfung von Lebensläufen der erfolgreichen Mitarbeiter eine Präferenz für weiße Männer. Dies lag schlicht daran, dass in dieser Zeit kaum weibliche Bewerber vorhanden waren. Im Ergebnis schrieb das System einen Genderbias fort. Amazon stellte die KI später ein, der Fehler konnte nicht behoben werden.⁴²

Google, Microsoft, IBM und Facebook (Meta) haben allesamt die KI-Bilderkennung mit überwiegend männlichen und weißen Menschen trainiert, sodass diese Frauen und Person of Color schlechter erkannte. Der Fall erlangte besondere Aufmerksamkeit, weil Person of Color überwiegend als Affen gekennzeichnet wurden.⁴³

Weitere Probleme sind bekannt aus einem genderstereotypen Zurückhalten von Stellenanzeigen auf Facebook (auf Grund der Parameterauswahl, die bei Facebook weitreichende Einstellungen ermöglicht). Dies führte zB. zu Klagen gegen T-Mobile und Amazon⁴⁴. Über zahlreiche Studien zu diskriminierenden Einstellungsmöglichkeiten auf US-Stellenplattformen, zB. im Hinblick auf Alter und Geschlecht berichtet Orwat⁴⁵ (zB. zu den Unternehmen indeed, Monster und Beyond). Unproblematisch war der Einsatz wohl bei Unilever und Kraft-Heinz-Europe⁴⁶, ebenso bei Lieferando⁴⁷, im Bereich Recruiting.

Insgesamt ist an den Fällen ersichtlich, dass diese häufig bestehende Stereotype

⁴¹ Fröhlich, Diskriminierungsrisiken algorithmischer Entscheidungsprozesse, S. 18-20.

⁴² Sesing/Tschech, MMR 2022, S. 24 (24).

⁴³ Fröhlich, Diskriminierungsrisiken algorithmischer Entscheidungsprozesse, S. 25-26.

⁴⁴ Sesing/Tschech, MMR 2022, S. 24 (24); Orwat, Diskriminierungsrisiken durch Algorithmen, S. 38.

⁴⁵ Orwat, Diskriminierungsrisiken durch Algorithmen, S. 36 (Bsp. 3) u. S. 38 (Bsp. 6).

⁴⁶ Grünberger, ZRP 2021, S. 232 (232).

⁴⁷ Schemmel, SPA 2024, S. 12 (13).

verstärken und Diskriminierungen aus der Vergangenheit fortschreiben, in Teilen auch neue Diskriminierungen schaffen. Hier ist zB. an die Gefahr von Menschen mit Migrationshintergrund in Sprachtests oder Bewerberinterviews zu denken oder Menschen mit Behinderung in einem Videobewerbungsverfahren - ohne Berücksichtigung der Spezifika dieser Menschen.⁴⁸

Im Ergebnis sind va. nachfolgende Probleme ersichtlich: Risiken bei der Zusammenstellung der Datensätze, zB. durch Über- oder Unterrepräsentation von Personengruppen in den Datensätzen (Auswahldatensatzfehler, zB. unterrepräsentiertes Geschlecht) sowie die Abbildung von historischen Diskriminierungen in den Datensätzen (Perpetuierungsfehler, zB. Bevorzugung weißer Männer in Führungspositionen), zudem die Abbildung von fehlerhaften Ersatzvariablen bzw. Proxys, welche ggfs. zudem nicht mehr aktuell auf die Personen anwendbar sind (Konstanzfehler, zB. Wohnortentfernung zur Bewerberauswahl und anhaltende Urbanisierung), und weiterhin Diskriminierungen durch fehlerhafte (fehlende) Datenbasis (zB. keine Daten eines Bewerbers, dieser ist online nicht auffindbar) sowie Probleme bei subjektiven Bewertungskriterien (Definitionsfehler, zB. durch verzerrte und fehlerhafte Beurteilungen und -kriterien), zuletzt auch die absichtliche Programmierung von diskriminierenden KI mit dem Ziel, diese Diskriminierung zu verschleiern (masking, insbesondere bzgl. mittelbarer Diskriminierung zur Fortschreibung gewünschter und diskriminierender Ergebnisse).⁴⁹

Hinzutritt die Möglichkeit fehlerhafter Clusterungen durch die KI, insbesondere durch Proxys, und somit die Gefahr von Fehlschlüssen und fehlerhaften Stigmatisierungen, welche dem Individuum nicht gerecht werden⁵⁰.

Martini fasst dies damit zusammen, dass Algorithmen nur so schlau sind wie der Entwickler des Codes und somit der KI selbst, insoweit bestehen maßgebliche menschliche Einflüsse und Fehlerquellen – in allen KI-Anwendungen⁵¹.

6. Anwendungsmöglichkeiten von KI im Personalbereich

KI kann bereits heute ganzheitlich eingesetzt werden (sog. Talent-Experience-Management), also für Einstellung, Potenzialausschöpfung und Ausstieg⁵².

Hauptsächlich wird KI zzt. im Recruiting eingesetzt, bspw. zur Erstellung von Stellenanzeigen (augmented writing), automatisierte Kandidatenansprache

⁴⁸ Vgl. als Überblick auch: Lang/Reinbach, NZA 2023, S. 1273ff, m. Differenzierung nach Risiken in Anbahnungs-, Durchführungs- und Beendigungsphase und dem Fokus auf der Anbahnungsphase.

⁴⁹ Orwat, Diskriminierungsrisiken durch Algorithmen, S. 77-85; Wimmer, Algorithmusbasierte Entscheidungsfindung, S. 327-347; Fröhlich, Diskriminierungsrisiken algorithmischer Entscheidungsprozesse, S. 47-64; Martini, Blackbox Algorithmus, S. 47-61.

⁵⁰ Statt vieler: Orwat, Diskriminierungsrisiken durch Algorithmen, S. 86-87.

⁵¹ Martini, Blackbox Algorithmus, S. 61.

⁵² Kreuzer, KI verstehen, S. 401f.

(augmented recruiting Mails) und Durchführung sowie Bewertung von Interviews (Robo-Recruiting), idR. mit dem Ziel der Persönlichkeitsprofilerstellung. Weiterhin die Prüfung/Sortierung von Bewerbungen (CV-Parsing) u. automatische Ablehnung. Anbieter sind zB. Textio, Jobspreader, IBM RPA, Retorio, Hire Vue, Tention, Softgarden, ZipRecruiter, Harver.⁵³

Im Vordringen ist auch KI zum Talent-Management, also der Potenzialausschöpfung vorhandener MA. Anbieter sind zB. Textkernel u. Visier.⁵⁴ Weiterhin gibt es Ansätze KI im Performance-Management einzusetzen, letztlich also eine umfassende Leistungs- und Echtzeitüberwachung durchzuführen. Zumindest für die Steuerung- und Arbeitszuweisung dürfte bereits heute KI in Teilen genutzt werden (Logistik u. Lieferdienste). Hier besteht zudem die Gefahr der Entmündigung von Mitarbeitern. Anbieter sind zB. Visier People, SAP, Neva.⁵⁵ Kaum von Relevanz sind bislang KI zur Voraussage von Kündigungsabsichten (Employee-Retention-Management) wie zB. von Qualtrics und Oracle⁵⁶.

7. Zwischenfazit

Eine (unzureichende) Definition von KI liegt nunmehr vor, allerdings geht hiermit keine Rechtssicherheit einher und es bleibt Rechtsprechung abzuwarten, was für die Praxis problematisch ist. Zudem ist erkennbar, dass es die „KI“ nicht gibt, sondern stets im Einzelfall zu prüfen und zu urteilen ist. Weiterhin nehmen Diskriminierungsfälle statistisch zu und die Einführung von KI ist sukzessive zu erwarten. Die Betrachtung der Vergangenheit lässt einen diskriminierungsfreien Einsatz von KI nicht in jedem Fall erwarten, sodass die Thematik relevant ist. Zudem kann KI bereits heute in nahezu allen Personalbereichen eingesetzt werden⁵⁷, wird aber zzt. überwiegend im Recruiting verwendet.

II. Prüfung des AGG

Es erfolgt nun eine Prüfung des AGG im Hinblick auf die Anwendung einer KI und deren Besonderheiten aus Sicht eines Betroffenen de lege lata. Ausgangspunkt ist hierbei § 7 I iVm. § 1 AGG, also die Prüfung einer Diskriminierung wegen eines Merkmals des § 1 AGG (Rasse oder ethnische Herkunft, Geschlecht, Religion oder Weltanschauung, Behinderung, Alter oder sexuelle Identität). Sodann erfolgt die Prüfung auf einen Schadenersatz aus § 15 AGG, welcher die Erfüllung der Tatbestände aus § 7 AGG voraussetzt⁵⁸.

⁵³ Kreutzer, KI verstehen, S. 402-412; Meyer, NJW 2023, S. 1841 (1842).

⁵⁴ Kreutzer, KI verstehen, S. 414f.

⁵⁵ Kreutzer, KI verstehen, S. 416-418.

⁵⁶ Kreutzer, KI verstehen, S. 418f.

⁵⁷ Die Verwendung scheitert in Teilen aber an Formvorschriften, bspw. § 623 BGB o. § 14 IV TzBfG.

⁵⁸ Die Prüfungsreihenfolge orientiert sich an: Fischinger, Arbeitsrecht, § 5, Rn. 230-296.

1. Anwendungsbereich (§ 6 und § 2 AGG)

Zunächst müsste der Anwendungsbereich des AGG eröffnet sein.

Für Betroffene richtet sich der persönliche Anwendungsbereich nach § 6 AGG. Besonderheiten durch KI bestehen hier nicht. Es sind also umfasst: Arbeitnehmer (S. 1, Nr. 1), Auszubildende (S. 1, Nr. 2), arbeitnehmerähnliche Personen (S. 1, Nr. 3), Bewerber u. ehemalige Beschäftigte (S. 2)⁵⁹.

Der sachliche Anwendungsbereich richtet sich nach § 2 AGG. Für diese Arbeit sind §§ 2 I Nr. 1 und 2 AGG relevant. Daher Zugangsbedingungen, wie Auswahl- und Einstellungsbedingungen für eine Tätigkeit einschließlich beruflichen Aufstiegs (Nr. 1). Zudem Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen im laufenden Arbeitsverhältnis, insbesondere individuelle Vereinbarungen zur Durchführung, Beendigung einer Tätigkeit sowie beim beruflichen Aufstieg (Nr. 2).

Spezifische Besonderheiten einer KI liegen hier ebenfalls nicht vor. Wird also zB. im Recruiting eine KI zur Profilgenerierung für eine Stelle, eine Stellenanzeige, die Profilbewertung oder zur Bewerberauswahl u./o. zur Persönlichkeitsanalyse (zB. in Interviews) oder zur Durchführung der Ab- und Zusagen genutzt, berührt dies den Zugang des § 2 I Nr. 1 AGG^{60, 61}.

Der sachliche Anwendungsbereich des AGG ist somit auch bei einem KI-Einsatz eröffnet⁶², insoweit ist das AGG technologie-neutral⁶³.

Weiterhin ist zu beachten, dass § 2 IV AGG europarechtskonform auszulegen ist, oder unangewendet bleiben muss – was kein spezifisches KI-Problem ist⁶⁴.

2. Verbotene Diskriminierungshandlung (§ 7 I iVm. § 3 AGG)

Es bedarf nunmehr einer Benachteiligung (Diskriminierung), im Sinne des § 3 AGG, welche kausal („wegen“) an ein Merkmal des § 1 anknüpft und nicht gerechtfertigt werden kann. Unterschieden wird zw. einer unmittelbaren (Punkt a) und mittelbaren Benachteiligung (Punkt b), wobei erstere direkt an das verbotene Merkmal anknüpft und letztere sich scheinbar neutralen Vorschriften, Kriterien bedient, welche faktisch aber an die verbotenen Merkmale anknüpfen, indem diese überwiegend Merkmalsträger betreffen. Problematisch bzgl. einer KI ist das TB der

⁵⁹ Dies umfasst auch Gig- und Crowdworker; vgl.: Sesing/Tschech, MMR 2022, S. 24 (25).

⁶⁰ Sesing/Tschech, MMR 2022, S. 24 (25).

⁶¹ Vgl. Wimmer, Algorithmusbasierte Entscheidungsfindung, S. 322-323 mwN.; Staudinger/Serr, § 2 AGG, Rn. 6, bringt es auf die anschauliche Formel: dass sich „letztlich jede Maßnahme individual- oder kollektivarbeitsrechtlicher Natur am AGG messen lassen muss“.

⁶² Dzida/Groh, NJW 2018, S. 1917 (1918); Freyler, NZA 2020, S. 284 (287).

⁶³ Lauschner/Legner, ZfDR 2022, S. 367 (374); Martini, JZ 2017, S. 1017 (1021).

⁶⁴ Vgl. statt aller: v. Roetteken, § 2 AGG, Rn. 66 mwN; Das BAG behilft sich im Anwendungsbereich des KSchG regelmäßig mit dem Hereinlesen in das Tatbestandsmerkmal (TB) soziale Rechtfertigung (§ 1 KSchG), soweit der Anwendungsbereich des KSchG nicht eröffnet ist, wird § 2 IV AGG teleologisch reduziert – vgl. BAG, Urteil v. 19.12.2013 - 6 AZR 190/12 – in NZA 2014, S. 372 u. 374.

„Behandlung“ (§ 3 I 1 AGG)⁶⁵ sowie die Kausalität und Wissenszurechnung („wegen“) – Punkt a. Weiterhin sind dies va. Stellvertreterkriterien (Proxys) für die mittelbare Benachteiligung und eine potenzielle Rechtfertigung, zB. auf Grund der Blackbox-Problematik (Punkt b). Die Abs. III, IV, V der Norm (§ 3 AGG) werden mangels Erkenntnisgewinn nicht gesondert betrachtet.

a. Unmittelbare Diskriminierung (§ 3 I 1 AGG)

Eine unmittelbare Diskriminierung (§ 3 I 1 AGG) liegt vor, wenn eine negative Maßnahme direkt und kausal an ein verbotenes Merkmal anknüpft⁶⁶. Zuletzt in Form einer Altersdiskriminierung durch eine Stellenanzeige mit der Suche nach einem „Digital Native“⁶⁷ oder Fragen der Elternschaft und des TVöD⁶⁸. Diese Diskriminierung kann bei KI verhindert werden, indem die KI stets nicht direkt an ein Merkmal des § 1 AGG anknüpft. Eine Rechtfertigung ist über § 8 AGG (berufliche Anforderungen), § 9 AGG (Religion u. Weltanschauung), § 10 AGG (Alter) sowie § 5 AGG (Nachteilsausgleich bzw. Förderung) möglich. Die Kasuistik⁶⁹ zu den Merkmalen und der Rechtfertigung ist umfangreich und ein Problem, welches beim KI-Einsatz ebenfalls besteht. Dies ist aber kein KI spezifisches Problem und wird daher hier nicht betrachtet.

aa. Behandlung

Die Behandlung ist ein willentliches Tun oder Unterlassen, welches von einem Menschen ausgeht⁷⁰. Fraglich ist, ob eine KI den Tatbestand erfüllt (Punkt aaa). Ein Tun kann zB. in einer Einladung zum Vorstellungsgespräch, einer Einstellung oder Bewerbungsablehnung sowie in einer Beförderung oder Kündigung liegen. Ein Unterlassen kann zB. in der Unterlassung einer Einladung zum Vorstellungsgespräch, einer Nichtverlängerung eines Arbeitsvertrages sowie einer Nichtberücksichtigung bei einer Beförderung oder dem nicht erfolgten Abschalten eines diskriminierenden Algorithmus liegen.⁷¹

aaa. Zwei Dimensionen der Behandlung beim Einsatz von KI

Es ist die Vorbereitungs- und Durchführungsphase bei der KI-Nutzung zu unterscheiden und auf den Behandlungsbegriff zu prüfen. Aus §§ 7, 15 AGG wurde

⁶⁵ Sesing/Tschech, MMR 2022, S. 24 (26).

⁶⁶ BAG, Urteil v. 18.03.2010, 8 AZR 77/09, Rn. 18ff; Erman/Armbrüster, AGG, § 3, Rn 3.

⁶⁷ ArbG Heilbronn, Urteil v. 18.01.2024 – 8 Ca 191/23, in ArbRAktuell 2024, S. 123.

⁶⁸ ArbG Essen, Urteil v. 16.04.2024 – 3 Ca 2231/23, Rn. 84f; Erman/Armbrüster, AGG, 3, Rn 13.

⁶⁹ Zuletzt: BAG, Urteil v. 25.04.2024 – 8 AZR 140/23, Rn. 26-36 bzgl. Altersdiskriminierung.

⁷⁰ Staudinger/Serr, AGG, § 3, Rn. 5; Erman/Armbrüster, AGG, § 3, Rn. 4; a.A. H/H/S/Straker, Multimedia-Recht, Teil 15.6, Rn. 22-23 mwN.

⁷¹ Vgl. statt aller: v. Roetteken, AGG, § 3, Rn. 311-319.

geschlussfolgert, dass eine Diskriminierung konkret eingetreten sein muss⁷². Dies ist mit der EuGH-Rechtsprechung für opferlose Diskriminierung durch hypothetische öffentliche Äußerungen zur Einstellungspolitik eines AG aufzugeben⁷³. Daraus folgt, dass die (konkrete) Modellentwicklung und Vorbereitungshandlungen, wie die Idealbewerberprofilgenerierung zur späteren Bewertung von Bewerbern, stets als Handlung in das AGG einzubeziehen sind (Erstrechtschluss; argumentum a fortiori). Dies geschieht in Form des Menschen, welcher die KI entwickelt oder aber in Gang setzt, hier zur Verkörperung der Beschäftigungspolitik, als Output der KI.⁷⁴

Die Durchführungsphase, also konkrete Behandlung des Betroffenen durch die KI, zB. eine Bewerberauswahl und Absage der verbliebenen Bewerber, tritt nunmehr in zwei Arten auf: Vollautomatisiert durch eine KI in Form einer konkreten Entscheidung oder halbautomatisiert in Form einer Entscheidungsvorbereitungsunterstützung für den Benutzer der KI (AG).

Unproblematisch sind halbautomatische Behandlungen. Hier tritt die KI zwar potenziell handlungsleitend auf und mag auch diskriminierende Bewertungen vornehmen, letztlich entscheidet und handelt aber der Mensch⁷⁵.

Problematisch erscheint die vollautomatische Behandlung durch eine KI, bei der der Mensch vermeintlich nicht mehr handelt. Dies greift jedoch zu kurz: Der Mensch handelt vorgelagert, indem dieser sich zur KI-Nutzung entscheidet und diese in Betrieb nimmt (der Output der KI ist damit als Handlung auf einen Menschen zurückzuführen)⁷⁶. Für dieses Ergebnis spricht eine teleologische Auslegung des Handlungsbegriffes am Ziel des AGG, also der Verhinderung von Diskriminierung auf Grund verbotener Merkmale. Dieses kann erreicht werden, indem für eine Handlung eine mittelbare Rückführung auf den Menschen vorgenommen wird⁷⁷. Dies ist auch vom Wortlautargument gedeckt, muss eine Handlung doch nur ein Mindestmaß an Tätigkeit durch den Menschen darstellen, was durch die Inbetriebnahme der KI (Handlung) der Fall ist. Eine andere Wertung

⁷² Vgl. statt vieler noch ErfK/Schlachter, Aufl. 2021, AGG, § 7, Rn. 5; zweifelnd auch Lewinski/de Barros Fritz, NZA 2020, S. 620 (621).

⁷³ EuGH, Urteil v. 23.04.2020 – C-507/18, in NZA 2020, S. 573, Rn. 40ff; MüKoBGB/Thüsing, AGG, § 22, Rn. 12f.

⁷⁴ Wimmer, Algorithmusbasierte Entscheidungsfindung, S. 356-358; Hoeren/Pinelli/Haag, KI - Ethik und Recht, S. 122 – insbesondere m. Arg. bzgl. § 2 I Nr. 1 AGG, welcher sonst drohte leerzulaufen.

⁷⁵ Lewinski/de Barros Fritz, NZA 2020, S. 620 (621); Staudinger/Serr, AGG, § 3, Rn. 5; Freyler, NZA 2020, S. 284 (287); Schepers, digitalisierte Personalauswahl, S. 40.

⁷⁶ Zweifelnd aber wohl zustimmend: Lewinski/de Barros Fritz, NZA 2020, S. 620 (621); offengelassen: Freyler, NZA 2020, S. 284 (287); zustimmend: Dzida/Groth, NJW 2018, S. 1917 (1919) sowie Hoeren/Pinelli/Haag, KI - Ethik und Recht, S. 123-126, va. mit Blick auf den Telos der EU-RL, welche keine unmittelbare Handlung eines Menschen fordern, sondern allenfalls mittelbare menschliche Handlung; letztlich wird hier keinerlei menschliche Handlung gefordert (S. 128).

⁷⁷ Im Ergebnis wohl auch: Wimmer, Algorithmusbasierte Entscheidungsfindung, S. 359; Steege, MMR 2019, S. 715 (718) plädiert für eine Änderung de lege ferenda und hält die Anwendung auf vollautonome KI de lege lata für ausgeschlossen.

wäre widersprüchlich im Hinblick auf das Ziel und würde eine Anwendung des AGG bei KI-Nutzung verhindern, also das AGG leerlaufen lassen und den Opferschutz für die Betroffenen verhindern⁷⁸.

bbb. Abgrenzung zum Datenschutz (Art. 22 DS-GVO)

KI-Systeme, welche vollständig automatisiert entscheiden (ADM-Systeme), unterfallen Art. 22 I DS-GVO, soweit die Entscheidung rechtliche Wirkung entfaltet oder ähnlich erhebliche Beeinträchtigungen hervorbringt; diese Systeme sind aus Datenschutzperspektive verboten⁷⁹. In der gebotenen Kürze ist von der Anwendung der Norm zumindest bei Einstellungsverfahren (Erw. Nr. 71 DS-GVO), Absagen und Kündigungen durch KI auszugehen. Dies gilt regelmäßig nicht für Weisungen des Arbeitgebers, ohne erhebliche Beeinträchtigung (a.A.: Versetzung), nicht für Stellenzusagen (keine Beeinträchtigung des Betroffenen). Die Norm greift auch nicht bei menschlicher Letztentscheidung und einem Entscheidungsspielraum des Menschen, was zumindest inhaltliche Auseinandersetzung des Menschen erfordert.⁸⁰ Regelmäßig werden die Ausnahmen des Art. 22 II DS-GVO nicht eingreifen, da die Automatisierung idR. nicht erforderlich im Sinne von lit. a ist (Ausnahme ggfs. bei überaus vielen Bewerbungen, welche ohne KI nicht zu handeln sind; niemals aber bei diskriminierender KI) und eine wirksame Einwilligung (lit. c) an den strengen Anforderungen scheitern wird (Kopplungsverbot)⁸¹.

bb. Wissenszurechnung – „wegen eines Merkmals“ (§ 166 BGB analog)

Die Behandlung ist somit anzunehmen (die Problematik der Vergleichsgruppenbestimmung ist kein KI spezifisches Problem und dh. nicht thematisiert). Dies ist aber nur ausreichend für den Tatbestand soweit dies auch in Anknüpfung des Merkmals, also kausal geschehen ist („wegen eines Merkmals“)⁸². Dies setzt regelmäßig Kenntnis voraus und damit Wissen⁸³, was Fragen der Wissenszurechnung (§ 166 BGB) bzgl. dem Betreiber (AG) aufwirft. Die Anwendung von § 166 BGB setzt einen Wissensvertreter, im Sinne eines rechtsgeschäftlichen Vertreters (§ 164 I BGB) voraus⁸⁴, was eine KI mangels

⁷⁸ H/H/S/Straker, Multimedia-Recht, Teil 15.6, Rn. 22-23.

⁷⁹ G/G/B, NZA 2024, S. 234 (235); E/R/L, Datenschutzrecht, § 16, Rn. 71 sowie RN. 7-22.

⁸⁰ Meyer, NJW 2023, S. 1841 (1845); Vogel, KI und Datenschutz, S. 122-132.

⁸¹ Lang/Reinbach, NZA 2023, S. 1273 (1276); G/G/B, NZA 2024, S. 234 (236).

⁸² EuGH, Urteil v. 26.02.2015 – C-515/13, in NZA 2015, 473; JurisPK-BGB/Broy, AGG, § 3, Rn. 7 spricht von: „durch Merkmal motiviert sein[.]muss hieran bei seiner Handlung anknüpfen“; v. Roetteken, AGG, § 3, Rn. 376-378c für eine weite Auslegung des TB auf Grund der unterschiedlichen Sprachfassungen (Rn. 378).

⁸³ Erman/Armbrüster, AGG, § 3, Rn. 8 u. 10.

⁸⁴ JurisPK-BGB/Weinland, BGB, § 166, Rn. 12.

Subjekteigenschaft (Geschäfts- und Rechtsfähigkeit) nicht ist⁸⁵ (hierzu in Punkt 5). Allerdings ist eine analoge Anwendung auf vergleichbare Tatbestände anerkannt⁸⁶. Wissensvertreter ist hierbei im Grundsatz, wer als Repräsentant des AG im Rechtsverkehr für diesen Auftritt und Aufgaben in eigener Verantwortung übernimmt⁸⁷. Grundsätzlich kann eine Kausalität und somit Wissen nur vorliegen, wenn ein verpöntes Merkmal bekannt ist oder angenommen wird⁸⁸, gleiches gilt bei einem Motivbündel⁸⁹, und an dieses angeknüpft wird – dies gilt auch bei KI. Dagegen ist eine Kenntnis des Merkmals abzulehnen, wenn dem AG dies nicht bekannt ist und auch nicht in zumutbarer Weise bekannt werden konnte⁹⁰. Fraglich ist daher, ob sich der AG erlangtes Wissen der KI zurechnen lassen muss (§ 166 BGB analog), handelt doch nur dieser im Sinne des AGG. Dies ist der Fall, wenn der AG die Kriterien der Entscheidung im Modell nachvollziehen könnte (zB. Entscheidungsbäume) - dies wäre offensichtlich ein Fall der zumutbaren Kenntniserlangung (Kennenmüssen)⁹¹. Soweit der Arbeitgeber allenfalls den In- und Output nachvollziehen kann (zB. auf Grund der Verwendung von neuronalen Netzen), ist eine Wissenszurechnung problematisch⁹². Grundlegend ist hierzu ein BGH-Urteil aus dem Jahr 1996 heranzuziehen⁹³. Dieses stellt auf arbeitsteilige Organisationen ab, in welchen ein Mensch als Repräsentant mit eigener Verantwortung für das Unternehmen Wissen erlangt – was typischerweise aktenmäßig festgehalten wird – und welches durch die Organisation nicht zur Kenntnis genommen wird. In dieser Situation soll die Gegenpartei, insbesondere bei unterlegenen Konstellationen, sich so stellen können als hätte diese es mit einer Person zutun und nicht mit einer organisatorischen Aufspaltung (Rn. 20). Ziel ist der Verkehrsschutz (Rn. 22). Hierbei muss das Risiko der Wissensaufteilung derjenige tragen, welcher diese veranlasst u. das Risiko beherrschen könnte (Rn. 25). Wissen ist hierbei nur zuzurechnen, wenn Anlass besteht, sich diesem zu vergewissern (Rn. 26). Somit ist festzuhalten, dass Wissensorganisationspflichten dem Verkehrsschutz dienen, insbesondere beim unterlegenen Arbeitnehmer (vergleichbar der

⁸⁵ H/H/S/Straker, Multimedia-Recht, Teil 29.2., Rn. 14f.

⁸⁶ BGH, Urteil v. 24.01.1992 – V ZR 262/90; MüKoBGB/Schubert, BGB, § 166, Rn. 27.

⁸⁷ BGH, Urteil v. 20.10.2004 – VIII ZR 36/03; JurisPK-BGB/Weinland, BGB, § 166, Rn. 13.

⁸⁸ Juncker, Arbeitsrecht, § 3, Rn. 161.

⁸⁹ Lewinski/de Barros Fritz, NZA 2020, S. 620 (622); Juncker, Arbeitsrecht, § 3, Rn. 161.

⁹⁰ Staudinger/Serr, AGG, § 3, Rn. 19-21; Juncker, Arbeitsrecht, § 3, Rn. 161.

⁹¹ BAG, Urteil v. 26.09.2013 – 8 AZR 650/12, in NZA 2014, S. 258 (261); Hacker, RW 2018, S. 243 (271).

⁹² Wimmer, Algorithmusbasierte Entscheidungsfindung, S. 367-371; Hacker, NJW 2020, S. 2142 (2146), plädiert für eine Anwendung von §§ 278 und 166 BGB analog; ders., RW 2018, S. 243 (271ff); Schepers, digitalisierte Personalauswahl, S. 41, plädiert aus Billigkeitsgründen für eine Zurechnung des Wissens, wohl als Kennenmüssen; Hoeren/Pinelli/Haag, KI - Ethik und Recht, S. 129, o. Begründung für § 166 BGB.

⁹³ BGH, Urteil v. 02.02.1996 – V ZR 239/94.

Situation: Verbraucher/Unternehmer). Gleichzeitig soll sich durch Wissensaufteilung keine Schutzlücke bilden können.

Hier erlangt allerdings der Mensch (in Form des AG) kein Wissen, sondern dieses Wissen existiert (implizit) nur innerhalb der KI. Zudem ist Wissen in unbegrenzter Form speicherbar (also kein begrenztes Aktenwissen), allerdings explizit für den Menschen idR. nicht zu erlangen (Blackbox).

Daher ist der Ansatz von Spindler/Seidel⁹⁴ eine Aufklärungspflicht (aus § 241 II BGB) zu fordern verfehlt, da das Wissen nicht (explizit) beim AG vorliegt.

Grundlegend haben OLG Hamm⁹⁵ und LG Saarbrücken⁹⁶ bereits entschieden, dass Software und deren Wissen in den Softwaredatenbanken als Wissen dem Betreiber ausdrücklich zuzurechnen ist. Die eigene Verantwortung wird dem Betreiber durch Inbetriebnahme zugeschrieben und zugleich die Organisationspflicht begründet, den Datenbestand zur Kenntnis zu nehmen.

Die Urteile können nicht direkt übertragen werden, da in den Fällen der Datenbestand einsehbar gewesen wäre, was bei KI idR. nicht der Fall ist.

Letztlich ist damit die Frage zu beantworten, ob KI ein Wissensträger ist (Wissen also nur anthropomorph u. damit menschlich möglich ist)⁹⁷.

Die Betrachtung von KI lässt erkennen, dass diese eigenständig neues Wissen generieren kann (Input; zB. Videointerview und deren Auswertung), dieses neue Wissen speichern kann (Layers) und hieraus neues und abgeleitetes Wissen generieren kann (Output; zB. in Form einer Bewertung des Videointerviews), also eigenständig agiert. Somit muss der Wissensbegriff mit Seidel⁹⁸ ein funktionaler sein und KI selbst Wissen erwerben und speichern können – die KI ist dh. selbst ein Wissensträger. Dies wird auch der Praxis gerecht, dass KI zunehmend den Menschen bei der Beschaffung und Auswertung von Wissen ersetzt. Zugleich zeigt die Rechtsprechung des BGH aber auf, dass eine positive Kenntnis bestehen muss (Aktenwissen). Hiervon ist im Zweifel auszugehen, solange das verpönte Merkmal präsent war, zB. durch eigene Angabe in der Bewerbung oder einem Interview. Zudem tritt im Beschäftigtenkontext (insbesondere Recruiting) die KI regelmäßig im Rechtsverkehr für den AG auf, trifft im Zweifel auch Entscheidungen für diesen (Wissensvertreter). Die Wissensverantwortung selbst verbleibt bei der Entität, welche die KI in Betrieb setzt. Der Wissensträger u. dessen Wissen werden somit grundsätzlich dem Betreiber über § 166 BGB analog zugerechnet. Dies wird

⁹⁴ Spindler/Seidel, NJW 2018, S. 2153 (2155).

⁹⁵ OLG Hamm, Urteil v. 08.09.2011 – 27 U 36/11, S. 3, in BeckRS 2011, 23787.

⁹⁶ LG Saarbrücken, Urteil v. 17.12.2015 – 4 O 82/15, S. 5, in BeckRS 2016, 2971.

⁹⁷ Seidel, CR 2023, S. 636 (637); Freyler, BB 2021, S. 2178 (2180).

⁹⁸ Seidel, CR 2023, S. 636 (638); zustimmend: Kuntz, ZfPW 2022, S. 177 (194-195), allerdings für den Fokus auf organisationsbezogene Aspekte beim KI-Einsatz (195).

auch der Risikoverteilung anhand wirtschaftlicher Aspekte gerecht⁹⁹. Der AG nutzt die KI zur Kostensenkung und Produktivitätssteigerung, profitiert also vom Einsatz der KI. Hingegen hat der Arbeitnehmer, zB. als Bewerber, regelmäßig keinerlei nennenswerte Vorteile – die wirtschaftlichen Vorteile liegen also beim AG (auch Argument des *cheapest cost avoider*¹⁰⁰).

Der Bearbeiter folgt damit den Erwägungen des OLG Hamm, auch beim Einsatz von KI. Es liegt im Verantwortungsbereich des Benutzers (AG), ob dieser sich einer KI bedient. Tut er dies wissend dessen, den Datenbestand nicht einsehen zu können und somit ein unbekanntes Risiko zu verwirklichen, muss dieser sich das Wissen der KI als Wissensverantwortung zurechnen lassen, was letztlich eine Organisationshaftung postuliert¹⁰¹. Es tritt hinzu, dass andernfalls der AG seine Haftung auf Grund des KI-Einsatzes vollständig ausschließen könnte, zulasten der schwächeren Partei des AN, welche einseitig belastet wäre¹⁰². Eine Ausnahme von der wertenden Wissenszurechnung sollte nur gemacht werden, wenn dem AG der Nachweis gelingt ernsthafte und umfassende Anstrengungen unternommen zu haben, um nach dem Stand der Technik, die Risiken auszuschließen (dies wird ohne den Einsatz einer *white* oder *grey* KI regelmäßig nicht gelingen)¹⁰³.

cc. Zwischenfazit der unmittelbaren Diskriminierung (§ 3 I AGG)

Eine unmittelbare Diskriminierung ist beim Einsatz von KI möglich und der Betroffene (AN) de lege lata durch das AGG (bis hierher) geschützt. Die Handlung verbleibt stets beim Menschen und Wissen der KI ist dem AG (als Organisationshaftung) zuzurechnen. Rechtfertigungsgründe werden an dieser Stelle nicht betrachtet (s.o.). Abzugrenzen ist die Frage der Handlung im Sinne des § 3 AGG deutlich von der Frage einer potenziellen Zurechnung von KI¹⁰⁴. Die Handlung selbst dient nur der Bearbeitung, ob eine KI handeln kann oder ein Mensch letztlich diese Handlung vornimmt, wie gesehen. Dagegen ist die Zurechnung einer Handlung zu einem Arbeitgeber, genau also schon die Frage des Haftungssubjekts, eine Frage *va. des Schadenersatzes* und somit eine Frage des Adressaten für den Anspruch des Arbeitnehmers (hierzu in Punkt 5).

⁹⁹ Kuntz, ZfPW 2022, S. 177 (192); Seidel, CR 2023, S. 636 (638) und Freyler, BB 2021, S. 2178 (2181): ablehnend für positive Kenntnis durch Wissenszurechnung, insbesondere bei reiner Speicherung von Informationen und somit Nachforschungspflichten ablehnend.

¹⁰⁰ Vgl. statt aller: Burchardi, EuZW 2022, 685 (690).

¹⁰¹ Zustimmend: Linke, MMR 2021, S. 200 (203); Seidel, CR 2023, S. 636 (639f) – über § 166 BGB analog als wertende Wissenszurechnung; Kuntz, ZfPW 2022, S. 177 (203), stellt *va. auf* Kontrollpflichten des AG ab, insbesondere wer KI einsetzt, ohne die Möglichkeit der Kontrolle, verwirklicht ein Risiko welchem gerade mit der Wissenszurechnung entgegengesteuert werden soll – er lehnt hierbei die KI als Wissensvertreter ab und nimmt eine Zuschreibung über Wissensorganisationspflichten vor.

¹⁰² Hacker, RW 2018, S. 243 (278); Wimmer, Algorithmusbasierte Entscheidungsfindung, S. 369.

¹⁰³ Dzida/Groh ArbRB, 2018, S. 179; H/H/S/Straker, Multimedia-Recht, Teil 15.6, Rn. 49-51.

¹⁰⁴ Statt vieler: Lewinski/de Barros Fritz, NZA 2020, S. 620 (621), mwN. in Fn. 15.

b. Mittelbare Diskriminierung (§ 3 II AGG)

aa. Mittelbare Diskriminierung (§ 3 II Hs. 1 AGG)

Eine mittelbare Benachteiligung besteht, „wenn dem Anschein nach neutrale Vorschriften, Kriterien oder Verfahren Personen wegen eines in § 1 genannten Grundes gegenüber anderen Personen in besonderer Weise benachteiligen können, es sei denn, die betreffenden Vorschriften, Kriterien oder Verfahren sind durch ein rechtmäßiges Ziel sachlich gerechtfertigt und die Mittel sind zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich“.

Im Ausgangspunkt stehen somit ebenfalls eine Behandlung und eine Kausalität (dh. Wissenszurechnung)¹⁰⁵, wie bereits unter Punkt II a geprüft. Auch wird, wie bei der unmittelbaren Benachteiligung, eine vergleichbare Situation erforderlich, welche kein spezifisches KI-Problem darstellt. Die Maßnahme (Differenzierungsgrund) darf hierbei nicht direkt an ein Merkmal des § 1 AGG anknüpfen (unmittelbare Diskriminierung) und muss daher ein scheinbar neutrales Kriterium sein, welches von Menschen mit und ohne Merkmal (§ 1 AGG) erfüllt wird. Im Ergebnis werden aber Menschen mit einem verpönten Merkmal überproportional belastet¹⁰⁶.

Bei der Anwendung algorithmischer Entscheidungsprozesse (KI) ergeben sich hier besondere Risiken für die Betroffenen. Dies folgt daraus, dass KI besonders geeignet ist, Korrelationen aus vorliegenden Informationen (Daten) abzuleiten und diese (gerade bei starker Rechen- und Modelleistung) selbst bei kleinsten Korrelationen aufzuspüren und hieraus Schlussfolgerungen abzuleiten. Hierbei muss die KI gerade keine direkten Ableitungen aus verpönten Merkmalen vornehmen. Diese Korrelationen können sich aber aus Ersatzvariablen (Proxys) ergeben und dadurch Merkmalsträger überproportional benachteiligen.¹⁰⁷

An dieser Stelle können nur einige (bekannte) Probleme skizziert werden:

Anknüpfung beim Berufserfolg an Berufsjahre bei gleichem Alter als Proxy für Geschlecht, welche idR. Frauen stärker diskriminiert (Sorgearbeit)¹⁰⁸.

Die gleiche Thematik kann auch eine Altersdiskriminierung begründen¹⁰⁹.

Anknüpfung an den Wohnort und der Entfernung zum Arbeitsort als Bewertungskriterium für Unternehmensverbleib (Fluktuation) und Produktivität bei Stadtteilen, in welchen überwiegend Menschen mit Migrationshintergrund wohnen, also einem Proxy für Ethnie¹¹⁰.

¹⁰⁵ ErfK/Schlachter, AGG, § 3, Rn. 13.

¹⁰⁶ ErfK/Schlachter AGG § 3 Rn. 9-12; Koch/Nguyen, EuR 2010, S. 364 (364).

¹⁰⁷ Lauscher/Legner, ZfDR 2022, S. 367 (374f); Sesing/Tschech, MMR 2022, S. 24 (26); Lang/Reinbach, NZA 2023, S. 1273 (1274f)

¹⁰⁸ Lang/Reinbach, NZA 2023, S. 1273 (1274).

¹⁰⁹ BAG, Urteil v. 26.05.2009 – 1 AZR 198/08, in NZA 2009, S. 849.

¹¹⁰ Lauscher/Legner, ZfDR 2022, S. 367 (375); Kim, WMLR 2017, S. 857 (863).

Anknüpfung an eine Schule oder Universität als Kriterium für erfolgreiche Menschen, welche aber unterproportional von bestimmten Merkmalsträgern besucht werden, also einem Proxy für Geschlecht und va. Ethnie¹¹¹.

Anknüpfung an den Familienstand als Kriterium für Produktivität, welches aber einen Proxy für sexuelle Orientierung oder Geschlecht darstellen kann¹¹².

Eine Anknüpfung an Sprachniveaus aus Lebensläufen könnte eine verbotene Proxyanknüpfung an die Ethnie darstellen¹¹³.

Probleme können sich auch aus Video- oder Audiointerviews ergeben. Hierbei besteht die Gefahr (zB. aus der Ableitung von Sprachverständnis, als Anforderungskriterium), dass die KI überproportional Menschen mit Behinderung oder Migrationshintergrund diskriminiert¹¹⁴.

Gleiche Probleme können mit KI-Chatbots auftreten, soweit diese zB. emotionale Befindlichkeiten bewerten, als Proxy für Behinderungen¹¹⁵.

Aus der Perspektive des Betroffenen ist problematisch, dass dieser häufig den Einsatz der KI nicht kennen wird und selbst wenn, die Zusammensetzung der Algorithmen nicht kennt oder gar verstehen kann, was für einen Nachweis der Diskriminierung über Proxymerkmale besondere Schwierigkeiten bereitet¹¹⁶, sodass häufig nur statistische Nachweise möglich sein werden¹¹⁷ (s. Punkt 5).

bb. Rechtfertigung der mittelbaren Diskriminierung (§ 3 II Hs. 2 AGG)

Gleichzeitig, soweit es dem Betroffenen gelingt eine Diskriminierung nachzuweisen, müsste der AG eine Rechtfertigung darlegen und im Zweifel beweisen, gem. § 3 II Hs. 2 AGG. Dies bedeutet, dass der AG beweist, dass das Merkmal nicht kausal für die überwiegende Betroffenheit der Gruppe ist oder eine Rechtfertigung besteht, was ein rechtmäßiges Ziel sowie Mittel, die zur Erreichung dieses Ziels angemessen und erforderlich sind, voraussetzt.¹¹⁸

Die Literatur ist bzgl. der Rechtfertigung gespalten. Sesing/Tschech¹¹⁹ sehen die Ausnahme regelmäßig nicht gewahrt, da die KI keinen Zweck per se verfolgt und eine sachliche Rechtfertigung einer statistischen Diskriminierung somit regelmäßig nicht möglich ist (dies hält der Bearbeiter nicht für überzeugend).

¹¹¹ Barocas/Selbst, CLR 2016, S. 671 (689).

¹¹² Wimmer, Algorithmbasierte Entscheidungsfindung, S. 378.

¹¹³ BAG, Urteil v. 22.06.2011 – 8 AZR 48/10, in NZA 2011, S. 1226 (1230).

¹¹⁴ Freyler, NZA 2020, S. 284 (288).

¹¹⁵ Dzida/Groh, NJW 2018, S. 1917 (1919).

¹¹⁶ Lang/Reinbach, NZA 2023, S. 1273 (1275).

¹¹⁷ Lauscher/Legner, ZfDR 2022, S. 367 (375).

¹¹⁸ BAG, Urteil v. 19.05.2016 – 8 AZR 477/14, Rn. 41, in BeckRS 2016, S. 74826; BAG, Urteil v. 29.06.2017 – 8 AZR 402/15, Rn. 62; D/NW, AGG, § 3, Rn 18-21; Staudinger/Serr, AGG, § 3, Rn. 32-34 sowie § 22, Rn. 10; ErfK/Schlachter, AGG, § 22, Rn. 2; v. Roetteken, AGG, § 3, Rn. 779f; a.A. Erman/Armbrüster, AGG, § 3, Rn. 16; JurisPK/Broy, AGG, § 3, Rn. 71-73.

¹¹⁹ Sesing/Tschech, MMR 2022, S. 24 (26).

Lauscher/Legner¹²⁰ u. Hacker¹²¹ stellen auf den Betreiber ab (was korrekt ist) und gehen davon aus, dass eine Rechtfertigung gelingen wird, soweit keine Diskriminierung auf Umwegen realisiert wird. Dies soll aus einem idR. legalen und diskriminierungsfreien Ziel folgen. Allerdings müsste in der Geeignetheit hierzu vom Betreiber zumindest auf die maßgeblichen Faktoren der KI abgestellt werden, was regelmäßig schwierig werden wird und auch die Autoren führen an, dass mit der Rechtsprechung des EuGH¹²² zzt. keine allgemeinen Behauptungen ausreichend sind. Allerdings meinen die Autoren, dass ein Beleg der Geeignetheit durch damalige Testdatensätze zu führen wäre, welche die einwandfreie Funktionsweise der KI belegen könnte. Die Erforderlichkeit sehen die Autoren als gegeben an, da die KI Korrelationen zur Auffindung benutzt, welche passender sind als die menschlicher Bearbeiter. Letztlich zielt dies gemäß der Autoren auch auf die Angemessenheit, da eine KI gerade nicht (anders ein menschlicher Bearbeiter) voreingenommen ist.

Die vorgenannte Position der Autoren ist zu allgemein u. überzeugt daher nicht¹²³. Zumindest im Recruiting wird es regelmäßig nicht am Ziel als solches scheitern, dass BAG¹²⁴ erkennt die Suche nach dem am besten geeigneten Bewerber als rechtmäßiges Ziel an, was auch als KI-Ziel zu unterstellen ist. Auch für andere Bereiche ist grundsätzlich jedes Ziel des Arbeitgebers, welches nicht selbst diskriminierend ist oder von der Wertordnung abgelehnt wird, anzuerkennen (weiter Bewertungsspielraum des AG)¹²⁵.

Die Verhältnismäßigkeit (angemessen und erforderlich) richtet sich gem. BAG¹²⁶ nach folgenden (zentralen) Kriterien: Das Ziel darf nicht durch andere geeignete und weniger einschneidende Mittel erreicht werden können. Zudem ist das Ziel nur angemessen, wenn es nicht übermäßig benachteiligt. Es handelt sich also stets um eine Abwägung im Einzelfall.

Die KI wird regelmäßig geeignet sein, wenn die Berechnung zur wahrscheinlichsten Zielerfüllung beiträgt (zB. wahrscheinlichste Berufserfolgsaussichten des Bewerbers). Allerdings wird im Zweifel der AG auch beweisen müssen, dass die Muster (Kriterien) tatsächlich den Erfolg belegen (keine Aussage ins Blaue hinein). Dies kann problematisch sein, wenn die Kriterien vollkommen abwegig und wissenschaftlich nicht fundiert sind. Zudem könnte eine vollständige Persönlichkeitsdurchleuchtung durch die KI, welche verboten ist, das

¹²⁰ Lauscher/Legner, ZfDR 2022, S. 367 (376f).

¹²¹ Hacker, Common Market Law Review 2018, S. 1143 (1160).

¹²² EuGH, Urteil v. 09.02.1999 – C-167/97 in BeckRS 2004, S. 74617.

¹²³ Freyler, NZA 2020, S. 284 (288), spricht zurecht von einer Einzelfallabwägung.

¹²⁴ BAG, Urteil v. 29.06.2017 – 8 AZR 402/15, Rn. 62; Freyler, NZA 2020, S. 284 (288).

¹²⁵ BAG, Urteil v. 28.01.2010 - 2 AZR 764/08, Rn. 19; Dzida/Groh, NJW 2018 S. 1917 (1920).

¹²⁶ BAG, Urteil v. 29.06.2017 – 8 AZR 402/15, Rn. 61.; EuGH, Urteil v. 16.06.2015 - C-83/14, Rn. 118ff.

Modell als ungeeignet zur Zielerreichung erscheinen lassen. Zudem kann eingewandt werden, dass nur Korrelationen und nicht Kausalitäten aufgezeigt werden, das Modell also grundsätzlich ungeeignet ist und besonders problematisch, bei Blackbox-Modellen, wird der AG regelmäßig keinerlei Erklärungen abgeben können und die Geeignetheit daher nicht beweisen können (hier könnte allenfalls mit protokollierten (fortlaufenden) Tests oder Zertifizierungen der KI gearbeitet werden).¹²⁷

Soweit die KI also im Einzelfall geeignet ist, müsste diese zudem auch erforderlich sein, also kein gleich gut geeignetes Mittel mit weniger einschneidenden Kriterien zur Zielerreichung vorliegen. Dies bedeutet, die Zielerreichung dürfte nicht durch ein anderes Kriterium, welches nicht mittelbar diskriminiert, möglich sein.

Als milderer Mittel käme zB. ein Verfahren ohne KI in Betracht. Regelmäßig wird der Mensch aber mindestens ebenso von Vorurteilen und Verzerrungen geprägt sein, sodass dies kein milderer Mittel mit gleicher Zielerreichung darstellen würde¹²⁸. Eine weitere Möglichkeit wäre, einzelne Merkmale im Modell nicht mehr zu berücksichtigen. Problematisch ist hierbei, dass damit einerseits nicht sicher wäre, ob durch andere Proxys die gleichen Anknüpfungen entstehen würden und andererseits könnte das Modell somit an sich schlechtere Ergebnisse im Sinne der Zielerreichung liefern, was der Geeignetheit im Weg stünde. Damit dürfte in der Regel die Erforderlichkeit des Modells begründbar sein. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass möglichst genaue Aufzeichnungen zum Modell und zur Auswahl dessen sowie den Variablen vorliegen sollten¹²⁹.

Die Angemessenheit, also insbesondere die nicht übermäßige Beeinträchtigung der diskriminierten Person, ist stets eine Einzelfallabwägung. Regelmäßig ist dies nur problematisch, wenn die Zweck-Mittel-Relation nicht gewahrt ist. Was der Fall ist, wenn die Schwere des Eingriffs nicht im Verhältnis zur Bedeutung des Ziels steht¹³⁰.

Hierbei ist va. eine erhebliche Begründung notwendig, wenn zwischen der benachteiligten Gruppe und der ohne diese Benachteiligung besonders große Unterschiede bestehen¹³¹. Ein Argument aus der Betroffenenperspektive könnte lauten, dass eine überproportionale Anknüpfung an Menschen mit einem verpönten Merkmal per se die Verhältnismäßigkeit der KI in Abrede stelle. Dies dürfte aber, soweit dadurch gerade das Ziel erreicht würde, in der Regel nicht

¹²⁷ Vgl. Orwat, Diskriminierungsrisiken durch Algorithmen, S. 10-16, zu Differenzierungskriterien; Spiecker gen. Döhm/Towfigh, Automatisch Benachteiligt, S. 52-56; umfassend: Wimmer, Algorithmusbasierte Entscheidungsfindung, S. 382-385.

¹²⁸ Wimmer, Algorithmusbasierte Entscheidungsfindung, S. 78-113 m. div. Studien.

¹²⁹ Dzida/Groh, NJW 2018, S. 1917, (1921).

¹³⁰ BAG, Urteil v. 13.10.2016 – 3 AZR 439/15, Rn. 65.

¹³¹ BAG, Urteil v. 09.12.2015, 4 AZR 684/12, Rn. 46.

verfangen. Zumal hierfür die genauen Ergebnisse und Variablen im Algorithmus bekannt sein müssten, was überwiegend nicht der Fall sein dürfte.¹³²

Die Betrachtung der §§ 5, 8-10 AGG verspricht keinen Mehrwert für die Arbeit und unterbleibt daher; die Normen sind aber (§§ 8-10 subsidiär) anwendbar¹³³.

cc. Zwischenfazit zur mittelbaren Diskriminierung (§ 3 II AGG)

Das AGG adressiert auch in diesem Bereich die Probleme beim KI-Einsatz und trägt zu einer Lösung de lege lata bei. Die Rechtsunsicherheiten bedingen sich hier in der Eigenart der KI, daher in der Intransparenz und somit einem Erkenntnis- und Beweisproblem für den Betroffenen sowie einem Rechtfertigungs- und Beweisproblem auf Arbeitgeberseite, soweit die Diskriminierung durch den AN bewiesen wird. Insbesondere stellt die Geeignetheit eine erhebliche Hürde für den AG da, welche durch pauschale Aussagen ins Blaue hinein niemals überwunden werden kann. Hilfreich könnten hier KI-Zertifizierungen oder Testnachweise sein, worauf die KI-VO zu prüfen sein wird. Stets bleibt es aber eine Einzelfallabwägung.

3. Zwischenfazit zur verbotenen Diskriminierung (§ 7 iVm. § 3 AGG)

Das TB in Form einer Behandlung liegt beim Einsatz von KI, durch den Menschen, vor. Die Kausalität und damit Wissenszurechnung gem. § 166 BGB analog liegt vor. Eine KI ist hierbei selbst Wissensträger und aus den Organisationspflichten des AG folgt die Verpflichtung der Kenntnisnahme dieses Wissens, wenngleich dies praktisch verwehrt sein kann. Zudem können Proxymerkmale eine mittelbare Diskriminierung begründen, hierbei ist ein Beweis für die mittelbare Heranziehung verpönter Merkmale für den Betroffenen problematisch. Eine Rechtfertigung der mittelbaren Diskriminierung durch den AG droht an der Geeignetheit zu scheitern, was insbesondere an der mangelnden Erklärbarkeit der Modelle liegt. Hier bleibt abzuwarten, ob die KI-VO Abhilfe schaffen kann, zB. durch Zertifizierungen einer KI oder die Rechtsprechung Testdokumentationen vorab anerkennen. Insgesamt zeigt sich ein Kenntnis- und Beweisproblem auf Seite des AN (Punkt 5) sowie ein Rechtfertigungsproblem durch den AG u. es ist fraglich, ob der AG aus präventiven Gründen (§ 12 I AGG; Punkt 4) ggfs. auf KI verzichten muss. Insgesamt kann das AGG de lege lata die maßgeblichen Probleme adressieren und lösen, bis hierher.

4. Organisationspflichten des AG (§ 12 I AGG)

Grundsätzlich ist § 12 I AGG nicht europarechtlich geprägt. Vielmehr überlassen die RL den Schutz, also die Zielverwirklichung, wesentlich den Mitgliedsstaaten.

¹³² Wimmer, Algorithmusbasierte Entscheidungsfindung, S. 387-389.

¹³³ Statt aller: S/S/P/Plum, AGG, § 3, Rn. 111.

Als eine präventive Maßnahme, wie § 12 I AGG, zielen RL 2000/43, Art. 11 II und RL 2000/78, Art. 13 II einzig auf Betriebsvereinbarungen zum Schutz vor Diskriminierungen. Insoweit ist die Generalprävention des § 12 I AGG am deutschen Recht zu messen, welches über die Anforderungen der RL im AGG hinausgeht.¹³⁴

Grundsätzlich ist eine Maßnahme, im Sinne des § 12 I AGG, eine Handlung des AG, um eigene und fremde Diskriminierung präventiv zu verhindern¹³⁵. Ziel ist die Schaffung eines diskriminierungsfreien Arbeitsumfeldes¹³⁶. Hierbei hat der AG weitgehend alle rechtlichen, wirtschaftlichen und organisatorischen Maßnahmen zu ergreifen, um dieses Ziel zu erreichen¹³⁷. Die Bestimmung der Maßnahme ist im Einzelfall vorzunehmen¹³⁸. Die besondere Gefahr von Diskriminierungen ist durch den Einsatz von KI bereits in dieser Arbeit aufgezeigt worden, allerdings muss hierbei bedacht werden, dass regelmäßig die Gefahr von Diskriminierungen durch Menschen ungleich höher ist¹³⁹. Somit ist eine generelle (präventive) Testpflicht einer KI auf diskriminierende Tendenzen nicht abzuleiten, sodass allenfalls nach dem ersten Bekanntwerden von diskriminierenden Tendenzen einer KI eine Handlungspflicht besteht. Dies folgt mit dem Recht *de lege lata* auch daraus, dass keine Pflicht des AG besteht seine Mitarbeitenden umfassend auf solche Tendenzen zu überwachen. Vielmehr könnten allenfalls Informationspflichten beim Programmierer angezeigt sein, ob die KI ohne Diskriminierung arbeitet (Vergangenheit) oder eine Hinweispflicht an diesen, eine diskriminierungsfreie KI sicherzustellen – vergleichbar präventiven Schulungen eigener Mitarbeiter.¹⁴⁰

Eine Unterlassungspflicht besteht damit erst nach dem Bekanntwerden von Diskriminierungstendenzen oder bei wissentlich diskriminierenden Parametern. Tut der AG dies nicht, haftet dieser nach § 15 AGG iVm. § 12 I AGG. Eine konkrete und präventive Testpflicht ergibt sich *de lege lata* nicht¹⁴¹, wäre aber *de lege ferenda* wünschenswert. Hierauf ist die KI-VO zu prüfen. Eine

¹³⁴ v. Roetteken, AGG, § 12, Rn. 1.

¹³⁵ JurisPK-BGB/Overkamp, § 12, Rn. 1 u. 3-4; S/S/P/Suckow, § 12, Rn 1, 4-7; v. Roetteken, AGG, § 12, Rn. 7-10; verfehlt ist die Annahme von Staudinger/Serr, AGG, § 12, Rn. 1 und ErfK/Schlachter, AGG, § 12, Rn. 1, eine Prävention nur ggü. Dritten zu begründen, welche nicht über § 278 zugerechnet werden können.

¹³⁶ JurisPK-BGB/Overkamp, § 12, Rn. 1.

¹³⁷ S/S/P/Suckow, § 12, Rn. 10.

¹³⁸ BAG, Urteil v. 29.06.2017 – 2 AZR 302/16, Rn. 29; S/S/P/Suckow, § 12, Rn. 12.

¹³⁹ Wimmer, Algorithmusbasierte Entscheidungsfindung, S. 78-113 m. div. Studien.

¹⁴⁰ a.A. Spiecker gen. Döhm/Towfigh, Automatisch Benachteiligt, S. 48f, wohl für Testpflicht in präventiver Form; offengelassen: Hirdina, Arbeitsrecht, § 2, S. 33, wohl nur für Haftung aus §§ 15, 12 I AGG, soweit AG diskriminierende KI einsetzt sowie Freyler, NZA 2020, S. 284 (289), ebenso für Haftung, aber ohne Präzisierung der Schutzmaßnahmen Lang/Reinbach, NZA 2023, S. 1273 (1275), ebenso BeckOGK/Benecke, AGG, § 15, Rn. 20.1. - Zurechnung bei eigenem Verschuldensvorwurf.

¹⁴¹ Sesing/Tschech, MMR 2022, S. 24 (26).

Organisationspflichtverletzung könnte sich zukünftig auch ergeben, soweit die KI-VO Zertifizierungs- oder Validierungspflichten auferlegt (Programmierer) und der Anbieter sich dieser nicht vor dem Einsatz vergewissert. Der AG muss somit nicht aus präventiven Gründen des § 12 I AGG auf den Einsatz von KI verzichten.

5. Schadenersatzanspruch des AN (§ 15 AGG)

Steht eine Benachteiligung als solches fest, gem. § 7 I AGG, eröffnen sich für die Betroffenen die Ansprüche aus den §§ 13 bis 16 AGG. Hierbei soll der Schadenersatz (§ 15 AGG) detailliert auf den AG-Einsatz von KI geprüft werden, um die Chancen (Ansprüche) der Betroffenen (AN) zu evaluieren.

Die hierzu zu beantwortenden Fragestellungen sind: Wer ist der Adressat des Anspruchs (KI oder Arbeitgeber), also auch Fragen von E-Person sowie ggfs. Zurechnung nach §§ 276 I, 278 BGB (Punkt b), sowie die Frage eines Auskunftsrechts der Betroffenen, um vom KI-Einsatz zu erfahren sowie ggfs. Details des Algorithmus zu erfahren (Punkt c) und Fragen der Beweislast aus Perspektive der Arbeitnehmer und Arbeitgeber (§ 15 iVm. § 22 AGG; Punkt d) – hier haben sich bereits Probleme gezeigt (Punkt 3). Zuvor soll kurz der Anspruch auf Schadenersatz erläutert werden, insbesondere bzgl. dem Verschulden des AG.

a. Erläuterung des Schadenersatzanspruchs (§ 15 AGG)

Als Anspruchsgrundlage für einen Vermögensschaden des AN kommt § 15 I 1 AGG in Betracht. Aus der Diskriminierung muss hierbei kausal ein Vermögensschaden entstehen (die Diskriminierung ist also im Grundsatz eine Pflichtverletzung des AG). Hierbei ist aus Satz 2 ein Verschulden abzuleiten, dieses ist europarechtswidrig und muss somit unangewendet bleiben. Die Forderung eines Verschuldens stellt ein Defizit an effektiver Sanktionierung unzulässiger Diskriminierungen auf Grund der RL 2006/54, Art. 18 sowie RL 2000/43, Art. 15 und RL 2000/78, Art. 17 dar. Anerkannt ist zudem, dass der Anspruch, soweit ein Vermögensschaden auf Grund von Nichteinstellung besteht, nur wirksam ist, soweit der Bewerber nachweist, dass dieser der bestgeeignete Bewerber war u. bei diskriminierungsfreier Auswahl eingestellt worden wäre.¹⁴²

Bislang hat das BAG¹⁴³ die Frage des Verschuldens nicht ausdrücklich entschieden, aber deren Unionsrechtskonformität zuletzt in Zweifel gezogen.

¹⁴² EuGH, Urteil v. 8.11.1990 – C-177/88, Rn. 21; EuGH, Urteil v. 22.04.1997 – C-180/95, Rn. 17-19 – jeweils zum § 611a I, II a.F.; Dütz/Thüsing, Arbeitsrecht, § 7, Rn. 298; Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht, § 3, Rn. 127; Kocher, Europäisches Arbeitsrecht, § 4, Rn. 216; B/H/R, Arbeitsrecht, Rn. 220 u. 360; a.A.: BVerwG, Urteil v. 25.07.2013 – 2 C 12/11, Rn. 11 sowie BVerwG, Urteil v. 06.04.2017 – 2 C 11/16 in NVwZ 2017, S. 1627, Rn. 18; vgl. zum Meinungsstand: S/S/P/Plum, AGG, § 15, Rn. 30-33 mwN.

¹⁴³ BAG, Urteil v. 18.05.2017 – 8 AZR 74/16, Rn. 53.

Die Frage an sich ist bedeutend. Von der Beantwortung hängt ab, ob §§ 276 bis 278 BGB anzuwenden sind, also insbesondere die Zurechnungsproblematik und zudem das Verschulden (Fahrlässigkeit, Vorsatz), wobei letzteres idR. nicht virulent wird, ist doch selbst leichteste Fahrlässigkeit ausreichend und muss sich doch der Arbeitgeber vom Verschulden exkulpieren – was bei einer undurchschaubaren Blackbox-KI idR. nicht gelingen wird¹⁴⁴. Aus Sicht des Bearbeiters bleibt es dabei, dass § 15 I 2 nicht anwendbar und europarechtswidrig ist¹⁴⁵. Die Frage, ob hieraus ein zeitlich unbefristeter Anspruch besteht, ist nicht höchstrichterlich entschieden¹⁴⁶, aber mit dem Argument des § 254 II BGB wohl zu verneinen, soweit der AN eine andere Beschäftigung dauerhaft unterlässt¹⁴⁷.

Dementgegen wird bei einem Nichtvermögensschaden ein Anspruch aus § 15 II 1 AGG zu nutzen sein. Dieser ist nicht abhängig von einem Verschulden. Dies gilt auch für einen Bewerber, welcher den Beweis des besten Bewerbers nicht führen kann (hier Begrenzung auf drei Monatsgehälter), gem. § 15 II 2 AGG.¹⁴⁸

Ein Anspruch auf Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses oder beruflichen Aufstieg besteht in keinem Fall, gem. § 15 VI AGG (a.A. öffentlicher Dienst, soweit die Stelle noch nicht besetzt ist, gem. Art. 33 II GG iVm. § 15 V AGG)¹⁴⁹.

KI spezifische Probleme bestehen in der Beweislast, dem Auskunftsrecht sowie Zurechnungsfragen (wenn man mit dem BVerwG ein Verschulden annimmt).

b. Adressat des Anspruchs – Ablehnung einer E-Person und Fragen der Zurechnung

Adressat des Schadenersatzanspruches (§ 15 AGG) sowie der Verbotsnorm des § 7 AGG ist der AG. Für § 15 I 1 AGG folgt dies direkt aus dem Wortlaut der Norm, es gilt § 6 II AGG. AG ist hierbei, wer Personen beschäftigt (§ 6 II 1 AGG). Ein Schadenersatzanspruch gegen Dritte wird hierbei nicht begründet. Für § 15 II AGG folgt dies nicht direkt aus dem Wortlaut der Norm, allerdings aus dem Sinn und Zweck der Norm, welche auf den AG aus Abs. 1 (§ 15 AGG) abzielt.¹⁵⁰

aa. E-Person (Rechtssubjekt)

Ausgangspunkt ist die Frage der Zurechnungs- und Verschuldensfähigkeit von KI, insbesondere soweit KI ein Objekt ist, sperrt der Wortlaut des § 278 BGB die

¹⁴⁴ S/S/P/Plum, AGG, § 15, Rn. 30; a.A.: v. Roetteken, AGG, § 22, Rn. 23 u. 39 bis 82 mwN.

¹⁴⁵ RL 2000/43, Art. 15; RL 2000/78, Art. 17; RL 2006/54, Art. 18 u. 25.

¹⁴⁶ Offen gelassen in BAG, Urteil v. 22.07.2010 – 8 AZR 1012/08, Rn. 93-95.

¹⁴⁷ Vgl. zum Streitstand: Küttner/Kania, Personalbuch, Diskriminierung, Rn. 122 mwN.

¹⁴⁸ BAG, Urteil v. 22.01.2009 – 8 AZR 906/07, in NZA 2009, S. 945; Juncker, Arbeitsrecht, Rn. 170f.

¹⁴⁹ B/B/W, AGG, § 15, Rn. 45-46.

¹⁵⁰ BAG, Urteil v. 28.05.2009 – 8 AZR 536/08, Rn. 24; BAG, Urteil v. 23.01.2014 – 8 AZR 118/13, Rn. 12ff.; S/S/P/Plum, § 15, Rn. 28 u. 47; JurisPK-BGB/Weth/Albert, § 15, Rn. 31, zustimmend bzgl. § 15 AGG und a.A. für § 7 AGG, welcher auch für Arbeitskollegen und Dritte gilt.

direkte Anwendung. Es muss sich demnach um eine natürliche Person handeln und der Erfüllungsgehilfe selbst muss schuldhaft gehandelt haben. Beides ist bei KI nicht möglich – eine Zurechnung wäre hier nur bei Fehlern von Dritten (in der Programmierung der Software) möglich, es drohen also Haftungslücken¹⁵¹. Um also eine KI als Haftungssubjekt im Sinne des § 15 AGG heranzuziehen, müsste die KI selbst Arbeitgeber sein und Subjekt im Sinne der Rechtsordnung, was die Frage der E-Person relevant macht. Dies ist mit Blick auf juristische Personen und rechtsfähige Personengesellschaften weder de lege lata noch de lege ferenda von einer menschlichen Eigenschaft abhängig¹⁵². Die Idee der E-Person entstammt v.a. der Begegnung und Schließung von Verantwortungslücken, insbesondere auf Grund der Blackbox-Problematik¹⁵³. Es zeigen sich bereits zahlreiche praktische Probleme: Haftungsmasse der E-Person (wer zahlt das Stammkapital, wie wird es erhalten, wird es ggfs. aufgefüllt); Erkennbarkeit der E-Person (Registerlösung, ggfs. Blockchainlösung); Externalisierung von Kosten (Einsatz der E-Person als Haftungsschild und Externalisierung der Kosten); gibt es eine Pflichtversicherung (Versicherungslösung für Haftungsmasse); welche KI ist E-Person (Abgrenzung der KI als solches)¹⁵⁴. Zudem fehlt es einer eigenständigen KI (E-Person) aber insbesondere am Überlebenswillen (zB. wirtschaftlicher Art) und an jeder Art von Weltansicht und moralischen Kompass; vielmehr drohen der KI bei wirtschaftlichen Fehlentscheidungen keine Konsequenzen. Dies ist bei Personengesellschaften u. juristischen Personen über deren Organe anders: hier handeln echte Menschen und diese haben eine (idR.) intrinsische Überlebensmotivation¹⁵⁵. Im Ergebnis bedarf es aber auch keiner E-Person, können doch bislang alle Fragen im bestehenden Recht, ggfs. mit kleineren Modifikationen, beantwortet werden (zB. über Wissensorganisationshaftung und eigenes Verschulden des Betreibers)^{156, 157}.

bb. E-Person (Teilrechtsfähigkeit/Stellvertretungs-/Zurechnungsfragen)

In Teilen der Literatur wird eine Teilrechtsfähigkeit als Alternative diskutiert. Dies im Grundsatz mit ähnlichen Argumenten, um praktische Fragen der Zurechnung (§ 278 BGB) und der Willenserklärung inkl. Stellvertretung (§§ 145ff; 164 I BGB) zu

¹⁵¹ Statt aller: BeckOGK/Seicher, BGB, § 636, Rn. 219.

¹⁵² BGH, Beschluss v. 29.01.2001 - II ZR 331/00 zur Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der GbR; Riehm, RD 2020, S. 42 (43 u. 45); M/M/R/Möslein, Recht der Digitalisierung, § 5, Rn. 4

¹⁵³ Teubner, AcP 2018, S. 155 (157).

¹⁵⁴ Linke, MMR 2021, S. 200 (202).

¹⁵⁵ Riehm, RD 2020, S. 42 (45f).

¹⁵⁶ Riehm, RD 2020, S. 42 (46); Linke, MMR 2021, S. 200 (203).

¹⁵⁷ Ablehnend auch: Specht/Herold, MMR 2018, S. 40 (43); B/K/V/Spindler, Digitalisierung, Automatisierung, KI und Recht, S. 275-276; Weingart, Vertragliche und außervertragliche Haftung v. Softwareagenten, S. 255-256; M/M/R/Möslein, Recht der Digitalisierung, § 5, Rn. 4; MüKoBGB/Spickhoff, BGB, § 1, Rn. 14f; BeckOGK/Behme, BGB, § 1, Rn. 38ff (a.A.: für Ausfüllung der Stellvertretung und des Erfüllungsgehilfen).

lösen¹⁵⁸. Die Lösung scheitert an ähnlichen Problemen: Die KI müsste eine Haftungsmasse haben, um den falsus procurator des § 179 BGB abzusichern, also den Dritten. Andernfalls müsste die KI gleich einem Minderjährigen behandelt werden (§ 179 III 2 BGB), was weder durch Schutzinteressen noch durch eine vergleichbare Situation gerechtfertigt werden kann.¹⁵⁹

Aus Sicht des Bearbeiters kann zzt. zudem eine Willenserklärung (§ 145 BGB) auch dem Betreiber der KI zugeordnet werden, sodass keine Schutzlücke besteht. Die KI gibt hierbei nach außen eine Erklärung ab (objektives TB). Der subjektive Wille des Betreibers in Form des Handlungs- und Erklärungsbewusstseins (subjektives TB) liegen in Form von Inbetriebnahme der KI, um Handlungen im Geschäftsverkehr vorzunehmen, und dem Bewusstsein, Erklärungen abgeben zu wollen, vor. Hierbei ist es gleichgültig, ob das Bewusstsein für eine konkrete Erklärung gegeben war. Es ist ausreichend eine irgendwie geartete Rechtsbindung erzielen zu wollen, was mit Inbetriebnahme der KI vorliegt.¹⁶⁰

Eine Zurechnung von KI über § 278 BGB direkt¹⁶¹ oder analog¹⁶² scheitert am Rechtssubjekt und einer planwidrigen oder auch nur bestehenden Lücke im Rechtssystem. Wenngleich die Lösung eine Rechtssicherheit suggeriert, ist diese doch zzt. nicht notwendig und der Betreiber haftet direkt für seine KI, also für eine Gefahr, welche dieser auch selbst schafft, was gerecht erscheint. Eine Zurechnung in Form von § 278 BGB ist somit nur anzuwenden, wenn der Fehler direkt in der Programmierung der Software liegt, also beim Anbieter.

Allenfalls eine Zurechnung über Organisationspflichten scheint als Alternative denkbar, soweit man ein Verschulden und damit eine Fahrlässigkeit zurechnen will,

¹⁵⁸ Statt aller: Weingart, Vertragliche und außervertragliche Haftung v. Softwareagenten, S. 162-168, für die Haftung sowie Meyer, NJW 2023, S. 1841 (1842-1844), für die Willenserklärung und Specht/Herold, MMR 2018, S. 40 (43-44), für einen Stellvertreteransatz.

¹⁵⁹ Riehm, RDt 2020, S. 42 (47); L/W/G/Kaulartz, IT-Recht, Teil 9.6.3., Rn. 13-14.

¹⁶⁰ Meyer, NJW 2023, S. 1841 (1842-1844); Paulis, JuS 2019, S. 960 (965), mit Zurechnung auch für autonome Willenserklärung unter Heranziehung des Vergleichs mit der Blanketturkunde; Busche, JA 2023, S. 441 (445), hält die Zurechnung für Erklärungen bei autonomen Systemen ebenfalls für möglich, allerdings eher unter analoger Anwendung des § 164 I BGB; L/W/G/Kaulartz, IT-Recht, Teil 9.6.3., Rn. 13, für Lösung über Zurechnung als automatisierte Erklärung des Betreibers; a.A.: Specht/Herold, MMR 2018, S. 40 (43-44), mit dem Argument, dass generalisierendes Handlungs- und Erklärungsbewusstsein nicht ableitbar sind, da der menschliche Beitrag zu gering wäre, ebenso M/M/R/Möslein, Recht der Digitalisierung, § 5, RN. 25 (Lösung hier über § 164 BGB suchend).

¹⁶¹ Für Anwendung der Zurechnung auf KI: Linke, MMR 2021, S. 200 (203-205); Ablehnend: Riehm, RDt 2020, S. 42 (48); Kramer/Geißler, IT-Arbeitsrecht, § 2, Rn. 963; BeckOGK/Benecke, AGG, § 15, Rn. 31 (de lege lata); BeckOGK/Seichter, BGB, § 636, Rn. 219; MüKoBGB/Spickhoff, BGB, § 1, Rn. 14-15; Weingart, Vertragliche und außervertragliche Haftung v. Softwareagenten, S. 159-162; MüKoBGB/Thüsing, AGG, § 3, Rn. 34.; Zech, ZfPW 2019, S. 198 (211), für § 278 BGB analog („funktionale Verschuldensäquivalenz“); Dettling/Krüger, MMR 2019, S. 211 (212-213), für KI als Objekt und Werkzeug des Menschen.

¹⁶² Vgl.: Borges, CR 2022, S. 553ff. – im Ergebnis ablehnend für § 278 BGB und § 278 BGB analog sowie eine Tierhalterhaftung (§ 833 BGB) analog sowie Lohmann/Preßler, RDt 2021, S. 538 (544), für analoge Anwendung § 278 BGB sowie Fortbildung de lege ferenda (547).

was nicht notwendig ist. Dies wird in Teilen auch ohne jede Testpflicht zur Prävention gefordert, gem. § 7 I iVm. § 6 I, § 2 AGG¹⁶³.

cc. Zwischenfazit

Im Ergebnis ist eine E-Person (Subjekt und auch Teilrechtsfähigkeit) abzulehnen. Das Haftungssubjekt im Sinne des AGG (§ 15) bleibt damit der Arbeitgeber als Betreiber der KI. Die KI selbst bleibt Objekt des Menschen (Betreibers).

c. Auskunftsrecht des Betroffenen – AGG, §§ 241 II, 242, 311 II BGB, DS-GVO

Zu prüfen ist, ob der Betroffene ein Auskunftsrecht hat, um zu erfahren, ob eine KI verwendet wird und zudem, ob eine Auskunft im Hinblick auf Funktionsweise und Herleitung der Entscheidung (Entscheidungsgründe) erteilt werden muss, was für Beweise gegen den Betreiber bedeutend wäre.

Das AGG und die Richtlinien beinhalten keinen Informationsanspruch, weder für den Einsatz der KI noch über deren Funktionsweise. Das gleiche Ergebnis folgt nach bislang herrschender Lesart auch aus §§ 241 II, 242, 311 II (Treu und Glauben; Schutzpflichten in der Anbahnungsphase) BGB, sodass grundsätzlich kein Informationsanspruch besteht. Fazit: Der AG muss seine Entscheidung (durch KI) nicht begründen und keine Auskunft über deren Einsatz erteilen.¹⁶⁴

Allerdings hat der EuGH zugleich betont, dass eine vollständige Auskunftsverweigerung, soweit im Einzelfall weitere Umstände hinzutreten, eine unmittelbare oder mittelbare Diskriminierung begründen kann. Dies dürfte nur in selten Ausnahmefällen der Fall sein und idR. nur, wenn konkrete Indizien für eine Diskriminierung hinzutreten^{165, 166}.

Allerdings treten inzwischen zusätzliche Rechte des Betroffenen, namentlich der Datenschutz, auf den Plan¹⁶⁷. Dies umfasst einen nachgelagerten Auskunftsanspruch aus Art. 15 DS-GVO (bei automatischer Entscheidungsfindung, s. Art. 15 I lit. h DS-GVO) sowie bei einer automatischen

¹⁶³ Abgeleitet aus BAG, Urteil v. 05.02.2004 – 8 AZR 112/03, in NJW 2004, S. 540 (544), dort als Überwachungspflicht bezeichnet; Hoeren/Pinelli/Haag, KI – Ethik und Recht, S. 131f; Schepers, Digitalisierte Personalauswahl, S. 42; R/W/B/W, FA 2024, S. 126 (129); s. zudem bereits Fn.: 138.

¹⁶⁴ EuGH, Urteil v. 29.04.2012 – C-415/10, Rn. 36; EuGH, Urteil v. 21.07.2011 – C-104/10, Rn. 48; Lauscher/Legner, ZfDR 2022, S. 367 (378); Sesing/Tschech, MMR 2022, S. 24 (27); Gola, NZA 2013, S. 360 (361f); S/S/P/Suckow, AGG, § 22, Rn. 40f; v. Roetteken, AGG, § 22, Rn. 493-496; Küttner/Kreitner, Personalbuch, Auskunftspflichten AG, Rn. 3-10.

¹⁶⁵ EuGH, Urteil v. 29.04.2012 – C-415/10, Rn. 42-47; BAG, Urteil v. 25.04.2013 - 8 AZR 287/08, in NJW-Spezial 2013, S. 594f; BVerwG, Beschluss v. 14.12.2017 – 1 WB 16.17, Rn. 22f (zum SG, Art. 33 GG).

¹⁶⁶ Hromadka/Maschmann, Arbeitsrecht, § 5, Rn. 17.; Gola, NZA 2013, S. 360 (362); Kritisch MüKoBGB/Thüsing, AGG, § 22, Rn. 8, welcher eine generelle Auskunftsverweigerung niemals als nachteilig für den AG anerkennen will (Schweigen als zulässige Rechtsausübung).

¹⁶⁷ Holthausen, RdA 2023, S. 361 (369).

Entscheidungsfindung (Art. 22 DS-GVO), spätestens mit Datenerhebung durch den AG (Art. 13 II lit. f u. Art. 14 II lit. g DS-GVO), eine Information über die aut. Entscheidungsfindung sowie aussagefähige Informationen über die involvierte Logik und die Auswirkungen der Verarbeitung. Dies wird idR. nicht die Offenlegung der Algorithmen umfassen (Abwägung von Geschäftsgeheimnissen und Datenschutz), sondern die Grundannahmen und entscheidungserheblichen Parameter der KI. Zudem führt dies nicht zur Offenlegung des Ergebnisses, sondern „nur“ zur Offenlegung der Grundparameter der KI. Es ist allerdings zu beachten, dass diese Ansprüche (Art. 15 I lit. h DS-GVO sowie Art. 13 II lit. f u. Art. 14 II lit. g DS-GVO) bei Entscheidungsassistenz nicht bestehen.¹⁶⁸

Schlussendlich dürften diese Ergebnisse (Auskünfte) einem Betroffenen nicht weiterhelfen, regelmäßig wird dieser selbst bei Offenlegung eines Algorithmus diese Daten nicht verstehen können (sehr komplex und selbst für Menschen mit IT-Hintergrund kaum in überschaubarer Zeit zu verstehen; es bedürfte daher wohl eines Sachverständigen) und ein Recht auf konkrete Auskünfte bzgl. anderer (eingestellter Personen) ergibt sich hieraus in keinem Fall, sodass idR. keine Beweise für eine Diskriminierung zu erwarten sind. Hier bleibt abzuwarten, ob die KI-VO Abhilfe schaffen kann. Im Ergebnis sind die Auskunftsrechte der Betroffenen marginal u. idR. für den Nachweis einer Diskriminierung praktisch nicht hilfreich. Dies wäre wohl nur de lege ferenda abzuändern durch Begründungsansprüche für Bewerber od. der Stärkung von Antidiskriminierungsstellen, um Sachverständige zu beteiligen, sowie Beschwerderechte u. eigene Prüfaufträge staatlicher Stellen.

d. Beweislast aus Perspektive von AG und AN (§ 22 AGG)

Bislang wurde die Beweislast und deren Verteilung nur grob skizziert, daher ist es nun hier zuerst geboten, die Beweislast im AGG (§§ 15, 22 AGG) zu erklären.

Auf der ersten Stufe hat der AN Indizien darzulegen, und im Zweifel zu beweisen, welche eine Diskriminierung wegen eines Merkmals als überwiegend wahrscheinlich erscheinen lassen. Die Beweiserleichterung bezieht sich auf die Kausalität zw. Diskriminierung und Merkmal. Auf der zweiten Stufe wäre sodann der AG zum Vollbeweis gezwungen, um nachzuweisen das keine Diskriminierung besteht, soweit auf der ersten Stufe nicht ausreichend Gegenindizien vorgetragen wurden, um den Sachvortrag des Klägers zu entkräften (hierzu auf S. 32).¹⁶⁹ Konkret muss somit der AN beweisen, dass dieser anders behandelt wurde als

¹⁶⁸ Lang/Reinbach, NZA 2023, S. 1273 (1276); Meyer, NJW 2023, S. 1841 (1845f); Lauscher/Langner, ZfDR 2022, S. 367 (381f); Knappertsbusch, LTZ 2024, S. 40 (44f); die Probleme bzgl. der Unsicherheiten des Umfangs einer Datenauskunft aus Art. 15 I, III DS-GVO adressiert Brink, NZA-Beilage 2023, S. 86 (90).

¹⁶⁹ Grünberger, ZRP 2021, S. 232 (233); Spiecker gen. Döhmann/Towfigh, Automatisch Benachteiligt, S. 58f; Orwat, Diskriminierungsrisiken durch Algorithmen, S. 107f.

andere Personen im Verfahren, dass ein geschütztes Merkmal besteht und das Indizien für eine konkrete Diskriminierung bestehen, welche es als überwiegend wahrscheinlich erachten lassen, dass das Merkmal ursächlich für die Diskriminierung war (letzteres: abgesenkter Beweismaßstab)¹⁷⁰. Analoge Indizien greifen hier regelmäßig nicht mehr: Stellenanzeigen (zB. Suche eine Sekretärin¹⁷¹, Suche nach einem young professional¹⁷², einem Berufseinsteiger¹⁷³, Suche nach Deutsch als Muttersprache¹⁷⁴); Fragen des AG (z.B. nach Schwangerschaft¹⁷⁵, Kinderwunsch¹⁷⁶, dem wahren Geschlecht¹⁷⁷ etc.). Ein Problem besteht schon bei der Auffindung von Indizien selbst. Insbesondere KI mit deep learning oder machine learning aber unsupervised learning-Prozessen, verändern sich fortlaufend in Architektur und Code, sodass von außen regelmäßig nicht ersichtlich wird, welche Kriterien und Korrelationen genutzt wurden. Auch ob überhaupt an ein Merkmal angeknüpft wurde, ist damit unklar und zudem bleibt bei mittelbaren Diskriminierungen fraglich, welche Gruppe in welchem Ausmaß (Intensität) ungleich behandelt wurde¹⁷⁸. In Teilen wird vertreten, dass bereits die Anwendung von KI, soweit diese Merkmale abfragt oder berücksichtigt, ein Indiz darstellen kann¹⁷⁹. Schlachter¹⁸⁰ fordert, soweit KI im Kontext des Arbeitsplatzes eingesetzt wird, auf Grund des Blackbox-Charakters eine abgestufte Darlegungslast bei vollautomatischer Entscheidung durch KI, abgeleitet aus dem Gebot effektiver Rechtsdurchsetzung, gem. Art. 47 GRC. Hierzu müsste der AN beweisen, dass dieser Merkmalsträger ist sowie dass eine KI eingesetzt wurde. Zudem müsste dieser Vergleichsgruppen benennen, auf welche sich die Maßnahme diskriminierend ausgewirkt haben – letzteres wird allerdings idR. nicht gelingen. Abhilfe könnte eine Beweislastabsenkung bringen. Hierzu wird in Teilen die Danfoss-Entscheidung¹⁸¹ des EuGH herangezogen¹⁸², dies ist aber nicht korrekt. Eine Absenkung der Beweislast wurde zwar bei einem intransparenten System (Entgelt) angedeutet, aber nur unter der Prämisse, dass der AN einen

¹⁷⁰ Orwat, Diskriminierungsrisiken durch Algorithmen, S. 108; Thüsing, Arbeitsrecht, § 7, Rn. 301; Willemsen/Schweibert, NJW 2006 S. 2583 (2591).

¹⁷¹ LAG Berlin, Urteil v. 30.03.2006 – 10 Sa 2395/05.

¹⁷² BAG, Urteil v. 11.08.2016 – 8 AZR 406/14.

¹⁷³ BAG, Urteil v. 26.01.2017 – 8 AZR 73/16.

¹⁷⁴ BAG, Urteil v. 29.06.2017 – 8 AZR 402/15.

¹⁷⁵ BAG, Urteil v. 06.02.2003 - 2 AZR 621/01.

¹⁷⁶ Bissels/Wisskirchen, NZA 2007, S. 169 (173).

¹⁷⁷ Ders. Fn. 176, S. 172.

¹⁷⁸ Spiecker gen. Döhmman/Towfigh, Automatisch Benachteiligt, S. 59.

¹⁷⁹ Dzida/Groh, NJW 2018, S. 1917 (1922), m. Analogie zu Fragen im Bewerbungsgespräch; a.A. Freyler, NZA 2020, S. 284 (290) u. B/B/W, AGG, § 22, Rn.10 – geg. Generalverdacht.

¹⁸⁰ ErfK/Schlachter, AGG, § 22, Rn. 170, m. Verweis auf Grünberger, ZRP 2021, S. 232 (233);

MüKoBGB/Thüsing, AGG, § 22, Rn. 3; JurisPK-BGB/Overkamp, AGG, § 22, Rn. 14; a.A. v.

Roetteken, AGG, § 22, Rn. 22, für Beweis v. Tatsachen, die Benachteiligung vermuten lassen.

¹⁸¹ EuGH, Urteil v. 17.10.1989 – C-109/88.

¹⁸² Hartmann, EuZA 2019, S. 421 (421); a.A. Grünberger ZRP 2021, S. 232 (233) sowie Lauscher/Legner, ZfDR 2022, S. 367 (378).

umfangreichen Gruppenvergleich führt, in welchem eine relativ große Anzahl von Personen einer Gruppe benachteiligt wird. Dies wird regelmäßig bei KI nicht gelingen, da die Kriterien, Korrelationen u. Gruppen unbekannt sind¹⁸³.

Insgesamt ist die pauschale Annahme von KI-Nutzung als Indiz abzulehnen, verdächtigt die Gesellschaft doch auch nicht jeden HR-Mitarbeiter der Diskriminierung ohne Indizien. Der Betroffene steht somit vor erheblichen Beweisschwierigkeiten¹⁸⁴, welchen allenfalls über die Heranziehung von Statistiken als Indiz begegnet werden kann¹⁸⁵. Grundsätzlich erkennt das BAG diese Art von Indizienbeweis an¹⁸⁶, allerdings müssen die Statistiken regelmäßig, wenn man dem BAG folgt¹⁸⁷, konkret auf den Arbeitgeber bezogen sein oder aber für die konkrete Situation aussagefähig sein (Signifikanz)¹⁸⁸.

Es ist nicht zu erwarten, dass bei den bestehenden Beweisschwierigkeiten eine Durchsetzung von Schadenersatzansprüchen in nennenswertem Ausmaß ansteht, zumindest bei KI-Anwendung und dem AGG de lege lata. Gelänge dies einem Betroffenen, wäre regelmäßig der Weg zum Schadenersatz eröffnet, da dieser gerade kein Verschulden (im Sinne des § 276 BGB) voraussetzt, wie bereits in Punkt II, 5, a festgestellt wurde. Eine Ausnahme vom Schadenersatz bestünde nur, wenn der AG gegenteilige Indizien vorträgt, welche bereits die Indizien des AN für unplausibel erscheinen lassen, zB. in Form von konkreten Daten aus der KI-Nutzung, konkreten Tests der KI vorab u./o. im laufenden Prozess, Zertifizierungen der KI etc. Sollte der AG keine Indizien beibringen können, wird dieser den Vollbeweis führen müssen, was diesem regelmäßig nicht gelingen wird, bestünde doch nun die Blackbox-Problematik für den AG selbst, welcher idR. auch keinen Einblick in alle Details des Systems nehmen kann, va. bzgl. Merkmalen und Korrelationsbildungen.

6. Fazit der AGG-Prüfung sowie Betrachtung von Schutzlücken

Die Arbeit betrachtet bis hierher die Perspektive der Arbeitnehmenden und aus dieser Sichtweise kann das AGG de lege lata die Probleme einer KI-Nutzung durch den Arbeitgeber zwar adressieren, aber nur unzureichend einer gerechten Lösung, im Sinne der Betroffenen, zuführen. Insbesondere die Schadenersatzansprüche der Betroffenen werden an der aktuellen Beweislastverteilung, in Kombination mit unzureichenden Auskunftsrechten und einer mangelnden technischen

¹⁸³ EuGH, Urteil v. 17.10.1989 – C-109/88, Rn. 16.

¹⁸⁴ Martini, Blackbox Algorithmus, S. 247; Wischmeyer, AöR 2018, S. 1 (53).

¹⁸⁵ Wimmer, Algorithmusbasierte Entscheidungsfindung, S. 431f.

¹⁸⁶ BAG, Urteil v. 18.09.2014 – 8 AZR 753/13, Rn. 38, 41; B/B/W, AGG, § 22, Rn. 11 u. 11c-11f.

¹⁸⁷ BAG, Urteil v. 22.07.20210 – 8 AZR 1012/08, Rn. 68.

¹⁸⁸ Ebenso EuGH, Urteil v. 06.04.2000 – C-226/98, Rn. 33ff; v. Roetteken, AGG, § 22, Rn. 481ff.; a.A. Wimmer, Algorithmusbasierte Entscheidungsfindung, S. 427, hält eine hypothetische Betrachtung für ausreichend, ebenso ErfK/Schlachter, AGG, § 3, Rn. 12 mwN.

Erklärbarkeit für den Einzelnen, scheitern (Informationsasymmetrie)¹⁸⁹. Dies folgt aus der mangelnden Transparenz der Systeme (Blackbox) und somit der mangelnden Möglichkeiten überhaupt Indizien für eine Diskriminierung zu erlangen. Daher werden regelmäßig Diskriminierungen im Unbekannten bleiben und weiterhin keine Zusammenhänge zwischen Merkmal und Benachteiligung (Korrelation anstatt Kausalität) ersichtlich werden¹⁹⁰.

Grundsätzlich ist die KI hierbei stets als Objekt des Benutzers anzusehen, somit sind Zurechnungs- und Vertretungsfragen (E-Person) eine Absage zu erteilen und nur Organisationspflichten des AG heranzuziehen¹⁹¹.

Es bleibt abzuwarten, ob diese Lücken durch die KI-VO geschlossen werden können (Punkt III). Falls nicht sind de lege ferenda einige Veränderungen des AGG wünschenswert, namentlich: Eine fortlaufende Testpflicht für KI-Systeme als präventive Maßnahme des § 12 AGG, um Diskriminierungen zu verhindern. Hier könnte auch auf unabhängige Dritte zurückgegriffen werden, zB. den TÜV. An diesem Punkt sollte die Beweislastverteilung anknüpfen. Es sollte eine widerlegliche Vermutung bestehen, dass ein KI-System als Indiz zur Diskriminierung gilt, soweit die Testpflicht nicht eingehalten wurde¹⁹².

Weiterhin muss die Gefahr von Streuschäden¹⁹³ abgewendet werden, also ein vielfacher kleiner Schaden bei Betroffenen, welcher aus Gründen der Rechts- und Prozesskostenunsicherheit nicht geltend gemacht wird. Hierzu ist ein Verbandsklagerecht einzuführen und diese Verbände mit ausreichend Mitteln im Bereich Budget und Know-how auszustatten¹⁹⁴.

Eine Alternative ist, nach österreichischem Vorbild (§§ 10, 24, 37 Gleichbehandlungsgesetz), Bußgelder durch staatliche Stellen für Verstöße gegen das AGG einzuführen, um ggü. Diskriminierungen abzuschrecken. Diese Maßnahmen könnten im Übrigen sofort eingeführt werden, sind diese doch von den europäischen Richtlinien, deren Umsetzung das AGG dient, gedeckt – zB. RL 2006/54, Art. 17 zum Verbandsrechtsschutz, Art. 25 bzgl. Sanktionen sowie Art. 27 mit der Option jede günstigere und über die RL hinausgehende Regelung einzuführen, welche, wie hier, dem Ziel der Gleichbehandlung dient.

III. Prüfung der KI-VO

¹⁸⁹ Ebenso: Spiecker gen. Döhmann/Towfigh, *Automatisch Benachteiligt*, S. 70f.

¹⁹⁰ Ebenso: VG Wiesbaden *Beschl. v. 1.10.2021 – 6 K 788/20.WI*, in *VUR 2022*, S. 70 (70 u. 72); Waas, *KI u. Arbeitsrecht*, S. 133f; Wimmer, *Algorithmusbasierte Entscheidungsfindung*, S. 445.

¹⁹¹ Ebenso: *Kanadisches Schiedsgericht für Zivilsachen*, Urteil v. 14.02.2024 – SC-2023-005609; *Moffatt v. Air Canada*, 2024 BCCRT 149 in *Becklink 2030051*; *Frank/Heine*, *NZA 2023*, S. 935f.

¹⁹² Vgl. Waas, *KI u. Arbeitsrecht*, S. 135f.

¹⁹³ Vgl. zum Begriff: *Kritzer/Paal*, *NJW 2022*, S. 2433 (2434) mwN.

¹⁹⁴ Vgl. *Grünberger*, *ZRP 2021*, S. 231 (235).

Die Prüfung der KI-VO erfolgt unter dem Gesichtspunkt der Betreiberpflichten und zugleich der Schutzrechte der Betroffenen (Benutzer), um Diskriminierung durch KI zu verhindern. Hierbei ist die Definition des KI-Systems (KI) aus Punkt I, b dieser Arbeit zu berücksichtigen sowie die Abgrenzung der KI, welche unter den Anwendungsbegriff der KI fällt aus Punkt I, dd dieser Arbeit. Das Vorgehen der Prüfung wurde in Punkt I, 1, Abs. 3ff beschrieben. Es ist daher der Anwendungsbereich zu prüfen (persönlich, sachlich, örtlich, zeitlich), um insbesondere eine Abgrenzung zw. Anbieter und Betreiber herzustellen sowie das Verhältnis von KI-VO und AGG (sowie DS-GVO) zu erläutern. Sodann werden überblicksartig die verschiedenen Regelungssysteme beschrieben (verbotene KI, Hochrisiko-KI, GPAI-Modelle, nicht erwähnte KI) und später die konkreten Pflichten aus Betreiberperspektive aufgezeigt, um sodann zum Kernpunkt, den Betroffenenrechten sowie Sanktionsmaßnahmen bei KI-Anwendung, ggü. Betreibern zu kommen. Es werden nur Regelungen geprüft, welche im Zusammenhang mit Diskriminierungen durch KI stehen, also Pflichten für Betreiber oder Rechte für Betroffene eröffnen. Im Ergebnis muss zudem geprüft werden, ob die Lücken des AGG somit geschlossen werden können und ob in der KI-VO selbst Schutzlücken bestehen - Artikel ohne Bezeichnung sind solche der KI-VO.

1. Anwendungsbereich der KI-VO

Ziel der KI-VO ist eine am Menschen ausgerichtete und vertrauenswürdige (damit regulierte) KI, welche ein hohes Schutzniveau bzgl. der Grundrechte gewährleistet (Art. 1.), dies umfasst auch eine diskriminierungsfreie KI (Erw. Nr. 7). Die Innovationsförderung der VO (Art. 1) ist marginal (Kap. VI, Art. 57-63)¹⁹⁵.

Der sachliche Anwendungsbereich bestimmt sich nach der Frage des KI-Systems, gem. Art. 3 Nr. 1 iVm. Erw. Nr. 12¹⁹⁶, wie bereits dargestellt.

In zeitlicher Hinsicht gilt die KI-VO 24 Monate nach Inkrafttreten (02.08.2026, gem. Art. 113 II) – dies betrifft den Hauptanwendungsfall der hier interessierenden Hochrisiko-KI für den HR-Bereich. Abweichend gilt die VO für verbotene KI-Praktiken (Art. 5) bereits nach 6 Monaten (02.02.2025), gem. Art. 113 III lit. a. Die Frist von 36 Monaten für technische Hochrisiko-KI (Art. 6 I iVm. Anhang I, zB. Spielzeug, Maschinen, Aufzüge etc.) ist für diese Arbeit ohne Bedeutung (Art. 113 III lit. c). Weiterhin treten Regelungen mit Ablauf von 12 Monaten (02.08.2025) in Kraft, welche va. die Gouvernance der EU betrifft (Behörden und notifizierte Stellen, KI-Gremium, Beratungsforum und nationale Behörden) sowie die

¹⁹⁵ Figatowski, PStR 2024, S. 154 (154).

¹⁹⁶ Chibanguza/Steege, NJW 2024, S. 1769 (1769f); vgl. insb. die umfangreiche Abhandlung von A/A/N/W, MMR 2024, S. 605ff, va. mit der detaillierten Kritik zur Definition des Art. 3 Nr. 1 in S. 610.

Regelungen für KI mit allgemeinem Verwendungszweck (GPAI-Systeme) sowie die zugehörigen Bußgelder, gem. Art. 113 III lit. b.¹⁹⁷

Es ist zu beachten, dass eine VO hierbei unmittelbar gilt und in den Mitgliedsstaaten somit keines Umsetzungsaktes bedarf (Art. 288 II AEUV)¹⁹⁸.

Räumlich werden Anbieter innerhalb und außerhalb der Union adressiert, soweit diese eine KI in der Union in den Verkehr bringen (Art. 2 I lit. a) und Betreiber, soweit diese ihren Sitz in der Union haben oder sich dort „befinden“, was wohl das Sitz- oder Niederlassungsland sowie das Marktortprinzip adressiert (Art. 2 I lit. b). Dies wird zusätzlich durch Art. 2 I lit. c auf Anbieter und Betreiber in Drittländern erweitert, soweit die Ausgaben der KI in der Union verwendet werden („is used“). Hierzu stellt Erw. Nr. 22 klar, dass Umgehungen verhindert werden sollen – wobei idR. willentliche Umgehungen von innereuropäischen Anbietern/Benutzern gemeint sind, die Norm sollte also nur beabsichtigten und nicht vollkommen zufälligen Output erfassen.¹⁹⁹

Der persönliche Anwendungsbereich richtet sich nach Art 2 iVm. Art. 3. Hierbei sind Anbieter, Betreiber, Arbeitnehmer als Benutzer (Betreiber) und Betroffene für diese Arbeit zu unterscheiden, insbesondere auf Grund des stark unterschiedlichen Pflichten- und Sanktionsprogramms für diese Gruppen. Hierbei ist die betroffene Person (affected person) dem Anwendungsbereich unterworfen, wenn diese sich in der Union befindet, gem. Art. 2 I lit. g.

Anbieter (Provider) ist, wer ein KI-System oder ein KI-Modell mit allgemeinem Verwendungszweck entwickelt oder entwickeln lässt und es unter eigenem Namen oder Handelsmarke in Verkehr bringt oder das KI-System unter eigenem Namen oder Handelsmarke in Betrieb nimmt, egal ob entgeltlich oder nicht (Art. 2 I lit. a iVm. Art. 3 Nr. 3). Damit sind nicht nur Entwickler und Hersteller erfasst, sondern auch Akteure, welche KI entwickeln lassen und unter eigenem Namen in den Verkehr bringen, also potenziell auch Arbeitgeber als Benutzer. Inverkehrbringen bedeutet, die erstmalige Bereitstellung eines KI-Systems oder Modells mit allg. Verwendungszweck auf dem Unionsmarkt (Art. 3 Nr. 9) und Inbetriebnahme ist die Bereitstellung eines KI-Systems in der Union zum Erstgebrauch an Betreiber oder zum Eigengebrauch, gem. Art. 3 Nr. 11. Im Ergebnis können Unternehmen, welche Fremdentwicklung beauftragen und das System später selbst betreiben und dies unter eigenem Namen oder eigener Handelsmarke, zum Anbieter werden – zumal selbst ein interner Einsatz bei externer Verwendung durch Dritte (Betroffene) als

¹⁹⁷ Frank/Heine, NZA 2024, S. 433 (433); Möller-Klapperich, NJ 2024, S. 337 (339).

¹⁹⁸ Juncker, Arbeitsrecht, § 1, Rn. 38.

¹⁹⁹ Krönke, NVwZ 2024, S. 529 (530); Bomhardt/Siglmüller, RD 2024, S. 45 (46), gehen davon aus, dass Umgehungen der VO hiermit regelmäßig nicht wirksam verhindert werden können; Buchalik/Gehrmann, CR 2024, S. 145 (146), prognostizieren eher, dass kleinere Anbieter aus Drittstaaten nicht mehr auf dem EU-Markt tätig sein werden (Einschränkung der Anbietervielfalt).

Inverkehrbringen ausreichen dürfte. Konkret könnte ein Arbeitgeber, welcher eine KI zum Persönlichkeitstest einsetzt und diese KI entwickeln lässt aber zugleich seinen eigenen Namen „anbringt“, somit Anbieter im Sinne der VO sein.²⁰⁰

Aus Sicht von Chibanguza/Steege²⁰¹ sind durch vertragliche Konstruktionen andere Gestaltungen (Zuweisungen der Anbieterfunktion) möglich. Hierbei übersehen diese Art. 25 I lit. a, welcher dies für Hochrisiko-KI ausdrücklich ausschließt. Aus Sicht des Bearbeiters gilt dies aber für jegliche KI. Es kommt vielmehr auf einen objektiven Blick von außen (Betroffenenperspektive) an. Anbieter kann zudem auch werden, wer eigentlich Betreiber ist, aber wesentliche Änderungen am System vornimmt (Art. 25 I lit b iVm. Art. 3 Nr. 23, 21), welches bereits Hochrisiko-KI war oder eine Zweckentfremdung einer KI vornimmt und damit das System zur Hochrisiko-KI macht, in diesem Fall reichen bereits (nicht wesentliche) Änderungen am System (Art. 25 I lit. c iVm. Art. 3 Nr. 12). Somit ist die Veränderung einer Zweckbestimmung stets wesentliche Veränderung, insbesondere Abweichungen vom Anbieterzweck. Ein AG ist also angehalten sich stets an die Anbietervorgaben zu halten und va. nicht eigenmächtig Systeme umzugestalten oder zu erweitern, zB. um zusätzliche Komponenten.²⁰²

Betreiber (Deployer) ist, wer ein KI-System in eigener Verantwortung verwendet, es sei denn die KI wird für persönliche und nicht berufliche Zwecke verwendet (Art. 2 I lit. b iVm. Art. 3 Nr. 4). Dies umfasst idR. die Mehrzahl der Arbeitgeberverwendungen, insbesondere auch einen Eigenbetrieb auf fremder Infrastruktur²⁰³. Hieraus folgt auch, dass rein private Nutzung nicht der VO unterfällt, zB. die private Nutzung von Gemini zur Lösung von Hausaufgaben²⁰⁴. Problematisch könnte zudem die Arbeitnehmernutzung selbst sein. Hierbei ist die Anweisung zur Nutzung durch den Arbeitgeber unproblematisch, der AN handelt sodann nicht in eigener Verantwortung und dessen Nutzung ist dem AG als Betreiber zuzurechnen²⁰⁵. Handelt aber der AN ohne Anweisung des AG, ggfs. sogar entgegen ausdrücklicher Anweisung, so nutzt dieser das System weder privat noch außerhalb des Berufs, daher ist der AN sodann als Betreiber anzusehen (Einzelfallabwägung, Art. 2 X)²⁰⁶. Dies dürften allerdings nur extreme Einzelfälle sein, idR. wird der AG den Einsatz legitimieren oder wenigstens dulden, also selbst Betreiber sein. Im Ergebnis bestehen für Arbeitgeber (Betreiber)

²⁰⁰ Chibanguza/Steege, NJW 2024, S. 1769 (1770); B/R/W/W, FA 2024, S. 126 (131).

²⁰¹ Chibanguza/Steege, NJW 2024, S. 1769 (1770).

²⁰² Frank/Heine, NZA 2024, S. 433 (434); Förster/Gehrmann, SPA 2024, S. 113 (114).

²⁰³ Bomhard/Siglmüller, RDt 2024, S. 45 (46); Bomhard/Merkle, RDt 2021, S. 276 (278).

²⁰⁴ Chibanguza/Steege, NJW 2024, S. 1769 (1770).

²⁰⁵ E/H/R/R/S, RDt 2021, S. 528 (534) – adressieren das Grundproblem.

²⁰⁶ Frank/Heine, NZA 2024, S. 433 (434).

erhebliche Gefahren, selbst Anbieter zu werden und zudem bestehen Gefahren für den einzelnen Arbeitnehmer zum Betreiber zu werden.

Im Rahmen von Abgrenzungsfragen ist neben der KI-VO ausdrücklich die DS-GVO anwendbar (Art. 2 VII iVm. Erw. Nr. 9)²⁰⁷. Das AGG bleibt zudem ebenfalls und daneben anwendbar. Dies folgt zwar nicht direkt aus der VO²⁰⁸, aber aus einer Gesamtschau von Art. 2 XI sowie Erw. Nr. 9. Hierbei knüpft die KI-VO nicht an das Ergebnis von Entscheidungen an (so primär das AGG), sondern versucht im Vorfeld (präventiv) Diskriminierungen durch KI zu verhindern²⁰⁹.

2. Klassifizierung von KI-Systemen nach Risikograd

Die KI-VO basiert grundsätzlich auf einem risikobasierten Ansatz (Erw. Nr. 26)²¹⁰. Hierbei werden inakzeptable Praktiken verboten (Art. 5), hochriskante Praktiken erlaubt, aber erheblich reguliert (Art. 6ff; Kernstück der VO) sowie KI mit allgemeinem Verwendungszweck ebenso reguliert (Art. 51ff). Weiterhin bleibt in der VO nicht adressierte KI unreguliert, zT. bestehen aber Transparenzpflichten (Art. 50) u. einige Anwendungen sind ausgenommen, zB. KI für militärische (Art. 2 III) od. wissenschaftliche Zwecke (Art. 2 VI), idR. auch lizenzoffene KI (Art. 2 XII).²¹¹ Es werden relevante Einstufungs- und Risikofragen untersucht, um hieraus später die Betreiber- und Betroffenenrechte ableiten zu können.

a. Verbotene KI-Anwendungen (Art. 5 KI-VO)

Verboten werden Techniken der unterschweligen Beeinflussung sowie absichtlichen Manipulation oder Täuschung (I lit. a iVm. Erw. Nr. 29) und das Ausnutzen von Schwäche und Unerfahrenheit (I lit. b iVm. Erw. Nr. 29), wobei dies jeweils wesentlich sein muss und zu einem Schaden führen muss (oder wird). Erw. Nr. 29 stellt klar, dass Schäden finanzieller oder psychischer sowie physischer Art erfasst sind und keine konkrete Schädigungsabsicht bestehen muss, soweit die Schäden vorhersehbar waren und die Beeinflussung der Kontrolle des Anbieters unterlag. Als Bsp. werden virtual Reality-Anwendungen und Gehirn-Computer-Schnittstellen genannt sowie klargestellt, dass Werbung, soweit diese innerhalb des geltenden Rechts stattfindet, niemals in die Anwendung fällt. Insbesondere der Ansatz bei vulnerablen Gruppen versucht potenzielle Diskriminierung wegen des

²⁰⁷ Chibanguza/Steege, NJW 2024, S. 1769 (1773); Förster/Gehrmann, SPA 2024, S. 113 (115).

²⁰⁸ Sasing/Tscheck, MMR 2022, S. 24 (28).

²⁰⁹ Fröhlich, GRUR-Prax 2024, S. 415 (418).

²¹⁰ Frank/Heine, NZA 2023, S. 935 (935); ders., NZA 2023, S. 1281 (1282).

²¹¹ G/G/B, NZA 2024, S. 234 (237-240); Möller-Klapperich, NJ 2024, S. 337 (338); Bronner, jurisPR-ITR, Anm. 2.; Buchalik/Gehrmann, CR 2024, S. 145 (146), nehmen eine Gliederung in 5-Klassen vor – Aufspaltung der allg. KI in mit systemischem Risiko und ohne, dies führt zu keinem anderen Ergebnis in der Sache und ist trotzdem durch die verschiedenen Regelungen (kennzeichnend Art. 55 KI-VO) begründbar.

Alters und einer Behinderung bereits vorab zu verhindern, soweit diese aus vorgenannten Gründen geschehen²¹².

Verboten werden auch Social-Scoring-Modelle (I lit. c iVm. Erw. Nr. 31), wobei dies nur gilt, wenn eine Schlechterstellung oder Benachteiligung im Ergebnis steht und die Daten entweder für andere Zwecke erhoben wurden (i) oder die Tragweite im Hinblick auf das soziale Verhalten unverhältnismäßig ist (ii). Erw. Nr. 31 stellt hierbei ausdrücklich auf diskriminierende Risiken ab und sucht diese zu verhindern, wobei Scoring, welches mit Unionsrecht im Einklang steht, als Hochrisiko-KI reguliert wird – nach dem Schufa-Urteil²¹³ sollten Arbeitgeber vorerst tunlichst auf Social-Scoring verzichten (zB. Bewerbungsbewertung durch KI), zumindest soweit die Daten nicht direkt aus der Bewerbung erhoben wurden – Grundlage ist hier der ohnehin umstrittene § 26 BDSG²¹⁴.

Auch Emotionsableitung durch KI am Arbeitsplatz wird verboten, abgesehen von medizinischen Gründen oder der Sicherheit (I lit. f iVm. Art. 3 Nr. 39 u. Erw. Nr. 44). Erw. Nr. 44 stellt ausdrücklich auf Diskriminierungsrisiken ab und bezweifelt eine wissenschaftliche Grundlage für Emotionsableitungen sowie eine hohe Fehleranfälligkeit – hierbei wird der Arbeitsplatz weit zu verstehen sein, also auch Bewerbungssituationen umfassen, denn es wird auf ein Machtungleichgewicht abgestellt, welches bereits dort besteht. Hier wird auch keine Öffnung angestrebt, daher ist Emotionsableitung generell zu unterlassen, zB. durch Bild- und Video- sowie Audiomaterial am Arbeitsplatz oder bei einer Bewerbung, die Ausnahmen werden für den Arbeitsplatz wohl nur überaus selten vorliegen²¹⁵.

Ebenso wird biometrische Kategorisierung verboten (Ethnie, Religion, Weltanschauung und sexuelle Orientierung), es sei denn die Daten wurden rechtmäßig erworben, was regelmäßig nicht der Fall sein wird (I lit. g iVm. Art. 3 Nr. 40 u. Erw. Nr. 30)²¹⁶. Hier wird also idR. eine direkte Anknüpfung an verpönte Merkmale verboten, genauer bereits die Kategorisierung dieser Merkmale. Praktisch könnten zahlreiche Anwendungen von Art. 5 I lit. a und b betroffen sein, zB. Spiele (Gamification) zur Personalauswahlbewertung (zB. Unilever), bewertende KI im Unternehmen, zB. Anreizsysteme durch KI, bspw. über Boni, Prämien oder Aufgabenvergabe. Im Ergebnis dürften diese Fälle idR. aber bereits nicht unterschwellig und zudem nicht wesentlich sein sowie keinen erheblichen Schaden verursachen, also nicht verboten werden. Auch Scoringmodelle (I lit. c), zB. im Recruiting, werden so idR. nicht verboten werden (Verhältnismäßigkeit),

²¹² Vgl.: Bomhard/Siglmüller, RDi 2024, S. 45 (48) – zu mindestens oberflächlich adressiert.

²¹³ EuGH, Urteil v. 07.12.2023 - C-634/21.

²¹⁴ Vgl. statt vieler: Brink, NZA-Beilage 2023, S. 86 (87f).

²¹⁵ Vgl.: Bronner, jurisPR-ITR, Anm. 2, zu mindestens oberflächlich adressiert; Förster/Gehrmann, SPA 2024, S. 113 (114f), sehen als Ausnahme zB. Systeme zur Überwachung v. Übermüdung an.

²¹⁶ B/R/W/W, FA 2024, S. 126 (132); Becker/Feuersack, MMR 2024, S. 22 (25).

soweit die Daten aus der Bewerbung erhoben wurden und nicht § 26 BDSG für europarechtswidrig erklärt wird²¹⁷. Emotionsableitung und biometrische Kategorisierung sollten Arbeitgeber vollständig unterlassen (Sanktionsrisiko).

Die Regelungen führen insgesamt zur Rechtsunsicherheit (unbestimmte Rechtsbegriffe) auf Arbeitgeberseite, überlagern ohnehin bestehende Verbote (zB. im Datenschutz), sind idR. schwer zu beweisen und dürften nur für extreme Fälle angewendet werden - enge Auslegung und Verbot nur bei vollständig im Widerspruch zur Wertordnung ausgeübter Praktiken sowie missbräuchlicher Anwendung von KI, auch durch Betreiber, gem. Erw. Nr. 28.²¹⁸

Zugleich wird dem Diskriminierungsschutz umfassend Rechnung getragen. Weiterhin bleiben andere Verbotsnormen anwendbar, gem. Art. 5 VIII KI-VO.

Die EU-Kommission ist zudem gehalten Leitlinien für die unbestimmten Rechtsbegriffe und Tatbestände zu erlassen, gem. Art. 96 I lit. b²¹⁹.

b. Hochrisiko-KI (Art. 6ff KI-VO)

aa. Anwendungsbereich für Hochrisiko-KI (Art. 6 II iVm. Anhang III KI-VO)

Das Hauptaugenmerk der KI-VO richtet sich auf die sog. Hochrisiko-KI. Diese wird in der VO selbst nicht definiert und muss aus Art. 6 iVm. Anhang I, III KI-VO abgeleitet werden. Erw. Nr. 46 u. 48 sind zur Auslegung allerdings heranzuziehen. Demnach sind dies solche Systeme, welche erhebliche schädliche Auswirkungen für die Gesundheit, Sicherheit und Grundrechte haben. In Bezug auf die Grundrechte sind dies va. Anwendungen, welche Bedeutung für den Datenschutz, ein Recht auf Nichtdiskriminierung sowie Teilhabe von Menschen mit Behinderungen betreffen. Zugleich muss bei der Klassifizierung gem. Erw. Nr. 52 die Schwere und Wahrscheinlichkeit eines möglichen Schadens berücksichtigt werden (auch getragen durch ein *argumentum e contrario* des Art. 6 III).²²⁰

Grundsätzlich wird nach Sicherheitsbauteilen (Abs. 1) und konkreten Anwendungsbereichen (Abs. 2) unterschieden. Für diese Arbeit ist nur Art. 6 II iVm. Anhang III Nr. 1 und Nr. 4 von Bedeutung.²²¹

Dies betrifft einmal KI, welche bestimmungsgemäß für biometrische Kategorisierung und Emotionserfassung, gem. Anhang III Nr. 1 lit. b und c, regelmäßig verboten sein wird und daher nicht weitgehend problematisiert wird (s. Punkt 2, a). Weiterhin KI, welche bestimmungsgemäß für die Einstellung oder Auswahl von Personal verwendet wird (Zugang), insbes. um Stellenanzeigen zu

²¹⁷ Frank/Heine, NZA 2023, S. 1281 (1282).

²¹⁸ Krönke, NvWZ 2024, S. 529 (531-533); Frank/Heine, NZA 2024, S. 433 (434f).

²¹⁹ Bronner, jurisPR-ITR, Anm. 2.

²²⁰ Vgl.: Bronner, jurisPR-ITR, Anm. 2 sowie Chibanguza/Steeger, NJW 2024, S. 1769 (1772f) u. Waas, KI u. Arbeitsrecht, S. 77f., jeweils mit einem groben Überblick.

²²¹ Binder/Egli, MMR 2024, S. 626 (626f); B/R/W/W, FA 2024, S. 126 (132).

schalten, Bewerbungen zu sichten, zu filtern, od. zu bewerten (Anhang III Nr. 4 lit. a iVm. Erw. Nr. 57). Zudem ist KI betroffen, welche bestimmungsgemäß für Entscheidungen im Beschäftigungsverhältnis verwendet wird, wie bspw. Leistungsbewertungen, Beförderungen, Kündigungen u. Aufgabenzuweisungen auf Grund individuellen Verhaltens oder persönlicher Merkmale sowie Eigenschaften des Betroffenen (Anhang III Nr. 4 lit. b iVm. Erw. Nr. 57).²²²

Somit ist im Grundsatz jede KI für den Anwendungsbereich der Personalarbeit betroffen und als Hochrisiko-KI einzustufen, bis hierher.

Ausnahmen können insoweit sein: KI zur Aufgabenzuweisung unabhängig von konkreten Merkmalen/Eigenschaften (dies wäre allerdings allenfalls eine Aufgabenverteilung nach verfügbarer Personalressource ohne Ansehung der konkreten Personen), zudem KI zur generellen Dienstplangestaltung ohne individuelle und konkrete Merkmale (also ebenfalls nur Verteilung von Personalressourcen nach Personalbedarf). In beiden Fällen könnten Merkmale allerdings in konkreten Personalspezifika erblickt werden, zB. eine Person hat das Merkmal „Kassierer“ und wird daher an der Kasse eingesetzt – aus Sicht des Bearbeiters stellt Erw. Nr. 57 aber gerade nicht auf Merkmale im Sinne des „Könnens“ ab, sondern diskriminierungsanfällige Merkmale, wie zB. Alter – es sollen gem. Erw. insbesondere keine Diskriminierungsmuster fortgeschrieben werden. Eine zusätzliche Ausnahme ist KI zur Unterstützung bei der Formulierung einer Stellenanzeige soweit diese keinen Bezug zu konkreten Personendaten hat²²³. Weitere Ausnahmen sind KI-Systeme zur Abrechnung (Lohnbuchhaltung) und Systeme zu Ordnungs- und Archivierungszwecken im HRM-Bereich.

bb. Ausnahmen von der Einstufung als Hochrisiko-KI (Art. 6 III KI-VO)

Art. 6 III iVm. Erw. Nr. 53 KI-VO eröffnet allerdings einige Ausnahmen von der Einstufung als Hochrisiko-KI. Wie gesehen, wird KI zum Einsatz im Personalbereich nahezu immer Hochrisiko-KI sein, daher sind diese Ausnahmen die zentrale Möglichkeit einer Regulierung im Einzelfall zu entgehen (sodann allenfalls noch Transparenzpflichten für den AG aus Art. 50) – daher wird dies der Hauptstreitpunkt in der KI-VO sein und muss vertieft werden²²⁴.

Es handelt sich aus Sicht des Bearbeiters um eine dreistufige Einzelfallprüfung²²⁵: Ist ein Grundrecht durch die KI betroffen, besteht durch die KI ein Risiko im Hinblick

²²² B/R/W/W, FA 2024, S. 126 (132).

²²³ B/R/W/W, Fa 2024, S. 126 (133f).

²²⁴ Hacker, Comments on the Final Trilogue Version of the AI-Act, 13.04.2024,

https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4757603, S. 9, zul. abgerufen am 17.07.2024.

²²⁵ Buchalik/Gehrmann, CR 2024, S. 145 (149f), differenzieren nach: kein erhebliches Risiko für die Grundrechte und materiell kein wesentlicher Einfluss auf den Entscheidungsprozess;

Chibanguza/Steegen, NJW 2024, S. 1769 (172), stellen schlicht auf untergeordnete Hilfstätigkeiten

auf das Grundrecht und den Grundrechtsträger, ist das Risiko auch erheblich in Bezug auf Grundrecht und Grundrechtsträger, nur wenn die Schwelle der Erheblichkeit unterschritten wird, ist die Ausnahme anzuwenden, welche im Zweifel der AG darlegen und beweisen muss.

Die Ausnahme selbst (Art. 6 III) ist nicht abschließend (Wort: „indem“ in Hs. 2). Soweit also keine erhebliche Grundrechtsgefährdung besteht, kann diese eingreifen. Dies gilt insbesondere, wenn die Entscheidungsfindung nicht wesentlich beeinflusst wurde (Bsp. in Hs. 2). Allerdings ist laut Erw. Nr. 53 nur dann eine Entscheidung durch KI nicht wesentlich, wenn diese auf das Ergebnis der Entscheidungsfindung „keine Auswirkungen“ hat (Erw. Nr. 53, S. 2). Dies ist weder vom Wortlaut des Art. 6 III noch den Unterabsätzen getragen. Es ist vielmehr ein Wertungswiderspruch und nicht heranzuziehen, es gilt die vorgenannte Erheblichkeitsschwelle aus dem Wortlaut des Abs. 3. Diese Erheblichkeitsschwelle gilt auch gerade nicht nur bei vorbereitenden Handlungen einer KI, ansonsten bedürfte es Unterabsatz (UA) 1 lit. d nicht.²²⁶

Weitere Widersprüche ergeben sich aus Erw. Nr. 53, S. 4 und der Aufzählung in UA 1. Der UA stellt klar: Es „gilt“ die Ausnahme, wenn eine der nachfolgenden Bedingungen erfüllt ist (kein Wertungsspielraum, soweit Ausnahme erfüllt), dementgegen stellt Erw. Nr. 53, S. 4 „könnte Situationen einschließen“ auf eine nicht abschließende Regelung ab, welche Wertungsspielraum enthält. Dies ist falsch, die Regelung im Unterabsatz ist abschließend und gleichzeitig sind die Wertungen als Auslegung für Abs. 3 (Erheblichkeitsschwelle) heranzuziehen.

Die Ausnahmen im UA sind: KI-Systeme für eng gefasste Verfahrensaufgaben (laut Erw. Nr. 53 sind dies bspw. Datenstrukturierung, Kategorisierung v. Daten, Duplikatserfassung), gem. UA 1 lit. a. Weiterhin auch die Verbesserung zuvor abgeschlossener menschlicher Tätigkeiten (laut Erw. Nr. 53 ist dies bspw. die sprachliche Verbesserung von Texten), gem. UA 1 lit. b. Zudem auch Entscheidungsmusterkontrolle, um bei abgeschlossenen menschlichen Bewertungen Abweichungen (auch diskriminierende) zu erkennen, UA 1 lit. c. Sowie die Entscheidungsvorbereitung durch KI (UA 1 lit. d), welche den entscheidenden Punkt zukünftig einnehmen dürfte, insbesondere zur Frage wie weit die Vorbereitung gehen kann, um Ausnahme zu sein. Der Erw. Nr. 53 möchte die Ausnahme nur zugestehen, wenn die Wirkung der Ausgaben für die nachfolgende Entscheidung gering sind (S. 12). Dies ist ein Wertungswiderspruch

der KI ab; B/R/W/W, FA 2024, S. 126 (132), halten Abs. 3 für eine Vermutungsregelung für Hochrisiko-KI, welche der Betreiber widerlegen muss, wenn min. ein Kriterium des UA erfüllt ist.

²²⁶ Buchalik/Gehrman, CR 2024, S. 145 (150), adressieren als Bewertungskriterien für die Wesentlichkeit: Zweck, Umfang und Nutzung der KI sowie Art und Menge der Daten, Grad an Autonomie, frühere Schadenfälle und Auswirkung auf die Grundrechte; Frank/Heine, NZA 2024, S. 433 (435) geben einen Überblick, ebenso: Bomhard/Siglmüller, RD 2024, S. 45 (48f).

und nicht anzuwenden. Wenn bereits Entscheidungen, welche vollständig durch KI erfolgen, eine Ausnahme im Sinne des Abs. 3 rechtfertigen können, müssen Vorbereitungshandlungen (UA 1 lit. d) in einem weit größeren Ausmaß eine Ausnahme rechtfertigen können. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass jede Vorbereitungshandlung einer KI, bei welcher ein Mensch dazwischentritt und einen Entscheidungsspielraum hat und die Entscheidung auch im Einzelfall trifft, gleichgültig, ob der Entscheidungsspielraum genutzt wird, die Ausnahme rechtfertigt, wobei das o.g. Schufa-Urteil ausdrücklich bedacht werden muss. Somit sind auch die Bsp. in Erw. Nr. 53, wie Indexierung, verfehlt. Der Wortlaut der Norm ist deutlich darüberhinausgehend.²²⁷

Dies gilt auch bei einer engen Auslegung der Ausnahmegesetzgebung. Im Zweifel wird diese sich an Art. 22 DS-GVO orientieren können und der Frage, ab wann eine automatische Entscheidung vorliegt.

Eine Rückausnahme, also keine Rechtfertigungsmöglichkeit, besteht für Profiling, gem. Art. 6 III S. 2 iVm. Art. 3 Nr. 52 u. Erw. Nr. 53 sowie RL 2016/679 (DS-GVO), Art. 4 Nr. 4 (der Verweisfehler [Art. 3 Nr. 4] aus dem Trilog wurde beseitigt). Profiling ist jede automatisierte Verarbeitung von Daten, um die Analyse von persönlichen Aspekten einer Person, eine Bewertung oder Vorhersage zu treffen, zB. zur Arbeitsleistung, Zuverlässigkeit, Verhalten oder Kündigungsabsicht²²⁸. Insbesondere KI im Bereich Recruiting wird regelmäßig die Rückausnahme erfüllen und somit Hochrisiko-KI bleiben²²⁹.

cc. Einstufung als Hochrisiko-KI (Art. 6 IV KI-VO)

Die Einstufung, also Bewertung im Hinblick auf Hochrisiko-KI, obliegt dem Anbieter (argumentum e contrario, Art. 6 IV S. 1). Ist der Anbieter der Auffassung, dass die KI mit Verwendungsbereich des Anhang III keine Hochrisiko-KI ist, ist dies zu dokumentieren, bevor die KI in den Verkehr gebracht wird. Zudem unterliegt der Anbieter einer Registrierungspflicht u. muss auf Verlangen der zuständigen Behörde die Dokumentation vorlegen. Eine fehlerhafte Bewertung führt zum Haftungsrisiko beim Anbieter. Die Pflichten richten sich somit nicht an den Betreiber. Allerdings sollte dieser die Einschätzung des Anbieters kritisch prüfen, um (eigenen) Haftungsrisiken aus dem Weg zu gehen.²³⁰

Die Kommission wird hierzu Leitlinien verabschieden, insbesondere welche Fälle als hochriskant anzusehen sind, gem. Art. 6 V KI-VO. Hierfür hat die Kom. bis zum 26.02.2026 Zeit und kann zudem jederzeit delegierte Rechtsakte erlassen (Art. 6

²²⁷ Überblick bei: Bomhrad/Siglmüller, RD 2024, S. 45 (48f).

²²⁸ L/R/E, Datenschutzrecht, § 16, Rn. 52-66.

²²⁹ Frank/Heine, NZA 2024, S. 433 (435).

²³⁰ Chibanguza/Steegen, NJW 2024, S. 1769 (172); Möller-Klapperich, NJ 2024, S. 337 (340f).

VI), um Änderungen der Ausnahmen herbeizuführen sowie den Anhang III zu ändern (Art. 7)²³¹.

dd. Zwischenfazit zur Hochrisiko-KI

Abgesehen von der Streitfrage, welche KI überhaupt in den Anwendungsbereich der VO fällt, ist bei der Ausnahmevorschrift des Art. 6 III mit viel Streit- und Haftungspotenzial zu rechnen, eröffnet sich doch hierüber für den Anbieter die Möglichkeit einer Regulierung weitgehend zu entgehen. Eine Haftung des Betreibers ist, soweit dieser keine eigene Prüfung vornimmt, nicht ausgeschlossen (z.B. § 823 II BGB iVm. KI-VO; hierzu in Punkt 5). Die Leitlinien der Kom. dürften hier dringend benötigt werden, um Rechtssicherheit zu schaffen. Für den Betroffenen u. die Aufsichtsbehörden ist die Einstufung aus Anspruchs- und Haftungs- sowie Regulierungssicht relevant, was noch darzulegen sein wird.

c. KI mit allg. Verwendungszweck (Art. 51ff KI-VO)

KI-Modelle m. allg. Verwendungszweck (auch general-purpose AI model und dh. GPAI-Modelle) sind solche, welche mit großen Datenmengen und stets unsupervised trainiert wurden, ein breites Spektrum an Aufgaben erledigen können und daher geeignet sind, in eine Vielzahl nachgelagerter Systeme integriert zu werden, gem. Art. 3 Nr. 63 iVm. Erw. Nr. 97ff. Weiterhin werden GPAI-Modell mit systemischem Risiko (systemic risk) unterschieden, dies sind insbesondere solche mit hohem Wirkungsgrad (Art. 3 Nr. 66 iVm. Art. 51 I lit. a) und weiterhin solche mit kumulierter Berechnungsmenge für das Training von mehr als 10hoch25 Gleitkommaoperationen (Art. 3 Nr. 63 iVm. Art. 51 II). Die Anbieter sind hier gehalten, Anzeige ggü. der Kom. zu machen (Art. 52 I) und können nachweisen, dass kein systemisches Risiko besteht (Art. 52 II). Die Kom. wird eine Liste mit Modellen veröffentlichen, welche ein systemisches Risiko beinhalten (Art. 52 VI). Weiterhin sind va. technische Dokumentationen zu erstellen (Art. 53 I lit a iVm. Anhang XI), Bevollmächtigte zu benennen (Anbieter in Drittländern), gem. Art. 54, sowie bei systemischen Risiken, die Risiken zu bewerten und zu mindern (Art. 55 I lit. b) und schwerwiegende Vorfälle der zuständigen Behörde zu melden (lit. c). Die Pflichten richten sich grundsätzlich an die Anbieter der KI. Pflichten für Betreiber bestehen nicht, auch nicht in der Haftung (hierzu Punkt 3 sowie 4). Es ist davon auszugehen, dass dies zB. ChatGPT 4 (OpenAI, Inc.) und Gemini (Google LLC) betreffen wird.²³²

²³¹ Buchalik/Gehrmann, CR 2024, S. 145 (150).

²³² Vgl.: Ashkar/Schröder, BB 2024, S. 771 (777f); Buchalik/Gehrmann, CR 2024, S. 145 (150-152); Möller-Klapperich, NJ 2024, S. 337 (341).

d. Unregulierte KI

Generell sind alle weiteren KI-Systeme unreguliert, soweit diese nicht den Transparenzanforderungen des Art. 50 unterfallen²³³. Art 50 iVm. Erw. Nr. 132 gilt zB. für jede KI, welche mit Menschen interagieren soll. Hier besteht eine Informationspflicht ggü. dem Betroffenen, soweit die KI nicht offensichtlich erkennbar ist, dies soll Identitätsbetrug und Täuschung verhindern.

3. Betreiberpflichten (Art. 26 KI-VO)

Nachdem nun der Anwendungsbereich und die Klassifizierungsregeln für die einzelnen KI-Systeme geprüft wurden, sind nun die konkreten Betreiberpflichten (AG) in den Blick zu nehmen.

Im Hinblick auf die Nutzung von verbotener KI wird (hier) keine ausdrückliche Pflicht an den Betreiber adressiert, vielmehr wird nur der Anbieter sanktioniert. Ausnahmen sind aus Aufsichtspflichtverletzungen denkbar (Art. 26 iVm. 14), soweit keine Anleitung vorliegt oder diese bereits auf ein Verbot hinweist, sowie bei sich offensichtlich aufdrängenden Fehlbewertungen der Anbieter, also KI-Anwendungen, welche dem Verbot unterworfen sind und trotzdem angeboten werden. Dies dürfte nur besonders gravierende Einzelfälle betreffen.

Ein umfangreiches Pflichtenprogramm für Betreiber wird bei Hochrisiko-KI adressiert (Art. 26 iVm. Erw. Nr. 91). Der Betreiber hat geeignete technische und organisatorische Maßnahmen zu ergreifen, um sicherzustellen, dass die KI gemäß Betriebsanleitung (Art. 3 Nr. 15) verwendet wird (Art. 26 I)²³⁴. Dies umfasst zudem die Sicherstellung der erforderlichen Kompetenz bei den Aufsichtspersonen und die erforderliche Unterstützung derselben (Art. 26 II) - dies ist auch Art. 4 als KI-Kompetenz und Art. 14 IV über die Aufsichtspflicht des Betreibers zu entnehmen²³⁵. Die Kompetenz muss va. technisches Wissen umfassen, um das System angemessen überwachen und Fehlfunktionen erkennen zu können (Art. 14 IV lit. a) sowie die Ausgaben richtig interpretieren zu können (Art. lit. c) und somit erkennen zu können, in welchen Situationen das Ergebnis der KI nicht zu berücksichtigen (lit. d) und ggfs. sogar die KI gänzlich zu stoppen ist (lit. e). Es wird in der Folge eine Mindestqualifikation gefordert, wobei auch externe Dienstleister möglich sind. Hierbei ist die Mindestanforderung abhängig vom eingesetzten System (zB. dessen Lernverfahren und Erklärbarkeit). Eine konkrete Verantwortung der Aufsichtsperson selbst existiert auf Betreiberseite nicht – vielmehr steht der Betreiber selbst in der Verantwortung (Haftung).²³⁶

²³³ Vgl. die umfassende Darstellung bei B/R/W/W, FA 2024, S. 126 (132f).

²³⁴ Sesing/Tschech, MMR 2022, S. 24 (29), zum Art. 14 Entwurf Kom.

²³⁵ Bomhard/Siglmüller, RDi 2024, S. 45 (47f), zum Art. 4b aus dem Trilogergebnis.

²³⁶ Vgl. die umfangreiche Darstellung zum Art. 14 bei Dienes, MMR 2024, S. 456 (457-461).

Wenn der Anbieter eine Kontrolle über den Input der KI hat, sorgt dieser für Input gemäß der Zweckbestimmung und für repräsentative Daten (Art. 26 IV).

Weiterhin hat der Betreiber das System nach den Vorgaben der Betriebsanleitung zu überwachen und Daten für den Anbieter bereitzustellen (Art. 26 V 1), um dessen Überwachung im Sinne des Art. 72 zu ermöglichen. Bei schwerwiegenden Vorfällen informiert der Betreiber unverzüglich den Anbieter und die zuständige Aufsichtsbehörde. Soweit der Anbieter nicht zu erreichen ist, muss innerhalb von 48h die Aufsichtsbehörde informiert werden, gem. Art. 25 V 3 u. 4 iVm. Art. 73 III. Ein schwerwiegender Vorfall besteht (gem. Art. 3 Nr. 49) bei Tod oder schwerwiegender gesundheitlicher Schädigung (lit. a), der Verletzung von Pflichten aus dem Unionsrecht zum Schutz der Grundrechte (lit. c) sowie schweren Sachschäden (lit. d) - insbesondere AGG-Verletzungen, also Verletzungen der RL hinter dem AGG, sind lit. c zuzuordnen und ein schwerer Vorfall.²³⁷

Zusätzlich müssen Betreiberprotokolle über die KI für mindestens sechs Monate aufbewahrt werden, gem. Art. 25 VI.

Besonders wichtig ist zudem die Informationspflicht bei zukünftiger Verwendung am Arbeitsplatz, gem. Art. 25 VII iVm. Erw. Nr. 92. Dies gilt für alle Arbeitnehmenden, welche einer Verwendung von KI unterliegen. Zudem gilt dies bei Verwendung von Systemen aus Anhang III (wie gesehen Nr. 1 u. 4) auch ggü. allen natürlichen Personen, welche von der Entscheidung od. Entscheidungsvorbereitung durch KI betroffen sind. Diese Pflicht ist ebenso durch den Betreiber vor der Verwendung zu erbringen, Art. 25 XI iVm. Erw. Nr. 93.²³⁸

Sollte ein Betreiber zum Anbieter werden (Art. 26), hätte dieser umfangreiche weitere Pflichten, gem. Art. 16 – bspw. Maßnahmen zum Risikomanagement (Art. 9), Qualitätsmanagement (Art 18 u. 19), Konformitäts- und Kennzeichnungspflichten (Art. 43, 48)²³⁹.

Bemerkenswert ist, dass für Betreiber von GPAI-Modellen keinerlei Pflichten bestehen, dies erscheint auf den ersten Blick überraschend²⁴⁰. Der Gesetzgeber konnte einerseits keine Mehrheit für eine weitergehende Regelung organisieren und zudem wird davon ausgegangen, dass GPAI in anderen KI verwendet wird und diese sodann reguliert werden kann, zB. als Hochrisiko-KI.²⁴¹

Im Ergebnis werden damit umfassende Informations-, Aufsichts- u. Organisationspflichten für Betreiber, im Sinne einer umfassenden Compliance,

²³⁷ Ashkar/Schröder, BB 2024, S. 771 (777f).

²³⁸ Frank/Heine, NZA 2024, S. 433 (437); Ashkar/Schröder, BB 2024, S. 771 (777).

²³⁹ Vgl. Gerdemann, NJW 2024, S. 2209 (2210-2214), zur Konformitätsbewertung.

²⁴⁰ Chibanguza/Steege, NJW 2024, S. 1769 (1774).

²⁴¹ Puschky, ZD-Aktuell 2024, S. 01774, berichtet über Probleme im Datenschutz, va. bzgl. Löschrechten ggü. OpenAI, welche als Eingriff in die Meinungs- u. Informationsfreiheit zurückgewiesen werden, also weitergehenden Probleme für Betroffenen.

begründet werden. Für Betroffene ist die Information, einer KI unterworfen zu sein, zu begrüßen, um die Transparenz u. Rechtsdurchsetzung zu fördern.

4. Sanktionsmaßnahmen gegen Betreiber (Art. 99 KI-VO)

Es sollen nun die behördlichen Sanktionsmaßnahmen gegen Betreiber geprüft werden, um finanzielle Risiken der Arbeitgeber bei Diskriminierung durch KI sowie Fehlanwendungen durch Betreiber aufzuzeigen. Die ökonomischen Sanktionen gegen Betreiber richten sich nach Art. 99 iVm. Erw. Nr. 168. Dies betrifft nur verbotene KI, Hochrisiko-KI sowie KI m. Transparenzanforderungen. Für GPAI-Modelle wird gem. Art. 101 iVm. Erw. Nr. 169 keine Sanktion ggü. Betreibern vorgesehen, daher werden diese nicht betrachtet.

In Art. 99 III wird die Missachtung des Verbots aus Art. 5 sanktioniert²⁴². Die Regelung selbst adressiert nicht ausdrücklich, ob es sich nur um Anbieter handelt. Art. 5 adressiert ausdrücklich auch die „Verwendung von KI“, dh. ergibt sich aus der Auslegung der Norm, dass Anbieter und Betreiber von Art. 99 III erfasst sind. Betreiber müssen also prüfen, ob KI verboten ist. Die Geldbuße beträgt bis zu 35 Mio. EUR od. 7% des weltweiten Jahresumsatzes (letztes Geschäftsjahr)²⁴³.

Weiterhin wird in Art. 99 IV lit. e und g ausdrücklich der Betreiber adressiert²⁴⁴. Ein Verstoß gegen die Pflichten aus Art. 26 u. Art. 50 wird mit Geldbuße bis zu 15 Mio. EUR od. 3% des weltweiten Jahresumsatzes (letztes Gj.) geahndet.

Zudem werden falsche, unvollständige oder irreführende Informationen ggü. (zuständigen) auskunftersuchenden Behörden sanktioniert, dies iHv. bis zu 7,5 Mio. EUR od. bis zu 1% des weltweiten Jahresumsatzes (letztes Gj.), gem. Art. 99 V²⁴⁵. Dies könnte zB. durch die Vorlage unvollständiger Dokumentationsunterlagen ggü. der zuständigen Daten- od. Antidiskriminierungsbehörde erfüllt werden, Art. 77 iVm. 26 VI. Betreiber sollten also stets vollständige, korrekte Antworten erteilen. KMU zahlen den jeweils geringeren Betrag aus Abs. 3, 4 u. 5 (Art. 99 V)²⁴⁶.

Art. 99 VII legt die Kriterien für die Bestimmung der Höhe einer Geldbuße fest. Es sind alle Umstände des Einzelfalls heranzuziehen (Ermessensspielraum im Verwaltungsakt). Hierzu ist „ggfs.“ als Auslegungshilfe folgendes zu berücksichtigen: Art, Schwere, Dauer des Verstoßes und dessen Folgen; ggfs. Zahl der betroffenen Personen und Ausmaß der erlittenen Schäden (lit. a); Sanktionen anderer Behörden auf Grund des identischen Vorfalles (lit. b, c); Größe, Umsatz, Marktanteil des Akteurs (lit. d); erschwerende oder mildernde

²⁴² B/R/W/W, FA 2024, S. 126 (133).

²⁴³ Bronner, jurisPR-ITR 13, Anm. 2, adressiert die Wertschöpfungskette – wohl nur allg.

²⁴⁴ Ashkar/Schröder, BB 2024, S. 771 (779).

²⁴⁵ B/R/W/W, FA 2024, S. 126 (133).

²⁴⁶ Bomhard/Siglmüller, RD 2024, S. 45 (53), noch zum Art. 71Va Trilog.

Umstände (lit. e); Grad der Zusammenarbeit (lit. f); Grad der Verantwortung des Akteurs und von diesem ergriffene Maßnahmen (lit. g); ob der Akteur den Verstoß gemeldet hat (lit. h); ob Verschulden vorliegt (lit. i); alle Maßnahmen des Akteurs, um den Schaden der Betroffenen zu mindern (lit. j).²⁴⁷

Weitergehende nicht ökonomische Sanktionen treffen primär den Anbieter, zB. Zugang (Art. 74), technische Tests (Art. 77), Prüfung von Bewertungen sowie ggfs. Verbote der KI (Art. 80) u. Durchsetzung von Konformitätsanforderungen (Art. 83). Das Verbot einer KI trifft nachgelagert auch den Geschäftsbetrieb des Betreibers. Der Betreiber ist weiterhin gut beraten, soweit dieser insbesondere nicht vorhandene Konformität (Art. 83) feststellt, dies der zuständigen Behörde mitzuteilen. Zzt. ist dies zwar nicht als Organisationspflicht aus der KI-VO abzuleiten (Art. 26 I), diese Pflicht kann sich aber aus anderen Regelungen ergeben (Art. 26 III KI-VO iVm. § 93 AktG, zudenken ist auch an § 12 I AGG).

5. Rechtsbehelfe der Betroffenen (Art. 85ff)

Es sollen im nächsten Schritt die konkreten Rechtsbehelfe der Betroffenen geprüft werden (Art. 85ff iVm. Erw. Nr. 171), insbesondere bei Diskriminierung.

Die Betroffenen haben das Recht, sich bei einer Marktüberwachungsbehörde zu beschweren, gem. Art. 85. Die nationale Marktüberwachungsbehörde steht zum Zeitpunkt der Arbeit noch nicht fest. Gem. Art. 70 II muss diese bis zum 02.08.2025 benannt werden. Allerdings obliegt für GPAI-Modelle die Marktüberwachung nur der Kommission und dort dem AI-Büro (s. Art. 88 I). Eine Beschwerde kann zB. Ermittlungen der Aufsichtsbehörde veranlassen und einen Bußgeldbescheid zur Folge haben, bspw. bei unterlassener Überwachungspflicht durch den Betreiber. Aus Art. 86 folgt zudem für Betroffene ein Recht auf Entscheidungserläuterung durch den Betreiber, soweit dieser KI einsetzt.

Allerdings greift dieser Anspruch nur, wenn die Entscheidung auf der Grundlage einer KI-Entscheidung getroffen wurde, welche einem Hochrisikozweck des Anhang III entstammt (zB. Nr. 1 und Nr. 4, wie gesehen), eine rechtliche Wirkung ggü. dem Betroffenen entfaltet oder diesen in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt, zudem muss ein Grundrecht beeinträchtigt sein. Ist dies der Fall, haben Betroffene das Recht eine klare und aussagekräftige Erläuterung zur Rolle der KI im Entscheidungsprozess zu bekommen sowie zu den wichtigsten Elementen der getroffenen Entscheidung.²⁴⁸

Die Vorschrift greift nach dem Wortlaut nur ein, wenn ein Mensch in die Entscheidung involviert war, also gerade nicht soweit eine vollautomatische

²⁴⁷ Ashkar/Schröder, BB 2024, S. 771 (779); Förster/Gehrmann, SPA 2024, S. 113 (114).

²⁴⁸ Frank/Heine, NZA 2024, S. 433 (437).

Entscheidung durch die KI getroffen wurde. Der Erw. Nr. 171, S. 1 spiegelt ebenfalls diese Annahme (Wortlaut: „überwiegend auf den Ausgaben“). Diese Annahme wäre zudem mit dem Argument des Datenschutzes zu unterstützen, welcher idR. vollautomatisierte Entscheidungen in Art. 22 I DS-GVO verbietet. Aus einer teleologischen Sicht kann somit allerdings der Sinn und Zweck der Vorschrift nicht erreicht werden, diese droht vielmehr leerzulaufen. Dies folgt daraus, dass in Art. 6 durch die Ausnahmegvorschrift des Abs. 3 lit. d KI-VO regelmäßig KI zur Entscheidungsvorbereitung keine Hochrisiko-KI ist, also hier bereits kein Auskunftsanspruch mangels Hochrisiko-KI besteht. Der Sinn und Zweck der Vorschrift muss sich damit auch auf vollautomatische Entscheidungen erstrecken oder die Ausnahmeregelung in Art. 6 III lit. d überaus eng ausgelegt werden, was nicht mit der Vorschrift vereinbar ist. Es tritt zudem hinzu, dass ein Betroffener darlegen und im Zweifel wenigstens als Anscheinsbeweis belegen muss, dass eine Beeinträchtigung eines Grundrechts besteht, zB. durch Diskriminierung – genau dies wird aber ohne Auskunft idR. noch gar nicht darzulegen sein. Für die Frage der rechtlichen Auswirkung oder erheblichen Beeinträchtigung kann auf die Rechtsprechung und Literatur zum Art. 22 I DS-GVO zurückgegriffen werden²⁴⁹. Insgesamt dürfte das Erläuterungsrecht bei Auslegung am Wortlaut leerlaufen und regelmäßig kein Anspruch bestehen. Hierüber kann nur eine teleologische Auslegung hinweghelfen, die sich am Ziel, also dem Schutz der Betroffenen sowie einem Grundrechtsschutz, orientiert, welcher ohne Erläuterung nicht wirksam erreicht werden kann.²⁵⁰

Es besteht somit für Betroffene und Betreiber erhebliche Unsicherheit, wobei dies für Betreiber offensichtlich vollständig folgenlos bleiben soll – die Regelung des Art. 99 iVm. 26 sanktioniert eine fehlende Erläuterung gerade nicht, somit bleiben allenfalls Ansprüche aus der DS-GVO übrig. Das Recht besteht zudem nicht (Art. 86 II, III), wenn anderweitig ein Auskunftsanspruch aus dem EU-Recht besteht oder eine Beschränkung des Auskunftsrechts aus dem EU-Recht folgt oder dem nationalen Recht, welches unionsrechtskonform ist.

Weiterhin ist allerdings auch fraglich, ob Grundinformationen zur Entscheidung und Modellkonzipierung den Betroffenen weiterbringen. Wie im AGG-Teil dargelegt, wird dieser regelmäßig diese Informationen nicht verstehen und keine Erkenntnisse hieraus ableiten können, also den Beistand von Verbänden benötigen. Es wird damit insbesondere auch keine grey KI und somit weitergehende Erklärbarkeit der KI-Entscheidung eingefordert.

²⁴⁹ Vgl. statt vieler: Hüger/Paal, MMR 2024, S. 540 (540-542).

²⁵⁰ Frank/Heine, NZA 2024, S. 433 (437f), betrachten eine Auslegung, welche vollautomatisierte Entscheidungen ausnimmt, als fraglich und damit kritisch.

Es ist zudem zukünftig nicht ausgeschlossen, dass Betroffene individuelle Ansprüche aus § 823 II BGB iVm. KI-VO geltend machen. Dies wird abgesehen vom Verschulden maßgeblich davon abhängen, ob die KI-VO als Schutzgesetz angesehen wird, was zu erwarten ist²⁵¹.

Insgesamt ist bereits fraglich, ob der Erläuterungsanspruch überhaupt einen konkreten Anwendungsfall finden wird, hierzu wird es im Zweifel der Rechtsprechung zur Klärung bedürfen. Zusätzlich wird Rechtsunsicherheit geschaffen und keinerlei Sanktionierung für mangelnde Erläuterungen vorgesehen, zu mindestens ggü. Betroffenen. Die Regelung ist somit wenig gelungen und nicht geeignet, Diskriminierungen zu verhindern oder aufzudecken, läuft also dem Grundrechtsschutz als Ziel der VO zuwider.

6. Zwischenfazit zur KI-VO sowie Betrachtung von Schutzlücken

Die Verordnung ist geeignet Diskriminierungsrisiken in einem überschaubaren Ausmaß abzuschwächen. Dies wird über das Verbot einiger Anwendungen erzielt (zB. biometrische Kategorisierungen oder Emotionsableitung am Arbeitsplatz) sowie durch die erhebliche Regulierung von Hochrisiko-KI (zB. im Bereich Personalauswahl und -bewertung). Zugleich bestehen zahlreiche Ausnahmen und diese führen zu einer nahezu unregulierten KI, zB. bei einem Einsatz von KI zur Entscheidungsvorbereitung. Die hierbei verwendeten zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffe und in Teilen unklaren und widersprüchlichen Anforderungen lassen für die Anwender aber auch für die Betroffenen Rechtsunsicherheit entstehen und schaden dem Vertrauen in KI²⁵². Weiterhin werden Betroffene nicht ausreichend mit Erläuterungsrechten geschützt, vielmehr drohen diese eine leere Hülle zu bleiben. Somit ist die KI-VO zwar geeignet Diskriminierung abzuschwächen, aber nicht, diese aufzuklären. Zudem sind zahlreiche Gesetze neben der KI-VO zu beachten, zB. DS-GVO u. AGG - hierbei wurden bestehende Regelungen nicht aufeinander abgestimmt²⁵³. Die Sanktionsmaßnahmen sind in der Höhe abschreckend, allerdings nur wenig ausgewogen. Der Bürokratieaufbau (Betreiber) steht in keinem Verhältnis zum Nutzen für Betroffene, insbesondere mangels echter Erläuterungsrechte. Die VO enthält außerdem keine Regelung im Hinblick auf Zurechnungs- od. Wissensfragen bzgl. KI und Betreiber und regelt zudem keine individuellen Haftungsfragen zw. Betroffenen und Betreiber²⁵⁴.

²⁵¹ Bomhard/Siglmüller, RD 2024, S. 45 (53), halten dies für möglich; Roos/Weitz, MMR 2021, S. 844 (849f), nehmen ein Schutzgesetz an und beziehen sich auf Verkehrssicherungspflichten; G/G/B, NZA 2024, S. 234 (239f), nehmen ebenfalls ein Schutzgesetz an.

²⁵² Ebenso: Bomhard/Siglmüller, RD 2024, S. 46 (53f); Buchalik/Gehrmann, CR 2024, S. 145 (153).

²⁵³ Vgl. Buchalik/Gehrmann, CR 2024, S. 145 (153).

²⁵⁴ Ebenso: Chibanguza/Steege, NJW 2024, S. 1769 (1774).

Trotzdem ist die VO geeignet Diskriminierungen im Vorfeld abzuschwächen (zB. über Test-, Validierungs- und Dokumentationspflichten für Anbieter), was durch das AGG als nachgelagertem Sanktionsgesetz nur schwerlich gelingt.

IV. Fazit der Arbeit

Im Gesamtfazit sollen nun die Aspekte aus Teil II der Arbeit (AGG) mit Teil III der Arbeit (KI-VO) verbunden werden, es soll eine Feststellung erfolgen, welche Schutzlücken geschlossen wurden oder auch weiterbestehen. Dies dient sodann einem Gesamtfazit aus Betroffenen- und Betreiberperspektive. Es erfolgt in Punkt V noch ein kurzer Ausblick und in Punkt VI der Arbeit eine Umsetzung der Handreichung für Betreiber, um Diskriminierungen durch KI zu verhindern.

Zukünftig werden für Betroffene regelmäßig KI-Einsätze erkennbar werden, dies folgt aus der Informationspflicht für Betreiber, gem. Art. 26 VII, XI sowie Art. 50 und umfasst regelmäßig alle Anwendungen des HR-Bereichs, soweit diese auf konkrete Betroffene abzielen. Dies ist ein erster Schritt, um va. mittelbare Diskriminierung durch KI prüfen zu können. Damit ist aber nicht das Erkenntnis- und Beweisproblem der Betroffenen gelöst, um zB. einen Anspruch auf Schadenersatz, gem. § 15 AGG, abzuleiten. Hierfür bedürfte es zusätzlicher Erläuterungspflichten, welche nach deutschem Recht bislang nicht bestehen. Diese Erläuterungspflichten werden durch Art. 86 KI-VO zwar adressiert, aber regelmäßig nicht gelöst werden (wg. Art. 86 I iVm. Art. 6 III lit. d). Die Norm wird nach zu erwartender Lesart kaum Anwendung finden, soweit diese nicht ausdrücklich vom EuGH am Sinn und Zweck der VO ausgelegt wird. Zudem eröffnen sich für den Betroffenen neue Probleme: Dieser wird regelmäßig nicht darlegen können, dass ein Grundrecht verletzt ist (Diskriminierungsfreiheit), hierzu bedürfte es gerade der Erläuterung. Der Betroffene wird also zukünftig, abgesehen vom Datenschutz, faktisch auch weiterhin keine Erläuterungsrechte haben und einen Beweis für Diskriminierung allenfalls über Statistiken führen können.

Vielmehr ist es so, dass zukünftig ein Betreiber leichter eine Rechtfertigung für mittelbare Diskriminierung führen kann (§ 3 II 2. Hs. AGG), soweit ein Grund vorliegt, wird die Geeignetheit nunmehr über Zertifizierungen (Art. 40ff KI-VO) und CE-Kennzeichnungen (Art. 48 KI-VO) sowie den Nachweis der Daten-Governance (Art. 10 KI-VO) möglich werden.

Die Organisationspflichten der Betreiber (§ 12 I AGG) werden zukünftig, bei Hochrisiko-KI, um die Pflichten aus Art. 26 KI-VO erweitert, soweit Hochrisiko-KI verwendet wird und keine Ausnahme des Art. 6 III KI-VO vorliegt, was leider die Regel werden dürfte. Soweit Verstöße hiergegen bestehen, ist es naheliegend einen Schadenersatz aus § 15 iVm. § 12 AGG aus

Organisationspflichtverletzungen zu gewähren, welcher verschuldensunabhängig ist.

Insgesamt verbessert die KI-VO absehbar die Betroffenenperspektive nicht, zumindest nicht im Hinblick auf das AGG. Dies folgt zusätzlich daraus, dass es zusätzlichen Sachverstandes zum Verstehen und Beurteilen der KI bedarf, welche nur durch Verbandsklagen zu erreichen ist und nicht vorgesehen ist.

Trotzdem ist die KI-VO geeignet, Diskriminierungsrisiken im Vorfeld abzuschwächen durch Verbote und Regulierungen (Hochrisiko-KI), welche den vormaligen unregulierten Rechtszustand verbessern, wenngleich auf Kosten der Anwender. Die VO sollte bzgl. der Betroffenenrechte überarbeitet werden und ein echter Erläuterungsanspruch aus Art. 86 KI-VO (*de lege ferenda*) ermöglicht werden. Auch eine präzisere Sprache und widerspruchsfreie Regulierung wäre wünschenswert, um Bürokratielasten abzusenken und die Rechtssicherheit für alle Beteiligten (*de lege ferenda*) zu erhöhen.

Zudem gibt es mit Hacker eine erste Stimme, welche die Verfassungsmäßigkeit der arbeitsrechtlichen Regelungen, mangels Kompetenz der EU, in Frage stellt²⁵⁵.

V. Ausblick – weitere Regelungen in der EU und international

Betreiber werden die KI-HaftungsRL-E im Blick behalten müssen, welche zwar nicht das Arbeitsrecht, aber die deliktische Haftung betreffen wird und Auskunftssowie Beweisfragen adressiert, gleiches gilt für die Überarbeitung der ProduktsicherheitsRL-E.²⁵⁶

International (USA) werden der Colorado AI-Act beachtet werden müssen, welcher ab 2026 für Hochrisiko-KI in Teilen gilt (keine Regulierung v. GPAI-Modellen)²⁵⁷.

Weitere umfangreiche KI-Regelungen finden sich zB. auch bereits in China²⁵⁸.

Zudem sollte die KI-Konvention im Blick behalten werden, wenngleich diese keine Regelungen ggü. Unternehmen trifft und keine ausdrücklichen Verbote enthält²⁵⁹.

VI. Handreichung für Betreiber, um Diskriminierung durch KI zu verhindern

Betreiber müssen einen multidisziplinären Ansatz zur Einführung u. Überwachung von KI sowie der Abwehr von Diskriminierungsrisiken durch KI wählen²⁶⁰.

Zwingend müssen Betreiber vor dem Einsatz von KI umfangreiche Anbieter-Assessments durchführen, insbesondere um (zukünftig) die technische

²⁵⁵ Ders., Fn. 224, S. 17f.

²⁵⁶ Com (2022), 496 final, v. 28.09.2022; vgl.: Staudenmeyer, NJW 2023, S. 894ff sowie Bomhard/Siglmüller, RDt 2022, S. 506ff.

²⁵⁷ Spies, MMR-Aktuell 2024, S. 01520.

²⁵⁸ Vgl. den Übersichtsartikel von Blasek, RDt 2023, S. 557ff.

²⁵⁹ Zimmer-Helfrich, MMR-Aktuell 2024, S. 01509.

²⁶⁰ Förster/Gehrmann, SPA 2024, S. 113 (116), für Zusammenarbeit zw. HR-, Rechts- u. Datenschutzabteilung (technische Aspekte wurden hier nicht erkannt).

Dokumentation, das Qualitätsmanagement des Anbieters und die erzeugten Protokolle einzusehen sowie die Konformitätsbescheinigung u. CE-Kennzeichnung zu prüfen und umfangreich die Betriebsanleitung einzusehen sowie kritisch zu hinterfragen. Hierbei muss der Betreiber zwingend eine eigene Bewertung im Hinblick auf die Klassifizierung des Systems für den konkreten Einsatzzweck vornehmen, insbesondere bzgl. der Frage verbotener- oder Hochrisiko-KI und deren Ausnahmen. Die Vorgabe des Anbieters ist nicht ungefragt zu übernehmen. Insgesamt sollte der Anlernprozess kritisch hinterfragt werden (Datenquantität u. -qualität) sowie geprüft werden, ob Erklärungskomponenten möglich sind (grey KI). Betreiber müssen außerdem sicherstellen, dass keine verpönten Merkmale von der KI unmittelbar genutzt werden, diese dürfen also niemals in Ergebnisse einfließen. Der mittelbaren Diskriminierung durch Proxys muss mit umfangreichen Testverfahren vorab, im laufenden Betrieb und der Einspeisung von zur Entscheidung notwendigen Daten begegnet werden, also einer Begrenzung von Daten auf zur Entscheidung notwendige Aspekte, weiterhin sind Erklärungskomponenten (grey KI) zu empfehlen, um Ergebnisse auf Betreiber und Betroffenenseite erklären zu können. Dies ist auch wichtig, um mehrfache Diskriminierungen durch KI und damit einhergehende Reputationsschäden sowie erhebliche Schadenersatzforderungen auf Betreiberseite zu verhindern.

Zudem ist eine ausreichende AI literacy der Aufsicht und der Benutzer im Unternehmen sicherzustellen und umfangreich im Hinblick auf Betreiberpflichten zu schulen. Dies umfasst auch umfangreiche Informationspflichten potenziell betroffener Arbeitnehmer. Hierbei müssen zwingend klare Verantwortungen für Melde- und Eskalationsprozesse sowie die Prozesse für Erklärungen und Informationen ggü. Betroffenen vorab definiert werden, um rechtskonform zu agieren. Während der Nutzung sind fortwährend Audits- und Compliance-Kontrollen beim Anbieter durchzuführen. Stets ist somit ein proaktiver und multidisziplinärer Ansatz notwendig, welcher Risiken antizipiert, minimiert und vereitelt²⁶¹.

Auf Grund der neuen KI-VO und den zahlreichen Regelungsbefugnissen, in Form delegierter Rechtsakte, und den zahlreichen unbestimmten Rechtsbegriffen sowie Öffnungsklauseln für günstigeres Recht auf Mitgliedsstaatsebene, sind hierbei stets legislative und exekutive Maßnahmen sowie die zu erwartende Jurisprudenz zu verfolgen u. unverzüglich umzusetzen.²⁶²

²⁶¹ Möller-Klapperich, NJ 2024, S. 337 (342), sieht umfangreiche Pflichten im Compliance-Bereich.

²⁶² Vgl. Le/Treibel, ZD 2024, S. 370 (371f), mit einem noch weitergehenden Ansatz (allerdings mit dem Hauptaugenmerk im Datenschutzbereich).

Literaturverzeichnis

- Aichinger, Gregor/Aufreiter, Alexander/Nessler, Bernhard/Wendehorst, Christiane, Der Begriff des KI-Systems unter der neuen KI-VO, Vorschlag eines „Drei-Faktor-Ansatzes“ zur Bewältigung technischer und juristischer Ungereimtheiten, in MMR, Jahrgang 2024, Heft MMR-Beilage, S. 605-613 (zitiert als: A/A/N/W, MMR 2024, 605)
- Ashkar, Daniel/Schröder, Christian, Das Gesetz über künstliche Intelligenz der Europäischen Union (KI-VO), in BB, Jahrgang 2024, Heft 15, S. 771-779 (zitiert als: Ashkar/Schröder, BB 2024, 771)
- Barocas, Solon/Selbst, Andrew, Big Data's Disparate Impact, in California Law Review, Jahrgang 2016, Heft 104, S. 671-732 (zitiert als: Barocas/Selbst, CLR 2016, 671)
- Beck, Charlotte, Suche nach Digital Native in Stellenanzeige ist Indiz für unmittelbare Benachteiligung wegen des Alters, in ArbRAktuell, Jahrgang 2024, Heft 5, S. 123 (Beck, ArbRAktuell, 123)
- Beck, Susanne (Hrsg.)/Kusche, Carsten/Valerius, Brian, Digitalisierung, Automatisierung, KI und Recht, Festgabe zum 10-jährigen Bestehen der Forschungsstelle RobotRecht, 1. Aufl., Baden-Baden, 2020, Nomos Verlag (zitiert als: B/K/V, Digitalisierung, Automatisierung, KI und Recht)
- Becker, Daniel/Feuerstack, Daniel, Der neue Entwurf des EU-Parlaments für eine KI-Verordnung, in MMR, Jahrgang 2024, Heft 1, S. 22-26 (zitiert als: Becker/Feuerstack, MMR 2024, 22)
- Berger, Markus/Gerigk, Mark/Günther, Jens, Von Algorithmen und Arbeitnehmern: Die europarechtliche Regulierung von KI im arbeitsrechtlichen Kontext, in NZA, Jahrgang 2024, Heft 4, S. 234-240 (zitiert als: G/G/B, NZA 2024, 234)
- Binder, Nadja/Egli, Catherine, Umgang mit Hochrisiko-KI-Systemen in der KI-VO, Strenge Anforderungen der Art. 8-15 KI-VO, in MMR, Jahrgang 2024, Heft MMR-Beilage, S. 626-630 (zitiert als: Binder/Egli, MMR 2024, 626)
- Bissels/Wisskirchen, Das Fragerecht des Arbeitgebers bei Einstellung unter Berücksichtigung des AGG, in NZA, Jahrgang 2007, Heft 4, S. 169-174 (zitiert als: Bissels/Wisskirchen, NZA 2007, 169)
- Blasek, Katrin, KI-Regulierung in der Volksrepublik China, in RDİ, Jahrgang 2023, S. 557-564 (zitiert als Blasek, RDİ 2023, 557)
- Block, Martina/Rudkowski, Lena/Wendt, Domenik Henning/Wettlaufer, Kai, Einsatz Künstlicher Intelligenz bei der Begründung des Arbeitsverhältnisses, in FA, Jahrgang 2024, Heft 5, S. 126-134 (zitiert als: B/R/W/W, FA 2024, 126)
- Bomhard, David/Merkle, Marieke, Europäische KI-VO, in RDİ, Jahrgang 2021, Heft 6, S. 276-283 (zitiert als: Bomhard/Merkle, RDİ 2021, 276)
- Bomhard, David/Siglmüller, Jonas, AI Act - das Trilogergebnis, in RDİ, Jahrgang 2024, Heft 1, S. 45-55 (zitiert als: Bomhard/Siglmüller, RDİ 2024, 45)
- Bomhard, David/Siglmüller, Jonas, Europäische KI-Haftungsrichtlinie, Der aktuelle Kommissionsentwurf und seine praktischen Auswirkungen, in RDİ, Jahrgang 2022, Heft 12, S. 506-513 (zitiert als: Bomhard/Siglmüller, RDİ 2022, 506)
- Borges, Georg, Haftung für KI-Systeme, Konzepte und Adressaten der Haftung, in CR, Jahrgang 2022, Heft 9, S. 553-561 (zitiert als: Borges, CR 2022, 553)
- Brink, Stefan, Aktuelle Tendenzen im Beschäftigtendatenschutz der Europäischen Union, in NZA-Beilage, Jahrgang 2023, Heft 3, S. 86-92 (zitiert als: Brink, NZA-Beilage 2023, 86)
- Bronner, Pascal, Die KI-Verordnung (KI-VO) der EU, in jurisPR-ITR, Jahrgang 2024, Heft 13, Anmerkung 2 (zitiert als: Bronner, jurisPR-ITR 2024, Anm. 2)
- Brox, Hans/Henssler, Martin/Rüthers, Bernd, Arbeitsrecht, 20. Aufl., Stuttgart, 2020, Kohlhammer Verlag (zitiert als: B/H/R, Arbeitsrecht)
- Buchalik, Barbara/Gehrmann, Mareike Christine, Von Nullen und Einsen zu Paragraphen: Der AI-Act, ein Rechtscode für Künstliche Intelligenz, Der horizontale und risikobasierte Ansatz für Produktsicherheitsaspekte von KI-Systemen und Allzweck-KI, in CR, Jahrgang 2024, Heft 3, S. 145-154 (zitiert als: Buchalik/Gehrmann, CR 2024, 145)
- Burchardi, Sophie, Risikotragung für KI-Systeme, Zur Zweckmäßigkeit einer europäischen Betreiberhaftung, in EuZW, Jahrgang 2022, Heft 15, S. 685-692 (zitiert als: Burchardi, EuZW 2022, 685)

Busche, Daniel, Einführung in die Rechtsfragen der künstlichen Intelligenz, in JA, Jahrgang 2023, Heft 6, S. 441-446 (zitiert als: Busche, JA 2023, 441)

Callies, Christian/Ruffert, Matthias (Hrsg.), EUV/AEUV Kommentar, Das Verfassungsrecht der europäischen Union mit europäischer Grundrechtcharta, 6. Aufl., München, 2023, C.H. Beck Verlag (zitiert als: C/R/Bearbeiter, EUV/AEUV Kommentar)

Chibanguza, Kuuya/Steege, Hans, Die KI-Verordnung - Überblick über den neuen Rechtsrahmen, in NJW, Jahrgang 2024, Heft 25, S. 1769-1775 (zitiert als: Chibanguza/Steege, NJW 2024, 1769)

de Barros Fritz, Raphael/von Lewinski, Kai, Arbeitgeberhaftung nach dem AGG infolge des Einsatzes von Algorithmen bei Personalentscheidungen, in NZA, Jahrgang 2018, Heft 10, S. 620-625 (zitiert als: de Barros Fritz/von Lewinski, NZA 2018, 620)

Dettling, Heinz-Uwe/Krüger, Stefan, Erste Schritte im Recht der Künstlichen Intelligenz, in MMR, Jahrgang 2019, Heft 4, S. 211-217 (zitiert als: Dettling/Krüger, MMR 2019, 211)

Dickerhof-Borello, Elisabeth/Nollert-Borasio, Christiane/Wenckebach, Johanna, (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Basiskommentar zum AGG unter Berücksichtigung des EntgTransG, 5. Aufl., Frankfurt a.M., 2019, Bund Verlag (zitiert als: D/N/W/Bearbeiter, AGG)

Dienes, Jennifer, Anforderungen an die menschliche Aufsicht über Künstliche Intelligenz, Verständnis als Kernelement des Art. 14 KI-VO, in MMR, Jahrgang 2024, Heft 6, S. 456-462 (zitiert als: Dienes, MMR 2024, 456)

Dütz, Wilhelm/Thüsing, Gregor, Arbeitsrecht, 28. Aufl., München, 2023, C.H. Beck Verlag (zitiert als: Dütz/Thüsing, Arbeitsrecht)

Dzida, Boris/Groh, Naemi, Diskriminierung nach dem AGG beim Einsatz von Algorithmen im Bewerbungsverfahren, in NJW, Jahrgang 2018, Heft 27, S. 1917-1922 (zitiert als: Dzida/Groh, NJW 2018, 1917)

Ebers, Martin/Hoch, Veronica/Rosenkranz, Frank/Ruscheimer, Hannah/Steinrötter, Björn, Der Entwurf für eine EU-KI-Verordnung: Richtige Richtung mit Optimierungsbedarf, in RDJ, Jahrgang 2021, Heft 11, S. 528-537 (zitiert als: E/H/R/R/S, RDJ 2021, 528)

Eckhardt, Jens/Rüpke, Giselher/von Lewinski, Kai, Datenschutzrecht, Grundlagen und europarechtliche Neugestaltung, 2. Aufl., München, 2022, C.H. Beck Verlag (zitiert als: E/R/L, Datenschutzrecht)

Ertel, Wolfgang, Grundkurs Künstliche Intelligenz, Eine praxisorientierte Einführung, 5. Aufl., Wiesbaden, 2020, Springer Verlag (zitiert als: Ertel, Grundkurs KI)

Figatowski, Martin, KI: Erste Regulierung von künstlicher Intelligenz (KI) ist auf der Zielgeraden: Überblick über den AI Act, in PStR, Jahrgang 2024, Heft 7, S. 154-157 (zitiert als: Figatowski, PStR 2024, 154)

Fischinger, Philipp S., Arbeitsrecht, 3. Aufl., Heidelberg, 2024, C.F. Müller Verlag (zitiert als: Fischinger, Arbeitsrecht)

Förster, Anne/Gehrmann, Mareike Christine, Die KI-Verordnung aus HR-Sicht, in SPA, Jahrgang 2024, Heft 15, S. 113-166 (zitiert als: Förster/Gehrmann, SPA 2024, 113)

Frank, Justus/Heine, Maurice, Arbeitsrechtliche Dimension der KI-Verordnung, in NZA, Jahrgang 2024, Heft 7, S. 433-438 (zitiert als: Frank/Heine, NZA 2024, 433)

Frank, Justus/Heine, Maurice, Das KI-basierte Arbeitsverhältnis, in NZA, Jahrgang 2023, Heft 18, S. 935-939 (zitiert als: Frank/Heine, NZA 2023, 1281)

Frank, Justus/Heine, Maurice, KI-Einsatz im Betrieb unter der KI-Verordnung, in NZA, Jahrgang 2023, Heft 20, S. 1281-1284 (zitiert als: Frank/Heine, NZA 2023, 1281)

Freyler, Carmen, Robot-Recruiting, Künstliche Intelligenz und das Antidiskriminierungsrecht, in NZA, Jahrgang 2020, Heft 5, S. 284-290 (zitiert als: Freyler, NZA 2020, 284)

Fröhlich, Wiebke, Diskriminierungsrisiken algorithmischer Entscheidungsprozesse, Regulierung im Antidiskriminierungs- und Datenschutzrecht, Universität Frankfurt a. M., veröffentl. Diss., 1. Aufl., Baden-Baden, 2024, Nomos Verlag (zitiert als: Fröhlich, Diskriminierungsrisiken algorithmischer Entscheidungsprozesse)

Gallner, Inken/Müller-Glöge, Rudi/Preis, Ulrich/Schmidt, Ingrid (Hrsg.), Erfurter Kommentar zum Arbeitsrecht, 24. Aufl., München, 2024, C.H. Beck Verlag (zitiert als: ErfK/Bearbeiter)

Geiger, Rudolf/Khan, Daniel-Erasmus/Khotzur, Markus/Kirchmair, Lando, EUV/AEUV Kommentar, 7. Aufl., München, 2023, C.H. Beck Verlag (zitiert als: G/K/K/K/Bearbeiter, EUV/AEUV Kommentar)

Gerdemann, Simon, Konformitätsbewertung als Kernpflicht der KI-Verordnung, in NJW, Jahrgang 2024, Heft 31, S. 2209-2215 (zitiert als: Gerdemann, NJW 2024, 2209)

Glossner, Silke/Leupold, Andreas/ Wiebe, Andreas, IT-Recht, Recht, Wirtschaft und Technik der digitalen Transformation, 4. Aufl., München, 2021, C.H. Beck Verlag (zitiert als: G/L/W/Bearbeiter, IT-Recht)

Gola, Peter, Informationsrecht abgelehnter Bewerber, in NZA, Jahrgang 2013, Heft 7, S. 360-363 (zitiert als: Gola, NZA 2024, 360)

Grätz, Axel, Künstliche Intelligenz im Urheberrecht, Eine Analyse der Zurechnungskriterien und der Prinzipien der verwandten Schutzrechte vor dem Hintergrund artifiziereller Erzeugnisse, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn, veröffentl. Diss., 1. Aufl., Wiesbaden, 2020, Springer Verlag (zitiert: Grätz, KI im Urheberrecht)

Grünberger, Michael, Reformbedarf im AGG: Beweislastverteilung beim Einsatz von KI, in ZRP, Jahrgang 2021, Heft 8, S. 232-235 (zitiert als: Grünberger, ZRP 2021, 232)

Grunewald, Barbara/Maier-Reimer, Georg/Westermann, Harm Peter (Hrsg.), Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar mit Nebengesetzen und internationalem Privatrecht, 17. Aufl., Köln, 2023, Otto Schmidt Verlag, (zitiert als: Erman/Bearbeiter, AGG)

Gsell, Beate/Krüger, Wolfgang/Lorenz, Stephan/Reymann, Christoph (GesamtHrsg.) Looschelders, Dirk (Hrsg.), beck-online.Grosskommentar zum AGG, Edition 01.03.2024, München, C.H. Beck Verlag (zitiert als: BeckOGK/Bearbeiter)

Gumpp, Tobias, Stellenwert der Erwägungsgründe in der Methodenlehre des Unionsrechts, in ZfPW, Jahrgang 2022, Heft 4, S. 446-476 (zitiert als: Gumpp, ZfPW 2022, 446)

Hacker, Philipp, Teaching Fairness to Artificial Intelligence: Existing and Novel Strategies Against Algorithmic Discrimination Under EU Law, in Common Market Law Review, Jahrgang 2018, Heft 55, S. 1143-1186 (zitiert als: Hacker, CLR 2018, 1143)

Hacker, Philipp, Verhaltens- und Wissenszurechnung beim Einsatz von Künstlicher Intelligenz, in RW, Jahrgang 2018, Heft 3, S. 243-289 (zitiert als: Hacker, RW 2018, 243)

Hartmann, Felix, Diskriminierung aus der Black Box - Neue Herausforderungen durch KI-gestützte Personalentscheidungen, in EuZA, Jahrgang 2019, Heft 4, S. 421-422 (zitiert als: Hartmann, EuZA 2019, 421)

Herberger, Maximilian, "Künstliche Intelligenz" und Recht, in NJW, Jahrgang 2018, Heft 39, S. 2825-2828 (zitiert als: Herberger, NJW 2018, 2825)

Herberger, Maximilian/Martinek, Michael/Rüßmann, Helmut/Weth, Stephan/Würdinger, Markus (GesamtHrsg.), Juncker, Markus (Hrsg.), juris PraxisKommentar BGB, Band 2.1.: Schuldrecht §§ 241 bis 432, 10 Aufl., Saarbrücken, 2023 (soweit Aktualisierung abweichend in der Quelle angegeben), Juris Verlag (zitiert als: JurisPK-BGB/Bearbeiter)

Herberger, Maximilian/Martinek, Michael/Rüßmann, Helmut/Weth, Stephan/Würdinger, Markus (GesamtHrsg.), Würdinger Markus (Hrsg.), juris PraxisKommentar BGB, Band 1: Allgemeiner Teil §§ 1 bis 240, 10 Aufl., Saarbrücken, 2023 (soweit Aktualisierung abweichend in der Quelle angegeben), Juris Verlag (zitiert als: JurisPK-BGB/Bearbeiter)

Herold, Sophie/Spocht, Luisa, Roboter als Vertragspartner, MMR, Jahrgang 2018, Heft 01, S. 40-44 (zitiert als: Herold/Spocht, MMR 2018, 40)

Hirdina, Ralph, Arbeitsrecht, 6. Aufl., Baden-Baden, 2024, Nomos Verlag (zitiert als: Hirdina, Arbeitsrecht)

Hoeren, Thomas/Pinelli, Stefan (Hrsg.), Künstliche Intelligenz - Ethik und Recht, 1. Aufl., München, 2022, C.H. Beck Verlag (zitiert als: Hoeren/Pinelli/Bearbeiter, KI - Ethik und Recht)

Holthausen, Joachim, Einsatz künstlicher Intelligenz im HR-Bereich und Anforderungen an die "schöne neue Arbeitswelt X.O", in RdA, Jahrgang 2023, Heft, 6, S. 361-370 (zitiert als: Holthausen, RdA 2023, 361)

Holznagel, Bernd/Hoeren, Thomas/Sieber, Ulrich (Hrsg.), Handbuch Multimedia-Recht, Rechtsfragen des elektronischen Geschäftsverkehrs, 60. Aufl., München, 2023, C.H. Beck Verlag (zitiert als: H/H/S/Bearbeiter, Multimedia-Recht)

Hromadka, Wolfgang/Maschmann, Frank, Arbeitsrecht Band 1, Individualarbeitsrecht, 8. Aufl., Wiesbaden, 2023, Springer Verlag (zitiert als: Hromadka/Maschmann, Individualarbeitsrecht)

Hüger, Jakob/Paal, Boris, Die KI-VO und das Recht auf menschliche Entscheidung, in MMR, Jahrgang 2024, Heft MMR-Beilage, S. 540-544 (zitiert als: Hüger/Paal, MMR 2024, 540)

Junker, Abbo, Grundkurs Arbeitsrecht, 23. Aufl., München, 2024, C.H. Beck Verlag (zitiert als: Junker, Arbeitsrecht)

Kelsen, Hans, Was ist Gerechtigkeit, 6. Aufl., Ditzingen, 2016, Philipp Reclam Verlag (zitiert als: Kelsen, Was ist Gerechtigkeit)

Kim, Pauline, Data-Driven Discrimination at Work, in William & Mary Law Review/William & Mary Law Review, Jahrgang 2017, Heft 58, S. 857-936 (zitiert als: Kim, WMLR 2017, 857)

Knappertsbusch, Inka, Innovative HR-Lösungen durch KI: Potenziale und rechtliche Rahmenbedingungen, in LTZ, Jahrgang 2024, Heft, 1, S. 40-46 (zitiert als: Knappertsbusch, LTZ 2024, 40)

Koch, Katharina/Nguyen, Alexander, Schutz vor mittelbarer Diskriminierung - Gleiches Recht für alle?, in EuR, Jahrgang 2010, Heft 3, S. 364-367 (zitiert als: Koch/Nguyen, EuR 2010, S. 364)

Kocher, Eva, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Aufl., Baden-Baden, 2020, Nomos Verlag (zitiert als: Kocher, Europäisches Arbeitsrecht)

Kössel, Andreas, KI und Arbeitsrecht - individual- und kollektivarbeitsrechtliche Aspekte und Lösungen zum KI-Einsatz, in DB, Jahrgang 2024, Heft 17, S. 1069-1073 (zitiert als: Kössel, DB 2024, 1069)

Kramer, Stefan (Hrsg.), IT-Arbeitsrecht, Handbuch, Digitalisierung, Homeoffice, KI, virtuelle Betriebsratsarbeit, 3. Aufl., München, 2023, C.H. Beck Verlag (zitiert als: Kramer/Bearbeiter IT-ArbR)

Kreutzer Ralf T., Künstliche Intelligenz verstehen, Grundlagen - Use-Cases - unternehmenseigene KI-Journy, 2. Aufl., Wiesbaden, 2023, Springer Verlag (zitiert als: Kreutzer, KI verstehen)

Kreyßing, Robert, Verwaltungsentscheidungen durch KI, in DöV, Jahrgang 2024, Heft 7, S. 266-272 (zitiert als: Kreyßing, DöV 2024, 266)

Kritzer, Ina/Paal, Boris, Geltendmachung von DS-GVO-Ansprüchen als Geschäftsmodell, in NJW, Jahrgang 2022, Heft 34, S. 2433-2439 (zitiert als: Kritzer/Paal, NJW 2022, 2433)

Krönke, Christoph, Das europäische KI-Gesetz: Eine Verordnung mit Licht und Schatten, in NVwZ, Jahrgang 2024, Heft 8, S. 529-534 (zitiert als: Krönke, NVwZ 2024, 529)

Kuntz, Thilo, Künstliche Intelligenz, Wissenszurechnung und Wissensverantwortung, in ZfPW, Jahrgang 2022, Heft 2, S. 177-206 (zitiert als: Kuntz, ZfPW 2022, 177)

Küttner, Wolfdieter/Rölller, Jürgen (Hrsg.), Personalbuch 2022, Arbeitsrecht, Lohnsteuerrecht, Sozialversicherungsrecht, 29. Aufl., München, 2022, C.H. Beck Verlag (zitiert als: Küttner/Bearbeiter, Personalbuch)

Lang, Flavia/Reinbach, Hubertus, Künstliche Intelligenz im Arbeitsrecht, in NZA, Jahrgang 2023, Heft 20, S. 1273-1281 (zitiert als: Lang/Reinbach, NZA 2024, 1273)

Lang, Flavia/Reinbach, Hubertus, Künstliche Intelligenz und betriebliche Mitbestimmung, in BB, Jahrgang 2024, Heft 28, S. 1396-1400 (zitiert als: Lang/Reinbach, BB 2024, 1396).

Lauscher, Anne/Legner, Sarah, Künstliche Intelligenz und Diskriminierung, in ZfDR, Jahrgang 2022, Heft 4, S. 367-390 (zitiert als: Lauscher/Legner, ZfDR 2022, 367)

Le, Jenny/Treibel, Tina, Navigation im Unbekannten: Datenschutz im Zeitalter der KI, Datenschutzherausforderungen bei KI-Gouvernance und KI-Anbieter-Risikomanagement, in ZD, Jahrgang 2024, Heft 7, S. 370-374 (zitiert als: Le/Treibel, ZD 2024, 370)

Linke, Christian, Die elektronische Person, Erforderlichkeit einer Rechtspersönlichkeit für autonome Systeme?, in MMR, Jahrgang 2021, Heft 3, S. 200-204 (zitiert als: Linke, MMR 2021, 200)

Lohmann, Melinda/Preßler, Theresa, Die Rechtsfigur des Erfüllungsgehilfen im digitalen Zeitalter, Ein deutsch-schweizerischer Rechtsvergleich, in RDJ, Jahrgang 2021, Heft 11, S. 538-547 (zitiert als: Lohmann/Preßler, RDJ 2021, 538)

Lorse, Jürgen, Entscheidungsfindung durch künstliche Intelligenz, Zukunft der öffentlichen Verwaltung, in NVwZ, Jahrgang 2021, Heft 12, S. 1658-1662 (zitiert als Lorse, NVwZ 2021, 1657)

Martini Mario/Möslein, Florian/Rostalski, Frauke, Recht der Digitalisierung, 1. Aufl. Baden-Baden, 2023, Nomos Verlag (zitiert als: M/M/R/Bearbeiter, Recht der Digitalisierung)

Martini, Mario, Blackbox Algorithmus - Grundfragen einer Regulierung Künstlicher Intelligenz, 1. Aufl., Wiesbaden, 2019, Springer Verlag (zitiert als: Martini, Blackbox Algorithmus)

Martini, Mario, Algorithmen als Herausforderung für die Rechtsordnung, in JZ, Jahrgang 2017, Heft 21, S. 1017-1025 (zitiert als: Martini, JZ 2017, 1017)

Meyer, Uwe, Künstliche Intelligenz im Personalmanagement und Arbeitsrecht, in NJW, Jahrgang 2023, Heft 26, S. 1841-1847 (zitiert als: Meyer, NJW 2023, 1841)

Möller-Klapperich, Julia, Die neue KI-Verordnung in der EU, in NJ, Jahrgang 2024, Heft 8, S. 337-342 (zitiert als: Möller-Klapperich, NJ 2024, 337)

Müller, Elke-Luise, Künstliche Intelligenz im Arbeitsverhältnis, in öAT, Jahrgang 2024, Heft 2, S. 26-29 (zitiert als: Müller, öAT 2024, 26)

Orwat, Carsten, Diskriminierungsrisiken durch Verwendung von Algorithmen, 1. Aufl., Baden-Baden, 2020, Nomos Verlag (zitiert als: Orwat, Diskriminierungsrisiken durch Algorithmen)

Paulus, David, Die automatisierte Willenserklärung, in JuS, Jahrgang 2019, Heft 10, S. 960-965 (zitiert als: Paulus, JuS 2019, 960)

Plum, Martin/Schleusener, Aino/Suckow, Jens (Hrsg.), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, Taschenkommentar, 6. Aufl., München, 2022, Luchterhand Verlag (zitiert als: P/S/S/Bearbeiter)

Puschky, Richarda, Gewährleistung von Betroffenenrechten bei Large Language Models, in ZD-Aktuell, Jahrgang 2024, Heft 15, S. 01774 (zitiert als: Puschky, ZD-Aktuell 2024, 01774)

Reus, Katharina, KI und Haftung - Realisierung erlaubter Risiken, in NZG, Jahrgang 2024, Heft 1, S. 36 (zitiert als: Reus, NZG 2024, 36)

Riehm, Thomas, Nein zur ePerson!, Gegen die Anerkennung einer digitalen Rechtspersönlichkeit, in RD i, Jahrgang 2020, Heft 1, S. 42-48 (zitiert als: Riehm, RD i 2020, 42)

Roos, Philipp/Weitz, Casper Alexander, Hochrisiko-KI-Systeme im Kommissionsentwurf für eine KI-Verordnung, IT- und produktsicherheitsrechtliche Pflichten von Anbietern, Einführern, Händlern und Nutzern, in MMR, Jahrgang 2021, S. 844-850 (zitiert als Roos/Weitz, MMR 2021, 844)

Roth, Fabian Christoph/Roth, Gerhard/Tuggener, Lukas, Natürliche und künstliche Intelligenz, Ein kritischer Vergleich, 1. Aufl., Wiesbaden, 2024, Springer Verlag (zitiert als: R/R/T, natürliche u. künstliche Intelligenz)

Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina (Hrsg), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 1: Allgemeiner Teil, §§ 1–240, AllgPersönlR, ProstG, AGG, 9. Aufl., München, 2021, C.H. Beck Verlag (zitiert als: MüKoBGB/Bearbeiter)

Säcker, Franz Jürgen/Rixecker, Roland/Oetker, Hartmut/Limperg, Bettina (Hrsg), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2: Schuldrecht - Allgemeiner Teil I, §§ 241-310, 9. Aufl., München, 2022, C.H. Beck Verlag, (zitiert als: MüKoBGB/Bearbeiter)

Schemmel, Frank, KI im HR - Herausforderungen und Chancen für die Praxis, in SPA, Jahrgang 2024, Heft 1, S. 12-15 (zitiert als: Schemmel, SPA 2024, 12)

Schepers, Jannik, Digitalisierte Personalauswahl, Die Zulässigkeit algorithmensbasierter Verfahren der Eignungsdiagnostik, Universität Bremen, veröffentl. Diss., 1. Aufl., Wiesbaden, 2024, Springer Verlag (zitiert: Schepers, Digitalisierte Personalauswahl)

Schweibert, Ulrike/Willemsen, Heinz-Josef, Schutz der Beschäftigten im Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetz, in NJW, Jahrgang 2006, Heft 36, S. 2583-2592 (zitiert als: Schweibert/Willemsen, NJW 2006, 2583)

Seidel, Andreas, Wissen und Künstliche Intelligenz, Wie verändern sich der Wissensbegriff und die Wissenszurechnung durch die Nutzung von KI-Systemen, in CR, Jahrgang 2023, Heft 10, S. 636-643 (zitiert als: Seidel, CR 2023, 636)

Seidel, Andreas/Spindler, Gerald, Die zivilrechtlichen Konsequenzen von Big Data für Wissenszurechnung und Aufklärungspflichten, in NJW, Jahrgang 2018, Heft 30, S. 2153-2157 (zitiert als: Seidel/Spindler, NJW 2018, 2153)

Sesing, Andreas/Tschech, Angela, AGG und KI-VO-Entwurf beim Einsatz von Künstlicher Intelligenz, Einschätzung aus der Perspektive des (Anti-)Diskriminierungsrechts, in MMR, Jahrgang 2022, Heft 1, S. 24-30 (zitiert als: Sesing/Tschech, MMR 2022, 24)

Spiecker gen. Döhmann, Indra/Towfigh, Emanuel Vahid, Automatisch Benachteiligt, Das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz und der Schutz vor Diskriminierung durch algorithmische Entscheidungsprozesse, Rechtsgutachten im Auftrag der Antidiskriminierungsstelle des Bundes, 1. Aufl., Berlin, 2023, Antidiskriminierungsstelle des Bundes (zitiert als: Spiecker gen. Döhmann/Towfigh, Automatisch Benachteiligt)

Spies, Axel, USA: erstes KI-Gesetz in Colorado - ein Novum, in MMR-Aktuell, Jahrgang 2024, Heft 11, S. 01520 (zitiert als: Spies, MMR-Aktuell, 01520)

Staudenmayer, Dirk, Haftung für Künstliche Intelligenz, Die deliktsrechtliche Anpassung des europäischen Privatrechts an die Digitalisierung, in NJW, Jahrgang 2023, Heft 13, S. 894-901 (zitiert als Staudenmayer, NJW 2023, 894)

Steege, Hans, Algorithmenbasierte Diskriminierung durch Einsatz von Künstlicher Intelligenz, in MMR, Jahrgang 2019, Heft 11, S. 715-721 (zitiert als Steege, MMR 2019, S. 715)

Taulli, Tom, Grundlagen der Künstlichen Intelligenz, Eine nichttechnische Einführung, 1. Aufl., Wiesbaden, 2023, Springer Verlag (zitiert als: Taulli, Grundlagen der KI)

Teubner, Guenther, Digitale Rechtssubjekte?, in Archiv für die civilistische Praxis, Jahrgang 2018, Heft 2, S. 155-205 (zitiert als: Teubner, AcP 2018, 155)

Thüsing, Gregor, Europäisches Arbeitsrecht, 2. Aufl., München, 2011, C.H. Beck Verlag (zitiert als: Thüsing, Europäisches Arbeitsrecht)

Vogel, Paul, Künstliche Intelligenz und Datenschutz, Vereinbarkeit intransparenter Systeme mit geltendem Datenschutzrecht und potentielle Regulierungsansätze, 1. Aufl., Baden-Baden, 2023, Nomos Verlag (zitiert als: Vogel, KI und Datenschutz)

von Roetteken, Torsten, Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz - AGG, Kommentar zu den arbeits- und dienstrechtlichen Regelungen, 92. Aufl. (soweit Aktualisierung abweichend in der Quelle angegeben), Heidelberg, 2024, Rehm Verlag (zitiert als: v. Roetteken, AGG)

von Staudinger, Julius (Hrsg.)/Serr, Stephan, Staudinger BGB Kommentar, Band 2: Recht der Schuldverhältnisse, Neubearbeitung 2020, Köln, Otto Schmidt Verlag (zitiert als: Staudinger/Serr, AGG)

Waas, Bernd, Künstliche Intelligenz und Arbeitsrecht, HSI-Schriftenreihe, Band 46, 1. Aufl., Frankfurt a. M., 2023, Bund Verlag (zitiert als: Waas, KI und Arbeitsrecht)

Weingart, Rowena Angelika, Vertragliche und außervertragliche Haftung für den Einsatz von Softwareagenten, Unter Berücksichtigung der technischen Möglichkeiten und des gesamtwirtschaftlichen Nutzens, 1. Aufl., Baden-Baden, 2022, Nomos Verlag (zitiert als: Weingart, Vertragliche und außervertragliche Haftung v. Softwareagenten)

Wiebke, Fröhlich, Antidiskriminierungsrechtskonforme Entscheidungen durch KI, in GRUR-Prax, Jahrgang 2024, Heft 13, S. 415-418 (zitiert als: Fröhlich, GRUR-Prax 2024, 415)

Wimmer, Max, Algorithmbasierte Entscheidungsfindung als Methode des diskriminierungsfreien Recruitings, Universität Bayreuth, veröffentl. Diss., 1. Aufl., Baden-Baden, 2022, Nomos Verlag (zitiert als: Wimmer, Algorithmbasierte Entscheidungsfindung)

Wischmeyer, Thomas, Algorithmbasierte Entscheidungsfindung, in AöR, Jahrgang 2018, Heft 1, S. 1-66 (zitiert als: Wischmeyer, AöR 2018, 1)

Zech, Herbert, Künstliche Intelligenz und Haftungsfragen, in ZfPW, Jahrgang 2019, Heft 2, S. 198-219 (zitiert als: Zech, ZfPW 2019, 198)

Bitte beachten Sie, dass auch frühere eigene Texte entsprechend als Quelle kenntlich zu machen sind

Hiermit versichere ich, (**Tino Wicknig**), dass ich die Masterarbeit (bei einer Gruppenarbeit gemäß § 14 Absatz 8 StuPrO den entsprechend gekennzeichneten Teil der Arbeit) selbstständig verfasst und weder diese Arbeit noch Teile davon an anderer Stelle zu Prüfungszwecken eingereicht habe, sowie keine anderen als die angegebenen Quellen und Hilfsmittel benutzt habe.

Halle (Saale), 09.08.2024
Ort, Datum

Tino Wicknig

Unterschrift