STIFTUNG DATENSCHUTZ

DATENSCHUTZ UND GLEICHSTELLUNG

Handreichung: Grenzen algorithmischer Entscheidungsprozesse

INHALT

Die antidiskriminierungs- und datenschutzrechtlichen Grenzen algorithmischer Entscheidungsprozesse

AUTORIN

Wiebke Fröhlich, Stiftung Datenschutz

EINLEITUNG

ANTIDISKRIMINIERUNGS- UND DATENSCHUTZRECHTLICHE GRENZEN ALGORITHMISCHER ENTSCHEIDUNGSPROZESSE

Algorithmen und Künstliche Intelligenz erhalten Einzug in immer mehr Lebensbereiche. Die verantwortlichen Stellen versprechen sich davon meist effiziente, objektive und rationale Entscheidungen. Zugleich mehren sich allerdings Berichte über diskriminierende Effekte algorithmischer Systeme. Insbesondere in den Technik- und Gesellschaftswissenschaften ist eine Debatte zu den Diskriminierungsursachen sowie zu den Risiken und Chancen von Algorithmen in vollem Gange.

Diese Handreichung wirft einen juristischen Blick auf das Thema und steckt die antidiskriminierungs- und datenschutzrechtlichen Grenzen algorithmischer Entscheidungsprozesse ab. Sie gibt Orientierung dafür, wie ein rechtskonformer und diskriminierungssensibler Einsatz algorithmischer Systeme gelingen kann. Aus Sicht des Antidiskriminierungsrechts sind dabei insbesondere die Entscheidungsergebnisse in den Blick zu nehmen. Das Datenschutzrecht dagegen setzt bereits im Vorfeld an und reguliert den Prozess der Entscheidungsfindung.

DIE ANTIDISKRIMINIERUNGS- UND DATENSCHUTZRECHTLICHEN GRENZEN ALGORITHMISCHER ENTSCHEIDUNGSPROZESSE

WER MUSS WELCHE ANTIDISKRIMINIERUNGS- UND DATENSCHUTZRECHTLICHEN REGELUNGEN BEACHTEN?

Grundrechtliche **Diskriminierungsverbote** (Art. 3 Abs. 3 DSGVO, Art. 21 GRCh) richten sich grundsätzlich nur an den Staat. Private Akteur:innen sind nicht unmittelbar an Grundrechte gebunden. Allerdings kennt das einfache Recht zahlreiche Diskriminierungsverbote, die sich (auch) an private Personen richten. Von besonderer Bedeutung sind die Benachteiligungsverbote des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG). Dessen Ziel es ist, Benachteiligungen wegen der ethnischen Herkunft, des Geschlechts, der Religion oder Weltanschauung, einer Behinderung, des Alters oder der sexuellen Identität zu verhindern oder zu beseitigen. Erfasst sind insbesondere das Berufsleben und der sonstige Zivilrechtsverkehr, etwa Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen einschließlich Arbeitsentgelt und Entlassungsbedingungen (Nr. 2), außerdem der Zugang zu und die Versorgung mit Gütern und Dienstleistungen, die der Öffentlichkeit zur Verfügung stehen, z.B. Wohnraum (Nr. 8).

Die **datenschutzrechtlichen Regelungen** der DSGVO richten sich an private und staatliche Akteur:innen gleichermaßen.

DARF EIN ALGORITHMUS AN DISKRIMINIERUNGSMERKMALE ANKNÜPFEN?

Antidiskriminierungsrechtliche Benachteiligungsverbote untersagen *Benachteiligungen wegen oder auf Grund von Diskriminierungsmerkmalen*. Maßgeblich für das Vorliegen einer verbotenen Benachteiligung ist die spürbare Wirkung einer Entscheidung; auf den Prozess der Entscheidungsfindung kommt ist zunächst nicht an. Verboten ist etwa, Frauen schlechter zu behandeln als Männer. Nicht verboten ist die bloße Wahrnehmung von geschlechtsbezogenen Unterschieden zwischen Personen.

Diskriminierungsverbote regulieren also Handlungen als Ergebnis eines algorithmischen Entscheidungsprozesses. Die algorithmische Anknüpfung an ein Diskriminierungsmerkmal ist in der Regel (noch) keine antidiskriminierungsrechtlich verbotene Benachteiligung. Das heißt, aus antidiskriminierungsrechtlicher Sicht ist es zunächst zulässig, einen Algorithmus zu programmieren, der Menschen anhand des Geschlechts oder der Herkunft kategorisiert und bewertet. Ob eine verbotene Benachteiligung vorliegt, hängt von der Auswirkung dieser Kategorisierung auf bestimmte Personen ab.

Die algorithmische Anknüpfung an Diskriminierungsmerkmale ist aber unter Umständen datenschutzrechtlich verboten. Denn gem. Art. 9 Abs. 1 DSGVO ist es ohne eine ausdrückliche Einwilligung der betroffenen Person untersagt, bestimmte diskriminierungssensible Daten zu verarbeiten. Dazu zählen etwa Daten, aus denen ethnische Herkunft,

Maßgeblich für das Vorliegen einer verbotenen Benachteiligung ist die spürbare Wirkung einer Entscheidung; auf den Prozess der Entscheidungsfindung kommt es zunächst nicht an. Diskriminierungsverbote untersagen Handlungen, die am Ende eines algorithmischen Entscheidungsprozesses stehen. Die algorithmische Anknüpfung an ein Diskriminierungsmerkmal ist in der Regel (noch) keine antidiskriminierungsrechtlich verbotene Benachteiligung.

politische Meinungen, religiöse oder weltanschauliche Überzeugungen hervorgehen oder Daten zum Sexualleben oder der sexuellen Orientierung einer Person. Dieses Verarbeitungsverbot gilt auch für algorithmische Entscheidungsprozesse. Das heißt, soweit Diskriminierungsmerkmale mit den in Art. 9 Abs. 1 DSGVO aufgezählten Daten korrespondieren, darf ein Algorithmus nicht an sie anknüpfen.

Etwas anderes gilt nur, wenn einer der Ausnahmefälle des Art. 9 Abs. 2 lit. a bis lit. j DSGVO vorliegt. Diese umfassen beispielsweise Fälle, in denen eine ausdrückliche, freiwillige und informierte Einwilligung vorliegt (lit. a), Fälle, in denen die Verarbeitung zum Schutz lebenswichtiger Interessen erforderlich ist (lit. c) oder Fälle, in denen die Verarbeitung zur Geltendmachung, Ausübung oder Verteidigung von Rechtsansprüchen oder bei Handlungen der Gerichte im Rahmen ihrer justiziellen Tätigkeit erforderlich ist (lit. f). Nur wenn alle Voraussetzungen eines Ausnahmetatbestandes erfüllt sind, dürfen Daten der besonderen Kategorien verarbeitet werden. Ob das der Fall ist, muss stets im Einzelfall geprüft werden.

Gem. **Art. 9 Abs. 1 DSGVO** dürfen bestimmte diskriminierungssensible Daten grundsätzlich nicht verarbeitet werden. Das Verbot gilt auch für die Verarbeitung personenbezogener Daten durch Algorithmen, weshalb die algorithmische Anknüpfung an Diskriminierungsmerkmale mitunter datenschutzrechtlich verboten ist. Etwas anderes gilt nur, wenn ein Ausnahmefall des Art. 9 Abs. 2 DSGVO vorliegt.

DARF EIN ALGORITHMUS AN STELLVERTRETERKRITERIEN ANKNÜPFEN, DIE MIT EINEM DISKRIMINIERUNGSMERKMAL IN EINEM STATISTISCHEN ZUSAMMENHANG STEHEN?

Als „Stellvertreterkriterien“ bzw. „Stellvertretermerkmale“ werden personenbezogene Informationen bezeichnet, die zwar nicht unmittelbar über die Zugehörigkeit zu einer geschützten Personengruppe informieren, die aber Rückschlüsse auf Diskriminierungsmerkmale zulassen. Das ist insbesondere der Fall bei Kriterien, die mit einem Diskriminierungsmerkmal korrelieren, also statistisch gesehen häufig mit ihm gemeinsam auftreten. Stellvertreterkriterien für das Diskriminierungsmerkmal „Herkunft“ können etwa Angaben über Sprachkenntnisse sein. Ein Algorithmus, der an das Kriterium „Erstsprache“ anknüpft, kategorisiert Menschen faktisch nach ihrer Herkunft.

Aus Sicht des Antidiskriminierungsrechts ist auch für die algorithmische Anknüpfung an Stellvertreterkriterien die Wirkung der Entscheidung maßgeblich. Das heißt, verboten ist nicht die Anknüpfung an Stellvertreterkriterien selbst, unter Umständen aber das Ergebnis des algorithmischen Entscheidungsprozesses. Zu solchen mittelbaren Benachteiligungen kann es in algorithmischen Entscheidungsprozessen insbesondere kommen, wenn nicht das Diskriminierungsmerkmal selbst zur Bewertung einer Person herangezogen wird, sondern eben ein Stellvertreterkriterium. So läuft bspw. die Benachteiligung von in Teilzeit beschäftigten Personen häufig auf eine Benachteiligung wegen des Geschlechts hinaus, weil überwiegend Frauen in Teilzeit beschäftigt sind.

Aus datenschutzrechtlicher Sicht ist zu beachten, dass Art. 9 Abs. 1 DSGVO nicht nur die Verarbeitung unmittelbar diskriminierungssensibler Daten als solche untersagt, sondern auch die Verarbeitung sogenannter Metadaten. Das sind Daten, aus denen die geschützten Informationen „hervorgehen“. So geht die „Herkunft“ einer Person typischerweise aus Angaben über Sprachkenntnisse hervor. Die Sprachkenntnisse, insbesondere Informationen über die Erstsprache einer Person sind mithin Metadaten und Stellvertreterkriterien für das Diskriminierungsmerkmal „Herkunft“. An diese darf ein Algorithmus gem. Art. 9 Abs. 1 DSGVO grundsätzlich nicht anknüpfen.

GIBT ES EINE PFLICHT ZUR ABSCHÄTZUNG DER FOLGEN EINES ALGORITHMISCHEN SYSTEMS?

Aus antidiskriminierungsrechtlicher Sicht ist die Durchführung einer Folgenabschätzung empfehlenswert, aber nicht verpflichtend. Insbesondere ist ratsam, die Auswirkungen eines algorithmischen Entscheidungsprozesses auf strukturell benachteiligte Personengruppen vorab zu berechnen. Denn ob eine verbotene Diskriminierung vorliegt, kann nur anhand der faktischen Auswirkungen eines algorithmischen Prozesses beurteilt werden. Insbesondere um Verstöße gegen das Verbot mittelbarer Diskriminierungen zu vermeiden, sollte stets geprüft werden, ob das System negative Auswirkungen auf geschützte Personengruppen hat. Welche Personengruppe strukturell benachteiligt und antidiskriminierungsrechtlich geschützt ist, hängt dabei häufig vom gesellschaftlichen Kontext ab. Im Arbeitsleben werden bspw. häufig Frauen und nicht-binäre Personen, behinderte Personen sowie Personen nicht-deutscher Herkunft benachteiligt und sind diese Personengruppen antidiskriminierungsrechtlich geschützt.

Datenschutzrechtlich ist eine Folgenabschätzung im Vorfeld algorithmischer Datenverarbeitung regelmäßig verpflichtend gem. Art. 35 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3 DSGVO. Wenn eine Datenverarbeitung voraussichtlich ein hohes Risiko für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen zur Folge hat, dann müssen vorab – also bevor die Verarbeitung der Daten beginnt – die Folgen des Verarbeitungsvorgangs abgeschätzt werden, Art. 35 Abs. 1 DSGVO. Ein hohes Risiko besteht laut Art. 35 Abs. 3 lit. a DSGVO beispielsweise, wenn persönliche Aspekte natürlicher Personen systematisch und umfassend bewertet werden, wenn sich diese Bewertung auf automatisierte Verarbeitung gründet und als Grundlage für Entscheidungen dient. Das ist in algorithmischen Entscheidungsprozessen regelmäßig der Fall.

Was genau eine Datenschutz-Folgenabschätzung mindestens enthalten muss, schreibt Art. 35 Abs. 7 DSGVO vor. Danach müssen jedenfalls die geplanten Verarbeitungsvorgänge und Zwecke der Verarbeitung systematisch beschrieben werden, gegebenenfalls einschließlich der von dem Verantwortlichen verfolgten berechtigten Interessen (lit. a). Zudem sind die Notwendigkeit und Verhältnismäßigkeit der Verarbeitungsvorgänge in Bezug auf den Zweck zu bewerten und ist eine Bewertung der Risiken für die Rechte und Freiheiten der betroffenen Personen vorzunehmen (lit. b und lit. c). Schließlich sind die Abhilfemaßnahmen zur Bewältigung der Risiken zu planen (lit. d).

Gem. **Art. 35 Abs. 1, Abs. 3 lit. a DSGVO** sind vor einer algorithmischen Datenverarbeitung die Folgen des Verarbeitungsvorgangs abzuschätzen .

MACHT ES EINEN UNTERSCHIED, OB EIN VOLLAUTOMATISIERTES ENTSCHEIDUNGSSYSTEM ODER EIN TEILAUTOMATISIERTES EMPFEHLUNGSSYSTEM EINGESETZT WIRD?

Aus antidiskriminierungsrechtlicher Sicht ist allein die Wirkung der Entscheidung maßgeblich. Danach ist unerheblich, ob das algorithmische System die Letztentscheidung vollautomatisiert „selbst“ trifft oder nur eine Empfehlung an einen Mensch abgibt, der letztlich entscheidet.

Das Datenschutzrecht unterscheidet dagegen zwischen vollautomatisierten und teilautomatisierten Systemen. Der Einsatz vollautomatisierter Systeme ist gem. Art. 22 Abs. 1 DSGVO grundsätzlich verboten. Allerdings sehen Art. 22 Abs. 2 bis Abs. 4 DSGVO Ausnahmen von dem Verbot vor, z.B. eine ausdrückliche Einwilligung. Ob eine solche Ausnahme vorliegt, ist im Einzelfall zu prüfen. In jedem Fall müssen dann angemessene Maßnahmen getroffen werden, die die Rechte und Freiheiten sowie berechtigten Interessen der betroffenen Person wahren, Art. 22 Abs. 2 lit. b bzw. Abs. 3 DSGVO.

STIFTUNG DATENSCHUTZ

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

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

gestiftet von der Bundesrepublik Deutschland
vertreten durch den Vorstand Frederick Richter

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

Bundesministerium des Innern, für Bau und Heimat

Bildnachweis Titel: https://thispersondoesnotexist.com/