

## Ein Wort zum Schwerpunkt

Das Gleichbehandlungsrecht ist wohl zuletzt im Rahmen der Rücknahme pandemiebedingter Freiheitsbeschränkungen für Geimpfte in das (politische) Zentrum der Aufmerksamkeit gerückt – gleichwohl berührt dieses alle Bereiche unserer Gesellschaft.

Gleichbehandlungsrecht ist weit zu verstehen: Seine Quellen sind nicht ausschließlich innerhalb der Grenzen des GG anzusiedeln, sondern sind vielmehr ein Querschnitt nationalen, europäischen und Völkerrechts – letzteres mit menschenrechtlichem Einschlag. Gerade diese Vielschichtigkeit macht es für uns als Redaktionsteam so spannend. Im Zeichen dieser Vielschichtigkeit steht auch unser erstes Schwerpunktinterview: Wir haben uns sehr darüber gefreut, uns mit Frau Prof. Dr. Nora Markard, M.A. (King's College London) über die Ursprünge des Gleichbehandlungsrechts und seine oben bereits angesprochene politische Rolle austauschen zu dürfen. Das Interview dient als Ausgangspunkt und soll unseren Leser\*innen einen Einstieg in das Thema bieten.

Die Themenauswahl innerhalb des Gleichbehandlungsrechts, sowohl für die studentischen Beiträge als auch für unsere Interviews, zielt darauf ab, die Breite der regulierungsbedürftigen *blind spots* unserer Gesellschaft zu beleuchten – natürlich ohne eine abschließende Darstellung leisten zu können.

Deshalb haben wir uns dazu entschieden, uns mit Herrn Prof. Dr. Philipp Hacker, LL.M. (Yale) einen Experten für Diskriminierung durch Algorithmen an die Seite zu holen. Der Kreis zur Vielschichtigkeit der Quellen des Gleichbehandlungsrechts schließt sich bei diesem Thema bereits mit Blick auf die gerade im Gesetzgebungsverfahren befindliche unionsrechtliche KI-Verordnung.

Die beiden Interviews sollen im Kern eines belegen: Diskriminierung kann viele verschiedene Gesichter haben und seine effiziente rechtliche Regulierung ist ein Prozess, der den Blick über den (juristischen) Tellerrand hinaus erfordert und uns in den kommenden Jahren weiter herausfordern wird. Zu der kritischen Reflektion, der dieser Prozess bedarf, wollen wir auch Sie als Leser\*innen anregen. Wir wollen ein Bewusstsein dafür schaffen, dass es ein Privileg ist, nicht von Diskriminierung betroffen zu sein und damit die Pflicht einhergeht, sich kritisch mit seinen eigenen Verhaltensweisen und denen seiner Mitmenschen auseinanderzusetzen.

Im Namen des Schwerpunktteams wünsche ich Ihnen viel Vergnügen beim Lesen der Beiträge.

Jana Ebersberger

## Schwerpunktthema Gleichbehandlungsrecht

Helena Groth, Lena Bitz, Judith Witt und Jana Ebersberger

### Interview mit Prof. Dr. Nora Markard, MA (King's College London)<sup>1</sup>

**BayZR:** Guten Tag Frau Prof. Dr. Markard. Vielen lieben Dank, dass wir ein Interview mit Ihnen führen dürfen! Sie sind seit 2020 Professorin für Internationales Öffentliches Recht und Internationalen Menschenrechtsschutz an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster. Nebenbei engagieren Sie sich unter anderem als Vorstandsmitglied in der Gesellschaft für Freiheitsrechte e.V., waren Leiterin der Refuge Law Clinic Hamburg und sind Mitglied im Deutschen Juristinnenbund. Sie sind also nicht allein in der Theorie tätig, sondern setzen sich auch tatkräftig für andere ein. Wir würden daher gerne wissen, was Sie am Gleichbehandlungsrecht – sowohl theoretisch als auch praktisch – reizt?

**Prof. Dr. Markard:** Das klassische liberale verfassungsrechtliche Modell geht ja eigentlich von einem souveränen Subjekt aus, das sich mit anderen Subjekten im Gesellschaftsvertrag zusammenschließt und dabei einen Teil seiner Macht an den Staat abgibt. Die Subjekte treten sich in diesem Modell als Freie und Gleiche gegenüber und gestalten die Gesellschaft. Unser Demokratiemodell geht also von gleichen Freiheiten aus.

In der tatsächlichen Gesellschaft gibt es allerdings viel Ungleichheit, beispielsweise sozialer Natur. Damit sind keine Situationen gemeint, für die die einzelnen Menschen eigenverantwortlich sind, sondern sozial verfestigte Ungleichheit, aus der man sich nicht so leicht selbst befreien kann. Diese Ungleichheit läuft entlang verschiedener Kategorien wie der ethnischen Herkunft, des Geschlechts usw. Sie sorgt dafür, dass die Menschen in unserem System keine gleichen Chancen haben, obwohl das System von Chancengleichheit ausgeht. Wenn wir in einer solchen Lage das Recht als neutral wahrnehmen, erscheinen strukturelle Ungleichheiten und Hindernisse als freie Entscheidungen der Betroffenen. Stattdessen müsste das Recht solche strukturellen Hindernisse reflektieren.

Mir ist wichtig, dass sich die Menschen tatsächlich als Freie und Gleiche gegenüber treten können. Anna Katharina Mangold argumentiert, dass es uns in einer Demokratie nicht egal sein kann, wenn es einen Teil in unserer Gesellschaft gibt, der an unserer Gesellschaft nicht teilhaben kann. Das geht uns alle etwas an und ist kein Minderheitenproblem, sondern gesellschaftlich nicht hinnehmbar. Diese Auffassung teile ich, und deswegen arbeite ich in Themengebieten, in denen es um Exklusion geht.

**BayZR:** In der neuen Monografie „[Diversität in Rechtswissenschaft und Rechtspraxis. Ein Essay](#)“, die Sie zusammen mit einigen anderen Rechtswissenschaftler\*innen veröffentlicht haben, befassen Sie sich mit dem Diversitätsdefizit in Rechtswissenschaft und Rechtspraxis. Wo kann überall Ungleichbehandlung im Recht, in der Rechtspraxis und -ausbildung gefunden werden? Sollte dem Nichtdiskriminierungsrecht im Studium mehr Aufmerksamkeit geschenkt werden?

**Prof. Dr. Markard:** Also letzteres kann ich auf jeden Fall bejahen. Meiner Erfahrung nach wird der Diskriminierungsschutz im Studium in der Regel sehr oberflächlich behandelt. Es gibt in der Vorlesung Verfassungsrecht/Grundrechte vielleicht eine Einheit zum Gleichheitsrecht. Aber ein vertieftes Verständnis davon wird meist nicht vermittelt, also nicht nur wie

#### Diskriminierungskategorien:

Eine Diskriminierung ist eine ungerechtfertigte Ungleichbehandlung einer Person aufgrund einer (oder mehrerer) rechtlich geschützter Diskriminierungskategorien. Die Diskriminierungskategorien des AGG sind: ethnische Herkunft oder Rasse, Geschlecht, Religion oder Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexuelle Identität. Bei diesen Kategorien handelt es sich jedoch nicht – oder nur in eingeschränktem Maße – um Merkmale oder Eigenschaften von Menschen. Entscheidend für ihre Diskriminierungsrelevanz ist vielmehr, dass es sich dabei um gesellschaftliche Strukturkategorien handelt, die das Ergebnis sozialer Stereotypisierung und ihnen innewohnender Abwertungen sind. Entlang dieser verteilen sich soziale Chancen und Positionen.

Vgl.: [https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/Handbuch\\_Diskriminierungsschutz/Kapitel\\_2.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/Handbuch_Diskriminierungsschutz/Kapitel_2.pdf?__blob=publicationFile&v=3); <https://heimatkunde.boell.de/de/2017/04/26/welche-diskriminierungsgruende-braucht-das-agg> [Stand: 10.10.2021].

<sup>1</sup> Das Interview wurde am 20.9.2021 geführt.

prüft man heute Artikel 3 Absatz 1 GG, sondern auch das Verhältnis von Absatz 2 zu Absatz 3, die Diskriminierungskategorien, warum es sie gibt und was eigentlich der Unterschied von Diskriminierung zu einer Ungleichbehandlung ist. Teil des Problems ist sicher auch, dass dazu relativ wenig geforscht wird, also wenige Kolleg\*innen auch selbst dazu arbeiten. Das ist bei den Freiheitsgrundrechten ganz anders.

Das Antidiskriminierungsrecht wird an den meisten Fakultäten gar nicht angeboten. Es ist eine Art Querschnittsgebiet der Rechtswissenschaft und sehr praxisrelevant, aber auch im fakultativen Lehrprogramm taucht es kaum auf.

In unserem Buch gehen wir davon aus, dass eine stärkere Auseinandersetzung mit dem Antidiskriminierungsrecht auch eine wichtige Signalwirkung hätte, weil damit real erlebte Diskriminierungserfahrungen in die Gegenstände aufgenommen werden, mit der sich universitäre Lehre auseinandersetzt. Es ist doch etwas anderes, ob ich in der Grundrechtsvorlesung nur über Gleichbehandlung bei der Einkommensteuer rede, oder ob auch racial profiling oder Geschlechtsdiskriminierung thematisiert werden, und das auf eine sensible Weise, die zur Debatte einlädt und wirklich zu einem vertieften Verständnis führt. Wenn ich z.B. als nicht-weiße Studentin das Gefühl habe, das, was im Studium als relevant gilt, geht an meiner Lebensrealität völlig vorbei, kann das ja auch zur Entfremdung beitragen. Diverse Realitäten ins Studium reinzuholen, so unsere These, ist gut für Diversität.

Mehr Lehre dazu ist auch wichtig, weil in der Rechtspraxis die Expertise für den Umgang mit diesen Sachverhalten fehlt. Was in der Ausbildung nicht abgebildet wird, muss in der Praxis ja irgendwo herkommen. Werden Jurist\*innen mit der Vorstellung einer homogenen Gesellschaft ausgebildet und treffen dann auf eine tatsächlich plurale Gesellschaft, können Schwierigkeiten entstehen, die sie nicht antizipiert haben oder für die ihnen die Kompetenzen fehlen. Das Rechtssystem schaffen wir aber für die Gesellschaft, die wir tatsächlich haben, und nicht für die Gesellschaft, die in den juristischen Lehrbüchern steht. Insofern ist gerade mit Blick auf die tatsächliche Pluralität der Gesellschaft sehr wichtig, dass wir in der juristischen Ausbildung die späteren Praktiker\*Innen befähigen, mit diesem Pluralismus kompetent umzugehen und das Recht dann adäquat anwenden zu können.

**BayZR:** Teile der Monografie lassen sich gewissermaßen als Handlungsauftrag verstehen. Wie politisch ist das Nichtdiskriminierungsrecht? Was ist Ihre Strategie, um Ihre politische Ansicht von der rechtlichen zu trennen? Oder sollte man das gar nicht?

**Prof. Dr. Markard:** Als kritische Rechtswissenschaftlerin gehe ich davon aus, dass das Recht nicht unpolitisch sein kann. Es ist in bestimmten historisch-politischen Kontexten ausgehandelt worden, unter dem Einfluss bestimmter Interessen und abseits von Interessen anderer, die sich nicht durchsetzen konnten. Das Recht strukturiert unsere Gesellschaft auf eine bestimmte Art und Weise und orientiert sich an einer Normalitätsvorstellung, die manche Personen stärker erfasst als andere. Gleichzeitig vermitteln wir die Vorstellung von einem objektiven und neutralen Recht, dass für alle gleichermaßen da ist. Das verdeckt die tatsächlichen Machtverhältnisse, die das Recht strukturiert, stützt und perpetuiert. Dies offenzulegen und zu diskutieren ist ein Anliegen kritischer Rechtswissenschaft.

Ich glaube gerade beim Nichtdiskriminierungsrecht kann man dem Politischen gar nicht ausweichen. Als 1949 das Grundgesetz mit Artikel 3 Absatz 2 verabschiedet wurde, „Männer und Frauen sind gleichberechtigt“, wurde es mit einer Übergangsklausel in Artikel 117 versehen, wonach dieses Gleichbehandlungsrecht nicht sofort wirksam wird. Dass lag daran, dass das weiterhin total patriarchale Ehe- und Familienrecht damit nicht vereinbar war. Nach Ablauf der Übergangszeit war es allerdings immer noch nicht reformiert. Das Bundesverfassungsgericht musste

**Racial Profiling:**

Von „Racial Profiling“ (rassistische Profilerstellung, auch „Ethnic Profiling“ genannt) wird gesprochen, wenn Menschen allein aufgrund ihrer Hautfarbe oder ethnischer Merkmale von der Polizei kontrolliert werden. In den USA, wo dieser Begriff auch seinen Ursprung findet, wird Racial Profiling durch Institutionen als Problem anerkannt. In Deutschland ist dies bisher nicht der Fall. Es gibt weder eine rechtliche Definition, noch wird die Kontrollpraxis in z.B. Polizeigesetzen explizit verboten. Polizeivertreter\*innen argumentieren mit Erfahrungswissen und verteidigen sich gegen einen Rassismusverdacht. Klar ist jedoch, dass anlasslose Personenkontrollen allein aufgrund eines phänotypischen Erscheinungsbildes gegen das Grundgesetz (Art. 3 III GG) und das Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz (AGG) verstoßen. Auch ist diese Praktik mit der Europäischen Menschenrechtskonvention und dem in der UN-Antirassismuskonvention enthaltenen Verbot der rassistischen Diskriminierung unvereinbar.

Vgl.: <https://www.bpb.de/gesellschaft/migration/kurz dossiers/308350/racial-profiling-institutioneller-rassismus-und-interventionsmoeglichkeiten#> [Stand: 10.10.2021].

bestätigen, dass Artikel 3 Absatz 2 GG wirklich geltendes Recht und kein bloßer Programmsatz ist und Verstöße dagegen verfassungswidrig sind.

Ich nenne dieses Beispiel, um zu zeigen: Ernst genommen, erfordern das Gleichbehandlungsrecht und das Nichtdiskriminierungsrecht tiefgreifende gesellschaftliche Reformen. In einer Gesellschaft, die auf Ungleichheit eingestellt ist, erfordert ein Gleichbehandlungsrecht ein Umdenken, massive Reformen und den Abbau von Privilegien. Das erzeugt Widerstände. In der frühen Zeit der Bundesrepublik sind die offensichtlichen, die formalen Diskriminierungen beseitigt worden. Das Recht ist nach und nach neutralisiert worden, wodurch umso deutlicher wurde, dass die Ungleichheit nicht nur in den Rechtsnormen steckt, sondern auch in den gesellschaftlichen Strukturen. Daher hat man dann angefangen, über Gleichstellungsmaßnahmen, Quoten usw. zu diskutieren, um mittelbare Diskriminierungen und tatsächliche Nachteile abzubauen. Insofern ist das Nichtdiskriminierungsrecht besonders politisch, denn es geht um Verteilung. Wenn ich die Nachteile der einen beseitige, dann verschwinden damit oft auch die Privilegien der anderen.

Es ist trotzdem wichtig, die konzeptionelle Trennung zwischen politischem und rechtlichem Argument auszuweisen und aufrecht zu erhalten. Man muss meines Erachtens anerkennen, dass Recht ein politisches Moment hat. Das heißt aber nicht, dass Recht und Politik dasselbe sind. Die Rechtsform ist in vielerlei Hinsicht spezifisch: Sie lässt nur bestimmte Arten von Argumenten zu und hat nur bestimmte Foren. Das hat auch strategischen Wert. Im Bereich des Migrationsrechts kommt man zum Beispiel manchmal mit politischen Forderungen nicht weiter, dafür aber mit menschenrechtlichen Argumenten, weil sich manche darauf anders einlassen. Deshalb ist es einerseits wichtig, die Trennung der beiden Bereiche Politik und Recht zu problematisieren, und andererseits ist deswegen nicht jede politische Forderung auch ein rechtliches Argument.

**BayZR:** Obwohl über die Hälfte der Studienanfänger\*innen weiblich sind, sind [nur 16 % der W2- und W3-Professuren an Frauen vergeben](#). Jedoch scheint sich vor allem [mit zunehmendem öffentlichen Bewusstsein der Problematik](#) etwas getan zu haben, oder es wird sich zumindest um Veränderung bemüht. Konnten Sie Veränderung in Bezug auf Gleichberechtigung und Diversität im akademischen Umfeld seit Ihrem eigenen Studium beobachten? Wird sich die Situation zugunsten derer, die bisher noch nicht ausreichend abgebildet sind, schnell genug verändern?

**Prof. Dr. Markard:** Fangen wir beim Geschlecht an: In meinem eigenen Studium habe ich keine einzige Vorlesung bei einer Frau gehört. Nur AGs hatte ich zum Teil bei Frauen. Bei mir an der Fakultät war zwar Jutta Limbach Professorin, aber die war im Zweiten Senat des Bundesverfassungsgerichts beschäftigt. Das ist mir als Studentin überhaupt nicht aufgefallen, ich habe da keinen Moment drüber nachgedacht. Das ist für viele Studierende heute, glaube ich, anders. Bis vor einigen Jahren war Feminismus vielen jungen Frauen zu politisch, denn man konnte doch alles machen, und musste sich nicht immer als Opfer aufführen. Das verschiebt sich gerade. Ich habe den Eindruck, dass es für kritische Rechtswissenschaft und auch feministische Inhalte einen ganz großen Bedarf gibt. Der Andrang auf den [Feministischen Juristinnentag](#) zum Beispiel vergrößert sich seit einigen Jahren jedes Jahr. Früher waren es so zwischen 150 und 250 Frauen, jetzt ist er regelmäßig völlig überbucht. Die „#Me-Too“-Bewegung, die „Women’s March“-Demos in Washington D.C. und auch die Proteste gegen Femizide haben zu einem neuen „Drive“ geführt. Und dieser spiegelt sich auch unter den Rechtswissenschaftler\*innen wider. Es gibt viel größere Bereitschaft offen und explizit für feministische Inhalte und Positionen einzutreten.

Wie weit sich das institutionell verfestigt hat, ist eine andere Frage. Der Frauenanteil unter den Professuren steigt immer noch extrem langsam. Ein Grund ist natürlich, dass Professuren bis zu 30 Jahre besetzt bleiben. Der Umstand, dass so lange kaum Frauen berufen worden sind, bleibt also noch sehr lange systemprägend. Der Wechsel kann aber nur mit neuen Professuren gelingen – aber die werden ja auch nicht vorwiegend mit Frauen besetzt. Ein weiterer Faktor ist, wie viele Frauen sich eigentlich in dem Pool von Kandidat\*innen befinden, also wie viele Frauen sich habilitieren oder Junior-Professuren haben. Da wirkt sich ein Problem aus, das „leaky pipeline“ genannt wird, also die leckende Pipeline. An jeder Qualifikationsstufe fallen Frauen heraus, und der größte Schnitt ist bei der Habilitation. Wir haben über 50% Studentinnen, dann promovieren noch fast 50% Frauen, es habilitieren sich dann aber nur noch knapp 25% Frauen. Allerdings ist der Frauenanteil unter den Junior-

Professuren viel ausgeglichener. Ein Grund könnte sein, dass insbesondere [Tenure-track-Professuren](#)<sup>2</sup> eine ganz andere Jobsicherheit vermitteln. Das ist nach wie vor für Frauen ein viel größeres Thema als für Männer. Wenn wir den Frauenanteil unter den Professuren erhöhen wollen, dann stellt das eine ganz wichtige Stellschraube dar. Die Junior-Professur gibt die frühe Aussicht auf eine langfristige Perspektive, in einer bestimmten Stadt. Sonst kommt nach der Habil erstmal die Phase der Lehrstuhlvertretungen – da ist man aber in der Regel schon locker Mitte 30 und voll in der Familiengründung. Die Phase ist idealerweise kurz, kann aber auch 3–4 Jahre lang dauern, in denen die Personen jedes Semester an unterschiedlichen Universitäten sind. Mal sind sie in Konstanz, dann Würzburg, dann Hamburg und mal in Köln, dort wo gerade etwas frei ist und man etwas angeboten bekommt. Für die Familie ist das natürlich Mist. Das ist in anderen Fächern nicht anders, aber bei Jura ist das durch unser sehr langes Staatsexamen, Referendariat und so weiter noch mal ein wenig verschärft.

Insgesamt nehme ich also schon eine Tendenz zur Besserung wahr, sehe aber auch gleichzeitig immer wieder, dass Entscheidungen in Berufungskommissionen nicht zu Gunsten von Frauen ausfallen. Wenn manche Kollegen verbreiten, man bräuchte sich heute ja als Mann gar nicht mehr bewerben, weil sowieso nur noch Frauen berufen würden, dann kann ich das nicht bestätigen.

Was andere Diversitätskategorien angeht, ist es noch viel düsterer. Hier gibt es zwar keine Zahlen. Wenn man sich aber ein wenig umschaute, wird relativ deutlich, dass das Problem noch viel größer ist. Das größte Hindernis ist, überhaupt zuzugeben, dass es ein Problem gibt, das man lösen muss. Bei der Kategorie Geschlecht gibt es, zumindest rhetorisch, inzwischen eine relativ große Aufgeschlossenheit, durchaus auch aus innerer Überzeugung heraus. Ob sich das dann immer in Entscheidungen übersetzt, das ist eine andere Frage. Aber zumindest glaube ich, dass das Klima sich überwiegend verbessert hat.

**BayZR:** In der Vorbereitung auf das Interview hatte es für uns den Anschein, dass viele Minderheiten nicht im öffentlichen bzw. im rechtlichen Diskurs abgebildet sind, wie zum Beispiel Menschen mit Behinderung oder Menschen mit psychischen Erkrankungen. Teilen Sie diesen Eindruck? Welche Themengebiete sind im rechtlichen Bereich wichtig, laufen aber unter dem Radar?

**Prof. Dr. Markard:** Ich weiß nicht, ob ich das so allgemein beantworten kann. Wenn man sich Ausbildungssachverhalte anschaut, dann kann man schon froh sein, wenn überhaupt Frauen vorkommen, die tragende Rollen in dem Sachverhalt spielen und nicht nur shoppiersüchtig oder die Ehefrau von jemandem sind. Da kommen wiederum auch andere Diversitätsmerkmale nicht vor, oder werden stigmatisiert, z.B. im Strafrecht. Die Gestaltung von Sachverhalten stellt sicherlich eine Möglichkeit dar, die reale Diversität des Lebens in die juristischen Fakultäten hereinzuholen. Damit muss aber auch adäquat umgegangen werden. Wie man angemessen über Diversität spricht, auch das sind Kompetenzen, die man in solchen Bereichen nebenher vermitteln könnte.

Zum Beispiel ist behindertengerechtes Bauen ein Thema, das super in die Baurechtsvorlesung aufgenommen werden kann. Zur Zugänglichkeit eines Geschäftsraums habe ich zum Beispiel einmal eine Hausarbeit gestellt. Vielleicht mehr ein Praxisproblem, das sich nicht so gut in die Ausbildung integrieren lässt, ist der Umgang der Polizei mit psychisch Kranken. Das Thema psychische Erkrankungen spielt aber auch im Sozialrecht eine Rolle, wie zum Beispiel Unterbringung oder Ansprüche auf Versorgung. Damit sind extrem sensible Grundrechte

#### **Mehrebenensystem:**

Der Begriff des Mehrebenensystems bezeichnet in der Politikwissenschaft das Beziehungsgefüge verschiedener horizontaler sowie vertikaler politischer Entscheidungsstrukturen. Kennzeichnend für solche Systeme ist eine mehr oder weniger stark ausgeprägte Politikverflechtung, die eine klare Kompetenzabgrenzung nicht mehr möglich macht. In Bezug auf Grundrechte ist gemeint, dass ein komplexes System aus drei verschiedenen Grundrechtsebenen besteht: Auf nationaler Ebene etwa das deutsche Grundgesetz, dessen Auslegung dem Bundesverfassungsgericht obliegt, auf der völkerrechtlichen Ebene beispielsweise die Europäische Menschenrechtskonvention mit dem EGMR und auf supranationaler Ebene die EU-Grundrechte-Charta und den hierfür zuständigen EuGH.

Vgl.: [https://www.freilaw.de/wordpress/wp-content/uploads/2014/10/download\\_janssen\\_mehrebenensystem.pdf](https://www.freilaw.de/wordpress/wp-content/uploads/2014/10/download_janssen_mehrebenensystem.pdf); <https://m.bpb.de/nachschlagen/lexika/politiklexikon/17835/mehrebenensystem> [Stand: 10.10.2021].

<sup>2</sup> Bei einer Tenure-Track-Professur wird eine Wissenschaftler\*in zunächst befristet eingestellt. Wenn sie diese Befristungszeit erfolgreich absolviert, erhält sie im Anschluss eine dauerhafte Professur. Bei einer Junior-Professur ohne tenure track gibt es diese Möglichkeit in der Regel nicht.

angesprochen und wie wir generell in unserer Gesellschaft mit psychisch kranken Menschen umgehen, z.B. in den BVerfG-Entscheidungen zur [Zwangsbearbeitung bei psychischen Krankheiten](#) und zur [Fixierung bei aggressiven Menschen](#). Da stellt sich die Frage, welche Möglichkeiten diese Menschen haben, ob es ein Recht auf Krankheit gibt und welche Verantwortungen generell bestehen. Das sind extrem anspruchsvolle Fragen, in die neben dem Grundgesetz zum Beispiel auch die [UN-Behindertenrechtskonvention](#) und die EMRK mit hineinspielt. Solche Themen können in der Lehre super im Mehrebenen-system dargestellt werden. Das wären Beispiele für Sachverhalte, mit denen man anspruchsvolle dogmatische Grundfragen im Pflichtfach des Grundstudiums bearbeiten und gleichzeitig die ganzen Diversitätsfragen in der Lehre ansprechen kann.

Unterrepräsentiert ist auch das Migrationsrecht. Das ist gesellschaftlich ein Riesenthema, mit dem sich aber sehr wenige Leute beschäftigen und das an den meisten Fakultäten auch überhaupt nicht angeboten wird. Das macht es auch für Anwälte\*innen schwer; immerhin gibt es inzwischen den Fachanwalt im Migrationsrecht. Die studentisch initiierten Refugee Law Clinics haben sich das Rechtsgebiet aber im Grunde selbst erarbeitet. Solche Initiativen sorgen dafür, das Lehrangebot an den Jurafakultäten zu diversifizieren.

**BayZR:** Spätestens seit den [Debatten um die Stadionbeleuchtung während der letzten Fußball-Europameisterschaft der Männer](#) werden die Rechte queerer Menschen wieder öffentlichkeitswirksam diskutiert. Aktuell liegen zwei Normenkontrollanträge vor dem Bundesverfassungsgericht, das darüber entscheiden soll, ob [§ 1592 BGB](#) mit Artikel 6 II, I und Artikel 3 I, II 1 GG vereinbar ist ([OLG Celle](#) und [KG Berlin](#)). Wenn zwei Frauen gemeinsam ein Kind bekommen, das eine der beiden Frauen gebärt, so wird die andere Frau weder kraft Gesetzes (Mit)Mutter noch kann sie die Mutterschaft anerkennen. Ist unser aktuelles Abstammungsrecht verfassungswidrig? Gibt es weitere rechtliche Problematiken, die im Anschluss an die Ehe für Alle entstanden sind?

**Prof. Dr. Markard:** Ja, diese Rechtslage halte ich für verfassungswidrig. Es ist ein schwer verständlicher Fall gesetzgeberischen Unterlassens, im Bereich der Ehe Gleichstellung zu schaffen und die sich damit offensichtlich ergebenden familiären Konstellationen einfach unberücksichtigt zu lassen. Damit lässt man Menschen in besonders prekären Situationen allein.

Regenbogenfamilien gibt es auch dann, wenn man sie rechtlich nicht regelt. Man nimmt damit in Kauf, dass die Kinder erhebliche Nachteile erleiden, weil sie nur die rechtliche Zuordnung zu einem Elternteil haben. Die Debatte wird im Recht oft mit Blick auf die Eltern geführt, aber ganz zentral ist die Benachteiligung der Kinder, nur, weil ihr zweites Elternteil eine Frau und kein Mann ist.

Das Kind hat nur die rechtliche Beziehung zu der Geburtsmutter. Wenn dieser etwas bei der Geburt oder danach zustößt, ist es Vollwaise und hat keine rechtliche Beziehung zur Ehefrau der Mutter. Es erbt auch nicht kraft Gesetzes, wenn der Ehefrau der Mutter etwas zustößt, hat gegen diese keinen Anspruch auf Unterhaltszahlungen usw.

Ein Verfassungsstaat kann nicht hinnehmen, dass die notwendigen Regelungen nicht geschaffen werden, nur weil das politisch als heikel gilt. Immer wenn die Gesetzgebung solche Bereiche nicht regelt, lässt man die Menschen in großer rechtlicher Unsicherheit und bürdet es ihnen auf, die Verfassung selbst durchsetzen zu müssen, in dem sie den Rechtsweg beschreiten. Das dauert Jahre, kostet eigene Ressourcen, Freizeit und Kraft, während die Menschen gleichzeitig die Schwierigkeiten meistern müssen, die ihnen die rechtliche Untätigkeit aufbürdet. Ich bewundere die Familien, die das gerade auf sich nehmen, statt sich mit der Rechtslage einfach irgendwie zu arrangieren. Und ich bin stolz darauf, dass wir sie mit der [Gesellschaft für Freiheitsrechte](#) dabei unterstützen können.

**BayZR:** Eine kurze Frage zum Abschluss: Wo sehen Sie die Herausforderungen des Nichtdiskriminierungsrechtes in den nächsten 5–10 Jahren?

**Prof. Dr. Markard:** Die größte Herausforderung ist für mich der Umgang mit sozialer Exklusion. Mit dem Blick auf die soziale Klasse stellen sich verschiedene Fragen: Ist class dasselbe wie race und gender oder funktioniert das anders? Ist die soziale Klasse ein Merkmal, das mir anhaftet oder kann ich etwas daran ändern?

Ich gehe davon aus, dass die soziale Exklusion ein sehr wirkmächtiges Exklusionsverhältnis ist, das sich in Deutschland ganz stark mit rassistischen Exklusionen überschneidet. Es ist nicht leicht zu unterscheiden, ob eine Exklusion in erster Linie mit dem sogenannten Migrationshintergrund oder mit der Schichtzugehörigkeit verbunden wird, weil diese beiden Merkmale so stark miteinander korrelieren.

Es wird eine neue Aufgabe des Nichtdiskriminierungsrechtes, Intersektionalitäten zu untersuchen und die eigene Rolle im Bereich sozialer Exklusion zu bestimmen. Im LADG des Landes Berlin gibt es den sozialen Status bereits als Diskriminierungsgrund. Eine neue Dogmatik der Diskriminierung wegen der sozialen Schichtzugehörigkeit zu entwickeln, ist eine große Aufgabe.

## Interview mit Prof. Dr. Philipp Hacker, LL.M. (Yale)<sup>3</sup>

*Prof. Dr. Philipp Hacker, LL.M. (Yale) ist seit 2020 Inhaber des Lehrstuhls für Recht und Ethik digitaler Gesellschaft an der European New School of Digital Studies der Europa-Universität Viadrina. Neben seiner juristischen Ausbildung belegte er immer wieder Veranstaltungen in den Bereichen der Mathematik und Informatik: Zuletzt erlernte er die Grundlagen der Programmiersprache Python, die aufgrund ihrer zahlreichen Anwendungsfelder oft das „Schweizermesser“ der Programmiersprachen genannt wird und eine Möglichkeit bietet, KI zu programmieren. Dies ermöglichte es ihm, den Code besser zu verstehen und rechtliche Fragen daran anpassen zu können. Er forscht dementsprechend an der Schnittstelle zwischen Recht und Informatik und hat in den letzten Jahren insbesondere vielbeachtete Beiträge zur Diskriminierung durch Algorithmen veröffentlicht.*

**BayZR:** Weshalb interessieren Sie sich für die Schnittstelle von Recht und Künstlicher Intelligenz (im Folgenden KI)?

**Prof. Dr. Hacker:** Die Schnittstelle ist für mich ein faszinierendes interdisziplinäres Forschungsgebiet, das zugleich gesellschaftlich sehr relevant ist. In juristischer Hinsicht wird hier die bewährte zivilrechtliche Dogmatik durch neue Entwicklungen herausgefordert und irritiert, wenn man etwa an die Frage denkt, wie Verschuldensäquivalente bei KI aussehen könnten oder wie der Begriff des produkthaftungsrechtlichen Fehlers oder des kaufrechtlichen Mangels im KI-Kontext operationalisiert werden kann. Zugleich kann man an dieser

### Intersektionalität:

Überschneiden sich Diskriminierungskategorien, so spricht man von Intersektionalität. Beispielsweise kann eine Schwarze Frau einerseits sexistische, andererseits rassistische Diskriminierung erfahren. Gleichzeitig kann sie aber auch zusätzliche spezifische Diskriminierungserfahrungen erleben, die weder ein Schwarzer Mann noch eine weiße Frau erleben würden. Rassismus und Sexismus wirken dabei zusammen und führen zur weiteren Diskriminierung.

Vgl.: [https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/Experten/expertise\\_mehrdimensionale\\_diskriminierung\\_jur\\_analyse.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=](https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/Experten/expertise_mehrdimensionale_diskriminierung_jur_analyse.pdf?__blob=publicationFile&v=), S. 21 f.

### Algorithmus:

Ein Algorithmus ist eine präzise, d.h. in einer formalisierten Sprache abgefasste, endliche Beschreibung eines allgemeinen Verfahrens unter Verwendung elementarer Verarbeitungsschritte zur Lösung einer gegebenen Aufgabe. Dieser bildet das Fundament von Software – der Algorithmus liegt dann im Quellcode vor.

Vgl.: <https://wirtschaftslexikon.gabler.de/definition/algorithmus-27106> [Stand: 28.9.2021].

### Künstliche Intelligenz:

„Ziel der KI ist es, Maschinen zu entwickeln, die sich verhalten, als verfügten sie über Intelligenz“ (John McCarthy). Unter Künstlicher Intelligenz versteht man eine Forschungsrichtung der Informatik, die versucht, mittels Algorithmen menschliche Entscheidungsprozesse zu rekonstruieren. Der heute ganz dominierende Ansatz dieser Forschungsrichtung ist das sog. Machine Learning.

Vgl.: <https://www.industry-analytics.de/ki-wann-sind-maschinen-intelligent/>; <https://weissenberg-solutions.de/was-ist-kuenstliche-intelligenz/> [Stand: 16.10.2021].

<sup>3</sup> Das Interview wurde 10.9.2021 geführt. Wir bedanken uns bei Jan-Laurin Müller für seine zahlreichen wertvollen Hinweise.

Schnittstelle sehen, wie Technik auch genutzt werden kann, um rechtliche Vorgaben einzuhalten oder zumindest ihre Umsetzung zu erleichtern. Dies geschieht zum Beispiel im Bereich algorithmischer Fairness, in dem sich ein großer Forschungszweig der Informatik und zunehmend auch der Rechtswissenschaften mit unterschiedlichen Methoden beschäftigt, um Nichtdiskriminierung bereits auf Ebene der KI-Modelle zu verwirklichen.

**BayZR:** [2018 wurde bekannt, dass der US-Konzern Amazon einen Algorithmus zur Vorauswahl von Bewerbungsunterlagen eingesetzt hatte, der sich als diskriminierend gegenüber weiblichen Bewerberinnen herausstellte.](#) Der Algorithmus war darauf programmiert, Muster in den Anschreiben früherer Bewerber\*innen zu finden, deren Bewerbungen erfolgreich gewesen waren. Die meisten dieser erfolgreichen früheren Kandidat\*innen waren Männer, sodass der Algorithmus lernte, bestimmte Attribute, die primär bei Männern vorkommen, besonders positiv in die Entscheidung einfließen zu lassen. Dies führte dazu, dass Anschreiben, in denen der Zusatz „Frauen-“ vorkam und solche von Absolventinnen rein weiblicher Hochschulen systematisch schlechter bewertet wurden. In diesem Fall hätte das Diskriminierungsproblem vermutlich durch bessere, geschlechterspezifisch ausgeglichene Trainingsdaten gelöst werden können. Kann man Diskriminierung durch KI also immer verhindern, indem man die Trainingsdaten so filtert, dass sie nahezu diskriminierungsfrei sind, bevor sie in den Algorithmus eingelesen werden? Oder gibt es möglicherweise noch andere Ursachen für Diskriminierung, die dadurch nicht behoben werden würden?

**Prof. Dr. Hacker:** Verzerrungsfreie Trainingsdaten sind zunächst in der Tat sehr wichtig. Allerdings ist immer noch nicht abschließend geklärt, was damit eigentlich gemeint ist. Eine zumindest annähernd ähnliche Repräsentation der jeweiligen geschützten Gruppen in den Trainingsdaten und die vergleichbare Bewertung der diesen Gruppen zugehörigen Personen ist hier ein möglicher Ansatz.

Allerdings gibt es noch eine Reihe weiterer Ursachen, die im Rahmen des Trainings einer KI Diskriminierung verursachen können. Ein prominentes Beispiel ist die Wahl der Zielfunktion, also dessen, was das KI-System vorhersagen soll. Um ein aktuelles Beispiel zu nennen: In den USA wird ein KI-System eingesetzt, um gesundheitliche Prioritäten im Bereich von Krankenhäusern festzulegen, also letztlich die Dringlichkeit der Behandlung von Patient\*innen zu erkennen. Forschende haben jedoch herausgefunden: Dabei wird das Gesundheitsrisiko der Patient\*innen nicht direkt prognostiziert, sondern nur indirekt geschätzt über die Prognose der erwarteten Gesundheitskosten – weil es über diese Kosten naturgemäß bessere Daten gibt als über das schwer fassbare Gesundheitsrisiko. Das Problem dabei ist: Bei ungleichem Zugang zu Gesundheitsleistungen, etwa durch das Versicherungssystem besonders in den USA, werden sich zwischen den geschützten Gruppen unterschiedliche Kostenverteilungen etablieren. Haben also – hypothetisch gesprochen – weiße Männer eine bessere Versicherung,

#### **Machine Learning/Maschinelles Lernen:**

Maschinelles Lernen stellt eine Unterart der KI dar, bei der diese vorhandene große Datenmengen analysieren und Muster erkennen kann. Mit dieser Technik wollte etwa das Unternehmen Amazon im obigen Beispiel herausfinden, wodurch sich erfolgreiche Bewerbungen auszeichnen, damit eine KI zukünftig eine erste Sortierung der Bewerbungen vornehmen kann. Die Muster sind die relevanten Merkmale des Objekts, das untersucht werden soll. Bei eine\*r Arbeitnehmer\*in könnten z.B. Qualifikation und Berufserfahrung relevante Merkmale sein. Aus diesen Mustern erstellt das System ein Modell, das es dann auf unbekannte Fälle anwenden kann. Auf diese Weise generalisiert es seine Schlussfolgerungen und trifft Vorhersagen für neue Fälle. Das Besondere am Maschinellen Lernen ist, dass viel mehr Variablen gleichzeitig gefunden und für Entscheidungen verwendet werden können als bei konventionellen statistischen Verfahren. So kann das System im Optimalfall besonders genaue Prognosen abgeben.

Vgl.: [https://www.uni-saarland.de/fileadmin/upload/lehrstuhl/sorge/Paper-Downloads/IRIS2020\\_Diskriminierung-und-Frauenfeindlichkeit.pdf](https://www.uni-saarland.de/fileadmin/upload/lehrstuhl/sorge/Paper-Downloads/IRIS2020_Diskriminierung-und-Frauenfeindlichkeit.pdf);  
[https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/Expertisen/studie\\_diskriminierungsrisiken\\_durch\\_verwendung\\_von\\_algorithmen.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=3](https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/Expertisen/studie_diskriminierungsrisiken_durch_verwendung_von_algorithmen.pdf?__blob=publicationFile&v=3).

#### **Trainingsdaten:**

Unter Trainingsdaten versteht man die Datensätze, die dem System am Anfang zur Analyse gegeben werden, anhand derer sich das algorithmische Entscheidungssystem also ein formales Modell seiner Umwelt anfertigt. Häufig zeigt man dem System mit den Trainingsdaten verschiedene Kategorien und welche Daten in welche Kategorie gehören (sog. Supervised Learning). Daraus analysiert die KI dann Muster, die die Daten aufweisen, die in Kategorie A oder B fallen. Hat die KI sodann „gelernt“, wie sie anhand der Trainingsdaten die Zielvariable optimiert, wird die Qualität des so entstandenen Algorithmus mit Hilfe von neuen Testdaten geprüft. Problematisch wird es u.a., wenn die Trainingsdaten ein verzerrtes Bild der Wirklichkeit abgeben, weil sie z.B. bestimmte Gruppen nicht ausreichend repräsentieren. So etwas verschlechtert die Qualität der Vorhersagen, die mithilfe der Muster aus diesen Daten getroffen werden, indem die Prognosen höhere Fehlerquoten aufweisen oder systematisch diskriminieren.

Vgl.: [https://www.uni-saarland.de/fileadmin/upload/lehrstuhl/sorge/Paper-Downloads/IRIS2020\\_Diskriminierung-und-Frauenfeindlichkeit.pdf](https://www.uni-saarland.de/fileadmin/upload/lehrstuhl/sorge/Paper-Downloads/IRIS2020_Diskriminierung-und-Frauenfeindlichkeit.pdf).



werden deren Gesundheitskosten im Schnitt höher liegen und damit wird ihre Priorität durch das Modell höher geschätzt werden. Das ist natürlich eminent problematisch.

Es zeigt einmal mehr das Problem der sogenannten Proxydiskriminierung: Einzelne Faktoren, die das KI-System zur Beurteilung heranzieht oder eben auch die Zielvariable selbst, können mit der Zugehörigkeit zu geschützten Gruppen korrelieren. Das kann durchaus zutreffend und auch im Einzelfall akzeptabel sein, wenn das modellierte Risiko eben zwischen geschützten Gruppen faktisch ungleich verteilt, aber für die Entscheidung relevant ist. Aufgabe des Antidiskriminierungsrechts ist es letztlich, zwischen gerechtfertigten und nicht gerechtfertigten Formen solche Differenzierung zu unterscheiden.

**BayZR:** Für welche dieser Ursachen sehen Sie den meisten Regulierungsbedarf? Gibt es außerhalb des Machine Learning noch Anwendungsfelder in denen Diskriminierung durch Algorithmen auftritt und reguliert werden müsste?

**Prof. Dr. Hacker:** Erheblicher Regulierungsbedarf besteht vor allem im Bereich der Trainingsdaten. Hier gibt es bislang nur fragmentarische direkte Regulierung, dafür ist sie nun im Entwurf für eine KI-Verordnung zentral verortet, worauf wir ja vielleicht noch zu sprechen kommen. Ein weiteres zentrales Problem liegt meines Erachtens darin, dass das Vorliegen und auch die mögliche Rechtfertigung von Diskriminierung häufig von außen, durch potentielle Opfer, nur schwer zu beurteilen ist. Daraus ergibt sich ein erhebliches Durchsetzungsproblem. In der Literatur wird daher zu Recht immer wieder die Schaffung eines Verbandsklageinstruments oder auch eine Beweiserleichterung gefordert, wenn anders der Nachweis einer Diskriminierung durch KI-Systeme nicht zu führen ist.

Andere Algorithmen können natürlich auch diskriminieren, etwa regelbasierte Systeme, in deren Regel eine negative Bewertung bestimmter geschützter Gruppen eingepreßt ist. Nichtsdestoweniger erscheint mir Diskriminierung im Bereich der KI durch die Datenbezogenheit besonders virulent. Vor allem hier können Vorurteile versehentlich perpetuiert werden, wenn etwa Daten verwendet werden, die historische Vorurteile beinhalten.

**BayZR:** Im April hat die EU-Kommission einen [ersten Entwurf der KI-Verordnung](#) vorgelegt, die es sich unter anderem zum Ziel setzt, eine hohe Qualität der Datensätze zu gewährleisten, um diskriminierende Ergebnisse zu vermeiden. Wofür brauchen wir eine derartige Verordnung?

**Prof. Dr. Hacker:** Ob die geplante Verordnung wirklich in allen Bereichen notwendig und gerechtfertigt ist, wird ja tatsächlich kontrovers diskutiert. Im Bereich der Trainingsdaten erscheint es mir allerdings tatsächlich so, dass das Risiko mangelnder Qualität bislang weder vom Markt noch vom Recht hinreichend adressiert wird.

Es gibt hier bislang vor allem ein sehr vages Regime der direkten Regulierung in der DS-GVO mit dem Grundsatz der Datenrichtigkeit, das aber zwei eklatante Schwachstellen hat. Erstens ist es nur anwendbar bei einem hinreichenden Personenbezug, der gerade bei Trainingsdaten infrage stehen kann. Zweitens umfasst es auf der inhaltlichen Ebene nur die Kriterien der Richtigkeit und Aktualität von Daten und blendet daher für KI wichtige Dimensionen wie Repräsentativität (Datensatz abgestimmt auf Zielgruppe) oder Balance zwischen geschützten Gruppen (Anteil der Gruppen im Datensatz) jedenfalls vordergründig aus. In diese Lücke stößt nun der Verordnungsentwurf der Kommission.

**BayZR:** Anknüpfend daran, ist der vorgelegte Entwurf Ihrer Meinung nach überhaupt geeignet, Diskriminierung durch KI-Systeme zu verhindern?

**Prof. Dr. Hacker:** Der Entwurf macht schon Schritte in die richtige Richtung, ist aber noch unvollständig. Die mangelnde Verzahnung mit dem Antidiskriminierungsrecht zum Beispiel ist ein Schwachpunkt. Diese ist nur sehr punktuell ausgeprägt. In Art. 10 Abs. 3 des Entwurfs ist die Rede von geeigneten statistischen Merkmalen, welche KI Trainingsdaten aufweisen müssen. Darunter ist wohl auch die Ausgewogenheit zwischen geschützten Gruppen zu verstehen. Art. 15 Abs. 3 des Entwurfs ordnet an, dass Rückkopplungsschleifen vermieden werden müssen, die diskriminierend wirken, dass also zum Beispiel Empfehlungssysteme nicht Beiträge befürworten, nur weil diese etwa in sozialen Netzwerken mehr Kommentare erhalten. Der Kommission stand sicherlich auch das Beispiel des [Chatbots, der im Laufe seines Einsatzes immer stärker durch rassistisch geprägte Kommentare auffiel](#), vor Augen.

Wichtig ist weiterhin die in Art. 10 Abs. 5 des Entwurfs enthaltene Möglichkeit, auch sensitive Daten zu nutzen (z.B. Zugehörigkeit zu Religion oder ethnischer Herkunft), um Verzerrungen in Datensätzen zu erkennen und zu reduzieren. Damit wird ein weiterer, bislang fehlender Erlaubnistatbestand für die Verarbeitung von Daten im Interesse der Nichtdiskriminierung etabliert, der gegenüber der mit Blick auf die DS-GVO derzeit unklaren Situation größere Rechtssicherheit schafft.

Bestehen bleibt jedoch das Problem, dass mangelnde Durchsetzungsmöglichkeiten der Einzelnen oder von Verbänden nicht behoben werden. Der Verordnungsentwurf ist insgesamt zu wenig auf die betroffenen Personen zugeschnitten. Er leistet daher einen gewissen Beitrag zur Verringerung von Diskriminierung durch KI-Systeme, schöpft die Möglichkeiten jedoch noch nicht aus.

**BayZR:** Der Verordnungsentwurf zeigt, dass die EU rechtlichen Handlungsbedarf sieht, um Diskriminierung durch Algorithmen zu verhindern. Auch im [Koalitionsvertrag](#) der aktuellen Regierung heißt es „Diskriminierungsverbote der analogen Welt müssen auch in der digitalen Welt der Algorithmen gelten“. Dennoch scheint uns die öffentliche Aufmerksamkeit für den Konflikt zwischen Gleichbehandlungsrecht und Machine Learning aktuell recht gering zu sein. Woran könnte das liegen? Könnte sich dies in Zukunft, insbesondere durch die KI-Verordnung ändern?

**Prof. Dr. Hacker:** Meiner Ansicht nach ist in der öffentlichen Wahrnehmung schon zunehmend angekommen, dass Diskriminierung ein zentrales Problem bei der Anwendung von KI-Systemen ist. Eine wichtige Rolle spielen hier aber vor allem, denke ich, prominente Fälle wie das Beispiel von Amazon, das wir eingangs besprochen haben, und weniger die KI-Verordnung, da diese ja auch nicht prominent auf Diskriminierungsrisiken ausgerichtet ist.

**BayZR:** In Ihrem Aufsatz „[Teaching Fairness to Artificial Intelligence](#)“ aus dem Jahr 2018 halten Sie fest, dass das AGG nur bedingt geeignet ist, um Diskriminierung durch Algorithmen zu verhindern. Gleichzeitig führen Sie aus, dass dagegen die damals gerade in Kraft getretene DS-GVO das Potential hat, Diskriminierung durch Algorithmen zumindest zu erschweren. Inwieweit hat sich dies in den letzten drei Jahren bewahrheitet und auf welche Weise konnte die DS-GVO als Instrument der Gleichbehandlung genutzt werden?

**Prof. Dr. Hacker:** Inhaltlich ist das durchaus weiterhin eine spannende Frage. In der Literatur besteht kein vollständiger Konsens darüber, inwiefern Fragen der Nichtdiskriminierung in die DS-GVO hineingelesen werden können. In der Praxis jedoch ist, soweit ich das überblicken kann, der Einsatz der DS-GVO als Instrument der Gleichbehandlung durchaus mit Hürden versehen, da die Datenschutzbehörden häufig mit klassischen Datenschutzfragen hinreichend ausgelastet sind. Dennoch kann, so hoffe ich, die DS-GVO ein wichtiges Instrument sein, gerade wenn es etwa zu Datenschutzüberprüfungen durch Behörden (Audits) oder Datenschutz-Folgenabschätzungen durch die Anwender selbst kommt. Diese Instrumente werden durch die geplante KI-Verordnung noch einmal verstärkt und können sich hoffentlich ergänzen.

**BayZR:** In welchem Verhältnis stehen DS-GVO und die neu vorgelegte KI-Verordnung, sobald letztere in Kraft tritt?

**Prof. Dr. Hacker:** Das ist eine gute Frage. Ich würde sagen, dass grundsätzlich beide parallel und unabhängig voneinander anwendbar sind. Klar ist, dass die KI-Verordnung im Wesentlichen unabhängig von den Vorgaben der DS-GVO gilt, da sie ja auch auf nicht personenbezogene Daten Anwendung findet und zumeist spezieller ist. Umgekehrt soll aber nach der Kommission auch die DS-GVO von der KI-Verordnung unberührt bleiben. Man könnte sich allenfalls fragen, ob einzelne Bestimmungen der DS-GVO im Einzelfall verdrängt werden könnten. Hinsichtlich der Qualität von Trainingsdaten wäre dies zumindest denkbar, da die KI-Verordnung auch personenbezogene Daten reguliert, aber deutlich umfassender und präziser als die DS-GVO. Andererseits fehlen aber bei der KI-Verordnung nach jetzigem Stand bestimmte Qualitätskriterien der DS-GVO, zum Beispiel Aktualität. Am Ende wird man daher wohl auch in diesem Fall doch von einer parallelen Anwendbarkeit ausgehen müssen.