



Rechts-
wissenschaftliche
Fakultät

Künstliche Intelligenz als Herausforderung für europäische Gesellschaften – Der Einsatz von KI als Gefahr für den Grundrechtsschutz?

Vortrag bei der 65. Jahrestagung des Instituts für Interdisziplinäre
Forschung der Görres-Gesellschaft, Berlin, 14.09.2021

Rechtswissenschaftliche Fakultät
Prof. Dr. Andrea Edenharter

Gliederung

- I. Einführung und kurze Begriffsbestimmung: Was ist KI?
- II. Risiken beim Einsatz von KI
- III. Verfassungsrechtliche und unionsrechtliche Vorgaben
- IV. Einsatz von KI durch staatliche Stellen
 1. Automatisierte Verwaltungsentscheidungen
 2. Predictive Policing
- V. Einsatz von KI durch Private
 1. Bewerberauswahl durch private Arbeitgeber
 2. Schufa-Kreditscoring
- VI. Ansätze für eine Regulierung von KI
- VII. Zu guter Letzt: Grundrechte für KI-Systeme?
- VIII. Fazit und Ausblick

I. Kurze Begriffsbestimmung: Was ist KI?

Verschiedene Ansätze zur Definition von KI

- Fähigkeit einer Maschine, menschliche Fähigkeiten wie logisches Denken, Lernen, Planen und Kreativität zu imitieren (Europäisches Parlament)
- Technologien, die menschliche Fähigkeiten im Sehen, Hören, Analysieren, Entscheiden und Handeln ergänzen und stärken (Microsoft Corp.)
- Eigenschaft eines IT-Systems, »menschenähnliche«, intelligente Verhaltensweisen zu zeigen (Deutsches Forschungszentrum für Künstliche Intelligenz)

I. Kurze Begriffsbestimmung: Was ist KI?

Eigenschaften von KI nach diesen Ansätzen:

- basiert auf lernenden Algorithmen (kein bloßes „Wenn-Dann-Schema“)
- Ziel, menschliche Intelligenz mit Hilfe von Maschinen zu simulieren
- kann innerhalb kürzester Zeit große Datenmengen nach subtilen Mustern oder Typenabweichungen durchforsten (Mustererkennung)
- kann Rückschlüsse aus erkannten Mustern ziehen und Verhalten an diese Erkenntnisse anpassen
- kann die gewonnenen Einsichten auch auf neue Handlungskontexte übertragen, ggf. ohne menschliches Eingreifen

Voraussetzung: Zugang zu großen Datenmengen, Lernverfahren mit Trainingsdaten

I. Kurze Begriffsbestimmung: Was ist KI?

Weitere Unterscheidung: schwache und starke KI

Schwache KI: befasst sich i.d.R. mit konkreten Anwendungsproblemen, z.B. Spracherkennungssoftware, Bilderkennung, Navigationssysteme, Autokorrektur, Produktempfehlungen, Umwandlung gesprochener Sprache in Text

→ lediglich Lösung einzelner Probleme auf Basis der Selbstoptimierung der KI

Starke KI: Systeme, die menschliche Fähigkeiten in unterschiedlichen Punkten erreichen oder sogar übersteigen, z.B. Planen, Lernen, Treffen von Entscheidungen bei Unsicherheit

→ Abbildung der gesamten menschlichen Denkleistung

II. Risiken beim Einsatz von KI

- **Mangelnde Nachvollziehbarkeit von Entscheidungen**
 - besonders relevant bei persönlichkeitsensiblen Entscheidungen
 - Schutz des Algorithmus als Betriebs- und Geschäftsgeheimnis durch die Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) und die Eigentumsfreiheit (Art. 14 GG), soweit von Privaten eingesetzt
 - keine Veröffentlichung von staatlichen algorithmenbasierten Entscheidungssystemen, wenn andernfalls rechtsstaatlicher Gesetzesvollzug gefährdet, z.B. im Steuerrecht
- **Gefahr von Diskriminierungen**
 - durch Werteinstellungen der Programmierer des Algorithmus oder durch Pfadabhängigkeiten und Fehler beim Trainingsmaterial
 - Intransparenz verhindert effektiven Rechtsschutz der Betroffenen

III. Verfassungsrechtliche und unionsrechtliche Vorgaben beim Einsatz von KI

Grundgesetz

- allgemeines Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG)
- Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG)
- allgemeiner Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 1 GG)
- spezielle Diskriminierungsverbote (Geschlecht, Abstammung, Rasse, Sprache, Heimat und Herkunft, Glauben, religiöse und politische Überzeugungen, Behinderung) (Art. 3 Abs. 3 S. 1, 2 GG)
- Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 1, 3 GG)

Einfach-gesetzliche Ebene: Bundesdatenschutzgesetz (BDSG), Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG)

III. Verfassungsrechtliche und unionsrechtliche Vorgaben beim Einsatz von KI

Unionsrecht

Grundrechte-Charta, insbesondere:

- Art. 7 GRC (Achtung des Privat- und Familienlebens)
- Art. 8 GRC (Schutz personenbezogener Daten)
- Art. 20 GRC (allgemeiner Gleichheitssatz)
- Art. 21 GRC (spezielle Diskriminierungsverbote)

Datenschutz-Grundverordnung, insbesondere:

- Art. 22 DSGVO (Automatisierte Entscheidungen im Einzelfall einschließlich Profiling)
- Art. 13, 15 DSGVO (Informations- und Auskunftsansprüche des Betroffenen)

JI-Richtlinie (Strafverfolgung und Gefahrenabwehr)

IV. Einsatz von KI durch staatliche Stellen

1. Automatisierte Verwaltungsakte

- **§ 35a VwVfG:** Ein Verwaltungsakt kann vollständig durch automatische Einrichtungen erlassen werden, sofern dies durch Rechtsvorschrift zugelassen ist und weder Ermessen noch ein Beurteilungsspielraum besteht.
- **§ 155 Abs. 4 S. 1 AO:** Die Finanzbehörden können Steuerfestsetzungen sowie Anrechnungen von Steuerabzugsbeträgen und Vorauszahlungen auf der Grundlage der ihnen vorliegenden Informationen und der Angaben des Steuerpflichtigen ausschließlich automationsgestützt vornehmen, berichtigen, zurücknehmen, widerrufen, aufheben oder ändern, soweit kein Anlass dazu besteht, den Einzelfall durch Amtsträger zu bearbeiten.
- **§ 31a SGB X:** Ein Verwaltungsakt kann vollständig durch automatische Einrichtungen erlassen werden, sofern kein Anlass besteht, den Einzelfall durch Amtsträger zu bearbeiten.

IV. Einsatz von KI durch staatliche Stellen

1. Automatisierte Verwaltungsakte

- **Anwendungsbereich:** einfach strukturierte unechte Massenverfahren, gegenwärtig v.a. bei Verkehrsampeln, Verkehrszeichen, die von Streckenbeeinflussungsanlage selbständig angezeigt werden, im Steuerrecht beim Erlass von Steuerbescheiden, im Sozialrecht bei Hartz-IV-Bescheiden
- fachrechtliche Zulassung i.S.v. § 35a VwVfG bislang nur in Einzelfällen
- automatisierte Verwaltungsakte künftig aber etwa beim Erlass von Baugenehmigungen denkbar
- bislang nur determinierte Systeme, keine selbstlernenden Algorithmen
- aber: §§ 35a VwVfG, 155 Abs. 4 S. 1 AO, § 31a SGB X machen keine Aussagen zur Zulässigkeit des Einsatzes von KI
- zu beachten aber: Demokratie- und Rechtsstaatsprinzip, Diskriminierungsverbote (Bsp.: kein ethnische Profiling, keine selbständige Weiterentwicklung der KI jenseits der gesetzlichen Vorgaben)

IV. Einsatz von KI durch staatliche Stellen

2. Predictive Policing

- KI-gestützte Analyse von Falldaten zur Berechnung der Wahrscheinlichkeit zukünftiger Straftaten zwecks Steuerung des Einsatzes von Polizeikräften
 - soll helfen, künftiges Verhalten vorherzusagen, um es verhindern zu können
 - raumbezogen oder personenbezogen möglich
- **in Deutschland:** Polizei setzt Software ein, die anhand bestimmter Kenndaten eines Wohnungseinbruchsdiebstahls (Tatort, Beute etc.) ermitteln soll, welche Gebiete eine erhöhte Wahrscheinlichkeit für Wohnungseinbruchsdiebstähle haben (in Bayern/Baden-Württemberg das System „PreCobs“, das von privatem Unternehmen vertrieben wird), außerdem Systeme zur intelligenten Videoanalyse
- in NRW: System zur Kriminalitätsauswertung und Lageantizipation (SKALA), das zusätzlich Prognosen für bestimmte Kraftfahrzeugdelikte erstellt und neben geographischen auch infrastrukturelle und soziodemographische Daten, wie z.B. die Kaufkraft und Einwohnerstruktur nutzt

IV. Einsatz von KI durch staatliche Stellen

2. Predictive Policing

- aber: in **Deutschland** bislang i.d.R. kein personenbezogenes Profiling, d.h. II-RL nicht anwendbar (DSGVO wg. Art. 2 Abs. 2 lit. d) nicht anwendbar)
 - kein Eingriff in Recht auf informationelle Selbstbestimmung, da raumbezogenes KI-System i.d.R. keinen Personenbezug herstellt (vgl. auch BVerfGE 155, 244 Rn. 40 zur automatisierten KFZ-Kennzeichenkontrolle, wo solcher Personenbezug gerade schon hergestellt wird)
 - kein Verstoß gegen Diskriminierungsverbote, da keine direkte Anknüpfung an personenbezogene Merkmale
 - allenfalls mittelbare Diskriminierung, wenn z.B. Kriterium wie Einwohnerstruktur als Anknüpfungskriterium verwendet wird und dies dazu führt, dass z.B. in erster Linie Angehörige einer bestimmten ethnischen Gruppe betroffen sind
- ggf. aber Rechtfertigung möglich, wenn hinreichender sachlicher Grund vorliegt und Einsatz des KI-Systems auch im Übrigen verhältnismäßig

IV. Einsatz von KI durch staatliche Stellen

USA:

- bereits heute personenbezogenes Predictive Policing (COMPAS-System)
 - auf der Basis von 137 Merkmalen errechnet KI die Wahrscheinlichkeit dafür, ob ein Straftäter rückfällig wird oder nicht
 - Rückfallrisiko von farbigen Straftätern durchwegs höher als dasjenige von weißen Straftätern eingestuft, davon große Zahl an false positives
 - COMPAS hält dunkelhäutige Betroffene doppelt so häufig *fälschlich* für rückfallgefährdet wie hellhäutige
- zudem: Systeme der Polizei, die Gefährlichkeit von Personen anhand von Polizeiberichten, Web-Suchen, Posts in sozialen Netzwerken usw. berechnen, so dass Polizeiarbeit entsprechend ausgerichtet werden kann

IV. Einsatz von KI durch staatliche Stellen

Verfassungsrechtliche Beurteilung des personenbezogenen Predictive Policing

- Parallele zur Rasterfahndung (Racial Profiling) in der analogen Welt
- BVerfGE 115, 320: Rasterfahndung mit Recht auf informationelle Selbstbestimmung nur vereinbar, wenn konkrete Gefahr für hochrangige Rechtsgüter wie den Bestand oder die Sicherheit des Bundes oder eines Landes oder für Leib, Leben oder Freiheit einer Person gegeben ist (ähnlich BVerfGE 150, 244 zur automatischen KFZ-Kennzeichenerfassung)
- anlassloses Predictive Policing mit Personenbezug verstößt gegen Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG
- zudem: Verstoß gegen Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG, wenn KI aufgrund bestimmter Mustererkennung Gefahr der Begehung einer Straftat nur auf Grund der Hautfarbe oder des Migrationshintergrundes einer Person als erhöht einstuft

IV. Einsatz von KI durch staatliche Stellen

Unionsrechtliche Beurteilung des personenbezogenen Predictive Policing

- Art. 2 Abs. 2 lit. d) DSGVO: Verarbeitung personenbezogener Daten seitens zuständiger Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten, der Strafvollstreckung oder der Abwehr von Gefahren für die öffentliche Sicherheit unterfällt nicht dem Anwendungsbereich der DSGVO
 - aber: Art. 11 Abs. 1 II-RL: ausschließlich auf einer automatischen Verarbeitung beruhende Entscheidung — einschließlich Profiling —, die eine nachteilige Rechtsfolge für die betroffene Person hat oder sie erheblich beeinträchtigt, grunds. verboten, außer Betroffener hat Recht auf Eingreifen einer natürlichen Person
- Feststellung einer konkreten Gefahr muss immer durch Menschen erfolgen
- Art. 11 Abs. 3 II-RL: Profiling, das zur Folge hat, dass natürliche Personen auf Grundlage von besonderen Datenkategorien diskriminiert werden, nach Unionsrecht verboten

IV. Einsatz von KI durch staatliche Stellen

Unionsrechtliche Beurteilung des personenbezogenen Predictive Policing

- zudem: Verstoß gegen Art. 8 GRC, dessen Konkretisierung Art. 11 JI-RL dient
- ebenfalls: Verstoß gegen Art. 21 GRC, wenn KI aufgrund bestimmter Mustererkennung Rückfallwahrscheinlichkeit oder Gefahr der Begehung einer Straftat nur auf Grund der Hautfarbe oder des Migrationshintergrundes einer Person als erhöht einstuft
- Predictive Policing mit Personenbezug ohne Anspruch des Betroffenen auf Einschreiten einer natürlichen Person verstößt gegen JI-Richtlinie und gegen Vorgaben der GRC
- **Problem:** JI-RL schützt nicht vor KI-basierter Unterstützung menschlicher Entscheidungen

V. Einsatz von KI durch Private

1. Bewerberauswahl durch private Arbeitgeber

- Anwendungsfall: automatisierte Bewerbervorauswahl, bei der KI bestimmte Personen nach allen von ihr als relevant erachteten Kriterien, die sie ihrem Datensatz entnehmen kann, aussortiert, ohne dass natürliche Person eingreift
- Bsp.: Bewerber mit Vornamen „Kevin“ oder „Mohammed“ werden automatisch aussortiert, da Korrelation zwischen Name und geringer Zuverlässigkeit entdeckt oder weil Wertungen des Programmierenden übernommen
- Bsp.: Frauen werden automatisch aussortiert, weil nach Datenlage ohnehin immer Männer eingestellt wurden
- Problem: Betroffenen wird Zugang zu angestrebtem Beruf oder sogar zu Arbeitsmarkt insgesamt verwehrt

V. Einsatz von KI durch Private

Verfassungsrechtliche Beurteilung

- Art. 1 Abs. 3 GG: Grundrechte binden nur staatliche Stellen
- keine unmittelbare Drittwirkung von Grundrechten gegenüber Privaten, i.d.R. auch keine mittelbare Drittwirkung ggü. privatem Arbeitgeber mangels Monopolstellung (Grundsätze der Stadionverbot-Entscheidung des BVerfG)

Einfach-gesetzliche Ebene: AGG

- auf Arbeitsverhältnisse anwendbar
- technologieneutral konzipiert
- Einsatz von KI durch Arbeitgeber muss sich an AGG messen lassen
- § 7 i.V.m. § 3 Abs. 1 AGG: unmittelbare Benachteiligung aus den in § 1 AGG genannten Gründen verboten, z.B. Geschlecht, ethnische Herkunft, Behinderung (i.d.R. knüpft KI aber nicht direkt an diese Kriterien an)

V. Einsatz von KI durch Private

Einfach-gesetzliche Ebene: AGG

- § 7 i.V.m. § 3 Abs. 2 AGG: Verbot mittelbarer Benachteiligungen aus den in § 1 AGG genannten Gründen
- mittelbare Benachteiligung gegeben, wenn KI Korrelation zwischen einem Merkmal nach § 1 AGG und einem nicht verpönten Merkmal herstellt, z.B. Schluss von Vorname auf ethnische Herkunft, und deshalb Bewerber automatisch vorzeitig aussortiert wird
- Rechtfertigung nach § 8 AGG in derartigen Konstellationen kaum denkbar

Problem: mittelbare Benachteiligung für Betroffenen nur sehr schwer erkennbar

- Rechtsfolge bei unzulässiger Benachteiligung: Schadensersatzanspruch nach § 15 Abs. 1 AGG, wenn Arbeitgeber nicht nachweisen kann, dass ihn kein Organisationsverschulden trifft

V. Einsatz von KI durch Private

Unionsrechtliche Beurteilung

- **Art. 22 Abs. 1 DSGVO:** Die betroffene Person hat das Recht, nicht einer ausschließlich auf einer automatisierten Verarbeitung – einschließlich Profiling – beruhenden Entscheidung unterworfen zu werden, die ihr gegenüber rechtliche Wirkung entfaltet oder sie in ähnlicher Weise erheblich beeinträchtigt.
 - Vorauswahl i.S. eines endgültigen Aussortierens von Bewerbern ist Entscheidung im Sinne der Vorschrift
- **Ausnahme nach Art. 22 Abs. 2 lit. c) DSGVO:** Einwilligung d. Betroffenen
 - Art. 4 Nr. 11 DSGVO verlangt für Einwilligung aber freiwillige Entscheidung, die im Bewerbungsverfahren regelmäßig nicht gegeben ist
- **Ausnahme nach Art. 22 Abs. 2 lit. a) DSGVO:** Abschluss eines Vertrages
 - setzt aber voraus, dass Erforderlichkeit der automatisierten Datenverarbeitung besteht, die i.d.R. nicht gegeben sein wird

V. Einsatz von KI durch Private

Unionsrechtliche Beurteilung

- Art. 22 DSGVO steht Vorauswahl im Sinne eines endgültigen Aussortierens von Bewerbern allein durch KI ohne Eingreifen einer natürlichen Person i.d.R. entgegen
 - zudem: Art. 13 DSGVO: Recht des Bewerbers auf Information über bevorstehenden Einsatz von KI
 - Art. 15 DSGVO: Recht auf Auskunft des Betroffenen über bereits erfolgten Einsatz von KI
 - **Problem:** wenn keine vollständige Automatisierung, sondern lediglich Unterstützung einer menschlichen Entscheidung durch KI
- Art. 22 DSGVO nicht anwendbar, Zulässigkeit des Einsatzes von KI nach allgemeinen Grundsätzen, v.a. Art. 6 DSGVO

V. Einsatz von KI durch Private

2. Schufa-Kreditscoring

- Schufa-Score ist Gradmesser für das jeweilige Risiko eines Zahlungsausfalls von Kunden oder Verbrauchern
- Basisscore wird mit statistisch-mathematischen KI-Analyseverfahren berechnet
- je höher der persönliche Scorewert, desto besser das Rating und umso unwahrscheinlicher der Zahlungsausfall bei einem Kunden
- in Berechnung des Schufa-Scores fließen neben allgemeinen Daten zur Person auch Negativmerkmale beim Zahlungs- und Kreditverhalten ein (genaue Gewichtung aber unbekannt)
- **Problem auch hier: grunds. keine unmittelbare Grundrechtsbindung der Schufa AG (Schutzgemeinschaft für allgemeine Kreditsicherung), da jur. Person des Privatrechts**
- **Anwendbarkeit des AGG (-), da Anwendungsbereich nach § 2 AGG bei Kreditscoring nicht eröffnet**

V. Einsatz von KI durch Private

Verfassungsrechtliche Beurteilung

- mittelbare Drittwirkung der Grundrechte, insbesondere des Art. 3 Abs. 1 GG
- Übertragung der Grundsätze der Stadionverbot-Entscheidung des BVerfG, da Schufa-Score über Teilhabe am wirtschaftlichen und sozialen Leben entscheiden kann
- Schufa AG muss allgemeinen Gleichheitssatz beachten
- Diskriminierung durch Einsatz von KI unzulässig, insbesondere keine unmittelbare oder mittelbare Anknüpfung an die in Art. 3 Abs. 3 S. 1 GG genannten Merkmale, z.B. an das Geschlecht
- Anspruch auf Auskunft hinsichtlich Gewichtung der Merkmale und ggf. auf Korrektur des Scorewerts unmittelbar aus Art. 3 Abs. 1, 3 GG
- Frage bislang vom BVerfG nicht entschieden, BGH hat Nachvollziehbarkeit der Berechnungsgrundlagen ausreichen lassen (Score-Algorithmus als Geschäftsgeheimnis von Berufsfreiheit und Eigentumsfreiheit geschützt)

V. Einsatz von KI durch Private

Unionsrechtliche Beurteilung

- Art. 22 DSGVO steht vollständig automatisierter Entscheidung von KI über Kredit-Score entgegen
- zudem: Informations- und Auskunftsansprüche des Betroffenen nach Art. 13 ff. DSGVO
- Art. 22 DSGVO nicht anwendbar, wenn KI Entscheidung nur vorbereitet

VI. Ansätze für eine Regulierung von KI

- Schaffung von Instrumenten zur Kontrolle von KI, insbesondere zur Verhinderung von Diskriminierungen
- Ausweitung der Informations- und Auskunftsansprüche Betroffener
- Ausweitung des Anwendungsbereichs des AGG
- obligatorischer „Algorithmen-TÜV“ für KI staatlicher Stellen, z.B. durch Datenschutzbeauftragte oder unabhängige Prüfstelle
- „Algorithmen-TÜV“ für KI privater Stellen in Fällen besonderer Grundrechtsrelevanz
- Ausdehnung des Verbandsklagerechts auf Fälle KI-basierter Entscheidungen
- April 2021: Vorschlag der EU-Kommission für eine EU-Verordnung zur KI-Regulierung, die parallel zur DSGVO gelten soll

Problem: bislang kaum wirksame Instrumente zur Regulierung von KI, rechtliche Regulierung hinkt technischem Fortschritt weit hinterher

VII. Zu guter Letzt: Grundrechte für KI?

- **Ausgangsüberlegung:** Können KI-Systeme, die sich selbständig und autonom von ihrem Schöpfer weiterentwickeln, irgendwann selbst Grundrechtsträger sein?
 - ähnliche Konstellationen: juristische Personen des Privatrechts? Kinder im Verhältnis zu ihren Eltern?
 - Grundgesetz steht Anerkennung von KI-Systemen nicht grundsätzlich entgegen, manche Grundrechte auch auf jur. Personen des Privatrechts anwendbar, z.B. Berufsfreiheit, Eigentumsfreiheit
 - im Zivilrecht: Teilrechtsfähigkeit von KI in der Literatur teilweise bejaht
 - aber: selbst Teilrechtsfähigkeit führt nicht zwangsläufig dazu, dass KI Grundrechte zuerkannt werden müssten
 - zudem: gravierende ethische Bedenken, fehlende Vergleichbarkeit mit Menschen, v.a. wegen fehlendem Bewusstsein der KI
- Mensch und Maschine sollten nicht auf eine Stufe gestellt werden!

VIII. Fazit und Ausblick

- besondere Gefahren beim Einsatz von KI: Intransparenz und Diskriminierung
- Einsatz von KI in der Verwaltung v.a. bei automatisierten Verwaltungsentscheidungen und beim Predictive Policing problematisch
- Schutzlücken beim Einsatz von KI durch Private, v.a. im Hinblick auf Diskriminierungen
- Notwendigkeit des Ausbaus der Ansätze zur Regulierung von KI, insbesondere europäischer Rechtsrahmen nötig
- keine Grundrechtsträgerschaft von KI
- **KI wird in Zukunft viele einfache Tätigkeiten übernehmen, aber Mensch sollte sich davor hüten, allzu hohe Erwartungen an Qualität von KI-Entscheidungen zu haben und vor allem davor, KI auf eine Stufe mit Menschen zu stellen!**

Vielen Dank für Ihre Aufmerksamkeit!