



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössische Kommission für Frauenfragen EKF
Commission fédérale pour les questions féminines CFQF
Commissione federale per le questioni femminili CFQF

Eidgenössische Kommission gegen Rassismus EKR
Commission fédérale contre le racisme CFR
Commissione federale contro il razzismo CFR

Rechtsgutachten

Schutz vor algorithmischer Diskriminierung



Impressum

Titel

Schutz vor algorithmischer Diskriminierung unter besonderer Berücksichtigung der rassistischen Diskriminierung und der Geschlechterdiskriminierung

Herausgeberinnen

Eidgenössische Kommission für Frauenfragen EKF und
Eidgenössische Kommission gegen Rassismus EKR

Autorinnen und Autor

Prof. Dr. Nadja Braun Binder, MBA, Professorin für öffentliches Recht an der Universität Basel und Co-Leiterin der Forschungsstelle für Digitalisierung in Staat und Verwaltung e-PIAF

Prof. Dr. Florent Thouvenin, Professor für Informations- und Kommunikationsrecht an der Universität Zürich, Vorsitzender des Lenkungsausschusses des ITSL

Dr. Stephanie Volz, wissenschaftliche Geschäftsführerin des ITSL und Lehrbeauftragte an der Universität Zürich

MLaw Liliane Obrecht, wissenschaftliche Assistentin und Doktorandin an der Juristischen Fakultät der Universität Basel

Vertrieb der Onlinepublikation

Eidgenössische Kommission für Frauenfragen EKF
Schwarztorstrasse 51
3003 Bern
ekf@apg.admin.ch
www.frauenkommission.ch
058 462 92 75

Eidgenössische Kommission gegen Rassismus EKR
Inselgasse 1
3003 Bern
ekr-cfr@gs-edi.admin.ch
www.ekr.admin.ch
058 464 12 93

Druckausgabe

Die Studie kann kostenlos bestellt werden unter:
www.ekr.admin.ch > Publikationen > Studien

Dieses Gutachten wurde auf Basis eines Mandats der EKF und der EKR erstellt.

Bern, November 2025



**Universität
Basel**

Juristische
Fakultät



**Universität
Zürich** UZH



electronic Public Institutions and
Administrations Research Forum

**CENTER FOR
INFORMATION
TECHNOLOGY
SOCIETY AND
LAW — ITSLS**

Schutz vor algorithmischer Diskriminierung

unter besonderer Berücksichtigung der rassistischen Diskriminierung
und der Geschlechterdiskriminierung

im Auftrag der Eidgenössischen Kommission für Frauenfragen EKF und der
Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus EKR

Prof. Dr. Nadja Braun Binder

Prof. Dr. Florent Thouvenin

Dr. Stephanie Volz

MLaw Liliane Obrecht

Inhaltsverzeichnis

Inhaltsverzeichnis.....	I
Abkürzungsverzeichnis	III
1. Einleitung	1
2. Algorithmische Diskriminierung.....	2
2.1. Grundlagen	2
2.1.1. Klassische Algorithmen und KI-Algorithmen.....	2
2.1.2. Anwendungsbereiche.....	3
2.1.3. Irrelevanz des Automatisierungsgrads.....	3
2.2. Internationale Perspektive	4
2.2.1. Völkerrechtliche Vorgaben.....	4
2.2.2. KI-Konvention des Europarats	4
2.2.3. Exkurs: KI-Verordnung der EU	6
2.3. Diskriminierungsbegriff	7
2.3.1. Verfassungsrechtlicher Diskriminierungsbegriff.....	7
2.3.2. Intersektionaler Ansatz bzw. Mehrfachdiskriminierung	9
2.3.3. Geschlechterspezifische und rassistische Diskriminierung im Besonderen	10
2.4. Direkte und indirekte Diskriminierung bei KI-Algorithmen.....	11
3. Allgemeine Diskriminierungsverbote.....	12
3.1. Gleichstellungsgesetz (GlG).....	12
3.1.1. Verfassungsrechtlicher Ausgangspunkt	12
3.1.2. Relevante gesetzliche Bestimmungen	12
3.1.3. Anwendbarkeit auf algorithmische Systeme	14
3.2. Behindertengleichstellungsgesetz (BehiG).....	14
3.2.1. Verfassungsrechtlicher Ausgangspunkt	14
3.2.2. Relevante gesetzliche Bestimmungen	14
3.2.3. Anwendbarkeit auf algorithmische Systeme	15
3.3. Datenschutzgesetz (DSG).....	15
3.3.1. Relevante Bestimmungen.....	15
3.3.2. Exkurs: Bearbeitung von Personendaten zur Erkennung von Diskriminierung	18
3.3.3. Wirksamkeit	19
4. Besondere Bestimmungen im öffentlichen Recht	19
4.1. Verfahrensgarantien, insb. Begründungspflicht	19
4.2. Weitere Diskriminierungsverbote.....	20
4.3. Wirksamkeit der öffentlich-rechtlichen Bestimmungen.....	21
5. Diskriminierungsverbote im Privatrecht.....	22

5.1.	Zivilrechtlicher Persönlichkeitsschutz (Art. 28 ZGB).....	22
5.2.	Rechts-, Sitten- und Ordnungswidrigkeit (Art. 19/20 OR).....	23
5.3.	Verstoss gegen Treu und Glauben (Art. 2 ZGB).....	24
5.4.	Arbeitsrechtliche Vorschriften	24
5.5.	Weitere Normen	25
5.6.	Wirksamkeit der privatrechtlichen Bestimmungen	26
6.	Diskriminierungsverbot im Strafrecht (Art. 261 ^{bis} StGB)	26
7.	Zwischenfazit	27
8.	Mögliche Massnahmen.....	27
8.1.	Im Rahmen des geltenden Rechts.....	28
8.1.1.	Anwendung der bestehenden Normen.....	28
8.1.2.	Weitere Forschung.....	28
8.2.	Gesetzgeberische Massnahmen	29
8.2.1.	Im Wesentlichen teilautomatisierte Entscheidungen.....	29
8.2.2.	Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz	31
8.2.3.	Neuer Grundsatz der Datenbearbeitung.....	32
8.3.	Besondere Massnahmen im öffentlichen Recht	33
8.3.1.	Schaffung von öffentlichen Verzeichnissen	34
8.3.2.	Einschränkung auf die Verwendung von nachvollziehbaren Systemen.....	34
8.3.3.	Empfehlungen für Verwaltungsbehörden, die KI-Systeme einsetzen	35
8.3.4.	Verzicht auf vollautomatisierte Entscheidungen in sensiblen Bereichen.....	35
9.	Fazit	35
	Danksagungen	37
	Literaturverzeichnis.....	38
	Erlassverzeichnis	44
	Materialienverzeichnis	47

Abkürzungsverzeichnis

Abs.	Absatz
AJP	Aktuelle Juristische Praxis (Zürich)
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts (Tübingen)
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BezGer	Bezirksgericht
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts
BGer	Bundesgericht
BSK	Basler Kommentar
bspw.	beispielsweise
BVGer	Bundesverwaltungsgericht
bzw.	beziehungsweise
CB	Compliance Berater (Saarbrücken)
CMLR	Common Market Law Review (Alphen aan den Rijn, Niederlande)
digma	Zeitschrift für Datenrecht und Informationssicherheit (Zürich)
Diss.	Dissertation
DRdA	Das Recht der Arbeit (Wien)
DSB	Datenschutz-Berater (Frankfurt)
DSFA	Datenschutz-Folgenabschätzung
EDÖB	Eidgenössischer Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragter
EFTA	Europäische Freihandelsassoziation
et al.	et alii
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuZ	Zeitschrift für Europarecht (Zürich)

ex/ante	Zeitschrift der juristischen Nachwuchsforschung (Zürich)
f./ff.	und folgende (Seite/Seiten)
Frauenfragen	Fachzeitschrift der Eidgenössischen Kommission für Frauenfragen (Bern)
ggf.	gegebenenfalls
Hrsg.	Herausgeberin/Herausgeber/Herausgeberschaft
insb.	insbesondere
i. S. d.	im Sinne des
i. S. v.	im Sinne von
IT	Informationstechnologie
JAR	Jahrbuch des Schweizerischen Arbeitsrechts (Bern)
JPART	Journal of Public Administration Research and Theory (Oxford)
Jusletter	Jusletter (Bern)
KI/AI	Künstliche Intelligenz/Artificial Intelligence
lit.	litera
LS	Loseblattsammlung des Kantons Zürich
N	Randnote/Note
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (München)
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (München)
OFK	Orell Füssli Kommentar
PK	Praxiskommentar
Plädoyer	Magazin für Recht und Politik (Zürich)
QFLR	Quid? Fribourg Law Review (Freiburg)
RD	Recht Digital – Die Zeitschrift zur Digitalisierung in der Rechts- und Wirtschaftspraxis (München)
recht	Zeitschrift für juristische Weiterbildung und Praxis
RegGer	Regionalgericht
Richterzeitung	Justice – Justiz – Giustizia (Bern)
RSV	Recueil systématique de la législation vaudoise

Rz.	Randziffer
S.	Seite
SAR	Systematische Sammlung des Aargauischen Rechts
SG	Systematische Gesetzessammlung des Kantons Basel-Stadt
SGK	St. Galler Kommentar
SHK	Stämpflis Handkommentar
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung (Zürich)
sog.	sogenannt(e)
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts (Schweiz)/Sicherheit & Recht (Zürich)
sui generis	Die juristische Open-Access-Zeitschrift (Zürich)
SVVOR	Schweizerische Vereinigung für Verwaltungsorganisationsrecht (Bern)
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschafts- und Finanzmarktrecht (Zürich)
TA-SWISS	Die Stiftung für Technologiefolgen-Abschätzungen
Univ.	Universität
vgl.	vergleiche
WP	White Paper
z. B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht (Zürich)
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
zsis)	Zentrum für Schweizerisches und Internationales Steuerrecht (Zürich)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (Basel)
z. T.	zum Teil

1. Einleitung

Algorithmische Systeme finden in einer Vielzahl von Bereichen Anwendung, in staatlichen Institutionen ebenso wie bei privaten Akteurinnen und Akteuren. Sie werden bspw. in der Steuerverwaltung, im Bereich der Sozialversicherungen, im Bildungswesen, bei der Personalrekrutierung, im Finanzsektor oder auf digitalen Plattformen eingesetzt. Anwendungsfälle umfassen unter anderem das Erstellen von Prognosen, das Generieren von Empfehlungen und (teil-)automatisierte Entscheidungen.

Die Verwendung von algorithmischen Systemen eröffnet Chancen, ist aber auch mit Herausforderungen verbunden, unter anderem, weil solche Systeme Menschen diskriminieren können. In der Schweiz steht die Auseinandersetzung mit algorithmischer Diskriminierung noch am Anfang. Erste Studien, die auf mögliche diskriminierende Effekte algorithmischer Systeme hinweisen, stammen aus dem Jahr 2019.¹ Die Diskussion findet bislang vor allem in der Wissenschaft statt, eine breitere politische, juristische und gesellschaftliche Debatte sowie konkrete gesetzgeberische Aktivitäten stehen noch aus. Mit Blick auf die zunehmende Verwendung von algorithmischen Systemen und die internationalen Entwicklungen – insb. in der EU und im Europarat – gewinnt die Frage nach dem Schutz vor algorithmischer Diskriminierung auch in der Schweiz an Dringlichkeit.

Die Verwendung von Algorithmen, insb. KI-Algorithmen,² schafft eine besondere Gefahr für Diskriminierung, weil in der Regel nicht erkennbar ist, auf welche Merkmale KI-Systeme abstellen. Zudem werden KI-Systeme oft von einer Vielzahl von Behörden oder Unternehmen verwendet, bspw. um Bewerbungen zu analysieren. Wenn diese Systeme diskriminieren, sind deshalb regelmässig viele Menschen betroffen. Zugleich hat die Verwendung von KI-Systemen grosses Potenzial, um Diskriminierung aufzudecken oder einzudämmen. So lässt sich mithilfe synthetischer Daten – etwa künstlich erstellter Bewerbungsunterlagen – überprüfen, ob ein System diskriminierende Entscheidungen trifft, bspw. in einem Personalrekrutierungsprozess ausschliesslich Männer für eine bestimmte Stelle empfiehlt. Wenn es gelingt, KI-Systeme so zu entwickeln, dass sie nicht diskriminieren, hat dies wegen der Skalierung einen grossen gesellschaftlichen Effekt. Mit Blick auf die besondere Gefahr von Diskriminierung durch algorithmische Systeme und deren Potenzial zur Eindämmung von Diskriminierung erscheint es besonders wichtig, klare rechtliche Vorgaben zu schaffen, die sicherstellen, dass die Risiken minimiert und das Potenzial dieser Systeme möglichst umfassend genutzt werden.

Das Gutachten analysiert den bestehenden rechtlichen Rahmen in der Schweiz zum Schutz vor algorithmischer Diskriminierung – insb. vor rassistischer und geschlechtsspezifischer Diskriminierung – und prüft, ob dieser den spezifischen Herausforderungen beim Einsatz algorithmischer Systeme gerecht werden kann. Ein zentrales Anliegen der Untersuchung besteht darin, allfälligen Rechtssetzungs- bzw. Handlungsbedarf zu identifizieren und konkrete Massnahmen zur Verbesserung des Schutzes vor algorithmischer Diskriminierung aufzuzeigen.

¹ Siehe WILDHABER/LOHMANN/KASPER, S. 459 ff.

² Zu diesen Begriffen siehe hinten Ziff. 2.1.1.

2. Algorithmische Diskriminierung

2.1. Grundlagen

2.1.1. Klassische Algorithmen und KI-Algorithmen

«Klassische» Algorithmen werden von Menschen entwickelt und bestehen aus einer Folge klar definierter Regeln und Schritte. Da sie bei identischen Eingaben immer dieselben Ausgaben liefern, ist ihr Verhalten deterministisch und ihre Funktionsweise ist in der Regel vollständig nachvollziehbar. Solche «klassischen» Algorithmen werden oft als regelbasierte oder deterministische Algorithmen bezeichnet.

KI-Algorithmen basieren meist auf maschinellen Lernverfahren (*Machine Learning*). Sie folgen nicht festen, von Menschen vorgegebenen Regeln, sondern lernen aus grossen Mengen von Daten (sog. Trainingsdaten). Dabei identifizieren sie selbstständig statistische Muster und Zusammenhänge in den Daten, ohne dass diese explizit vorgegeben wurden. Nach dem Training können KI-Algorithmen auf neue, bisher unbekannte Daten (Input) angewendet werden, um Entscheidungen oder Vorhersagen (Output) zu treffen. Die Funktionsweise solcher Algorithmen beruht in der Regel auf komplexen mathematischen Modellen, die Eingabedaten in mehreren Schritten verarbeiten und gewichten. Diese Algorithmen sind zwar oft sehr leistungsfähig, ihr Verhalten ist für Menschen aber häufig schwer oder gar nicht nachvollziehbar (sog. *Black-Box-Problematik*).³

Schon früh wurde erkannt, dass KI-Algorithmen bestimmte Personengruppen systematisch diskriminieren können, etwa aufgrund von Geschlecht, ethnischer Herkunft oder sexueller Orientierung. Die Ursachen für benachteiligende Outputs sind vielfältig.⁴ Oft liegen sie in den Trainingsdaten, die bestehende gesellschaftliche Muster oder Benachteiligungen widerspiegeln und ungewollt reproduzieren können (*Historical Bias*).⁵ Ein solcher *Bias* kann etwa bei der Bilderkennung auftreten, bspw. wenn Frauen auf Bildern in einer Küchenumgebung durch KI-Systeme als «Hausfrau» klassifiziert werden, während Männer in ähnlichen Szenarien eher mit den Begriffen «Koch» oder «Chef» beschrieben werden.⁶ Möglich ist auch, dass sich ein historischer *Bias* bei KI-basierten Übersetzungen zeigt. So wird der englische Begriff *Nurse* häufig mit «Krankenschwester» übersetzt, selbst wenn das Geschlecht im Ausgangstext nicht angegeben ist.⁷ Dies spiegelt gesellschaftliche Rollenbilder aus der Vergangenheit, die in den Trainingsdaten solcher Systeme repräsentiert sind. Benachteiligungen können aber auch entstehen, wenn bestimmte Gruppen in den Trainingsdaten unterrepräsentiert sind (*Representation Bias*).⁸ Werden automatisierte Bewerbungsbewertungssysteme mit Bewerbungsunterlagen der letzten Jahrzehnte trainiert, um erfolgreiche von weniger erfolgreichen Bewerbungen zu unterscheiden, kann es sein, dass solche Systeme die Bewerbungen von Frauen systematisch schlechter bewerten als jene von Männern, weil in

³ Siehe dazu MARTINI, Blackbox, S. 28 ff.; ORWAT, S. 97.

⁴ Siehe dazu eingehend BRAUN BINDER et al., Studie KI, S. 40 ff.; THOUVENIN/VOLZ/HEITZ/WEINER, Rz. 73 ff.

⁵ Zum Ganzen BRAUN BINDER et al., Studie KI, S. 40; THOUVENIN/VOLZ/HEITZ/WEINER, Rz. 78.

⁶ Siehe dazu TOM SIMONITE, Machines Taught by Photos Learn a Sexist View of Women, Wired vom 21. August 2017 (https://www.wired.com/story/machines-taught-by-photos-learn-a-sexist-view-of-women/?utm_source=chat_gpt.com).

⁷ STANOVSKY/SMITH/ZETTLEMOYER, S. 1679 ff.; siehe ähnlich THOUVENIN/VOLZ/WEINER/HEITZ, Rz. 78.

⁸ Zum Ganzen BRAUN BINDER et al., Studie KI, S. 40 f.; THOUVENIN/VOLZ/HEITZ/WEINER, Rz. 79.

der Vergangenheit mehrheitlich Männer eingestellt wurden.⁹ In diesen Fällen fehlt bisweilen eine ausreichende Datenbasis, um faire und verlässliche Entscheidungen für alle Bevölkerungsgruppen zu treffen. Daraus können sich verzerrte Vorhersagen oder Entscheidungen ergeben, die bestehende Diskriminierungen verstärken oder neue Benachteiligungen schaffen können.

Algorithmische Diskriminierung kann aber nicht nur durch verzerrte Trainingsdaten entstehen, sondern auch in der Konzeption der KI-Modelle und in der Auswahl relevanter Merkmale angelegt sein. So kann etwa die Entscheidung, bestimmte Kriterien als prognoserelevant zu werten, eine Ungleichbehandlung begründen, unabhängig davon, ob die zugrunde liegenden Daten neutral erscheinen. Ein Beispiel hierfür ist ein Kreditbewertungsalgorithmus, der unter anderem auf den Wohnort abstellt. Obwohl die Daten keine offensichtliche Voreingenommenheit zeigen, können Menschen mit bestimmten Wohnorten systematisch benachteiligt werden. Diese Benachteiligung entsteht durch die Anknüpfung an das eigentlich neutrale Merkmal Wohnort.

Obwohl auch regelbasierte Algorithmen zu diskriminierenden Ergebnissen führen können, konzentrieren sich die folgenden Ausführungen auf mögliche Diskriminierungen durch KI-Systeme. Diese werfen mit Blick auf den Schutz vor algorithmischer Diskriminierung besondere Fragen auf.

2.1.2. Anwendungsbereiche

KI ist eine Querschnittstechnologie, die in vielen Bereichen eingesetzt werden kann. Im Zentrum der öffentlichen Aufmerksamkeit stehen derzeit sog. generative KI-Systeme, die in kürzester Zeit Texte, Bilder oder Musik erstellen können.¹⁰ Darüber hinaus werden KI-Algorithmen auch in anderen, teilweise sehr sensiblen Bereichen eingesetzt, bspw. bei der automatisierten Auswertung von Bewerbungen¹¹, in der Steuerveranlagung¹² oder bei der biometrischen¹³ oder medizinischen Bilderkennung¹⁴.

Je nach Einsatzkontext stellen sich unterschiedliche rechtliche Fragen. Die Risiken und Herausforderungen variieren je nach Funktion, Datenbasis und Anwendungsbereich des KI-Systems erheblich. Eine umfassende Analyse aller denkbaren Anwendungsformen und ihres Diskriminierungspotenzials würde den Rahmen dieses Gutachtens sprengen. Der Fokus liegt deshalb auf grundlegenden Aspekten, die sich durch rechtliche Massnahmen mit Querschnittcharakter lösen. Dazu gehören Fragen, die sich in verschiedenen Bereichen ähnlich stellen und für die allgemeine Regelungen eine Lösung bieten können. Darüber hinaus können auch sektorspezifische Regelungen sinnvoll sein. Diese werden hier jedoch nicht untersucht.

2.1.3. Irrelevanz des Automatisierungsgrads

Algorithmische Diskriminierungen können nicht nur auftreten, wenn KI-Systeme Entscheidungen ohne menschliches Zutun fällen (sog. vollautomatisierte Systeme bzw. vollautomatisierte Entscheidungen),¹⁵

⁹ Siehe zum Ganzen AlgorithmWatch Schweiz, Automatisch aussortiert? Wenn KI-Systeme in Bewerbungsprozessen diskriminieren, 9. Oktober 2025, insb. mit Bezug auf eine Bewerbungssoftware von Amazon (<https://algorithmwatch.ch/de/diskriminierung-durch-ki-in-der-personalauswahl/>).

¹⁰ Z. B. Open AIs ChatGPT, Googles Gemini oder Perplexity AI.

¹¹ Siehe dazu DZIDA/GROH, S. 1917 ff.; TINHOFFER, S. 174 f.

¹² BRAUN BINDER/OBRECHT, Steuererklärungen, Rz. 7 ff.

¹³ BRAUN BINDER/KUNZ/OBRECHT, S. 53 ff.; SIMMLER/CANOVA, S. 107 ff.

¹⁴ BATACHE, Rz. 87 ff.

¹⁵ Zu den verschiedenen Automatisierungsgraden GORDON/LUTZ, S. 55; WEDER, S. 241 f.

sondern auch bei Entscheidungen, die in einem Zusammenwirken von Mensch und Maschine entstehen (sog. teilautomatisierte Systeme oder teilautomatisierte Entscheidungen). Teilautomatisierte Systeme dienen der Entscheidungsunterstützung oder -überprüfung,¹⁶ so etwa wenn sog. Scoring-Modelle verwendet werden, um die Kreditwürdigkeit von Antragstellenden zu bewerten.¹⁷ Die abschliessende Entscheidung liegt hier zwar formal beim Menschen, der Vorschlag eines algorithmischen Systems kann aber faktisch erheblichen Einfluss auf das Ergebnis haben. Problematisch ist dies insb., wenn keine kritische Überprüfung des algorithmischen Vorschlags stattfindet oder die entscheidende Person algorithmischen Empfehlungen übermässig vertraut (*Automation Bias*)¹⁸.

2.2. Internationale Perspektive

Der Diskriminierungsschutz in der Schweiz stützt sich auf nationale Rechtsgrundlagen und internationale Verpflichtungen. Im Folgenden werden Elemente dieses Schutzes dargestellt, die für algorithmische Systeme relevant sein können.

2.2.1. Völkerrechtliche Vorgaben

In der Schweiz bilden Völkerrecht und nationales Recht eine einheitliche Rechtsordnung (Monismus). Das Völkerrecht ist damit für die Schweiz massgeblich. Unterschieden werden Bestimmungen, die aufgrund ihrer konkreten Ausgestaltung direkt anwendbar (*self-executing*) sind, und Bestimmungen, die nicht direkt anwendbar (*non self-executing*) sind.¹⁹

Namentlich die EMRK und der UNO-Pakt II enthalten direkt anwendbare Bestimmungen, die auf einen Diskriminierungsschutz abzielen. Beide Völkerrechtsverträge sehen ein explizites Diskriminierungsverbot vor, das jeweils (nicht abschliessend) verschiedene Merkmale auflistet, aufgrund derer Menschen nicht diskriminiert werden dürfen (z. B. Geschlecht oder Sprache). Insb. Art. 26 UNO-Pakt II verdeutlicht, dass die Rechtsgleichheit neben den rechtsanwendenden Behörden auch den Gesetzgeber adressiert. Weiter ist die Schweiz Mitglied des CERD und des CEDAW. Ob sich daraus unmittelbar Rechtsansprüche ableiten lassen, ist grösstenteils unklar und muss im Einzelfall beurteilt werden.²⁰

Gemäss dem Grundsatz der völkerrechtskonformen Auslegung²¹ sind die Übereinkommen im Zuge der Auslegung des nationalen Rechts zu berücksichtigen. Es ist jedoch anzumerken, dass weder die EMRK noch der UNO-Pakt II, das CERD oder das CEDAW konkrete Bestimmungen zum Schutz vor algorithmischer Diskriminierung enthalten.

2.2.2. KI-Konvention des Europarats

Die Rahmenkonvention über künstliche Intelligenz, Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit (im Folgenden KI-Konvention) des Europarates ist das weltweit erste völkerrechtlich verbindliche Instrument zur Regulierung von KI. Ziel der Konvention ist es, die Entwicklung und den Einsatz von

¹⁶ DZIDA/GROH, S. 1917 ff.; TINHOFFER, S. 174 f.

¹⁷ ŠKORJANC, S. 70 ff.

¹⁸ Zum Automation Bias siehe ALON-BARKAT/BUSUIOC, S. 155; RUSCHEMEIER, Automation Bias, S. 2.

¹⁹ Siehe dazu RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 3612 ff.

²⁰ Der Bundesrat ging in der Botschaft zum CEDAW davon aus, dass die Bestimmungen des Übereinkommens (mit gewissen Ausnahmen) nicht direkt anwendbar seien (Botschaft CEDAW 1995, S. 923 ff.). In der Literatur wird das Übereinkommen dagegen z. T. für unmittelbar anwendbar gehalten (siehe dazu FANKHAUSER-FEITKNECHT, S. 25; KÄGI-DIENER, Bedeutung, S. 44 f.; betreffend Art. 4 CEDAW KÄGI-DIENER, Impulse, S. 1462 f.).

²¹ Siehe dazu statt vieler RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 562 ff.

KI-Systemen mit den fundamentalen Werten des Europarates²² – insb. dem Schutz der Menschenrechte, der demokratischen Teilhabe sowie rechtsstaatlicher Prinzipien – in Einklang zu bringen.²³ KI-Systeme sind nach der Legaldefinition der KI-Konvention maschinengestützte Systeme, die für explizite oder implizite Zwecke aus den empfangenen Eingaben ableiten, wie sie Ausgaben – etwa Vorhersagen, Inhalte, Empfehlungen oder Entscheidungen – generieren, welche die physische oder virtuelle Umgebung beeinflussen können. KI-Systeme unterscheiden sich nach dem Grad an Autonomie und Anpassungsfähigkeit und nach ihrem Einsatz.²⁴ Die KI-Konvention verpflichtet die Vertragsstaaten unter anderem zur Einführung angemessener gesetzlicher, administrativer und anderer Massnahmen, um Risiken durch KI-Systeme für Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit zu minimieren und gleichzeitig das Potenzial dieser Technologie verantwortungsvoll zu nutzen.²⁵

Die KI-Konvention gilt primär für öffentliche Stellen, aber auch für private Akteurinnen und Akteure, die im Auftrag der öffentlichen Hand agieren (z. B. externe Dienstleister für Verwaltungs-IT oder KI-Systeme im Bereich der Strafverfolgung).²⁶ Darüber hinaus verpflichtet die Konvention die Vertragsstaaten, auch Risiken und Auswirkungen durch private KI-Anwendungen zu adressieren.²⁷ Dabei müssen die Staaten diese Risiken im Einklang mit dem Ziel und dem Zweck der Konvention (Menschenrechte, Demokratie, Rechtsstaatlichkeit) behandeln. Bei der konkreten Umsetzung besteht viel Spielraum.

Die KI-Konvention wurde im Mai 2024 verabschiedet. Im Februar 2025 gab der Bundesrat bekannt, die KI-Konvention ratifizieren zu wollen²⁸ und am 27. März 2025 hat er sie unterzeichnet.²⁹

a. Antidiskriminierung beim Einsatz von KI

Gemäss Art. 10 KI-Konvention muss jeder Vertragsstaat Massnahmen treffen oder wahren, um sicherzustellen, dass Tätigkeiten innerhalb des Lebenszyklus' von KI-Systemen die Gleichheit – einschliesslich der Gleichstellung der Geschlechter – sowie Diskriminierungsverbote gemäss dem anwendbaren internationalen und innerstaatlichen Recht achten.³⁰ Ausserdem muss jeder Vertragsstaat Massnahmen ergreifen oder aufrechterhalten, die darauf abzielen, bestehende Ungleichheiten zu überwinden, um faire, gerechte und ausgewogene Ergebnisse im Einklang mit seinen einschlägigen menschenrechtlichen Verpflichtungen auf nationaler und internationaler Ebene im Zusammenhang mit Tätigkeiten innerhalb des Lebenszyklus' von KI-Systemen zu gewährleisten.³¹ Gemäss den Erläuterungen zur KI-Konvention können diese Massnahmen rechtsetzender oder technischer Natur sein; es kann sich um Massnahmen im Bereich der Governance oder andere Ansätze handeln.³²

²² Siehe dazu Europarat, Portal: Menschenrechte – Demokratie – Rechtsstaatlichkeit (<https://www.coe.int/de/web/portal>).

²³ Art. 1 Abs. 1 KI-Konvention.

²⁴ Art. 2 KI-Konvention.

²⁵ Siehe dazu Europarat, The Framework Convention on Artificial Intelligence (<https://www.coe.int/en/web/artificial-intelligence/the-framework-convention-on-artificial-intelligence>).

²⁶ Art. 3 Abs. 1 lit. a KI-Konvention.

²⁷ Art. 3 Abs. 1 lit. b KI-Konvention.

²⁸ Siehe dazu die Medienmitteilung «KI-Regulierung: Bundesrat will Konvention des Europarats ratifizieren» vom 12. Februar 2025 (<https://www.news.admin.ch/de/nsb?id=104110>) sowie die Auslegeordnung KI 2025, S. 22 ff.

²⁹ Siehe dazu die Medienmitteilung «Schweiz unterzeichnet Europaratskonvention zu KI» vom 26. März 2025 (<https://www.news.admin.ch/de/nsb?id=104646>).

³⁰ Art. 10 Abs. 1 KI-Konvention.

³¹ Art. 10 Abs. 2 KI-Konvention.

³² Erläuterungen KI-Konvention 2024, Rz. 75.

b. Bedeutung für die Schweiz

Die Ratifizierung von Konventionen des Europarates bedeutet im Allgemeinen, dass die Schweiz völkerrechtlich verbindlich anerkennt, die in der Konvention festgelegten Verpflichtungen umzusetzen. Die Schweiz verpflichtet sich mit einer Ratifizierung dazu, die Normen der Konvention einzuhalten und die innerstaatliche Rechtsordnung so anzupassen, dass sie mit der Konvention übereinstimmt. Dies kann durch die Schaffung neuer Gesetze, die Anpassung bestehender Regelungen oder administrative Massnahmen erfolgen.

Der Bundesrat hat sich im Februar 2025 für eine «minimale» Umsetzung der KI-Konvention ausgesprochen.³³ Das heisst, dass die Verpflichtungen für den Staat umfassender sein werden als für Private. Ausserdem sollen nur absolut notwendige und möglichst sektorbezogene Anpassungen an Gesetzen erfolgen. Lediglich in zentralen, grundrechtsrelevanten Bereichen (z. B. Datenschutz) soll es eine allgemeine, sektorübergreifende Regulierung geben.

Die Schweiz muss ihre Rechtsordnung demnach so ausgestalten, dass das in Art. 10 KI-Konvention vorgesehene Verbot algorithmischer Diskriminierung zum Tragen kommt. Die Umsetzung beschränkt sich jedoch auf Verpflichtungen, die bereits im nationalen Recht bestehen. Aus der KI-Konvention ergeben sich keine Vorgaben für den Ausbau des Schutzes gegen Diskriminierung.

2.2.3. Exkurs: KI-Verordnung der EU

Die EU hat mit der Verordnung zur Regulierung der künstlichen Intelligenz (KI-VO) ein umfassendes Instrument zur Regulierung von KI erlassen. Die KI-VO ist für die Schweiz zwar nicht verbindlich, aber dennoch von grosser Bedeutung für Unternehmen, die KI-Systeme auf dem europäischen Markt anbieten und daher diese Bestimmungen einhalten müssen.

Die KI-VO versucht, der Gefahr algorithmischer Diskriminierung auf unterschiedlichen Ebenen zu begegnen. Die Verordnung unterscheidet verschiedene Risikostufen. KI-Systeme mit hohem Risiko müssen besonderen Anforderungen zur Verhinderung von Diskriminierung genügen.³⁴ Namentlich muss für den Betrieb von Hochrisiko-KI-Systemen ein Risikomanagementsystem eingerichtet werden.³⁵ Ähnlich wie bei der Datenschutz-Folgenabschätzung (DSFA) des DSG müssen auch hier Risiken identifiziert, analysiert und bewertet werden.³⁶ Gestützt auf die identifizierten Risiken sind entsprechende Massnahmen zu treffen, um diese Risiken zu minimieren und den Eintritt von Schäden oder anderen Nachteilen zu verhindern.³⁷ Im Unterschied zur DSFA, die vor der Durchführung der Datenbearbeitung stattfindet, handelt es sich beim Risikomanagement der KI-VO um einen Prozess, der den ganzen Lebenszyklus des KI-Systems umfasst und auch nach dem Inverkehrbringen bzw. während der Nutzung des Systems fortgeführt wird.³⁸

³³ Siehe dazu die Medienmitteilung des Bundesrates vom 12. Februar 2025 (<https://www.news.admin.ch/de/nsb?id=104110>).

³⁴ Zur Einstufung eines *Hochrisiko-KI-Systems* siehe Art. 6 KI-VO; vertieft dazu KI-VO-RUSCHEMEIER, Art. 6 N 1 ff.; MARTINI, Hochrisiko-KI-Systeme, § 4 N 14 ff., 40 ff.

³⁵ Art. 9 KI-VO; siehe dazu KI-VO-BRAUN BINDER/EGLI, Art. 9 N 2, 15 ff.; SPINDLER, § 5 N 5 ff.

³⁶ Art. 9 Abs. 2 lit. a und b KI-VO; siehe dazu KI-VO-BRAUN BINDER/EGLI, Art. 9 N 20, 22 ff.; SPINDLER, § 5 N 7.

³⁷ Art. 9 Abs. 2 lit. d KI-VO; siehe dazu KI-VO-BRAUN BINDER/EGLI, Art. 9 N 2 f., 28 f.; SPINDLER, § 5 N 9 ff. Siehe zur konkreten Ausgestaltung der Massnahmen Art. 9 Abs. 5 KI-VO und dazu KI-VO-BRAUN BINDER/EGLI, Art. 9 N 33 ff.

³⁸ KI-VO-BRAUN BINDER/EGLI, Art. 9 N 18 f.

Datenbasierte algorithmische Systeme müssen auf grossen Datensätzen trainiert, validiert und getestet werden.³⁹ Diese Datensätze können Mängel aufweisen, die zu einer Diskriminierung führen können.⁴⁰ Um dies zu verhindern, regelt Art. 10 KI-VO die sog. Daten-Governance.⁴¹ Diese besteht u.a. aus einer Untersuchung der Datensätze im Hinblick auf Verzerrungen (*Bias*), die zu Diskriminierung (i. S. d. Unionsrechts) führen können.⁴²

Die KI-VO begegnet der Problematik der fehlenden Nachvollziehbarkeit algorithmischer Systeme mit Vorgaben zur Transparenz.⁴³ Für Hochrisiko-KI-Systeme gelten Aufzeichnungspflichten (vgl. Art. 12 KI-VO), Vorgaben zur Interpretierbarkeit und Informationsbereitstellung (vgl. Art. 13 KI-VO), die Pflicht zur Gewährung menschlicher Aufsicht (vgl. Art. 14 KI-VO) sowie eine Genauigkeitsanforderung (Art. 15 KI-VO), die so interpretiert werden kann, dass sie diskriminierenden KI-Outputs entgegensteht.⁴⁴

2.3. Diskriminierungsbegriff

2.3.1. Verfassungsrechtlicher Diskriminierungsbegriff

Die BV sieht in Art. 8 Abs. 2 ein allgemeines Diskriminierungsverbot vor und nennt eine Reihe von Merkmalen, aufgrund derer niemand diskriminiert werden darf (z. B. Geschlecht, Herkunft, «Rasse»⁴⁵, Alter, Sprache oder soziale Stellung).⁴⁶ Die Aufzählung der Merkmale ist beispielhaft und nicht abschliessend.⁴⁷ Die Diskriminierungsverbote der kantonalen Verfassungen⁴⁸ haben gegenüber Art. 8 Abs. 2 BV nur eine eigenständige Bedeutung, wenn sie einen weitergehenden Schutz bieten.

Das Diskriminierungsverbot bildet den Kerngehalt des Grundrechts der Rechtsgleichheit.⁴⁹ Das verfassungsrechtlich gewährleistete Rechtsgleichheitsgebot (Art. 8 Abs. 1 BV) gebietet, «Gleiches nach Massgabe seiner Gleichheit gleich und Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich» zu behandeln.⁵⁰ Garantiert wird nicht eine formale Gleichheit mit einer konsequenten Gleichstellung der Individuen, sondern eine materielle Gleichheit, welche die konkreten Umstände und Bedürfnisse der Individuen beachtet.⁵¹ Die allgemeine Rechtsgleichheit verbietet somit eine unterschiedliche Behandlung von Personen nicht absolut.⁵² In diesem Sinne weist das allgemeine Rechtsgleichheitsgebot zwei Seiten auf: ein Gleichheitsgebot und ein Differenzierungsgebot.⁵³

³⁹ KI-VO-BRAUN BINDER/EGLI, Art. 10 N 1, 10 ff.

⁴⁰ KI-VO-BRAUN BINDER/EGLI, Art. 10 N 15.

⁴¹ KI-VO-BRAUN BINDER/EGLI, Art. 10 N 15; SPINDLER, § 5 N 21 ff.; LEGNER, S. 428.

⁴² Art. 10 Abs. 2 lit. f KI-VO; siehe dazu SPINDLER, § 5 N 25; KI-VO-BRAUN BINDER/EGLI, Art. 10 N 25 ff.

⁴³ Zur Transparenz-Problematik beim Einsatz algorithmischer Systeme siehe KUMKAR, § 6 N 3.

⁴⁴ KUMKAR, § 6 N 12 ff.; LEGNER, S. 429.

⁴⁵ Der Begriff der «Rasse» wird im vorliegenden Gutachten nur als Zitat aus der BV genannt. «Rasse» ist ein vermeintliches, auf biologischen und verhaltensbezogenen Zuschreibungen beruhendes Konstrukt, das wissenschaftlich nicht fundiert ist (siehe zur problembehafteten Terminologie MAHON/GRAF/STEFFANINI, Rz. 4 ff.).

⁴⁶ BGE 129 I 217 E. 2.1; 126 II 377 E. 6a; BSK BV-WALDMANN, Art. 8 N 61; RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 1913 f.; eingehend DIGGELMANN et al., S. 212 ff.

⁴⁷ KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, Rz. 1822.

⁴⁸ Z. B. Art. 11 Abs. 2 KV-ZH; § 8 Abs. 2 KV-BS; Art. 10 Abs. 2 KV-VD.

⁴⁹ BSK BV-WALDMANN, Art. 8 N 13.

⁵⁰ In ständiger Rechtsprechung BGE 146 II 56 E. 9.1; 138 I 321 E. 3.2; 123 I 1 E. 9; 125 I 173 E. 6.

⁵¹ SGK BV-SCHWEIZER/FANKHAUSER, Art. 8 N 7.

⁵² KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, Rz. 1746.

⁵³ KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, Rz. 1740 ff.

Das Rechtsgleichheitsgebot dient sowohl dem Individualrechtsschutz als auch der Sicherung der Rechtsstaatlichkeit.⁵⁴ Geschützt werden alle natürlichen und juristischen Personen.⁵⁵ Das allgemeine Gleichheitsgebot findet sich an unterschiedlichen Stellen in der Rechtsordnung sowie auf allen föderalen Ebenen wieder. Wie beim Diskriminierungsverbot kommt auch den Gleichheitssätzen der kantonalen Verfassungen⁵⁶ im Verhältnis zur BV nur dann eine eigenständige Bedeutung zu, wenn sie einen weitergehenden Schutz bieten.⁵⁷

Der Anwendungsbereich des Diskriminierungsverbots ist enger gefasst als derjenige des Rechtsgleichheitsgebots. Nur natürliche Personen können sich auf den Schutz von Art. 8 Abs. 2 BV berufen.⁵⁸ Unter besonderen Umständen ist aber denkbar, dass einer juristischen Person, die einen ideellen Zweck, z. B. einen religiösen oder politischen Zweck, verfolgt, die Grundrechtsträgerschaft im Zusammenhang mit ihrer Zweckverfolgung eingeräumt wird.⁵⁹

a. Direkte Diskriminierung

Das Bundesgericht bezeichnet in seiner Rechtsprechung zu Art. 8 Abs. 2 BV die direkte (auch unmittelbare) Diskriminierung als «eine qualifizierte Art von Ungleichbehandlung von Personen in vergleichbaren Situationen», welche eine Benachteiligung eines Menschen zum Ziel oder zur Folge hat, «die als Herabwürdigung oder Ausgrenzung einzustufen ist, weil sie an ein Unterscheidungsmerkmal anknüpft, das einen wesentlichen, nicht oder nur schwer aufgebaren Bestandteil der Identität der betreffenden Person ausmacht».⁶⁰ Die Ungleichbehandlung erfolgt aufgrund der Zugehörigkeit zu einer bestimmten Gruppe, die historisch oder in der gegenwärtigen sozialen Wirklichkeit tendenziell ausgegrenzt oder als minderwertig angesehen wird.⁶¹ Wesentliches Merkmal der Diskriminierung ist die Kausalität zwischen dem geschützten Merkmal und der Benachteiligung.⁶²

Das Diskriminierungsverbot ist nicht mit einem absoluten Anknüpfungsverbot gleichzusetzen.⁶³ Keine Diskriminierung liegt vor, wenn eine qualifizierte Rechtfertigung für die Ungleichbehandlung vorliegt, wenn die Ungleichbehandlung also durch qualifizierte Gründe gerechtfertigt werden kann. Dies ist der Fall, wenn sie einen legitimen Zweck verfolgt und in Bezug auf das angestrebte Ziel geeignet, erforderlich und für die ungleich behandelten Personen zumutbar ist.⁶⁴

b. Indirekte Diskriminierung

Eine Diskriminierung kann auch indirekt erfolgen.⁶⁵ Eine indirekte (auch mittelbare) Diskriminierung liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts vor, «wenn eine Regelung, die keine offensichtliche

⁵⁴ KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, Rz. 1736 ff.

⁵⁵ BGE 142 I 195 E. 6.1; 93 I 1 E. 1; statt vieler SGK BV-SCHWEIZER/FANKHAUSER, Art. 8 N 17.

⁵⁶ Z. B. § 8 Abs. 1 KV-BS; Art. 10 Abs. 1 KV-VD.

⁵⁷ Dies ist bspw. bei Art. 14 Abs. 2 KV-ZH der Fall, wo ein gleichberechtigter Zugang zu Bildungseinrichtungen vorgesehen wird.

⁵⁸ BGE 139 I 242 E. 5.3; statt vieler KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, Rz. 1813 ff.

⁵⁹ KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, Rz. 1813 ff.; SGK BV-SCHWEIZER/FANKHAUSER, Art. 8 N 19.

⁶⁰ BGE 138 I 217 E. 3.3.3; 132 I 49 E. 8.1; 131 V 9 E. 3.4.3; 130 I 352 E. 6.1.2; 129 III 276 E. 3.1; 129 I 217 E. 2.1 (betreffend persönlichkeitsverletzende Ungleichbehandlung von Arbeitnehmenden); siehe ferner BGE 126 II 377 E. 6a; BVGer C-8867/2010 vom 6.11.2013 E. 6.2.1. Siehe auch BGE 147 I 89, E. 2.1; BGE 143 I 129, E. 2.3.1.

⁶¹ BGE 139 I 292 E. 8.2.1; erstmals BGE 126 II 377. Für Beispiele siehe DIGGELMANN et al., S. 222.

⁶² BELSER/WALDMANN, S. 293 f.; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, Rz. 1853.

⁶³ SGK BV-SCHWEIZER/FANKHAUSER, Art. 8 N 48; BSK BV-WALDMANN, Art. 8 N 62.

⁶⁴ BGE 138 I 265 E. 4.2.1; 126 V 70 E. 4c; BV Komm-BIAGGINI, Art. 8 N 22; BSK BV-WALDMANN, Art. 8 N 8.

⁶⁵ BELSER/WALDMANN, S. 293 f.; KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, Rz. 1859 ff.; siehe auch ARIOLI, S. 1328 ff.

Benachteiligung von spezifisch gegen Diskriminierung geschützten Personen oder Gruppen enthält, in ihren tatsächlichen Auswirkungen [trotzdem] einzelne besonders stark benachteiligt, ohne dass dies sachlich begründet und verhältnismässig wäre»⁶⁶. Die Ungleichbehandlung muss eine «erhebliche» bzw. «signifikante» Bedeutung haben, weil das indirekte Diskriminierungsverbot nur gegenüber offenkundig negativen Auswirkungen Abhilfe schaffen will.⁶⁷

Indirekte Diskriminierung wird aus einer ergebnisorientierten Perspektive betrachtet und beruht auf der Analyse eines Kollektivs. Im Unterschied zur direkten Diskriminierung besteht kein unmittelbarer ursächlicher Zusammenhang zwischen einem geschützten Merkmal und einer Benachteiligung. Eine Benachteiligung kann daher auch dann vorliegen, wenn eine betroffene Einzelperson das betreffende Merkmal nicht aufweist – entscheidend ist, dass Personen mit diesem Merkmal insgesamt überproportional betroffen sind.⁶⁸ Während das Verbot der direkten Diskriminierung auf den Schutz einzelner Personen zielt, geht es bei der indirekten Diskriminierung um scheinbar neutrale Regelungen, die bestimmte Gruppen strukturell benachteiligen.

Zu beachten ist, dass der Begriff der indirekten Diskriminierung in anderen Rechtsordnungen und im nicht-rechtlichen Diskurs teilweise anders (und weiter) verstanden wird. Diesem weiten Verständnis entsprechend wird die Proxy-Diskriminierung dort oft als ein Fall der indirekten Diskriminierung qualifiziert.⁶⁹ Im Schweizer Recht wird der Begriff der indirekten Diskriminierung aber nur in Art. 3 Abs. 1 GlG verwendet und das Bundesgericht hat eine indirekte Diskriminierung bislang auch nur in Fällen der Geschlechterdiskriminierung angenommen, namentlich bei der Frage der Entlohnung von sog. «Frauenberufen».⁷⁰ Zur Frage, ob Frauen benachteiligt seien, weil «Frauenberufe» schlechter entlohnt werden, hat das Bundesgericht festgehalten, dass eine Funktion in der Regel als typisch weiblich gelte, wenn der Frauenanteil wesentlich höher als 70 Prozent liege.⁷¹ Die Geschlechterdiskriminierung ist allerdings ein Sonderfall, weil ihre rechtliche Erfassung direkt auf Art. 8 Abs. 3 BV beruht, der eine tatsächliche Gleichstellung der Geschlechter fordert. Zudem ist der im GlG verwendete Begriff der Diskriminierung weit gefasst und die indirekte Diskriminierung wird in Art. 3 Abs. 1 GlG ausdrücklich erwähnt.⁷² Es ist deshalb unklar, ob und inwiefern sich das Konzept der indirekten Diskriminierung auf andere geschützte Merkmale anwenden lässt.

2.3.2. Intersektionaler Ansatz bzw. Mehrfachdiskriminierung

Die intersektionelle Diskriminierung wird in der Lehre als Form der Mehrfachdiskriminierung verstanden.⁷³ Mit dem Begriff der Mehrfachdiskriminierung soll zum Ausdruck gebracht werden, dass Diskriminierung oft nicht isoliert auf einzelne Merkmale beschränkt ist, sondern durch die Überschneidung verschiedener Faktoren verstärkt wird.⁷⁴ Dabei wird bisweilen zwischen verschiedenen Typen von

⁶⁶ Siehe BV Komm-BIAGGINI, Art. 8 N 19; WALDMANN, Diskriminierungsverbot, S. 338 ff., je mit Hinweisen auf die Rechtsprechung.

⁶⁷ BGE 139 I 169 E. 7.2.1; 138 I 205 E. 5.5; 138 I 305 E. 3.3; BSK BV-WALDMANN, Art. 8 N 63. Siehe auch BGE 138 I 205, E. 5.5.

⁶⁸ Für Beispiele DIGGELMANN et al., S. 222 f.

⁶⁹ Siehe statt vieler BUCHHOLTZ/SCHEFFEL-KAIN, S. 615 f.

⁷⁰ BGE 125 II 530 E. 2.b; 125 II 385 E. 3.b.

⁷¹ BGE 125 II 530 E. 2.b; 125 II 385 E. 3.b.

⁷² Siehe dazu hinten Ziff. 3.1.

⁷³ Ausführlich dazu NAGUIB, S. 235 ff.

⁷⁴ NAGUIB, S. 235 ff.

Mehrfachdiskriminierung unterschieden.⁷⁵ Bei der additiven Diskriminierung liegt eine Diskriminierung aus mehreren Gründen vor, das heisst, eine Person wird aus mehreren Gründen diskriminiert, bspw. aufgrund des Geschlechts und der Religion.⁷⁶ Von verstärkender Diskriminierung ist die Rede, wenn eine Person aufgrund des Zusammenwirkens von mindestens zwei geschützten Merkmalen diskriminiert wird.⁷⁷ Die beiden Anknüpfungspunkte stehen dabei in einer Wechselwirkung, sodass das eine Element das andere verstärkt. Damit erfolgt eine Kumulierung der Diskriminierungsgründe.⁷⁸

Der Begriff der Mehrfachdiskriminierung wird zudem verwendet, wenn die Diskriminierung nicht auf einem einzigen Merkmal beruht, sondern erst das Zusammenspiel mehrerer Merkmale, die für den diskriminierenden Akt ausschlaggebend sind, zur Benachteiligung führt.⁷⁹ Dabei handelt es sich allerdings nicht um eine «mehrfache» Diskriminierung im additiven oder kumulativen Sinn, sondern um ein komplexes Geflecht wechselseitiger Verstärkungen, in dem verschiedene Diskriminierungsmerkmale interagieren und neue Formen von Ungleichheit hervorbringen.⁸⁰ Die Mehrfachdiskriminierung wird in Gesetzen (Art. 5 Abs. 1 BehiG) und in der Praxis nur am Rand behandelt, in der Rechtsprechung aber verschiedentlich im Zusammenhang mit kopftuchtragenden Frauen angesprochen.⁸¹ In der Lehre finden sich keine Stimmen, welche die Mehrfachdiskriminierung als Diskriminierung im Sinn der gesetzlichen Vorgaben qualifiziert. Auch in der Praxis wird eine mögliche Diskriminierung für jedes Merkmal gesondert geprüft. Vereinzelt wird gefordert, bei der rechtlichen Beurteilung weniger auf einzelne benachteiligende Merkmale zu fokussieren und stattdessen die Auswirkungen gesellschaftlicher Normierungen und Stigmatisierungen sowie eine unzureichende Berücksichtigung realer Unterschiede zu untersuchen.⁸² Konkrete Vorschläge, wie die intersektionelle Diskriminierung bzw. Mehrfachdiskriminierung rechtlich zu behandeln wäre, fehlen allerdings.

2.3.3. Geschlechterspezifische und rassistische Diskriminierung im Besonderen

In der vorliegenden Untersuchung wird unter geschlechterspezifischer Diskriminierung eine Benachteiligung verstanden, die einer Person aufgrund ihres tatsächlichen oder zugeschriebenen Geschlechts widerfährt.

Der Begriff der rassistischen Diskriminierung ist schwerer zu fassen, da er sich weder auf ein eindeutig biologisch noch rechtlich definiertes Konzept stützen kann.⁸³ Zudem gilt der Begriff «Rasse» selbst als historisch belastet und problematisch, da er auf konstruierten Kategorien basiert, die wissenschaftlich nicht haltbar und gesellschaftlich diskriminierend sind.⁸⁴ Allgemein wird unter rassistischer Diskriminierung eine Benachteiligung aufgrund der tatsächlichen oder vermuteten Zugehörigkeit zu einer ethnischen Gruppe, Hautfarbe, Herkunft oder Religion verstanden.⁸⁵

⁷⁵ NAGUIB, S. 235 ff.

⁷⁶ KLEBER, S. 34 f.; NAGUIB, S. 235; ODERMATT, S. 7; PÄRLI, S. 163.

⁷⁷ NAGUIB, S. 236.

⁷⁸ NAGUIB, S. 236; ODERMATT, S. 7; PÄRLI, S. 163.

⁷⁹ NAGUIB, S. 236; PÄRLI, S. 163.

⁸⁰ NAGUIB, S. 235 ff.; ODERMATT, S. 8; SGK BV-SCHWEIZER/FANKHAUSER, Art. 8 N 52.

⁸¹ BGE 123 I 296; 132 I 167; siehe dazu auch ODERMATT, S. 10; PÄRLI, S. 164.

⁸² NAGUIB/PÄRLI, S. 478 mit weiteren Hinweisen; siehe auch PÄRLI, S. 162.

⁸³ Siehe dazu MAHON/GRAF/STEFFANINI, insb. Rz. 6, 52.

⁸⁴ MAHON/GRAF/STEFFANINI, Rz. 4.

⁸⁵ MAHON/GRAF/STEFFANINI, Rz. 52; MÜLLER/SCHEFER, S. 720 ff.

2.4. Direkte und indirekte Diskriminierung bei KI-Algorithmen

Die Unterscheidung zwischen direkter und indirekter Diskriminierung wurde nicht mit Blick auf die Diskriminierung durch algorithmische Systeme entwickelt. Sie macht zwar auch beim Einsatz von KI-Systemen Sinn, die Begriffe «direkt» und «indirekt» passen hier aber nicht und können zu Verwirrung führen, weil KI-Systeme in aller Regel nicht direkt auf ein geschütztes Merkmal abstellen, sondern auf eine Vielzahl von Merkmalen, die unter Umständen ein geschütztes Merkmal repräsentieren (Proxies). Welche Merkmale relevant sind, ist dabei in der Regel nicht erkennbar (*Black-Box-Problematik*). Die Proxy-Diskriminierung kann dabei leicht als indirekte Diskriminierung missverstanden werden, weil das KI-System nicht direkt auf ein geschütztes Merkmal abstellt, sondern nur indirekt über das Abstellen auf einen Proxy oder mehrere Proxies zu Diskriminierung führt. Dieses Missverständnis ist in der Debatte bereits erkennbar. Eine solche Betrachtung wäre aber verfehlt, weil sie den rechtlich relevanten Unterschied zwischen direkter und indirekter Diskriminierung übersieht. Dieser besteht darin, dass bei der direkten Diskriminierung Menschen benachteiligt werden, *weil* sie ein geschütztes Merkmal aufweisen (Kausalität), während bei der indirekten Diskriminierung keine Kausalität zwischen Benachteiligung und geschütztem Merkmal besteht, sondern eine Gruppe von Personen, die ein geschütztes Merkmal aufweist, von einer an sich neutralen Regelung besonders betroffen ist. Für das Vorliegen der Kausalität kann es bei der direkten Diskriminierung keine Rolle spielen, ob unmittelbar auf ein geschütztes Merkmal abgestellt wird oder auf ein Merkmal bzw. eine Reihe von Merkmalen, die ein geschütztes Merkmal repräsentieren (Proxies). Andernfalls wäre es ein Leichtes, eine rechtlich relevante direkte Diskriminierung durch Abstellen auf Proxies zu umgehen.

Bei KI-Systemen liegt deshalb auch dann eine direkte Diskriminierung vor, wenn ein System auf Merkmale abstellt, die ein geschütztes Merkmal repräsentieren (Proxies). Wie bei der «klassischen» direkten Diskriminierung besteht auch hier ein kausaler Bezug zwischen dem geschützten Merkmal und der Benachteiligung. In beiden Fällen werden Menschen, die ein geschütztes Merkmal aufweisen, wegen diesem Merkmal benachteiligt. Bei einer Diskriminierung durch KI-Systeme ist dieser Bezug aber weniger offensichtlich, weil das KI-System nicht unmittelbar auf ein geschütztes Merkmal abstellt, sondern auf ein anderes Merkmal bzw. eine Reihe anderer Merkmale, die das geschützte Merkmal repräsentieren (Proxies). Die Proxy-Diskriminierung ist damit eine besondere (komplexere) Form der direkten Diskriminierung. Da in aller Regel nicht erkennbar ist, auf welche Merkmale ein KI-System abstellt, lässt sich hier nur anhand des Outputs prüfen, ob ein System diskriminiert. Schlägt ein KI-System z. B. nur Männer für die Anstellung auf eine Stelle vor, fällt dies unter den Tatbestand der direkten Diskriminierung, auch wenn sich weder erkennen noch nachweisen lässt, dass (oder inwiefern) das System auf das Geschlecht abstellt. Da keine direkte Kausalität von geschütztem Merkmal und Benachteiligung (sondern nur zwischen Proxies und Benachteiligung) besteht, lässt sich eine direkte Diskriminierung bei KI-Systemen in der Regel nur bei einer hinreichenden Anzahl Fälle nachweisen. Das ist aber nichts grundlegend Neues. Auch bei Diskriminierung durch Menschen wird sich in vielen Fällen nicht nachweisen lassen, dass ein Mensch direkt auf ein geschütztes Merkmal abstellt, dass also bspw. ein Unternehmen keine Frauen anstellt, weil sie Frauen sind. Vielmehr lassen sich Diskriminierungen schon heute oft erst aufgrund einer hinreichend grossen Anzahl von Fällen erkennen und nachweisen. Der Nachweis einer direkten Diskriminierung durch ein KI-System erfordert aber nicht zwingend reale Fälle. Vielmehr kann auch mithilfe von Tests geprüft werden, ob ein System diskriminiert, bspw. indem anhand von synthetischen Bewerbungsunterlagen geprüft wird, ob das System nur Männer für eine bestimmte Stelle vorschlägt. Der Einsatz von algorithmischen Systemen kann damit auch eine Chance sein, um Diskriminierungen zu erkennen und die Systeme so anzupassen, dass sie künftig nicht mehr diskriminieren.

3. Allgemeine Diskriminierungsverbote

Im Folgenden werden zunächst die allgemeinen Diskriminierungsverbote skizziert, die für Private und öffentliche Stellen gelten. Dazu zählen die Bestimmungen des Gleichstellungsgesetzes (GlG, siehe dazu Ziff. 3.1.) und des Behindertengleichstellungsgesetzes (BehiG, siehe dazu Ziff. 3.2.), die qualifizierte, unmittelbar horizontal wirkende und verfassungsrechtlich verankerte Gleichbehandlungsgebote und Diskriminierungsverbote vorsehen. Zudem wird das Datenschutzgesetz des Bundes (DSG) untersucht, das bei der Bearbeitung von Personendaten als Anknüpfungspunkt dienen kann, um algorithmische Diskriminierung zu adressieren (siehe dazu Ziff. 3.3.).

3.1. Gleichstellungsgesetz (GlG)

3.1.1. Verfassungsrechtlicher Ausgangspunkt

Das allgemeine Diskriminierungsverbot der BV wird in Bezug auf die rechtliche und tatsächliche Gleichstellung von Frau und Mann in Art. 8 Abs. 3 BV konkretisiert (*lex specialis*).⁸⁶ Für den Diskriminierungsbegriff gelten die gleichen Grundsätze wie für Art. 8 Abs. 2 BV.⁸⁷ Im Einzelnen besteht Art. 8 Abs. 3 BV aus drei Sätzen mit jeweils eigenem Normgehalt:⁸⁸ Satz 1 enthält ein spezifisches, einklagbares Diskriminierungsverbot; Satz 2 sieht ein sog. Egalisierungsgebot vor, das programmatischen Charakter aufweist und kein einklagbares Individualrecht enthält;⁸⁹ Satz 3 postuliert ein einklagbares Recht⁹⁰ der Arbeitnehmenden gegenüber den Arbeitgebenden auf gleichen Lohn für gleichwertige Arbeit mit direkter Drittwirkung für Private⁹¹ (Lohnleichheitsgebot).

Die kantonalen Verfassungen enthalten ebenfalls häufig eine explizite Bestimmung, die die Lohnleichheit von Frau und Mann gewährleisten soll.⁹² Im Unterschied zum allgemeinen Diskriminierungsverbot entfaltet der Lohnleichheitssatz auch direkte Wirkung unter Privaten.⁹³

3.1.2. Relevante gesetzliche Bestimmungen

Das GlG hat zum Ziel, die tatsächliche Gleichstellung von Mann und Frau im Erwerbsleben zu fördern (Art. 1 GlG); es verbietet deshalb die Diskriminierung bzw. Benachteiligung aufgrund des Geschlechts im Erwerbsleben (Art. 3 Abs. 1 GlG). Das GlG verwendet die Begriffe Diskriminierung und Benachteiligung deckungsgleich.⁹⁴ Das Gesetz unterscheidet zwischen direkter und indirekter Diskriminierung.

⁸⁶ RHINOW/SCHEFER/UEBERSAX, Rz. 1939 ff.; BSK BV-WALDMANN, Art. 8 N 106.

⁸⁷ BSK BV-WALDMANN, Art. 8 N 97.

⁸⁸ KIENER/KÄLIN/WYTENBACH, Rz. 1893 ff.; BSK BV-WALDMANN, Art. 8 N 96.

⁸⁹ BELSER/WALDMANN, S. 288. Im Gegensatz zu Abs. 1 wird eine absolute rechtliche Gleichheit verfolgt. «Sachliche» Gründe vermögen eine Ungleichbehandlung zwischen Frau und Mann nicht zu rechtfertigen (siehe dazu HÄFELIN/HALLER/KELLER/THURNHERR, Rz. 779).

⁹⁰ BGE 142 II 49 E. 5.1; 131 I 105 E. 3.3. Heute ist der Anspruch im GlG konkretisiert, so dass sich Klagen in der Regel nach diesem Gesetz richten.

⁹¹ BGE 125 II 368 E. 3; DIGGELMANN et al., S. 221. Dass alle öffentlichen Arbeitgebenden verpflichtet sind, gleichwertige Arbeit gleich zu entlohnen, ergibt sich bereits aus Art. 8 Abs. 1 BV (siehe BGE 129 I 161 E. 3.2; 103 Ia 517 E. 1b). Zu beachten gilt, dass Art. 8 Abs. 1 BV indes nicht unmittelbar ein subjektives Recht auf gleichen Lohn zwischen den Geschlechtern vermittelt, jedoch einen Anspruch auf Beseitigung der Ungleichbehandlung (BGE 141 II 411 E. 6.1.1).

⁹² Art. 11 Abs. 3 KV-ZH; Art. 10 Abs. 4 KV-VD.

⁹³ BV Komm-BIAGGINI, Art. 8 N 8.

⁹⁴ Siehe Art. 3 Abs. 1 GlG und dazu Komm GlG-KAUFMANN, Art. 3 N 10; SHK GlG-WETZSTEIN/WOLFENBERGER, Art. 3 N 6.

Bei der direkten Diskriminierung sind nach Rechtsprechung und Lehre zudem zwei Konstellationen auseinanderzuhalten: Eine direkte (offene) Diskriminierung liegt vor, wenn eine Benachteiligung direkt gestützt auf das Geschlecht erfolgt.⁹⁵ Eine direkte (verdeckte) Diskriminierung liegt vor, wenn nicht direkt das Geschlecht als Unterscheidungskriterium verwendet wird, sondern ein «verdächtiges» Kriterium, das nur von einem der beiden im GlG adressierten Geschlechter erfüllt werden kann, bspw. Mutter- oder Schwangerschaft.⁹⁶ Bei der (offenen und verdeckten) direkten Diskriminierung ist eine Rechtfertigung nur möglich, wenn das Geschlecht gemäss GlG selbst zwingend ein wesentliches Kriterium für die Ausübung der Arbeitstätigkeit darstellt, wie bspw. Massnahmen zum Schutz von Schwangeren.⁹⁷

Das GlG verbietet zudem explizit die indirekte Diskriminierung (Art. 3 Abs. 1 GlG). Das Gesetz enthält allerdings keine Legaldefinition dieser Rechtsfigur. Die Botschaft verweist diesbezüglich auf die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs.⁹⁸ So soll auch die Verwendung von formal «neutralen» Kriterien diskriminierend sein, wenn diese «von den Angehörigen des einen Geschlechts wesentlich leichter oder anteilmässig erheblich häufiger erfüllt werden können als von den Angehörigen des andern Geschlechts» und keine sachliche Rechtfertigung vorliegt, bspw. wenn die Gewährung von Vorteilen an eine Vollzeitanstellung geknüpft ist.⁹⁹ Dafür muss jedoch eine signifikante Ungleichbehandlung vorliegen, das heisst, es darf sich nicht nur um Einzelfälle handeln.¹⁰⁰ Zur Beurteilung muss das Gericht über den konkreten Einzelfall hinaus allgemeine Lebenserfahrungen berücksichtigen.¹⁰¹ Dabei kann es sich ggf. auf Wahrscheinlichkeiten und statistische Daten stützen.¹⁰²

Bei einer individuellen indirekten Diskriminierung muss die klagende Partei glaubhaft machen oder nachweisen, dass sie im Vergleich zu einem Mitarbeitenden des anderen Geschlechts signifikant schlechter behandelt wird. Handelt es sich um eine kollektive indirekte Diskriminierung ist darzulegen, dass die benachteiligte Gruppe überwiegend aus Frauen (oder Männern) besteht und dass die Benachteiligung signifikant ist. Besteht der Verdacht auf Lohndiskriminierung einer gesamten Berufsgruppe, muss die klagende Partei nachweisen, dass es sich bei der Tätigkeit der benachteiligten Gruppe um einen typischen Frauen- oder, seltener, einen typischen Männerberuf handelt. Das Bundesgericht zitierte in diesem Zusammenhang die Rechtsprechung des EuGH, nach der «erheblich», «wesentlich» oder «prozentual sehr viel mehr» Frauen der benachteiligten Gruppe angehören müssen. Soweit in den vom EuGH entschiedenen Fällen das entsprechende Verhältnis quantitativ bekannt war, betrug der Anteil der von einer Regelung benachteiligten Frauen durchwegs über 80 Prozent.¹⁰³ Darüber hinaus darf die Ungleichbehandlung nicht nur geringfügig sein, insb. was Lohndifferenzen betrifft, wobei eine Differenz von 15 Prozent bereits als nicht geringfügig gilt.¹⁰⁴

Das GlG enthält eine Reihe von prozessrechtlichen Vorschriften, die den Rechtsschutz bei Diskriminierung aufgrund des Geschlechts verbessern sollen. Diese Vorschriften ergänzen das allgemeine Zivil- und Arbeitsprozessrecht, insb. im Hinblick auf die Beweis- und Verfahrensführung. Dazu gehören

⁹⁵ BGE 117 Ia 262 E. 2a ff.; Botschaft GlG 1993, S. 1297; Komm GlG-KAUFMANN, Art. 3 N 18; SHK GlG-WETZSTEIN/WOLFENBERGER, Art. 3 N 13 ff.

⁹⁶ Botschaft GlG 1993, S. 1296.

⁹⁷ BGE 117 Ia 262 E. 2a ff.; HENSCH, Rz. 2.2; Kommentar GlG-KAUFMANN, Art. 3 N 6.

⁹⁸ Botschaft GlG 1993, S. 1296; STEINER, S. 1286; siehe ferner vertieft zum Begriff SHK GlG-WETZSTEIN/WOLFENBERGER, Art. 3 N 23 ff.

⁹⁹ Botschaft GlG 1993, S. 1296.

¹⁰⁰ STEINER, S. 1286.

¹⁰¹ Siehe dazu etwa auch das Prüfschema von SHK GlG-WETZSTEIN/WOLFENBERGER, Art. 3 N 27 ff.

¹⁰² Botschaft GlG 1993, S. 1296.

¹⁰³ BGE 124 II 529 E. 5g; STEINER, S. 1287 f. mit weiteren Hinweisen.

¹⁰⁴ BGE 142 II 49 E. 6.2; 130 III 145 E. 4.2; BGer 2A.91/2007 vom 25.2.2008 E. 5.

bspw. die Beweislast erleichterung nach Art. 6 GlG, wonach die Glaubhaftmachung einer Diskriminierung ausreicht. Art. 10 GlG enthält zudem einen Schutz vor Kündigung. Vorgesehen ist auch eine spezielle Verbandsklage (Art. 7 GlG), die es Gleichstellungsorganisationen unter bestimmten Voraussetzungen (insb. bei diskriminierenden Regelungen) ermöglicht, eine Klage im eigenen Namen einzureichen.

3.1.3. Anwendbarkeit auf algorithmische Systeme

Das GlG ist auch auf algorithmische Systeme anwendbar, wenn diese im Rahmen von Entscheidungsprozessen eingesetzt werden (bspw. bei Einstellungen, Beförderungen oder der Zuteilung von Ressourcen), denn das Gesetz unterscheidet nicht zwischen menschlichen und maschinellen Entscheidungen. Treffen Arbeitgebende eine Entscheidung unter Einsatz eines algorithmischen Systems, bleiben sie verantwortlich dafür, dass diese Entscheidung nicht diskriminierend ist.¹⁰⁵

Die im GlG vorgesehene Beweislast erleichterung erscheint besonders hilfreich, um die mit algorithmischer Diskriminierung verbundenen Schwierigkeiten bei der Beweisführung zu mindern. So kann bereits der Hinweis auf systematische Unterschiede in den Ergebnissen (z. B. bei Einstellungs- oder Beförderungsentscheidungen) ausreichen, um die Arbeitgebenden zu verpflichten, darzulegen, dass die unterschiedliche Behandlung durch sachliche, geschlechtsneutrale Gründe gerechtfertigt ist.

3.2. Behindertengleichstellungsgesetz (BehiG)

3.2.1. Verfassungsrechtlicher Ausgangspunkt

Art. 8 Abs. 4 BV konkretisiert das allgemeine Diskriminierungsverbot in Bezug auf Menschen mit Behinderung.¹⁰⁶ Es handelt sich dabei aber nicht um einen direkt einklagbaren Anspruch der betroffenen Personen, sondern um einen Gesetzgebungsauftrag, Massnahmen zur Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen zu ergreifen.¹⁰⁷ Art. 8 Abs. 4 BV geht damit insb. im Vergleich zum allgemeinen Gleichstellungsauftrag nach Art. 8 Abs. 3 Satz 2 BV weniger weit. Auch viele kantonale Verfassungen enthalten Bestimmungen, die explizit den Schutz vor Diskriminierung von Menschen mit Behinderung statuieren.¹⁰⁸ Wie bei den allgemeinen Rechtsgleichheitsgeboten und Diskriminierungsverboten kommt den kantonalen Bestimmungen aber nur eigenständige Bedeutung zu, wenn ihr Schutz über denjenigen der BV hinausgeht.

Der Schutzauftrag zur Beseitigung tatsächlicher, struktureller Diskriminierungen weist Menschen mit Behinderungen im Hinblick auf entsprechende Massnahmen ausdrücklich als förderungswürdige Personengruppe aus.¹⁰⁹

3.2.2. Relevante gesetzliche Bestimmungen

Das BehiG schafft Rahmenbedingungen für ein selbstbestimmtes Leben von Menschen mit Behinderungen und verbietet Benachteiligungen aufgrund einer Behinderung (Art. 1 BehiG). Das BehiG richtet sich hauptsächlich an öffentliche Organe und an Private, die öffentliche Aufgaben wahrnehmen, sowie

¹⁰⁵ HACKER, S. 1169.

¹⁰⁶ KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, Rz. 1926 ff.; BSK BV-WALDMANN, Art. 8 N 13, 124 ff.

¹⁰⁷ BGE 139 II 289 E. 2.2; siehe dazu auch KIENER/KÄLIN/WYTTEBACH, Rz. 1926 ff.

¹⁰⁸ Art. 11 Abs. 4 KV-ZH; § 8 Abs. 3 KV-BS.

¹⁰⁹ BSK BV-WALDMANN, Art. 8 N 126.

im Hinblick auf öffentliche Bauten und Arbeitsverhältnisse nach dem BPG. Es gilt aber auch für Private, die Dienstleistungen öffentlich anbieten (Art. 6 BehiG).

Eine Benachteiligung i. S. d. BehiG liegt vor, wenn Menschen mit Behinderung rechtlich oder tatsächlich anders als Menschen ohne Behinderung behandelt und dabei ohne sachliche Rechtfertigung schlechter gestellt werden als diese, oder wenn eine unterschiedliche Behandlung fehlt, die zur tatsächlichen Gleichstellung von Menschen mit und ohne Behinderung notwendig ist (Art. 2 Abs. 2 BehiG). Dabei bleibt unklar, welche Anforderungen an einen sachlichen Grund gestellt werden.¹¹⁰

Ähnlich wie das GlG enthält auch das BehiG prozessrechtliche Vorschriften, welche die Durchsetzung von Ansprüchen erleichtern sollen. In gewissen Fällen sind die Verfahren unentgeltlich (Art. 10 BehiG). Vorgesehen ist auch eine Verbandsbeschwerde für Behindertenorganisationen (Art. 9 BehiG).

3.2.3. Anwendbarkeit auf algorithmische Systeme

Wenn Algorithmen in Bereichen eingesetzt werden, in denen Menschen mit Behinderungen auf gleiche und diskriminierungsfreie Leistungen angewiesen sind – etwa beim Erbringen von Dienstleistungen, in Einstellungsverfahren, bei der Vergabe von Wohnraum oder bei der Nutzung des öffentlichen Verkehrs – und es dadurch zu Diskriminierungen kommt, sind die Vorschriften des BehiG anwendbar. Auch das BehiG unterscheidet nicht zwischen menschlichen und maschinellen Entscheidungen. Voraussetzung ist allerdings, dass die algorithmisch vermittelte Entscheidung zu einer «besonders krassen unterschiedlichen und benachteiligenden Behandlung» von Menschen mit Behinderungen führt (Art. 2 lit. d BehiG).

Die prozessrechtlichen Vorschriften sind auch im Bereich des BehiG zur Durchsetzung der Vorschriften hilfreich.

3.3. Datenschutzgesetz (DSG)

Das DSG gilt für die Bearbeitung von Personendaten natürlicher Personen durch private Personen und Bundesorgane (Art. 2 Abs. 1 lit. a und lit. b DSG). Die Kantone haben eigene (Informations-) und Datenschutzgesetze, welche für die Bearbeitung von Personendaten durch die kantonalen (und kommunalen) Behörden gelten.¹¹¹

3.3.1. Relevante Bestimmungen

a. Zweckartikel und Gebot der Datenbearbeitung nach Treu und Glauben

Der Gedanke der fairen und diskriminierungsfreien Datenbearbeitung lässt sich bereits aus dem Zweckartikel des DSG ableiten, das zum Ziel hat, die Grundrechte und die Persönlichkeit der betroffenen Personen zu schützen (Art. 1 DSG). Ein Anspruch auf eine faire Datenbearbeitung lässt sich zudem auf den

¹¹⁰ NAGUIB, S. 1005.

¹¹¹ Z. B. das Gesetz über die Information und den Datenschutz (IDG) des Kantons Zürich vom 12. Februar 2007 (LS 170.4); das Gesetz über die Information und den Datenschutz (IDG) des Kantons Basel-Stadt vom 9. Juni 2010 (SG 153.260); das Loi sur la protection des données personnelles (LPrD) des Kantons Waadt vom 1. September 2023 (RSV 172.65).

Grundsatz von Treu und Glauben stützen, der für die Bearbeitung von Personendaten im DSG ausdrücklich vorgesehen (Art. 6 Abs. 2 DSG) ist.

b. Informationspflicht bei automatisierten Einzelentscheidungen

Eine Person, die von einem Entscheid betroffen ist, der ausschliesslich auf einer automatisierten Bearbeitung von Personendaten beruht, muss über diesen Umstand informiert werden.¹¹² Die Informationspflicht von Art. 21 DSG besteht nur, wenn eine individuell-konkrete Entscheidung ohne menschliches Zutun gefällt wird (vollautomatisierte Entscheidung).¹¹³ Das gilt für Einzelentscheidungen von Privaten und von Bundesorganen. Ob regelbasierte oder maschinell lernende KI-Algorithmen eingesetzt werden, ist für die Frage, ob eine automatisierte Einzelentscheidung vorliegt, unerheblich.¹¹⁴

Wann eine Entscheidung ohne menschliches Zutun gefällt wird, ist nicht ganz klar.¹¹⁵ Verschiedene Autorinnen und Autoren haben sich bereits ausführlich mit dieser Frage befasst.¹¹⁶ Trotz teilweise unterschiedlicher Auffassungen lässt sich im Wesentlichen sagen, dass eine automatisierte Einzelentscheidung nach der Lehre vorliegt, wenn kein Mensch eine inhaltliche Bewertung, eine wertende Auswahl oder Abwägungen vorgenommen hat.¹¹⁷ Ein menschliches Mitwirken an der Entscheidung ist nur relevant, wenn die Person über die Fachkenntnisse verfügt und die Befugnis hat, auf den automatisierten Einzelentscheid inhaltlich Einfluss zu nehmen.¹¹⁸ Dient die maschinelle Auswertung lediglich der Entscheidungsvorbereitung oder als Entscheidungsgrundlage (*Decision Support System*) und bleibt ein Ermessensspielraum oder die Möglichkeit einer inhaltlichen Prüfung durch eine natürliche Person (*Human-in-the-loop*), dann besteht keine besondere Informationspflicht im Sinn von Art. 21 Abs. 1 DSG.¹¹⁹

Neben der Informationspflicht von Art. 21 Abs. 1 DSG, die für private Personen und Bundesorgane gilt, sieht Art. 21 Abs. 4 DSG eine besondere Kennzeichnungspflicht für automatisierte Einzelentscheidungen vor, die durch ein Bundesorgan ergehen (dies gilt insb. für «vollautomatisierte Verfügungen».)¹²⁰ Die Kennzeichnungspflicht ist Ausgangspunkt dafür, dass die betroffene Person ein Rechtsmittel einlegen kann, um im automatisierten Verfahren das rechtliche Gehör wahrnehmen zu können.¹²¹

c. Auskunftsrecht bei automatisierten Einzelentscheidungen

Bei automatisierten Einzelentscheidungen wird das allgemeine datenschutzrechtliche Auskunftsrecht (Art. 25 DSG) erweitert. Hier können die betroffenen Personen auch verlangen, dass sie Informationen über die Logik erhalten, auf der eine solche Entscheidung beruht (Art. 25 Abs. 2 lit. f DSG). Wie stets,

¹¹² Art. 21 Abs. 1 DSG. Als *betroffen* gelten Personen, für die der automatisierte Einzelentscheid mit einer Rechtsfolge verbunden ist oder die durch diesen erheblich beeinträchtigt werden (siehe dazu BSK DSG-HENSELER/VASELLA, Art. 21 N 24 ff., 36 ff.; SHK DSG-PÄRLI/FLÜCK, Art. 21 N 9 ff.).

¹¹³ Ein algorithmisches System kann verschiedene Automatisierungsstufen aufweisen, siehe zu den verschiedenen Automatisierungsstufen GORDON/LUTZ, S. 55; WEDER, S. 241.

¹¹⁴ SUTER, S. 296 f.

¹¹⁵ Insb. fehlt auch eine vom Bundesrat in Aussicht gestellte konkretisierende Verordnungsbestimmung, wann eine Vollautomatisierung vorliegt (siehe Botschaft DSG 2017, S. 7056).

¹¹⁶ Siehe dazu (Auswahl) BSK DSG-HENSELER/VASELLA, Art. 21 N 21 ff.; SHK DSG-PÄRLI/FLÜCK, Art. 21 N 6; BRAUN BINDER, Automatisierte Entscheidungen, S. 28 f.; HUSI-STÄMPFLI/MORAND, Rz. 442; OBRECHT, Verfügung, S. 40 f.; RECHSTEINER, Rz. 3; UTTINGER/GEISER, Rz. 3.28.

¹¹⁷ Zum Ganzen SUTER, S. 297 f.

¹¹⁸ SHK DSG-PÄRLI/FLÜCK, Art. 21 N 6.

¹¹⁹ BSK DSG-HENSELER/VASELLA, Art. 21 N 22; HUSI-STÄMPFLI/MORAND, Rz. 442; UTTINGER/GEISER, Rz. 3.28.

¹²⁰ BRAUN BINDER, Dystopie, S. 256.

¹²¹ BRAUN BINDER, Dystopie, S. 264.

kann auch bei der Verwendung von KI-Algorithmen Auskunft darüber verlangt werden, welche Personendaten in die Entscheidung eingeflossen sind.¹²² Mit diesen Mitteln lassen sich Hinweise auf eine allfällige Verwendung von geschützten Merkmalen und deren Relevanz bei der Entscheidung gewinnen. Daten über Dritte können über das Auskunftsrecht aber nicht eingesehen werden.¹²³

d. Recht auf menschliche Bearbeitung

Von einer automatisierten Einzelentscheidung betroffene Personen haben das Recht, zu dieser Entscheidung Stellung zu nehmen (Art. 21 Abs. 2 Satz 1 DSGVO).¹²⁴ Wird von diesem Recht Gebrauch gemacht, muss sich eine natürliche Person mit der Stellungnahme der betroffenen Person und mit der automatisierten Entscheidung befassen (sog. «Recht auf menschliches Gehör».¹²⁵ Betroffene Personen können zudem verlangen, dass die automatisierte Entscheidung von einer natürlichen Person überprüft wird (Art. 21 Abs. 2 Satz 2 DSGVO). Diese Kontrolle kann helfen, eine algorithmische Diskriminierung zu erkennen und zu beheben.¹²⁶

e. Datenschutz-Folgenabschätzung

Kann eine Datenbearbeitung ein hohes Risiko für die Persönlichkeit und die Grundrechte betroffener Personen mit sich bringen, muss der oder die Verantwortliche¹²⁷ vorgängig eine Datenschutz-Folgenabschätzung (DSFA) durchführen.¹²⁸ Das hohe Risiko ergibt sich, insb. bei der Verwendung neuer Technologien, aus der Art, dem Umfang, den Umständen und dem Zweck der Bearbeitung.¹²⁹ Für die Bewertung eines konkreten Vorhabens sind die Umstände des Einzelfalles zu beurteilen.¹³⁰ Zu den Datenbearbeitungen mit hohem Risiko gehören auch der Erlass von automatisierten Einzelentscheidungen sowie der Einsatz von KI-Systemen.¹³¹ Die DSFA erfasst dabei nicht nur vollautomatisierte Entscheidungen, sondern auch algorithmische Systeme, die zur Unterstützung menschlicher Entscheidungsprozesse eingesetzt werden (*Decision Support Systems*).¹³²

Die DSFA ist eine Selbstbeurteilung von Vorhaben, die aus Sicht des Datenschutzrechts heikel erscheinen.¹³³ Ziel ist es, potenzielle Risiken für die betroffenen Personen zu erkennen und detailliert zu bewerten.¹³⁴ Gestützt auf die erkannten Risiken sind technische und organisatorische Massnahmen zur

¹²² THOUVENIN/VOLZ, Rechtsrahmen, S. 633 f.

¹²³ THOUVENIN/VOLZ, Rechtsrahmen, S. 633 f.

¹²⁴ BSK DSGVO-HENSELER/VASELLA, Art. 21 N 40; siehe betreffend die Ausnahmen des Anspruchs auf menschliches Gehör Art. 21 Abs. 3 lit. a und b DSGVO sowie Art. 30 Abs. 2 VwVG i. V. m. Art. 21 Abs. 4 DSGVO (kritisch dazu BRAUN BINDER, Automatisierte Entscheidungen, S. 32 f.).

¹²⁵ Art. 21 Abs. 2 DSGVO; siehe dazu BSK DSGVO-HENSELER/VASELLA, Art. 21 N 44 ff.; SHK DSGVO-PÄRLI/FLÜCK, Art. 21 N 4, 13 ff.; HUSI-STÄMPFLI/MORAND, Rz. 443 f.; ÜTTINGER/GEISER, Rz. 3.31.

¹²⁶ KÜRSTEINER, Rz. 59 erkennt in der menschlichen Kontrolle ein Potenzial zur Korrektur potenziell fehlerhafter algorithmischer Entscheidungen, ohne jedoch die damit verbundenen Risiken zu erwähnen.

¹²⁷ Als *Verantwortliche* kommen private Personen oder Bundesorgane in Frage, die oder das allein oder zusammen mit anderen über den Zweck und die Mittel der Bearbeitung entscheidet (Art. 5 lit. j DSGVO), siehe dazu SHK DSGVO-BLONSKI, Art. 22 N 5.

¹²⁸ Art. 22 Abs. 1 DSGVO; siehe dazu HUSI-STÄMPFLI/MORAND, Rz. 469; ÜTTINGER/GEISER, Rz. 3.36; SHK DSGVO-BLONSKI, Art. 22 N 1.

¹²⁹ Als *neue Technologien* gelten bspw. Technologien im Umfeld der künstlichen Intelligenz, wie *Large Language Models*, *Deep Learning* und neuronale Netzwerke (siehe dazu BSK DSGVO-GLATTHAAR/SCHRÖDER, Art. 22 N 24).

¹³⁰ HUSI-STÄMPFLI/MORAND, Rz. 471.

¹³¹ SHK DSGVO-BLONSKI, Art. 22 N 19; BSK DSGVO-GLATTHAAR/SCHRÖDER, Art. 22 N 42.

¹³² Sofern Personendaten i. S. v. Art. 5 lit. a DSGVO bearbeitet werden.

¹³³ HUSI-STÄMPFLI/MORAND, Rz. 469.

¹³⁴ BSK DSGVO-GLATTHAAR/SCHRÖDER, Art. 22 N 1; HUSI-STÄMPFLI/MORAND, Rz. 469, 472.

Verhinderung von negativen Auswirkungen auf die Grundrechte und die Persönlichkeit der betroffenen Personen zu ergreifen.¹³⁵ Ergibt die DSFA, dass trotz der geplanten Massnahmen das hohe Risiko bestehen bleibt, muss eine Meldung an den eidgenössischen Datenschutzbeauftragten (EDÖB) erfolgen.¹³⁶

Die DSFA dient der frühzeitigen Identifikation und Bewertung möglicher Risiken sowie der Definition geeigneter Schutzmassnahmen. Sie ist vor der geplanten Datenbearbeitung durchzuführen. Nach der erstmaligen Durchführung und Umsetzung der geplanten Bearbeitung sieht das DSG keine Pflicht zur regelmässigen Überprüfung oder Aktualisierung der DSFA vor; anderes gilt nur, wenn sich wesentliche Aspekte der Datenbearbeitung ändern oder neue Risiken auftreten. Bei sich fortwährend weiter entwickelnden KI-Systemen kann dies dazu führen, dass Diskriminierungsrisiken, die am Anfang nicht ersichtlich waren, nicht mehr erkannt und beseitigt werden.

3.3.2. Exkurs: Bearbeitung von Personendaten zur Erkennung von Diskriminierung

Die Vorgaben des Datenschutzrechts können dazu beitragen, Diskriminierung zu erkennen und zu verhindern, sie können aber auch die gegenteilige Wirkung haben. Mit Blick auf das grundsätzliche Verbot der Bearbeitung von besonderen Kategorien von Personendaten (z. B. Daten über die ethnische Herkunft, Daten über religiöse Überzeugungen oder die sexuelle Orientierung) in der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) der EU (Art. 9 DSGVO) und in der Annahme, Diskriminierungen dadurch vermeiden zu können, haben Personen, die KI-Systeme entwickeln oder anwenden bisweilen auf die Bearbeitung von Personendaten, die geschützte Merkmale enthalten, verzichtet. Das hat allerdings dazu geführt, dass nicht mehr überprüft werden konnte, ob ein KI-System Menschen anhand von geschützten Merkmalen (bspw. ethnische Herkunft) diskriminiert, weil die entsprechenden Daten gar nicht (mehr) vorhanden waren. Um dieses Problem zu lösen, hat der europäische Gesetzgeber in der KI-VO eine besondere Regelung vorgesehen, welche die Bearbeitung von Personendaten erlaubt, wenn dies für die Erkennung und Korrektur von Verzerrungen im Zusammenhang mit Hochrisiko-KI-Systemen unbedingt erforderlich ist (Art. 10 Abs. 5 KI-VO).

Für eine solche Regelung besteht im Schweizer Recht allerdings kein Bedarf. Denn zum einen verbietet das DSG die Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten nicht. Zum andern wird sich ein allfälliger Verstoß gegen einen Grundsatz der Datenbearbeitung in aller Regel durch ein überwiegendes privates und öffentliches Interesse rechtfertigen lassen (Art. 31 Abs. 1 DSG), wenn Personendaten durch private Entwicklerinnen und Entwickler oder Anwenderinnen und Anwender von KI-Systemen bearbeitet werden, um Diskriminierungen zu entdecken und zu verhindern. Anders als Private dürfen Bundesorgane Personendaten nur bearbeiten, wenn dafür eine gesetzliche Grundlage besteht (Art. 34 Abs. 1 DSG). Für die Bearbeitung von besonders schützenswerten Personendaten braucht es eine Grundlage in einem Gesetz im formellen Sinn (Art. 34 Abs. 2 lit. a DSG). Besteht eine ausreichende gesetzliche Grundlage für die Bearbeitung von (besonders schützenswerten) Personendaten, wäre zu prüfen, ob diese gesetzliche Grundlage auch ausreicht, um diese Daten zur Prüfung eines KI-Systems auf eine allfällige Diskriminierung zu nutzen.

¹³⁵ Art. 22 Abs. 3 DSG; BSK DSG-GLATTHAAR/SCHRÖDER, Art. 22 N 63 ff.; HUSI-STÄMPFLI/MORAND, Rz. 472 f.

¹³⁶ Von dieser Meldepflicht kann durch die Bestellung einer Datenschutzberaterin oder einem Datenschutzbearbeiter abgesehen werden (Art. 23 DSG); HUSI-STÄMPFLI/MORAND, Rz. 478; UTTINGER/GEISER, Rz. 3.47 f.

3.3.3. Wirksamkeit

Die datenschutzrechtlichen Bestimmungen bieten einen Anknüpfungspunkt, um algorithmische Diskriminierung zu adressieren. Namentlich kann eine DSFA dazu beitragen, algorithmische Diskriminierung schon vor der Anwendung eines KI-Systems zu erkennen und vorbeugende Massnahmen zu ergreifen. Da keine Pflicht zur kontinuierlichen Überwachung besteht, kann die Regelung der DSFA aber nicht sicherstellen, dass Benachteiligungen erkannt werden, die erst bei der Anwendung einer Datenbearbeitung auftreten oder sichtbar werden. Dazu bedarf es einer kontinuierlichen Überprüfung der algorithmischen Entscheidungen.

Die datenschutzrechtlichen Informations- und Kennzeichnungspflichten sollten gewährleisten, dass der Einsatz vollautomatisierter algorithmischer Systeme für die betroffenen Personen stets erkennbar ist. Das spezifische Auskunftsrecht ermöglicht den betroffenen Personen zudem, weitere Informationen über die Logik dieser Systeme zu erhalten. Diese Rechte und Pflichten können algorithmische Diskriminierung zwar nicht verhindern. Sie sind aber ein hilfreiches Mittel, um Diskriminierungen zu erkennen und die erforderlichen Informationen zu erlangen, um gegen sie vorzugehen.¹³⁷ Diese Mittel reichen für einen umfassenden Schutz vor algorithmischer Diskriminierung allerdings nicht aus. Namentlich werden die spezifischen Charakteristika von KI-Systemen, die sowohl in der Entwicklungs- als auch in der Anwendungsphase entstehen, nicht ausreichen (siehe dazu vorne Ziff. 2.1.). Problematisch ist zudem, dass die spezifische Informationspflicht (Art. 21 DSGVO) und das besondere Auskunftsrecht (Art. 25 Abs. 2 lit. f DSGVO) nur für vollautomatisierte Entscheidungen gelten, obwohl bei teilautomatisierten Entscheidungen vergleichbare Risiken für Diskriminierung bestehen.¹³⁸

4. Besondere Bestimmungen im öffentlichen Recht

Das allgemeine verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbot (Art. 8 Abs. 2 BV) gilt für jegliches Staatshandeln über alle föderalen Stufen hinweg. Es gibt aber noch andere Bestimmungen, die vor Diskriminierung schützen. Dazu zählen insb. die Verfahrensgarantien nach Art. 29 BV (siehe dazu Ziff. 4.1.). Daneben werden die verfassungsrechtlichen Vorgaben auf Gesetzesstufe konkretisiert (siehe dazu Ziff. 4.2.). Diese Bestimmungen und ihre Anwendbarkeit sowie Wirksamkeit beim Einsatz von algorithmischen Systemen werden nachfolgend kurz dargestellt (siehe dazu Ziff. 4.3.).

4.1. Verfahrensgarantien, insb. Begründungspflicht

Aus dem verfassungsrechtlichen Anspruch auf rechtliches Gehör leitet sich als Teilgehalt die Pflicht der Behörden ab, Verfügungen zu begründen.¹³⁹ Inhalt und Umfang der angemessenen Begründung ergeben sich aus den Umständen des Einzelfalles.¹⁴⁰ Die Pflicht, Verfügungen zu begründen, verfolgt verschiedene Funktionen. Neben einer Rechtsmittel-, Akzeptanz- und Rechtssicherheitsfunktion, erfüllt die Begründungspflicht auch eine Selbst- sowie Fremdkontrollfunktion.¹⁴¹ Bei Diskriminierungen haben insb. die Selbst- und die Fremdkontrollfunktion Bedeutung.

¹³⁷ BRAUN BINDER, Künstliche Intelligenz, S. 475.

¹³⁸ Für die öffentliche Verwaltung siehe CHRISTEN et al., TA-SWISS 72/2020, S. 278.

¹³⁹ Art. 29 Abs. 2 BV, siehe dazu BGE 143 IV 40 E. 3.4.3; statt vieler HÄFELIN/MÜLLER/UHLMANN, Rz. 1070 ff.

¹⁴⁰ Siehe zum Ganzen WIEDERKEHR, S. 481 ff.

¹⁴¹ Siehe zu den verschiedenen Funktionen der Begründungspflicht KNEUBÜHLER, S. 94 ff.; VILLIGER, S. 159 ff.

Die Selbstkontrollfunktion der Begründungspflicht soll die Behörden dazu anleiten, sich in Erfüllung ihrer verfassungsmässigen oder gesetzlichen Aufgaben an die geltende Rechtsordnung zu halten und darauf basierend rechtskonform und einzelfallgerecht zu entscheiden.¹⁴² Namentlich sind die Behörden an die Grundrechte – einschliesslich das Diskriminierungsverbot nach Art. 8 Abs. 2 BV – gebunden (Art. 35 Abs. 2 BV). Die sachbearbeitende Person kann in der Entscheidungsfindung von verschiedenen subjektiven Einflüssen, aber auch durch für sich genommen objektive Faktoren, beeinflusst werden.¹⁴³ Um dies zu verhindern, soll die Selbstkontrollfunktion die eine Verfügung ausstellende Person zur Selbstreflexion anregen, indem sie überprüft, ob sie sich von unsachlichen Motiven hat leiten lassen.¹⁴⁴ Wird eine Verfügung angefochten, erlaubt die Begründung der Rechtsmittelinstanz, nachzuvollziehen, welche Faktoren entscheidungsrelevant waren, und ob die Vorinstanz rechtskonform entschieden hat.¹⁴⁵ In diesem Sinne kommt der Begründungspflicht auch eine Fremdkontrollfunktion zu.

4.2. Weitere Diskriminierungsverbote

Die völker- und verfassungsrechtlich gewährleisteten Rechtsgleichheitsgebote und Diskriminierungsverbote werden auf Gesetzesstufe konkretisiert. So enthält die Rechtsordnung Bestimmungen, die die Rechtsgleichheit in Bezug auf das Geschlecht unmittelbar adressieren.¹⁴⁶ Häufig wird dabei die Gleichstellung von Frau und Mann explizit genannt.¹⁴⁷ Ferner enthält die Rechtsordnung Bestimmungen, die die Rechtsgleichheit indirekt adressieren, indem sie sie positiv bestärken. So wird etwa das Geschlecht in bestimmten Kontexten ausdrücklich als zulässiges Vergabekriterium normativ verankert. Dies geschieht z. B. durch die zielgerichtete Vergabe von Konzessionen, Akkreditierungen und Fördermitteln sowie den Zugang zu Leistungen und Institutionen.¹⁴⁸ Für rassistische Diskriminierung fehlen vergleichbare Konkretisierungen.

Ein expliziter Schutz vor Diskriminierung ist gesetzlich etwa beim Zugang zu behördlichen Dienstleistungen¹⁴⁹, zu pädagogischen¹⁵⁰ oder sonstigen¹⁵¹ Institutionen und beim Empfang von staatlichen Leistungen¹⁵² vorgesehen.

Auch in Bezug auf die Verhinderung von Diskriminierung aus menschlichem Verhalten stellt die Rechtsordnung Bestimmungen auf. So existieren Bestimmungen, die explizit auf die Verhinderung von sexueller Belästigung, sexuellen Übergriffen oder sexualisierter Gewalt aufgrund der Geschlechtszugehörigkeit abzielen.¹⁵³

¹⁴² HERMSTRÜWER, S. 498 ff.; KNEUBÜHLER, S. 96; MOSIMANN, S. 20.

¹⁴³ MEYLAN, S. 314; NINK, S. 40 ff. Subjektive Faktoren sind etwa Emotionen, objektive Faktoren z. B. die Wetterlage.

¹⁴⁴ KNEUBÜHLER, S. 96; MOSIMANN, S. 20.

¹⁴⁵ BVGer C-6504/2011 vom 3.12.2013 E. 6.2.5; KNEUBÜHLER, S. 111 ff.; MOSIMANN, S. 20.

¹⁴⁶ Bund: Art. 61 Abs. 2 lit. b KVAV; Art. 3 Abs. 1 PVBger. Kantone: § 11 Abs. 1 Vertrag FHNW-BS.

¹⁴⁷ Z. B. Art. 3 Abs. 2 lit. d und g BPG i. V. m. Art. 3 PVBger.

¹⁴⁸ Siehe dazu Art. 14 Abs. 1 lit. e KJFG. Weitere Beispiele finden sich im Bundesrecht (Art. 12 Abs. 1 BöB; Art. 30 Abs. 1 lit. a Ziff. 5 HFKG), im kantonalen Recht (Art. 5 lit. f KV-AG; Art. 15 Abs. 1 lit. n LIEPR-VD; Art. 3 Abs. 2 Lsubv-VD; Art. 3 Abs. 2 RLSUBV-VD; Art. 7 Abs. 1 lit. b RLRNSS-VD; § 3 Abs. 1 lit. b SVO-ZH).

¹⁴⁹ Art. 4 Abs. 1 AOCCF-VD.

¹⁵⁰ Z. B. § 30 Abs. 1 HOPH-ZH.

¹⁵¹ Z. B. zu Kindertagesstätten (z. B. § 13 Abs. 1 lit. b TBG-BS).

¹⁵² Z. B. § 10 Abs. 3 lit. b WRFV-BS.

¹⁵³ Bund: Art. 3 Abs. 2 PVGer. Kantone: das LOVD-VD i. V. m. dem RLOVD-VD; § 9 Abs. 1 und 2 PVF-ZH sowie das gesamte R-UZH-SB-ZH.

Schutz vor Diskriminierung kann die Rechtsordnung etwa auch dadurch bieten, dass gewisse Aktivitäten mit Blick auf rassistische Diskriminierung verboten werden.¹⁵⁴ Eine andere Möglichkeit, vor indirekter Diskriminierung zu schützen, ist das Einführen von Sanktionsmöglichkeiten bei Diskriminierungen. So gibt es Bestimmungen, die den öffentlichen Aufruf zu Diskriminierung unter Strafe stellen.¹⁵⁵

Einen mittelbaren Schutz gewähren prozessrechtliche Bestimmungen, die die Durchsetzung von Rechtsansprüchen im Bereich der Rechtsgleichheit und Diskriminierung erleichtern. Aber auch die Möglichkeit, besondere Schlichtungsbehörden für diskriminierungsrechtliche Streitigkeiten zu schaffen, können helfen, die Gleichstellung von Mann und Frau durchzusetzen.

Auch die verfassungsrechtlich gewährleistete Lohngleichheit zwischen Frau und Mann wird auf Gesetzebene präzisiert.¹⁵⁶

4.3. Wirksamkeit der öffentlich-rechtlichen Bestimmungen

Die Auslegeordnung zum völkerrechtlich, verfassungsrechtlich und gesetzlich vorgesehenen Diskriminierungsschutz zeigt, dass das öffentliche Recht verschiedene Bestimmungen enthält, die dem Schutz vor rassistischer oder geschlechtsspezifischer Diskriminierung dienen. Sie sehen allerdings keine konkreten Bestimmungen zum Schutz vor algorithmischer Diskriminierung vor.

Besonders hervorzuheben ist die Problematik der Begründung von Verfügungen. Wie gezeigt wurde, erfüllt die Begründungspflicht von Verfügungen unter anderem eine Selbst- und eine Fremdkontrollfunktion, die dazu beitragen können, Diskriminierung zu verhindern oder aufzudecken (siehe dazu vorne Ziff. 4.1.). Diese beiden Kontrollfunktionen werden beim Einsatz algorithmischer Systeme aufgrund verschiedener technischer, aber auch einsatzbedingter Charakteristika dieser Systeme beeinträchtigt.¹⁵⁷ Zunächst wirkt sich die eingeschränkte Möglichkeit, entscheidungsrelevante Faktoren beim Einsatz maschinell lernender Systeme offenzulegen, nachteilig auf die Leistungsfähigkeit der Selbstkontroll- und Fremdkontrollfunktion aus.¹⁵⁸ Falls eine Offenlegung dennoch stattfindet, werden die Informationen für die sachbearbeitende Person kaum verständlich sein, womit sie gar nicht in der Lage ist, die Entscheidung zu reflektieren und zu erkennen, ob das System allenfalls diskriminierende Parameter berücksichtigt hat.¹⁵⁹ Dasselbe Problem stellt sich auch für eine allfällige Rechtsmittelinstanz.¹⁶⁰

Ausserdem beeinträchtigt der Automatisierungsgrad des Systems die Funktionen in unterschiedlicher Weise. Bei vollautomatisierten Verfahren fallen die Selbstreflexionsphase und damit die Selbstkontrollfunktion gänzlich weg, weil kein Mensch in den Entscheidungsprozess involviert ist.¹⁶¹ Bei teilautomatisierten Verfahren kann die Leistungsfähigkeit der Selbstkontrollfunktion durch den *Automation Bias* eingeschränkt werden (siehe dazu vorne Ziff. 2.1.).

Die DSFA ist eine erste Massnahme, um die fehlende Selbstkontrollfunktion der Begründungspflicht beim Erlass von automatisierten Verfügungen zu kompensieren. Die DSFA sollte sicherstellen, dass die

¹⁵⁴ Art. 171c Abs. 1 MStG.

¹⁵⁵ Art. 171c Abs. 1 MStG.

¹⁵⁶ Paradigmatisch Art. 44 Abs. 2 lit. f BöB; Art. 36a BPG.

¹⁵⁷ Zur Beeinträchtigung aller Funktionen der Begründungspflicht im Kontext des Einsatzes von maschinell lernenden und regelbasierten Algorithmen siehe BRAUN BINDER/OBRECHT, WP Begründung, S. 4 ff.

¹⁵⁸ BRAUN BINDER/OBRECHT, Begründung, S. 713 f. Siehe zur fehlenden Nachvollziehbarkeit vorne Ziff. 2.1.1.

¹⁵⁹ BRAUN BINDER/OBRECHT, Begründung, S. 714 ff.

¹⁶⁰ BRAUN BINDER/OBRECHT, Begründung, S. 715.

¹⁶¹ BRAUN BINDER/OBRECHT, Begründung, S. 713.

Behörde schon vor dem Einsatz eines KI-Systems potenzielle Diskriminierungen erkennen kann.¹⁶² Die Selbstkontrollfunktion wird aber nur teilweise kompensiert, weil die DSFA vor dem Einsatz des Systems durchgeführt wird. Sie ersetzt damit nicht die Selbstkontrolle im spezifischen Einzelfall, wie es dem Sinn und Zweck der Begründungspflicht entspricht. Entsprechend sind weitere Massnahmen notwendig, die entweder vor oder nach der Begründung der Verfügung greifen müssen.¹⁶³

5. Diskriminierungsverbote im Privatrecht

Das schweizerische Privatrecht kennt kein allgemeines Diskriminierungsverbot. Es existieren jedoch einzelne gesetzliche Bestimmungen, die Diskriminierung punktuell untersagen oder ihr entgegenwirken, etwa im Arbeitsrecht. Diese Normen (siehe dazu Ziff. 5.1. bis Ziff. 5.5.) und ihre mögliche Relevanz (siehe dazu Ziff. 5.6.) werden nachfolgend kurz erläutert.

5.1. Zivilrechtlicher Persönlichkeitsschutz (Art. 28 ZGB)

Nach Art. 28 ZGB kann jede Person, die in ihrer Persönlichkeit verletzt wird, Klage wegen Persönlichkeitsverletzung erheben. Das Zivilrecht schützt die Persönlichkeit damit grundsätzlich umfassend gegen jede Verletzung. Art. 28 ZGB kann auch bei Diskriminierung durch Private angerufen werden kann. Der Begriff der Persönlichkeit ist im Gesetz nicht definiert, sondern wird durch Lehre und Rechtsprechung konkretisiert.¹⁶⁴ Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts umfasst er alles, was der Individualisierung einer Person dient und im Hinblick auf Beziehungen zwischen einzelnen Individuen und im Rahmen der guten Sitten als schutzwürdig erscheint.¹⁶⁵ Erfasst sind damit alle Rechte, die untrennbar mit einer Person verbunden sind. Der Persönlichkeitsschutz steht dem Schutz der Menschenwürde nahe und kann dadurch die persönlichkeitsrelevanten Grundrechte auch zwischen Privaten wirksam machen.¹⁶⁶

Aus Art. 28 ZGB lässt sich mit guten Gründen ein Recht auf diskriminierungsfreie Behandlung ableiten.¹⁶⁷ Merkmale, die durch völker- und verfassungsrechtliche Vorschriften zum Schutz gegen Diskriminierung geschützt sind – etwa Herkunft, Geschlecht, Behinderung, sexuelle Orientierung, Lebensstil, Alter und Religionszugehörigkeit – zählen zu den wesentlichen Bestandteilen der Persönlichkeit. Sie sind in der Regel unveränderbar (Geschlecht, Behinderung, Alter oder sexuelle Orientierung) oder lassen sich nicht verändern, ohne dass den Betroffenen unverhältnismässige Umstände auferlegt würden (Religion).¹⁶⁸ Eine Diskriminierung ist damit nach einem Teil der Lehre immer auch eine Persönlichkeitsverletzung.¹⁶⁹ Diese Auffassung überzeugt. Das Bundesgericht hat dies in seiner Rechtsprechung aber bisher nicht anerkannt. Ob Art. 28 ZGB auch Formen der indirekten Diskriminierung erfassen kann, ist noch nicht geklärt.¹⁷⁰ Art. 28 ZGB schützt grundsätzlich vor individuellen Persönlichkeitsverletzungen, bei der indirekten Diskriminierung fehlt aber der direkte Bezug zwischen einer Benachteiligung und einem geschützten Merkmal. Denkbar wäre, Art. 28 ZGB auf Fälle indirekter Diskriminierung

¹⁶² Zum Ganzen BRAUN BINDER/OBRECHT, Begründung, S. 716.

¹⁶³ BRAUN BINDER/OBRECHT, Begründung, S. 714 f.

¹⁶⁴ Botschaft ZGB 1982, S. 658 ff.; OFK ZGB-BÜCHLER, Art. 28 N 2; NAGUIB, S. 1005.

¹⁶⁵ BGE 95 II 491 ff.; 70 II 130; 45 II 625.

¹⁶⁶ GÖKSU, Drittwirkung, S. 89 ff., 101; NAGUIB, S. 1005; WALDMANN, Diskriminierungsverbot, S. 68.

¹⁶⁷ NAGUIB, S. 1006; HAUSAMMANN, S. 18; WEBER/HENSELER, S. 40; vgl. dazu auch GÖKSU, Rassendiskriminierung, Rz. 214 ff.

¹⁶⁸ NAGUIB, S. 1007; PÄRLI, S. 129; PÄRLI/CAPLAZI/SUTTER, S. 133.

¹⁶⁹ GAUCH/SCHLUEP/SCHMID/REY, N 1111; GÖKSU, Rassendiskriminierung, Rz. 247; NAGUIB, S. 1007; PÄRLI, S. 133.

¹⁷⁰ NAGUIB, S. 1007 sieht bezüglich der indirekten Diskriminierung zumindest noch Forschungsbedarf.

anzuwenden, in denen zusätzlich eine individuelle Betroffenheit mit nachweisbarem Persönlichkeitsbezug (bspw. berufliche Chancen, soziale Ausgrenzung) dargelegt werden kann.

Nicht jeder Eingriff in die Persönlichkeit ist rechtswidrig. Vielmehr können Eingriffe durch Einwilligung oder durch überwiegende öffentliche oder private Interessen gerechtfertigt sein. Entscheidend ist im zweiten Fall eine Interessenabwägung bei der bspw. der Schutz der Privatsphäre und die übrigen Interessen gegeneinander abzuwägen sind.¹⁷¹ Eine Rechtfertigung liegt dabei vor, wenn das private oder öffentliche Interesse die Persönlichkeitsverletzung überwiegt. Ein Beispiel ist die nach Geschlechtern getrennte Nutzung von Badeanstalten zum Schutz der Intimsphäre und der persönlichen Sicherheit, während rein unternehmerische Interessen eher zurückhaltend anerkannt werden.¹⁷²

Anerkennt man, dass Diskriminierungen Persönlichkeitsverletzungen im Sinn von Art. 28 ZGB sind, dann greift diese Bestimmung auch bei direkter Diskriminierung durch algorithmische Systeme. Die indirekte Diskriminierung kann hingegen wohl nicht erfasst werden, weil Art. 28 ZGB die Persönlichkeit von Individuen schützt und nicht die Benachteiligung von Personengruppen verhindern soll.

Für die Rechtsdurchsetzung im Bereich des Persönlichkeitsschutzes sieht die Zivilprozessordnung (ZPO) eine Verbandsklage vor. Nach Art. 89 ZPO können Vereinen und andere Organisationen von gesamtschweizerischer oder regionaler Bedeutung, die nach ihren Statuten zur Wahrung der Interessen bestimmter Personengruppen befugt sind, im eigenen Namen auf Verletzung der Persönlichkeit der Angehörigen dieser Personengruppen klagen. Möglich sind Klagen auf Unterlassung und Beseitigung sowie Feststellung einer Persönlichkeitsverletzung, nicht aber Klagen auf Schadenersatz oder Gewinnherausgabe. Das geltende Recht sieht damit sowohl materiell-rechtliche wie auch prozessrechtliche Mittel vor, um gegen algorithmische (und andere) Diskriminierung durch Private vorzugehen.

5.2. Rechts-, Sitten- und Ordnungswidrigkeit (Art. 19/20 OR)

Im Vertragsrecht gilt der Grundsatz der Vertragsfreiheit. Dieser Grundsatz wird aber punktuell eingeschränkt, namentlich durch Art. 19/20 OR, wonach Verträge, die gegen das Gesetz oder die guten Sitten verstossen, nichtig sind. Als sittenwidrig i. S. v. Art. 19/20 OR gelten Verträge, die «gegen die herrschende Moral, das heisst gegen das allgemeine Anstandsgefühl oder gegen die der Gesamtrechtsordnung immanenten ethischen Prinzipien und Wertmassstäbe verstossen».¹⁷³ Art. 19/20 OR gelten auch bei diskriminierenden Verträgen. So werden etwa rassendiskriminierende Vereinbarungen als sittenwidrig eingestuft und sind daher unwirksam.¹⁷⁴

Art. 19/20 OR können gegen Diskriminierung durch vertragliche Vereinbarungen schützen. Das gilt auch, wenn Verträge mithilfe von generativer KI erstellt werden. Denkbar wäre, dass solche Verträge diskriminierende Klauseln vorsehen, bspw. eine kürzere Kündigungsfrist der Arbeitgebenden in Arbeitsverträgen mit Personen einer bestimmten Herkunft. Eine solche Klausel wäre als nichtig zu betrachten.

¹⁷¹ BSK ZGB I-MEILI, Art. 28 N 49; NAGUIB, S. 1008.

¹⁷² NAGUIB, S. 1009 mit weiteren Hinweisen.

¹⁷³ BGE 136 III 474 E. 3; 132 III 455 E. 4.1; 129 III 604 E. 5.3; 123 III 101 E. 2; 115 II 232 E. 4a; BSK OR I-MEISE/HUGUENIN, Art. 19/20 N 32.

¹⁷⁴ HAUSAMMAN, S. 18.

5.3. Verstoss gegen Treu und Glauben (Art. 2 ZGB)

Art. 2 ZGB schützt Treu und Glauben im Privatrecht. Der offenbare Missbrauch eines Rechts stellt einen Verstoss gegen den Grundsatz von Treu und Glauben dar und findet nach Art. 2 Abs. 2 ZGB im ganzen Privatrecht keinen Rechtsschutz.¹⁷⁵ Ein Rechtsmissbrauch liegt vor, wenn ein Rechtsinstitut oder eine rechtliche Befugnis zweckfremd verwendet werden, oder wenn die mit der Rechtsausübung verfolgten Interessen im Verhältnis zu den verletzten Interessen eines Dritten nicht ernsthaft ins Gewicht fallen. Missbraucht werden können subjektive Rechte, aber auch ein ganzes Rechtsinstitut wie die Vertragsfreiheit.¹⁷⁶ Auch Diskriminierungen können unter Umständen als Rechtsmissbrauch erfasst werden. Denkbar wäre bspw., Rechtsmissbrauch anzunehmen, wenn Personen mit bestimmten geschützten Merkmalen (z. B. Herkunft) generell schlechtere Vertragsbedingungen (z. B. höhere Prämien bei der Fahrzeughaftpflichtversicherung) auferlegt werden.

Es gilt das oben Gesagte, die Vertragsfreiheit darf nicht dazu führen, dass ein Algorithmus so programmiert wird, dass Menschen mit bestimmten Merkmalen ein Vertrag mit schlechteren Bedingungen angeboten wird. Der Schutz beschränkt sich jedoch auf die vorsätzliche direkte Diskriminierung, weil es bei der unbeabsichtigten Diskriminierung am notwendigen Missbrauchselement fehlt.

5.4. Arbeitsrechtliche Vorschriften

Neben den Anforderungen des GlG bezüglich der Gleichstellung der Geschlechter und des BehiG, das gewisse Vorschriften zum Schutz von Arbeitnehmenden mit Behinderungen enthält, gibt es im Arbeitsrecht auch einige allgemeine Vorschriften, die einen Schutz vor Diskriminierung vermitteln können.

Im Vordergrund steht die zum Schutz der Persönlichkeit der Arbeitnehmenden statuierte Fürsorgepflicht (Art. 328 OR). Nach Art. 328 OR (und Art. 6 ArG) sind Arbeitgebende verpflichtet, die Persönlichkeit, Gesundheit und Integrität der Arbeitnehmenden zu schützen. Dazu müssen sie angemessene Schutzmassnahmen ergreifen, wenn diese notwendig, technisch umsetzbar und nach den betrieblichen Verhältnissen zumutbar sind.

Die arbeitsrechtliche Fürsorgepflicht kann Schutz vor Diskriminierung bieten, namentlich vor willkürlicher und individueller Diskriminierung.¹⁷⁷ Der Schutz ist allerdings eingeschränkt, weil die Vertragsfreiheit und damit Einzelvereinbarungen grundsätzlich vorgehen.¹⁷⁸ Namentlich steht es Arbeitgebern frei, einzelne Arbeitnehmende gegenüber anderen besser zu stellen. Eine unzulässige Diskriminierung liegt nur vor, wenn es dafür keine sachlichen Gründe gibt und die betroffene Person deutlich ungünstiger gestellt ist sowie «wenn darin eine den Arbeitnehmer verletzende Geringschätzung seiner Persönlichkeit zum Ausdruck kommt»¹⁷⁹.

Art. 328 OR gilt während des gesamten Arbeitsverhältnisses.¹⁸⁰ Als Diskriminierung und Verletzung der Fürsorgepflicht qualifiziert haben Gerichte namentlich das Verwehren einer Anstellung einer Person

¹⁷⁵ KLETT, S. 177.

¹⁷⁶ NAGUIB, S. 1009; KRAMER, Rz. 114 mit weiteren Hinweisen zu Art. 19 – 20 OR.

¹⁷⁷ PK OR-STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 328 N 12.

¹⁷⁸ BGE 129 III 276 E. 3.1; PK OR-STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 328 N 12.

¹⁷⁹ BGE 129 III 276 E. 3.1.

¹⁸⁰ Ob Art. 328 OR bereits im Bewerbungsverfahren greift, ist in der Lehre umstritten (dazu PK OR-STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 328 N 21 mit weiteren Hinweisen). Das Bundesgericht hat die Anwendung in BGer 2C_103/2008 vom 30.6.2008 bejaht, ohne dies näher zu begründen. Die Bundesrichterrinnen und -richter gingen

unter Hinweis auf ihre dunkle Hautfarbe¹⁸¹ und die Entscheidung einer Reinigungsfirma, keine Personen aus dem Balkan anzustellen.¹⁸² Seine Fürsorgepflicht verletzte ein Unternehmen nach dem Bundesgericht zudem, weil es nichts dagegen unternommen hatte, dass ein Mitarbeiter immer wieder rassistisch angegangen wurde und daraufhin krankgeschrieben werden musste.¹⁸³

Bei diskriminierenden Kündigungen kann die Regelung der missbräuchlichen Kündigung in Art. 336 OR zur Anwendung kommen. Eine Entlassung aus rassistischen Motiven oder aufgrund der Religion ist nach der Lehre als missbräuchlich zu betrachten (Art. 336 Abs. 1 lit. a und lit. b OR).¹⁸⁴ Als missbräuchlich hat die Rechtsprechung bspw. die Entlassung muslimischer Arbeitnehmerinnen qualifiziert, die sich geweigert hatten, das Kopftuch abzunehmen.¹⁸⁵ Eine missbräuchliche Kündigung ist zwar gültig, die betroffenen Personen haben aber Anspruch auf Entschädigung.

Im Arbeitsrecht gilt zudem ein besonderes Gleichbehandlungsgebot für Personen aus dem EU-/EFTA-Raum. Diese können sich auf das Diskriminierungsverbot gemäss Art. 9 Anhang I FZA in Verbindung mit Art. 2 FZA berufen.

Das Bundesgericht hat Art. 328 OR bislang nur auf Fälle von willkürlichen, individuellen Diskriminierungen angewendet. Erfasst wurde damit die Benachteiligung von einzelnen Arbeitnehmenden oder kleineren Gruppen von Arbeitnehmenden. Ob Art. 328 OR auch auf grössere Gruppen von Arbeitnehmenden oder ganze Kategorien von Arbeitnehmenden angewendet werden kann, ist fraglich.¹⁸⁶

Art. 328 OR kann damit Fälle direkter Diskriminierung durch algorithmische Systeme erfassen. Unklar ist, ob die Bestimmung auch bei indirekten Diskriminierungen durch solche Systeme greift.

5.5. Weitere Normen

Neben den genannten Normen gibt es einige weitere Normen, die in spezifischen Konstellationen Diskriminierungen durch Private erfassen können. Ein spezifisches Diskriminierungsverbot findet sich namentlich in Art. 4 GUMG, der die Diskriminierung aufgrund des Erbgutes verbietet. Das Verbot richtet sich an den Staat und an Private; es gilt nicht absolut, auch hier ist eine Rechtfertigung möglich.¹⁸⁷ Art. 4 GUMG kann relevant sein, wenn algorithmische Systeme im Zusammenhang mit genetischen Untersuchungen eingesetzt werden.

in den in den nachfolgenden Fussnoten genannten Entscheiden zumindest von der Vorwirkung von Art. 328 OR aus, während die Frage im Fall des Arbeitsgerichts Zürich offen gelassen wurde. Wird davon ausgegangen, dass Art. 328 OR erst im Arbeitsverhältnis zur Anwendung kommt, muss auf Diskriminierungen im Bereich von Anstellungen auf Art. 28 ZGB zurückgegriffen werden.

¹⁸¹ Siehe Tribunal de Prud'Hommes de l'arrondissement de Lausanne, arrêt du 10 octobre 2005 (T 304.021563), in: ARV 2006, S. 23 ff. mit zustimmender Besprechung durch KURT PÄRLI.

¹⁸² Entscheid des Arbeitsgerichts Zürich, 2. Abteilung, Geschäft Nr. AN 050401/U 1 vom 13. Januar 2006, in: ARV 2006, S. 23 ff. ebenfalls mit zustimmender Besprechung durch KURT PÄRLI.

¹⁸³ Die Kündigung, die die Arbeitgeberin aufgrund der Arbeitsunfähigkeit des Arbeitnehmers ausgesprochen hatte, wurde deshalb als missbräuchlich betrachtet (BGer 4A_215/2022 vom 23.8.2023).

¹⁸⁴ PK OR-STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 328 N 12; PK OR-STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 336 N 3.

¹⁸⁵ Entscheid des RegGer Bern-Mittelland CIV 16 1317 vom 8.9.2016; Entscheid des BezGer Arbon, JAR 1991, S. 254.

¹⁸⁶ Verneinend PK OR-STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH, Art. 328 N 12.

¹⁸⁷ Botschaft GUMG 2017, S. 5657.

Im Mietrecht können die Bestimmungen über den Kündigungsschutz gegen Diskriminierung schützen. Nach Art. 271 Abs. 1 OR ist eine Kündigung anfechtbar, wenn sie gegen Treu und Glauben verstösst. Das kann der Fall sein, wenn Mietenden aufgrund von geschützten Merkmalen gekündigt wird.

5.6. Wirksamkeit der privatrechtlichen Bestimmungen

Die Analyse der privatrechtlichen Bestimmungen hat gezeigt, dass betroffene Personen nur punktuell gegen Diskriminierung durch Private geschützt sind. Ausserhalb des GlG und des BehiG besteht zudem nur ein indirekter Schutz, indem Diskriminierungen als Verletzung der Persönlichkeit oder als Verstoss gegen eine andere allgemeine Bestimmung des Privatrechts gewertet werden können, bspw. als Verstoss gegen Treu und Glauben oder als missbräuchliches Verhalten. Ob Gerichte in einem konkreten Fall eine Diskriminierung als Verstoss gegen eine dieser Bestimmungen werten würden, ist offen. Im Privatrecht besteht damit grosse Rechtsunsicherheit. Das gilt auch (und wegen der technischen Komplexität wohl ganz besonders) bei einer Diskriminierung durch algorithmische Systeme.

6. Diskriminierungsverbot im Strafrecht (Art. 261^{bis} StGB)

Das Strafrecht sieht in Art. 261^{bis} StGB ein relativ umfassendes Verbot von Diskriminierung und Aufruf zu Hass aufgrund von «Rasse», Ethnie, Religion oder sexueller Orientierung vor. Die Bestimmung wurde mit der Ratifikation des Internationalen Übereinkommens der Vereinten Nationen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung (RDK) nach zustimmendem Volksvotum ins StGB aufgenommen. Ihr Anwendungsbereich war zunächst auf Diskriminierungen aufgrund von «Rasse», Ethnie und Religion beschränkt und wurde 2020 um Diskriminierungen wegen der sexuellen Orientierung ergänzt.¹⁸⁸

Art. 261^{bis} Abs. 1 StGB stellt den öffentlichen Aufruf zu Hass oder Diskriminierung aufgrund von «Rasse», Ethnie, Religion oder sexueller Orientierung unter Strafe. Art. 261^{bis} Abs. 2 und Abs. 3 StGB erfassen die öffentliche Verbreitung von Ideologien, die auf die systematische Herabsetzung oder Verleumdung solcher Gruppen abzielen sowie die Organisation oder Förderung und die Teilnahme an entsprechenden Propagandaaktionen. Nach Art. 261^{bis} Abs. 4 StGB sind direkte Herabsetzungen oder Diskriminierungen in der Öffentlichkeit durch Wort, Schrift, Bild oder andere Ausdrucksformen strafbar, wenn sie gegen die Menschenwürde verstossen. Dazu gehört auch die Leugnung, grobe Verharmlosung oder Rechtfertigung von Völkermord oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit aus den genannten Gründen. Nach Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB darf zudem niemand einer Person oder Gruppe aufgrund von «Rasse», Ethnie, Religion oder sexueller Orientierung eine für die Allgemeinheit bestimmte Leistung verweigern. Dieses Verbot erfasst nicht nur die Verweigerung der Leistung als solche, sondern auch die Verweigerung des Abschlusses eines Vertrages über die zu erbringende Leistung.¹⁸⁹

Die Bestimmungen von Art. 261^{bis} Abs. 1 bis Abs. 4 StGB können insb. bei der Verbreitung von verbotenen Inhalten mithilfe von KI-Systemen sowie im Zusammenhang mit generativen KI-Systemen zur Anwendung kommen, wenn diese entsprechende Inhalte generiert. Art. 261^{bis} Abs. 5 StGB ist anwendbar, wenn ein algorithmisches System über das Erbringen einer für die Allgemeinheit bestimmten Leistung oder den Abschluss eines entsprechenden Vertrags entscheidet.

¹⁸⁸ Eine ähnliche Norm findet sich im Militärstrafrecht (Art. 171c MStG).

¹⁸⁹ NAGUIB, S. 996.

7. Zwischenfazit

Das Schweizer Recht enthält verschiedene Bestimmungen, die Diskriminierung erfassen und verhindern können. Zentral ist das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV, das Diskriminierung durch staatliche Organe verbietet. Allerdings ist die Anwendbarkeit des allgemeinen Diskriminierungsverbots auf indirekte Diskriminierung rechtlich nicht abschliessend geklärt. Es fehlen eine gefestigte Rechtsprechung und klare Kriterien, wann eine indirekte Diskriminierung vorliegt und unter welchen Voraussetzungen Art. 8 Abs. 2 BV greift. Unklar ist auch, ob und wie intersektionelle Diskriminierung rechtlich erfasst werden kann. Insgesamt bestehen damit Zweifel, ob die bestehenden Regelungen für den Schutz gegen algorithmische Diskriminierung durch Behörden genügen.

Das Schweizer Recht enthält zudem einige Normen, die bei Diskriminierung durch Private angerufen werden können. Recht weit ausgebaut ist der Schutz von Arbeitnehmenden gegen Diskriminierungen aufgrund des Geschlechts. Diese können sich auf die Bestimmungen des GlG, auf die arbeitsrechtliche Fürsorgepflicht (Art. 328 OR) und auf dem Kündigungsschutz von Art. 336 OR berufen, die alle eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts verbieten. Dem DSG lässt sich zwar ein Prinzip der diskriminierungsfreien Datenbearbeitung entnehmen, das DSG bietet aber keine überzeugende und tragfähige Grundlage zur Bekämpfung von Diskriminierung. Einzelne Bestimmungen, wie jene zur automatisierten Einzelentscheidung (Art. 21 DSG), können zwar zur Identifikation diskriminierender Wirkungen beitragen, bieten aber keinen eigentlichen Schutz gegen Diskriminierung. Diskriminierende Klauseln in Verträgen und das diskriminierende Ablehnen eines Vertragsschlusses können als Verstoß gegen Art. 19/20 OR sowie Art. 2 Abs. 2 ZGB gewertet werden. Einen unmittelbaren Schutz gegen bestimmte Formen der Diskriminierung vermittelt zudem das Strafrecht, insb. mit dem Straftatbestand der Rassen-diskriminierung (Art. 261^{bis} StGB), der bspw. beim Verweigern einer Leistung durch ein algorithmisches Entscheidungssystem greifen kann.

Ein generelles Diskriminierungsverbot für Private lässt sich allenfalls aus Art. 28 ZGB (Persönlichkeitsschutz) ableiten. Auf welche Formen algorithmischer Diskriminierung dieses angewendet werden kann, ist jedoch unklar.

Diskriminierungen durch Private lassen sich damit bislang nur unzureichend erfassen. Das gilt für algorithmisch vermittelte ebenso wie für traditionelle Formen der Diskriminierung. Wirksame Massnahmen dürfen sich daher nicht auf Regelungen zur algorithmischen Diskriminierung beschränken, sondern müssen umfassend und technologieneutral gestaltet werden.

8. Mögliche Massnahmen

Das Risiko von Diskriminierungen durch algorithmische Systeme kann nur reduziert werden, wenn sich alle Beteiligten – von der Entwicklung bis zur Anwendung – der Problematik bewusst sind. Es ist deshalb unerlässlich, alle involvierten Personen zu sensibilisieren und über mögliche Lösungsansätze zu informieren (*AI Literacy/Data Literacy/Digital Literacy*). Dafür braucht es ein grundlegendes Verständnis der technischen Funktionsweise algorithmischer Systeme und der rechtlichen Vorgaben zum Diskriminierungsschutz¹⁹⁰ sowie vertiefte interdisziplinäre Forschung.

¹⁹⁰ BRAUN BINDER/OBRECHT, Künstliche Intelligenz, S. 38.

Neben der Aufklärung der Entwicklerinnen und Entwickler und der Anwenderinnen und Anwender von KI-Systemen sowie der betroffenen Personen sollten verschiedene Massnahmen ergriffen werden, um algorithmische Diskriminierung zu erfassen und zu verhindern. In der Folge wird zwischen Massnahmen unterschieden, die sich im Rahmen des geltenden Rechts umsetzen lassen (siehe dazu Ziff. 8.1.), und solche, die ein Aktivwerden des Gesetzgebers erfordern (siehe dazu Ziff. 8.2. und Ziff. 8.3.).

8.1. Im Rahmen des geltenden Rechts

8.1.1. Anwendung der bestehenden Normen

Die vorstehenden Ausführungen (siehe dazu vorne Ziff. 3. bis Ziff. 6.) haben gezeigt, dass das Schweizer Recht zwar verschiedene Bestimmungen kennt, die es erlauben würden, Diskriminierungen zu erfassen und zu verhindern. Die bestehenden Möglichkeiten werden aber von den betroffenen Personen (zu) wenig genutzt, weil die Durchsetzung für die Betroffenen schwierig sein kann. Hinzu kommt, dass die Gerichte die bestehenden Normen teilweise zurückhaltend auslegen und anwenden. Das gilt insb. für den zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutz (siehe dazu vorne Ziff. 5.1.).

Das grösste Potenzial für eine Verbesserung des Schutzes gegen Diskriminierung durch Private liegt in der Weiterentwicklung der Auslegung und Anwendung des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes (Art. 28 ZGB). Diskriminierungen werden in der Lehre seit Längerem – zu Recht – als Persönlichkeitsverletzungen qualifiziert (siehe dazu vorne Ziff. 5.1.). Die Zahl der Autorinnen und Autoren, die diese Auffassung vertreten, ist zwar beschränkt – soweit ersichtlich gibt es in der Lehre aber keine Stimmen, die sich ausdrücklich gegen eine solche Auslegung von Art. 28 ZGB aussprechen. Die Gerichte könnten der Lehre deshalb mit guten Gründen und auf einer hinreichenden Grundlage folgen und das Bundesgericht könnte durch seine Rechtsprechung einen umfassenden Schutz gegen Diskriminierung durch Private auf der Grundlage von Art. 28 ZGB schaffen. Ob das Bundesgericht einen solchen Schritt wagen wird, erscheint allerdings fraglich, weil es dadurch das Recht in einer Art weiterentwickeln würde, die grundsätzlich dem Gesetzgeber vorbehalten ist. Das Potenzial für eine Weiterentwicklung des geltenden Rechts hin zu einem umfassenden Diskriminierungsschutz über Art. 28 ZGB besteht damit zwar, die Chancen einer Umsetzung sind aber wohl eher gering.

Die Gewährung eines Diskriminierungsschutzes über Art. 28 ZGB würde zudem die Möglichkeit eröffnen, dass Vereine und andere Organisationen mit dem Verbandsklagerecht (Art. 89 ZPO) gegen Diskriminierung vorgehen. Das wäre wichtig, weil von algorithmischer Diskriminierung regelmässig viele Menschen betroffen sind, die oft nicht über die notwendigen zeitlichen und finanziellen Ressourcen verfügen, um eine Klage einzureichen und ein Verfahren zu führen.¹⁹¹ Über die Verbandsklage in Art. 89 ZPO könnten Ansprüche kollektiv geltend gemacht werden, was namentlich deshalb sinnvoll ist, weil bei einer algorithmischen Diskriminierung die Zahl der Betroffenen gross ist.

8.1.2. Weitere Forschung

Unabhängig von einer allfälligen Weiterentwicklung des bestehenden Rechts hat sich gezeigt, dass beim rechtlichen Schutz gegen Diskriminierung durch algorithmische Systeme viel Forschungsbedarf besteht. Viele Fragen erscheinen auf den ersten Blick klar, erweisen sich bei näherer Betrachtung aber als erstaunlich komplex.

¹⁹¹ Siehe dazu auch MÜLLER A., S. 28.

Die algorithmische Diskriminierung schafft nicht nur neue Herausforderungen für die Rechtsetzung und Rechtsanwendung, sondern wirft auch wichtige rechtsdogmatische Fragen auf.¹⁹² Dazu zählt insb. die Frage nach dem rechtlichen Umgang mit intersektioneller Diskriminierung (siehe dazu vorne Ziff. 2.3.2.). Zudem ist unklar, ob KI-Systeme für intersektionelle Diskriminierung besonders anfällig sind. Zwar basieren viele Outputs von KI-Systemen auf einer Vielzahl unterschiedlich gewichteter Kriterien (siehe dazu vorne Ziff. 2.4.), es muss sich dabei aber nicht um geschützte Merkmale oder deren Stellvertreter (Proxy-Diskriminierung) handeln. Auch wenn durchaus denkbar ist, dass die Verwendung von KI-Systemen öfter zu intersektioneller Diskriminierung führt, wird es auch Konstellationen geben, in denen KI-Systeme Korrelationen mit diskriminierungsrechtlich irrelevanten Kriterien herstellen, die nicht als Stellvertreter für geschützte Merkmale dienen.¹⁹³ Die Unklarheiten im rechtsdogmatischen Umgang mit intersektioneller Diskriminierung und die Unsicherheit der Anknüpfungspunkte und Korrelationen bei KI-Systemen zeigen, dass hier grosser Forschungsbedarf besteht.

Weiter zu vertiefen ist auch die Unterscheidung zwischen direkter und indirekter Diskriminierung bei der Verwendung algorithmischer Systeme. Dabei ist zu beachten, dass es im Ergebnis nicht darauf ankommt, welche Form von Diskriminierung vorliegt, weil beide Formen unzulässig sind. Unterschiede können sich aber beim Nachweis ergeben. Folgt man dem hier vorgeschlagenen Verständnis (siehe dazu vorne Ziff. 2.4.), stellt sich namentlich die Frage, welche Anforderungen an den Nachweis einer Proxy-Diskriminierung zu stellen sind. Bei der Verwendung von algorithmischen Systemen wird man wohl stets statistische Nachweise verlangen und eine Diskriminierung nur annehmen, wenn ein solches System im Ergebnis einen relevanten Anteil von Personen, die ein geschütztes Merkmal aufweisen, gegenüber anderen Personen benachteiligt. Weiter zu vertiefen ist auch die Frage der Rechtfertigung. Mit Blick auf die Rechtssicherheit wäre es wünschenswert, wenn sich Kategorien von Zielen identifizieren liessen, die eine Diskriminierung aus sachlichen Gründen rechtfertigen können. Ob das angesichts der Vielfalt möglicher Konstellationen gelingen kann, lässt sich auf Grundlage des heutigen Standes der Forschung allerdings nicht beurteilen.

8.2. Gesetzgeberische Massnahmen

8.2.1. Im Wesentlichen teilautomatisierte Entscheidungen

In der Praxis werden algorithmische Systeme oft zur Unterstützung von menschlichen Entscheidungen (sog. *Decision Support Systems*) eingesetzt. Die heutige datenschutzrechtliche Regelung erfasst aber nur vollautomatisierte Entscheidungen (siehe dazu vorne Ziff. 3.3.1.b.). Bei teilautomatisierten Entscheidungen besteht weder eine besondere Informationspflicht noch haben die betroffenen Personen ein besonderes Auskunftsrecht. Diese Differenzierung erscheint aus Sicht des Schutzes vor algorithmischer Diskriminierung fragwürdig, weil das Risiko einer Diskriminierung nicht vom Automatisierungsgrad abhängt (siehe dazu vorne Ziff. 2.1.3.). Es könnte deshalb sinnvoll sein, die bei vollautomatisierten Entscheidungen bestehende Informationspflicht (Art. 21 DSGVO) und das dazugehörige Auskunftsrecht (Art. 25 Abs. 2 lit. f DSGVO) auf im Wesentlichen teilautomatisierte Entscheidungen auszudehnen. Dabei sollte aber zwischen den Pflichten von öffentlichen Organen und Privaten und bei Letzteren zwischen Informationspflicht und Auskunftsrecht differenziert werden.

¹⁹² Ausführlich MÜLLER J.-L., S. 205 ff.

¹⁹³ MÜLLER J.-L., S. 235 f.

Bei Entscheidungen von öffentlichen Organen ist die Kennzeichnungspflicht ein Mittel, um das rechtliche Gehör der Betroffenen zu wahren.¹⁹⁴ Dazu gehört auch, dass Verfügungen begründet werden. Wie gezeigt wurde (siehe dazu vorne Ziff. 4.1.), kann der Einsatz von algorithmischen Systemen die Umsetzung der Begründungspflicht beeinträchtigen, was wiederum das Risiko einer algorithmischen Diskriminierung oder zumindest das Risiko, dass eine Diskriminierung nicht erkannt wird, erhöhen kann. Dies trifft auch zu bei Entscheidungen, die nicht vollautomatisiert getroffen werden. Eine Ausdehnung der Informationspflicht und des entsprechenden Auskunftsrechts auf im Wesentlichen teilautomatisierte Entscheidungen ist deshalb sinnvoll, um dem Gehalt des rechtlichen Gehörs bei solchen Entscheidungen tatsächlich Rechnung zu tragen.¹⁹⁵

Bei Entscheidungen von Privaten ist die Ausgangslage grundlegend anders. Gegenüber Privaten gibt es weder einen Anspruch auf rechtliches Gehör noch sind diese verpflichtet, ihre Entscheidungen zu begründen. Vor diesem Hintergrund erscheint es durchaus fraglich, weshalb Private nach geltendem Recht verpflichtet sind, Personen darüber zu informieren, dass eine sie betreffende Entscheidung vollautomatisiert erfolgt ist. Erklären lässt sich das wohl nur mit einer verbreiteten Skepsis gegenüber der Qualität solcher Entscheidungen.¹⁹⁶ Vor einer Erweiterung der Informationspflicht für vollautomatisierte Entscheidungen auf im Wesentlichen teilautomatisierte Entscheidungen müsste deshalb untersucht werden, ob die bestehende Informationspflicht ihren Zweck erfüllt. Dazu wäre in einem ersten Schritt zu prüfen, ob die Information von betroffenen Personen überhaupt zur Kenntnis genommen und als relevant und nützlich erachtet wird. In einem zweiten Schritt müsste dann untersucht werden, ob die mit der Informationspflicht verbundenen Kosten für Unternehmen in einem vernünftigen Verhältnis zum mit der Information geschaffenen Nutzen für die Betroffenen steht. Auch das erscheint fraglich, zumal die Umsetzung der Informationspflicht eine umfassende Analyse aller Bearbeitungsprozesse in einem Unternehmen und das Ergreifen von Massnahmen für das Vermitteln der Information erfordert, was mit hohen Kosten verbunden sein kann. Für die vorliegende Fragestellung ist zudem zu beachten, dass die blossе Information über die Art einer Entscheidung noch keinen Schutz gegen algorithmische (oder andere) Diskriminierung vermittelt und es für das Vorliegen einer Diskriminierung auch nicht darauf ankommt, ob eine Entscheidung vollautomatisiert, im Wesentlichen automatisiert, im Wesentlichen oder allein von Menschen gefällt wurde.

Entscheidend ist vielmehr, dass die betroffenen Personen über ein Auskunftsrecht verfügen, das es ihnen erlaubt, bei einem Verdacht auf Diskriminierung von einem Unternehmen umfassende Informationen über die bearbeiteten Personendaten und über die Logik zu erhalten, die einer vollständig oder im Wesentlichen automatisierten Entscheidung zugrunde liegt. Wie das allgemeine datenschutzrechtliche Auskunftsrecht könnte auch ein solches besonderes Auskunftsrecht von den betroffenen Personen jederzeit und ohne Angabe von Gründen geltend gemacht werden.¹⁹⁷ Bei einem Verdacht auf Diskriminierung könnten die Betroffenen damit von Unternehmen die Informationen erhalten, die sie für die Überprüfung der Entscheidung und die Durchsetzung allfälliger Ansprüche brauchen. Ein solches besonderes Auskunftsrecht bei im Wesentlichen oder vollständig automatisierten Entscheidungen wäre für den Schutz der betroffenen Personen vor algorithmischer Diskriminierung ungleich wirkungsvoller als eine erweiterte Informationspflicht. Zugleich würde ein solches Auskunftsrecht den betroffenen Unternehmen deutlich geringere Kosten verursachen.

¹⁹⁴ Zum Ganzen BRAUN BINDER, *Automatisierte Entscheidungen*, S. 32 f.

¹⁹⁵ So auch das Bundesamt für Justiz in der *Rechtlichen Basisanalyse 2024*, S. 55 f.

¹⁹⁶ Siehe dazu SUTER, S. 109 ff.; THOUVENIN/FRÜH, S. 9.

¹⁹⁷ Statt vieler OFK DSG-STENGEL/STÄUBLE, Art. 25 N 6 f.

Klar ist dagegen, dass das Recht auf menschliche Überprüfung, wie es für vollautomatisierte Systeme *de lege lata* vorgesehen ist, nicht auf im Wesentlichen automatisierte Entscheidungen auszudehnen ist, weil der Mensch hier im Entscheidungsprozess bereits involviert ist. Für öffentliche Organe gilt allerdings auch hier, dass die Ansprüche aus dem rechtlichen Gehör bei KI-gestützten Verfügungen eine Begründung erfordern und damit die Überprüfbarkeit gewährleisten.

8.2.2. Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz

a. Vorschlag

Den umfassendsten Schutz gegen algorithmische (und anderweitige) Diskriminierung würde ein allgemeines Gleichbehandlungsgesetz oder Antidiskriminierungsgesetz schaffen, das direkte und indirekte Diskriminierung nicht nur durch staatliche Behörden, sondern auch durch private Akteurinnen und Akteure verbieten würde.

Ein solches Gesetz könnte auf bestehenden Regelungen aufbauen, insb. auf dem GlG und auf Teilen des BehiG, die bereits heute bestimmte Diskriminierungsformen erfassen. Viele Staaten kennen bereits vergleichbare Regelungen.¹⁹⁸ An diesen könnte sich ein schweizerisches allgemeines Gleichstellungs- oder Antidiskriminierungsgesetz orientieren.¹⁹⁹

Um die Rechtssicherheit zu erhöhen und die Rechtsdurchsetzung zu erleichtern, wäre es sinnvoll, in einem solchen Gesetz Vorgaben zum Nachweis von Diskriminierung vorzusehen. Dabei müsste es genügen, wenn eine betroffene Person eine Diskriminierung glaubhaft macht. Trifft dies zu, müsste das öffentliche Organ oder das Unternehmen den Gegenbeweis der Nicht-Diskriminierung erbringen. Die Verfahren sollten für die betroffenen Personen grundsätzlich unentgeltlich sein; anderes sollte gelten, wenn Ansprüche missbräuchlich geltend gemacht werden. Mit Blick auf die Rechtssicherheit könnte es zudem sinnvoll sein, mögliche Rechtfertigungsgründe in einer nicht abschliessenden Liste von Regelbeispielen vorzusehen.

Für die Rechtsdurchsetzung sollte für Organisationen, die sich spezifisch mit Diskriminierung befassen, ein spezielles Verbandsklagerechts vorgesehen werden. Dieses könnte sich an der Regelung im BehiG orientieren. Dieses sieht in bestimmten Bereichen vor, dass Behindertenorganisationen von gesamtschweizerischer Bedeutung, die seit mindestens zehn Jahren bestehen, Rechtsansprüche aufgrund von Benachteiligungen geltend machen können, die sich auf eine grosse Zahl von Menschen mit Behinderungen auswirken (Art. 9 Abs. 1 BehiG).

Der Anwendungsbereich eines allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes könnte umfassend sein oder auf bestimmte Themenfelder wie Arbeit, Bildung oder Konsum beschränkt werden, wenn der politische Wille für ein umfassendes Gleichbehandlungsgesetz fehlen sollte. Im Sinn einer schrittweisen Weiterentwicklung des geltenden Rechts wäre es auch denkbar, spezifische Gesetze gegen die Diskriminierung aufgrund bestimmter geschützter Merkmale zu erlassen, bspw. ein Antirassendiskriminierungsgesetz.

¹⁹⁸ Z. B. in Deutschland: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz (AGG) vom 14. August 2006; in Österreich: Bundesgesetz über die Gleichbehandlung (GlBG) vom 17. Juni 2004.

¹⁹⁹ Siehe dazu auch PÄRLI/NAGUIB, S. 43 ff.

b. Vor- und Nachteile

Ein allgemeines Gleichbehandlungs- oder Antidiskriminierungsgesetz hätte den grossen Vorteil, dass es jede Form von Diskriminierung systematisch und einheitlich erfassen würde. Dies würde nicht nur zu mehr Rechtssicherheit führen, sondern könnte auch eine wichtige Signalwirkung haben, indem ein solches Gesetz klarstellen würde, dass Diskriminierung – auch durch Private – allgemein unzulässig ist.

Ein allgemeines Diskriminierungsverbot würde zwar recht stark in die Privatautonomie eingreifen, insb. in die Vertragsfreiheit. Ein solcher Eingriff erscheint angesichts der Bedeutung der Problematik aber gerechtfertigt. Mit Blick auf die betroffenen Interessen müsste ein allgemeines Gleichbehandlungs- oder Antidiskriminierungsgesetz eine ausgewogene Regelung schaffen, die natürliche Personen effektiv vor Diskriminierung schützt, ohne dabei übermässig in private Rechtsverhältnisse einzugreifen.

Als mögliche Rechtsfolgen stehen negatorische Ansprüche im Vordergrund, insb. ein Anspruch auf Unterlassung und Beseitigung sowie ein Anspruch auf Feststellung einer Diskriminierung. Denkbar wäre aber auch die Einführung reparatorischer Ansprüche, insb. auf Schadenersatz und Genugtuung.

Die Rechtsfolgen könnten zudem vom Verschulden abhängig gemacht werden. Für negatorische Ansprüche könnte ein fahrlässiges Verhalten genügen, während reparatorische Ansprüche nur bei vorsätzlichem Verhalten greifen würden. Diese Differenzierung würde dem präventiven Zweck des Diskriminierungsschutzes Rechnung tragen und übermässige Haftungsrisiken für Private vermeiden. Ein solcher Ansatz würde zudem dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit Rechnung tragen und Anreize für die sorgfältige Entwicklung und Kontrolle algorithmischer Systeme schaffen.

Gleichzeitig sollten Unternehmen durch praktische Hilfestellungen, etwa technische Leitlinien für die Entwicklung und Verwendung von algorithmischen Systemen, bei der Umsetzung diskriminierungsfreier Prozesse unterstützt werden.

Darüber hinaus könnte eine Beratungsstelle eingerichtet werden, die Unternehmen und betroffene Personen über rechtliche Anforderungen, Präventionsmassnahmen und mögliche Rechtsfolgen informieren könnte. Eine solche Institution könnte helfen, Unsicherheiten zu reduzieren, Missverständnisse frühzeitig zu klären und Unternehmen bei der Einhaltung der Vorgaben zu unterstützen. Wichtig wäre, dass eine solche Stelle mit ausreichenden personellen und finanziellen Ressourcen ausgestattet wäre.

8.2.3. Neuer Grundsatz der Datenbearbeitung

a. Vorschlag

Eine weitere Möglichkeit ist die Einführung eines neuen Grundsatzes der Datenbearbeitung im DSG, nach dem niemand aufgrund der Bearbeitung seiner oder ihrer Personendaten diskriminiert werden darf. Dadurch liessen sich direkte Diskriminierungen erfassen, weil diese stets mit der Bearbeitung von Personendaten verbunden sind.

Der Gedanke der fairen und diskriminierungsfreien Datenbearbeitung lässt sich schon aus dem Zweckartikel des DSG herleiten, das zum Ziel hat, die Grundrechte und die Persönlichkeit der von einer Datenbearbeitung betroffenen Personen zu schützen (Art. 1 DSG). Auch aus dem Grundsatz von Treu und Glauben (Art. 6 Abs. 2 DSG) lässt sich ableiten, dass Personendaten fair bearbeitet werden müssen und nicht zu einer Diskriminierung führen dürfen.

b. Vor- und Nachteile

Ein Vorteil einer Regelung im DSG wäre, dass dieses nur punktuell erweitert werden müsste, was aus gesetzgeberischer Sicht relativ einfach umzusetzen wäre. Zudem enthält das DSG bereits wirksame Durchsetzungsmechanismen und mit dem EDÖB besteht eine Behörde, die von sich aus oder auf Hinweis von betroffenen Personen gegen Gesetzesverstösse vorgehen kann.

Zudem besteht mit dem datenschutzrechtlichen Auskunftsrecht (Art. 25 DSG) ein weitgehendes Mittel, um Erkenntnisse über die Datenbearbeitung zu erhalten. Dieses Mittel ist für die Rechtsdurchsetzung hilfreich. Der EDÖB hat bereits festgehalten, dass das DSG auf «KI direkt anwendbar» ist, wenn KI-Systeme Personendaten bearbeiten.²⁰⁰ Wie die Analyse der bestehenden Regelungen zeigt, enthält das DSG schon heute Ansatzpunkte für den Schutz betroffener Personen gegen Diskriminierung durch Private (siehe dazu vorne Ziff. 3.3.). Die Klarstellung in einem eigenen Datenbearbeitungsgrundsatz würde Rechtssicherheit schaffen.

Eine Regelung im DSG hätte allerdings den gewichtigen Nachteil, dass sie systemfremd wäre und nicht ins Datenschutzrecht passt, weil sie über dessen eigentlichen Zweck hinausgeht – nämlich den Schutz der Privatsphäre und eine gewisse Kontrolle der Personen über die Bearbeitung der sie betreffenden Daten. Die Integration eines Diskriminierungsschutzes würde das DSG thematisch stark ausweiten und könnte die ursprüngliche Zielsetzung verwässern.²⁰¹

Ein weiterer Nachteil liegt in den begrenzten Kapazitäten des EDÖB. Bereits jetzt ist die Behörde stark ausgelastet und eine zusätzliche Zuständigkeit könnte die Erfüllung ihrer Kernaufgaben beeinträchtigen. Hinzu kommt, dass der EDÖB auf den Schutz betroffener Personen vor den Risiken der Bearbeitung von Personendaten spezialisiert ist und nicht auf die Beurteilung von Diskriminierungsfällen.

8.3. Besondere Massnahmen im öffentlichen Recht

Beim Einsatz von KI durch Behörden kommt dem besonderen Vertrauensverhältnis zwischen Staat und Bevölkerung eine zentrale Bedeutung zu. Dieses Verhältnis gründet auf der Erwartung, dass staatliches Handeln rechtsstaatlichen Grundsätzen folgt, dem Gemeinwohl verpflichtet ist, und die Grundrechte aller Individuen achtet und schützt. Das Vertrauen in staatliche Institutionen ist strukturell und normativ verankert. Die Verwaltung verfügt über weitreichende Befugnisse, die tief in die Rechtsstellung der Menschen eingreifen können. Beim Einsatz von KI durch Behörden sind deshalb besondere, weiterführende Massnahmen erforderlich. Ein Verlust des Vertrauens kann nicht nur die Akzeptanz neuer Technologien untergraben, sondern die Legitimität staatlicher Entscheidungen insgesamt in Frage stellen.

Vor diesem Hintergrund geht es in erster Linie darum, mehr Transparenz über den Einsatz von algorithmischen Systemen in der Verwaltung zu schaffen (siehe dazu Ziff. 8.3.1.) bzw. den Einsatz auf solche Systeme zu beschränken, die Nachvollziehbarkeit gewährleisten können (siehe dazu Ziff. 8.3.2.). Zudem gibt es konkrete Vorkehrungen in der Verwaltungstätigkeit, die sich als Empfehlungen für die Verwaltungsstellen, die KI-Systeme einsetzen, formulieren lassen (siehe dazu Ziff. 8.3.3.). Ausserdem stellt sich die Frage, ob es bestimmte Anwendungsbereiche gibt, die sich grundsätzlich nicht für eine vollständige Automatisierung eignen (siehe dazu Ziff. 8.3.4.).

²⁰⁰ Siehe dazu die Mitteilung des EDÖB vom 8. Mai 2025: Update – Geltendes Datenschutzgesetz ist auf KI direkt anwendbar (<https://www.edoeb.admin.ch/de/update-geltendes-datenschutzgesetz-ist-auf-ki-direkt-anwendbar>).

²⁰¹ Siehe dazu auch HACKER, S. 1172.

8.3.1. Schaffung von öffentlichen Verzeichnissen

Die Schaffung öffentlicher Verzeichnisse der in der Bundesverwaltung eingesetzten algorithmischen Systeme wird von verschiedenen Akteurinnen und Akteuren als Massnahme zur Verhinderung von Diskriminierung verstanden.²⁰² Dabei müssten nicht alle algorithmischen Systeme, die in der Verwaltung eingesetzt werden, aufgeführt werden, sondern nur solche, die mit erhöhten Risiken für die Grundrechte der betroffenen Personen verbunden sind oder sich in anderer Weise auf deren Rechte und Pflichten auswirken.²⁰³

Solche Verzeichnisse können zwar Diskriminierung durch algorithmische Systeme nicht per se verhindern.²⁰⁴ Sie schaffen aber eine wichtige Voraussetzung für mehr Transparenz und gesellschaftliche Kontrolle: Betroffene Personen können erkennen, ob und in welchem Kontext ein algorithmisches System auf sie Anwendung findet. Dadurch wird eine wichtige Grundlage geschaffen, um diskriminierende Auswirkungen zu identifizieren und rechtliche sowie politische Massnahmen einzuleiten, etwa in Form der Anfechtung von Verfügungen oder der Forderung nach einer unabhängigen Überprüfung des eingesetzten KI-Systems.

Aufgrund des Legalitätsprinzips (Art. 164 Abs. 1 BV) müssten die Pflicht, ein derartiges Verzeichnis zu führen, sowie grundlegende Informationen zur Stelle, die das Verzeichnis führt, und zu den zu erfassenden Systemen, auf formell-gesetzlicher Stufe geregelt werden.²⁰⁵ Die rechtliche Verankerung könnte etwa im EMBAG oder im DSG erfolgen.²⁰⁶ Konkretisierungen zu den Basisinformationen und Referenzen, die weiterführende Informationen oder Prüfungsberichte liefern könnten, wären auf Verordnungsstufe zu erfassen.²⁰⁷

8.3.2. Einschränkung auf die Verwendung von nachvollziehbaren Systemen

Die Forderung nach Nachvollziehbarkeit algorithmischer Entscheidungen gründet im verfassungsrechtlich angelegten Begründungserfordernis von Verfügungen.²⁰⁸ Wie sich gezeigt hat, ist die Begründung von Verfügungen auch ein Element, um algorithmische Diskriminierung zu verhindern (siehe dazu vorne Ziff. 4.1.). Kann die Nachvollziehbarkeit von Entscheidungen, die (mithilfe) von KI-Systemen gefällt wurden, nicht gewährleistet werden, entsteht ein verfassungsrechtliches Defizit. In solchen Fällen fehlt die Grundlage für eine effektive Selbst- und Fremdkontrolle der Entscheidung durch die sachbearbeitende Person und die Rechtsmittelinstanz.

Vor diesem Hintergrund empfiehlt es sich, den Einsatz nicht-nachvollziehbarer KI-Systeme in der öffentlichen Verwaltung grundsätzlich auszuschliessen. So könnte der Gesetzgeber explizit festlegen, dass

²⁰² BRAUN BINDER et al., Studie KI, S. 50; BRAUN BINDER/OBRECHT, Transparenz, S. 1075 ff.; THOUVENIN et al., Positionspapier 2021, S. 3; AlgorithmWatch Schweiz, Automatisierte Entscheidungssysteme im öffentlichen Sektor: einige Empfehlungen, 25.2.2022 (<https://algorithmwatch.ch/de/adm-offentlichersektor-empfehlungen/>).

²⁰³ So müssten etwa keine algorithmischen Systeme aufgeführt werden, die im Rahmen der administrativen Hilfstätigkeit eingesetzt werden wie z. B. KI-basierte Übersetzungsprogramme (siehe dazu BRAUN BINDER/OBRECHT, Transparenz, S. 5).

²⁰⁴ BERENDT, S. 47 f.; OBRUCHT, Frauenfragen, S. 79 f.

²⁰⁵ Zum Ganzen BRAUN BINDER/OBRECHT, Transparenz, S. 1079 f.

²⁰⁶ Siehe zum Ganzen BRAUN BINDER/OBRECHT, Transparenz, S. 1078 f.

²⁰⁷ Siehe für eine zusammenfassende Übersicht zu relevanten Angaben für algorithmische Systeme in einem öffentlichen Verzeichnis BRAUN BINDER/OBRECHT, WP Transparenz, S. 5 f.

²⁰⁸ Die Begründungspflicht für Verfügungen leitet sich aus dem rechtlichen Gehör nach Art. 29 Abs. 2 BV ab und wird auf Gesetzesstufe im Bundesrecht in Art. 35 Abs. 1 VwVG konkretisiert. Siehe die Ausnahmen zur Begründungspflicht gemäss Art. 35 Abs. 3 VwVG.

in der öffentlichen Verwaltung grundsätzlich nur KI-Systeme zur Anwendung kommen, deren Entscheidungslogik offengelegt und durch die sachbearbeitende Person, die betroffene Person und die Rechtsmittelinstanz nachvollzogen werden kann. Dies kann dazu beitragen, die Selbstkontroll- und die Rechtsmittelfunktion der Begründungspflicht zu verwirklichen.

8.3.3. Empfehlungen für Verwaltungsbehörden, die KI-Systeme einsetzen

Verwaltungsstellen, die KI-Systeme im Rahmen von Verwaltungsverfahren einsetzen wollen, können verschiedene Vorkehrungen treffen, um das Diskriminierungsrisiko zu minimieren. Angefangen von der Begleitung der – im Regelfall an Private ausgelagerten – Programmierungsarbeit zur Vermeidung von diskriminierendem Programmcode,²⁰⁹ über die Nutzung bzw. Zurverfügungstellung von Trainingsdatensätzen, die vielfältig, aktuell und repräsentativ sind,²¹⁰ bis hin zur Befähigung und Verpflichtung von Mitarbeitenden, Outputs von KI-Systemen kritisch zu prüfen und die jeweilige Entscheidung ggf. durch eine menschliche Entscheidung zu ersetzen.²¹¹

Eine besonders hervorzuhebende Massnahme, um Diskriminierungsrisiken KI-gestützter Entscheidungen zu erkennen und dagegen vorzugehen, sind stichprobenartige Kontrollen.²¹² Diese sollten nicht nur durch Gerichte im nachträglichen Rechtsschutzverfahren durchgeführt werden, sondern standardmässig bereits im Rahmen des Verwaltungshandelns vorgesehen werden. So könnte beim Einsatz von KI-Systemen in Verwaltungsverfahren eine bestimmte Zahl an Zufallsstichproben zur menschlichen Überprüfung ausgesteuert werden.²¹³

8.3.4. Verzicht auf vollautomatisierte Entscheidungen in sensiblen Bereichen

Eine weitere Massnahme, um algorithmischer Diskriminierung entgegenzuwirken, besteht in der Begrenzung des Einsatzes vollautomatisierter Systeme. Denkbar ist, dass in sensiblen Bereichen auf den Einsatz von vollautomatisierten Systemen verzichtet wird.²¹⁴ In der Konsequenz könnten in diesen Bereichen nur Entscheidungsunterstützungs- oder Entscheidungsüberprüfungssysteme eingesetzt werden. Sollte eine Datenschutz-Folgenabschätzung ergeben, dass das Diskriminierungsrisiko in einem bestimmten Bereich besonders hoch ist, erscheint es sinnvoll, Entscheidungen in diesem Bereich Menschen zu überlassen und KI-Systeme nur zur Entscheidungsunterstützung zu verwenden.

9. Fazit

Der rechtliche Schutz vor Diskriminierung – ob algorithmisch vermittelt oder traditionell – ist in der Schweiz unzureichend ausgebaut. Die BV sieht zwar ein allgemeines Diskriminierungsverbot vor (Art. 8 Abs. 2 BV). Dieses gilt aber nur für staatliche Akteurinnen und Akteure, nicht für Private. Das öffentliche Recht enthält denn auch verschiedene antidiskriminierungsrechtliche Vorgaben; ihre Anwendung auf komplexe, oft intransparente algorithmische Systeme ist aber unklar. Im Privatrecht ist der

²⁰⁹ MARTINI, Blackbox, S. 47 ff.

²¹⁰ Siehe Art. 10 KI-VO.

²¹¹ BUCHHOLTZ/SCHEFFEL-KAIN, S. 616.

²¹² BUCHHOLTZ/SCHEFFEL-KAIN, S. 617.

²¹³ HERMSTRÜWER, S. 497.

²¹⁴ BRAUN BINDER/OBRECHT, Künstliche Intelligenz, S. 38.

Schutz fragmentarisch. Vergleichsweise gut ausgebaut ist einzig der Schutz von Arbeitnehmenden gegen Diskriminierung aufgrund des Geschlechts. Zudem ist die Rechtsdurchsetzung mit Schwierigkeiten verbunden; das gilt für das öffentliche Recht und erst recht für das Privatrecht. Alle diese Probleme bestehen schon bei den traditionellen Formen der Diskriminierung – bei algorithmischer Diskriminierung kommen weitere Herausforderungen hinzu, insb. beim Erfassen und beim Nachweis der bei KI-Systemen im Vordergrund stehenden Proxy-Diskriminierung.

Die in diesem Gutachten empfohlenen Massnahmen beschränken sich nicht auf algorithmische Diskriminierung, zumal schon der Schutz gegen traditionelle Formen der Diskriminierung lückenhaft und vergleichsweise schwach ausgebaut ist. Ein wirksamer Schutz erfordert vielmehr allgemein gültige, technologieneutrale Regeln, die Diskriminierungen durch Behörden und Private erfassen, idealerweise in Form eines allgemeinen Gleichbehandlungs- oder Antidiskriminierungsgesetzes. Mit der Einführung eines solchen Gesetzes könnte eine tragfähige Grundlage für das Erfassen von Diskriminierung gelegt werden. Wie die allgemeinen Vorgaben eines solchen Gesetzes auf algorithmische Systeme anzuwenden wären, müsste in der rechtswissenschaftlichen Forschung geklärt werden. Die Rechtswissenschaft wird sich dabei auf technische und sozialwissenschaftliche Erkenntnisse stützen müssen, um auf gesicherter Grundlage einen hinreichenden Schutz gegen algorithmische Diskriminierung sicherzustellen.

* * * * *

Danksagungen

Die Autorenschaft dankt MLaw Grace Wittmer und MLaw Anna Kuhn – beide ehemalige Mitarbeiterinnen der Forschungsstelle e-PIAF – sowie Lars Ruflin – Mitarbeiter der Forschungsstelle e-PIAF – herzlich für ihre tatkräftige Unterstützung bei der Literaturrecherche und der Analyse der Gesetzestexte für das Gutachten.

Literaturverzeichnis

Hinweis zu den online-Quellen: Die Internetseiten wurden zuletzt am 14. Juli 2025 besucht.

ALON-BARKAT SAAR/BUSUIOC MADALINA, Human-AI Interactions in Public Sector Decision Making: «Automation Bias» and «Selective Adherence» to Algorithmic Advice, JPART 2023, S. 153 ff.

ARIOLI KATHRIN, Die Rechtsfigur der indirekten Diskriminierung, AJP 1993, S. 1327 ff.

BATACHE DJAMILA, Künstliche Intelligenz in der Medizin aus haftungsrechtlicher Perspektive, Diss. Univ. Basel 2023, Zürich 2023

BELSER EVA MARIA/WALDMANN BERNHARD, Grundrechte II: Die einzelnen Grundrechte, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2021

BERENDT BETTINA, The AI Act proposal: Towards the next transparency fallacy? Why AI regulation should be based on principles based on how algorithmic discrimination works, in: Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, nukleare Sicherheit und Verbraucherschutz/Frauke Rostalski (Hrsg.), Künstliche Intelligenz – Wie gelingt eine vertrauenswürdige Verwendung in Deutschland und Europa?, Tübingen 2022, S. 31 ff.

BIAGGINI GIOVANNI, BV Kommentar: Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft, 2. Aufl., Zürich 2017 (zit. BV Komm-BIAGGINI)

BLONSKI DOMINIKA, Kommentierung des Art. 22 DSG, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Datenschutzgesetz (DSG): Bundesgesetz vom 25. September 2020 über den Datenschutz (DSG), 2. Aufl., Bern 2023 (zit. SHK DSG-BLONSKI)

BRAUN BINDER NADJA, Automatisierte Entscheidungen: Perspektive Datenschutzrecht und öffentliche Verwaltung, SZW 2020, S. 27 ff. (zit. BRAUN BINDER, Automatisierte Entscheidungen)

BRAUN BINDER NADJA, Als Verfügungen gelten Anordnungen der Maschinen im Einzelfall... – Dystopie oder künftiger Verwaltungsalltag?, ZSR I 2020, S. 253 ff. (zit. BRAUN BINDER, Dystopie)

BRAUN BINDER NADJA, Künstliche Intelligenz und automatisierte Entscheidungen in der öffentlichen Verwaltung, SJZ 2019, S. 467 ff. (zit. BRAUN BINDER, Künstliche Intelligenz)

BRAUN BINDER NADJA/EGLI CATHERINE, Kommentierung des Art. 10 KI-VO, in: Martini Mario/Wendehorst Christiane (Hrsg.), Kommentar zur KI-VO: Verordnung über künstliche Intelligenz, München 2024 (zit. KI-VO-BRAUN BINDER/EGLI)

BRAUN BINDER NADJA/EGLI CATHERINE, Kommentierung des Art. 9 KI-VO, in: Martini Mario/Wendehorst Christiane (Hrsg.), Kommentar zur KI-VO: Verordnung über künstliche Intelligenz, München 2024 (zit. KI-VO-BRAUN BINDER/EGLI)

BRAUN BINDER NADJA et al., Einsatz Künstlicher Intelligenz in der Verwaltung: rechtliche unethische Fragen, Schlussbericht vom 28. Februar 2021 zum Vorprojekt IP6.4 (<https://www.zh.ch/de/news-uebersicht/medienmitteilungen/2021/04/kuenstliche-intelligenz-in-der-verwaltung-braucht-klare-leitlini.html>), zit. BRAUN BINDER et al., Studie KI)

BRAUN BINDER NADJA/KUNZ ELIANE/OBRECHT LILIANE, Maschinelle Gesichtserkennung im öffentlichen Raum, *sui generis* 2022, S. 53 ff.

BRAUN BINDER NADJA/OBRECHT LILIANE, Transparenz über den staatlichen Einsatz algorithmischer Entscheidungssysteme: Rechtliche Erwägungen ausgehend von Forderungen nach öffentlichen Verzeichnissen, *AJP* 2024, S. 1069 ff. (zit. BRAUN BINDER/OBRECHT, Transparenz)

BRAUN BINDER NADJA/OBRECHT LILIANE, Transparenz durch öffentliches Verzeichnis, White Paper vom Juni 2024 (https://ius.unibas.ch/fileadmin/user_upload/ius/03_Forschung/10_e-PIAF/WhitePaper_Verzeichnis_Juni24.pdf, zit. BRAUN BINDER/OBRECHT, WP Transparenz)

BRAUN BINDER NADJA/OBRECHT LILIANE, Die Begründung von Verfügungen beim Einsatz algorithmischer Systeme, *SJZ* 2024, S. 707 ff. (zit. BRAUN BINDER/OBRECHT, Begründung)

BRAUN BINDER NADJA/OBRECHT LILIANE, Begründungspflicht, White Paper vom Juni 2024 (https://ius.unibas.ch/fileadmin/user_upload/ius/03_Forschung/10_e-PIAF/WhitePaper_Begrue-dung_Juni24.pdf, zit. BRAUN BINDER/OBRECHT, WP Begründung)

BRAUN BINDER NADJA/OBRECHT LILIANE, Algorithmisch überprüfte Steuererklärungen im ordentlichen gemischten Veranlagungsverfahren, *zsis* 1/2023 vom 30.3.2023 (zit. BRAUN BINDER/OBRECHT, Steuererklärungen)

BRAUN BINDER NADJA/OBRECHT LILIANE, Künstliche Intelligenz in der Verwaltung – Möglichkeiten, rechtliche Rahmenbedingungen und Grenzen, in: *SVVOR* (Hrsg.), *Jahrbuch 2021/2022*, Bern 2023, S. 21 ff. (zit. BRAUN BINDER/OBRECHT, Künstliche Intelligenz)

BUCHHOLTZ GABRIELE/SCHIEFFEL-KAIN MARTIN, Algorithmen und Proxy Discrimination in der Verwaltung: Vorschläge zur Wahrung digitaler Gleichheit, *NVwZ* 2022, S. 612 ff.

BÜCHLER ANDREA, in: Kren Kostkiewicz Jolanta/Wolf Stephan/Amstutz Marc/Fankhauser Roland (Hrsg.), *ZGB Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 4. Aufl., Zürich 2021 (zit. OFK ZGB-BÜCHLER)

CHRISTEN MARKUS et al., Wenn Algorithmen für uns entscheiden: Chancen und Risiken der künstlichen Intelligenz, in: *TA-SWISS Publikationsreihe*, TA 72/2020 (<https://www.ta-swiss.ch/kuenstliche-intelligenz>, zit. CHRISTEN et al., TA-SWISS 72/2020)

DIGGELMANN OLIVER et al., Der Diskriminierungsbegriff im öffentlichen und grundrechtlichen Diskurs, *ZSR I* 2022, S. 211 ff.

DZIDA BORIS/GROH NAEMI, Diskriminierung nach dem AGG beim Einsatz von Algorithmen im Bewerbungsverfahren, *NJW* 2018, S. 1917 ff.

FANKHAUSER-FEITKNECHT VIVIAN, Uno-Frauenkonvention gilt auch für Schweizer Gerichte, *Plädoyer* 2009, S. 25

GLATTHAAR MATTHIAS/SCHRÖDER ANNIKA, Kommentierung des Art. 22 DSG, in: Blechta Gabor P./Vasella David (Hrsg.), *Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz*, Basler Kommentar, 4. Aufl., Basel 2023 (zit. BSK DSG-GLATTHAAR/SCHRÖDER)

GÖKSU TARKAN, Rassendiskriminierung beim Vertragsabschluss als Persönlichkeitsverletzung, Diss. Univ. Freiburg 2003, Freiburg 2003 (zit. GÖKSU, Rassendiskriminierung)

GÖKSU TARKAN, Drittwirkung der Grundrechte im Bereich des Persönlichkeitsschutzes, SJZ 2002, S. 89 ff. (zit. GÖKSU, Drittwirkung)

GORDON CLARA-ANN/LUTZ TANJA, Haftung für automatisierte Entscheidungen – Herausforderungen in der Praxis, SZW 2020, S. 53 ff.

HACKER PHILIPP, Teaching Fairness to Artificial Intelligence: Existing and Novel Strategies Against Algorithmic Discrimination Under EU Law, CMLR 2018, S. 1143 ff.

HÄFELIN ULRICH/HALLER WALTER/KELLER HELEN/THURNHERR DANIELA, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 11. Aufl., Zürich/Genf 2024

HÄFELIN ULRICH/MÜLLER GEORG/UHLMANN FELIX, Allgemeines Verwaltungsrecht, 8. Aufl., Zürich/St. Gallen 2020

HAUSAMMANN CHRISTINA, Instrumente gegen Diskriminierung im schweizerischen Recht – ein Überblick, im Auftrag des Eidgenössischen Büros für die Gleichstellung von Menschen mit Behinderungen EBGB und der Fachstelle für Rassismusbekämpfung, Bern 2008

HENSELER SIMON/VASELLA DAVID, Kommentierung des Art. 21 DSG, in: Blechta Gabor P./Vasella David (Hrsg.), Datenschutzgesetz/Öffentlichkeitsgesetz, Basler Kommentar, 4. Aufl., Basel 2023 (zit. BSK DSG-HENSELER/VASELLA)

HERMSTRÜWER YOAN, Fairnessprinzipien der algorithmischen Verwaltung: Diskriminierungsprävention beim staatlichen Einsatz von Machine Learning, AöR 2020, S. 479 ff.

HUSI-STÄMPFLI SANDRA/MORAND ANNE-SOPHIE, Datenschutzrecht, 2. Aufl., Zürich/Genf 2024

KÄGI-DIENER REGULA, Die Bedeutung internationaler Diskriminierungsverbote, insbesondere CEDAW, für die schweizerische Rechtsordnung, Frauenfragen 2009, S. 42 ff. (zit. KÄGI-DIENER, Bedeutung)

KÄGI-DIENER REGULA, Impulse des CEDAW-Übereinkommens für die Gleichstellung im Erwerbsleben insbesondere in der Quotenfrage, AJP 2006, S. 1451 ff. (zit. KÄGI-DIENER, Impulse)

KAUFMANN CLAUDIA, Kommentierung des Art. 3 GlG, in: Kaufmann Claudia/Steiger-Sackmann Sabine (Hrsg.), Kommentar zum Gleichstellungsgesetz, 3. Aufl., Basel 2022 (zit. Komm GlG-KAUFMANN)

KIENER REGINA/KÄLIN WALTER/WYTENBACH JUDITH, Grundrechte, 4. Aufl., Bern 2024

KNEUBÜHLER LORENZ, Die Begründungspflicht: Eine Untersuchung über die Pflicht der Behörden zur Begründung ihrer Entscheide, Diss. Univ. Bern 1998, Bern/Stuttgart/Wien 1998

KRAMER RUDI, Herr, Frau – und nun? Datenschutzrechtliche Aspekte bei der geschlechtlichen Anrede, DSB 2025, S. 27 ff.

KÜRSTEINER THOMAS, Künstliche Intelligenz und Rechtsprechung diskutiert am Beispiel der Begründungspflicht, Richterzeitung 1/2024

KUMKAR LEA KATHARINA, Transparenzanforderungen an Hochrisiko- und andere KI-Systeme, in: Hilgendorf Eric/Roth-Isigkeit David (Hrsg.), Die neue Verordnung der EU zur Künstlichen Intelligenz, München 2023, S. 109 ff.

LEGNER SARAH, KI-Verordnung und algorithmische Diskriminierung, RD 2024, S. 426 ff.

MAHON PASCAL/GRAF ANNE-LAURENCE/STEFFANINI FEDERICA, Der Begriff «Rasse» im schweizerischen Recht, Juristische Studie im Auftrag der Fachstelle für Rassismusbekämpfung des EDI, Neuenburg 30. Oktober 2019 (<https://www.frb.admin.ch/dam/de/sd-web/wgWn3YKX8Q4v/Der%20Begriff%20C2%ABRasse%C2%BB%20im%20schweizerischen%20Recht.pdf>)

MARTINI MARIO, Hochrisiko-KI-Systeme: Risikobasierter Ansatz, in: Hilgendorf Eric/Roth-Isigkeit David (Hrsg.), Die neue Verordnung der EU zur Künstlichen Intelligenz, München 2023, S. 51 ff. (zit. MARTINI, Hochrisiko-KI-Systeme)

MARTINI MARIO, Blackbox Algorithmus, Berlin 2019 (zit. MARTINI, Blackbox)

MEILI ANDREAS, Kommentierung des Art. 28 ZGB, in: Geiser Thomas/Fountoulakis Christiana (Hrsg.), Zivilgesetzbuch I, Basler Kommentar, 7. Aufl., Basel 2022 (zit. BSK ZGB I-MEILI)

MOSIMANN HANS-JAKOB, Entscheidungsbegründung: Begründung und Redaktion von Gerichtsurteilen und Verfügungen, Zürich 2013

MÜLLER ANGELA, «Es geht nicht darum, Technologie zu verteufeln», Frauenfragen 2024, S. 26 ff.

MÜLLER JÖRG PAUL/SCHEFER MARKUS, Grundrechte in der Schweiz, 4. Auflage, Bern 2008

MÜLLER JAN-LAURIN, Algorithmische Entscheidungssysteme im Nichtdiskriminierungsrecht, in: Bundesministerium für Umwelt, Naturschutz, nukleare Sicherheit und Verbraucherschutz/Frauke Rostalski (Hrsg.), Künstliche Intelligenz – Wie gelingt eine vertrauenswürdige Verwendung in Deutschland und Europa?, Tübingen 2022, S. 205 ff.

NAGUIB TAREK, Mehrfachdiskriminierung: Analysekategorie im Diskriminierungsschutzrecht, SJZ 2010, S. 233 ff.

NAGUIB TAREK/PÄRLI KURT, Diskriminierungsschutzrecht: Errungenschaften und Kritik, in: Naguib Tarek/Pärli Kurt/Copur Eylem/Studer Melanie (Hrsg.), Diskriminierungsrecht, Handbuch für Jurist_innen, Berater_innen und Diversity-Expert_innen, Bern 2014, S. 445 ff.

OBRECHT LILIANE, Öffentliche Verzeichnisse sind ideal, um über die Risiken und Chancen von KI zu diskutieren, Frauenfragen 2024, S. 78 ff. (zit. OBRECHT, Frauenfragen)

OBRECHT LILIANE, Verfügung und automatisierte Einzelentscheidung – same same but different?, ex/ante 2/2022, S. 38 ff. (zit. OBRECHT, Verfügung)

ODERMATT DANIELA FRANZISKA, Das Konzept der Intersektionalität im Schweizerischen Recht, QFLR 1/2022, S. 7 ff.

ORWAT CARSTEN, Diskriminierungsrisiken durch Verwendung von Algorithmen, Antidiskriminierungsstelle des Bundes, Berlin 2019 (https://www.antidiskriminierungsstelle.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/Expertisen/studie_diskriminierungsrisiken_durch_verwendung_von_algorithmen.pdf?__blob=publicationFile&v=3)

PÄRLI KURT, Aids: Datenschutz und Diskriminierung, digma 2003, S. 127 ff.

PÄRLI KURT/CAPLAZI ALEXANDRA/SUTER CAROLINE, Recht gegen HIV/Aids-Diskriminierung im Arbeitsverhältnis, Bern 2007

PÄRLI KURT/FLÜCK NATHALIE, Kommentierung des Art. 21 DSG, in: Baeriswyl Bruno/Pärli Kurt/Blonski Dominika (Hrsg.), Datenschutzgesetz (DSG): Bundesgesetz vom 25. September 2020 über den Datenschutz, 2. Aufl., Bern 2023 (zit. SHK DSG-PÄRLI/FLÜCK)

PÄRLI KURT/NAGUIB TAREK, Schutz vor rassistischer Diskriminierung im Privatrecht – Analyse und Lösungsvorschläge, Juristische Studie im Auftrag der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus EKR, Juni 2025 (https://www.ekr.admin.ch/pdf/EKR_Berichte_Paerli_DE_250603.pdf)

RECHSTEINER DAVID, Der Algorithmus verfügt, Jusletter vom 26. November 2018

RHINOW RENÉ/SCHEFER MARKUS/UEBERSAX PETER, Schweizerisches Verfassungsrecht, 3. Aufl., Basel 2016

RUSCHEMEIER HANNAH, Kommentierung des Art. 6 KI-VO, in: Martini Mario/Wendehorst Christiane (Hrsg.), Kommentar zur KI-VO: Verordnung über künstliche Intelligenz, München 2024 (zit. KI-VO-RUSCHEMEIER)

RUSCHEMEIER HANNAH, The Problems of the Automation Bias in the Public Sector – A Legal Perspective, Weizenbaum Conference proceedings 2023 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4521474, zit. RUSCHEMEIER, Automation Bias)

SCHWEIZER RAINER J./FANKHAUSER KIM, Kommentierung des Art. 8 BV, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Die schweizerische Bundesverfassung, St. Galler Kommentar, 4. Aufl., Zürich 2023 (zit. SGK BV-SCHWEIZER/FANKHAUSER)

SIMMLER MONIKA/CANOVA GIULIA, Gesichtserkennungstechnologie: Die «smarte» Polizeiarbeit auf dem rechtlichen Prüfstand, SR 2021, S. 105 ff.

ŠKORJANC ŽIGA, Automatisierte Kreditentscheidungen, CB 2020, S. 70 ff.

SPINDLER GERALD, Anforderungen an Hochrisiko-KI-Systeme (ausser Transparenz), in: Hilgendorf Eric/Roth-Isigkeit David (Hrsg.), Die neue Verordnung der EU zur Künstlichen Intelligenz, München 2023, S. 93 ff.

STANOVSKY GABRIEL/SMITH NOAH A./ZETTEMAYER LUKE, Evaluating Gender Bias in Machine Translation, Proceedings of the 57th Annual Meeting of the Association for Computational Linguistics, July 28 – August 2, 2019, S. 1679 ff.

STEINER OLIVIER, Das Verbot der indirekten Lohndiskriminierung, AJP 2001, S. 1281 ff.

STENGEL CORNELIA/STÄUBLE LUCA, Kommentierung des Art. 25 DSG, in: Bieri Adrian/Powell Julian (Hrsg.), DSG Kommentar: Kommentar zum Schweizerischen Datenschutzgesetz mit weiteren Erlassen, Zürich 2023 (zit. OFK DSG-STENGEL/STÄUBLE)

STREIFF ULLIN/VON KAENEL ADRIAN/RUDOLPH ROGER, Arbeitsvertrag, Praxiskommentar zu Art. 319 – 362 OR, 7. Aufl., Zürich 2012 (zit. PK OR-STREIFF/VON KAENEL/RUDOLPH)

SUTER FABIENNE, Automatisierte Einzelentscheidungen im (Schweizer) Datenschutzrecht: Phänomen, Entstehungsgeschichte, Regelungsziele und Begriff, Diss. Univ. Zürich 2023, Zürich 2024

THOUVENIN FLORENT/FRÜH ALFRED, Automatisierte Entscheidungen: Grundfragen aus der Perspektive des Privatrechts, SZW 2020, S. 3 ff.

THOUVENIN FLORENT/VOLZ STEPHANIE, Diskriminierung, White Paper vom Juni 2024 (https://www.itsl.uzh.ch/dam/jcr:19d5ad6c-2671-431c-86d7-822e27877606/2024_ITSL_WhitePaper_Diskriminierung.pdf, zit. THOUVENIN/VOLZ, WP Diskriminierung)

THOUVENIN FLORENT/VOLZ STEPHANIE, Ein Rechtsrahmen für den Einsatz von Künstlicher Intelligenz (KI) in der Schweiz, ZBJV 2024, S. 613 ff. (zit. THOUVENIN/VOLZ, Rechtsrahmen)

THOUVENIN FLORENT/VOLZ STEPHANIE/SORAYA WEINER/CHRISTOPH HEITZ, Diskriminierung beim Einsatz von Künstlicher Intelligenz (KI), Jusletter IT 4. Juli 2024

TINHOFFER ANDREAS, Algorithmenbasierte Entscheidungen und Diskriminierung, DRdA 2022, S. 170 ff.

UTTINGER URSULA/GEISER THOMAS, Das neue Datenschutzrecht, Basel 2023

VILLIGER MARK EUGEN, Die Pflicht zur Begründung von Verfügungen, ZBl 90/1989, S. 137 ff.

WALDMANN BERNHARD, Kommentierung des Art. 8 BV, in: Waldmann Bernhard/Belser Eva Maria/Epiney Astrid (Hrsg.), Bundesverfassung, Basler Kommentar, Basel 2015 (zit. BSK BV-WALDMANN)

WALDMANN BERNHARD, Das Diskriminierungsverbot von Art. 8 Abs. 2 BV als besonderer Gleichheitssatz, Bern 2003 (zit. WALDMANN, Diskriminierungsverbot)

WEBER ROLF H./HENSELER SIMON, Regulierung von Algorithmen in der EU und in der Schweiz: EuZ 2020, S. 28 ff.

WEDER REGINA, Verfahrensgrundrechtliche Anforderungen an automatisierte Verwaltungsverfahren, in: Simmler Monika (Hrsg.), Smart Criminal Justice, Basel 2021, S. 237 ff.

WETZSTEIN SIMONE/WOLFENBERGER JULIANE, Kommentierung des Art. 3 GlG, in: Facincani Nicolas/Hirzel Monika/Sutter Reto/Wetzstein Simone (Hrsg.), Gleichstellungsgesetz: Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann vom 24. März 1995, Bern 2022 (zit. SHK GlG-WETZSTEIN/WOLFENBERGER)

WIEDERKEHR RENÉ, Die Begründungspflicht nach Art. 29 Abs. 2 BV und die Heilung bei Verletzung, ZBl 2010, S. 481 ff.

WILDHABER ISABELLE/LOHMANN MELINDA F./KASPER GABRIEL, Diskriminierung durch Algorithmen – Überlegungen zum schweizerischen Recht am Beispiel prädiktiver Analytik am Arbeitsplatz, ZSR I 2019, S. 459 ff.

Erlassverzeichnis

Hinweis: Die Erlasse sind nach Hierarchie (Verfassung – Gesetz – Verordnung) und innerhalb dieser Hierarchie alphabetisch geordnet.

Bund und Völkerrecht

BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (SR 101)
ArG	Bundesgesetz über die Arbeit in Industrie, Gewerbe und Handel vom 13. März 1964 (SR 822.11)
BehiG	Bundesgesetz über die Beseitigung von Benachteiligungen von Menschen mit Behinderungen vom 13. Dezember 2002 (SR 151.3)
BöB	Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 21. Juni 2019 (SR 172.056.1)
BPG	Bundespersonalgesetz vom 24. März 2000 (SR 172.220.1)
CEDAW	Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau vom 18. Dezember 1979 (SR 0.108)
CERD	Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassen-diskriminierung vom 21. Dezember 1965 (SR 0.104)
DSG	Bundesgesetz über den Datenschutz vom 25. September 2020 (SR 235.1)
EMBAG	Bundesgesetz über den Einsatz elektronischer Mittel zur Erfüllung von behördenaufgaben (SR 172.019)
EMRK	Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten vom 4. November 1950 (SR 0.101)
FZA	Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21. Juni 1999 (SR 0.142.112.681)
GlG	Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann vom 24. März 1995 (SR 151.1)
GUMG	Bundesgesetzes über die genetische Untersuchung am Menschen vom 15. Juni 2018 (SR 810.12)
HFKG	Bundesgesetz über die Förderung der Hochschulen und die Koordination im schweizerischen Hochschulbereich vom 30. September 2011 (SR 414.20)
KJFG	Bundesgesetz über die Förderung der ausserschulischen Arbeit mit Kindern und Jugendlichen vom 30. September 2011 (SR 446.1)

MstG	Militärstrafgesetz vom 13. Juni 1927 (SR 321.0)
OR	Bundesgesetz betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
RDK	Internationales Übereinkommen zur Beseitigung jeder Form von Rassendiskriminierung vom 21. Dezember 1965 (SR 0.104)
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
UNO-Pakt II	Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte vom 16. Dezember 1966 (SR 0.103.2)
VwVG	Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren vom 20. Dezember 1968 (SR 172.021)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZPO	Schweizerische Zivilprozessordnung vom 19. Dezember 2008 (SR 272)
KVAV	Verordnung betreffend die Aufsicht über die soziale Krankenversicherung vom 18. November 2015 (SR 832.121)
PVBger	Personalverordnung des Bundesgerichts vom 27. August 2001 (SR 172.220.114)
Kanton Zürich (ZH)	
KV-ZH	Verfassung des Kantons Zürich vom 27. Februar 2005 (LS 101; SR 131.211)
HOPH-ZH	Hochschulordnung der Pädagogischen Hochschule Zürich vom 22. November 2017 (LS 414.410)
PVF-ZH	Personalverordnung der Zürcher Fachhochschule vom 16. Juli 2008 (LS 414.112)
R-UZH-SB-ZH	Reglement zum Schutz vor sexueller Belästigung an der Universität Zürich vom 1. März 2007 (LS 415.116)
SVO-ZH	Submissionsverordnung vom 28. Juni 2023 (LS 720.11)
Kanton Basel-Stadt (BS)	
KV-BS	Verfassung des Kantons Basel-Stadt vom 23. März 2005 (SG 111.100; SR 131.222.1)
TBG-BS	Gesetz betreffend Tagesbetreuung von Kindern vom 8. Mai 2019 (SG 815.100)

Vertrag FHNW-BS Vertrag zwischen den Kantonen Aargau, Basel-Landschaft, Basel-Stadt und Solothurn über die Fachhochschule Nordwestschweiz vom 9. November 2004 (SG 428.100)

WRFV-BS Verordnung über die Wohnraumförderung vom 17. Juni 2014 (SG 861.520)

Kanton Aargau (AG)

KV-AG Verfassung des Kantons Aargau vom 25. Juni 1980 (SAR 110.000; SR 131.227)

Kanton Waadt (VD)

KV-VD Verfassung des Kantons Waadt vom 14. April 2003 (RSV 101.01; SR 131.231)

LIEPR-VD Loi sur l'intégration des étrangers et sur la prévention du racisme du 23 janvier 2007 (RSV 142.52)

LOVD-VD Loi d'organisation de la prévention et de la lutte contre la violence domestique du 26 septembre 2017 (RSV 211.12)

Lsubv-VD Loi sur les subventions du 22 février 2005 (RSV 610.15)

AOCCF-VD Arrêté concernant les offices de consultation conjugale ou familiale du 2 mars 1990 (RSV 850.455.1)

RLOVD-VD Règlement d'application de la loi du 26 septembre 2017 d'organisation de la prévention et de la lutte contre la violence domestique du 10 octobre 2018 (RSV 211.12.1)

RLRNSS-VD Règlement d'application de la loi du 11 décembre 2018 sur les ressources naturelles du sous-sol du 18 décembre 2019 (RSV 730.02.1)

RLSubV-VD Règlement d'application de la loi du 22 février 2005 sur les subventions du 22 novembre 2006 (RSV 610.15.1)

Internationale Erlasse

KI-Konvention Council of Europe Framework Convention on Artificial Intelligence and Human Rights, Democracy and the Rule of Law, 5 September 2024

KI-VO Verordnung 2024/1689 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. Juni 2024 zur Festlegung harmonisierter Vorschriften für künstliche Intelligenz und zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 300/2008, (EU) Nr. 167/2013, (EU) Nr. 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1139 und (EU) 2019/2144 sowie der Richtlinien 2014/90/EU, (EU) 2016/797 und (EU) 2020/1828 (Verordnung über künstliche Intelligenz)



Schweizerische Eidgenossenschaft
Confédération suisse
Confederazione Svizzera
Confederaziun svizra

Eidgenössische Kommission für Frauenfragen EKF
Commission fédérale pour les questions féminines CFQF
Commissione federale per le questioni femminili CFQF

Eidgenössische Kommission gegen Rassismus EKR
Commission fédérale contre le racisme CFR
Commissione federale contro il razzismo CFR

Empfehlungen

Schutz vor algorithmischer Diskriminierung



Impressum

Titel

Schutz vor algorithmischer Diskriminierung – Empfehlungen
der Eidgenössischen Kommission für Frauenfragen EKF und der
Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus EKR

Herausgeberinnen

Eidgenössische Kommission für Frauenfragen EKF und
Eidgenössische Kommission gegen Rassismus EKR

Vertrieb

Onlinepublikation

Eidgenössische Kommission für Frauenfragen EKF

Schwarztorstrasse 51

3003 Bern

ekf@apg.admin.ch

www.frauenkommission.ch

058 462 92 75

Eidgenössische Kommission gegen Rassismus EKR

Inselgasse 1

3003 Bern

ekr-cfr@gs-edi.admin.ch

www.ekr.admin.ch

058 464 12 93

Die Empfehlungen stützen sich mehrheitlich auf das Rechtsgutachten «Schutz vor algorithmischer Diskriminierung unter besonderer Berücksichtigung der rassistischen Diskriminierung und der Geschlechterdiskriminierung» (2025). Das juristische Gutachten wurde im Auftrag der beiden Kommissionen von Prof. Dr. Nadja Braun Binder, Prof. Dr. Florent Thouvenin, Dr. Stephanie Volz und MLaw Liliane Obrecht (Universitäten Basel und Zürich) erstellt.

Das Gutachten ist unter www.frauenkommission.ch und unter www.ekr.admin.ch abrufbar.

Bern, November 2025

Schutz vor algorithmischer Diskriminierung

Empfehlungen der Eidgenössischen Kommission für Frauenfragen EKF und der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus EKR

Der Schutz vor algorithmischer Diskriminierung in der Schweiz ist ungenügend

Algorithmische Systeme finden in einer Vielzahl von Bereichen Anwendung (z.B. Arbeitsmarkt, Gesundheitssystem, Bildungssystem, Steuerbehörden). Sie eröffnen Chancen, sind aber auch mit Herausforderungen verbunden, weil sie Menschen aufgrund von einem oder mehreren Merkmalen wie Geschlecht, Herkunft, Alter, Familienhintergrund oder Handicap diskriminieren können. Aus individueller Sicht hat Diskriminierung direkte Auswirkungen auf die betroffenen Personen und Gruppen, indem sie diese schwächt oder sogar handlungsunfähig macht. Diskriminierung hat auch tiefgreifende Folgen für die Gesellschaft als Ganzes und greift die fundamentalen Werte unserer Gesellschaft an. Wird Diskriminierung zugelassen oder toleriert, werden Menschen ihrer Möglichkeit beraubt, ihr Potenzial für sich selbst und für die Gesellschaft frei zu entfalten. Sie untergräbt das Vertrauen in die demokratischen Institutionen und zerstört den sozialen Zusammenhalt.

In der Schweiz steht die Auseinandersetzung mit algorithmischer Diskriminierung erst am Anfang. Eine breitere politische, juristische und gesamtgesellschaftliche Debatte sowie konkrete gesetzgeberische Aktivitäten stehen aus und gewinnen an Dringlichkeit. Im Februar 2025 gab der Bundesrat bekannt, die KI-Konvention des Europarats ratifizieren zu wollen und im März 2025 hat er sie unterzeichnet. Ziel der Konvention ist es, die Entwicklung und den Einsatz von KI-Systemen mit den fundamentalen Werten des Europarates – namentlich dem Schutz der Menschenrechte, der demokratischen Teilhabe sowie rechtsstaatlicher Prinzipien – in Einklang zu bringen.

Die Eidgenössische Kommission für Frauenfragen EKF und die Eidgenössische Kommission gegen Rassismus EKR haben die Professorin Nadja Braun Binder (Universität Basel) und den Professor Florent Thouvenin (Universität Zürich) mit der Erarbeitung eines juristischen Gutachtens beauftragt, das den rechtlichen Rahmen in der Schweiz zum Schutz vor algorithmischer Diskriminierung – insbesondere vor rassistischer und geschlechtsspezifischer Diskriminierung – prüft und allfälligen Handlungsbedarf aufzeigt.

Vorliegende Empfehlungen stützen sich mehrheitlich auf das im Juni 2025 finalisierten Gutachten sowie auf die Überlegungen der von den beiden Kommissionen gebildeten Begleitgruppe. Sie wurden von den beiden Kommissionen an ihren jeweiligen Plenarsitzungen im September 2025 verabschiedet.

Es fehlt an einem allgemeinen Schutz gegen Diskriminierung

Das Rechtsgutachten von Braun Binder und Thouvenin zeigt, dass es in der Schweiz grosse Lücken im Schutz vor algorithmischer Diskriminierung gibt und vor Diskriminierung ganz allgemein. Dies trifft insbesondere auf den Schutz vor rassistischer Diskriminierung im Privatrecht zu. Basierend auf dem Gutachten sind die beiden Kommissionen deshalb der Überzeugung, **dass die Schaffung eines allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes** beziehungsweise eines Antidiskriminierungsgesetzes unerlässlich ist, damit ein umfassender Schutz gegen algorithmische und Diskriminierung im Allgemeinen garantiert ist.

Ergänzend zur Schaffung eines allgemeinen Gleichbehandlungs-/Antidiskriminierungsgesetzes gibt es verschiedene Möglichkeiten, den Schutz vor algorithmischer Diskriminierung gezielt auszubauen. Diese Empfehlungen richten sich an verschiedene Zielgruppen, die sich in vier Kategorien zusammenfassen lassen.

A. EMPFEHLUNGEN AN DIE POLITIK (EXEKUTIVE UND LEGISLATIVE)

Die Schweiz bekennt sich zu einer diskriminierungsfreien KI

Die Schweiz anerkennt die Chancen, welche KI-Systeme bieten, und nutzt diese. Gleichzeitig ist man sich der Gefahren, wie der Fortführung und Verstärkung von Diskriminierung, bewusst, die mit der Entwicklung und dem Einsatz von KI einhergehen können, und ist bestrebt, diesen entschieden zu begegnen. Die Schweiz hat sich dazu mit der Unterzeichnung der KI-Rahmenkonvention des Europarats bekannt. Die Kommissionen vertreten die Haltung, dass dieser Aspekt zwingend in die bundesrätliche Strategie einfließen muss. Dafür braucht es ausreichende personelle und finanzielle Ressourcen sowie unabhängige Aufsichtsorgane, zu deren Schaffung sich die Schweiz gemäss der Europaratskonvention verpflichtet hat (Art. 26 KI-Konvention). Die Kommissionen fordern, dass diese Stellen durch einen ständigen Beirat mit Vertreterinnen und Vertretern aus Wissenschaft und Zivilgesellschaft begleitet werden. Zudem empfehlen die Kommissionen eine verstärkte internationale Netzwerkarbeit für den Wissensaustausch und die Entwicklung von internationalen Standards zur Vermeidung von algorithmischer Diskriminierung.

Allgemeines Gleichbehandlungs-/Antidiskriminierungsgesetz

Es soll ein allgemeines Gleichbehandlungs- oder Antidiskriminierungsgesetz geschaffen werden. Ein solches Gesetz erfasst jede Form von Diskriminierung, berücksichtigt die besonderen Herausforderungen intersektionaler Diskriminierung. Es enthält insbesondere eine Beweislastentlastung, wonach Betroffene eine Diskriminierung glaubhaft machen müssen und die beklagte Partei dann den Gegenbeweis erbringen muss. Verfahren für von Diskriminierung betroffene Personen sollen grundsätzlich unentgeltlich sein, sofern die Ansprüche nicht missbräuchlich sind. Für Organisationen, die sich spezifisch mit Diskriminierung befassen, sollte ein Verbandsklagerecht vorgesehen werden.

Ein allgemeines Antidiskriminierungsgesetz ist auf direkte und indirekte Diskriminierung sowie auf Diskriminierung durch staatliche Behörden und private Akteurinnen und Akteure anwendbar. Ein solches Gesetz kann am Vorbild bestehender Regelungen ausgestaltet werden, namentlich am Gleichstellungsgesetz (GlG) und am Behindertengleichstellungsgesetz (BehiG), die bereits heute die Diskriminierung aufgrund des Geschlechts bzw. aufgrund einer körperlichen, geistigen oder psychischen Beeinträchtigung erfassen. Orientierung bieten auch allgemeine Gleichbehandlungsgesetze in zahlreichen europäischen Staaten. Ein allgemeines Gleichbehandlungs- oder Antidiskriminierungsgesetz erfasst jede Form von Diskriminierung systematisch und einheitlich. Indem ein solches Gesetz klarstellt, dass Diskriminierung – auch durch Private – allgemein unzulässig ist, hat es eine wichtige Signalwirkung und führt zu mehr Rechtssicherheit.

Anpassungen im Datenschutzgesetz (DSG)

1. Neuer Grundsatz der Datenbearbeitung

Die Kommissionen empfehlen, dass der Schutz vor algorithmischer Diskriminierung durch die Einführung eines neuen Grundsatzes der Datenbearbeitung im DSG ausgebaut werden soll. Dieser müsste spezifisch festhalten, dass niemand aufgrund der Bearbeitung seiner oder ihrer Personendaten diskriminiert wird.

Diese Empfehlung ist aus gesetzgeberischer Sicht relativ einfach umzusetzen. Zudem enthält das DSG bereits wirksame Durchsetzungsmechanismen und mit dem Eidgenössischen Datenschutz- und Öffentlichkeitsbeauftragten EDÖB besteht eine Behörde, die von sich aus oder auf Hinweis von betroffenen Personen gegen Gesetzesverstösse vorgehen kann. Weiter besteht mit dem datenschutzrechtlichen Auskunftsrecht (Art. 25 DSG) ein weitgehendes Mittel, um Erkenntnisse über die Datenbearbeitung zu erhalten. Dieses Mittel ist für die Rechtsdurchsetzung hilfreich. Der EDÖB hat bereits festgehalten, dass das DSG auf KI direkt anwendbar ist, wenn KI-Systeme Personendaten bearbeiten. Schliesslich würde dies auch eine

Verbindung zur Möglichkeit herstellen, Diskriminierung als eine Persönlichkeitsverletzung zu qualifizieren (siehe B unten), da die Verletzung einer der Grundsätze der Datenbearbeitung gemäss Art. 30 DSG eine Persönlichkeitsverletzung darstellt.

2. Ausweitung der Informationspflicht und des Auskunftsrechts

Die heutige datenschutzrechtliche Regelung erfasst nur vollautomatisierte Entscheidungen. Bei teilautomatisierten Entscheidungen besteht hingegen weder eine besondere Informationspflicht noch haben Betroffene ein besonderes Auskunftsrecht.

Die Informationspflicht bedingt, dass private und öffentliche Organe eine betroffene Person informieren, wenn ein Entscheid ausschliesslich auf einer automatisierten Bearbeitung von Personendaten beruht. Das Auskunftsrecht erlaubt es Betroffenen, Informationen über die Logik zu erhalten, wie eine algorithmische Entscheidung zustande gekommen ist und welche Personendaten in die Entscheidung eingeflossen, respektive von ihr ausgeschlossen wurden.

Da das Risiko einer Diskriminierung nicht vom Automatisierungsgrad abhängt, vertreten die Kommissionen die Haltung, dass die Informationspflicht (Art. 21 DSG) und das dazugehörige Auskunftsrecht (Art. 25 Abs. 2 lit. f DSG) auf im Wesentlichen teilautomatisierte Entscheidungen ausgedehnt werden muss. Dabei soll jedoch zwischen den Pflichten von öffentlichen Organen und Privaten unterschieden werden.

Schaffung einer Beratungsstelle

Es bedarf einer Beratungsstelle auf nationaler Ebene, die natürliche und juristische Personen (Unternehmen, von Diskriminierung Betroffene, etc.) über rechtliche Anforderungen, Präventionsmassnahmen und mögliche Rechtsfolgen informiert. Eine solche Stelle trägt dazu bei, Unsicherheiten zu reduzieren und Unternehmen bei der Einhaltung der Vorgaben zu unterstützen. Eine solche Stelle muss mit ausreichend personellen und finanziellen Ressourcen ausgestattet sein.

Sensibilisierung der breiten Öffentlichkeit und Bildungsmassnahmen

Um die Chancen und Risiken von KI-Systemen ins gesellschaftliche Bewusstsein zu bringen und Diskriminierung vorzubeugen, braucht es eine umfassende niederschwellige Sensibilisierung der breiten Öffentlichkeit. Mögliche Massnahmen sind eine breit angelegte Informationskampagne oder Sensibilisierungsmassnahmen beispielsweise an Schulen. Die Kommissionen empfehlen diesbezüglich, dass aufgrund der föderalistischen Ausgestaltung des Bildungssystems aktiv auf die Kantone beziehungsweise auf die entsprechenden Strukturen zugegangen wird.

B. EMPFEHLUNG AN DIE RECHTSPRECHENDEN BEHÖRDEN (JUDIKATIVE)

Diskriminierung als Persönlichkeitsverletzung qualifizieren

Die rechtsprechenden Behörden sind angehalten, umfassenden Schutz gegen Diskriminierung durch Private auf der Grundlage von Art. 28 ZGB zu garantieren, indem sie dem Teil der Lehre folgen, der Diskriminierungen seit Längerem als Persönlichkeitsverletzungen qualifiziert.

Die Gewährung eines Diskriminierungsschutzes über Art. 28 ZGB würde zudem die Möglichkeit eröffnen, dass Vereine und andere Organisationen mit dem Verbandsklagerecht (Art. 89 Zivilprozessordnung, ZPO) gegen Diskriminierung vorgehen können. Das wäre besonders wichtig, um der Tatsache zu begegnen, dass algorithmische Diskriminierung oft eine systematische Wirkung hat und der Nachweis der individuellen Betroffenheit schwierig ist. Zudem sind viele Menschen von algorithmischer Diskriminierung betroffen, die nicht über die notwendigen

zeitlichen und finanziellen Ressourcen verfügen, um eine Klage einzureichen und ein Verfahren zu führen.

C. EMPFEHLUNGEN AN NUTZENDE UND ENTWICKELNDE VON KI-SYSTEMEN (ÖFFENTLICHE VERWALTUNGEN UND PRIVATE UNTERNEHMEN)

Gewisse nachfolgende Empfehlungen erfordern eine gesetzliche Grundlage und richten sich demnach ebenso an die Legislative.

Schaffung öffentlicher Verzeichnisse

Öffentliche Verzeichnisse sind eine wichtige Voraussetzung für mehr Transparenz und demokratische Kontrolle, denn Betroffene können dadurch überhaupt erst erkennen, ob und in welchem Kontext ein algorithmisches System auf sie Anwendung findet. Die Verwaltung verfügt über weitreichende Befugnisse, die tief in die Rechtsstellung der Menschen eingreifen können. Ein Verlust des Vertrauens kann nicht nur die Akzeptanz neuer Technologien untergraben, sondern die Legitimität von Verwaltungsentscheiden insgesamt in Frage stellen.

Die Kommissionen empfehlen, dass ein öffentliches Verzeichnis der in der Bundesverwaltung eingesetzten algorithmischen Systeme geschaffen wird. Dabei sollen besonders die algorithmischen Systeme aufgeführt werden, die mit erhöhten Risiken für die Grundrechte betroffener Personen verbunden sind oder sich in anderer Weise auf deren Rechte und Pflichten auswirken (vgl. Pflicht zum Risikomanagement in der KI-Verordnung der EU). Die rechtliche Verankerung könnte beispielsweise im Bundesgesetz über den Einsatz elektronischer Mittel zur Erfüllung von Behördenaufgaben EMBAG oder im DSG erfolgen.

Ausschluss von nicht-nachvollziehbaren KI-Systemen in der öffentlichen Verwaltung

Entscheidungen, die mithilfe von KI-Systemen gefällt werden, müssen nachvollziehbar sein, damit der verfassungsrechtliche Anspruch auf rechtliches Gehör gewährleistet ist (Art. 29 Abs. 2 BV). Die Kommissionen sind deshalb der Ansicht, dass in der öffentlichen Verwaltung grundsätzlich nur KI-Systeme zur Anwendung kommen dürfen, deren Entscheidungslogik offengelegt und durch die sachbearbeitende Person, die betroffene Person und die Rechtsmittelinstanz nachvollzogen werden kann.

Standardisierte Stichprobe-Kontrollen

Eine besonders hervorzuhebende Massnahme sind stichprobenartige Kontrollen beim Einsatz von KI-gestützter Entscheidungsfindung, um Diskriminierungsrisiken rechtzeitig zu erkennen. Die Kommissionen vertreten die Haltung, dass diese standardmässig – zumindest innerhalb von öffentlichen Verwaltungen – vorgesehen werden müssen.

Befähigung und Pflicht zur kritischen Prüfung

Mitarbeitende der öffentlichen Verwaltung müssen durch obligatorische Schulungen befähigt und dazu verpflichtet werden, Outputs von KI-Systemen kritisch zu prüfen und zu erkennen, wann eine KI-Entscheidung gegebenenfalls durch eine menschliche Entscheidung ersetzt werden muss. Wichtig ist dabei der Einbezug diverser Stakeholder, inklusive betroffener Personen.

Begleitung der Programmierarbeiten

Programmierarbeiten, die an Private ausgelagert werden, müssen von der auftraggebenden Verwaltungseinheit eng begleitet werden, um diskriminierende Programmcodes zu vermeiden. Dabei geht es auch darum, sicherzustellen, dass die genutzten Trainingsdatensätze vielfältig, aktuell und repräsentativ für die Gesellschaft sind, damit bestehende Diskriminierung nicht verstärkt wird.

Verzicht auf vollautomatisierte Entscheide in sensiblen Bereichen

Sollte eine Risikoabschätzung (Datenschutz-Folgenabschätzung) ergeben, dass das Diskriminierungsrisiko in einem Bereich besonders hoch ist, erscheint es zentral, Entscheidungen in diesem Bereich Menschen zu überlassen und KI-Systeme nur zur Entscheidungsunterstützung zu verwenden. Auf den Einsatz von vollautomatisierten Systemen muss in sensiblen Bereichen somit verzichtet werden. Sinnvoller sind Entscheidungsunterstützungs- oder Entscheidungsüberprüfungssysteme.

Förderung diskriminierungsfreier KI in Wirtschaft und Verwaltung

Unternehmen und Verwaltungsstellen, die KI-Systeme einsetzen, müssen konkrete Vorkehrungen treffen, um Diskriminierung zu verhindern. Dafür sollten sie durch praktische Hilfestellungen, etwa technische Leitlinien für die Entwicklung und Verwendung von algorithmischen Systemen, bei der Umsetzung diskriminierungsfreier Prozesse unterstützt werden. Speziell für die Entwicklerinnen und Entwickler können Massnahmen wie beispielsweise verpflichtende Tests vor Markteinführung (auch auf Diskriminierungsrisiken), Bereitstellen von relevanter Information, Transparenz bezüglich Datensets, Anreize zur Nutzung von öffentlichen Datensets oder synthetischen («künstlichen») Datensets in der Entwicklungsphase sinnvoll sein. Da solche Massnahmen zur Überprüfung von Diskriminierung oft der Bearbeitung persönlicher Daten bedürfen, ist rechtliche Klarheit zu schaffen, wie dies mit den Anforderungen des Datenschutzrechts in Einklang zu bringen ist.

D. EMPFEHLUNGEN AN DIE FORSCHUNG

Im Bereich der algorithmischen Diskriminierung besteht grosser Bedarf nach interdisziplinärer Forschung, unter anderem zur Frage, wie KI-Systeme zur Identifizierung und Verhinderung von Diskriminierung genutzt werden können. Dafür müssen genügend finanzielle Mittel durch den Bund und Förderinstitutionen (zum Beispiel den Schweizerischen Nationalfonds SNF) bereit- und den Zugang zu den relevanten Daten sichergestellt werden. Auch neuere Themenfelder, wie das Recht auf digitale Integrität und Neurotechnologien, müssen grundlegend erforscht werden. Die algorithmische Diskriminierung wirft zudem rechtsdogmatische Fragen auf, die zwingend geklärt werden müssen (siehe Rechtsgutachten).

Materialienverzeichnis

Hinweis: Die Materialien sind nach Erscheinungsdatum sortiert (jüngste zuerst).

Bundesamt für Kommunikation BAKOM, Auslegeordnung zur Regulierung von künstlicher Intelligenz, Bericht an den Bundesrat vom 12. Februar 2025 (<https://www.bakom.admin.ch/de/kuenstliche-intelligenz>, zit. Auslegeordnung KI 2025)

Bundesamt für Justiz, Rechtliche Basisanalyse im Rahmen der Auslegeordnung zu den Regulierungsansätzen im Bereich künstliche Intelligenz vom 31. August 2024 (<https://www.bj.admin.ch/bj/de/home/staat/gesetzgebung/kuenstliche-intelligenz.html>, zit. Rechtliche Basisanalyse 2024)

Committee on Artificial Intelligence (CAI), Council of Europe Framework Convention on Artificial Intelligence and Human Rights, Democracy and the Rule of Law, Explanatory Report CM(2024)52-addfinal vom 17. Mai 2024 (<https://search.coe.int/cm?i=091259488025fb06>, zit. Erläuterungen KI-Konvention 2024)

Botschaft über die Totalrevision des Bundesgesetzes über den Datenschutz und die Änderung weiterer Erlasse zum Datenschutz vom 15. September 2017, BBl 2017 6941 (<https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2017/2057/de>, zit. Botschaft DSG 2017)

Botschaft zum Bundesgesetz über genetische Untersuchungen beim Menschen vom 5. Juli 2017, BBl 2017 5597, <https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/2017/1501/de> (zit. Botschaft GUMG 2017)

Botschaft zum Bundesgesetz über die Gleichstellung von Frau und Mann (Gleichstellungsgesetz) und zum Bundesbeschluss über die Genehmigung einer Änderung der Verordnung über die Zuweisung der Ämter an die Departemente und der Dienste an die Bundeskanzlei vom 24. Februar 1993, BBl 1993 I 1248 (https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1993/1_1248_1163_987/de, zit. Botschaft GlG 1993)

Botschaft vom 23. August 1995 betreffend das Übereinkommen von 1979 zur Beseitigung jeder Form von Diskriminierung der Frau, BBl 1995 IV 901 (https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1995/4_901_869_809/de, zit. Botschaft CEDAW 1995)

Botschaft über die Änderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Persönlichkeitsschutz: Art. 28 ZGB und 49 OR) vom 5. Mai 1982, BBl 1982 II 658 (https://www.fedlex.admin.ch/eli/fga/1982/2_636_661_628/de, zit. Botschaft ZGB 1982)