



ZUSAMMENFASSUNG

RECHTSGUTACHTEN «SCHUTZ VOR ALGORITHMISCHER DISKRIMINIERUNG»

Algorithmische Systeme finden in einer Vielzahl von Bereichen Anwendung, in staatlichen Institutionen ebenso wie bei privaten Akteurinnen und Akteuren. Sie werden etwa 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.

Das Gutachten «Schutz vor algorithmischer Diskriminierung unter besonderer Berücksichtigung der rassistischen Diskriminierung und der Geschlechterdiskriminierung» (2025) analysiert den bestehenden rechtlichen Rahmen in der Schweiz zum Schutz vor algorithmischer Diskriminierung – insbesondere vor rassistischer und geschlechtsspezifischer Diskriminierung. Ein zentrales Anliegen der Untersuchung besteht darin, allfälligen Rechtsetzungs- respektive Handlungsbedarf zu identifizieren und konkrete Massnahmen zur Verbesserung des Schutzes vor algorithmischer Diskriminierung aufzuzeigen.

Aktuelle Rechtslage in der Schweiz

Das Schweizer Recht sieht verschiedene Bestimmungen vor, die Diskriminierung erfassen und verhindern können. Zentral ist das Diskriminierungsverbot in der Bundesverfassung (Art. 8 Abs. 2 BV), das Diskriminierung durch staatliche Organe verbietet. Allerdings ist die Anwendbarkeit sowohl auf indirekte als auch auf intersektionale Diskriminierung rechtlich nicht abschliessend geklärt.¹ Insgesamt bestehen damit Zweifel, ob die heute gültigen Regelungen für den Schutz gegen algorithmische Diskriminierung durch Behörden genügen.

Das Schweizer Recht enthält einzelne 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 Gleichstellungsgesetzes (GIG), auf die arbeitsrechtliche Fürsorgepflicht (Art. 328 Obligationenrecht OR) und auf den Kündigungsschutz von Art. 366 OR berufen, die alle eine Diskriminierung aufgrund des Geschlechts verbieten. Dem Datenschutzgesetz (DSG) lässt sich zwar ein Prinzip der diskriminierungsfreien Datenbearbeitung entnehmen, es 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 des Zivilgesetzbuches (ZGB) gewertet werden. Einen unmittelbaren Schutz gegen bestimmte Formen der Diskriminierung vermittelt zudem das Strafrecht, insbesondere die Strafnorm gegen Diskriminierung und Aufruf zu Hass (Art. 261^{bis} Strafgesetzbuch StGB), die beispielsweise beim

¹ Eine indirekte Diskriminierung liegt nach Bundesgericht vor, «wenn eine Regelung, die keine offensichtliche 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.» Intersektionale Diskriminierung bedeutet, dass Diskriminierung oft nicht isoliert auf einzelne Merkmale beschränkt ist, sondern durch die Überschneidung verschiedener Faktoren verstärkt wird.

Verweigern einer für die Allgemeinheit bestimmten 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. Diskriminierung durch Private lässt sich damit bislang nur unzureichend erfassen. Das gilt für algorithmische ebenso wie für Diskriminierung im Allgemeinen. Wirksame Massnahmen dürfen sich daher nicht auf Regelungen zur algorithmischen Diskriminierung beschränken. Sie müssen umfassend und technologieneutral ausgestaltet werden.

Notwendige 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. Dafür braucht es ein grundlegendes Verständnis der technischen Funktionsweise algorithmischer Systeme und der rechtlichen Vorgaben zum Diskriminierungsschutz sowie vertiefte interdisziplinäre Forschung.

Neben der Aufklärung der Entwicklerinnen und Entwickler und der Anwenderinnen und Anwender von KI-Systemen sowie der betroffenen Personen können verschiedene Massnahmen ergriffen werden, um algorithmische Diskriminierung zu erfassen und zu verhindern. Diese können sich im Rahmen des geltenden Rechts umsetzen lassen oder gesetzgeberische Massnahmen erfordern.

Als Massnahmen im Rahmen des geltenden Rechts nennt das Gutachten eine Weiterentwicklung der Auslegung und Anwendung des zivilrechtlichen Persönlichkeitsschutzes (Art. 28 ZGB). Das heisst, Diskriminierungen sollten grundsätzlich als Persönlichkeitsverletzungen qualifiziert werden. Zudem hebt das Gutachten die Notwendigkeit hervor, Forschung zu algorithmischer Diskriminierung weiter auszubauen und verschiedene rechtsdogmatische Fragen zu klären (dazu zählt insbesondere auch die Frage des Umgangs mit intersektionaler Diskriminierung).

Das Gutachten schlägt weiter eine Ausweitung der vom Datenschutzgesetz bei vollautomatisierten Entscheidungen bestehenden Informationspflicht und des dazugehörigen Auskunftsrechts auf im Wesentlichen teilautomatisierte Entscheidungen vor. Weitere mögliche Massnahmen, die im Gutachten genannt werden, sind die Schaffung eines allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes, die Schaffung eines neuen Grundsatzes der Nicht-Diskriminierung im Datenschutzgesetz sowie verschiedene Massnahmen im öffentlichen Recht (Schaffung von öffentlichen Verzeichnissen, Einschränkung auf nachvollziehbare Systeme, Verzicht auf vollautomatisierte Entscheidungen in sensiblen Bereichen, etc.).

Fazit

Der rechtliche Schutz vor Diskriminierung – ob algorithmisch oder im Allgemeinen – ist in der Schweiz unzureichend gewährleistet. Die Bundesverfassung sieht zwar ein allgemeines Diskriminierungsverbot vor. 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 jedoch unklar. Im Privatrecht ist der Schutz fragmentarisch. Vergleichsweise gut ausgebaut ist einzig der Schutz von Arbeitnehmenden gegen Diskriminierung aufgrund des Geschlechts. Zudem ist die Rechtsdurchsetzung mit Schwierigkeiten verbunden; dies betrifft das öffentliche Recht und in besonderem Masse das Privatrecht. Alle diese Kritikpunkte bestehen schon bei Diskriminierung im Allgemeinen – bei algorithmischer Diskriminierung kommen aber weitere Herausforderungen hinzu, insbesondere beim Erfassen und beim Nachweis der bei KI-Systemen im Vordergrund stehenden Diskriminierungsmechanismen.

Die im Gutachten empfohlenen Massnahmen beschränken sich nicht auf algorithmische Diskriminierung, zumal schon der Schutz gegen Diskriminierung im Allgemeinen 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.

Vorliegender Text, zusammengestellt durch die Kommissionssekretariate der Eidgenössischen Kommission für Frauenfragen EKF und der Eidgenössischen Kommission gegen Rassismus EKR, fasst das Rechtsgutachten «Schutz vor algorithmischer Diskriminierung unter besonderer Berücksichtigung der rassistischen Diskriminierung und der Geschlechterdiskriminierung» (2025) zusammen. 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 juristische Gutachten ist auf www.frauenkommission.ch und www.ekr.admin.ch abrufbar.