

Geschlechtsspezifische Mehrfachdiskriminierung im digitalen Staat

Seit den 1990er-Jahren findet eine massive und geheime Extraktion von Daten der Bevölkerung durch Technologieunternehmen statt, ohne dass sie durch irgendwelche gesetzlichen Auflagen wirklich behindert wird. Geleitet von einer rechtslibertären und neoliberalen Ideologie verlief diese grossangelegte Erfassung der Datenströme durch «Big Tech» damals weitgehend unsichtbar. Sie wurde jedoch zu einer spürbaren Bedrohung für unsere Demokratien und unsere Freiheiten, als die enge Zusammenarbeit zwischen diesen Unternehmen und den Geheimdiensten mehrerer Staaten und Armeen zur Überwachung ihrer Bevölkerung ans Licht kam.¹ Ab 2015 kamen mehrere Skandale hinzu, die Bedrohungen für Wahlprozesse, den fairen Zugang zur öffentlichen Debatte, die Fähigkeit der Menschen, freie Entscheidungen zu treffen, und sogar für die Vorhersagbarkeit staatlicher Entscheidungen und des Rechts darstellten.²

In diesem bereits alarmierenden Kontext verkörpert die algorithmische Technologie heute die Einführung eines eigentlichen Datenpatriarchats. Algorithmen, die rational und neutral erscheinen, sind allgegenwärtig geworden. Sie ersetzen zunehmend menschliche Entscheidungen und sind in immer mehr Bereichen anzutreffen.³ Von der Verbrechensbekämpfung durch Gesichtser-

kennung über die Vergabe von Bankkrediten, Wohnungen und Aufenthaltsgenehmigungen, die Verkehrssteuerung in Städten, die Automatisierung medizinischer Diagnosen, die Strafjustiz bis hin zur Personalpolitik sind alle Bereiche der Gesellschaft – private und öffentliche – betroffen.⁴

Den durch diese Technologie erzeugten Erleichterungen stand

schnell die Gefahr einer «Softwareisierung» durch algorithmische Verzerrungen gegenüber. Algorithmen kodieren nicht nur die bestehenden historischen Ungleichheiten, sondern reproduzieren sie auch exponentiell.⁵ Mit anderen Worten: Algorithmen reproduzieren bestehende soziale Ungleichheiten, weil sie aus Daten gebildet werden, die diese Ungleichheiten widerspiegeln

und so programmiert sind, dass sie in grösserem Umfang fortgeführt werden.⁶ So gab es mehrere Skandale um Algorithmen, die von Plattformen wie Amazon bei der Personalbeschaffung eingesetzt wurden, um Bewerber:innen für eine Anstellung zu klassifizieren.⁷ Entworfen mithilfe von Zusammenstellungen aus einem Jahrzehnt, waren Frauen im verwendeten Datensatz unterrepräsentiert.

1 Zuboff, Shoshana: The Age of Surveillance Capitalism: The Fight for a Human Future at the New Frontier of Power, New York 2019. Mhalla, Asma: Technopolitique. Comment la technologie fait de nous des soldats, Paris 2024.

2 McEvoy, Michael P.: Big data and democracy: a regulator's perspective, Internet Policy Review, Special Issue, 2019: Eklund, Amanda Musco/Brewczynska, Magdalena: Foreseeability and the Rule of Law in Data Protection after the PNR judgment, 10.5.2023.

3 Braun Binder, Nadja: Staat, Mensch, Algorithmen. Zur Frage der Entbehrlichkeit menschlicher Bearbeitung im digitalisierten Staat, in: Basler Juristische Mitteilungen 1/2023, S. 2–19.

4 AlgorithWatch.ch, Schutz vor algorithmischer Diskriminierung, Positionspapier, September 2023, <https://www.humanrights.ch/fr/nouvelles/discrimination-2-0-algorithmes-discriminent-femmes>

5 Europarat: Etude sur l'impact des systèmes d'Intelligence artificielle, leur potentiel de promotion de l'égalité, y compris l'égalité de genre, et les risques qu'ils peuvent entraîner en matière de non-discrimination, September 2023, S. 9–10.

6 Ungern-Sternberg, Antje von: Diskriminierungsschutz bei algorithmenbasierten Entscheidungen, in: Mangold, Anna Katharina/Payandeh, Mehrdad (Hrsg.): Handbuch Antidiskriminierungsrecht. Strukturen, Rechtsfiguren und Konzepte, Tübingen 2022, S. 1131–1180.

7 Reuters: Amazon scraps secret AI recruiting tool that showed bias against women, 11.10.2018.

“ Durch die algorithmischen Verzerrungen im Einstellungsprozess wird die sozio-sexuelle Arbeitsteilung weiter verstärkt.



tiert, was dazu führte, dass bei den zu treffenden Entscheidungen männliche Bewerber systematisch bevorzugt wurden. Für Facebook (Meta) erfolgt die Schaltung von Stellenanzeigen auf diskriminierende Weise nach Geschlecht und Rasse, trotz sogenannter neutraler Targeting-Einstellungen und selbst dann, wenn die Personalwerber:innen ihre Einstellungen auf sogenannte inklusive Weise definieren.⁸ Vorlagen für Empfehlungsschreiben, die von ChatGPT und Alpaca vorgeschlagen und nicht näher geprüft werden, enthalten Vorurteile sprachlicher und lexikalischer Art, die die Gefahr bergen, dass Bewerbungen von Frauen sabotiert werden.⁹ Durch die algorithmischen Verzerrungen im Einstellungsprozess wird die sozio-sexuelle Arbeitsteilung weiter verstärkt, ohne dass es zu einer Durchmischung der Geschlechter kommt. Diese Segregation

zwischen männlichen und weiblichen Sektoren, Branchen und Berufen bleibt ihrerseits eine der wichtigsten Erklärungen für die Einkommensunterschiede zwischen Frauen und Männern.¹⁰

Vielfältige Diskriminierungen

Neben dem Arbeitsmarkt ist auch der Zugang zu Gütern und Dienstleistungen betroffen. So wurde bei einer Untersuchung festgestellt, dass die Kreditlimite für die 2019 eingeführte Apple-Karte Frauen systematisch diskriminierten: Bei gleichem Einkommen und gleicher Kreditwürdigkeit verfügten Männer über höhere Kreditlimite. Auch die Risikobewertung in den Bereichen Sicherheit, Verbrechenverhütung, Strafverfolgung und Rechtssystem, Zugang zu öffentlichen und administrativen Dienstleistungen, Bildung, Gesundheitsversorgung, Medien und Suchmaschinen sind davon betrof-

fen.¹¹ Geschlechterstereotype wirken sich auf alle Bereiche der Gesellschaft aus (so verwenden Sprachassistenten wie Siri oder GPS weibliche Stimmen, um ihre Hilfsbereitschaft zu bezeugen).¹² Die Bedrohungen der Grundrechte durch die digitale Sphäre haben sich auch durch neue Formen der Gewalt gegen Frauen vervielfacht (permanente Hassreden, Revenge Porn, Trolling, Cyberbullying und sexuelle Online-Drohungen, entwürdigende und gewalttätige Deepfakes, die in den sozialen Medien aufgezwungen werden, nicht eingewilligte Veröffentlichungen von privaten Nacktfotos, Doxing, Shadow Ban, Cyberstalking, Belästigung durch Spyware oder Überwachungstechnologien usw.).¹³ Als Reaktion auf diese geschlechtsspezifische Gewalt kommt es immer häufiger vor, dass sich Frauen aus der digitalen Sphäre zurückziehen («silencing»).¹⁴

Es überrascht nicht, dass die vielfältigen und sich weiter entwickelnden Diskriminierungen, die im algorithmischen Rahmen vorkommen, insbesondere Frauen den vollen Genuss ihrer Rechte und Freiheiten verwehren.¹⁵ Diese Diskriminierungen der neuen Generation sind also keine blossen Überbleibsel aus einer vergangenen Epoche. Im Gegenteil, sie werden im Schatten des neuen technologischen Wandels, der sich rasant entwickelt und exponentielle Auswirkungen auf die Gesellschaft hat, konstruiert und gestärkt.

Das Recht muss diese von Algorithmen erzeugten Verzerrungen

8 Ali, Muhammad/Sapiezynski, Piotr/Bogen, Miranda/Korolova, Aleksandra/Mislove, Alan/Rieke, Aaron: Discrimination Through Optimization : How Facebook's ad Delivery Can Lead to Skewed Outcomes, Proceedings of the ACM on Human-Computer Interaction, 2019, S. 1–19.

9 Yixin Wan, George Pu, Jiao Sun, Aparna Garimella, Kai-Wei Chang, Nanyun Peng: Kelly is a Warm Person, Joseph is a Role Model : Gender Biases in LLM-Generated Reference Letters, arXiv:2310.09219v5, Cornell University, 1.12.2023.

10 Bundesamt für Statistik, Indikatoren der Gleichstellung von Frau und Mann 1/2024, <https://www.bfs.admin.ch/bfs/de/home/aktuell/neue-veroeffentlichungen.gnpdetail.2024-0550.html>

11 Gupta, Alisha Haridasani: Are Algorithms Sexist?, in: The New York Times, 15.11.2019.

12 Europarat: Etude sur l'impact des systèmes d'Intelligence artificielle.

13 Ebd.

14 Markard, Nora: Geschlecht, Geschlechtsidentität und sexuelle Orientierung als Diskriminierungskategorien, in : Mangold/Payandeh (Hrsg.), Handbuch Antidiskriminierungsrecht, S. 261–301.

15 Mangold, Anna Katharina/Payandeh, Mehrdad: Antidiskriminierungsrecht – Konturen eines Rechtsgebiets, in: ebd., S. 51–52. Dieser Begriff bezeichnet Ungleichbehandlungen, die sich auf mehrere kumulierte Diskriminierungskategorien zurückführen lassen. Mitglieder von «Untergruppen», die am Schnittpunkt mehrerer Ungleichheitsachsen liegen, können besonders stark von mehrdimensionaler Diskriminierung betroffen sein, was die Frage aufwirft, ob das Antidiskriminierungsrecht ihrem besonderen Schutzbedarf gerecht werden kann.

aufgreifen, um zu bestimmen, welche Art von Gesellschaft wir aufbauen wollen. Wenn Datenbanken verzerrt und in grossem Umfang diskriminierend sind, sollten die Entwickler dieser digitalen Lösungen verpflichtet sein, diese zu korrigieren oder nicht zu verbreiten.¹⁶ Um die Grundrechte, insbesondere der Frauen, zu schützen, sind umfassende und entwicklungsfähige Kontroll- und Rechenschaftsmechanismen erforderlich. In diesem Sinne sind die Bemühungen der Europäischen Union, Gesetze zur Künstlichen Intelligenz und zum Datenschutz zu erlassen, ein bedeutender Schritt in Richtung der Widerstandsfähigkeit der Demokratie.¹⁷ Auch wenn der AI Act keine umfassenden Mechanismen zur gerichtlichen Kontrolle oder konkrete Vorkehrungen für Rechtsbeihilfen bei Grundrechtsverletzungen vorsieht und keine Folgenabschätzung für die Grundrechte enthält, sieht er Konformitätsbewertungen vor, um die Transparenz bei der Gestaltung der Algorithmen zu erfassen, was einen Anfang für die Wiedererlangung der Kontrolle und die Wiederaneignung unserer Grundfreiheiten darstellt.¹⁸ Der Wille zu verbindlichen normativen Projekten zeigt sich in diesem Bereich sowohl beim Europarat als auch in mehreren europäischen Ländern.¹⁹

Auch die Schweiz muss reagieren

In der Schweiz erarbeitet der Bundesrat bis Ende 2024 einen Vorschlag für einen schweizerischen Ansatz zur Regulierung der virtuellen Intelligenz, der den Entwicklungen in der EU und in internationalen Organisationen Rechnung tragen soll und ein Gleich-

“ Andererseits werden Diskriminierungen als eindimensional wahrgenommen. ”

gewicht zwischen der Achtung der Menschenrechte und der Innovationsfähigkeit anstrebt.²⁰ Um über konkrete rechtliche Mittel zur Bekämpfung der algorithmischen Diskriminierung zu verfügen, sollten sich die Bemühungen auf mehrere Punkte konzentrieren.

Erstens sollte die Schweiz den Rahmen ihres Antidiskriminierungsrechts ergänzen, da es nicht in der Lage ist, Algorithmen zu bestrafen, die Frauen diskriminieren. Artikel 8 Absatz 2 der Bundesverfassung, in dem der Grundsatz der Nichtdiskriminierung verankert ist, bietet nicht den notwendigen Schutz vor den Herausforderungen der algorithmischen Diskriminierung. Zum einen richtet sich diese Bestimmung an den

Staat und nicht an Unternehmen oder Personen, die algorithmische Verzerrungen entwickeln und nutzen. Andererseits werden Diskriminierungen als eindimensional wahrgenommen, während Algorithmen Mehrfachdiskriminierungen entfalten, die indirekt sind und deren Diskriminierungsmuster sich ständig weiterentwickeln. Aus diesen Gründen wäre es angebracht, das Verbot der Mehrfachdiskriminierung in einer privatrechtlichen Norm auf der Grundlage des deutschen Gleichstellungsrahmengesetzes zu verankern, das detaillierte privatrechtliche Bestimmungen gegen Diskriminierung, einschliesslich Mehrfachdiskriminierung, vorsieht. Ein allgemeines Diskriminierungsverbot mit direkter horizontaler Wirkung und Rechtsbehelfsmechanismen bei Grundrechtsverletzungen sollte verankert werden können. Ein System, das sich ausschliesslich auf die Einhaltung der Vorschriften durch die Entwickler konzentriert und die Auswirkungen der Systeme auf die Rechte derjenigen, die sie nutzen, nicht anerkennt, insbesondere in kritischen Bereichen wie dem Arbeitsmarkt, ist nicht ausreichend.

Zweitens braucht es ehrgeizigere internationale Verpflichtungen der Schweiz. In diesem Sinne und in Erwartung der Unterzeichnung eines künftigen Rahmenübereinkommens in diesem Bereich sollte an die Rolle des Protokolls Nr. 12 der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) erinnert werden, das die Schweiz nie unterzeichnen und ratifizieren wollte. Dieses Protokoll verankert ein allgemeines Diskriminierungs-

verbot, das in allen Bereichen des öffentlichen und privaten Lebens Anwendung findet, unabhängig vom Diskriminierungsgrund. Mehr als 20 europäische Staaten haben dieses Protokoll unterzeichnet. Es ergänzt Artikel 14 EMRK, dessen Verbotssprinzip von der mutmasslichen Verletzung eines anderen durch die EMRK geschützten materiellen Rechts abhängt.

Drittens sollten im Schweizer Recht rechtliche Mechanismen geschaffen werden, die es der Zivilgesellschaft ermöglichen, durch Sammelklagen gemeinsam zu handeln. Algorithmische Diskriminierungen haben eine kollektive Tragweite: exponentielle Auswirkungen der Verarbeitungsdateien auf die Anzahl der diskriminierten Personen, erschwerte Identifizierung der geschädigten Menschen, «Black-box»-Effekt, mangelnde Transparenz sowie Algorithmen, die dank «algorithmischer Diskretion» und Patentschutz potenziell nicht nachweisbar sind. Angesichts dieser besonderen Merkmale sollte eine rechtliche Regelung in Betracht gezogen werden, die die Klage- und Beschwerdebefugnis ziviler Organisationen für Sammelklagen ermöglicht. Nur diese Arten von Klagen haben regulierende Wirkung im Bereich der Algorithmen. ✎



Cesla Amarelle

ist ordentliche Professorin für öffentliches Recht und Migrationsrecht an der Universität Neuchâtel. Sie ist zudem Präsidentin der Eidgenössischen Kommission für Frauenfragen (EKF).

¹⁶ Xenidis, Raphaële: Tuning EU quality law to algorithmic discrimination: Three pathways to resilience, in: Maastricht Journal of European and Comparative Law, 2020, S. 736–758.

¹⁷ Mazur, Joanna/Wloch, Renata: Embedding digital economy: Fictitious triple movement in the European Union's Artificial Intelligence Act, in: Social and Legal Studies 1/2024, S. 104–123.

¹⁸ Kundu, Anamika: The AI Act's gender gap: When algorithms get it wrong, who rights the wrong?, in: Internet Policy Review, 11.3.2024.

¹⁹ Europarat: Draft Framework Convention on artificial Intelligence, Human Rights, Democracy and the Rule of Law, 8.1.2024; Ungern-Sternberg, Diskriminierungsschutz.

²⁰ Strategie Digitale Schweiz 2024, <https://digital.swiss/userdata/uploads/strategie-dch-de.pdf>. Vgl. auch Verordnung über die Koordination der digitalen Transformation und die IKT-Lenkung in der Bundesverwaltung (VDTI), SR 172.010.58.