

Wimmer, Max

Algorithmusbasierte Entscheidungsfindung als Methode diskriminierungsfreien Recruitings

Die moderne Arbeitswelt ist – wie unsere Welt im Allgemeinen – eine zunehmende digitale. Angefeuert durch immer größere Datenbestände und den zunehmenden Datenschatten, den Menschen in ihrer Nutzung digitaler Angebote hinterlassen, nimmt auch die personalwirtschaftliche Relevanz von datengetriebenen Anwendungen zu. Im Angesicht der Bedeutung der Personalauswahl für den Erfolg eines Unternehmens kann es dabei nicht überraschen, dass auch und gerade für das Recruiting entsprechendes gilt.

In der Ausarbeitung konnte aufgezeigt werden, dass die Auswahlentscheidung für eine*n gewissen Bewerber*in der traditionellen, sprich menschlichen, Entscheidungsfindung etlichen sog. kognitiven Verzerrungen unterliegt. Die damit einhergehende Fehleranfälligkeit macht eine rationale, konstant objektive Entscheidungsfindung durch Menschen jedoch regelmäßig unmöglich. Vielmehr wird dem menschlichen Entscheidungsträger eine insgesamt subjektive, tendenziell vorurteilsbeladene Entscheidungsfindung attestiert. Diese wirkt sich im Recruiting sowohl auf die Festlegung der Entscheidungskriterien als auch die Bewertung der*des Bewerbers*in selbst aus (*doppelt subjektive Prägung von Auswahlentscheidungen*). Die subjektive Prägung führt schließlich dazu, dass für die traditionelle Entscheidungsfindung mindestens Benachteiligungstendenzen entlang sämtlicher geschützter Merkmale des AGG aufgezeigt werden konnten. Diese Tendenzen führen in der folgenden Betrachtung bereits aus Arbeitgebersicht zu ökonomischen Nachteilen, insbesondere dem Verlust von Humankapital.

Aus alledem wird in der vorliegenden Arbeit die Erforderlichkeit der Überwindung der menschlichen Entscheidungsfindung und mithin eine Verlagerung der Entscheidungsfindung von menschlicher auf algorithmusbasierte Logik postuliert. Aufgrund ihrer – zumindest vordergründigen – Unabhängigkeit von menschlicher Einflussnahme bieten sich hierzu insbesondere sog. algorithmusbasierte Entscheidungssysteme (ADM-Systeme) an. Beim Einsatz im Recruiting ermitteln diese durch statistische Korrelationen in einem ersten Schritt gemeinsam auftretende Muster zwischen erfolgreichen Arbeitnehmern. Diese fungieren weiter als Entscheidungskriterien. Anschließend werden mittels informationstechnologischer Methoden die erforderlichen Informationen über einen Bewerber aus möglichst diversen Quellen ermittelt und mit den abgeleiteten Kriterien abgeglichen. Dabei konnte gezeigt werden, dass ein solches System sich nach dem heutigen Stand der Technik bereits grundsätzlich umsetzen lässt.

Daher fokussiert sich die vorliegende Arbeit vor allem auf die Frage, inwiefern sich ein operativer Einsatz entsprechender Systeme im Recruiting mit dem materiellen Recht *de lege lata* vereinbaren lässt. Zunächst wird hier argumentiert, dass sich die datenschutzrechtliche Zulässigkeit des Einsatzes eines ADM-Systems im Ergebnis als weniger problematisch erweist, als dies auf den ersten Blick vielleicht erscheinen mag. Nach der vorliegenden Bewertung kann der Arbeitgeber sowohl die Daten für die Entscheidungsmodellgenerierung (gemäß Art. 6 Abs. 1 UAbs. 1 lit. f DSGVO) als auch die für die Generierung der notwendigen Bewerberinformationen (gemäß § 26 Abs. 1 i.V.m. Abs. 8 S. 2 BDSG) grundsätzlich rechtmäßig verarbeiten. Insofern wird gefolgert, dass sich durch die Verwendung von ADM-Systemen im Recruiting hinsichtlich der datenschutzrechtlichen Bestimmungen keine wesentlichen Besonderheiten im Vergleich zum traditionellen Recruiting ergeben.

Allerdings wird darauf hingewiesen, dass das algorithmusbasierte Recruiting insbesondere aufgrund der mit diesem einhergehenden Skalen-Effekte zu einer Ausgrenzung bestimmter Personengruppen vom Arbeitsmarkt führen kann (*Gefahr der technikgetriebenen Exklusion*). Wird hierbei der Arbeitsmarktzugang beeinträchtigt kann dies zumindest perspektivisch Art. 12 GG in seiner Funktion als objektiv-rechtliche Schutzpflicht verletzen. Aufgrund der (noch) niedrigen Verbreitung entsprechender Systeme wird allerdings lediglich das Exklusionspotenzial festgehalten.

Darüber hinaus wird weiter auf Art. 22 DSGVO als Schild gegen die technikgetriebene Exklusion verwiesen und zunächst dessen *Hybridcharakter zwischen datenschutz- und antidiskriminierungsrechtlicher Regelung* herausgestellt. An dieser Stelle wird vertreten, dass Art. 22 DSGVO dem Einsatz automatisierter Entscheidungssysteme entgegen dem ersten Anschein nicht entgegensteht, sofern die Automatisierung der Entscheidungsfindung nicht zu einer Benachteiligung im Sinne des Antidiskriminierungsrechts führt. Vor dieser Einschränkung ist es folgerichtig, dass es für die Zulässigkeit im weiteren Verlauf maßgeblich darauf ankommt, inwiefern sich der Einsatz algorithmusbasierter Entscheidungssysteme im Recruiting mit dem antidiskriminierungsrechtlichen Schutzrahmen vereinbaren lässt. Dabei wurde zunächst aufgezeigt, dass auch die algorithmusbasierte Entscheidungsfindung im Recruiting nicht vollständig losgelöst von menschlicher Entscheidungsfindung von statten geht. Entsprechend bahnen sich menschliche Fehlentscheidungen und Vorurteile ihren Weg in die algorithmusbasierte Entscheidungsfindung. Dies gilt insbesondere in Hinsicht auf die Ableitung der Entscheidungskriterien aus vergangenheitsbezogenen Datensätzen, bei der es zu einer Perpetuierung bestehender Diskriminierungstendenzen kommen kann. Im Ergebnis können so auch algorithmusbasierte Entscheidungsfindungssysteme der bereits bestehenden Diskriminierungstendenz unterliegen. Aus rechtlicher Sicht kommt es somit darauf an, ob das ADM-System den Tatbestand der unmittelbaren oder mittelbaren Diskriminierung erfüllt. Es wird gleichwohl vertreten, dass dieses Risiko aus materiell-rechtlicher Sicht bereits durch den bestehenden Rechtsrahmen des AGG erfasst wird.

Allerdings gilt dies nicht in Bezug auf die Rechtsdurchsetzung. So konnte die vorliegende Arbeit aufzeigen, dass diese mit der fortschreitenden technischen Entwicklung nicht mithalten kann. Dies liegt vor allem darin begründet, dass beim Einsatz von algorithmischen Entscheidungsfindungssystemen der Einzelne regelmäßig nicht in der Lage ist, diskriminierende Tendenzen des ADM-Systems darlegen bzw. beweisen zu können. Abgesehen von der Einschränkung des faktischen Zugriffs aufgrund des Schutzes von Geschäftsgeheimnissen und eines fehlenden Auskunftsanspruchs liegt dies vor allem an der komplexen, nur schwer nachvollziehbaren Funktionsweise der Systeme. Insofern wird für eine Weiterentwicklung des Regulierungsrahmens argumentiert. Hierzu zeigt die vorliegende Arbeit mit der Einführung einer Vermutung der Benachteiligungsfreiheit als Konsequenz einer institutionalisierten Kontrolle bzw. Zertifizierung einen möglichen Lösungsansatz auf. Dazu müsste die institutionelle Kontrollinstanz regulatorisch wie faktisch in die Lage versetzt werden, sowohl eine Auditierung und Zertifizierung vor der Markteinführung entsprechender Systeme als auch eine stetige Kontrolle im operativen Einsatz zu gewährleisten.

Im Ergebnis wird mithin argumentiert, dass das algorithmusbasierte Recruiting aus Unternehmenssicht nach geltendem Recht grundsätzlich zulässig ist und durch den Rechtsrahmen *de lege lata* auf ein für den Betroffenen zu akzeptierendes Ausmaß beschränkt wird. Somit kann – zumindest bei entsprechender praktischer Umsetzung – in der Anwendung

algorithmusbasierter Entscheidungssysteme eine Methode des diskriminierungsfreien oder zumindest -armen Recruitings liegen. Gleichzeitig wird dafür argumentiert, die Marktmächte nicht unkontrolliert walten zu lassen, sondern die Systeme bereits vor Markteinführung auf ihr Benachteiligungspotential zu prüfen. Eine entsprechende Umsetzung verbleibt gleichwohl Aufgabe des Gesetzgebers.