

Anmerkung zu:	LArbG Frankfurt 17. Kammer, Urteil vom 25.02.2021 - 17 Sa 1435/19
Autor:	Prof. Dr. Wolfgang Däubler, Hochschullehrer i. R. an der Universität Bremen
Erscheinungsdatum:	11.01.2023
Quelle:	juris
Normen:	§ 615 BGB, § 287 ZPO, §§ 7 SÜG, § 7 LuftSiG
Fundstelle:	jurisPR-ArbR 2/2023 Anm. 2
Herausgeber:	Prof. Franz Josef Düwell, Vors. RiBAG a.D. Prof. Klaus Bepler, Vors. RiBAG a.D.
Zitiervorschlag:	Däubler, jurisPR-ArbR 2/2023 Anm. 2

Algorithmus signalisiert Sicherheitsbedenken

Orientierungssätze zur Anmerkung

- 1. Sicherheitsbedenken können einen personenbedingten Kündigungsgrund darstellen.**
- 2. Die Durchführung eines IT-gestützten Tests durch einen zuverlässigen und fachkundigen Provider, der auf der Grundlage von Antworten auf 200 Fragen „Radikalisierungstendenzen“ bei der fraglichen Arbeitnehmerin festgestellt hat, kann ohne nähere Darlegung des gesamten Verfahrens und der angewandten Methoden keine Sicherheitsbedenken begründen.**
- 3. Haben sich bei einer staatlich vorgeschriebenen Sicherheitsüberprüfung keine Bedenken ergeben, kann der Arbeitgeber im Normalfall keine weiter gehende Überprüfung vornehmen.**
- 4. Das bei Annahmeverzug fortzuzahlende Entgelt bestimmt sich nach dem Lohnausfallprinzip. Bei unregelmäßigen Einsätzen ist notfalls eine Schätzung gemäß § 287 Abs. 2 ZPO vorzunehmen, wobei die in vergleichbaren Monaten des Vorjahres bezogene Vergütung bei Saisonbetrieben einen wichtigen Anhaltspunkt darstellt.**

A. Problemstellung

Die Entscheidung hatte den bislang eher seltenen Fall zum Gegenstand, dass durch eine automatische Auswertung zahlreicher Testfragen „Sicherheitsbedenken“ gegen eine Beschäftigte entstanden waren. Diese führten zu einer personenbedingten Kündigung, obwohl der Test von einem Dritten durchgeführt wurde, der dem Arbeitgeber nur das Ergebnis der Auswertung mitgeteilt hatte. Dabei stellt sich zusätzlich die vom Gericht nicht angesprochene Frage, wie das Verhältnis zu staatlichen Sicherheitsüberprüfungen nach dem SÜG bzw. zur Zuverlässigkeitsüberprüfung nach § 7 LuftSiG beschaffen ist.

Außerdem ging es um das Problem, wie der Annahmeverzugslohn nach § 615 BGB bei unregelmäßiger Arbeitszeit zu bestimmen ist.

B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

I. Die Klägerin war als Flugbegleiterin bei einem großen deutschen Luftfahrtunternehmen beschäftigt. Im Rahmen des „Luftsicherheitsprogramms“ der Arbeitgeberin wurde ein sog. ITR-Test durchgeführt, mit dem ein „Radikalisierungspotential“ bei einzelnen Beschäftigten ermittelt werden sollte. Ziel war es insbesondere, sog. Aggravationstendenzen zu erkennen, die sich z.B. in absichtlichem Verstellen, also in der Geheimhaltung von wahren Absichten niederschlagen. Durch

dieses Verfahren sollte die Gefahr verringert werden, dass sog. Innentäter schädigende, im Extremfall terroristische Handlungen begehen. Der Test bestand aus ca. 200 „Items“ zur Selbsteinschätzung. Er wurde „automatisch“ durch einen vom Arbeitgeber beauftragten Provider ausgewertet, der (vermutlich) mit Hilfe von Psychologen auch die Fragen entworfen hatte – das Urteil sagt dazu nichts Konkretes. Das Ergebnis wurde in ein Ampelsystem eingeordnet; wer wie die Klägerin dabei mit „Rot“ bewertet wurde, war ein Sicherheitsrisiko und deshalb für die weitere Ausübung der Tätigkeit als Flugbegleiterin ungeeignet.

Dem Arbeitgeber wurde von dem Provider lediglich das Ergebnis „Ampel auf Rot“ mitgeteilt. Nach Anhörung der kraft Tarifvertrags bestehenden Personalvertretung, der ebenfalls nur das Testresultat zur Kenntnis gebracht wurde, wurde die Klägerin unter Wahrung der vereinbarten Kündigungsfrist ordentlich gekündigt. Dagegen erhob sie rechtzeitig Kündigungsschutzklage und verlangte Weiterbeschäftigung.

II. 1. Das LArbG Frankfurt prüfte, ob die Voraussetzungen einer personenbedingten Kündigung vorlagen. Sicherheitsbedenken können nach seiner Auffassung ein in der Person liegender Kündigungsgrund sein, wenn mit einer weiteren Beschäftigung des Arbeitnehmers das Risiko einer konkreten Gefährdung von Rechten, Rechtsgütern und Interessen des Arbeitgebers verbunden ist. Dafür müsse der Arbeitgeber aber „greifbare Tatsachen“ belegen, die die Prognose begründen, dieser Arbeitnehmer werde in Zukunft berechnete Sicherheitsinteressen des Unternehmens beeinträchtigen.

Solche greifbaren Tatsachen waren im vorliegenden Fall nicht einmal vorgetragen, geschweige denn bewiesen. Der bloße Verweis auf die „rote Ampel“ genüge nicht. Das Gericht müsse in die Lage versetzt werden, die behauptete Gefährdung inhaltlich zu überprüfen. Es müsse nachvollziehen können, „welche konkreten Aspekte ihrer Selbsteinschätzung zu welchen Themen“ im Rahmen des Testverfahrens den Schluss zulassen würden, dass die Klägerin eine „konkrete potentielle Gefahr“ für die Sicherheit des Luftfahrtunternehmens begründe. Das Vorbringen des beklagten Unternehmens, die mit dem Testverfahren betrauten Personen seien zuverlässig und besäßen Expertise, sowie die stichwortartige Beschreibung des Tests würden dem nicht genügen. Auf dieser Grundlage wäre das Gericht nicht zu einer inhaltlichen Überprüfung in der Lage. Die Benennung einzelner Personen als Zeugen, um die näheren Umstände des Tests zu beschreiben, stelle einen unzulässigen Ausforschungsbeweis dar.

2. Von Interesse sind weiter die Ausführungen des Gerichts zur Vergütung des Arbeitnehmers bei Annahmeverzug des Arbeitgebers. Dass die „vereinbarte Vergütung“ zu bezahlen ist, ergibt sich schon aus dem Wortlaut des § 615 Satz 1 BGB. Dabei ist – wie das Gericht zutreffend ausführt – danach zu fragen, was der Arbeitnehmer in dem fraglichen Zeitraum verdient hätte, wäre es nicht zu dem Annahmeverzug gekommen. Es gilt das Lohnausfallprinzip. Steht sicher fest, dass Überstunden geleistet worden wären, sind auch diese zu vergüten. Im konkreten Fall ging es nun darum, dass „Mehrflugstunden“ in unterschiedlichem Umfang anfielen. Wie stark die Klägerin ohne die (unberechtigte) Kündigung herangezogen worden wäre, ließ sich nicht mit Sicherheit bestimmen. In solchen Fällen ist eine Schätzung nach § 287 Abs. 2 ZPO vorzunehmen. Angesichts der saisonalen Schwankungen im Flugbetrieb war es nicht zu beanstanden, wenn die Klägerin dabei die Mehrflugstunden der entsprechenden Monate des Vorjahres zugrunde gelegt hatte. Ihrem entsprechenden Zahlungsanspruch wurde daher stattgegeben.

C. Kontext der Entscheidung

1. Den Ausführungen des Landesarbeitsgerichts zur personenbedingten Kündigung ist in vollem Umfang zuzustimmen. In der Tat könnte von „Kündigungsschutz“ nicht mehr die Rede sein, wenn schon die Behauptung genügen würde, es liege ein Sicherheitsrisiko vor, weil eine verlässliche

und sachkundige Person zu dieser Einschätzung gekommen sei. Einen Kündigungsgrund „vom Hörensagen“ gibt es nicht.

Im konkreten Fall drängt sich die Frage auf, weshalb das beklagte Unternehmen sein Vorbringen nicht stärker spezifiziert hat, war der Kündigungsschutzklage doch schon in der ersten Instanz mit ähnlicher Begründung stattgegeben worden. Möglicherweise betrachtete der Provider sein methodisches Vorgehen als „Betriebsgeheimnis“, von dem niemand Kenntnis nehmen sollte, und war deshalb nicht einmal bereit, seine Karten gegenüber dem Luftfahrtunternehmen aufzudecken. Dieses nahm wiederum – aus welchen Gründen auch immer – die absehbare Niederlage im Prozess in Kauf, ohne sich von dem Provider irgendwie zu distanzieren. Geschäftsbeziehungen sind bisweilen durch Eigenwilligkeiten geprägt; welche Interessen hinter ihnen stehen, bleibt der Phantasie des Betrachters (und bisweilen auch der der Staatsanwaltschaft) überlassen.

2. Mitarbeiter von Luftfahrtunternehmen, die im Flugverkehr eingesetzt sind, unterliegen (neben anderen Personen) einer „Zuverlässigkeitsüberprüfung“ nach § 7 LuftSichG. In dem dort vorgesehenen Verfahren wird ähnlich wie bei der Sicherheitsüberprüfung nach den §§ 7 ff. SÜG (dazu die Kommentierung von Däubler, SÜG, 2019) durch Einschaltung zahlreicher Behörden und auf anderen Wegen ermittelt, ob die fragliche Person ein Sicherheitsrisiko darstellt. Das Gericht erwähnt diese gesetzliche Regelung und die darauf beruhende Praxis mit keinem Wort; auch soweit das Parteivorbringen referiert wird, taucht kein Hinweis in dieser Richtung auf. Dennoch wäre er in vielerlei Hinsicht von Bedeutung gewesen. Ist eine Überprüfung überhaupt zulässig, wenn dasselbe Ziel schon im Wege eines staatlichen Verfahrens verfolgt wird? Unterstellt, man bejaht diese Frage: Ist es dann erlaubt, sehr viel stärker in die Persönlichkeitssphäre der betroffenen Person einzugreifen als dies eine Sicherheitsüberprüfung tun würde? Im vorliegenden Fall ging es ja darum, durch (im Einzelnen nicht bekannte) Fragen, die sich Psychologen ausgedacht hatten, den Charakter und die „Neigungen“ einer bestimmten Person zu ermitteln, weil nur so eine Prognose künftigen Verhaltens („Radikalisierung“) möglich war. Selbst bei der höchsten Stufe der Sicherheitsüberprüfung (nicht jedoch bei der Zuverlässigkeitsüberprüfung nach § 7 LuftSichG) werden aber lediglich Personen im Umfeld des zu Überprüfenden durch die Sicherheitsorgane befragt – dies ist zwar auch nicht gerade eine schöne und angenehme Sache, doch greift es weniger in die Persönlichkeitssphäre ein als eine umfassende Analyse des Charakters und der „Neigungen“ der betroffenen Person, wie sie hier erfolgte. Insoweit wäre der durchgeführte Test als unverhältnismäßig zu qualifizieren gewesen, hätte das beklagte Unternehmen die Karten voll auf den Tisch gelegt.

Möglicherweise war das Verhalten des Luftfahrtunternehmens damit zu erklären, dass es die Zuverlässigkeitsüberprüfung nach § 7 LuftSichG nicht als ausreichend angesehen hat. So sind beispielsweise in § 7 Abs. 3 Satz 1 LuftSichG die Befugnisse der Überprüfungsbehörde abschließend aufgezählt, die sie zur Klärung der Zuverlässigkeitsfrage besitzt. Dazu gehört nicht eine „Abklärung“ durch Befragung des Umfelds. Vielmehr können lediglich die Arbeitgeber der letzten fünf Jahre danach gefragt werden, ob es irgendwelche Auffälligkeiten gegeben habe. Der Betroffene ist nach § 7 Abs. 3 Satz 2 LuftSichG zwar verpflichtet, an seiner Überprüfung mitzuwirken, doch ergeben sich daraus keine zusätzlichen Ermittlungsbefugnisse der zuständigen Behörde. Konkreter wird lediglich § 7 Abs. 3 Satz 3 LuftSichG, der einen Drogentest zulässt, „wenn es im Einzelfall geboten ist“. Von einem Psychotest ist an keiner Stelle die Rede. Private sind nicht befugt, sich ohne freiwillig erteilte Einwilligung des Betroffenen Überprüfungs Befugnisse anzumaßen, die der Staat aus Achtung vor der Persönlichkeitssphäre seiner Bürger nicht für sich in Anspruch nimmt. Einen entsprechenden Standpunkt hat vor vielen Jahren bereits der VGH Mannheim (Beschl. v. 28.11.2000 - PL 15 S 2838/99 - ArbuR 2001, 469) im Zusammenhang mit einer heimlichen gentechnischen Untersuchung eingenommen.

3. Das Problem, ob die Beschäftigung eines Arbeitnehmers ein Sicherheitsrisiko darstellt, kann sich auch bei Personen stellen, die keiner staatlich geregelten Sicherheits- oder Zuverlässigkeitsüberprüfung unterliegen. Insoweit existiert einige Rechtsprechung (Nachweise bei Däubler, GSZ 2020, 211, 215 f.). Öffentliche Aufmerksamkeit erfuhr die Kündigung eines VW-Arbeiters, der von den Polizeibehörden als „Gefährder“ eingestuft worden war. Dies war jedoch für den Arbeitgeber nicht bindend; er musste selbst beurteilen, ob von dem Betreffenden eine Gefahr ausging (Plum, NZA 2019, 497, 501), konnte sich dabei jedoch des von den Behörden gesammelten Materials bedienen. Die auf dieser Grundlage ausgesprochene Kündigung hatte jedoch keinen Erfolg, da das LArbG Hannover (Urt. v. 12.03.2018 - 15 Sa 319/17 - NZA-RR 2018, 421 Rn. 108) weder reale noch potentielle Beeinträchtigungen des Arbeitsverhältnisses erkennen konnte.

4. Der Rückgriff auf ein Verfahren, das der Arbeitgeber selbst nicht kennt und das er deshalb auch nicht mit der nötigen Substantiierung in sein Vorbringen aufnehmen kann, ist nicht nur im Kontext von Sicherheitsüberprüfungen denkbar. Dasselbe Phänomen entsteht auch dann, wenn die Einstellungs- oder Kündigungsentscheidung mit Hilfe eines Algorithmus vorbereitet wird, dessen konkrete Funktionsweise dem Arbeitgeber nicht bekannt ist. Hat er den Algorithmus nicht selbst entwickelt, wird er kaum Informationen darüber erhalten können, aufgrund welcher Trainingsdaten der Algorithmus zustande kam. Die Situation wäre dieselbe wie im hier besprochenen Fall. Das Gericht wäre nicht in der Lage, im Einzelnen nachzuvollziehen, weshalb gerade der X wegen mangelnder Leistung oder wegen häufiger Erkrankungen zur Kündigung vorgeschlagen wurde. Personalentscheidungen können auch nicht partiell auf den Computer verlagert werden – insbesondere nicht in der Weise, dass konkrete Menschen das digital erarbeitete Ergebnis übernehmen und mit dem Argument: „Es spricht eigentlich nichts dagegen“ ihrer Entscheidung zugrunde legen. Insoweit ist das Urteil des LArbG Frankfurt weit über den vorliegenden Fall hinaus von Bedeutung.

D. Auswirkungen für die Praxis

Das Luftfahrtunternehmen wird sein „Luftsicherheitsprogramm“ aufgeben oder grundlegend umgestalten müssen. Bedeutsamer ist die Tatsache, dass auch andere Unternehmen keine Kündigungen aussprechen oder andere Personalentscheidungen treffen dürfen, weil sie einer „Black Box“ vertrauen. Auch Systeme künstlicher Intelligenz verdienen keinen Vertrauensvorschuss: Kündigungsgründe müssen in allen ihren wesentlichen Elementen für den Arbeitgeber selbst wie für das Arbeitsgericht nachvollziehbar sein. Der Mensch muss Herr der Technik bleiben.