

Mat. Z. K. Rücksprache	Seite 1	Wiedervorlage
DGB Rechtsschutz GmbH Büro Berlin		
08. NOV. 2022		
Erlедigt	Fristen + Termine	Bearbeitet

Arbeitsgericht Berlin

Geschäftszeichen (bitte immer angeben)

41 Ca 5879/22



Verkündet

am 13.10.2022

Gerichtsbeschäftigte als
Urkundsbeamter/in
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes**Urteil**

In Sachen

S

- Klägerin -

Prozessbevollmächtigte/r:

Rechtssekretäre Johann Gerhard Boers, Gabriela Janner, Bärbel Christoph-Tojek, Ulrike Birzer, Annelie Jaschinski, Thomas Jung, Michael Wittich, Heike Niederhausen, Anna Münzner, Dr. Hanns Pauli, Kristian Kunz, Florian Schwarz, Curt Dunse, Sven Alisch, Janina Herrmann, Dorothea Schmidt, Rico Graumann, Kerstin Tottewitz

DGB Rechtsschutz GmbH, Büro Berlin, Genthiner Str. 35,
10785 Berlin

gegen

V

- Beklagte -

hat das Arbeitsgericht Berlin, 41. Kammer, auf die mündliche Verhandlung vom 13.10.2022 durch den Richter am Arbeitsgericht als Vorsitzender sowie den ehrenamtlichen Richter Herrn und den ehrenamtlichen Richter Herrn für Recht erkannt:

I. Es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 08.06.2022 nicht beendet worden ist.

II. Die Beklagte wird verurteilt, die Klägerin bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Angestellte weiter zu beschäftigen.

III. Im Übrigen wird die Klage abgewiesen.

IV. Der Wert des Streitgegenstandes wird auf 11.075,68 € festgesetzt.

Tatbestand

Die Parteien streiten insbesondere über die Wirksamkeit einer verhaltensbedingten Kündigung.

Die Beklagte betreibt ein Callcenter auf dem Gelände des Krankenhauses N. Die am 18.07.1963 geborene Klägerin ist bei der Beklagten seit dem 01.07.2018 zuletzt mit einem monatlichen Bruttoentgelt i.H.v. (in Höhe von) 2.768,92 € bei einer regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von 39 Stunden angestellt.

Das Gebäude mit dem Callcenter der Beklagten betritt man mit Hilfe eines Transponders. Im Callcenter befinden sich mehrere Computer-Arbeitsplätze. Für ihre Tätigkeit benutzen die Mitarbeiter des Callcenters eine Software, die "Concierge" heißt und ein "Anrufverteilersystem" ist.

Die Beklagte sieht die Anmeldung bei der Software als Dienstbeginn, die Abmeldung soll mit dem Dienstende erfolgen.

Im Callcenter wird ein Schichtdienst praktiziert. 18 Minuten sind dabei als Überlappungszeit eingeplant. Die Schichtzeiten sind 06.00h - 14:18h, 14:00h bis 22:18h und 22:00h - 06.18h.

Die Klägerin erhielt mehrere Abmahnungen, da sie abweichend vom Dienstplan sich mehrfach zu spät beim System Concierge an

gemeldet und sich zu früh abgemeldet habe. Sie habe darüber weder ihre Teamleitung/Dienstplanverantwortlichen noch den Abteilungsleiter IT-Service-Management informiert. Die Abmahnungen erfolgten wie folgt:

Datum des Vorfalls	Schichtzeit	Beginn oder Ende nach Behauptung der Beklagten	Datum der Abmahnung (= ABM)	
5.8.21	22:00 - 06:18	06:10	ABM v. 15.09.21	

6.8.21	22:00 - 06:18	06:14	ABM v. 15.09.21	
31.08.	06:00 - 14:18	14:15	ABM v. 15.09.21	
01.09.21	06:00 - 14:18	06:05	ABM v. 15.09.21	
13.09.21	06:00 - 14:18	14:15	ABM v. 16.09.21	
14.09.21	06:00 - 14:18	14:16	ABM v. 16.09.21	
30.03.22	14:00 - 22:18	14:07	ABM v. 02.05.22	
31.03.22	14:00 - 22:18	14:06	ABM v. 03.05.22	

Mit Schreiben vom 08.8.06.2022, der Klägerin kündigte die Beklagte nach Anhörung des Betriebsrats (Anlage B10) und Widerspruch des Betriebsrats am 31.05.2022 (Anlage B 11) der Klägerin am 08.06.2022 zum 30.09.2022.

Mit der am 20.06.2022 bei Gericht eingegangenen Klage macht die Klägerin insbesondere die Unwirksamkeit der Kündigung geltend.

Die Klägerin bestreitet die von der Beklagten angeführten Zeiten. Selbst wenn sie zuträfen, wären die An- und Abmeldezeiten vom System Concierge nicht maßgeblich. Der Microsoft-basierte Rechner benötige eine Zeit zum Hochfahren und zur Installation neuer Updates. Die Klägerin habe (so mündlich) mit einer "Atomuhr" neben dem Computer gesessen und den Computer pünktlich gestartet. Auf Grund der Arbeitsanweisungen (Wegräumen und Reinigen des Headsets) sei auch nicht auf den Start bzw. auf das Herunterfahren des Computers abzustellen. Die Klägerin habe regelmäßig weit vor Schichtbeginn das Callcenter betreten. Zur Arbeitszeit der Klägerin zähle auch die Zeit von dem Eingang bis zum Garderobenschrank bzw. bis zum Computer und umgekehrt.

Ab 11/21 habe es eine Dienstanweisung gegeben, dass das Headset im Garderobenschrank zu verschließen sei (Anlage K1). Mit E-Mail vom 23.04.2021 (Anlage

K2) sei angeordnet worden, die persönlichen Sachen im Garderobenschrank zu verschließen. Mit E-Mail vom 29.11.2021 (Anlage K3) sei die Desinfektion von allem angeordnet worden (98). Sie habe zurückgefragt und als Antwort erhalten, dass in der Übergangszeit eine vorzeitige Abmeldung zwecks Reinigung erfolgen könne. Es bestünde auch keine Weisung, den Rechner nicht vor Dienstende herunterzufahren. Mit E-Mail vom 20.12.2021 (Anlage K 4) sei den Mitarbeitern aufgegeben worden, am Schichtende alles zu kontrollieren. Vor- und Nacharbeiten seien auch Arbeitszeiten.

Die Klägerin hat beantragt,

1. es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 08.06.2022 nicht beendet wird;
2. es wird festgestellt, dass das Arbeitsverhältnis auch nicht durch andere Beendigungstatbestände endet, sondern auf unbestimmte Zeit fortbesteht;
3. im Falle des Obsiegens mit dem Antrag zu 1. und/oder zu 2. wird die Beklagte verurteilt, die Klägerin bis zum rechtskräftigen Abschluss des Kündigungsschutzverfahrens zu unveränderten arbeitsvertraglichen Bedingungen als Angestellte weiter zu beschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte behauptet die Richtigkeit der oben aufgeführten Vorwürfe in den Abmahnungen (Beweisantritt).

Die Beklagte behauptet zudem, dass die Klägerin am 06.05.2022 8 Minuten zu spät ihren Dienst angetreten und sich ohne Rechtfertigung für die Zeit von 22:00 - 22:18h als "nicht verfügbar" eingetragen habe, ohne darüber zu informieren und eine Korrektur des Dienstplanes und damit der Abrechnung ihrer Arbeitszeit zu veranlassen.

Die Beklagte behauptet, dass das Hoch- und Runterfahren des Computers nur 1-2 Minuten dauere (Beweisantritt).

Die Beklagte ist der Ansicht, dass der Dienstantritt mit der Anmeldung im Programm Concierge erfolge. Das Dienstende sei mit der Abmeldung vom Programm Concierge

definiert.

Insgesamt habe die Klägerin auf diese Weise sich eine unberechtigte Vergütung für 72 Minuten erschlichen.

Für den Sach- und Streitstand im Übrigen wird auf die gewechselten Schriftsätze verwiesen.

Entscheidungsgründe

I.

Die Anträge zu 1. und 3. sind zulässig, der Antrag zu 2. ist unzulässig (§ 256 Absatz 1 ZPO (Zivilprozessordnung)).

II.

Die Anträge zu 1. und 3. sind auch begründet.

1.

Die innerhalb der Dreiwochenfrist der §§ 4, 7 KSchG (Kündigungsschutzgesetz) angegriffene schriftliche Kündigung ist unwirksam.

1.1

Sie ist unwirksam gemäß § 1 des nach den §§ 1, 23 KSchG anwendbaren KSchG, da nicht "sozial gerechtfertigt" i.S.d. (im Sinne des) § 1 KSchG.

Die Beklagte hat schon keine arbeitsvertragliche Pflichtverletzung der Klägerin dargelegt. Dies liegt an ihrer verfehlten Bestimmung der Arbeitszeit der Klägerin.

1.1.1

Es liegt keine kollektivrechtliche Regelung vor - so die Nachfrage im Termin zur mündlichen Verhandlung.

1.1.2

Es kann offenbleiben, ob die Arbeitszeiterfassung der Klägerin i.V.m. (in Verbindung mit) dem Concierge-Programm das Mitbestimmungsrecht des Betriebsrats nach § 87 Absatz 1 BetrVG (Betriebsverfassungsgesetz) verletzt und daraus ein Verwertungsverbot folgt.

1.1.3

Es kann auch offenbleiben, ob die Beklagte, die offenbar über Jahre eine unzutreffende Arbeitszeiterfassung betreibt und damit den Mitarbeitern des Callcenters und konkret der Klägerin seit Jahren die Vergütung der notwendigen Vor- und Nacharbeiten vorenthält, sich auf eine Unterschreitung der geplanten Dienstzeit an wenigen Tagen berufen kann, § 242 BGB (Bürgerliches Gesetzbuch).

1.1.4

Konzentriert man sich auf den konkreten Vorwurf gegen die Klägerin, ist zu konstatieren, dass der Ansatzpunkt der Bestimmung der Arbeitszeit falsch bestimmt ist.

1.1.4.-1

Es ist dabei unerheblich, ob "alle anderen" sich "systemkonform" verhalten, im Prinzip bis auf die abgemahnten Vorfälle offenbar auch die Klägerin und die "Erwartungshaltung" der Beklagten wie geschildert ist. Dies ist alles nicht maßgeblich.

1.1.4.-2

Es ist zwar zwischen dem vergütungs-, arbeitszeitschutzrechtlichen und betriebsverfassungsrechtlichen Arbeitszeitbegriff zu unterscheiden.

Im Ergebnis gilt jedenfalls für den vergütungsrechtlichen Arbeitszeitbegriff:

"Auch systembedingte Arbeitsvorbereitungszeiten, wie die Versetzung des Arbeitsplatzcomputers in einen Zustand, der die Aufnahme der geschuldeten Arbeitsleistung ermöglicht (z.B. Hochfahren, etwaige Anmeldungen und Programmöffnungen) -für gewöhnlich unter dem eher bei Soldaten, Feuerwehrleuten und Rettungssanitätern gebräuchlichen Begriff „Rüstzeit“ mit abgebildet- stellen vergütungspflichtige Arbeit dar.

Zur vergütungspflichtigen Arbeitszeit gehören alle Tätigkeiten, die für die Erbringung der Arbeitsleistung erforderlich sind, soweit sie einem fremden Bedürfnis dienen und nicht

zugleich ein eigenes Bedürfnis des Arbeitnehmers erfüllen, wie etwa das An- und Ablegen von vorgeschriebener Schutzkleidung oder vorgeschriebener uniformer Firmenbekleidung sowie die Entgegennahme, Abgabe und Herstellung der Einsatzfähigkeit von arbeitsnotwendigen Betriebsmitteln (vgl. etwa BAG 12.11.2013 - 1 ABR 59/12, BAGE 146, 271; 19.09.2012 - 5 AZR 678/11, BAGE 143, 107; 22.04.2009 - 5 AZR 292/08, DB 2009, 1602). Der Kläger ist erst einsatzfähig, nach Abschluss der systembedingten Arbeitsvorbereitungszeiten. Er ist verpflichtet, diese durchzuführen, um seine Arbeit aufnehmen zu können und dient damit ausschließlich einem fremden, nämlich dem Bedürfnis der Beklagten" (ArbG Magdeburg vom 26.10.2016 - 3 Ca 3220/15 - juris Rn. 67 f. mit zustimmender Anmerkung Mareck, AA 2017, 139).

Entsprechend wird für den arbeitszeitschutzrechtlichen Arbeitszeitbegriff bejaht, dass "notwendige Vor- und Nacharbeiten (Rüstzeiten), zum Beispiel das Hoch- und Herunterfahren des Computers am Arbeitsplatz, ... das Aufräumen des Arbeitsplatzes" Arbeitszeit seien (BeckOK Arbeitsrecht/Kock, (Stand: 01.09.2022) § 2 ArbZG Rn. 17). Umstritten ist, soweit ersichtlich, ob das Betreten des Betriebes schon als Arbeitszeit anzusehen ist (verneinend BeckOK Arbeitsrecht/Kock, a.a.O., bejahend Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht/Koberski, Band 2, 5. Auflage 2021, § 182 Rn. 6).

1.1.4.-3

Demnach ist nicht nur das Aufrufen des Concierge-Programms, sondern auch das Hochfahren des Computers Beginn der Arbeitszeit. Arbeitszeit ist auch das Herausnehmen der Arbeitsgeräte (Headset) aus dem persönlichen Fach der Klägerin und das Verschließen sowie das Desinfizieren des Arbeitsplatzes.

Darüber verhält sich die Beklagte überhaupt nicht.

Insofern gehen die Abmahnungen und der Kündigungsvorwurf für den 06.05.2022 ins Leere.

1.1.2

Im Übrigen ist die Kündigung nach § 102 BetrVG unwirksam.

Die Beklagte hat dem Betriebsrat gegenüber erklärt (64), dass die Klägerin am 06.05.2022

eigenmächtig ihren Dienst um 22.00h vorzeitig beendet habe und darüber auch weder den Vorgesetzten noch den Dienstplanverantwortlichen informiert habe.

Die Klägerin hat dies selbst im Termin bestritten und von zwei Anrufen, die sie geführt habe, gesprochen. Das war nicht sonderlich klar.

Klar ist, dass der schriftsätzliche Vortrag der Beklagten zur Begründung der Kündigung von der Anhörung des Betriebsrates abweicht. Schriftsätzlich hieß es (Blatt 43 der Akte), dass die Klägerin sich im System als "nicht verfügbar" gemeldet und gegenüber ihrem Kollegen erklärt habe, dass sie für die Betriebsratswahl Ausdrucke und Aushänge machen müsse. Das mag pflichtwidrig gewesen sein, ist aber ein anderer Vorwurf als der zu frühen Dienstbeendigung und jedenfalls etwas Anderes als dem Betriebsrat mitgeteilt wurde.

2.

Aus der Unwirksamkeit der Kündigung folgt ein allgemeiner Weiterbeschäftigungsanspruch, §§ 611, 611a BGB i.V.m. Art. 1, 2 Grundgesetz.

III.

Die Nebenentscheidungen folgen aus den §§ 61 Absatz 1, 46 Absatz 2 ArbGG (Arbeitsgerichtsgesetz) i.V.m. §§ 92 ZPO (Zivilprozessordnung).

Rechtsmittelbelehrung

Gegen dieses Urteil kann von den Parteien Berufung eingelegt werden.

Die Berufungsschrift muss von einer Rechtsanwältin oder einem Rechtsanwalt beziehungsweise einer Vertreterin oder einem Vertreter einer Gewerkschaft, einer Arbeitgebervereinigung oder eines Zusammenschlusses solcher Verbände eingereicht werden.

Die Berufungsschrift muss innerhalb

einer Notfrist von einem Monat

bei dem

**Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg,
Magdeburger Platz 1, 10785 Berlin
Telefax: 030 90171-222/333**

eingegangen sein.

Die Berufungsschrift muss die Bezeichnung des Urteils, gegen das die Berufung gerichtet wird, sowie die Erklärung enthalten, dass Berufung gegen dieses Urteil eingelegt werde.

Die Berufung ist gleichzeitig oder innerhalb

einer Frist von zwei Monaten

in gleicher Form schriftlich zu begründen.

Der Schriftform wird auch durch Einreichung eines elektronischen Dokuments im Sinne des § 46c Arbeitsgerichtsgesetz genügt. Die elektronische Form wird durch Übermittlung eines elektronischen Dokuments gewahrt, das für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet ist und

- von der verantwortenden Person qualifiziert elektronisch signiert ist und auf einem zugelassenen elektronischen Übermittlungsweg oder
- von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg gem. § 46 c Abs. 4 Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG) eingereicht wird.

Ab dem **01.01.2022** besteht gemäß dem ab dann geltenden § 46g Arbeitsgerichtsgesetz (ArbGG) für Anwälte, Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihr zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse **die Pflicht zur Einreichung als elektronisches Dokument**. Gleiches gilt für die nach dem ArbGG vertretungsberechtigten Personen, für die ein sicherer Übermittlungsweg nach § 46c Absatz 4 Satz 1 Nummer 2 zur Verfügung steht. Auf § 46g Satz 3 ArbGG wird hingewiesen.

Zu beachten ist, dass ein Telefax- oder Computerfaxschreiben die elektronische Form nicht wahrt. Für den Personenkreis, der ab 01.01.2022 der Pflicht zur elektronischen Einreichung unterliegt, stehen Faxschreiben daher nicht mehr zur Verfügung.

Bei Nutzung von DE-Mail ist das Landesarbeitsgericht Berlin-Brandenburg mit larbg-berlin-brandenburg@egvp.de-mail.de zu adressieren.

Beide Fristen beginnen mit der Zustellung des in vollständiger Form abgesetzten Urteils, spätestens aber mit Ablauf von fünf Monaten nach der Verkündung.

Dabei ist zu beachten, dass das Urteil mit der Einlegung in den Briefkasten oder einer ähnlichen Vorrichtung für den Postempfang als zugestellt gilt. Dies gilt nicht bei Zustellungen gegen Empfangsbekanntnis gemäß § 174 Zivilprozessordnung.

Wird bei der Partei eine schriftliche Mitteilung abgegeben, dass das Urteil auf der Geschäftsstelle eines Amtsgerichts oder einer von der Post bestimmten Stelle niedergelegt ist, gilt das Schriftstück mit der Abgabe der schriftlichen Mitteilung als zugestellt, also nicht erst mit der Abholung der Sendung. Das Zustellungsdatum ist auf dem Umschlag der Sendung vermerkt.

Von der Begründungsschrift werden zwei zusätzliche Abschriften zur Unterrichtung der ehrenamtlichen Richter erbeten.

Weitere Statthaftigkeitsvoraussetzungen ergeben sich aus **§ 64 Abs.2 Arbeitsgerichtsgesetz** .

"Die Berufung kann nur eingelegt werden,

a) wenn sie in dem Urteil zugelassen worden ist,

b) wenn der Wert des Beschwerdegegenstandes 600 Euro übersteigt,

c) in Rechtsstreitigkeiten über das Bestehen, das Nichtbestehen oder die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses oder

d) wenn es sich um ein Versäumnisurteil handelt, gegen das der Einspruch an sich nicht statthaft ist, wenn die Berufung oder Anschlussberufung darauf gestützt wird, dass der Fall schuldhafter Versäumung nicht vorgelegen habe."

Urkundsbeamte
Geschäftsstelle
Arbeitsgerichts Berlin