

---

**Datum:** 24.11.2009  
**Gericht:** Arbeitsgericht Wuppertal  
**Spruchkörper:** 7. Kammer  
**Entscheidungsart:** Teilurteil  
**Aktenzeichen:** 7 Ca 1658/09  
**ECLI:** ECLI:DE:ARBGW:2009:1124.7CA1658.09.00

---

**Schlagworte:** Fristlose Kündigung BR-Mitglied  
**Normen:** § 15 Abs. 1 KSchG  
**Sachgebiet:** Arbeitsrecht  
**Leitsätze:**  
Änmerkung: Berufung ist eingelegt. LAG 16 Sa 59/10

---

**Tenor:**

1. Es wird festgestellt, dass das Anstellungsverhältnis des Klägers durch die außerordentliche, fristlose Kündigung der Beklagten vom 15.4.2009 nicht aufgelöst wird.
2. Im Übrigen wird der Klageantrag abgewiesen.
3. Die Kostenentscheidung bleibt dem Schlussurteil vorbehalten.
4. Streitwert: 11.580,00 €

---

**Tatbestand:** 1

Die Parteien streiten über die Wirksamkeit einer fristlosen Kündigung der Beklagten. 2  
Widerklagend macht die Beklagte die Erstattung von Detektivkosten geltend.

Der am 06.11.1958 geborene, verheiratete Kläger, ist seit dem 01.07.1997 als Techniker bei 3  
der Beklagten zu einem Bruttomonatsentgelt von etwa 3.860,00 € beschäftigt.

Das Unternehmen der Beklagten ist auf die Verwaltung, den Neubau, die Sanierung und den 4  
Verkauf von Immobilien gerichtet. Im Gebiet der Stadt Wuppertal besitzt und verwaltet die

Beklagte derzeit etwa 6.300 Wohneinheiten. Die Beklagte beschäftigt ca. 100 Arbeitnehmer. Ein Betriebsrat ist bei der Beklagten gebildet. Der Kläger ist selbst Ersatzmitglied des Betriebsrats und hat zuletzt am 10.03.2009 an einer Betriebsratssitzung teilgenommen.

Der Kläger wird als Kleinstandhalter beschäftigt. Zu den Aufgaben des Klägers gehört es, während der Arbeitszeit die von ihm betreuten Immobilien im Stadtgebiet der Stadt Wuppertal aufzusuchen und dort unter anderem Abnahmen durchzuführen, Gespräche mit Handwerkern zu führen und sonstige Arbeiten zu erledigen. Die Fahrten zu den Immobilien führt der Kläger mit seinem Privat-PKW durch. Er hat für die von ihm dienstlich zurückgelegten Strecken gegenüber der Beklagten einen Anspruch auf Erstattung von Fahrtkosten in Höhe des steuerlich anerkannten Pauschalbetrages in Höhe von 0,30 € je gefahrenen Kilometer. Diese Fahrtstrecken hat der Kläger durch die Führung eines Fahrtenbuches gegenüber der Beklagten zu dokumentieren und nachzuweisen. 5

Die Beklagte beauftragte die Detektei B. in Gladbeck, den Kläger am 18.02.2009, 20.02.2009, 25.02.2009, 26.02.2009, sowie in der Zeit vom 15.03.2009 bis zum 20.03.2009 während seiner Arbeitszeit zu observieren. Die Observation begann in der Regel zwischen 05.30 Uhr und 06.00 Uhr und endete nach Beendigung der Arbeitstätigkeit durch den Kläger. Die Observationen stellte die B. mit zwei Schreiben vom 06.03.2009 über 11.367,12 € sowie vom 25.03.2009 über 14.665,26 € in Rechnung. Die Beträge wurden seitens der Beklagten über deren Prozessbevollmächtigten bezahlt. Wegen der Einzelheiten der Rechnungen wird auf Bl. 70 und 71 der Akte Bezug genommen. 6

Bei der Observation stellten die Detektive fest, dass der Kläger während seiner Arbeitszeit auch privaten Dingen nachging, wobei der Umfang und die Einzelheiten zwischen den Parteien streitig sind. Unstreitig kaufte der Kläger beispielsweise zum Teil Frühstücksware für sich ein. Ferner kaufte er im Baumarkt Material und besuchte seine Wohnung, in der Handwerker tätig waren, um dort nach dem Rechten zu sehen. Ferner begab sich der Kläger am 19.03.2009 zur Firma X., um die Maße seiner gekauften Küche aufzunehmen und diese im Anschluss daran den Handwerkern in der Menzelstraße mitzuteilen. Ferner führte er in der Zeit von 10.20 Uhr bis 10.40 Uhr einen Privattermin bei der Deutschen Bank durch. 7

Der Kläger übergab am 03.04.2009 der Beklagten sein Fahrtenbuch, welche dieses an Herrn Rechtsanwalt E. übergab, um die Eintragungen mit den Beobachtungen der Detektive abzugleichen. Hieraus ergab sich, dass der Kläger am 18.02.2009 die Untere Lichtenplatzer Straße sowie die Grundstraße in sein Fahrtenbuch als dienstlichen Termin eingetragen hatte, obwohl er dort nicht gewesen ist. Am 16.02.2009 trug er die Grundstraße und die Gewerbeschulstraße ein, obwohl diese Straßen nicht angefahren worden sind. Am 16.03.2009 wurde die Höschstraße eingetragen, obwohl sie vom Kläger nicht angefahren wurde; am 17.03.2009 die Untere Lichtenplatzer Straße und am 19.03.2009 die Sonnabendstraße. 8

Mit Anhörungsschreiben vom 08.04.2009 hörte die Beklagte den bei ihr gebildeten Betriebsrat zu der beabsichtigten fristlosen Kündigung des Klägers an. Der Betriebsrat führte daraufhin am 14.04.2009 eine Betriebsratssitzung durch, an der sämtliche fünf ordentlichen Betriebsratsmitglieder vollzählig teilnahmen. Der Kläger nahm an dieser Sitzung nicht teil. Der Betriebsrat äußerte gegen die beabsichtigte Kündigung Bedenken und führte an, der Kläger genieße Sonderkündigungsschutz gem. § 15 Abs. 1 S. 1 KSchG, mit der Folge, dass die von der Beklagten beabsichtigte Kündigung der Zustimmung gem. § 103 BetrVG bedürfe. 9

Die Beklagte kündigte das Arbeitsverhältnis des Klägers mit Schreiben vom 15.04.2009 fristlos und stellte dem Kläger das Kündigungsschreiben an diesem Tage gegen 10.00 Uhr 10

zu. Zwischen den Parteien ist streitig, ob das Betriebsratsmitglied M. zu diesem Zeitpunkt für die Wahrnehmung von Betriebsrattätigkeit verhindert war.

Mit seiner am 20.04.2009 eingegangenen Klage wendet sich der Kläger gegen die fristlose Kündigung, die er bereits mangels Zustimmung des Betriebsrats nach § 103 BetrVG gem. § 15 Abs. 1 S. 1 KSchG für unwirksam hält. 11

Das Betriebsratsmitglied M. habe am 15.4.2009 Urlaub gehabt. Erst gegen 13.00 Uhr habe Herr M. einen Anruf der Betriebsratsvorsitzenden Frau F. erhalten, die diesem mitgeteilt habe, dass der Betriebsrat beabsichtige, eine anwaltliche Beratung bei Frau Rechtsanwältin B. durchzuführen. Der Termin sei am 15.04.2009 um 16.00 Uhr mit Frau Rechtsanwältin B. vereinbart. Frau F. habe Herrn M. gebeten, an dieser Beratung trotz seines Urlaubs teilzunehmen. Dem sei Herr M. dann nachgekommen. 12

Der Kläger ist im Übrigen der Auffassung, dass es an einem wichtigen Grund im Sinne des § 626 BGB fehle. Der Arbeitsablauf des Klägers habe sich wie folgt dargestellt: Er sei morgens in die Zentrale gefahren und habe mittels seines Monitors nachgeschaut, welche Arbeiten durchzuführen seien; dies morgens, wie auch im Verlaufe des Tages. Dieser Arbeitsanfall sei dann vom Kläger abgearbeitet worden. Wenn er rechtzeitig fertig gewesen sei, sei er zum Büro in der Hoeftstraße zurückgekehrt, um nachzuschauen, ob weitere Aufträge eingegangen seien. Die Arbeitszeit sei von der Beklagten so gestaltet, dass eine Kernarbeitszeit von 09.00 Uhr bis 15.00 Uhr angeordnet sei. Der Kläger habe regelmäßig morgens um 06.00 Uhr bereits seine Tätigkeit begonnen und in der Regel bis 15.00 Uhr gearbeitet. Wenn der Arbeitsanfall in dieser Zeit nicht zu bewältigen war, habe er entsprechend länger gearbeitet. Die Arbeitszeiten seien dabei durch eine Stempelkarte erfasst worden. Die Möglichkeit, während seiner Außendiensttätigkeit separat Zeiten zu erfassen, in denen der Kläger - wie die anderen Außendienstmitarbeiter auch - vereinzelt Privatdinge erledigen, seien insoweit nicht vorgegeben. Es habe zum Geschäftsablauf gehört, dass der Kläger, wie andere Außendienstmitarbeiter auch, aus der Zentrale von Vorgesetzten oder anderen Mitarbeitern Anrufe erhielten, um bestimmte persönliche Angelegenheiten dieser Vorgesetzten/Mitarbeiter zu erledigen. Beim Kläger sei im Oktober 2008 im privaten Umfeld die Situation eingetreten, dass sich seine Ehefrau von ihm getrennt habe. Sie sei am 22.01.2009 aus dem gemeinsamen Haus mit der gemeinsamen Tochter ausgezogen. Hierdurch sei der Kläger in eine persönliche Krise geraten. In diesem Zusammenhang habe er sich um den Verkauf des Hauses durch Schalten von Inseraten, Durchführung von Besichtigungsterminen, Verhandlungen mit potentiellen Käufern und Besprechungen mit seiner Hausbank kümmern müssen. Das Fahrtenbuch habe der Kläger nach bestem Wissen und Gewissen geführt. Es sei vorgekommen, dass er sein Fahrtenbuch in der Zentrale vergessen habe und dann mit zeitlichem Nachlauf entsprechende Eintragungen habe vornehmen müssen. Er könne daher nicht ausschließen, dass er infolge der psychischen Belastungen, denen er zu dieser Zeit ausgesetzt gewesen sei, hier im Einzelfall einmal nicht stimmige Eintragungen vorgenommen habe. Im Übrigen könne es sein, dass sich in seinem Kalender noch ein Termin befunden habe, den er dann in das Fahrtenbuch übertragen habe, obwohl dieser Termin mittlerweile abgesagt worden sei. 13

Der Kläger beantragt, 14

festzustellen, dass das Anstellungsverhältnis des Klägers durch die außerordentliche, fristlose Kündigung des Beklagten vom 15.04.2009 nicht aufgelöst wird, sondern weiter fortbesteht. 15

Die Beklagte beantragt, 16

die Klage abzuweisen.	17
Widerklagend beantragt sie,	18
den Kläger zu verurteilen, an die Beklagte Detekteikosten in Höhe von 26.032,38 € zu zahlen, nebst Zinsen in Höhe von 5 % Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 05.05.2009.	19
Der Kläger beantragt,	20
die Widerklage abzuweisen.	21
Die Beklagte ist der Auffassung, dass die fristlose Kündigung wegen des nachgewiesenen Arbeitszeitbetruges sowie des Spesenbetruges des Klägers wirksam sei.	22
Der Kläger genieße keinen besonderen Kündigungsschutz nach § 15 Abs. 1 S. 1 KSchG, da zum einen der Kläger an diesem Tage keine Betriebsratstätigkeit verrichtet habe und zum anderen Herr M. für Betriebsratstätigkeit trotz seinesurlaubes zur Verfügung gestanden habe. Sie bestreitet, dass Herr M. erstmals um 13.00 Uhr von Frau F. angerufen worden sei.	23
Der Kläger sei auch zur Erstattung der Detektivkosten verpflichtet. Durch einen Vergleich der dienstlich zurückgelegten Kilometer des Klägers mit den übrigen Außendienstmitarbeitern, die ergeben hätten, dass die vom Kläger zurückgelegten dienstlichen Kilometer weitaus höher gewesen seien, habe die Beklagte einen konkreten Verdacht gehabt, der gerechtfertigt habe, die Detektei zu beauftragen. Die Detektivkosten seien auch der Höhe nach erforderlich und angemessen.	24
Die Beklagte sprach gegenüber dem Kläger mittlerweile zwei weitere fristlose Kündigungen in Form von Verdachtskündigungen mit Datum vom 21.04.2009 und 22.04.2009 aus. Die hiergegen erhobenen Klagen sind unter dem Aktenzeichen 6 Ca 1701/09 beim Arbeitsgericht Wuppertal anhängig. Zudem beantragte die Beklagte vorsorglich unter dem Aktenzeichen 8 BV 30/09 die Zustimmung des Betriebsrates zu der beabsichtigten fristlosen Verdachtskündigung zu ersetzen. Beide Verfahren sind derzeit wegen Vorgreiflichkeit ausgesetzt.	25
Das Gericht hat Beweis erhoben durch die Vernehmung der Zeugen M. und F.. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das Sitzungsprotokoll vom 24.11.2009 Bezug genommen.	26
Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die wechselseitigen Schriftsätze sowie auf den sonstigen Akteninhalt Bezug genommen.	27
<b>E n t s c h e i d u n g s g r ü n d e :</b>	28
I.	29
Das Gericht hat gemäß § 301 Abs. 1 ZPO durch Teilurteil entschieden, da die Widerklage nicht entscheidungsfrei war, da der Anspruch dem Grunde nach abhängig ist von der Wirksamkeit der weiteren seitens der Beklagten ausgesprochenen Kündigungen.	30
II.	31
Soweit der Kläger sich auf ausdrückliche Nachfrage in der mündlichen Verhandlung vom 25.8.2009 mit dem Zusatz "sondern weiter fortbesteht" im Wege eines allgemeinen	32

Feststellungsantrages auf den Fortbestand des Arbeitsverhältnisses beruft, ist die Klage unzulässig, da es an einem erforderlichen Feststellungsinteresse im Sinne des § 256 ZPO fehlt. Weitere Kündigungen der Beklagten, die nicht bereits gesondert durch einen Kündigungsschutzantrag nach § 4 KSchG angegriffen sind, sind nicht ersichtlich.

III. 33

Im Übrigen ist der Kündigungsschutzantrag zulässig und begründet, da die fristlose Kündigung vom 15.04.2009 nach § 15 Abs. 1 S. 1 KSchG unwirksam ist, da sie ohne die erforderliche Zustimmung des Betriebsrates ausgesprochen wurde. 34

Gemäß § 15 Abs. 1 S. 1 KSchG ist die Kündigung eines Mitgliedes des Betriebsrates unzulässig, es sei denn, dass Tatsachen vorliegen, die den Arbeitgeber zur Kündigung aus wichtigem Grund ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist berechtigen und dass die nach § 103 des BetrVG erforderliche Zustimmung vorliegt oder durch gerichtliche Entscheidung ersetzt ist. 35

Bei Ersatzmitgliedern des Betriebsrates ist zu differenzieren. Der besondere Kündigungsschutz des § 15 Abs. 1 S. 1 KSchG tritt bei einem Ersatzmitglied erst mit der Amtsausübung ein. Sie liegt vor, wenn ein Ersatzmitglied für ein ausgeschiedenes Mitglied voll nachrückt oder wenn es vorübergehend ein zeitweilig verhindertes Mitglied vertritt. Während des Zeitraumes der zeitweiligen Verhinderung genießt das Betriebsratsmitglied den vollen Kündigungsschutz des § 15 Abs. 1 S. 1 KSchG. Endet der Verhinderungsfall - und tritt das Ersatzmitglied aus dem Betriebsrat heraus wieder in seine Funktion als Ersatzmitglied zurück - genießt das Ersatzmitglied nur den nachwirkenden Kündigungsschutz des § 15 Abs. 1 S. 2 KSchG. 36

Auf die Frage, ob das Ersatzmitglied während des kurzfristigen Verhinderungsfalles tatsächlich Betriebsratsarbeit geleistet hat, kommt es nur im Falle des nachwirkenden Kündigungsschutzes im Sinne des § 15 Abs. 1 Satz 2 KSchG an. Demgegenüber kommt es für den besonderen Kündigungsschutz des § 15 Abs. 1 S. 1 KSchG während der Zeit der Verhinderung nicht darauf an, ob das Ersatzmitglied tatsächlich Betriebsratsstätigkeit verrichtet hat. Dies ist vom Bundesarbeitsgericht sowohl für den Fall des Betriebsratsmitgliedes (vgl. BAG v. 09.11.1977, 5 AZR 175/76, BAG v. 17.01.1979, 5 AZR 591/77, BAG v. 06.09.1979, 2 AZR 548/77, AP Nr. 3, 5, 7 zu § 15 KSchG 1969) als auch für den Fall des Personalratsmitgliedes (vgl. BAG v. 05.09.1986, 7 AZR 175/85, DB 1987, 1641) entschieden. Zur Begründung weist das Bundesarbeitsgericht darauf hin, dass Ersatzmitglieder während der Dauer des Vertretungsfalles vollwertige Mitglieder des Personalrates bzw. des Betriebsrates seien und somit die gleichen Rechte und Pflichten wie ein ordentliches Personalratsmitglied bzw. Betriebsratsmitglied hätten. Daher könne der besondere Kündigungsschutz des § 15 Abs. 1 S. 1 KSchG nicht auf die Tage beschränkt werden, an denen es tatsächlich Personalratsaufgaben bzw. Betriebsratsaufgaben wahrnehme. Das Ersatzmitglied genieße den besonderen Kündigungsschutz während der gesamten Vertretungszeit. Dass während der Dauer des Vertretungsfalles der Anfall von Betriebsratsarbeit nicht erforderlich ist, entspricht auch der herrschenden Auffassung im Schrifttum (vgl. KR-Etzel, § 103 BetrVG; Randnummer 48; von Hoyningen-Huene/Linck § 15 BetrVG, Randnummer 24a). 37

Das Bundesarbeitsgericht hat in der Entscheidung vom 05.09.1986 (aaO) zudem darauf hingewiesen, dass es auf die Dauer der Verhinderung grundsätzlich nicht ankomme. Auch wenn das ordentliche Personalratsmitglied nur an einem Arbeitstag verhindert sei, müsse die Arbeit eines vollzähligen Personalrates gesichert sein. 38

Der Kläger ist mit Beginn der Arbeitszeit am 15.4.2009 als ordentliches Mitglied in den Betriebsrat nachgerückt und war dies auch noch zum Zeitpunkt des Zugangs der Kündigung um 10.00 Uhr. In dieser Zeit war der stellvertretende Betriebsratsvorsitzende Herr M. zeitweilig verhindert, da er einen Urlaubstag genommen hatte. Dies steht zur Überzeugung der Kammer nach Durchführung der Beweisaufnahme fest. Sowohl der Zeuge M. als auch die Zeugin F. haben übereinstimmend und glaubhaft ausgesagt, dass Herr M. für den 15.4.2009 Urlaub beantragt hatte und somit für Betriebsratstätigkeiten nicht zur Verfügung stand. Ebenso steht zur Überzeugung des Gerichts fest, dass nicht im Vorfeld zwischen Herrn M. und dem Rest des Betriebsrates abgesprochen worden ist, dass man ihn ggf. anrufen könne, wenn Betriebsratstätigkeiten "in Sachen Günther" anlägen. Insofern hat Herr M. bekundet, den Urlaubsantrag bereits Anfang April mündlich bei der Abteilungsleiterin gestellt zu haben und am 14.4.2009 den Antrag lediglich nochmals schriftlich wiederholt zu haben. Herr M. und Frau F. haben auch übereinstimmend bekundet, dass weder am 14.4.2009 noch zu einem früheren Zeitpunkt abgesprochen worden sei, dass man ihn ggf. anrufen könne. Für die Glaubhaftigkeit dieser Aussagen spricht nicht zuletzt die Tatsache, dass Herr M. erklärt hat, über eine Geheimnummer zu verfügen, so dass er am 15.4.2009 nur über den Umweg zu erreichen war, dass Herr F. - der seine Geheimnummer kennt - ihn anrief und um Rückruf bei Frau F. bat.	39
Auf die Tatsache, dass sich Herr M. gegenüber Frau F. trotz seines Urlaubes bereit erklärt hat, an dem Termin bei Frau Rechtsanwältin B. teilzunehmen und somit trotz seines Urlaubes Betriebsratstätigkeiten zu verrichten, kommt es insoweit nicht an, da die Kündigung bereits um 10.00 Uhr und somit zu einem Zeitpunkt, wo weder für den Kläger, noch für den Arbeitgeber, noch für Herrn M. selbst absehbar war, dass dieser seinen Urlaub unterbrechen werde, zugestellt wurde. Insoweit ist auf den Zeitpunkt des Zuganges der Kündigung abzustellen.	40
Eine Anzeige der Verhinderung gegenüber der Betriebsratsvorsitzenden seitens Herrn M. war nicht erforderlich, da die Verhinderung aufgrund des genommenen Urlaubes offenkundig war.	41
Die seitens der Beklagten zitierte Entscheidung des BAG vom 12.2.2004 (AP Nr. 1 zu § 15 KSchG 1969 Ersatzmitglied) ist nicht einschlägig. Die Entscheidung betraf die Kündigung eines Ersatzmitglieds dessen Betriebsratstätigkeit bereits beendet war und der sich deshalb nur auf den nachwirkenden Kündigungsschutz des § 15 Abs. 1 Satz 2 KSchG berufen konnte. Nur für diesen Fall hat das BAG - wie in seinen anderen Entscheidungen bereits zuvor - ausgeführt, dass der besondere Kündigungsschutz nur eintritt, wenn das Ersatzmitglied auch zur Betriebsratstätigkeit herangezogen wurde.	42
IV.	43
Die Kostenentscheidung war im Hinblick auf die Einheit der Kostenentscheidung dem Schlussurteil vorzubehalten.	44
Den Streitwert hat das Gericht gemäß §§ 61 Abs. 1 AGG, 42 Abs. 4 GKG im Urteil auf 3 Bruttomonatsgehälter festgesetzt.	45
Rechtsmittelbelehrung	46
Gegen dieses Urteil kann von der beklagten Partei	47
B e r u f u n g	48
	49

eingelegt werden.	
Für die klagende Partei ist gegen dieses Urteil kein Rechtsmittel gegeben.	50
Die Berufung muss	51
innerhalb einer N o t f r i s t* von einem Monat	52
beim Landesarbeitsgericht Düsseldorf, Ludwig-Erhard-Allee 21, 40227 Düsseldorf, Fax: 0211 7770 2199 eingegangen sein.	53
Die Notfrist beginnt mit der Zustellung des in vollständiger Form abgefassten Urteils, spätestens mit Ablauf von fünf Monaten nach dessen Verkündung.	54
Die Berufungsschrift muss von einem Bevollmächtigten unterzeichnet sein. Als Bevollmächtigte sind nur zugelassen:	55
1.Rechtsanwälte,	56
2.Gewerkschaften und Vereinigungen von Arbeitgebern sowie Zusammenschlüsse solcher Verbände für ihre Mitglieder oder für andere Verbände oder Zusammenschlüsse mit vergleichbarer Ausrichtung und deren Mitglieder,	57
3.Juristische Personen, deren Anteile sämtlich im wirtschaftlichen Eigentum einer der in Nr. 2 bezeichneten Organisationen stehen, wenn die juristische Person ausschließlich die Rechtsberatung und Prozessvertretung der Mitglieder dieser Organisation oder eines anderen Verbandes oder Zusammenschlusses mit vergleichbarer Ausrichtung entsprechend deren Satzung durchführt und wenn die Organisation für die Tätigkeit der Bevollmächtigten haftet.	58
Eine Partei, die als Bevollmächtigter zugelassen ist, kann sich selbst vertreten.	59
* Eine Notfrist ist unabänderlich und kann nicht verlängert werden.	60
Dr. Elz	61
Richter am Arbeitsgericht	62