

Landesarbeitsgericht Schleswig-Holstein

Aktenzeichen: 4 Sa 209/09

5 Ca 325/09 ArbG Lübeck
(Bitte bei allen Schreiben angeben!)

Verkündet am 27.08.2009

gez. ...
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle



Urteil

Im Namen des Volkes

In dem Rechtsstreit

pp.

hat die 4. Kammer des Landesarbeitsgerichts Schleswig-Holstein auf die mündliche Verhandlung vom 27.08.2009 durch den Vorsitzenden Richter am Landesarbeitsgericht ... als Vorsitzenden und d. ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer und d. ehrenamtlichen Richter ... als Beisitzer

für Recht erkannt:

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des
Arbeitsgerichts Lübeck vom 29.04.2009
– 5 Ca 325/09 – wird auf ihre Kosten zurückgewiesen.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Rechtsmittelbelehrung:

Gegen dieses Urteil ist das Rechtsmittel der Revision nicht gegeben; im Übrigen wird
auf § 72 a ArbGG verwiesen.

.....

Tatbestand

Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer verhaltensbedingten fristgerechten Kündigung.

Der 1965 geborene Kläger trat am 01.03.2002 als Chemiefacharbeiter in die Dienste der Beklagten ein und verdiente dort zuletzt brutto 3.366,82 EUR. Die Beklagte, die etwa 400 Arbeitnehmer beschäftigt, befasst sich mit der Herstellung von pharmazeutischen Spezialitäten (Dermatologika). Der Kläger war seit Beginn seiner Tätigkeit in der Abteilung Herstellung Dermatologika/Bulkproduktion tätig. Diese Abteilung befasst sich mit der Herstellung von Salben und Flüssigkeiten. Die Aufgabe des Klägers bestand in der Maschinenbedienung, der Prozesskontrolle, dem Überwachen des Zuführens der richtigen Zutaten und der Beachtung der präzisen und genauen Herstellungsvorschriften bei der Herstellung der Produkte. In den Herstellungsvorschriften ist genau aufgeführt, welche Menge an Zutaten der Mitarbeiter als verantwortlicher Maschinenbediener beizufügen hat, welche einzelnen Herstellungsschritte zu beachten und welche einzelnen Zeiträume bzw. Zeiten bei den Herstellungsschritten einzuhalten sind. Des Weiteren sind von dem Mitarbeiter die einzelnen Herstellungsschritte zu protokollieren und zu dokumentieren. Dies gilt insbesondere für etwaige Abweichungen und Besonderheiten, über die der Vorgesetzte zu informieren ist. Die Verfahrensweise ist dem Kläger aufgrund seiner langjährigen Tätigkeit für die Beklagte und die regelmäßig von ihr durchgeführten Schulungen bekannt.

In der Abteilung des Klägers wird im 2-Schicht-Betrieb gearbeitet. Die Frühschicht dauert von 6.00 Uhr bis 14.15 Uhr, die Spätschicht bis 22.00 Uhr. Zwischen beiden Schichten findet eine etwa dreiviertelstündige Übergabe statt. Die Herstellung der Salbe erfolgt im Bereich des Klägers mit zwei Rührwerken, einem kleinen und einem deutlich größeren. Beide Rührwerke laufen nicht durchgehend zeitgleich, vielmehr sind beide allenfalls 2 bis 2 ½ Stunden gleichzeitig in Bewegung. Eine Kontrolle der Rührwerke, die im Übrigen durch Glasscheiben jederzeit möglich ist, soll alle 15 bis 30 Minuten erfolgen.

Am 07.01.2009 arbeitete der Kläger in der Spätschicht und nahm seine Tätigkeit um 13.30 Uhr auf. Zuvor hielt er sich am Morgen dieses Tages ab 7.00 Uhr zu Voruntersuchungen in der Uniklinik L... für eine für den folgenden Tag geplante Operation auf. An diesem Tag war im Produktionsbereich des Klägers die Salbe Clearasil herzustellen. Der Kläger übernahm mit Beginn der Spätschicht die von seinem Kollegen W... in der Frühschicht angesetzte Emulsion zur Weiterbearbeitung. Der Kollege W... hatte der Emulsion zuvor bereits eine den Herstellungsvorschriften entsprechende Menge von 120 Kilo Wasser zugeführt, ohne dass dies im Herstellungsprotokoll vermerkt wurde.

Wegen des fehlenden Hinweises auf die Zuführung von 120 Kilo Wasser fügte der Kläger diese Menge Wasser zu dem sich im kleinen Rührwerk befindenden Teilansatz von 300 Kilo hinzu. Dies vermerkte er entsprechend im Herstellungsprotokoll (Bl. 52 d.A.).

Die Menge des Teilansatzes aus dem kleinen Rührwerk füllte der Kläger dann sukzessive in zwei Fässer, um die Masse sodann in das große Rührwerk zu verbringen. Nach Abschluss des Produktionsprozesses – gegen 19.00 Uhr – im großen Rührwerk pumpte der Kläger die Salbe in fünf bereitstehende Fässer á jeweils 200 Kilo ab und vermerkte eine gewonnene Gesamtmenge von 1.002 Kilo Ware. Er verbrachte diese fünf Fässer dann zum nächsten Produktionsabschnitt. Regelmäßig wird das Abpumpen durch Druckluft von dem Produktionsmitarbeiter erst dann gestoppt, wenn nur noch Luft ausgeblasen wird, weil das Rührwerk entsprechend leer ist. Produktionsbedingt ist es durchaus nicht unüblich, dass nach Beenden des Abpumpens sich noch eine Restmenge von ca. 10 bis 15 kg im Rührwerk befindet, wobei dieser Ansatz dann auch dort verbleibt, sofern am nächsten Tag das gleiche Produkt hergestellt wird. Diese Restmenge wird nur dann entnommen, wenn das Rührwerk gereinigt werden soll und muss, weil zum Beispiel am nächsten Tag ein anderes Produkt hergestellt werden soll.

Nach Befüllung der fünf Fässer mit der Menge von insgesamt 1.002 kg befand sich im Rührwerk jedoch eine deutlich größere Restmenge. Ursache dafür war der Umstand, dass der Mitarbeiter W... und der Kläger getrennt voneinander jeweils 120 Kilo

Wasser dem Herstellungsprozess zufügten, obwohl nach den Herstellungsvorschriften dies nur einmal hätte erfolgen dürfen. Der Kläger pumpte diese erhebliche Restmenge in ein Vernichtungsfass. Das Vernichtungsfass wird weder gewogen noch wird protokolliert, was sich darin befindet. Üblicherweise wird das Vernichtungsfass dazu genutzt, um die bei einer Reinigung der Maschinen anfallenden Mengen zu entsorgen.

Der Kläger vermerkte im Herstellungsprotokoll im Abschnitt „Besonderheiten“ nicht die erhöhte sich noch Rührwerk befindende Restmenge und deren Entsorgung im Vernichtungsfass. Insoweit gab er an, es habe keine Besonderheiten gegeben. Weiterhin notierte er im Herstellungsprotokoll, eine Reinigung der Rührwerke sei nicht erforderlich. Er informierte auch seinen Vorgesetzten nicht über die ungewöhnlich große Restmenge.

Der Mitarbeiter H... nahm um 19.35 Uhr die Abrechnung der hergestellten Salbe vor. Die weiteren Produktionsprozesse bezüglich der vom Kläger hergestellten Salbe wie zum Beispiel Abfüllung sollten erst am nächsten Werktag zu Beginn der Frühschicht aufgenommen werden.

Nachdem der Kläger nach Beendigung seiner Arbeit zu Hause eingetroffen war – wohl gegen 20.00 Uhr – machte er sich noch einmal Gedanken über den Arbeitsablauf und rief deshalb seinen Kollegen W... an, um mit diesem über den Produktionsprozess zu reden. Er teilte ihm mit, dass wohl etwas viel Rest übrig gewesen sei. Dabei informierte W... ihn darüber, dass sich die fragliche Wassermenge bereits in der Salbe befand, er es aber nicht protokolliert habe. Der Kläger bat deshalb den Zeugen W..., den Produktionsleiter M... darüber zu informieren, was dieser auch am nächsten Morgen tat. Die Salbe wurde daraufhin aus dem Produktionsprozess genommen und vernichtet. Am 07.01.2009 arbeiteten in der Spätschicht des Klägers noch bis 22.00 Uhr die Mitarbeiter H... und H... . Der Produktionsleiter M... war nicht mehr anwesend.

Wegen dieses Vorfalles entschloss sich die Beklagte, das Arbeitsverhältnis des Klägers verhaltensbedingt fristgerecht zu kündigen. Sie hörte dazu mit Schreiben vom

20.01.2009 den bei ihr gebildeten Betriebsrat an und der Betriebsrat erhob in seiner Stellungnahme vom 23.01.2009 gegen die beabsichtigte fristgemäße Kündigung keine Bedenken. Im Anhörungsschreiben unterrichtete die Beklagte den Betriebsrat über den Ablauf am 07.01.2009 und wies weiterhin auf einen Vorfall vom Dezember 2008 hin.

Damals geschah Folgendes:

Die Komponenten für die Herstellung der beiden Chargen 85089 und 85050 des Clearasilproduktes mit der Chargenbezeichnung USCleBPCrC waren im Einzelnen abgewogen, bezeichnet und in verschiedene Gitterboxen für den weiteren Herstellungsprozess bereitgestellt worden. Beide Gitterboxen standen im Lager übereinander. Zunächst war die Produktion der Charge zu starten, deren Komponenten sich in der unteren Box befanden. Um diese Komponenten der Box zu entnehmen, hätte der Kläger die beiden Boxen mit Hilfe eines Staplers umstapeln müssen. Ein solcher Stapler befand sich jedoch nicht in der Nähe des klägerischen Arbeitsplatzes, sondern hätte erst aus dem Keller geholt werden müssen. Der Kläger unterließ dies und vertauschte einfach die Chargenbezeichnungen der beiden Gitterboxen und nahm folglich eine Umetikettierung vor, weil er annahm, in beiden Boxen seien sowieso die gleichen Inhaltsstoffe enthalten. Sein Vorgesetzter, der Produktionsleiter M..., wies ihn auf sein Fehlverhalten hin und ermahnte ihn mündlich, so etwas nicht zu wiederholen.

Der Kläger hält die fristgerechte Kündigung für sozial ungerechtfertigt.

Der Kläger hat behauptet, er habe zwar einen Fehler begangen, jedoch nicht massiv und vorsätzlich gegen seine Verpflichtungen verstoßen. Auch habe er nicht grob fahrlässig gehandelt. Allenfalls könne von leichter Fahrlässigkeit die Rede sein, worauf angemessen mit einer Abmahnung zu reagieren sei. Es sei zu beachten, dass er bereits am Vormittag wegen der Untersuchung in der Universitätsklinik L... psychisch angespannt gewesen sei, zumal am nächsten Tag eine Operation angestanden habe. Aus falsch verstandener Pflicht heraus habe er trotz dieser belastenden Situation seine Arbeit aufgenommen, um die Ausfallzeiten so gering wie möglich zu halten. Es

sei unzutreffend, dass durch eine entsprechende Sichtkontrolle während des Produktionsprozesses feststellbar gewesen wäre, dass sich ca. 120 Liter Wasser zu viel im Produkt befanden. Weiter sei zu berücksichtigen, dass die Salbe zunächst in zwei Rührwerken angerührt worden sei und erst am Nachmittag durch Einsaugen auf das große Rührwerk eine Zusammenfassung erfolgte. Allein die Tatsache, dass Restmengen vorhanden seien, sei zum Teil produktionsbedingt. Daraus könne nicht geschlossen werden, dass automatisch bei diesen Mengen ein Fehler vorliege. Es spreche für ihn, dass er sich über die ganze Angelegenheit noch einmal Gedanken gemacht habe und zu der Auffassung gelangt sei, dass etwas nicht stimmen könne. Den Vorgesetzten habe er nicht mehr erreichen können, weil dieser sich im Regelfall nur bis 16.00/17.00 Uhr im Betrieb aufhalte. Dass er die beiden sich noch bis 22.00 Uhr im Betrieb befindenden Kollegen nicht informiert habe, stelle keine Pflichtverletzung dar. Er habe mit dem Kollegen W... gesprochen, ihn um Information des Produktionsleiters am nächsten Morgen gebeten und damit dafür gesorgt, dass die Salbe nicht weiter verarbeitet werde. Von einem bewussten und gewollten Verstoß gegen Sicherheitsvorschriften und/oder Arbeitsanweisungen könne keine Rede sein. Es sei ein Fehler passiert. Dies bedauere er. Das rechtfertige aber nicht den Ausspruch der Kündigung. Er habe alles unternommen, was ihm an diesem Abend möglich gewesen sei, um die Weiterverarbeitung der Salbe zu verhindern. Die private Telefonnummer seines Vorgesetzten habe er nicht gekannt. Der Zeuge W... sei ihm als zuverlässig bekannt, weshalb er dessen Information als ausreichend angesehen habe.

Der Kläger hat beantragt,

1. festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis der Parteien durch die Kündigung der Beklagten vom 23.01.2009 zum 31.03.2009 nicht aufgelöst wurde,
2. die Beklagte zu verurteilen, ihn bis zum rechtskräftigen Abschluss des Rechtsstreits über den Ablauf der Kündigungsfrist zu unveränderten Bedingungen als Chemiefacharbeiter weiter zu beschäftigen.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Die Beklagte hat behauptet:

Dem Kläger habe zu drei unterschiedlichen Zeitpunkten sein Fehler auffallen müssen. Er hätte deshalb den Produktionsprozess stoppen und den Fehler dokumentieren müssen. Zum einen hätte er die niedrigere Viskosität der Masse wegen der doppelten Zuführung von Wasser bei der Vermahlung im kleinen Rührwerk bemerken müssen. Zum anderen hätten die nach Beendigung des Mahlvorganges im kleinen Rührwerk befüllten Fässer ihm wegen des höheren Befüllstandes auffallen müssen. Aber spätestens mit dem Absaugen der erheblichen Restmenge in ein Vernichtungsfass sei ihm bewusst gewesen bzw. hätte er wissen müssen, dass im Produktionsprozess irgendetwas nicht ordnungsgemäß abgelaufen sei. Ihm sei vorzuwerfen, dass er die erhebliche Restmenge nicht als Besonderheit dokumentiert habe. Indem er die große Restmenge in das Vernichtungsfass verbracht habe, habe er zum Ausdruck gebracht, dass es ihm darum gehe, einen möglichen Fehler im Produktionsablauf zu vertuschen. Eine andere Erklärung gebe es für das Verbringen der Restmenge in das Vernichtungsfass nicht. Das Vernichtungsfass werde im Wesentlichen nur genutzt, wenn Restmengen bzw. Rückstände zu entsorgen seien, weil Geräte gereinigt werden müssten.

Der Kläger habe durch sein Verhalten, insbesondere durch das Verbringen der Restmenge in das Vernichtungsfass ohne Information eines Vorgesetzten und Dokumentation dieses Schrittes jegliches Vertrauen zerstört. Sie müsse sich angesichts der strengen Vorgaben bei der Produktion pharmazeutischer Mittel unbedingt darauf verlassen können, dass die Mitarbeiter sämtliche Vorschriften einhielten. Dazu gehöre insbesondere auch die Dokumentation unter Hinweis auf mögliche Fehler an den Vorgesetzten. Selbstverständlich seien Fehler im Laufe des Produktionsprozesses nicht auszuschließen. Es gehe jedoch darum, und darauf werde jeder Mitarbeiter geschult, solche Fehler nicht zu verschleiern, sondern offen zu legen und den Vorgesetzten darüber zu informieren. Es sei zu beachten, dass es um die Produktion von Arzneimitteln gehe mit gegebenenfalls erheblichen Konsequenzen für die Gesundheit der Verbraucher bei Fehlern im Produktionsprozess, wobei auch zu berücksich-

tigen sei, dass etwaige Nachlässigkeiten auch für sie – Beklagte – wirtschaftlich existenziell sich auswirken könnten. Zu beachten sei, dass sie zu einem Großteil den US-amerikanischen Markt beliefern mit den dortigen bekannt strengen Vorschriften. Berücksichtige man weiterhin den Vorfall aus Dezember 2008, so sei ihr eine Weiterbeschäftigung des Klägers wegen dessen Unzuverlässigkeit nicht über den Ablauf der Kündigungsfrist hinaus zuzumuten. Angesichts der Erheblichkeit seines Fehlverhaltens sei auch eine Abmahnung entbehrlich.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien in der ersten Instanz wird auf den Tatbestand des angegriffenen Urteils mit seinen Verweisungen Bezug genommen.

Das Arbeitsgericht hat der Klage stattgegeben und zur Begründung ausgeführt, der Kläger habe zwar vorsätzlich gegen seine arbeitsvertraglichen Pflichten verstoßen. Denn er habe durch Nutzung des Vernichtungsfasses erkannt, dass der Produktionsprozess fehlerhaft verlaufen sei. Ein vorsätzlicher Pflichtenverstoß sei deshalb darin zu sehen, dass er die notwendigen, erforderlichen und vorgeschriebenen Dokumentationen und Informationen nicht vorgenommen habe. Dieser Pflichtenverstoß wiege allerdings nicht so schwer, dass er angesichts der persönlichen Umstände des Klägers geeignet sei, die streitgegenständliche Kündigung zu rechtfertigen. Eine Interessenabwägung gehe zu seinen Gunsten aus. Zwar sei für das Beendigungsinteresse der Beklagten deren berechtigtes Anliegen zu berücksichtigen, dass die Herstellung der Arzneimittel exakt dem vorgeschriebenen Herstellungs- und Dokumentationsverfahren entsprechen müsse. Für das Beendigungsinteresse der Beklagten spreche weiter, dass der Kläger sich seines Fehlverhaltens bewusst gewesen sein müsse. Allerdings habe er von Anfang an sein Fehlverhalten eingeräumt. Auf Seiten des Klägers sei weiterhin dessen psychisch angespannte Situation vor der Operation zu beachten. Zudem sei das Arbeitsverhältnis seit 2002 ohne Beanstandungen verlaufen. Zwar sei der Vorfall aus dem Dezember 2008 nicht zu verkennen, jedoch habe die Beklagte darauf nicht mit einer Abmahnung, sondern mit einer strengen Ermahnung reagiert. Der Kläger habe deshalb bei einem erneuten Pflichtenverstoß nicht damit rechnen müssen, dass dieser sofort zur Beendigung des Arbeitsverhältnisses führe. Die Beklagte sei deshalb gehalten gewesen, wegen des erneuten Pflichtenverstoßes zunächst eine Abmahnung auszusprechen.

Hinsichtlich der weiteren Begründung wird Bezug genommen auf den Inhalt der Entscheidungsgründe des angegriffenen Urteils.

Die Beklagte hat gegen das ihr am 14.05.2009 zugestellte Urteil am 09.06.2009 Berufung eingelegt und diese am 13.07.2009 begründet.

Die Beklagte ist der Meinung, das Arbeitsgericht habe eine verfehlte Interessenabwägung vorgenommen. Das Gericht hätte mehr berücksichtigen müssen, welche Konsequenzen ein fehlerhaftes Verhalten beim Produktionsprozess von Arzneimitteln nicht nur für die Gesundheit der Verbraucher haben könne, sondern letztlich für ihr gesamtes Unternehmen im Hinblick auf die Konsequenzen bei Bekanntwerden entsprechender Herstellungs- bzw. Dokumentationsfehler im Rahmen des Produktionsprozesses. Sie stelle Produkte für den amerikanischen Markt her. Dieser decke ca. 40 bis 50 % der gesamten Stückzahlen bei der Herstellung der speziellen Salbe (Clearasil) im Rahmen der Salbenproduktion ab. Der Rest erstrecke sich auf Europa und europäisches Ausland. Der amerikanische Arzneimittelmarkt unterliege strengsten Reglementierungen. Ein außeramerikanischer Hersteller, der diesen Markt beliefern wolle, müsse sich deshalb nicht nur vor Einführung in den amerikanischen Markt, sondern auch in regelmäßigen Zeitabständen einer rigiden Kontrolle durch die FDA unterziehen. Eine penible Dokumentation des Herstellprozesses sei zwingend geboten. Es bestehe das hohe Risiko, dass die FDA im Rahmen eines außerplanmäßigen Audits und Kenntnis des fehlerhaften Verhaltens des Klägers – insbesondere bei der Dokumentation – die Zulassung der Produkte für den amerikanischen Markt stoppen könnte. Erschwerend komme hinzu, dass ein Großteil des Umsatzes auf dem Bereich der Lohnabfüllung für externe Kunden falle. Der größte Auftraggeber sei die Firma R.B... mit ca. 60 bis 65 % des gesamten Volumens der bei ihr hergestellten Salben. Bei einem Wegfall dieses Kunden – bedingt durch den Verlust des amerikanischen Marktes – wäre der Produktionsstandort R... in erheblichem Maße betroffen. Dieses Gefahrenpotential habe das Gericht bei der Interessenabwägung nicht ausreichend gewürdigt. Die Gefahr sehr hoher Kosten des Rückrufs sei ebenfalls zu beachten. Nicht auszuschließen sei auch bei entsprechender Kontrolle durch die FDA, dass die von ihr – Beklagten – hergestellten Produkte für den amerikani-

schen Markt gestoppt würden. Bei einem Verlust der Lizenz für den amerikanischen Markt wären ihr ca. 65 % der Stückzahl/Volumen des Produktionsprozesses verloren gegangen. Reputations- bzw. Imageschaden seien ebenfalls zu beachten. Bei einem „Öffentlich-werden“ eines fehlerhaften Produktes, einer notwendigen Rückrufaktion wäre ihr Erscheinungsbild und der Ruf in der Öffentlichkeit erheblich beschädigt.

Das Arbeitsgericht hätte bei der Interessenabwägung auch berücksichtigen müssen, dass der Kläger nicht nur bei Beginn seines Arbeitsverhältnisses über seine Verpflichtungen aufgeklärt und belehrt worden sei, sondern regelmäßig in intensiven Schulungen. Immer wieder sei betont worden, dass bei Fehlern diese sofort an den Vorgesetzten weiterzugeben und im Herstellungsprotokoll zu dokumentieren seien. Aufgrund dieser intensiven Schulungen und regelmäßigen Wiederholungen fielen pro Jahr von ca. 2.500 Bulks (Produktionsvolumina) nur ca. 1 bis 2 fehlerhafte Bulks auf, die dann auch regelmäßig vernichtet würden. Dieser Verlust – und darauf seien die Mitarbeiter immer wieder hingewiesen worden – sei jedoch längst nicht so schlimm wie das Verschweigen von Fehlern und eine fehlerhafte Dokumentation.

Gegen diese Pflichten habe der Kläger nicht nur grob fahrlässig verstoßen, sondern bewusst. Durch das Verbringen der überschüssigen Ware in das Vernichtungsfass, aber auch durch die fehlerhafte Dokumentation im Rahmen des Herstellungsprozesses - „keine Besonderheiten“ – habe er versucht, seine Fehler beziehungsweise die Fehlerhaftigkeit in dem Produktionsprozess zu vertuschen. Es könne nicht als ausreichend angesehen werden, wenn er von zu Hause nach Beendigung der Schicht sich nochmal mit seinem Kollegen über den Produktionsprozess austausche. Das Vertrauen in seine Zuverlässigkeit und Integrität sei für sie im Hinblick auf die Sensibilität des Produktionsprozesses und der Produkte unwiderruflich zerstört. Dies gelte insbesondere auch vor dem Hintergrund des Vorfalles aus Dezember 2008.

Sofern sich die Kündigung als sozial ungerechtfertigt erweisen sollte, sei das Arbeitsverhältnis jedenfalls gegen Zahlung einer Abfindung aufzulösen, weil ihr die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zumutbar sein.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Arbeitsgerichts Lübeck vom 29.04.2009
- 5 Ca 325/09 – abzuändern und die Klage abzuweisen,

hilfsweise, das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung einer
Abfindung, deren Höhe in das Ermessen des Gerichts
gestellt wird, aufzulösen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung und den in der Berufung erstmals gestellten
Auflösungsantrag zurückzuweisen.

Der Kläger verteidigt unter Wiederholung seines erstinstanzlichen Vortrages die Entscheidung des Arbeitsgerichts. Es sei nicht zutreffend, dass er Beweismittel vernichtet und sein Fehlverhalten habe vertuschen wollen. Ihm sei ein Fehler unterlaufen, was er von vornherein nicht bestritten, sondern stets kommuniziert habe. Die Interessenabwägung sei nicht zu beanstanden. Zudem dränge sich auf, auch eine fertig produzierte Salbe noch durch eine Qualitätskontrolle laufen zu lassen, und zwar nicht nur stichprobenartig. Möge die Beklagte vortragen, welche Qualitätssicherungsmaßnahmen sie vor dem von ihr geschilderten Hintergrund möglicher negativer Auswirkungen ergriffen habe. Zu beachten sei weiterhin, dass er am 07.01.2009 aufgrund von Voruntersuchungen und einer am nächsten Tag bevorstehenden Operation belastet gewesen sei. Der Fehler sei ihm erst abends bei der Abfüllung aufgefallen. Zu dem Zeitpunkt sei der Vorgesetzte nicht mehr im Betrieb gewiesen. Schlussendlich habe sein Verhalten – Telefonat mit dem Kollegen W... – bewirkt, dass die Ware nicht in den Abfüllbereich gekommen sei. Er habe weder grob fahrlässig noch schuldhaft gegen bestehende Vorschriften verstoßen. Persönliche Umstände und die Dauer seiner Betriebszugehörigkeit seien zu berücksichtigen im Rahmen der Interessenabwägung. Einen Auflösungsgrund gebe es im Übrigen nicht.

Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien in der Berufung wird Bezug genommen auf den Inhalt der dort gewechselten Schriftsätze.

Entscheidungsgründe

Die Berufung ist zulässig. Sie ist statthaft und frist- und formgerecht eingelegt und begründet worden. In der Sache hat sie jedoch keinen Erfolg. Die Angriffe der Berufung rechtfertigen keine Abänderung der erstinstanzlichen Entscheidung. Das Arbeitsgericht hat der Klage zutreffend stattgegeben. Das Arbeitsverhältnis endete deshalb nicht aufgrund der fristgerechten Kündigung der Beklagten vom 23.01.2009 mit Ablauf des 31.03.2009. Denn diese fristgerechte Kündigung ist sozial ungerechtfertigt gemäß § 1 Abs. 2 des anzuwendenden Kündigungsschutzgesetzes, denn sie ist nicht durch den von der Beklagten angeführten verhaltensbedingten Grund gerechtfertigt. Die Beklagte wäre unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit gehalten gewesen, anstelle der streitgegenständlichen Kündigung eine Abmahnung auszusprechen. Der im Übrigen in der Berufungsinstanz erstmalig gestellte Auflösungsantrag ist unbegründet, denn es liegt kein Auflösungsgrund vor. Dazu im Einzelnen:

1. Das zwischen den Parteien bestehende Arbeitsverhältnis endete nicht aufgrund der streitgegenständlichen Kündigung der Beklagten aus verhaltensbedingten Gründen mit Ablauf des 31.03.2009. Diese Kündigung ist gemäß § 1 Abs. 2 KSchG sozial ungerechtfertigt, weil sie nicht durch einen Grund bedingt ist, der in dem Verhalten des Klägers liegt. Zwar hat der Kläger am 07.01.2009 bei der Erledigung seiner Arbeiten zur Herstellung der Salbe Clearasil in erheblicher Weise seine arbeitsvertraglichen Pflichten verletzt. Angesichts des zu berücksichtigenden Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit wäre die Beklagte jedoch gehalten gewesen, auf diese Pflichtverletzung zunächst mit einer Abmahnung zu reagieren.

a. Der Kläger hat am 07.01.2009 in erheblicher Weise seine arbeitsvertraglichen Pflichten verletzt, indem er die sich noch im großen Rührwerk befindende Restmenge in ein Vernichtungsfass überführte und diesen Vorgang weder im Herstellungsprotokoll dokumentierte noch seinen Vorgesetzten darüber informierte. Es kann insoweit dahingestellt bleiben, ob der Kläger bereits angesichts der Viskosität der Masse beziehungsweise des Füllstandes der Fässer nach dem Verbringen der Masse aus dem kleinen Rührwerk hätte erkennen müssen, dass der Herstellungsprozess nicht ord-

nungsgemäß eingehalten wurde. Jedenfalls spätestens zu dem Zeitpunkt, als der Kläger die erhebliche Restmenge im großen Rührwerk bemerkte und im Vernichtungsfass entsorgte, war ihm bewusst, dass der Herstellungsprozess nicht ordnungsgemäß abgelaufen war. Insoweit teilt das Berufungsgericht die Einschätzung des Arbeitsgerichts. Die Befragung der Parteien in der Berufungsverhandlung hat die Annahme bestätigt beziehungsweise noch bekräftigt, dass dem Kläger mit der Existenz der erheblichen Restmenge und deren Verbringung in das Vernichtungsfass bewusst war, dass der Herstellungsprozess nicht den Herstellungsrichtlinien gemäß abgelaufen war.

Üblicherweise verbleibt im Rührwerk eine gewisse Restmenge von 10 bis 12 kg. Diese wird für die Produktion am nächsten Tag wieder verwendet. Nur dann, wenn die Maschine gereinigt werden muss, wird diese Restmenge auch entfernt. Der Kläger hat im Herstellungsprotokoll dokumentiert, eine Reinigung der Maschine sei nicht erforderlich. Folglich war ihm bewusst, dass am nächsten Tag genau dieses Produkt auf der Maschine wieder gerührt beziehungsweise gemahlen wurde. Wenn er aber dennoch die erhebliche Restmenge aus dem Rührwerk entfernte und in das Vernichtungsfass verbrachte, so gibt es dafür nur eine Erklärung, nämlich jene, dass ihm bewusst war, dass dort eine Menge entstanden war, die eigentlich bei einem normalen Herstellungsprozess unter Berücksichtigung der vorgegebenen Mengen nicht hätte entstehen dürfen. Für den Kläger konnte es keine andere Erklärung als jene geben, dass der Herstellungsprozess nicht ordnungsgemäß verlaufen war. Denn anderenfalls hätte die große Restmenge nicht übrig bleiben dürfen. Im Herstellungsprozess hat er eine Ausbeute von 1.002 kg dokumentiert, verteilt auf fünf Fässer. Wenn dann aber noch eine erhebliche Restmenge – wie geschehen – übrig blieb, so kann dies nur seine Erklärung darin finden und dies muss der Kläger auch gewusst haben, dass es eine Unregelmäßigkeit im Produktionsablauf gegeben hat.

Vorzuwerfen ist dann dem Kläger, dass er trotz dieser Kenntnis vom Vorhandensein einer erheblichen Restmenge, die bei einem normalen und ordnungsgemäßen Produktionsablauf nicht erklärbar wäre, dies nicht entsprechend dokumentiert hat. Im Gegenteil: Im Herstellungsprozess vermerkte er unter der Rubrik Besonderheiten: „keine“. Damit hat er trotz des Erkennens eines nicht ordnungsgemäßen Produkti-

onsablaufes es unterlassen, dies zu dokumentieren und seinen Vorgesetzten darüber zu informieren.

Ein solcher Pflichtenverstoß stellt eine ganz erhebliche Missachtung der ihm obliegenden arbeitsvertraglichen Pflichten dar, der angesichts der strengen Herstellungsrichtlinien auch von erheblicher Bedeutung ist. Das Berufungsgericht teilt auch die Auffassung der Beklagten, wonach das Verbringen der erheblichen Restmenge in ein Vernichtungsfass jedenfalls Ausdruck einer Haltung des Klägers war, einen sich aufdrängenden und vom Kläger auch erkannten Fehler im Produktionsablauf nicht weiter zu problematisieren beziehungsweise zu verheimlichen. Der entscheidende Vorwurf und Pflichtenverstoß liegt also darin, dass der Kläger trotz der erkannten Unregelmäßigkeit im Produktionsprozess diesen Fehler nicht dokumentierte und seinen Vorgesetzten informierte und darüberhinaus schlicht die erhebliche Restmenge entsorgte und damit den Produktionsprozess als scheinbar ordnungsgemäß abgelaufen darstellte.

b. Trotz dieser Pflichtverletzung erweist sich die verhaltensbedingte fristgerechte Kündigung dennoch als sozial ungerechtfertigt, weil die Beklagte gehalten gewesen wäre, an ihrer Stelle eine Abmahnung auszusprechen.

aa. Im Bereich der ordentlichen Kündigung ist Rechtsgrundlage des Abmahnungserfordernisses der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (KR-Fischermeier, § 626 BGB, Rdnr. 257, 7. Auflage). Das Erfordernis der vorherigen Abmahnung besteht insbesondere im Bereich der verhaltensbedingten Kündigung, und zwar nicht nur bei der Verletzung von Hauptleistungspflichten, sondern auch und gerade im Bereich der Verletzung von Neben- und Schutzpflichten. Das Bundesarbeitsgericht misst zudem der Differenzierung zum Vertrauensbereich für das Erfordernis einer vorherigen Abmahnung nicht mehr die gleiche Bedeutung bei wie früher (BAG-Urteil vom 04.06.1997, AP Nr. 137 zu § 626 BGB; BAG, Urteil vom 11.03.1999, AP Nr. 150 zu § 626 BGB). Das Bundesarbeitsgericht hat deshalb klar gestellt, dass das Abmahnungserfordernis stets zu prüfen ist. Die Abmahnung hat die Funktion einer „gelben Karte“, die den Arbeitnehmer vor Erteilung der Kündigung anhalten soll, künftig wieder vertragsgerechte Leistungen zu erbringen, und für den Fall der künftigen nicht

vertragsgerechten Erfüllung der Pflichten aus dem Arbeitsverhältnis Konsequenzen für den Inhalt oder Bestand des Arbeitsverhältnis androht (KR-Fischermeier, § 626 BGB Rdnr. 262). Diesen Zweck kann die Abmahnung nur dann erfüllen, wenn es um steuerbares Fehlverhalten des Arbeitnehmers geht, das bisherige vertragswidrige Verhalten noch keine klare Negativprognose für die weitere Vertragsbeziehung zulässt und deswegen von der Möglichkeit einer künftigen vertragskonformen Erfüllung auszugehen ist.

Bei der Prüfung dieser für das Erfordernis der Abmahnung wesentlichen Kriterien ist von der Regel auszugehen, dass jedes willensbestimmte Verhalten eines Arbeitnehmers für die Zukunft abänderbar und deshalb grundsätzlich abmahnungsfähig und –bedürftig ist (KR-Fischermeier, § 626 BGB Rdnr. 263).

Wegen einer Pflichtwidrigkeit im Leistungs- und Verhaltensbereich bedarf es aber wiederum dann keiner Abmahnung, wenn im Einzelfall besondere Umstände vorgelegen haben, aufgrund derer eine Abmahnung als nicht erfolversprechend angesehen werden kann (BAG, Urteil vom 17.02.1994 AP Nr. 116 zu § 626 BGB). Dies ist besonders dann anzunehmen, wenn erkennbar ist, dass der Arbeitnehmer nicht in der Lage oder gar nicht gewillt ist, sich vertragsgerecht zu verhalten (BAG, Urteil vom 12.07.1984, AP Nr. 32 zu § 102 BetrVG 1972). Kannte der Arbeitnehmer die Vertragswidrigkeit seines Verhaltens, setzte er aber trotzdem seine Pflichtverletzung hartnäckig und uneinsichtig fort, läuft die Warnfunktion der Abmahnung leer.

Zudem bedürfen besonders schwere Verstöße dann keiner Abmahnung, wenn der Arbeitnehmer von vornherein nicht mit einer Billigung seines Verhaltens rechnen kann und er sich bewusst sein muss, dass er seinen Arbeitsplatz riskiert (BAG, Urteil vom 10.02.1999, AP Nr. 42 zu § 15 KSchG 1969, BAG, Urteil vom 15.11.2001, AP Nr. 45 zu § 626 BGB Ausschlussfrist; BAG, Urteil vom 02.03.2006, AP Nr. 14 zu § 626 BGB Krankheit).

Die Erforderlichkeit einer Abmahnung wird daher auch durch das Merkmal der Geeignetheit in dem Sinne begrenzt, dass abzuwägen ist, ob die Abmahnung nicht mehr das ausreichende Mittel zur Wahrung der Interessen des Arbeitgebers ist.

Schwerwiegende Pflichtverletzungen, deren Rechtswidrigkeit dem Arbeitnehmer ohne weiteres erkennbar sind und bei denen eine Hinnahme des Verhaltens offensichtlich ausgeschlossen ist, erfordern im Einzelfall keine Abmahnung. Die Möglichkeit einer positiven Prognose für das Arbeitsverhältnis ist in diesen Fällen deshalb auszuschließen, weil auch durch eine künftige Vertragstreue die eingetretene Erschütterung oder Zerstörung des Vertrauensverhältnisses nicht mehr behoben werden kann (KR-Fischermeier, § 626 BGB Rdnr. 268).

bb. Unter Berücksichtigung dieser Rechtsgrundsätze hätte die Beklagte statt der fristgerechten Kündigung eine Abmahnung aussprechen müssen. Denn eine Gesamtwürdigung der Umstände ergibt, dass eine Abmahnung noch ein geeignetes Mittel gewesen wäre, um bei dem Kläger zu einer positiven Prognose für die Zukunft zu gelangen. Eine Gesamtwürdigung der Abläufe ergibt, dass beim Kläger nicht angenommen werden kann, eine Abmahnung würde sich nicht als erfolgversprechend für eine zukünftig ordnungsgemäße Erbringung der arbeitsvertraglich geschuldeten Pflichten erweisen. Zudem hat sich der Kläger angesichts seines Gesamtverhaltens nicht als derart unzuverlässig erwiesen, dass bei der Beklagten für die Zukunft jegliches Vertrauen in eine ordnungsgemäße und sorgfältige Arbeitsleistung zerstört ist. Dazu im Einzelnen:

(1) Der Beklagten ist zunächst zuzugeben, dass der Kläger seine arbeitsvertraglichen Pflichten schwerwiegend verletzte, indem er die erhebliche Restmenge in das Ver-nichtungsfass verbrachte und weder den Vorgesetzten informierte noch im Herstel-lungsprozess diese Besonderheit dokumentierte, obwohl – davon ist das Berufungs-gericht ebenso wie das Arbeitsgericht überzeugt – er wusste, dass es eine Unregel-mäßigkeit im Produktionsablauf gegeben haben musste. Die Schwere einer solchen Pflichtverletzung drängt sich geradezu auf. Die Beklagte weist zutreffend in ihrer Be-rufungsbegründung auf die möglichen Konsequenzen eines solchen Fehlverhaltens hin. Dies gilt sowohl für die Folgen beim Verbraucher als auch im Hinblick auf die Reputation der Beklagten am Markt und ihre Zulassung insbesondere auf dem US-amerikanischen Markt. Fehler oder Nachlässigkeiten im Bereich der Dokumentation und des Hinweises auf etwaige Unregelmäßigkeiten können für die Beklagte von

existentieller Bedeutung werden. Dies ist so offenkundig, dass es nicht weiter ausgeführt werden muss.

Der Kläger musste die Pflichtwidrigkeit seines Handelns – unterlassene Dokumentation und Information des Vorgesetzten bei Vernichtung der Restmenge – auch ohne weiteres erkennen. Die Beklagte weist insoweit – vom Kläger nicht widersprochen – darauf hin, dass sie ihre Mitarbeiter stets schult hinsichtlich der Einhaltung der Herstellungsvorschriften und der Dokumentationspflichten. Deutlich hat die Beklagte vorgetragen, dass den Mitarbeitern immer wieder aufgezeigt werde, dass Fehler passieren könnten, entscheidend aber sei, dass Fehler dokumentiert und Vorgesetzte darüber informiert werden. Auch der Kläger erhielt diese Schulungen. Auch dem Kläger als ausgebildeten Chemiefacharbeiter muss bewusst sein, dass es insoweit bei der Beklagten grundsätzlich keine Toleranz geben kann. Aufgrund der Schulung musste der Kläger auch ohne weiteres annehmen, dass für die Beklagte die Hinnahme eines solchen Verhaltens offensichtlich ausgeschlossen ist. Der Kläger durfte überhaupt keinen Anlass zu der Annahme haben, die Beklagte könnte eventuell sein Verhalten hinnehmen. Erschwerend kommt dann hinzu, dass der Kläger durch das Verbringen der Restmenge in das Vernichtungsfass ohne Hinweis im Herstellungsprotokoll den Herstellungsvorgang als ordnungsgemäß abgelaufen darstellte, obwohl sich ihm die Unregelmäßigkeit aufdrängen musste und ihm auch bekannt war. Das Verbringen der Restmenge in das Vernichtungsfass kann daher auch als Teil der Verheimlichung eines erkannt nicht ordnungsgemäßen Herstellungsprozesses angesehen werden. Dies ist ein Fehlverhalten ganz gravierender Art, das an sich geeignet ist, unter Berücksichtigung der obigen Rechtsgrundsätze auch den Ausspruch einer verhaltensbedingten fristgerechten Kündigung ohne vorherige Abmahnung sozial zu rechtfertigen.

(2) Dennoch erfordert eine Berücksichtigung der weiteren Umstände den Ausspruch einer Abmahnung in diesem Einzelfall. Für das Berufungsgericht ist insoweit entscheidend, dass der Kläger noch im Laufe des Abends des 07. Januar 2009 Konsequenzen aus dem ihm bewussten Fehlverhalten zog und seinen Kollegen W... darüber unterrichtete mit der Bitte, dieser möge am nächsten Morgen den Produktionsleiter informieren. Zwar relativiert dieses nachfolgende Verhalten des Klägers nicht die

vorhergehende schwerwiegende Pflichtverletzung. Sie ist aber ein Hinweis und Beleg dafür, dass der Kläger grundsätzlich eine Haltung zu seiner Arbeitsleistung hat, die getragen ist von dem Bemühen, Fehler zu vermeiden. Er hat sich zwar mit den unterlassenen Eintragungen im Herstellungsprotokoll und dem Nutzen des Vernichtungsfasses zunächst als in erheblicher Weise unzuverlässig erwiesen. Sein nachfolgendes Verhalten belegt jedoch, dass ihm etwaige Fehler bei der Arbeit nicht gleichgültig sind und er diese auch nicht dauerhaft vertuschen will. Er hat die Angelegenheit eben nicht mit der Verbringung der Restmenge im Vernichtungsfass für sich als abgeschlossen angesehen, sondern „trug“ den Vorgang im Gedanken mit nach Hause, wo er sodann Anlass sah, sich wegen dieses Vorganges mit seinem Kollegen zu unterhalten. Zwar mag er aus der Sicht der Beklagten auch mit dem Telefonat bei dem Kollegen W... nicht den optimalen Weg gegangen sein, denn nach Auffassung der Beklagten hätte er die beiden Kollegen in der Spätschicht erreichen können. Entscheidend ist aber, dass er einen geeigneten Weg ging, indem er den ihm als zuverlässig erscheinenden Kollegen W... informierte und darum bat, am nächsten Tag den Produktionsleiter zu informieren. Dieses Vorgehen war jedenfalls geeignet, um eine weitere Verarbeitung der Salbe zu verhindern. Um es nochmals zu verdeutlichen: Durch das nachfolgende Verhalten wird nicht die vorhergehende erhebliche Pflichtverletzung verharmlost beziehungsweise relativiert. Entscheidend ist aber, dass der Kläger durch sein nachfolgendes Vorgehen zum Ausdruck gebracht hat, dass er an sich eine gewissenhafte Einstellung zum Arbeitsplatz hat und keineswegs von einem irreparablen Verlust des Vertrauens auf Seiten der Beklagten auszugehen ist. Vielmehr ist die Annahme gerechtfertigt, dass gerade der Ausspruch einer strengen Abmahnung den Kläger angehalten hätte, zukünftig ordnungsgemäß und pflichtgemäß zu arbeiten, so dass eine positive Prognose möglich gewesen wäre.

(3) Hinzu kommt, dass der Kläger – was ihm nicht widerlegt werden kann – sich an dem streitgegenständlichen Tag in einer besonderen Situation befand. Vor Antritt der Spätschicht suchte er die Universitätsklinik L... zur Durchführung von Voruntersuchungen für eine am nächsten Tag anstehende Operation auf. Der Kammer erscheint es durchaus nachvollziehbar, dass er sich am 07.01.2009 in einer besonderen psychischen Situation befand. Auch diese vermag sein Verhalten zwar nicht zu entschuldigen. Sie ist aber durchaus zu berücksichtigen bei der Frage, ob angesichts

des Verhaltens des Klägers an diesem Tage generell eine durch eine Abmahnung herzustellende positive Prognose auszuschließen ist. Für das Berufungsgericht ist insoweit die vom Kläger behauptete und nicht zu widerlegende psychisch angespannte Situation sehr wohl in dem Sinne zu berücksichtigen, dass diese möglicherweise auch einen gewissen Einfluss auf sein nachlässiges Verhalten hinsichtlich der Dokumentation des Herstellungsprozesses hatte.

(4) Eine andere Betrachtung hinsichtlich der Notwendigkeit einer Abmahnung folgt auch nicht aus dem Umstand, dass sich der Kläger im Dezember 2008 bereits einmal pflichtwidrig verhielt, indem er die Gitterboxen vertauschte beziehungsweise umetikettierte. Zweifelsohne handelte es sich auch dabei um eine Pflichtverletzung, die die Beklagte nicht hinnehmen kann. Aber auch diese Pflichtverletzung ist gemeinsam mit dem Vorfall vom 07.01.2009 nicht geeignet, unwiederbringlich von einer negativen Prognose für die Zukunft auszugehen. Ungeachtet des Umstandes, dass damit das im Übrigen seit 2002 störungsfrei verlaufende Arbeitsverhältnis nicht ausreichend beachtet werden würde, ist die Annahme einer unwiederbringlichen negativen Prognose aus dem Vorfall des Dezember 2008 bereits deshalb nicht gerechtfertigt, weil für eine solche negative Prognose der Ausspruch einer Abmahnung seinerzeit erforderlich gewesen wäre. Insoweit beließ es die Beklagte damals lediglich bei einer – wenn auch schweren – Ermahnung. Angesichts des Fehlens der für die Abmahnung typischen Hinweise und Androhungen vermag diese die negative Prognose nicht zu begründen.

Nach alledem endete das Arbeitsverhältnis nicht aufgrund der fristgerechten Kündigung der Beklagten aus verhaltensbedingten Gründen mit Ablauf des 31.03.2009. Der Kläger muss sich allerdings dessen bewusst sein, dass er bei einer weiteren gleichartigen Pflichtverletzung den Bestand seines Arbeitsverhältnisses in einem erheblichen Maß riskiert.

2. Der von der Beklagten erstmals in der Berufungsinstanz gestellte Antrag auf Auflösung des Arbeitsverhältnisses gemäß § 9 Abs. 1 Satz 2 KSchG ist unbegründet. Denn es sind keine Gründe erkennbar, die eine den Betriebszwecken dienliche weitere Zusammenarbeit zwischen der Beklagten und dem Kläger nicht erwarten lassen.

Die Beklagte begründet ihren Hilfsantrag mit jenen Argumenten, die bereits die soziale Rechtfertigung der fristgerechten Kündigung nicht herbeiführen konnten. Zwar können grundsätzlich auch Umstände, die im Rahmen der Kündigungsbegründung eine Rolle spielten, für den Auflösungsantrag mit angeführt werden. Entscheidend ist hier aber, dass angesichts des Erfordernisses einer vorherigen Abmahnung und der nicht von vornherein ausgeschlossenen positiven Prognose durchaus eine weitere dienliche Zusammenarbeit zwischen den Parteien denkbar ist. Es ist jedenfalls durchaus denkbar, dass der Kläger bei Ausspruch einer Abmahnung diese zum Anlass genommen hätte, zukünftig pflichtgemäß und sorgfältig seine Arbeitsleistung zu erbringen, weshalb eine dienliche Zusammenarbeit auch durchaus zu erwarten gewesen wäre.

Nach alledem ist die Berufung der Beklagten mit der Kostenfolge des § 97 ZPO zurückzuweisen. Der Klarstellung wegen wird darauf hingewiesen, dass im Tenor ein ausdrücklicher Ausspruch über die Abweisung des Auflösungsantrages nicht erfolgen musste, weil die Abweisung des Auflösungsantrages bereits erfasst wird durch den Ausspruch der Zurückweisung der Berufung. Der hilfsweise gestellte Antrag ist nämlich ein Teil der Berufung der Beklagten. Wird die Berufung insgesamt zurückgewiesen, so gilt dies auch für den Hilfsantrag.

Anlass zur Zulassung der Revision besteht nicht. Es handelt sich um eine am Einzelfall orientierte Entscheidung.

gez. ...

gez. ...

gez. ...