

Änderungskündigung: Ohne Gleichbehandlung keine Zustimmungspflicht

Macht ein Arbeitgeber, der einem Mitarbeiter eine Änderungskündigung ausgesprochen hat, ein Angebot für die Weiterarbeit, das den arbeitsrechtlichen Gleichheitsgrundsatz verletzt, so muss der Arbeitnehmer darauf nicht eingehen.

Quelle: Wolfgang Büser

Wirksamkeit einer Änderungskündigung; Verletzung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes; Beachtung des Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; Pflicht zur Offenlegung sachlich gerechtfertigter Differenzierungskriterien; Verletzung des Rechts auf rechtliches Gehör; Zulässigkeit der Einführung von Stichtagsregelungen; Mitverursachung der Dienstunfähigkeit durch den Arbeitgeber

Gericht: BAG

Datum: 03.07.2003

Aktenzeichen: 2 AZR 617/02

Entscheidungsform: Urteil

Referenz: JurionRS 2003, 25563

ECLI: [keine Angabe]

Verfahrensgang:

vorgehend:

ArbG Köln - 16.11.2001 - AZ: 2 Ca 4646/01

LAG Köln - 16.08.2002 - AZ: 12 Sa 203/02

LAG Köln - 16.11.2002 - AZ: 12 Sa 203/02

Rechtsgrundlagen:

§ 1 Abs. 2 KSchG

§ 612a BGB

§ 611 Abs. 1 BGB

Art. 103 GG

§ 2 KSchG

§ 15 SchwbG

§ 85 SGB X

Fundstellen:

BAGE 107, 56 - 65

ArbRB 2004, 100 (Volltext mit red. LS)

ARST 2004, 248-250

AuR 2004, 163 (Kurzinformation)

AUR 2004, 163 (Kurzinformation)
BAGReport 2004, 111-113
BB 2004, 1006-1008 (Volltext mit amtl. LS)
BB 2004, 724 (amtl. Leitsatz)
DB 2004, IX Heft 9 (amtl. Leitsatz)
DB 2004, 655-656 (Volltext mit amtl. LS)
EBE/BAG 2004, 42-45
EBE/BAG 2004, 2
EzA-SD 5/2004, 8-10
FA 2003, 381
FAr 2003, 381
SAE 2004, 160
StuB 2004, 432
ZfPR 2004, 116

BAG, 03.07.2003 - 2 AZR 617/02

Amtlicher Leitsatz:

Ein Änderungsangebot, dessen Inhalt den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz verletzt, widerspricht dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Es muss vom Arbeitnehmer nicht billigerweise hingenommen werden und führt zur Unwirksamkeit der Änderungskündigung nach § 2 Satz 1 KSchG iVm. § 1 Abs. 2 KSchG .

Der Zweite Senat des Bundesarbeitsgerichts
hat auf Grund der mündlichen Verhandlung
vom 3. Juli 2003
durch
den Vorsitzenden Richter am Bundesarbeitsgericht Prof. Dr. Rost,
die Richter am Bundesarbeitsgericht Bröhl und Schmitz-Scholemann sowie
den ehrenamtlichen Richter Dr. Bensinger und
die ehrenamtliche Richterin Nielebock
für **Recht** erkannt:

Tenor:

Auf die Revision der Beklagten wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Köln vom 16. August 2002 - 12 Sa 203/02 - aufgehoben.

Die Sache wird zur neuen Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten der Revision - an das Landesarbeitsgericht zurückverwiesen.

Tatbestand

- 1 Die Parteien streiten um die Wirksamkeit einer Änderungskündigung.
- 2 Der 1960 geborene Kläger trat 1989 oder 1990 in die Dienste der Rechtsvorgängerin der Beklagten. Die Beklagte betreibt u.a. die Häfen der Stadt K. Der Kläger arbeitete zuletzt als Rangierleiter und erhielt als Vergütung monatlich ca. 4.500,00 DM. Auf das Arbeitsverhältnis fand der Bundes-Angestelltentarifvertrag Anwendung. Im Januar 2000 erlitt der Kläger einen Arbeitsunfall. Im Anschluss daran war er arbeitsunfähig und begab sich alsbald auch in psychotherapeutische Behandlung. Infolge einer durch diesen und vorausgegangene Unfälle hervorgerufenen posttraumatischen Belastungsstörung wurde der Kläger für die von ihm bis dahin ausgeübte Tätigkeit eines Rangierleiters dienstunfähig. Das wurde der Beklagten spätestens durch Schreiben einer Klinik für Psychosomatik im April 2001 mitgeteilt. Der betriebsärztliche Dienst der Stadtwerke K schloss sich dieser Beurteilung an und empfahl eine stufenweise Eingliederung des Klägers mit einer Tätigkeit in einer Gründlandkolonne oder als Hafenmeister.
- 3 Mit Schreiben vom 25. April 2001 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis mit dem Kläger zum 30. September 2001. Zugleich bot sie ihm Weiterbeschäftigung als Hilfgärtner in Lohngruppe 3 Abschn. a, Nr. 22 BMT-G unter Beibehaltung der Dienstaltersstufe an. Die angebotene Änderung beinhaltete eine Reduzierung der monatlichen Vergütung um etwa 500,00 DM.
- 4 Der Kläger nahm das Angebot der Beklagten unter Vorbehalt an. Mit der Klage hat er, soweit noch von Interesse, geltend gemacht, die Beklagte habe in einer Vielzahl von Fällen in der Vergangenheit Arbeitnehmer, die aus gesundheitlichen Gründen die bisherige Tätigkeit nicht mehr verrichten konnten, unter Beibehaltung des Status als Angestellter und ohne Reduzierung der Vergütung weiterbeschäftigt. Daran müsse sich die Beklagte auch in seinem Fall halten. Auf eine Änderung der bisherigen Praxis mit Wirkung zum 1. Januar 2001 könne sich die Beklagte nicht berufen.
- 5 Der Kläger hat beantragt,

festzustellen, dass das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht durch die Änderungskündigung der Beklagten gemäß Schreiben vom 25. April 2001 aufgehoben worden ist, sondern zu den unveränderten Bedingungen fortbesteht.
- 6 Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und die Auffassung vertreten, auf eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes könne der Kläger sich nicht berufen. In der Vergangenheit habe sie allerdings über den Rahmen des betrieblich an sich Notwendigen hinaus Stellen eingerichtet und die bisherige Vergütung beibehalten. In diesem Sinne seien Arbeitnehmer begünstigt worden, die entweder von Rationalisierungsmaßnahmen betroffen oder aus medizinischen Gründen dienstunfähig geworden seien, insbesondere auf Grund eines Arbeitsunfalles. Eine deutlich steigende Entwicklung der Fälle von Dienstuntauglichkeit habe sie zum Anlass genommen, im Einvernehmen mit dem Betriebsrat unter Berücksichtigung angemessener sozialer Aspekte eine Reglementierung einzuführen. Die privilegierenden sozialen Umstände seien in diesem Zusammenhang in der Länge der Betriebszugehörigkeit und in dem Anlass für die Dienstunfähigkeit gesehen worden. Die neue Regelung gestalte sich wie folgt: Liege kein Arbeitsunfall vor und sei der betroffene Arbeitnehmer noch nicht länger als 15 Jahre beschäftigt, so werde ausschließlich nach den gesetzlichen und tarifvertraglichen Vorgaben verfahren. Sei jedoch einer der genannten Privilegierungsfälle gegeben, so erfolge, wenn eine gleichwertige Planstelle nicht zur Verfügung stehe, die Weiterbeschäftigung als Übersollkraft. Seien beide Privilegierungstatbestände erfüllt, erfolge die Weiterbeschäftigung als Übersollkraft bei Aufrechterhaltung der bisherigen Vergütung. Stichtag sei der 1. Januar 2001. Entscheidend sei der Zeitpunkt, in dem sie, die Beklagte, positiv und verlässlich von der Dienstunfähigkeit Kenntnis erlange. Von der Dienstunfähigkeit des Klägers habe sie erstmals durch Schreiben der Klinik am 9. April 2001 erfahren, also nach dem Stichtag.
- 7 Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Das Landesarbeitsgericht hat nach dem Klageantrag erkannt. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision erstrebt die Beklagte

Entscheidungsgründe

- 8 Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits an das Landesarbeitsgericht.
- 9 I.
- Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die Änderungskündigung sei sozialwidrig. Die Beklagte habe dem Kläger zwar eine Beschäftigung in der Grünlandkolonne anbieten dürfen, die vorgeschlagene Lohnminderung sei jedoch unzulässig gewesen. Das ergebe sich aus der Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Dessen Verletzung stelle nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts zwar keinen eigenständigen Unwirksamkeitsgrund dar, sei jedoch im Rahmen der Interessenabwägung zu berücksichtigen. Die Beklagte habe zugestanden, dass der Kläger unter die bisherige Praxis der Weiterbeschäftigung ohne Vergütungsreduzierung gefallen wäre, wenn sie diese Praxis nicht zum 1. Januar 2001 geändert hätte. Auf die Änderung könne sich die Beklagte nicht berufen, weil sie ihre neue Verfahrensweise gegenüber dem Kläger nicht rechtzeitig, sondern erst mit Schriftsatz vom 16. Mai 2002 im Berufungsverfahren mitgeteilt habe, nachdem der Kläger den Verstoß in der Berufungsbegründung vom 3. April 2002 gerügt hatte. Die dazwischen liegende Zeitspanne von mehr als einem Monat erscheine zu lang. Dagegen scheitere die Wirksamkeit der Kündigung nicht unter dem Gesichtspunkt der betrieblichen Übung. Für das Vorliegen einer solchen fehle es an ausreichendem Sachvortrag.
- 10 II.
- Dem folgt der Senat nur zum Teil. Mit der von ihm gegebenen Begründung durfte das Landesarbeitsgericht der Klage nicht stattgeben.
- 11 1.
- Bei einer Änderungskündigung müssen Kündigungsgründe iSv. § 1 Abs. 2 KSchG das Änderungsangebot des Arbeitgebers bedingen. Außerdem muss sich der Arbeitgeber darauf beschränken, nur solche Änderungen vorzuschlagen, die der Arbeitnehmer billigerweise hinnehmen muss (BAG 24. April 1997 - 2 AZR 352/96 - BAGE 85, 358; 21. Januar 1993 - 2 AZR 330/92 - AP MitbestG Schleswig-Holstein § 52 Nr. 1 = EzA KSchG § 2 Nr. 18; KR-Rost 6. Aufl. § 2 KSchG Rn. 98 ff.; v. Hoyningen-Huene/Linck KSchG 13. Aufl. § 2 Rn. 62 ff.; Stahlhacke/Preis Kündigung und Kündigungsschutz im Arbeitsverhältnis 8. Aufl. Rn. 1269 ff.).
- 12 2.
- Im Ansatz nicht zu beanstanden ist die Annahme des Landesarbeitsgerichts, eine etwaige Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes durch die Beklagte führe nicht bereits ohne weiteres und als solche zur Unwirksamkeit der Kündigung. Diese Annahme steht im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts und der überwiegenden Auffassung in der Literatur (vgl. 28. April 1982 - 7 AZR 1139/79 - BAGE 38, 348; ErfK/Ascheid 3. Aufl. § 1 KSchG Rn. 153; v. Hoyningen-Huene/Linck KSchG 13. Aufl. § 1 Rn. 153 - alle m.w.N.; aA: Thüringer LAG 28. September 1993 - 5/4 Sa 143/93 - LAGE § 620 BGB Gleichbehandlung Nr. 1; differenzierend: Wiedemann Die Gleichbehandlungsgebote im Arbeitsrecht 2001 S. 26 ff.). Die Berücksichtigung des Gleichbehandlungsgrundsatzes erfolgt danach bei verhaltens- und personenbedingten Kündigungen im Rahmen der Interessenabwägung (BAG 28. April 1982 - 7 AZR 1139/79 - a.a.O.), während sie für die betriebsbedingte Kündigung ihren Niederschlag im Wesentlichen in den Regeln über die Sozialauswahl findet (Wiedemann a.a.O.). Abgesehen davon geht es im Streitfall auch nicht um die in diesem Zusammenhang stets erörterte Frage, ob die Kündigung deshalb gleichbehandlungswidrig erfolgt, weil anderen Arbeitnehmern in vergleichbarer Lage nicht gekündigt worden ist (sog. herausgreifende Kündigung). Der Kläger macht nicht geltend, anderen Arbeitnehmern in seiner

Lage sei nicht gekündigt worden, sondern er macht geltend, das Änderungsangebot verletze den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz.

13 3.

Das Landesarbeitsgericht hat in Übereinstimmung mit den Parteien angenommen, dass der Kläger aus personenbedingten, nämlich gesundheitlichen Gründen (vgl. hierzu BAG 3. November 1977 - 2 AZR 277/76 - AP BPersVG § 75 Nr. 1 ; KR-Rost 6. Aufl. § 2 KSchG Rn. 100) nicht mehr in der Lage ist, die bis zum Januar 2001 ausgeübte Tätigkeit eines Rangierleiters zu verrichten. Diese Annahme ist ersichtlich zutreffend und nicht zu beanstanden. Eine Weiterbeschäftigung zu den bisherigen Arbeitsbedingungen kam nicht in Betracht. Die Wirksamkeit der Änderungskündigung hängt deshalb davon ab, ob die Beklagte sich darauf beschränkt hat, nur solche Änderungen vorzuschlagen, die der Kläger billigerweise hinnehmen muss.

14 a)

Der Arbeitnehmer muss im Rahmen einer Änderungskündigung solche Änderungen billigerweise hinnehmen, die dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechen (vgl. KR-Rost 6. Aufl. § 2 KSchG Rn. 98, 98 a; v. Hoyningen-Huene/Linck KSchG 13. Aufl. § 2 Rn. 72 d). Die Änderungen müssen geeignet und erforderlich sein, um den Inhalt des Arbeitsvertrages den geänderten Beschäftigungsmöglichkeiten anzupassen. Diese Voraussetzungen müssen für alle Vertragsänderungen vorliegen (vgl. KR-Rost 6. Aufl. § 2 KSchG Rn. 106 d).

15 b)

Das Landesarbeitsgericht geht - stillschweigend, jedoch in Übereinstimmung mit den Parteien - davon aus, dass keine andere für den Kläger geeignete Arbeitsstelle vorhanden war. Das ist umso weniger zu beanstanden, als es sich bei der angebotenen Stelle um eine Übersollstelle handelte, die von der Beklagten eingerichtet worden ist, um die Beschäftigung des Klägers sicherzustellen. Das Angebot der Beklagten war, was die angebotene Tätigkeit betrifft, sowohl erforderlich als auch geeignet, seine Beschäftigung aufrechtzuerhalten.

16 c)

Ebenso wenig streiten die Parteien darüber, dass die dem Kläger für die Tätigkeit als Hilfspfleger angebotenen Arbeitsbedingungen den tariflichen Vorschriften entsprechen.

17 d)

Unzutreffend ist dagegen die Annahme des Landesarbeitsgerichts, die Änderungskündigung sei wegen eines Verstoßes gegen den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz schon deshalb unwirksam, weil die Beklagte - unabhängig von der Frage, ob der Kläger sachfremd schlechter gestellt worden sei - sich auf die von ihr geltend gemachten Differenzierungsgründe wegen verspäteter Offenlegung nicht berufen dürfe. Mit dieser Begründung verletzt das angefochtene Urteil, wie die Revision zu Recht rügt, den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz.

18 aa)

Im Ausgangspunkt zutreffend ist allerdings die Annahme des Landesarbeitsgerichts, ein Änderungsangebot, dessen Inhalt dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz zuwiderlaufe, müsse nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht billigerweise vom Arbeitnehmer hingenommen werden und führe deshalb zur Unwirksamkeit der Änderungskündigung nach § 2, § 1 Abs. 2 Satz 1 KSchG. Der Arbeitnehmer hat einen Rechtsanspruch auf Gleichbehandlung. Ein Angebot, das dem Arbeitnehmer weniger zugesteht, als er beanspruchen kann, widerspricht der Rechtslage. Die Parteien können die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes zwar einvernehmlich abbedingen und einzelvertraglich ungünstigere

Bedingungen vereinbaren (BAG 23. Oktober 1991 - 4 AZR 500/90 - ZTR 1992, 72; 4. Mai 1962 - 1 AZR 250/61 - BAGE 13, 103). Die Beklagte hat im Streitfall jedoch nicht geltend gemacht, sie habe dem Kläger ein individuell gestaltetes Änderungsangebot unterbreitet. Im Gegenteil hat sie vorgetragen, sie habe sich an einem allgemein anzuwendenden, abstrakten System orientiert. Abgesehen davon hat der Arbeitgeber auch keinen Anspruch auf einen individualrechtlichen Verzicht des Arbeitnehmers auf die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Erst recht kann ihm dann nicht gestattet sein, den Anspruchsverzicht durch Verbindung des Änderungsangebotes mit einer Kündigung zu erreichen. Darin läge vielmehr ein Verstoß gegen das Maßregelungsverbot des § 612a BGB. Dies gilt unabhängig davon, ob der Arbeitnehmer das gleichheitswidrige Änderungsangebot unter Vorbehalt annimmt oder nicht. Lehnt er das Angebot ab, so ist nicht auszuschließen, dass die Ablehnung wegen des Verstoßes gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz erfolgt. Nimmt er es unter Vorbehalt an, so gibt der Arbeitnehmer zu erkennen, dass er mit dem Inhalt des Änderungsangebotes nur unter der Voraussetzung einverstanden ist, dass ihm nichts Besseres zusteht. In keinem der beiden Fälle kann angenommen werden, der Arbeitnehmer sei freiwillig mit der gleichheitswidrigen Schlechterstellung einverstanden.

19 bb)

Der arbeitsrechtliche Gleichbehandlungsgrundsatz verbietet sowohl die sachfremde Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer gegenüber anderen Arbeitnehmern in vergleichbarer Lage als auch die sachfremde Differenzierung zwischen Arbeitnehmern in einer bestimmten Ordnung. Sachfremd ist eine Differenzierung, wenn es für die unterschiedliche Behandlung keine billigen Gründe gibt, wenn also für eine am Gerechtigkeitsgedanken orientierte Betrachtungsweise die Regelung als willkürlich anzusehen ist. Im Bereich der Vergütung gilt der Gleichbehandlungsgrundsatz zwar nur eingeschränkt, weil der Grundsatz der Vertragsfreiheit Vorrang hat. Anders ist dies aber, wenn der Arbeitgeber die Leistung nach einem allgemeinen Prinzip gewährt, indem er bestimmte Voraussetzungen oder Zwecke festlegt. Von einer solchen Regelung darf er Arbeitnehmer nur aus sachlichen Gründen ausschließen (st. Rspr. vgl. BAG 25. April 2001 - 5 AZR 368/99 - BAGE 97, 350). Ein Arbeitgeber, der nach einem selbstgesetzten System vergütet, muss dabei Verteilungsgerechtigkeit üben, weil ein System stets den gedanklichen Zusammenhang mit anderen Tatbeständen und anderen Arbeitnehmern und damit Vergleichbarkeit herstellt (Wiedemann Die Gleichbehandlungsgebote im Arbeitsrecht 2001 S. 20 f.).

20 cc)

Es besteht kein Streit darüber, dass die Beklagte in einer Reihe vergleichbarer Fälle an diejenigen Arbeitnehmer, von deren Dienstunfähigkeit sie bis Ende 2000 positiv und verlässlich Kenntnis erhalten hatte, die bisherige Vergütung unter Beibehaltung des Angestellten-Status weiter gezahlt hat, obwohl diese Arbeitnehmer mit geringer bewerteten Tätigkeiten eines Arbeiters beschäftigt wurden.

21 dd)

Im Fall des Klägers hat die Beklagte die Anwendung der bisherigen Praxis auf Grund der von ihr behaupteten und vom Kläger bestrittenen Stichtagsregelung abgelehnt. Das Landesarbeitsgericht hat die Frage, ob eine solche Stichtagsregelung von der Beklagten tatsächlich eingeführt wurde, ebenso offen gelassen wie die weitere Frage, ob darin eine zulässige Differenzierung lag. Jedenfalls habe die Beklagte die Differenzierung zu spät offen gelegt. Darin folgt der Senat dem Landesarbeitsgericht nicht.

22 (1)

Nach der bisherigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts muss der Arbeitgeber Unterscheidungsmerkmale für eine Gruppenbildung alsbald, nachdem der Arbeitnehmer sich auf eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes berufen hat, offen legen (30. März 1994 - 10 AZR 681/92 - AP BGB § 242 Gleichbehandlung Nr. 113 = EzA BGB § 611 Gratifikation, Prämie Nr. 110; 20. Juli 1993 - 3 AZR 52/93 - BAGE 73, 343 [BAG 20.07.1993 - 3 AZR 52/93]; 27. Oktober

1998 - 9 AZR 299/97 - BAGE 90, 85).

23 (2)

Ob und inwieweit eine fehlende oder verspätete Offenlegung sachlich gerechtfertigter Differenzierungskriterien dazu führt, dass der Arbeitgeber sich auf diese Kriterien nicht berufen kann, hat das Bundesarbeitsgericht zuletzt wiederholt in Frage gestellt, jedoch letztlich offen gelassen (8. März 1995 - 10 AZR 208/94 - AP BGB § 611 Gratifikation Nr. 184 = EzA BGB § 611 Gratifikation, Prämie Nr. 131; 30. September 1998 - 10 AZR 441/97 -).

24 (3)

Die Frage bedarf auch im vorliegenden Fall keiner Entscheidung. Der Sinn der bisher angenommenen Folgen einer Verletzung der Offenlegungspflicht besteht darin, dass der Arbeitgeber nicht die Möglichkeit haben soll, nachträglich Differenzierungsgründe vorzuschieben, die ihn bei der Leistungsgewährung nicht geleitet haben (vgl. BVerfG 16. November 1993 - 1 BvR 258/86 - BVerfGE 89, 276 [BVerfG 16.11.1993 - 1 BvR 258/86]). Deshalb können auch nachträglich angeführte Differenzierungsgründe Berücksichtigung finden, wenn auf Grund besonderer Umstände erkennbar ist, dass sie nicht vorgeschoben sind (BAG 27. Oktober 1998 - 9 AZR 299/97 - BAGE 90, 85). Dass die Beklagte die von ihr behauptete Neuregelung nur vorgeschoben hätte, macht auch der Kläger nicht geltend. Die Beklagte behauptet demgegenüber, bereits im Jahre 2000 - also weit vor Ausspruch der Kündigung und vor der möglichen Entstehung eines auf den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz gestützten Anspruchs des Klägers - die Neuregelung des Verfahrens bei Dienstunfähigkeit von Arbeitnehmern beschlossen und mit dem Betriebsrat - offenbar informell - besprochen zu haben.

25 (4)

Außerdem war die Berufung der Beklagten auf die geänderte Praxis entgegen der Annahme des Landesarbeitsgerichts nicht verspätet. Der Kläger hatte erstmals mit der Berufungsbegründung eine Verletzung des Gleichbehandlungsgrundsatzes geltend gemacht. Die Berufungsbegründung wurde der Beklagten am 16. April 2002 zugestellt. Die Beklagte hat hierauf innerhalb der Berufungserwiderungsfrist zu den Differenzierungskriterien vollständig vorgetragen. Das war rechtzeitig. Einer Partei, die innerhalb der gesetzlichen Berufungserwiderungsfrist auf neues Vorbringen der Gegenpartei erwidert, kann jedenfalls dann weder materiell-rechtliche noch prozessuale Verspätung ihres Vorbringens entgegengehalten werden, wenn ihr ein zeitlich früheres Vorbringen weder durch eine andere gesetzliche Vorschrift noch durch gerichtliche Auflage geboten war. Anderenfalls wäre das grundrechtsgleiche Recht auf rechtliches Gehör (Art. 103 GG) verletzt.

26 III.

Das angefochtene Urteil ist aufzuheben (§ 562 ZPO), da es sich nicht aus anderen Gründen als richtig darstellt (§ 561 ZPO) und der Rechtsstreit auf Grund der bisher vom Landesarbeitsgericht getroffenen Feststellungen nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 ZPO).

27 1.

Auf Grund der bisherigen Feststellungen nicht zu beanstanden ist die Würdigung des Landesarbeitsgerichts, die Kündigung sei nicht wegen eines Verstoßes des Änderungsangebotes gegen eine betriebliche Übung unwirksam.

28 2.

Ob die Kündigung deshalb nach § 2 , § 1 Abs. 2 KSchG unwirksam ist, weil der von der Beklagten vorgetragene Differenzierungsgrund einer rechtlichen Überprüfung nicht standhält, kann noch nicht abschließend beurteilt werden.

29 a)

Die Beklagte hat geltend gemacht, dass sie die bis zum Jahre 2000 geübte Praxis nur noch für Arbeitnehmer aufrecht erhält, die länger als 15 Jahre bei ihr beschäftigt sind und deren Dienstunfähigkeit auf einem Arbeitsunfall beruht. Ersteres war beim Kläger nicht der Fall. Die Dauer der Beschäftigungszeit ist ein sowohl vom Gesetzgeber (§ 1 Abs. 1 , § 10 KSchG) als auch von Tarifvertragsparteien (§ 55 BAT) häufig verwendetes und von der Rechtsprechung nicht beanstandetes (vgl. etwa BAG 27. Juni 2002 - 2 AZR 367/01 - AP BAT § 55 Nr. 4 = EzA BGB § 620 Unkündbarkeit Nr. 8) sachangemessenes Differenzierungskriterium. Gegenteiliges macht auch der Kläger nicht geltend.

30 b)

Ob die Beklagte, wie sie behauptet, die bisherige Praxis zum Stichtag 1. Januar 2001 ändern und dabei darauf abstellen durfte, ob ihr vor diesem Zeitpunkt die Dienstunfähigkeit des betreffenden Arbeitnehmers bekannt war, kann noch nicht beurteilt werden.

31 aa)

Stichtagsregelungen sind nicht deshalb unzulässig, weil sie im Einzelfall zu Härten führen (BAG 18. September 2001 - 3 AZR 656/00 - BAGE 99, 53 [BAG 18.09.2001 - 3 AZR 656/00] m.w.N.). Der Anspruch auf Gleichbehandlung ist nicht nur räumlich sondern auch zeitlich begrenzt. Der Arbeitgeber darf unter Wahrung von Besitzständen eine neue Regelung einführen (vgl. Wiedemann Die Gleichbehandlungsgebote im Arbeitsrecht 2001 S. 46). Bei der Festlegung des Stichtages besteht ein weiter Ermessensspielraum insbesondere auch deshalb, weil der Arbeitgeber die betreffenden Leistungen freiwillig erbringt. Allerdings ist nicht jede beliebige zeitliche Differenzierung zulässig. Sie muss auf die in Frage stehende Leistung und ihre Besonderheiten abgestimmt sein. Entscheidend sind die hinter der Stichtagsregelung stehenden Gründe. Auch Kostenbelastungen können eine Stichtagsregelung rechtfertigen (BAG 18. September 2001 - 3 AZR 656/00 - a.a.O.).

32 bb)

Dass die Beklagte bei der Stichtagsregelung weder auf den Zeitpunkt des Arbeitsunfalls noch auf den des Eintritts der Dienstunfähigkeit, sondern darauf abstellt, wann sie von der Dienstunfähigkeit Kenntnis erhält, ist entgegen der Auffassung des Klägers nicht ohne weiteres zu beanstanden. Feststellungen, die die Wahl dieses Zeitpunktes als - unter Beachtung des weiten Ermessensspielraums - sachunangemessen erscheinen ließen, sind bisher nicht getroffen. Der eigentliche Anlass für die Regelung ist die Dienstunfähigkeit. Nicht jeder Arbeitsunfall muss zur Dienstunfähigkeit führen. Das zu regelnde Sachproblem, nämlich die soziale Absicherung durch Aufrechterhaltung der bisherigen Vergütungshöhe, stellt sich der Beklagten erst dann, wenn ihr die Dienstunfähigkeit bekannt wird. Vorher hat sie weder Anlass noch Möglichkeit zu irgendwelchen Dispositionen.

33 3.

Sollte das Landesarbeitsgericht zu dem Ergebnis kommen, dass die Stichtagsregelung nicht zu beanstanden ist, so wird es der vom Kläger bestrittenen Behauptung der Beklagten, sie habe eine derartige Regelung getroffen, nachgehen und die angetretenen Beweise erheben müssen. Dies wäre allenfalls dann entbehrlich, wenn, wie der Kläger vorträgt, die Dienstunfähigkeit bereits im Jahre 2000 vorlag und dies der Beklagten noch im Jahre 2000 bekannt geworden ist. Sollte der Beklagten die Dienstuntauglichkeit des Klägers tatsächlich bereits im Jahre 2000 bekannt geworden sein oder sollte sie sich der Kenntnis treuwidrig verschlossen haben (§ 162 BGB), wären die bis zum 31. Dezember 2000 in Geltung gewesenen Regeln anzuwenden.

34 4.

Der Kläger macht geltend, die Beklagte habe in seinem Fall die nach seiner Behauptung betriebsübliche psychologische Unfallnachsorge innerhalb von 48 Stunden unterlassen und dadurch die Dienstunfähigkeit des Klägers mit verursacht. Die Beklagte bestreitet dieses Vorbringen des Klägers. Das Landesarbeitsgericht ist dem - von seinem Standpunkt aus folgerichtig - bisher nicht nachgegangen. Es ist indes für den Fall von krankheitsbedingten Kündigungen anerkannt, dass betriebliche Krankheitsursachen dazu führen können, dass dem Arbeitgeber ein höheres Maß an Ausfallzeiten des Arbeitnehmers zumutbar ist. Auch im Fall einer Änderungskündigung kann die Mitverursachung der Dienstunfähigkeit durch den Arbeitgeber den Maßstab dessen beeinflussen, was der Arbeitnehmer als Änderungsangebot billigerweise hinnehmen muss.

35 5.

Der Kläger macht geltend, die Kündigung sei nach § 15 SchwbG (jetzt § 85 SGB X) unwirksam, weil er zurzeit der Kündigung schwerbehindert mit einem Grad der Behinderung von 50 gewesen sei. Zwar habe er den Antrag auf Feststellung der Schwerbehinderung erst nach Ausspruch der Kündigung am 7. Mai 2001 gestellt, die Beklagte verhalte sich jedoch treuwidrig, weil ihr die Schwerbehinderung bekannt gewesen oder doch für sie offensichtlich gewesen sei.

36 Die rechtlichen Wirkungen der Schwerbehinderteneigenschaft treten im Falle des Sonderkündigungsschutzes regelmäßig erst dann ein, wenn vor Zugang der Kündigung ein Bescheid über die Schwerbehinderteneigenschaft ergangen oder jedenfalls ein entsprechender Antrag gestellt ist (st. Rspr. vgl. zuletzt BAG 7. März 2002 - 2 AZR 612/00 - BAGE 100, 355 [BAG 07.03.2002 - 2 AZR 612/00]). Dass hier ein Ausnahmefall vorlag, ist bisher nicht ersichtlich.

37 6.

Ob die Kündigung nach § 102 BetrVG unwirksam ist, kann noch nicht beurteilt werden. Die Parteien haben hierzu streitigen Vortrag gehalten, dem das Landesarbeitsgericht ggf. nachgehen muss.

Verkündet am 3. Juli 2003

Hinweis: Das Dokument wurde redaktionell aufgearbeitet und unterliegt in dieser Form einem besonderen urheberrechtlichen Schutz. Eine Nutzung über die Vertragsbedingungen der Nutzungsvereinbarung hinaus - insbesondere eine gewerbliche Weiterverarbeitung außerhalb der Grenzen der Vertragsbedingungen - ist nicht gestattet.