

Aktenzeichen: 7 AZR 1139/79
Bundesarbeitsgericht 7. Senat

Urteil vom 28. April 1982
Az. 7 AZR 1139/79

I. Arbeitsgericht
Reutlingen

Urteil vom 16. März 1979
Az. 2 Ca 449/78

II. Landesarbeitsgericht
Baden-Württemberg

Urteil vom 5. September 1979
Az. 2 Sa 47/79

Für die Amtliche Sammlung: Ja
Für die Fachpresse: Ja

Entscheidungsstichwort:

Änderungskündigung und Gleichbehandlung

Gesetz:

KSchG 1969 § 1 Abs. 2, §§ 2, 9, 10

Leitsätze:

1. Die Berufung des Arbeitgebers auf den Gleichbehandlungsgrundsatz stellt für sich allein kein dringendes betriebliches Erfordernis (§ 1 Abs. 2 KSchG) für eine Änderungskündigung dar.
2. Es verstößt gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, wenn der Arbeitgeber bei einer widerruflich gewährten Sozialleistung nicht von dem Widerrufsvorbehalt Gebrauch macht, sondern statt dessen eine Änderungskündigung ausspricht.

Hinweise des Senats:

Ordentliche Änderungskündigung zwecks stufenweiser Beseitigung eines Mietzuschusses; Bedeutung des Gleichbehandlungsgrundsatzes bei der Änderungskündigung



7 AZR 1139/79

2 Sa 47/79 Baden-Württemberg

Verkündet am
28. April 1982

Bittner,

Amtsinspektor
als Urkundsbeamter
der Geschäftsstelle

Im Namen des Volkes!

Urteil

In Sachen

pp.

hat der Siebte Senat des Bundesarbeitsgerichts aufgrund der mündlichen Verhandlung vom 28. April 1982 durch den Richter Roeper als Vorsitzenden, die Richter Dr. Becker und Dr. Steckhan sowie die ehrenamtlichen Richter Bücken und Dr. Blaeser für Recht erkannt:

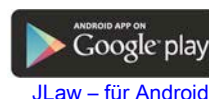
1. Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Landesarbeitsgerichts Baden-Württemberg vom 5. September 1979 - 2 Sa 47/79 - aufgehoben.
2. Der Rechtsstreit wird zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Revision, an das Landesarbeitsgericht Baden-Württemberg zurückverwiesen.

V o n R e c h t s w e g e n !

- 2 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



- 2 -

Tatbestand:

Die Klägerin war seit dem 1. Oktober 1974 aufgrund des Arbeitsvertrages vom 2. September 1974 bei dem Beklagten als Krankenschwester beschäftigt. In § 2 des Arbeitsvertrages ist festgelegt, daß für das Arbeitsverhältnis der Berufsgenossenschafts-Angestelltentarifvertrag (BG-AT) in der jeweils vom Vorstand gebilligten Fassung sowie die für die Klinik erlassenen Haus- und Dienstordnungen maßgebend sind.

Die Klägerin erhielt ab Beginn des Arbeitsverhältnisses einen monatlichen Mietzuschuß von 75,-- DM. Im Dezember 1977 lehnte die Klägerin das ihr vom Beklagten gemachte Angebot, eine klinikeigene Wohnung zu beziehen, ab.

Mit Schreiben vom 9. November 1978 erklärte der Beklagte gegenüber der Klägerin eine Änderungskündigung zum 31. Dezember 1978 mit dem Ziel, den monatlichen Mietzuschuß stufenweise in der Zeit vom 1. Januar 1979 bis 30. September 1979 wegfallen zu lassen. Die Klägerin hat das Angebot, das Arbeitsverhältnis zu den geänderten Arbeitsbedingungen fortzusetzen, abgelehnt. Am 1. Januar 1979 hat die Klägerin eine neue Arbeitsstelle angetreten.

Mit der am 23. November 1978 erhobenen Klage hat die Klägerin die Unwirksamkeit der Änderungskündigung geltend gemacht. Sie hat die Auffassung vertreten, die Änderungskündigung sei mangels Vorliegens der gesetzlichen Voraussetzungen des § 1 Abs. 2 KSchG sozialwidrig. Der Beklagte habe die klinik-eigene Wohnung im Dezember 1977 vier Krankenschwestern gleichzeitig angeboten. Da nur eine Krankenschwester die Wohnung habe erhalten können, bestehe kein Grund, den Mietzuschuß zu streichen. Im übrigen habe sie die Übernahme der angebotenen Wohnung ablehnen dürfen, da der Beklagte sich geweigert habe, die Umzugskosten zu übernehmen sowie eventuelle Schadenersatzansprüche des Vermieters wegen Nichteinhaltung eines auf fünf Jahre abgeschlossenen Mietvertrages zu befriedigen. Der Beklagte sei auch nicht zum Widerruf des Mietzuschusses berechtigt, da ihr bei der Einstellung die Gewährung dieser Leistung vorbehaltlos zugesagt worden sei. Zumindest habe

- 3 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



sie aufgrund einer entsprechenden betrieblichen Übung Anspruch auf diesen Zuschuß. Die Klägerin hat im übrigen die Auflösung des Arbeitsverhältnisses gegen Zahlung einer Abfindung verlangt, weil ihr aufgrund des Verhaltens des Beklagten die Fortsetzung des Arbeitsverhältnisses nicht mehr zuzumuten sei.

Die Klägerin hat beantragt,

1. festzustellen, daß das Arbeitsverhältnis zwischen den Parteien nicht durch die Änderungskündigung der Beklagten vom 9. November 1978 beendet worden ist, sondern fortbesteht;
2. das Arbeitsverhältnis wegen Unzumutbarkeit aufzulösen.

Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen, hilfsweise, das Arbeitsverhältnis aufzulösen. Er hat erwidert, er habe der Klägerin - ebenso wie allen anderen Krankenschwestern - bei der Einstellung den Mietzuschuß, für dessen Zahlung es auch mangels Schriftform an einer Rechtsgrundlage fehle, unter dem Vorbehalt der jederzeitigen Widerruflichkeit zugesagt, wie er dies auch in verschiedenen Gehaltsmitteilungen zum Ausdruck gebracht habe. Er habe daher die Gewährung des Mietzuschusses jederzeit widerrufen können. Jedenfalls sei die Änderungskündigung sozial gerechtfertigt, weil die Klägerin eine ihr am 1. Dezember 1977 angebotene klinikeigene Wohnung nicht genommen und sich außerdem der Abstand zwischen der Miete der klinikeigenen Wohnung und der Wohnungen auf dem freien Markt nach Mieterhöhungen für die klinikeigenen Wohnungen von ca. 20 % zum 1. Juli 1976 und je ca. 10 % zum 1. Oktober 1978 und zum 1. Oktober 1979 erheblich verringert habe. Der Beklagte ist im übrigen den von der Klägerin für ihr Auflösungsbegehren vorgetragenen Gründen entgegengetreten und hat seinerseits aufgrund von der Klägerin gesetzten Gründen hilfsweise die Auflösung des Arbeitsverhältnisses beantragt.

Das Arbeitsgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin hat das Landesarbeitsgericht zurückgewiesen. Mit der vom Landesarbeitsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre in der Berufungsinstanz gestellten Anträge weiter, während der Beklagte beantragt, die Revision zurückzuweisen, hilfsweise, das Arbeitsverhältnis gegen Zahlung



einer Abfindung, die einen Monatsverdienst der Klägerin im Jahre 1978 nicht übersteigt, zum 31. Dezember 1978 aufzulösen.

Entscheidungsgründe:

Die Revision der Klägerin ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung des Rechtsstreits, weil die noch ausstehende Entscheidung über eine Abfindung nach §§ 9, 10 KSchG im tatrichterlichen Ermessen steht.

I. Das Arbeitsverhältnis der Parteien ist entgegen der Ansicht des Landesarbeitsgerichts durch die Änderungskündigung des Beklagten vom 9. November 1978 nicht aufgelöst worden.

1. Das Landesarbeitsgericht hat angenommen, die von dem Beklagten erklärte Änderungskündigung sei aus dringenden betrieblichen Erfordernissen im Sinne von § 1 Abs. 2 KSchG sozial gerechtfertigt. Die Betriebsbedingtheit der Änderungskündigung ergebe sich im Streitfall aus der mit der erstrebten Änderung bezweckten Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes. Die Gewährung des Mietzuschusses beruhe auf einem Beschluß des Vorstandes der Beklagten aus dem Jahre 1969. Der Zuschuß sei der Klägerin auch nicht speziell zugesagt worden; der Beklagte habe ihn vielmehr allgemein Krankenschwestern gewährt, denen eine klinikeigene Wohnung nicht habe überlassen werden können. Der Bewilligung des Mietzuschusses habe der Gedanke zugrunde gelegen, dem zuletzt genannten Personenkreis einen Ausgleich für die höheren Mieten auf dem freien Wohnungsmarkt zu gewähren. Hierauf habe der Beklagte im Schreiben vom 3. August 1978 hingewiesen. Der Beklagte habe mit dieser Regelung dem bei zusätzlichen Fürsorgeleistungen des Arbeitgebers zu beachtenden Gleichbehandlungsgrundsatz Rechnung getragen. Für die Gewährung eines Mietzuschusses bestehe jedoch kein Grund mehr, wenn der in der Überlassung einer preisgünstigen Personalwohnung liegende Sondervorteil weg falle oder sich erheblich verringere. Durch die Anhebung der Mieten der Personalwohnungen seit 1976 bis zu der mit Wirkung vom 1. Oktober 1979 vorgesehenen Erhöhung verringere sich der



- 5 -

Wert der in der Überlassung einer klinikeigenen Wohnung liegenden Sonderleistung erheblich oder entfalle sogar. Bei dieser Sachlage müsse der Arbeitgeber im Interesse einer Gleichbehandlung seiner Arbeitnehmer und des betrieblichen Friedens daran interessiert sein, auch die der Überlassung einer preisgünstigen Personalwohnung entsprechende Sonderleistung in Gestalt des Mietzuschusses zu reduzieren oder ganz fortfallen zu lassen, weil von diesem Zeitpunkt an die Weitergewährung dieser Sonderleistung zu einer Begünstigung der Gruppe von Arbeitnehmern führen würde, die keine Betriebswohnung habe erhalten können. Darauf, daß sich auch das Mietzinsniveau am freien Markt erhöht habe, könne sich die Klägerin nicht mit Erfolg berufen. Entscheidend für die Beurteilung sei allein, daß der in der Überlassung an Klinikbedienstete liegende Sondervorteil infolge der Mieterhöhungen geringer geworden bzw. ganz weggefallen sei. Der Klägerin sei die angebotene Änderung der Arbeitsbedingungen auch zuzumuten gewesen. Zwar habe der Arbeitnehmer ein Interesse an der Beibehaltung seiner bisherigen Arbeitsbedingungen, das grundsätzlich nicht geringer sei als das Interesse des Arbeitgebers an deren Änderung. Im Streitfall sei aber das Interesse des Arbeitgebers höher zu bewerten, da er mit der Streichung des Mietzuschusses das Gleichheitsprinzip habe wahren wollen. Im übrigen habe der Mietzuschuß von 75,-- DM nur einen vergleichsweise kleinen Bruchteil der Vergütung ausgemacht und habe nicht auf einmal, sondern in drei Stufen entfallen sollen.

2. Das Landesarbeitsgericht hat damit zu Unrecht angenommen, die Änderungskündigung des Beklagten sei durch das Vorliegen von dringenden betrieblichen Erfordernissen i.S. des § 1 Abs. 2 KSchG sozial gerechtfertigt. Da das angefochtene Urteil bereits wegen Verletzung materiellen Rechts aufzuheben ist, kann es dahingestellt bleiben, ob die von der Revision erhobenen Verfahrensrügen zulässig und begründet sind.

a) Das Landesarbeitsgericht ist zwar zutreffend davon ausgegangen, daß auch bei der Ablehnung des Änderungsangebots des Arbeitgebers nicht auf die Beendigung des Arbeitsverhält-

- 6 -



nisses, sondern darauf abzustellen ist, ob die vorgeschlagene Änderung der Arbeitsbedingungen nach § 1 Abs. 2 KSchG sozial gerechtfertigt und dem Arbeitnehmer zumutbar ist (vgl. BAG vom 7. Juni 1973 - 2 AZR 450/72 - BAG 25, 213 [218 bis 220] = AP Nr. 1 zu § 626 BGB Änderungskündigung [zu II 2 b bis c der Gründe] und BAG vom 3. November 1977 - 2 AZR 277/76 - AP Nr. 1 zu § 75 BPersVG [zu IV 1 der Gründe])). Wie die Revision aber durchgreifend rügt, hat das Landesarbeitsgericht zu Unrecht in der Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes einen betriebsbedingten Grund i.S. des § 1 Abs. 2 KSchG für die von dem Beklagten erklärte Änderungskündigung gesehen.

b) Die Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes setzt nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (vgl. BAG vom 3. April 1957 - 4 AZR 644/54 - AP Nr. 4 zu § 242 BGB Gleichbehandlung; BAG vom 8. Dezember 1977 - 3 AZR 530/76 - und 9. November 1978 - 3 AZR 784/77 - AP Nr. 176 und 179 zu § 242 BGB Ruhegehalt) das Bestehen einer bestimmten Ordnung voraus, die über individuelle, auf der Grundlage der Vertragsfreiheit ausgehandelte Einzelarbeitsverhältnisse hinaus für alle oder eine Gruppe von Arbeitnehmern gilt. Besteht eine solche Ordnung, so verbietet der Gleichbehandlungsgrundsatz eine sachfremde Schlechterstellung einzelner Arbeitnehmer (BAG AP Nr. 4 zu § 242 BGB Gleichbehandlung). Das Hauptanwendungsgebiet des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes besteht somit darin, dem zu Unrecht von einer allgemein gewährten betrieblichen Leistung ausgeschlossenen Arbeitnehmer einen Anspruch auf Gleichstellung einzuräumen.

Ob und gegebenenfalls in welcher Art und Weise der Gleichbehandlungsgrundsatz im Kündigungsrecht anzuwenden ist, wird im Schrifttum zumeist unter dem Aspekt der Zulässigkeit einer sog. herausgreifenden Kündigung bei einem wilden Streik behandelt (vgl. KR-Becker § 1 KSchG Rz 153 f. und § 25 KSchG Rz 22 m.w.N.; KR-Wolf Grunds. Rz 445 ff.; Böhm, DB 1977, 2448; Buchner, RdA 1970, 225 [228]; Kempf, DB 1977, 1413). Das Bundesarbeitsgericht hat eine Anwendung des Gleichbehandlungsgrundsatzes im Bereich des Kündigungsrechts i.S. eines gesonderten Unwirksamkeitsgrundes bislang abgelehnt (vgl. BAG 22, 162 [167] = AP Nr. 41 zu Art. 9 GG Arbeits-

- 7 -

kampf [zu 3 der Gründe]; AP Nr. 27 zu § 66 BetrVG [zu III 3 der Gründe]; BAG vom 22. Februar 1979 - 2 AZR 115/78 - DB 1979, 1659). Dabei hat es darauf hingewiesen, daß der Gleichbehandlungsgrundsatz mit dem Gebot, bei der Prüfung der Wirksamkeit einer Kündigung die Umstände des jeweiligen Einzelfalles umfassend abzuwägen, nur beschränkt zu vereinbaren sei. Eine nur mittelbare Auswirkung auf die Interessenabwägung kann der Gleichbehandlungsgrundsatz nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (aaO) allerdings dann haben, wenn der Arbeitgeber bei gleicher Ausgangslage (gleichartige Pflichtverletzung) nicht allen beteiligten Arbeitnehmern kündigt und daraus zu schließen ist, daß es für ihn zumutbar ist, das Arbeitsverhältnis auch mit den gekündigten Arbeitnehmern fortzusetzen.

c) Das Landesarbeitsgericht hat nicht nur eine solche mittelbare Auswirkung des Gleichbehandlungsgrundsatzes angenommen, sondern hat die Wahrung des Gleichbehandlungsgrundsatzes als betriebsbedingten Grund i.S. des § 1 Abs. 2 KSchG für die von dem Beklagten erklärte Änderungskündigung angesehen. Dieser Ansicht kann aus den folgenden Gründen nicht gefolgt werden:

Nach dem arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz ist es dem Arbeitgeber verwehrt, in seinem Betrieb einzelne oder Gruppen von Arbeitnehmern ohne sachlichen Grund von allgemein begünstigenden Regelungen des Arbeitsverhältnisses auszunehmen und schlechter zu stellen. Der Gleichbehandlungsgrundsatz gebietet dem Arbeitgeber weiter, bei freiwilligen Leistungen die Leistungsvoraussetzungen so abzugrenzen, daß kein Arbeitnehmer seines Betriebes hiervon aus sachfremden oder willkürlichen Gründen ausgeschlossen bleibt (vgl. BAG 33, 204 = AP Nr. 44 zu § 242 BGB Gleichbehandlung; BAG vom 11. September 1974, AP Nr. 39 zu § 242 BGB Gleichbehandlung [zu I a und b der Gründe m.w.N.]; BAG vom 4. Februar 1976 - 5 AZR 83/75 - AP Nr. 40 zu § 242 BGB Gleichbehandlung [zu 2 a der Gründe]). Will der Arbeitgeber mittels Änderungskündigung die Besserstellung einer Arbeitnehmergruppe oder einzelner Arbeitnehmer bei bestimmten betrieblichen Sozialleistungen

- 8 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



JLaw – für Android



JLaw – für iOS

beseitigen, so kann er sich nicht auf den Gleichbehandlungsgrundsatz zur sozialen Rechtfertigung berufen. Eine anderweitige kündigungsrechtliche Betrachtung würde die Funktion des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes i.S. eines in erster Linie zugunsten der ausgeschlossenen Arbeitnehmer wirkenden Gestaltungs- und Ordnungsprinzips in sein Gegenteil verkehren. Zur sozialen Rechtfertigung einer auf den Fortfall von betrieblichen Sozialleistungen gerichteten Änderungskündigung bedarf es des Vorliegens von (inner- oder außerbetrieblichen) Umständen, die so beschaffen sein müssen, daß sie als dringende betriebliche Erfordernisse i.S. von § 1 Abs. 2 KSchG angesehen werden können. Als derartige Gründe kommen z.B. die folgenden Umstände in Betracht: Auftragsrückgang, Umsatzminderung, Gewinnverfall, Auslaufen einer Drittmittelfinanzierung, Betriebseinschränkungen infolge schlechter wirtschaftlicher Lage sowie wesentliche Störungen des Betriebsfriedens wegen einer Ungleichbehandlung von Arbeitnehmern. Eine Änderungskündigung ist nur dann sozial gerechtfertigt, wenn die genannten Gründe unter vernünftiger Abwägung des Interesses des Arbeitgebers an der erstrebten Änderung gegenüber dem Interesse des Arbeitnehmers an der Aufrechterhaltung seiner gegenwärtigen Arbeitsbedingungen es als billigenswert und angemessen erscheinen lassen, um dieser Änderung willen das Mittel einer Kündigung zu gebrauchen und damit das Arbeitsverhältnis zu gefährden und unter Umständen zu beenden (vgl. BAG vom 12. Januar 1961 - 2 AZR 171/59 - AP Nr. 10 zu § 620 BGB Änderungskündigung sowie BAG vom 25. April 1963 - 2 AZR 435/62 - AP Nr. 17 zu § 620 BGB Änderungskündigung).

d) Eine Anwendung dieser Grundsätze führt im Streitfall zu der Feststellung, daß die Änderungskündigung des Beklagten mangels Vorliegens eines dringenden betrieblichen Erfordernisses i.S. von § 1 Abs. 2 KSchG sozial nicht gerechtfertigt ist.

Das Landesarbeitsgericht hat die kündigungsrechtliche Bedeutung des arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatzes verkannt. Der mit der Änderungskündigung bezweckte stufenweise Fortfall des Mietzuschusses war nicht durch den arbeitsrechtlichen Gleichbehandlungsgrundsatz geboten. Es hätte vielmehr der Darlegung entsprechender inner- oder außerbetrieblicher



Umstände (z.B. schlechte wirtschaftliche Lage des Beklagten infolge Rückganges der klinischen Auslastung oder wesentliche Störungen des Betriebsfriedens) zur sozialen Rechtfertigung der Änderungskündigung bedurft. Derartige Umstände hat der insoweit darlegungsbelastete Beklagte nicht dargetan.

3. Der Streitfall erfordert keine Stellungnahme des Senats zu der Frage, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen der Arbeitgeber eine irrtümlich zu hoch erfolgte Eingruppierung mittels Änderungskündigung dem Tarifrecht anpassen kann (vgl. dazu BAG vom 19. Oktober 1961 - 2 AZR 457/60 - AP Nr. 13 zu § 1 KSchG Betriebsbedingte Kündigung; BAG vom 22. März 1978 - 4 AZR 612/76 - AP Nr. 100 zu §§ 22, 23 BAT; BAG vom 27. Mai 1981 - 2 AZR 69/79 - [unveröffentlicht]).

II. Es bedarf im Streitfall keiner Entscheidung, ob der Beklagte aus anderen Gründen, insbesondere wegen einer sich möglicherweise wegen Nichteinhaltung der in § 4 Abs. 2 Berufsgenossenschafts-Angestelltentarifvertrag (BG-AT) vom 25. November 1961 festgelegten Schriftform ergebenden Unwirksamkeit der Mietzuschußregelung oder aufgrund eines Widerrufsvorbehalts berechtigt gewesen ist, nach dem 31. Dezember 1978 die Zahlung des Mietzuschusses einzustellen. Eine derartige Würdigung ginge über den Streitgegenstand eines Änderungskündigungsrechtsstreits hinaus. Auf diese Frage käme es nur dann an, wenn die Klägerin die Weiterzahlung des Mietzuschusses über den Ablauf der Kündigungsfrist (31. Dezember 1978) im Wege einer objektiven Klagehäufung geltend gemacht hätte.

1. Selbst bei einer zugunsten des Beklagten unterstellten Widerruflichkeit des Mietzuschusses wäre die Änderungskündigung unwirksam, und zwar wegen Verstoßes gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.

Der allgemein im Kündigungsschutzrecht geltende Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (vgl. BAG 1, 117 = AP Nr. 6 zu § 1 KSchG; BAG 20, 345 = AP Nr. 1 zu § 1 KSchG Krankheit; BAG AP Nr. 10 zu § 626 BGB Ausschußfrist [zu V 2 der Gründe]; BAG 30, 309 = AP Nr. 70 zu § 626 BGB; BAG 33, 148 = AP Nr. 6



zu § 1 KSchG Krankheit und BAG AP Nr. 2 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit) ist auch bei der Prüfung der sozialen Rechtfertigung einer auf dringende betriebliche Erfordernisse gestützten Änderungskündigung zu beachten. Eine Änderungskündigung kommt wegen der damit verbundenen Bestandsgefährdung des Arbeitsverhältnisses regelmäßig erst dann in Betracht, wenn für den Arbeitgeber keine Möglichkeit besteht, mit weniger einschneidenden Maßnahmen das mit der Änderungskündigung bezweckte Ziel zu erreichen. Da der Widerruf einer betrieblichen Sozialleistung den Bestand des Arbeitsverhältnisses unberührt läßt, stellt er gegenüber der Änderungskündigung ein milderes Gestaltungsmittel dar. Bei widerruflichen Sozialleistungen verstößt es daher gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, wenn der Arbeitgeber nicht von dem Widerrufsvorbehalt Gebrauch macht, sondern statt dessen eine Änderungskündigung ausspricht.

2. Zur Frage der Umdeutung einer unwirksamen Änderungskündigung (§ 140 BGB) in einen Widerruf bedarf es im Streitfall keiner Stellungnahme, da die Klägerin lediglich die Sozialwidrigkeit der Änderungskündigung, nicht dagegen die Zahlung des Mietzuschusses klageweise geltend gemacht hat.

III. Eine abschließende Entscheidung ist dem Senat nicht möglich, da es noch tatsächlicher Feststellungen hinsichtlich der bislang von beiden Parteien begehrten Auflösung des Arbeitsverhältnisses bedarf.

1. Die Festsetzung einer Abfindung obliegt den Tatsachengerichten, denen innerhalb der vorgesehenen Höchstgrenze des § 10 Abs. 1 KSchG und unter Beachtung der in § 10 Abs. 2 KSchG festgelegten Richtlinien ein weitgehender Ermessensspielraum zusteht.

Bei der noch erforderlichen Würdigung wird das Landesarbeitsgericht zu beachten haben, daß die Auflösung des Arbeitsverhältnisses bei einer sozialwidrigen Änderungskündigung jedenfalls dann möglich ist, wenn der Arbeitnehmer - wie hier - das Änderungsangebot nicht angenommen hat (BAG vom 29. Januar 1981 - 2 AZR 1055/78 - [zur Veröffentlichung in



der Amtlichen Sammlung bestimmt])).

2. Da nicht abzusehen ist, ob nach der Zurückverweisung des Rechtsstreits beide Parteien an ihren Auflösungsanträgen festhalten werden, verzichtet der Senat darauf, zu der im Schrifttum streitigen Frage Stellung zu nehmen, ob das Auflösungsbegehren beider Parteien das Gericht bindet und zwingt, das Arbeitsverhältnis ohne Prüfung der gesetzlichen Voraussetzungen des § 9 Abs. 1 KSchG aufzulösen (so insbesondere Hueck, KSchG, 10. Aufl., § 9 Rz 25; a.A. KR-Becker § 9 KSchG Rz 65 ff. sowie Neumann, AR-Blattei Kündigungsschutz VI D I und G II 4). Nach der Rechtsprechung des Senats (vgl. Urteil vom 26. Oktober 1979 - 7 AZR 752/77 - AP Nr. 5 zu § 9 KSchG 1969) bedarf es zur Nichtweiterverfolgung eines zunächst gestellten Auflösungsantrages i.S. des § 9 KSchG nämlich keiner Einwilligung des Prozeßgegners.

Roeper

Dr. Steckhan

Dr. Becker

Bücker

Dr. Blaeser

