

Untersuchungen zum
Europäischen Privatrecht

Band 18

**Das Gebot anderweitiger Beschäftigung
im deutschen und französischen
Kündigungsschutz**

Von

Michael Janssen



Duncker & Humblot · Berlin

MICHAEL JANSSEN

**Das Gebot anderweitiger Beschäftigung im deutschen
und französischen Kündigungsschutz**

Untersuchungen zum Europäischen Privatrecht

Band 18

Das Gebot
anderweitiger Beschäftigung
im deutschen und französischen
Kündigungsschutz

Von

Michael Janssen



Duncker & Humblot · Berlin

Die Rechtswissenschaftliche Fakultät
der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg im Breisgau
hat diese Arbeit im Jahre 2002 als Dissertation angenommen.

Bibliografische Information Der Deutschen Bibliothek

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische
Daten sind im Internet über <<http://dnb.ddb.de>> abrufbar.

Alle Rechte vorbehalten
© 2003 Duncker & Humblot GmbH, Berlin
Fremddatenübernahme: Selignow Verlagsservice, Berlin
Druck: WB-Druck GmbH & Co., Rieden im Allgäu
Printed in Germany

ISSN 1438-6739
ISBN 3-428-11065-X

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☉

Pour Lucie

Vorwort

Die vorliegende Untersuchung befasst sich mit einer Thematik, die in Deutschland bereits seit längerem das Kündigungsschutzrecht mitprägt und dabei immer wieder zu neuen Lösungen für auftretende Detailfragen herausfordert. Sie stellt die in Deutschland wie in Frankreich geltende Rechtslage dar, vergleicht die Grundgedanken und Einzelergebnisse in beiden Rechtsordnungen, beteiligt sich an der Diskussion über noch ungeklärte Probleme und richtet sich damit an Wissenschaft und Praxis gleichermaßen.

Besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Dr. h. c. Manfred Löwisch, für die Betreuung und rasche Begutachtung dieser Arbeit. Zu danken habe ich ferner Herrn Prof. Dr. Christoph Ann LL. M., der das Zweitgutachten erstellt und diese Dissertation für den „Preis zur Förderung des wissenschaftlichen Nachwuchses des Frankreichzentrums 2002“ vorgeschlagen hat, sowie der Rhodia Acetow AG, Freiburg, welche diesen großzügigen Preis gestiftet hat. Hervorgehoben sei auch Herr Rechtsanwalt Dr. Hans-Jochem Mayer, Bühl – er hat mich bei der Themenwahl inspiriert und mir für die Ausarbeitung stets die erforderliche Zeit gewährt.

Schließlich möchte ich mich ganz herzlich bei meinen Eltern für ihre langjährige Unterstützung und bei meiner Frau für ihren steten Beistand und Rückhalt bedanken.

Strasbourg, November 2002

Michael Janssen

Inhaltsverzeichnis

§ 1	Einleitung	19
	I. Gegenstand und Ziel der Untersuchung	19
	II. Gang der Darstellung	24
§ 2	Vorbemerkungen zum französischen Kündigungsschutzrecht	26
	I. Überblick	26
	II. Einzelheiten zum allgemeinen Kündigungsschutz	32
§ 3	Entwicklung und Grundlagen des Gebots anderweitiger Beschäftigung	48
	A. Deutsches Recht	48
	I. Entwicklung des Gebots in Gesetz und Rechtsprechung	48
	1. Betriebsbedingte Kündigung	48
	2. Personenbedingte Kündigung	51
	3. Verhaltensbedingte Kündigung	53
	4. Außerordentliche Kündigung/Kündigung von Arbeitnehmervertretern	56
	II. Rechtliche Grundlagen und Gegenstand des Gebots	59
	1. Gesetzliche Grundlage	59
	2. Konkreter Gegenstand	61
	3. Bedeutung allgemeiner Rechtsprinzipien	65
	a) Begründung des Gebots	65
	b) Überprüfung des Gebots	68
	B. Französisches Recht	74
	I. Entwicklung der <i>obligation de reclassement</i> in Gesetz und Rechtsprechung	74
	1. Früher grundsätzliche Ablehnung	74
	2. Schrittweise und teilweise Anerkennung	75
	a) Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen	76
	b) Kündigung wegen <i>inaptitude physique</i>	81
	(1) <i>Inaptitude physique</i> wegen Arbeitsunfall oder Berufskrankheit	82
	(2) <i>Inaptitude physique</i> aus sonstigen Gründen	84
	c) Sonstige Kündigungsgründe/Kündigung von Belegschafts- und Gewerkschaftsvertretern	88
	II. Rechtliche Grundlagen und Gegenstand der <i>obligation de reclassement</i> ..	93
	1. Gesetzliche Grundlagen	93
	2. Konkreter Gegenstand	97
	3. Bedeutung allgemeiner Rechtsprinzipien	104
	a) Begründung der <i>obligation de reclassement</i>	104
	b) Überprüfung der <i>obligation de reclassement</i>	111

§ 4	Allgemeine Merkmale der relevanten Beschäftigungsmöglichkeiten	113
A.	Deutsches Recht	113
	I. Eine <i>anderweitige</i> Beschäftigung	113
	II. Ein <i>freier</i> Arbeitsplatz	115
	1. Existenz	116
	2. Verfügbarkeit	121
	3. Entscheidungserheblicher Zeitpunkt	128
	III. Rechtliche und tatsächliche <i>Möglichkeit</i> der Beschäftigung	136
	1. Keine rechtlichen Hindernisse	137
	2. Eignung des Arbeitnehmers	137
	IV. Ein <i>vergleichbarer</i> Arbeitsplatz	139
	V. <i>Zumutbarkeit</i> der Beschäftigung	145
B.	Französisches Recht	147
	I. Ein <i>anderer</i> Arbeitsplatz (<i>emploi</i>)	147
	II. Ein <i>freier</i> Arbeitsplatz	149
	1. Existenz	150
	2. Verfügbarkeit	154
	3. Entscheidungserheblicher Zeitpunkt	159
	III. Rechtliche und tatsächliche <i>Möglichkeit</i> der Beschäftigung	162
	1. Keine rechtlichen Hindernisse	162
	2. Eignung des Arbeitnehmers	162
	IV. Ein <i>vergleichbarer</i> Arbeitsplatz	165
	V. <i>Zumutbarkeit</i> der Beschäftigung?	168
§ 5	Einzelne Tatbestände	171
A.	Deutsches Recht	171
	I. Der Aufbau des § 1 II KSchG	171
	II. Beschäftigung an einem anderen Arbeitsplatz im Betrieb oder Unternehmen	174
	III. Beschäftigung unter geänderten Arbeitsbedingungen	178
	1. Grundsatz	178
	2. Begriff der geänderten Arbeitsbedingungen und Bedeutung des Einverständnisses	179
	3. Zu berücksichtigende Änderungsmöglichkeiten	182
	IV. Beschäftigung nach Maßnahmen der Fortbildung oder Umschulung	185
	1. Allgemeine Grundsätze und Anwendungsbereich	185
	2. Bestimmung der zu berücksichtigenden Bildungsmaßnahmen	188
B.	Französisches Recht	193
	I. Die Systematik der gesetzlichen Regelungen	193
	II. Beschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz in <i>établissement</i> und <i>entreprise</i>	195
	III. <i>Reclassement</i> unter <i>modification du contrat de travail</i>	197
	1. Grundsatz	197
	2. Begriff der <i>modification (substantielle) du contrat de travail</i> und Bedeutung des Einverständnisses	198
	3. Zu berücksichtigende Änderungsmöglichkeiten	200
	IV. <i>Reclassement</i> unter Anpassungsmaßnahmen – die <i>obligation d'adaptation</i>	203

1. Allgemeine Grundsätze	203
2. Bestimmung der zu berücksichtigenden Bildungsmaßnahmen und des Anwendungsbereichs der <i>obligation d'adaptation</i>	205
§ 6 Unternehmens- und grenzüberschreitende Bezüge der anderweitigen Beschäftigung	211
A. Deutsches Recht	211
I. Unternehmensübergreifende Weiterbeschäftigung	211
1. Gesetz und Rechtsprechung des BAG	211
a) Allgemeine Grundsätze	211
b) Der Sonderfall des Gemeinschaftsbetriebs	216
2. Auslegung und Diskussion der Rechtsprechung anhand der Literatur	217
a) Auslegung und Kommentierung der Rechtsprechung	218
b) Weitergehende Vorschläge	228
II. Grenzüberschreitende Bezüge der anderweitigen Beschäftigung	233
1. Problemstellung und Grundlagen	233
2. Weiterbeschäftigung im Inland nach bisheriger Beschäftigung im Ausland	237
a) Rechtsprechung	238
b) Diskussion anhand der Stellungnahmen aus der Literatur	241
3. Weiterbeschäftigung im Ausland nach bisheriger Beschäftigung im Inland	249
a) Rechtsprechung	249
b) Diskussion anhand der Stellungnahmen aus der Literatur	250
4. Einzelfragen	256
B. Französisches Recht	257
I. <i>Reclassement</i> in der <i>groupe</i>	257
1. Grundlagen	257
2. Entwicklung der Rechtsprechung	260
3. Analyse und Diskussion der Rechtsprechung anhand der Literatur	262
II. Grenzüberschreitende Bezüge der <i>obligation de reclassement</i>	276
1. Vorbemerkung	276
2. <i>Reclassement</i> im Inland nach Beschäftigung im Ausland	277
a) Das Rückkehrrecht gem. Art. L. 122-14-8 C. trav.	277
b) Sonstige Fallkonstellationen	280
3. <i>Reclassement</i> im Ausland nach einer Beschäftigung im Inland	282
a) Entwicklung der Rechtsprechung	282
b) Diskussion anhand der Literatur	286
4. Einzelfragen	290
§ 7 Auswahlfragen	292
A. Deutsches Recht	292
I. Auswahl unter mehreren Beschäftigungsmöglichkeiten	292
1. Unter vertragsgemäßen und vertragsändernden Beschäftigungsmöglichkeiten	292
2. Unter mehreren vertragsgemäßen Beschäftigungsmöglichkeiten	295
3. Unter mehreren vertragsändernden Beschäftigungsmöglichkeiten	296
II. Auswahl unter mehreren Arbeitnehmern	299

1. Betriebsbedingte Kündigung	300
a) Konkurrenzen um die bisherige Beschäftigungsmöglichkeit	300
b) Konkurrenzen um eine anderweitige Beschäftigung	305
(1) Berücksichtigung sozialer Belange	305
(2) Mögliche besondere Anspruchsprioritäten	312
2. Personen- und verhaltensbedingte Kündigung	317
B. Französisches Recht	319
I. Auswahl unter mehreren Beschäftigungsmöglichkeiten	319
1. Die Überprüfung geänderter Arbeits- bzw. Vertragsbedingungen im Allgemeinen	319
2. Anwendung auf die <i>obligation de reclassement</i>	321
a) Im Hinblick auf Schadensersatzansprüche mangels tatsächlichen und erheblichen Kündigungsgrundes	321
b) Im Hinblick auf Abfindungsanspruch und Kündigungsfristentschädigung	326
II. Auswahl unter mehreren Arbeitnehmern	328
1. Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen	329
a) Konkurrenzen um die bisherige Beschäftigungsmöglichkeit	329
b) Konkurrenzen um ein <i>reclassement</i>	331
(1) Berücksichtigung sozialer Belange	331
(2) Mögliche besondere Anspruchsprioritäten	336
2. Kündigung wegen <i>inaptitude physique</i>	338
§ 8 Das vom Arbeitgeber zu beobachtende Verfahren	339
A. Deutsches Recht	339
I. Individualarbeitsrechtliche Anforderungen	339
1. Allgemeine Grundsätze	339
a) Initiativlast des Arbeitgebers zum Angebot von Beschäftigungsmöglichkeiten	339
(1) Vertragsändernde Beschäftigungsmöglichkeiten	339
(2) Vertragsgemäße Beschäftigungsmöglichkeiten	342
b) Vom Arbeitgeber konkret verlangte Maßnahmen	343
2. Besonderheiten im Konzern	348
3. Besonderheiten bei arbeitnehmerübergreifenden Sachverhalten	349
4. Kündigung	351
II. Betriebsverfassungsrechtliche Anforderungen	352
III. Beteiligung der (Arbeits-)Verwaltung	359
B. Französisches Recht	360
I. Individualarbeitsrechtliche Anforderungen	360
1. Allgemein	360
a) Initiativlast des Arbeitgebers	360
b) Vom Arbeitgeber konkret verlangte Maßnahmen	361
2. Besonderheiten im Fall der <i>inaptitude physique</i>	366
3. Besonderheiten im Konzern	369
4. Besonderheiten bei arbeitnehmerübergreifenden Sachverhalten	370
5. Kündigung	370
II. Beteiligung der Arbeitnehmervertretungen	372
III. Beteiligung der Arbeitsverwaltung	374

§ 9 Die anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeiten im Gerichtsprozess	377
A. Deutsches Recht	377
I. Klagemöglichkeiten	377
II. Verteilung der Darlegungs- und Beweislast	380
III. Prozessausgang im Fall der Verletzung der Beschäftigungspflicht	390
B. Französisches Recht	394
I. Klagemöglichkeiten	394
II. Verteilung der Darlegungs- und Beweislast	396
III. Prozessausgang im Fall der Verletzung der <i>obligation de reclassement</i> ...	404
§ 10 Schluss	406
Literaturverzeichnis	418
I. Deutschsprachige Literatur	418
II. Französischsprachige Literatur	427
Sachwortverzeichnis	434

Abkürzungsverzeichnis

a. A.	anderer Ansicht
Abs.	Absatz
a. E.	am Ende
a. F.	alte Fassung
AFG	Arbeitsförderungsgesetz
AJ	Action juridique (frz. Fachzeitschrift)
AktG	Aktiengesetz
Alt.	Alternative
Anm.	Anmerkung
AP	Arbeitsrechtliche Praxis
ArbG	Arbeitsgericht
AR-Blattei	Arbeitsrechts-Blattei
Art.	Artikel
Ass. Nat.	Assemblée Nationale (frz. Parlament)
AuA	Arbeit und Arbeitsrecht
AÜG	Arbeitnehmerüberlassungsgesetz
Aufl.	Auflage
AuR	Arbeit und Recht
BAG	Bundesarbeitsgericht
BAGE	Entscheidungen des Bundesarbeitsgerichts
BB	Der Betriebsberater
BBiG	Berufsbildungsgesetz
Bd.	Band
BeschFG	Beschäftigungsförderungsgesetz
BetrVG	Betriebsverfassungsgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBL	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BPersVG	Bundespersonalvertretungsgesetz
BRG	Betriebsrätegesetz
BSG	Bundessozialgericht
bspw.	beispielsweise
BT-Drucks.	Drucksachen des Deutschen Bundestages
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles (frz. Entscheidungssammlung von Urteilen der Zivilkammern der Cour de cassation, einschließlich der Sozialkammer (Bd. V))
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts
bzgl.	bezüglich
bzw.	beziehungsweise

C. appel	Cour d'appel (frz. Berufungsgericht der ordentlichen Gerichtsbarkeit, einschließlich Sozialkammer)
C. cass.	Cour de cassation (Kassationsgerichtshof = frz. Revisionsinstanz der ordentlichen Gerichtsbarkeit, einschließlich Sozialkammer)
C. civ.	Code civil
CE	Conseil d'Etat (Staatsrat = höchstes frz. Verwaltungsgericht)
Civ.	Arrêt de la chambre civile de la Cour de cassation (Entscheidung einer Zivilkammer der Cour de cassation)
C.P.	Conseil de prud'hommes (frz. Arbeitsgericht)
CSBP	Cahiers sociaux du barreau de Paris (frz. Fachzeitschrift)
C. trav.	Code du travail
D.	Dalloz (frz. Verlag, hier: frz. Fachzeitschrift)
DB	Der Betrieb
ders.	derselbe
dies.	dieselbe(n)
Diss.	Dissertation
Dr. ouvr.	Le Droit ouvrier (frz. Fachzeitschrift)
Dr. soc.	Droit social (frz. Fachzeitschrift)
éd.	édition (Auflage)
Einl.	Einleitung
etc.	et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EVÜ	Römisches EWG-Übereinkommen über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht
EzA	Entscheidungssammlung zum Arbeitsrecht
f., ff.	folgende
Fn.	Fußnote
frz.	französisch
FS	Festschrift
Gaz. Pal.	La Gazette du Palais (frz. Fachzeitschrift)
gem.	gemäß
GG	Grundgesetz
ggfs.	gegebenenfalls
grdsl.	grundsätzlich
Hs.	Halbsatz
i. d. R.	in der Regel
i. F. d.	im Falle des
insbes.	insbesondere
insges.	insgesamt
IPR	Internationales Privatrecht
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
IR	Informations Rapides
i. R. d.	im Rahmen des
i. S. d.	im Sinne des
i. S. v.	im Sinne von
i. V. m.	in Verbindung mit

JCP(E)	Juris-Classeur périodique (La semaine juridique), Edition Entreprise et Affaires (frz. Fachzeitschrift)
JCP(G)	Juris-Classeur périodique (La semaine juridique), Edition Générale (frz. Fachzeitschrift)
J.O.	Journal Officiel de la République Française (frz. Bekanntmachungsblatt)
JSL	Jurisprudence Sociale Lamy (frz. Fachzeitschrift)
KSchG	Kündigungsschutzgesetz
LAG	Landesarbeitsgericht
LS	Leitsatz
m. a.W.	mit anderen Worten
m.E.	meines Erachtens
m. w. N.	mit weiteren Nachweisen
m. z. w. N.	mit zahlreichen weiteren Nachweisen
NCPC	Nouveau code de procédure civile
n. F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
no.	numéro
Nr.	Nummer
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeits- und Sozialrecht
NZA-RR	NZA-Rechtsprechungs-Report
o. a.	oben angegeben
o. Ä.	oder Ähnliches
o. g.	oben genannt
RdA	Recht der Arbeit
Rec.	Recueil des décisions du Conseil d'Etat (frz. Entscheidungssammlung)
RGBI.	Reichsgesetzblatt
RIT	Revue internationale du Travail (Fachzeitschrift der Internationalen Arbeitsorganisation, Genf)
RJS	Revue Jurisprudence Sociale (frz. Fachzeitschrift)
Rn.	Randnummer
RPDS	Revue pratique de droit social (frz. Fachzeitschrift)
S.	Satz/Seite
SAE	Sammlung arbeitsrechtlicher Entscheidungen
SGB III	Sozialgesetzbuch, Drittes Buch, Arbeitsförderung
s. o.	siehe oben
Soc.	Arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation (Entscheidung der Sozialkammer der Cour de cassation)
sog.	sogenannt
SSL	Semaine Sociale Lamy (frz. Fachzeitschrift)
StIGH	Ständiger Internationaler Gerichtshof
s. u.	siehe unten
suppl.	supplément (Beilage)
TVG	Tarifvertragsgesetz
TzBfG	Teilzeit- und Befristungsgesetz
u. a.	unter anderem

u. Ä.	und Ähnliches
UIMM	Jurisprudence Sociale (Union des Industries Métallurgiques et Minières) (frz. Fachzeitschrift)
UmwG	Umwandlungsgesetz
usw.	und so weiter
u. U.	unter Umständen
v.	vom/von
v. a.	vor allem
vgl.	vergleiche
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZfA	Zeitschrift für Arbeitsrecht
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIAS	Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht
Ziff.	Ziffer
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
zit.	zitiert
z. T.	zum Teil
z. Zt.	zur Zeit

§ 1 Einleitung

I. Gegenstand und Ziel der Untersuchung

Der allgemeine Schutz gegen arbeitgeberseitige Kündigungen von Arbeitsverhältnissen dient, so die Rechtsprechung des BAG zum KSchG,¹ dem Schutz des Arbeitsplatzes und der Betriebszugehörigkeit des Arbeitnehmers als Grundlagen seiner sozialen und wirtschaftlichen Existenz, die ihm in den Grenzen des sozial und wirtschaftlich Vertretbaren gesichert werden sollen; dabei hat er einen Ausgleich der gegenläufigen Interessen von Arbeitgeber und Arbeitnehmer herzustellen. In Zeiten wirtschaftlicher Rezession bzw. Stagnation und hoher Arbeitslosigkeit treffen die Interessen der Arbeitgeber an ökonomisch gebotenen Umstrukturierungen und flexiblem Personaleinsatz sowie die Interessen der Arbeitnehmer an Bestandschutz und Stabilität ihrer Arbeitsverhältnisse besonders hart aufeinander. In diesem Spannungsfeld zielt das Gebot anderweitiger Beschäftigung auf die Aufrechterhaltung des eingegangenen Arbeitsverhältnisses unter gewandelten Bedingungen – soweit dies mit den wirtschaftlichen und unternehmerischen Vorgaben vereinbar ist. Dabei betrifft die gewählte Thematik zwar nur einen kleinen Ausschnitt des von zahlreichen anderen Faktoren² geprägten Kündigungsschutzes, steht jedoch in seinem Zentrum.³ Die vorliegende Untersuchung konzentriert sich auf die Darstellung von Begründung und Ausgestaltung des Gebots anderweitiger Beschäftigung als vorrangiger Kündigungsalternative i. R. d. allgemeinen Kündigungsschutzes, unter Berücksichtigung der prozessualen Geltendmachung. Besonderes Gewicht kommt der betriebsbedingten Kündigung zu, doch finden die personenbezogenen Kündigungsgründe gleichfalls Berücksichtigung. Am Rande mitbehandelt werden im Übrigen, aus deutscher Sicht, die Fälle der außerordentlichen Kündigung und der Kündigung betriebsverfassungsrechtlicher Funktionsträger; dies dient der Vollständigkeit und rechtfertigt sich zudem in rechtsvergleichender Hinsicht aus dem Umstand, dass der besondere Kündigungsschutz der Arbeitnehmervertreter in Frankreich Gegenstand grundlegender Rechtsprechung zur anderweitigen Beschäftigung war.

¹ Siehe nur BAG (2. Senat) v. 29.3.1990, AP Nr. 50 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

² Man denke nur an die Ausgestaltung der vom Gesetzgeber anerkannten Kündigungsgründe, an den Freiraum unternehmerischer Entscheidungen oder an den Einfluss tarifvertraglicher Regelungen.

³ Vgl. etwa *Berkowsky*, der von der „zentralen Frage“ nach Möglichkeiten der Weiterbeschäftigung spricht (damit aber wohl nicht nur die *anderweitige* Beschäftigung meint): *MünchArbR-Berkowsky*, Rn. 1 zu § 140; *Berkowsky I*, S. 48; *Berkowsky II*, S. 67.

In Deutschland bereits frühzeitig nach Inkrafttreten des KSchG von 1951 anerkannt, durch Rechtsprechung und Literatur fortentwickelt, bleibt die rechtliche Problematik anderweitiger Beschäftigung weiterhin aktuell. Neben neuen und noch nicht abschließend gelösten Einzelproblemen, die etwa die Konkurrenzen unter mehreren Arbeitnehmern oder die Konzern- und Auslandsdimension betreffen, sind teilweise auch grundsätzliche und systematische Fragen noch umstritten. Das liegt nicht zuletzt an der komplizierten Normstruktur des § 1 II KSchG,⁴ die sich insbes. durch die Gesetzesänderungen von 1972 und 1974, die Einfügung der Sätze 2 und 3, die Verbindung des Kündigungsschutzes mit dem Betriebsverfassungs- und Personalvertretungsrecht über die Widerspruchstatbestände für die Arbeitnehmervertretungen⁵ entwickelt hat.

In Frankreich hat die Thematik erst seit Ende der 80er Jahre unter dem Begriff *reclassement* (wörtlich „Neueinstufung“, „Neueinteilung“) bzw. *obligation de reclassement* durchschlagende und ständig wachsende Bedeutung erlangt. Treibende Kraft war die höchstrichterliche Rechtsprechung – Gesetzgebung und Literatur haben die Anstöße aufgenommen. Auch in Frankreich ist nunmehr der Begriff des *reclassement „omniprésent“*⁶ und stellt, so Bewertungen aus der Literatur, einen der Schlüssel und Pfeiler des Kündigungsschutzes dar.⁷ Dies erscheint umso bedeutender, als dem französischen Kündigungsschutz ein allgemeiner Grundsatz des Inhalts, der Arbeitgeber müsse vor Ausspruch einer Kündigung zunächst andere, mildere Maßnahmen ergreifen, zuvor nicht bekannt war. Insbes. im Bereich der Kündigung aus wirtschaftlichen Gründen hat sich dies entscheidend gewandelt. Hiervon zeugt zuletzt das sog. „Gesetz über soziale Modernisierung“ vom 17.1.2002,⁸ welches u. a. Regelungen zum *reclassement* einführt.

Der deutsche Begriff der „anderweitigen Beschäftigung“ findet sich zwar im Gesetz nicht (§ 1 II KSchG spricht von „Weiterbeschäftigung“), ist aber in Rechtsprechung⁹ und Literatur etabliert¹⁰ und findet dort gleichbedeutend neben den Begriff-

⁴ Vgl. nur die Kritik bei *Hofmann*, ZfA 1984, 295 (304f.), der von „einem bemerkenswerten Musterbeispiel an Unübersichtlichkeit“ spricht; vgl. auch *ErfK-Ascheid*, Rn. 547 zu § 1 KSchG, der die gesetzlichen Formulierungen für „nicht gerade verständlich“ und eine „Übersetzung“ für erforderlich hält.

⁵ Grundlegend zu dieser Verknüpfung: *Löwisch*, DB 1975, 349.

⁶ *Couturier*, Dr. soc. 1994, 436 (436).

⁷ Vgl. *Waquet*, Dr. soc. 2000, 168 (169); *Antonmattei*, Dr. soc. 2002, 274 (274); siehe auch *Couturier I*, S. 308.

⁸ Loi no. 2002-73 du 17 janvier 2002 de modernisation sociale, J.O. 18.1.2002, S. 1008 ff.

⁹ Bspw. BAG (2. Senat) v. 17.5.1984, unter C. III. 3. c) der Gründe (während in LS 1 von „Weiterbeschäftigungspflicht“ die Rede ist), AP Nr. 21 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung mit Anm. v. *Hoyningen-Huene*; BAG (2. Senat) v. 29.3.1990, u. a. unter B. II. 5. der Gründe (während u. a. in LS 2 von „Weiterbeschäftigung“ gesprochen wird), AP Nr. 50 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung.

¹⁰ Vgl. *KR-Etzel*, Titel vor Rn. 217 zu § 1 KSchG; v. *Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG, Titel vor Rn. 142 zu § 1.

fen der „Weiterbeschäftigung“ und „Weiterbeschäftigungspflicht“¹¹ Verwendung. Auch in der vorliegenden Untersuchung werden diese gebräuchlichen Begriffe nebeneinander benutzt. Die „anderweitige“ Beschäftigung impliziert dabei die Beschäftigung auf einem anderen Arbeitsplatz bzw. die Beschäftigung zu geänderten Bedingungen.¹² Nicht behandelt werden mithin all diejenigen Fälle, in denen der Arbeitgeber die unveränderte Weiterbeschäftigung des Arbeitnehmers zu gewährleisten bzw. darüber hinaus andere, nicht das Arbeitsverhältnis mit dem gefährdeten Arbeitnehmer betreffende Maßnahmen zu ergreifen hat, wie insbes. Überbrückungsmaßnahmen in Form von Einstellen einer Ersatz- bzw. Aushilfskraft, vorübergehende Umsetzung von Arbeitskollegen, andere Arbeitsauf- bzw. -verteilung oder Durchführung von Über- oder Mehrarbeit bei personenbedingten Kündigungsgründen,¹³ Abmahnungen (bzw. Rügen, Ermahnungen, Verwarnungen, Verweise und ähnliche Maßnahmen bei kleineren Vertragsverletzungen)¹⁴ vor Ausspruch verhaltensbedingter Kündigungen¹⁵ sowie „zumutbare technische, organisatorische oder wirtschaftliche Maßnahmen“¹⁶ (Arbeitsstreckungsmaßnahmen, darunter u. U. auch Kurzarbeit, ferner Abbau von Überstunden etc.) zur Vermeidung betriebsbedingter Kündigungen.¹⁷ Auch diese Kündigungsalternativen werden unter den Stichworten „Verhältnismäßigkeitsprinzip“, „ultima-ratio-Prinzip“ und „Erforderlichkeitsgrundsatz“ abgehandelt – ebenso wie die anderweitigen Beschäftigungsmöglichkeiten, welche jedoch die Besonderheit einer konkreten gesetzlichen Regelung für sich in Anspruch nehmen können. Schließlich wird vorliegend auch die Problematik des Wiedereinstellungsanspruchs¹⁸ grds. ausgeklammert, da dieser nicht die Rechtfertigung der Kündigung an sich betrifft, sondern ein Korrektiv für

¹¹ Dieser Begriff wurde schon deshalb nicht als Titel gewählt, um Verwechslungen mit den Weiterbeschäftigungspflichten/-ansprüchen während des Kündigungsschutzprozesses (gem. § 102 V BetrVG bzw. gem. BAG [Großer Senat] v. 27.2.1985, AP Nr. 14 zu § 611 BGB Beschäftigungspflicht) auszuschließen.

¹² Siehe hierzu noch unten § 4 A. I./B. I. (auch für das französische Recht).

¹³ BAG (2. Senat) v. 25.11.1982, AP Nr. 7 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit mit Anm. *Meisel*; BAG (7. Senat) v. 22.2.1980, AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Krankheit mit Anm. *G. Hueck*; *Löwisch*, KSchG, Rn. 184 f. zu § 1; *KR-Etzel*, Rn. 276 zu § 1 KSchG (i. R. d. Interessenabwägung); v. *Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG, Rn. 141 zu § 1.

¹⁴ Vgl. *Löwisch*, KSchG, Rn. 100 zu § 1, aber auch Rn. 106: Keine *Verpflichtung* zu Ermahnungen o. Ä.

¹⁵ BAG (2. Senat) v. 17.2.1994, BB 1994, 1148; i. d. R. vor ordentlicher/außerordentlicher Kündigung; *Löwisch*, KSchG, Rn. 100 ff. zu § 1; *KR-Etzel*, Rn. 402 f. zu § 1 KSchG; *KR-Fischermeier*, Rn. 253 ff. zu § 626 BGB.

¹⁶ BAG (2. Senat) v. 7.12.1978, AP Nr. 6 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung mit Anm. *Reuter*; BAG (2. Senat) v. 30.5.1985, AP Nr. 24 zu § 1 KSchG 1969 Betriebsbedingte Kündigung mit Anm. *Schmidt*.

¹⁷ Siehe etwa v. *Hoyningen-Huene/Linck*, KSchG, Rn. 381 ff. zu § 1.

¹⁸ Vgl. für die *betriebsbedingte Kündigung* BAG (2. Senat) v. 27.2.1997, 2 AZR 160/96, AP Nr. 1 zu § 1 KSchG 1969 Wiedereinstellung; BAG (7. Senat) v. 28.6.2000, 7 AZR 904/98, NZA 2000, 1097. – Ob ein Wiedereinstellungsanspruch bei der *krankheitsbedingten Kündigung* gegeben sein kann, ist noch klärungsbedürftig, vgl. BAG (2. Senat) v. 17.6.1999, 2 AZR 639/98, NZA 1999, 1328, sowie BAG (7. Senat) v. 27.6.2001, DB 2001, 2201.