

zugehen, denn diese lässt die bestehenden Vertragsbedingungen unberührt.<sup>266</sup> Ist hingegen mit dem Parteiwechsel **zugleich eine Änderung des sonstigen Vertragsinhalts beabsichtigt**, so muss zunächst das **alte Vertragsverhältnis beendet** und im Anschluss daran **ein neues**, nun allerdings mit verändertem Inhalt, **begründet werden**.<sup>267</sup> Das BAG will im Anschluss an *Pieper* eine Vertragsübernahme nur dann annehmen, wenn die Identität des Arbeitsverhältnisses erhalten bleibt.<sup>268</sup> Das sei der Fall, wenn der Arbeitnehmer in seiner bisherigen Stellung an seinem bisherigen Arbeitsplatz weiter beschäftigt werde. Wo aber die Einheit des Arbeitsverhältnisses, die sich in der betrieblichen Eingliederung des Arbeitnehmers sowie deren Aufrechterhaltung zeige, nicht mehr gewahrt sei, scheidet eine bloße Vertragsübernahme von vornherein aus. Dasselbe gilt, wenn die verbleibende und die eintretende Partei das Arbeitsverhältnis ausdrücklich auf eine neue Vertragsgrundlage stellen.<sup>269</sup>

**bb) Bedeutung der Konzernversetzungsklausel.** Wird bereits zum Abschluss des Arbeitsvertrages eine Konzernversetzungsklausel vereinbart, so lässt sich der Arbeitgeber damit bereits anfänglich ein Gestaltungsrecht einräumen. Dieses soll ihn für den Fall, dass nach Abschluss des Arbeitsvertrages ein **konzerninterner Arbeitgeberwechsel** erforderlich wird, in die Lage versetzen, ohne Mitwirkung des Arbeitnehmers – möglicherweise sogar gegen seinen Widerstand – das Arbeitsverhältnis auf ein anderes Konzernunternehmen zu übertragen.<sup>270</sup> Bei *Preis*<sup>271</sup> findet sich hierfür folgendes Muster:

„Wir behalten uns vor, Sie innerhalb unseres Gesamtunternehmens, dh auch bei angeschlossenen Gesellschaften und Werken innerhalb Deutschlands, in einer anderen Ihrer Vorbildung und Ihren Fähigkeiten entsprechenden Stellung mit gleichen Bezügen und Vertragsbedingungen zu beschäftigen und Sie in ein anderes mit uns verbundenes Unternehmen zu versetzen. Außer bei dringenden betrieblichen Notwendigkeiten werden wir hierbei eine Ankündigungsfrist beachten, die Ihrer vertraglichen Kündigungsfrist entspricht. Vertragspartner wird dann allein das aufnehmende Unternehmen. Der Mitarbeiter ist damit einverstanden, eine vergleichbare Tätigkeit zu denselben Vertragsbedingungen auch im Dienste einer anderen zur X-Gruppe gehörenden Gesellschaft auszuüben. (...)“

Die Frage, ob derartige **Versetzungsklauseln zulässig** sind, wurde bislang eher kursoisrich behandelt. Das **BAG** geht ohne weitere Begründung offenbar von der Wirksamkeit solcher Klauseln aus,<sup>272</sup> hatte jedoch **bislang keinen Fall zu entscheiden** gehabt, in dem ein konzerninterner Arbeitgeberwechsel gegen den Willen des Arbeitnehmers allein aufgrund einer Versetzungsklausel erfolgt wäre. Das LAG Hamm hält sie unter bestimmten Bedingungen für zulässig.<sup>273</sup> In der Literatur sind die Meinungen geteilt. Während die einen Versetzungsklauseln ohne Weiteres für zulässig halten,<sup>274</sup> lehnen andere derartige Klauseln kategorisch ab.<sup>275</sup>

<sup>266</sup> LAG Hamm 3.5.2013 – 18 Sa 44/13, BeckRS 2013, 72472 unter II 1 b der Gründe.

<sup>267</sup> Nörr/Scheyhing Sukzessionen § 17 II; Pieper Vertragsübernahme S. 118.

<sup>268</sup> BAG 24.10.1972 – 3 AZR 102/72, AP HGB § 74 Nr. 31.

<sup>269</sup> Nörr/Scheyhing Sukzessionen § 17 II.

<sup>270</sup> Soweit eine Versetzungsklausel das Einverständnis des Arbeitnehmers mit der Versetzung ausdrücklich erwähnt, gehen die Parteien ersichtlich davon aus, dass dem Arbeitgeber gerade kein Gestaltungsrecht zukommen soll und der Arbeitnehmer deshalb nicht verpflichtet ist, seine Zustimmung zu erteilen, vgl. Windbichler KonzernArbR S. 114.

<sup>271</sup> Preis/Preis Vertragsgestaltung II D 30 vor Rn. 225.

<sup>272</sup> Vgl. zB BAG 14.10.1982 – 2 AZR 568/80, AP KSchG 1969 § 1 Konzern Nr. 1; 27.11.1991 – 2 AZR 255/91, AP KSchG 1969 § 1 Konzern Nr. 6; 10.1.1994 – 2 AZR 489/93, AP KSchG 1969 § 1 Konzern Nr. 8; 23.3.2006 – 2 AZR 162/05 Rn. 27, NZA 2007, 30.

<sup>273</sup> LAG Hamm 3.5.2013 – 18 Sa 44/13, BeckRS 2013, 72472.

<sup>274</sup> Birk Leitungsmacht S. 407; Birk ZGR 13 (1984), S. 67; Braun/Wisskirchen KonzernArbR/Fedder/Braun Teil I Abschn. 3 Rn. 59; Hanau ZGR 13 (1984), S. 485; Karamarias RdA 1983, 358f.; Konzen RdA

- 74 Eine **differenzierte Betrachtung** muss bei den beiden konstruktiv möglichen Wegen eines konzerninternen Arbeitgeberwechsels ansetzen.<sup>276</sup> Soweit die Arbeitsbedingungen im Wesentlichen gleich bleiben, soll durch die Klausel eine **Vertragsübernahme** erfolgen; weichen die Arbeitsbedingungen voneinander ab, so kann dies nur im Wege der **Beendigungs-/Neubegründungslösung** geschehen. Die Zulässigkeit einer bereits zum Vertragsschluss eingeräumten Möglichkeit, einseitig die Partei des Arbeitsverhältnisses zu ändern, muss sich grundsätzlich an den Maßstäben der nachträglichen Parteiänderung orientieren. Sie darf jedenfalls zu keiner Schlechterstellung der verbleibenden Vertragspartei führen.
- 75 **cc) Konzernversetzungsklausel im Beendigungs-/Neubegründungsmodell.** Die Konzernversetzungsklausel muss zugleich Beendigungs- und Neubegründungstatbestand enthalten. Da das Angebot auf Abschluss eines Arbeitsvertrages mit einem neuen Konzernunternehmen im Wesentlichen unproblematisch ist,<sup>277</sup> soll im Folgenden **nur der Frage der Beendigung des alten Arbeitsverhältnisses** nachgegangen werden.
- 76 (1) Im Hinblick auf die zunächst erforderliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem ersten Konzernarbeitgeber kann die Klausel deklaratorischen oder konstitutiven Inhalt aufweisen.<sup>278</sup> Das Recht, ein Arbeitsverhältnis einseitig zu beenden, braucht sich der Arbeitgeber nicht besonders vorzubehalten, denn jedes Dauerschuldverhältnis kann zumindest dem Grundsatz nach ohne Mitwirkung der anderen Partei durch Kündigung beendet werden. Ist die **Versetzungsklausel nur rein deklaratorisch** gemeint,<sup>279</sup> dann will der Arbeitgeber mit der Klausel nur auf die Möglichkeit einer betriebsbedingten Beendigungskündigung hinweisen, die er im Falle eines konzerninternen Arbeitgeberwechsels auszusprechen gedenkt.
- 77 (2) Ist die **Klausel** allerdings **konstitutiv** gemeint, dann soll sich der **Wechsel ipso iure**, dh **ohne vorherige Kündigung** durch das Einstellungsunternehmen, vollziehen. Das lässt sich auf zweierlei Weise bewerkstelligen: Entweder vereinbaren die Parteien zugleich mit dem Abschluss des ersten Arbeitsvertrages einen auf diesen Arbeitsvertrag bezogenen aufschiebend bedingten Aufhebungsvertrag, oder sie schließen den ersten Arbeitsvertrag von vornherein auflösend bedingt ab. Bedingung ist in beiden Fällen die zur Zeit des Vertragsabschlusses noch ungewisse Notwendigkeit eines betrieblich bedingten konzerninternen Arbeitgeberwechsels. Da beide Fälle spiegelbildlich zusammenhängen,<sup>280</sup> wird nur die Zulässigkeit des **auflösend bedingten Arbeitsvertrags** behandelt.
- 78 (3) An sich kann ein Arbeitsvertrag wie jeder andere Vertrag unter einer auflösenden Bedingung iSd § 158 Abs. 2 BGB abgeschlossen werden.<sup>281</sup> Seit 2001 wird das durch § 21 TzBfG ausdrücklich klargestellt. Für den Arbeitnehmer ist diese Vertragsgestaltung insoweit problematisch, als die Vorschriften über den allgemeinen und den besonderen Kündigungsschutz nur im Falle einer Kündigung unmittelbar anwendbar sind, nicht aber, wenn

1984, 73; Lingemann/v. Steinau-Steinrück DB 1999, 2161 (2162); Martens DB 1985, 2147; Preis Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht S. 322; Rütters/Bakker ZfA 1990, 245 (260); MHdB ArbR/Temming § 25 Rn. 22.

<sup>275</sup> Abbrecht BB 1988, 758; HK-ArbR/Becker GewO § 106 Rn. 18; Hümmerich NZA 2003, 753 (758); MHdB ArbR/Blomeyer (2. Aufl.) § 46 Rn. 81; v. Hoyningen-Huene/Boemke Versetzung S. 218; Hromadka NZA 2012, 233 (238); Schaub ArbR-HdB/Linck § 45 Rn. 61; Küttner/Schmidt Personalbuch Matrixorganisation Rn. 9 mwN; MaSiG/Tödtmann/Kaluza C. 420 Rn. 21; Zundel NJW 2006, 1237 (1238); abratend Preis/Preis Vertragsgestaltung II D 30 Rn. 225 ff.

<sup>276</sup> Maschmann RdA 1996, 24 (36 ff.); Maywald Matrixstrukturen S. 62 ff.

<sup>277</sup> Fraglich ist nur, ob dieses neue Angebot bereits zur Zeit des Abschlusses des Arbeitsvertrages mit dem Einstellungsunternehmen bestehen muss und ob es vom Einstellungsunternehmen für das andere Konzernunternehmen abgegeben werden kann, vgl. hierzu Windbichler KonzernArbR S. 77.

<sup>278</sup> Windbichler KonzernArbR S. 114.

<sup>279</sup> Davon ist auch auszugehen, wenn nach der Klausel die Versetzung nur mit dem Einverständnis des Arbeitnehmers erfolgen soll.

<sup>280</sup> BAG 5.12.1985 – 2 AZR 61/85, AP BGB § 620 Bedingung Nr. 10; Felix NZA 1994, 1115.

<sup>281</sup> BAG 19.12.1974 – 2 AZR 565/73, AP BGB § 620 Bedingung Nr. 3.

das Arbeitsverhältnis ohne Weiteres mit Eintritt einer Bedingung endet.<sup>282</sup> **Vor Inkrafttreten des TzBfG** ging die Rechtsprechung zunächst von der Unzulässigkeit auflösender Bedingungen aus, sofern sie nicht vornehmlich den Interessen des Arbeitnehmers dienen oder ihr Eintritt allein vom Willen des Arbeitnehmers abhängen.<sup>283</sup> Diese eher restriktive Handhabung hat die Rechtsprechung sehr bald revidiert und auch solche auflösenden Bedingungen zugelassen, die nicht nur den Interessen des Arbeitnehmers dienen. Möglich seien auflösende Bedingungen, die die Parteien in einem gerichtlichen Vergleich zur Beilegung eines Rechtsstreits über die Wirksamkeit einer Kündigung<sup>284</sup> oder einer Befristung eines Arbeitsvertrages<sup>285</sup> vereinbart hätten; hier verhindere regelmäßig die Mitwirkung des Gerichts, dass die Interessen einer Partei unangemessen berücksichtigt würden. Dasselbe galt für Regelungen, die die Tarifparteien getroffen hatten; ihnen gestand die Rechtsprechung eine materielle Richtigkeitsgewähr zu.<sup>286</sup> Zuletzt **verlangte die Rechtsprechung** nur dann einen **sachlichen Grund**, wenn dem Arbeitnehmer durch die auflösende Bedingung seines Arbeitsvertrags der Schutz zwingender Kündigungsvorschriften genommen wurde.<sup>287</sup> Eine auflösende Bedingung unterlag keiner richterlichen Kontrolle, wenn sie das Arbeitsverhältnis zu einem Zeitpunkt beendete, in dem der Arbeitnehmer noch keinen gesetzlichen Kündigungsschutz genoss und auch keine andere Kündigungsschutzvorschrift umgangen werden konnte.<sup>288</sup>

**Unter Geltung des TzBfG** bedarf jeder auflösend bedingte Arbeitsvertrag eines sachlichen Grundes, und zwar selbst dann, wenn keine Umgehung des Kündigungsschutzrechts droht.<sup>289</sup> Das ergibt sich aus § 21 TzBfG, der auf das Sachgrunderfordernis des § 14 Abs. 1 TzBfG verweist. Materiell **kann die auflösende Bedingung** daher unter den gleichen Bedingungen vereinbart werden **wie eine Befristung mit Sachgrund**. Dass für die auflösende Bedingung strengere Anforderungen gelten, ergibt sich nicht aus dem Gesetz.<sup>290</sup> Da § 21 TzBfG nur auf § 14 Abs. 1 TzBfG, nicht aber auf die Abs. 2 und 3 verweist, kommt eine **sachgrundlos vereinbarte auflösende Bedingung** allerdings **nicht in Betracht**.<sup>291</sup> 79

Durchmustert man die in § 14 Abs. 1 S. 2 TzBfG (nicht abschließend) aufgeführten sachlichen Gründe, kommen für Konzernversetzungsklauseln die Fälle des vorübergehenden Arbeitskräftebedarfs (Nr. 1), der Erprobung (Nr. 5) und Gründe in der Person des Arbeitnehmers (Nr. 6) in Betracht. Die Nr. 1 und 5 dürften jedoch in aller Regel als sachlicher Grund ausscheiden. Denn der erforderliche Sachgrund muss im Verhältnis zum Anstellungsunternehmen bestehen, nicht zum Unternehmen, zu dem der Arbeitnehmer versetzt werden soll. Deshalb lässt sich die **Konzernversetzungsklausel nicht auf Nr. 1** stützen, wenn der bloß vorübergehende Bedarf an der Arbeitskraft nur bei dem aufnehmenden Konzernunternehmen besteht, nicht aber beim Anstellungsunternehmen.<sup>292</sup> 80

<sup>282</sup> BAG 20.10.1999 – 7 AZR 658/98, NZA 2000, 717.

<sup>283</sup> BAG 9.7.1981 – 2 AZR 788/78, AP BGB § 620 Bedingung Nr. 4. Unbedenklich sind auflösende Bedingungen im Umkehrschluss dann, wenn sie für den Arbeitnehmer eindeutig voraussehbar und vom Willen des Arbeitgebers oder von betrieblichen Faktoren unabhängig sind, vgl. BAG 20.12.1984 – 2 AZR 3/84, AP BGB § 620 Bedingung Nr. 9.

<sup>284</sup> LAG BW 15.12.1981 – 1 Sa 39/81, AP BGB § 620 Bedingung Nr. 5.

<sup>285</sup> BAG 9.7.1981 – 2 AZR 788/78, AP BGB § 620 Bedingung Nr. 4.

<sup>286</sup> BAG 20.12.1984 – 2 AZR 3/84, AP BGB § 620 Bedingung Nr. 9.

<sup>287</sup> BAG 4.12.1991 – 7 AZR 344/90, AP BGB § 620 Bedingung Nr. 17.

<sup>288</sup> BAG 20.10.1999 – 7 AZR 658/98, NZA 2000, 717.

<sup>289</sup> StRspr, vgl. BAG 19.3.2008 – 7 AZR 1033/06, NZA-RR 2008, 570; BAG 12.6.2019 – 7 AZR 428/17, NZA 2019, 1423 Rn. 33; BAG 17.6.2020 – 7 AZR 398/18, NZA 2020, 1470 Rn. 25 ff.; APS/Backhaus TzBfG § 21 Rn. 10; Schaub ArbR–HdB/Koch § 38 Rn. 36f.; KR/Lipke TzBfG § 21 Rn. 22; ErfK/Müller-Glöge TzBfG § 21 Rn. 1 ff.

<sup>290</sup> BAG 15.2.2017 – 7 AZR 82/15, NZA-RR 2017, 398; 4.12.2002 – 7 AZR 492/01, NZA 2003, 611; KR/Lipke BGB § 620 Rn. 116; ErfK/Müller-Glöge TzBfG § 21 Rn. 3; aA APS/Backhaus TzBfG § 21 Rn. 4; Staudinger/Preis BGB § 620 Rn. 254: „strengere Anforderungen“.

<sup>291</sup> ErfK/Müller-Glöge TzBfG § 21 Rn. 3.

<sup>292</sup> Maywald Matrixstrukturen S. 65.

**Ebenso wenig dürfte der Sachgrund der Erprobung** einschlägig sein. Die Erprobung müsste im Anstellungsunternehmen erfolgen, bei deren erfolgreichem Abschluss das Arbeitsverhältnis automatisch mit dem Ziel beendet würde, den Arbeitnehmer zu einem anderen Konzernunternehmen zu versetzen. Das erscheint lebensfremd. Das andere Konzernunternehmen möchte den Arbeitnehmer gerade wegen seiner Qualifikationen länger und auch konzernweit einsetzen.<sup>293</sup>

- 81 **Unbedenklich sind Auflösungsklauseln**, wenn sie **vornehmlich den Interessen des Arbeitnehmers dienen**.<sup>294</sup> Davon geht die Rechtsprechung aus, wenn sie auf freien Wunsch des Arbeitnehmers vereinbart werden.<sup>295</sup> Hierzu müssen Tatsachen festgestellt werden, aus denen ein Interesse des Arbeitnehmers gerade an einer befristeten Beschäftigung folgt. Entscheidend ist, ob der Arbeitnehmer auch bei einem Angebot auf Abschluss eines unbefristeten Vertrags nur ein befristetes Arbeitsverhältnis vereinbart hätte.<sup>296</sup> Das kann zu bejahen sein, wenn dieser von sich aus die Klausel anbietet.<sup>297</sup> Anderenfalls muss die Klausel dem objektiven Eigeninteresse des Arbeitnehmers entsprechen.<sup>298</sup> Ein derartiges Eigeninteresse hat die Rechtsprechung in Fällen angenommen, in denen der **Arbeitnehmer zur eigenen Aus- oder Fortbildung beschäftigt** wird, bei der ihm durch die Tätigkeit zusätzliche Erfahrungen oder Kenntnisse vermittelt werden, die bei der üblichen Berufstätigkeit allenfalls als Nebeneffekt eintreten.<sup>299</sup> Versetzungsklauseln wären demnach insbesondere bei **Trainees** und anderen **Berufsanfängern** zulässig, die den Konzern durch Tätigkeit bei unterschiedlichen Unternehmen kennenlernen wollen.<sup>300</sup> Ob das allerdings auch für sonstige Arbeitnehmer gilt, die insbesondere als **Führungskräfte** umfassende Kenntnisse der Strukturen ihres Konzerns benötigen, ist zweifelhaft. Zwar kann die Versetzungsklausel bei diesem Personenkreis im wohlverstandenen Eigeninteresse der Führungskraft liegen, so etwa wenn sie sich von einer erhöhten, weil konzernweiten Mobilität ein schnelleres berufliches Fortkommen verspricht oder den Wunsch nach einer Tätigkeit bei einer ausländischen Konzerntochter bekundet hat,<sup>301</sup> in diesen Fällen hätte sie sicher auch einen Aufhebungsvertrag zur Beendigung des alten Arbeitsverhältnisses mit dem Stammunternehmen abgeschlossen. Entsprechendes hat die Rechtsprechung angenommen, wenn eine auflösende Bedingung eine Pflichtenkollision vermeiden soll, die sich daraus ergibt, dass ein Arbeitnehmer zum Geschäftsführer im selben oder in einem anderen Unternehmen bestellt wird, der Arbeitnehmer aber für den Fall abgesichert werden soll, dass sein Beschäftigungsverhältnis als Geschäftsführer endet.<sup>302</sup> Ohne derartige Anhaltspunkte kann ein überwiegendes Eigeninteresse des Arbeitnehmers aber nicht unterstellt werden. Denn auch die Führungskraft hat ein schützenswertes Interesse daran, dass ihr nicht gegen ihren Willen ein anderes Konzernunternehmen als Vertragspartner aufgezungen wird. Daran ändert der Umstand nichts, dass bereits aufgrund der nicht unerheblichen Vergütung die Erwartungen des Konzernunternehmens im Hinblick auf die Mobilität seiner Führungskräfte groß sind. Selbst wenn die Versetzungsklausel ausnahmsweise zulässig ist, sind in jedem Fall die **Schranken, die § 315 Abs. 1 BGB der Ausübung** der durch die Klausel begründeten Versetzungsbefugnis zieht, **zu beachten**. Insoweit kann auf die Ausführungen zur Abordnung verwiesen werden (→ Rn. 66 ff.).

<sup>293</sup> Maywald Matrixstrukturen S. 65.

<sup>294</sup> BAG 9.7.1981 – 2 AZR 788/78, AP BGB § 620 Nr. 4 Bedingung.

<sup>295</sup> So für die Befristung eines Arbeitsverhältnisses BAG 11.2.2015 – 7 AZR 17/13, NZA 2015, 1066.

<sup>296</sup> BAG 19.1.2005 – 7 AZR 115/04, NJOZ 2005, 3009.

<sup>297</sup> BAG 26.4.1985 – 7 AZR 316/84, AP BGB § 620 Befristeter Arbeitsvertrag Nr. 91; ErfK/Müller-Glöge § TzBfG 14 Rn. 61 zum vergleichbaren Fall der Befristungsabrede.

<sup>298</sup> BAG 26.4.1985 – 7 AZR 316/84, AP BGB § 620 Befristeter Arbeitsvertrag Nr. 91.

<sup>299</sup> BAG 18.12.1986 – 2 AZR 717/85 nv; 22.4.2009, AP TzBfG § 14 Nr. 60; 24.8.2001 – 7 AZR 368/10, AP TzBfG § 14 Nr. 85; APS/Backhaus TzBfG § 14 Rn. 215 mwN.

<sup>300</sup> Allerdings werden hier vielfach bloße Abordnungen vom Stammunternehmen ausreichen, da auch in den anderen Konzernunternehmen keine dauerhafte Beschäftigung erforderlich ist.

<sup>301</sup> Windbichler RdA 1988, 96.

<sup>302</sup> Vgl. BAG 12.6.2019 – 7 AZR 428/17 Rn 28 ff., NZA 2019, 1423.

Da die Versetzungs-(Beendigungsklausel) nicht allein der Beendigung des alten Arbeitsverhältnisses dient, sondern im Beendigungs-/Neubegründungsmodell notwendige Zwischenstufe ist, um dem Arbeitnehmer einen neuen Arbeitsplatz zu verschaffen, fragt es sich, ob der **Nachteil des Verlustes des alten Arbeitsplatzes** durch das unmittelbar mit der Beendigung des ersten Arbeitsverhältnisses verbundene Angebot eines neuen Arbeitsvertrages ohne Weiteres **kompensiert werden** kann und deshalb keine nachteilige Abweichung von kündigungrechtlichen Vorschriften vorliegt. Betrachtet man die Versetzung insgesamt, ist nämlich – anders als im Normalfall der auflösenden Bedingung – gar kein Arbeitsplatzverlust gegeben. Aus diesem Grund gehen eine Reihe von Autoren<sup>303</sup> und offensichtlich auch das BAG<sup>304</sup> von der **Wirksamkeit der Versetzungsklausel** aus.

Das **Kompensationsargument** schlägt jedoch nur, wenn es sich um funktionsgleiche Kompensationen handelt, die den Vertragspartner hinsichtlich desselben Interesses nicht wesentlich schlechter stellen,<sup>305</sup> dh wenn Vor- und Nachteil in einem offensichtlichen (inneren) sachlichen Zusammenhang stehen und deshalb miteinander verglichen werden können.<sup>306</sup>

Vor die Wahl gestellt, einen Arbeitsvertrag mit einem anderen Konzernunternehmen zu schließen oder den Arbeitsplatz gänzlich zu verlieren, ist der neue Arbeitsplatz gewiss das kleinere Übel und insoweit von „Vorteil“. Indes braucht sich der Arbeitnehmer gar nicht vor diese Wahl stellen zu lassen. Zwar vermag er der unternehmerischen Entscheidung, ihn in ein anderes Konzernunternehmen zu versetzen, nichts entgegenzuhalten. Er muss sich aber nur dann versetzen lassen, wenn betriebliche Gründe dies rechtfertigen, wenn also aufgrund der Unternehmerentscheidung die Beschäftigungsmöglichkeit im Einstellungsunternehmen entfällt, nicht aber schon dann, wenn ein anderes Konzernunternehmen die Dienste des Arbeitnehmers benötigt.<sup>307</sup> Darüber hinaus darf es kein anderes Mittel geben, die Unternehmerentscheidung umzusetzen. Kommen schließlich mehrere miteinander vergleichbare Arbeitnehmer auch für die Beschäftigung in einem anderen Konzernunternehmen in Betracht, so hat der Arbeitnehmer auch Anspruch auf eine Auswahl nach sozialen Gesichtspunkten,<sup>308</sup> damit nur derjenige versetzt wird, dem diese Versetzung unter sozialen Belangen am ehesten zuzumuten ist. Mit der Vereinbarung einer Versetzungsklausel hätte sich das Einstellungsunternehmen seiner Darlegungs- und Beweislast im Hinblick auf die soziale Rechtfertigung der Beendigung des alten Arbeitsverhältnisses bereits dadurch entledigt, dass einfach ein neuer Arbeitsvertrag angeboten würde. Der **Vorteil eines neuen Arbeitsverhältnisses kann jedoch den Verlust des alten Arbeitsverhältnisses nicht kompensieren**, da der Arbeitnehmer nicht schlechthin Dienste zu leisten verspricht, sondern nur innerhalb ein und desselben Arbeitsverhältnisses,<sup>309</sup> und ihm ohne sein Einverständnis kein neuer Vertragspartner aufgezwungen werden kann. Beendigung

<sup>303</sup> So ausdrücklich Preis Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht S. 322, der allerdings aus anderen Gründen von einer solchen Klausel abrät; s.a. Preis/Preis Vertragsgestaltung II D 30 Rn. 225 ff.; vgl. weiter Birk Leitungsmacht S. 407; Hanau ZGR 13 (1984), S. 485; Henssler Arbeitsvertrag S. 39; Martens FS 25 Jahre BAG, S. 376 f., Martens DB 1985, 2147; MHdB ArbR/Temming § 25 Rn. 22; offengelassen von Windbichler KonzernArbR S. 115.

<sup>304</sup> Vgl. BAG 14.10.1982 – 2 AZR 568/80, AP KSchG 1969 § 1 Konzern Nr. 1; 27.11.1991 – 2 AZR 255/91, AP KSchG 1969 § 1 Konzern Nr. 6; 10.1.1994 – 2 AZR 489/93, AP KSchG 1969 § 1 Konzern Nr. 8; 23.3.2006 – 2 AZR 162/05 Rn. 27, NZA 2007, 30.

<sup>305</sup> Preis, Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht, S. 320 (322); aA v. Hoyningen-Huene Die Inhaltskontrolle nach § 9 AGBG, 1991, Rn. 173: Sachzusammenhang ist nicht erforderlich.

<sup>306</sup> BGH 29.11.2002 – V ZR 105/02, NJW 2003, 888; BAG 11.4.2006 – 9 AZR 557/05, NZA 2006, 1149; 23.8.2012 – 8 AZR 804/11, NZA 2013, 268; MASIG/Maschmann Grundfragen Rn. 134.

<sup>307</sup> Dass der Arbeitgeber nach ständiger Rechtsprechung – vgl. insoweit nur BAG 24.9.2015 – 2 AZR 562/14, NZA 2016, 366 – vor Ausspruch einer Beendigungskündigung dem Arbeitnehmer eine anderweitige Beschäftigungsmöglichkeit anzubieten hat, hat keine Bedeutung für die Frage, ob der Arbeitnehmer dieses Angebot anzunehmen hat, wenn die Beschäftigungsmöglichkeit im Einstellungsbetrieb gar nicht entfallen ist.

<sup>308</sup> AA BAG 30.11.2016 – 10 AZR 11/16, NZA 2017, 1394 Rn. 31, allerdings ohne jede Begründung.

<sup>309</sup> Birk Leitungsmacht S. 407; Windbichler KonzernArbR S. 77 (151 f.).

des alten und Begründung des neuen Arbeitsverhältnisses stehen deshalb nicht in einem untrennbaren inneren Zusammenhang, auch wenn die Beendigungsregelung ohne die Neubegründungsabrede sinnlos wäre. Weder ist der Arbeitnehmer zur Annahme des Angebots auf Abschluss eines neuen Arbeitsvertrags verpflichtet, noch ist davon auszugehen, dass der Arbeitnehmer bereits im Voraus auf die Geltendmachung der sozialen Rechtfertigung einer Beendigungskündigung verzichtet habe, wenn ihm ein neuer Arbeitsplatz präsentiert würde.<sup>310</sup> Auf der Grundlage der **Versetzungsklausel** kann deshalb im **Beendigungs-/Neubegründungsmodell kein dauerhafter konzerninterner Arbeitgeberwechsel** erfolgen.<sup>311</sup>

**85 dd) Konzernversetzungsklausel im Vertragsübernahme-Modell. (1) Konstruktion der Vertragsübernahme.** Der mit der Versetzung zu einem anderen Konzernunternehmen verbundene konzerninterne Arbeitgeberwechsel kann auch im Wege der Vertragsübernahme überfolgen. Die Vertragsübernahme ist im BGB nicht als eigenständiges Rechtsinstitut ausgestaltet worden, gleichwohl wird sie von der ganz hM anerkannt.<sup>312</sup> Ursache für das Schweigen des Gesetzes ist, dass früher das gesamte Schuldverhältnis nur als die Summe der einen Partei gegenüber der anderen zustehenden Einzelforderungen angesehen wurde, die Übernahme eines Vertrages also nur durch eine Addition von Forderungsabtretung und Schuldübernahme erfolgen konnte (sogenannte **Zerlegungstheorie**).<sup>313</sup> Erst in neuerer Zeit konnte sich die Überzeugung Bahn brechen, das Schuldverhältnis als ein Gefüge von Rechten, Rechtslagen und Pflichten anzusehen, das im ganzen unu actu zu übertragen ist.<sup>314</sup> Insoweit ist die **Vertragsübernahme ein Rechtsgeschäft eigener Art**,<sup>315</sup> bei dem der **austretende, eintretende und verbleibende Vertragspartner** zu beteiligen sind, da niemandem einseitig ein neuer Vertragspartner aufgezwungen werden kann.<sup>316</sup>

**86** Der mit der konzerndimensionalen Versetzung verbundene Parteiwechsel durch Vertragsübernahme kann auf **zweierlei Weise** erfolgen: Entweder als **dreiseitiger Vertrag** zwischen den beiden Konzernunternehmen und dem Arbeitnehmer, dessen Arbeitsverhältnis übergehen soll, oder aber als **Übernahmevertrag** zwischen altem und neuem Arbeitgeber und der **Zustimmung** des Arbeitnehmers.<sup>317</sup> Die Zulässigkeit der Versetzungsklausel im Vertragsübernahme-Modell ist für beide Formen der Vertragsübernahme getrennt zu beurteilen.

<sup>310</sup> Das übersieht Hanau ZGR 13 (1984), S. 485, wenn er das Beendigungs-/Neubegründungsmodell mit der Situation, die bei § 613a BGB besteht, vergleicht und der Ansicht ist, das vorherige Einverständnis mit der konzerndimensionalen Versetzung trage dem vom KSchG intendierten Bestandsschutz hinreichend Rechnung. Denn aus der Klausel ergibt sich das Einverständnis nur dann, wenn es objektiv den Interessen des Arbeitnehmers dient.

<sup>311</sup> So zu Recht MHdB ArbR/Blomeyer, 2. Aufl. 2000, § 46 Rn. 81; v. Hoyningen-Huene/Boemke Versetzung S. 218; Maschmann RdA 1996, 24 (39); Maywald Matrixstrukturen S. 67.

<sup>312</sup> BGH 20.6.1985 – IX ZR 173/84, NJW 1985, 2528; 11.5.2012 – V ZR 237/11, NJW 2012, 2354, BGH, 30.1.2013 – XII ZR 38/12, NJW 2013, 1083; Dörmer Dynamische Relativität S. 187 ff.; Esser/Schmidt § 37 IV 2a; Ficker AcP 165, 32; Grüneberg/Grüneberg BGB § 398 Rn. 41.

<sup>313</sup> So noch BGH 10.11.1960 – VIII ZR 167/59, NJW 1961, 453 (454).

<sup>314</sup> BGH 20.6.1985 – IX ZR 173/84, BGHZ 95, 88 (94 ff.); BAG 24.10.1972 – 3 AZR 102/72, AP HGB § 74 Nr. 31; J. Blomeyer, Anm. zu BAG AP ZPO § 282 Nr. 2; Brecher FS Schmitt-Rimpler, 1957, S. 189 ff.; Coester MDR 1974, 803; Grüneberg/Grüneberg BGB § 398 Rn. 42; Hueck/Nipperdey ArbR I § 54 III; Larenz Schuldrecht I § 35 III; Nikisch Arbeitsrecht I § 46 I 3; ausführlich zur dogmatischen Entwicklung Pieper Vertragsübernahme S. 33 ff.

<sup>315</sup> Windbichler KonzernArbR S. 96, Fn. 155. In §§ 566, 613a und 1251 Abs. 2 hat das BGB Fälle des gesetzlichen Übergangs eines Schuldverhältnisses geregelt. Wenn aber Schuldverhältnisse mit allen darin beschlossenen Rechten und Pflichten von Gesetzes wegen auf eine andere Person übergehen, so muss der gleiche Erfolg auch durch Rechtsgeschäft erzielbar sein, vgl. Larenz Schuldrecht I § 35 III mwN.

<sup>316</sup> Larenz Schuldrecht I § 35 III; Nikisch Arbeitsrecht I S. 540, Anm. 7; Nörr/Scheyhing Sukzessionen § 19 I 1; Pieper Vertragsübernahme S. 193.

<sup>317</sup> Windbichler KonzernArbR S. 96; allgemein zu den Formen des Übernahmevertrages Larenz Schuldrecht I § 35 III; Nörr/Scheyhing Sukzessionen § 19 I 1.

**(2) Dreiseitiger Vertrag.** Für das Zustandekommen des dreiseitigen Übernahmevertrages ist nicht erforderlich, dass sich die **Parteien gleichzeitig erklären**, er kann auch **zeitlich gestreckt erfolgen**, etwa indem sich zunächst die beiden Konzernunternehmen verständigen und erst im Anschluss daran eine vertragliche Vereinbarung zwischen dem neuen Arbeitgeber und dem Arbeitnehmer herbeigeführt wird.<sup>318</sup> Letzteres dürfte der Regelfall sein. Soweit keine besonderen Formvorschriften bestehen,<sup>319</sup> kann diese Vereinbarung **auch konkludent** erfolgen; freilich kann man im **widerspruchslosen Weiterarbeiten** des Arbeitnehmers, wie auch sonst, nur dann das Einverständnis des Arbeitnehmers mit der Vertragsänderung erblicken, wenn sich die **Änderungen unmittelbar und sogleich** im Arbeitsverhältnis **auswirken**.<sup>320</sup>

Häufig wird angenommen, dass der Arbeitnehmer seine für das Zustandekommen des dreiseitigen Vertrages erforderliche **Willenserklärung bereits in dem Zeitpunkt** wirksam abgeben kann, zu dem er den **Arbeitsvertrag mit dem ersten Konzernarbeitgeber schließt**.<sup>321</sup> Dadurch könnte ein „**konzerndimensionales Arbeitsverhältnis**“<sup>322</sup> begründet werden. Dieser Ansicht stehen jedoch erhebliche Bedenken entgegen. Zum einen entspricht die lange und letzten Endes vollkommen ungewisse Dauer, während der der Arbeitnehmer an sein Angebot zum Abschluss eines dreiseitigen Übernahmevertrages gebunden ist, nicht dem Regelmodell der §§ 147 ff. BGB. Dieses ist ersichtlich darauf gerichtet, Klarheit über die Länge der Bindungsfrist herbeizuführen, indem entweder den Parteien gestattet wird, eine Frist zu bestimmen (§ 148 BGB), oder indem darauf abgestellt wird, wie lange der Antragende den Eingang der Annahmeerklärung unter regelmäßigen Umständen erwarten darf. Zu einer Fristbestimmung gehört stets eine klare Bestimmung ihres Endpunktes. Ein solcher kann jedoch bei der Konstruktion eines konzerndimensionalen Arbeitsverhältnisses gerade nicht angegeben werden. Denn beim Abschluss des Arbeitsvertrages steht noch nicht fest, ob der Arbeitnehmer überhaupt zu einem anderen Konzernunternehmen wechselt. Zum anderen ist das Angebot im Regelfall an eine bestimmte Person zu richten. Zwar kennt die Rechtsordnung auch ein Angebot ad incertas personas;<sup>323</sup> dies setzt jedoch den Willen des Antragenden voraus, sogleich in einer Weise gebunden zu sein, dass es nur noch der Annahmeerklärung bedarf, um die gewollte Rechtsfolge herbeizuführen. Dieser Wille kann bei einem Arbeitnehmer, der einen Arbeitsvertrag mit einem im Konzernverbund stehenden Arbeitgeber schließt, nicht ohne weiteres angenommen werden.<sup>324</sup> Zwar ist der Kreis der möglichen neuen Vertragspartner für den Arbeitnehmer insofern überschaubar, als es sich lediglich um ein anderes Konzernunternehmen handeln kann.<sup>325</sup> Das kann für sich genommen noch nicht ausreichend sein, denn der Arbeitnehmer kann aus den verschiedensten Gründen Bedenken gegen seine Beschäftigung bei einem anderen Konzernunternehmen haben, und in diesem Fall muss ihm unbenommen bleiben, seine im Voraus erteilte Erklärung rückgängig zu machen.

**(3) Übernahmevertrag zwischen den Konzernunternehmen und Zustimmung des Arbeitnehmers.** Wenn man die zwischen altem und neuem Arbeitgeber abgeschlossene

<sup>318</sup> Nörr/Scheyhing Sukzessionen § 19 I 1, 2.

<sup>319</sup> Denkbar wären allenfalls tarifliche Bestimmungen; diese betreffen regelmäßig aber die Änderung des Vertragsinhalts, nicht aber Fragen des rechtsgeschäftlichen Parteiwechsels; zu Schriftformklauseln bereits oben Anm.

<sup>320</sup> BAG 25.11.2009 – 10 AZR 779/08, NZA 2010, 283 Rn. 27; 10.12.2014, 4 AZR 991/12, AP TVG § 1 Bezugnahme auf Tarifvertrag Nr. 127 Rn. 17.

<sup>321</sup> Nörr/Scheyhing Sukzessionen § 19 I 1, 2; Windbichler KonzernArbR S. 97. Davon ist ersichtlich auch der Gesetzgeber ausgegangen, wenn er in § 309 Nr. 10 BGB das in AGB erklärte Einverständnis mit dem Wechsel eines Vertragspartners nicht schlechthin verbietet, sondern nur unter bestimmte Kautelen zwingt.

<sup>322</sup> Martens FS 25 Jahre BAG, S. 367 f.; in ähnliche Richtung Braun/Wisskirchen KonzernArbR/Fedder/Braner Teil I Abschn. 3 Rn. 59; Lingemann/v. Steinau-Steinrück DB 1999, 2161 (2162).

<sup>323</sup> Grüneberg/Ellenberger BGB § 145 Rn. 7; Wolf/Neuner BGB AT § 37 Rn. 10.

<sup>324</sup> Pieper Vertragsübernahme S. 201 f.

<sup>325</sup> Windbichler KonzernArbR S. 96.

Vereinbarung der Vertragsübernahme als **Verfügung über die Rechtsstellung des Arbeitnehmers**, insbesondere über die Rechte gegen den ausscheidenden Arbeitgeber befreit,<sup>326</sup> liegt darin ein Eingriff in die Rechtssphäre der verbleibenden Vertragspartei, der nicht ohne Weiteres in der Rechtsmacht der anderen liegt. Da aus- und eintretende Parteien insoweit als **Nichtberechtigte** verfügen, ist **§ 185 BGB unmittelbar anwendbar**. Die Rechtswirksamkeit der Verfügung **hängt demnach von der Zustimmung** des Berechtigten, dh des Arbeitnehmers als der verbleibenden Partei ab. Sie kann im Voraus als **Einwilligung (§ 185 Abs. 1 BGB)** oder im Nachhinein als **Genehmigung** erteilt werden (**§ 185 Abs. 2 BGB**).<sup>327</sup> Die Genehmigung des Übernahmevertrages durch den Arbeitnehmer, die auch konkludent erteilt werden kann,<sup>328</sup> wirft beim konzerninternen Arbeitgeberwechsel keine besonderen Probleme auf.<sup>329</sup> Hier hat es der Arbeitnehmer unmittelbar selbst in der Hand, den Übergang seines Vertragsverhältnisses auf das neue Konzernunternehmen zustande kommen oder scheitern zu lassen. Eine andere Frage ist, ob der Arbeitnehmer zur Erteilung einer Genehmigung verpflichtet ist. Da eine solche Verpflichtung vor allem aus einer vertraglichen Vereinbarung herrühren kann,<sup>330</sup> wird wiederum die Frage nach der Zulässigkeit und den Grenzen der Konzernversetzungsklausel berührt.

- 90 In der Versetzungsklausel könnte die bereits zur Zeit des Abschlusses des Arbeitsvertrages mit dem Einstellungsunternehmen erteilte Einwilligung des Arbeitnehmers in einen erst später erfolgenden Vertragsübergang zu sehen sein. Auf den ersten Blick scheint das berechnete Interesse des Arbeitnehmers, nicht ohne oder gegen seinen Willen einseitig einen neuen Vertragspartner aufgezwungen zu erhalten, ausreichend geschützt. Die bereits mit Abschluss des Arbeitsvertrages erklärte **Einwilligung** ist nämlich nach § 183 S. 1 HS 1 BGB bis zur tatsächlichen Vornahme des Arbeitgeberwechsels **frei widerruflich**.<sup>331</sup> Die Parteien können jedoch nach § 183 S. 1 HS 2 BGB etwas anderes vereinbaren. Das kann ausdrücklich geschehen. Die **Unwiderruflichkeit der Einwilligung** kann sich aber auch aus dem Zweck des zugrundeliegenden Rechtsgeschäfts ergeben.<sup>332</sup> Einen stillschweigenden Ausschluss des Widerrufsrechts wird man allgemein anzunehmen haben, wenn die Einwilligung im Interesse der die Einwilligung benötigende(n) Partei(en) liegt und dieser nicht überwiegende Interessen des Einwilligenden entgegenstehen.<sup>333</sup> Wenn sich das Einstellungsunternehmen vom Arbeitnehmer schon zum Abschluss des Arbeitsvertrages die Einwilligung zu einem späteren Vertragsübergang auf ein anderes Konzernunternehmen erteilen lässt, so macht das für dieses aber nur Sinn, wenn es auf diese Einwilligung ohne weiteres zurückkommen kann, falls ein konzerninterner Arbeitgeberwechsel nötig werden sollte. Es will gerade nicht dadurch an einer konzerninternen Versetzung gehindert sein, dass der Arbeitnehmer dieser Versetzung doch noch widerspricht, dh rechtstechnisch gesehen seine bereits erteilte Einwilligung widerruft, und hat mithin ein praktisches Interesse an einer unwiderruflich erteilten Einwilligung. Diese zu vereinbaren, ist aber nur zulässig, wenn nicht überwiegende Interessen des Arbeitnehmers entgegenstehen. Von den erwähnten Ausnahmen abgesehen hat der Arbeitnehmer jedoch ein durch die zwingenden Kündigungsvorschriften anerkanntes, überwiegendes Interesse am Bestand seines konkreten, identischen Arbeitsverhältnisses mit ein und demselben Arbeitgeber. Deshalb kann der

<sup>326</sup> Pieper Vertragsübernahme S. 194 ff. 202; ähnlich BGH 20.6.1985 – IX ZR 173/84, NJW 1985, 2528 (2529 ff.).

<sup>327</sup> Dazu BGH 20.6.1985 – IX ZR 173/84, NJW 1985, 2528 (2530) mwN.

<sup>328</sup> Nörr/Scheyhing Sukzessionen § 19 I 3.

<sup>329</sup> Fraglich könnte allenfalls sein, ob der Arbeitnehmer seine Genehmigung von einer Bedingung abhängig machen kann, bejahend Nörr/Scheyhing Sukzessionen § 19 III.

<sup>330</sup> Zu weiteren, hier allerdings nicht einschlägigen Verpflichtungsgründen, Nörr/Scheyhing Sukzessionen § 19 I 3.

<sup>331</sup> Windbichler KonzernArbR S. 97.

<sup>332</sup> Grüneberg/Ellenberger BGB § 183 Rn. 2.

<sup>333</sup> BGH 13.12.1990 – III ZR 333/89, NJW-RR 1991, 439, zum ähnlich gelagerten Problem der Widerrufbarkeit einer erteilten Vollmacht.