

# Matrixorganisationen

Gesellschaftsrecht, Arbeitsrecht, Datenschutz

Bearbeitet von

Herausgegeben von Prof. Dr. Frank Maschmann, und Dr. Hans-Joachim Fritz, Rechtsanwalt, Fachanwalt für Arbeitsrecht, Fachanwalt für Handels- und Gesellschaftsrecht, Bearbeitet von Dr. Veronika Berger, Hanno Hinzmann, Constance Karwatzki, Prof. Dr. Christian Reiter, Sven Spieler, Prof. Dr. Thomas Steger, und Dr. Thomas Winter

1. Auflage 2019. Buch. LXI, 529 S. In Leinen

ISBN 978 3 406 72537 1

Format (B x L): 16,0 x 24,0 cm

[Recht > Arbeitsrecht > Arbeitsvertrag, Kündigungsschutz, Mutterschutz, Personalwesen](#)

Zu [Inhalts-](#) und [Sachverzeichnis](#)

schnell und portofrei erhältlich bei

  
DIE FACHBUCHHANDLUNG

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](http://beck-shop.de) ist spezialisiert auf Fachbücher, insbesondere Recht, Steuern und Wirtschaft. Im Sortiment finden Sie alle Medien (Bücher, Zeitschriften, CDs, eBooks, etc.) aller Verlage. Ergänzt wird das Programm durch Services wie Neuerscheinungsdienst oder Zusammenstellungen von Büchern zu Sonderpreisen. Der Shop führt mehr als 8 Millionen Produkte.

Sozialauswahl **nur solche Arbeitnehmer in Betracht**, die nicht nur auf ihren innegehabten Arbeitsplätzen gegeneinander austauschbar sind, sondern **auch für die Tätigkeit, die im anderen Konzernunternehmen verlangt wird, wenigstens annähernd gleich geeignet sind**.<sup>239</sup> Wenn daher aus betrieblichen Gründen nur eine bestimmte Person für die Tätigkeit im anderen Konzernunternehmen in Frage kommt, kann die Abordnung auch dann noch billigem Ermessen entsprechen, wenn der Arbeitnehmer zugunsten seines Verbleibs gewichtige soziale Belange geltend macht.<sup>240</sup>

#### d) Versetzung in ein anderes Unternehmen

**aa) Rechtliche Konstruktion des vertraglich vorbehaltenen konzerninternen Arbeitgeberwechsels.** Soll ein Arbeitnehmer nicht nur vorübergehend, sondern dauerhaft von einem anderen Konzernunternehmen beschäftigt werden, kommt es zu einem konzerninternen Arbeitgeberwechsel, wenn die **vertragliche Verbindung zum Einstellungsunternehmen vollkommen gelöst** und **eine neue mit dem anderen Konzernunternehmen begründet wird**. Diesen kann das Einstellungsunternehmen nicht einseitig kraft seines allgemeinen Direktionsrechts anordnen. Denn im Arbeitsvertrag erkennt der Arbeitnehmer nur das Einstellungsunternehmen als seinen Vertragspartner an. Nur ihm bietet er eine bestimmte Dienstleistung an, nicht aber einem beliebigen Konzernunternehmen.<sup>241</sup> Auch die **Konzernleitungsmacht** der Konzernobergesellschaft gibt dieser kein arbeitsrechtliches Weisungsrecht gegenüber den Arbeitnehmern konzernabhängiger Unternehmen, das eine Versetzung rechtfertigen könnte, da keine arbeitsrechtlichen Beziehungen zwischen der herrschenden Konzernobergesellschaft und den abhängigen Konzerngesellschaften bestehen.<sup>242</sup>

Ob anderes gilt, wenn im Arbeitsvertrag mit dem Einstellungsunternehmen eine **konzernweite Versetzungsklausel** vereinbart wurde, lässt sich nur beurteilen, wenn zuvor der Frage nachgegangen wird, auf welche Weise der nachträgliche Wechsel einer Vertragspartei erfolgen kann. Zwei Wege sind denkbar.<sup>243</sup> Zum einen kommt die Beendigung des bestehenden und die anschließende Begründung eines neuen Arbeitsverhältnisses mit einem anderen Arbeitgeber im Konzern (**Beendigungs-/Neubegründungs-Lösung**) in Betracht, zum anderen die rechtsgeschäftliche Auswechslung einer Vertragspartei (**Vertragsübernahme**).<sup>244</sup>

Welche Gestaltung im konkreten Fall gewählt wird, ist Sache der Parteien.<sup>245</sup> Da sich diese regelmäßig über rechtstechnische Details nicht ausdrücklich erklären, muss die gewählte Gestaltungsform jeweils einzelfallbezogen im Wege der Auslegung ermittelt werden.<sup>246</sup> Maßgebliche Bedeutung kommt den für die Beteiligten erkennbaren Begleitum-

<sup>239</sup> BAG 13. 6. 1986 – 7 AZR 623/84, NZA 1987, 155; 18. 1. 2007 – 2 AZR 796/05, NZA 2008, 1208.

<sup>240</sup> V. Hoyningen-Huene/Boemke Versetzung S. 98. Dies entspricht auch dem Wertungsmodell des § 1 Abs. 3 S. 2 KSchG.

<sup>241</sup> LAG Hamm 11. 12. 2008 – 11 Sa 817/08, BeckRS 2009 53973; LAG Hamm 3. 5. 2013 – 18 Sa 44/13, BeckRS 2013, 72472; *Abbrecht* BB 1988, 758; *Birk* Leitungsmacht S. 407; Braun/Wisskirchen/*Fedder/Branner* Konzernarbeitsrecht Teil I Abschn. 3 Rn. 41; *Henssler* Arbeitsvertrag S. 41; *Maschmann* RdA 1996, 24 (32); *Maywald* Matrixstrukturen S. 59; v. Hoyningen-Huene/Boemke Versetzung S. 216; *Preis/Preis* Vertragsgestaltung II D 30 Rn. 212; MünchArbR/*Richardi* § 23 Rn. 20, 23; *Windbichler* Konzernarbeitsrecht S. 95.

<sup>242</sup> So bereits *Kronstein* Die abhängige juristische Person (1931, Neudruck 1973), S. 135; vgl. auch *Karamarias* RdA 1983, 353 (357); *Konzen* RdA 1984, 85; *Martens* FS 25 Jahre BAG, S. 371 (373); MünchArbR/*Richardi* § 23 Rn. 24; *Zöllner* ZfA 1983, 93 (100). Die Konzerndirektiven der Obergesellschaft richten sich nur an die Führungsorgane der abhängigen Gesellschaften; nur diese haben die Möglichkeit, die Konzerndirektiven in an die Arbeitnehmer adressierte arbeitsvertragliche Weisungen umzusetzen.

<sup>243</sup> Zu einem (praktisch kaum relevanten) dritten Weg – dem „Vertragsbeitrittsmodell“ – *Maywald* Matrixstrukturen S. 72 ff.; *Windbichler* Konzernarbeitsrecht S. 71 f.

<sup>244</sup> *Maschmann*, RdA 1996, 24 (36); *Maywald* Matrixstrukturen S. 62 ff.; *Windbichler* RdA 1988, 95 (96); *Windbichler* Arbeitsrecht im Konzern S. 95 ff.

<sup>245</sup> *Nörr/Scheyhing* Sukzessionen § 17 I; *Pieper* Vertragsübernahme S. 124.

<sup>246</sup> Zur Beweislast BAG 1. 2. 1971 – 3 AZR 7/70, AP ZPO § 282 Nr. 2.

ständen der Versetzung zu, insbesondere der Vorgeschichte des Wechsels, dem damit verfolgten Zweck, der bestehenden und für alle offenkundigen Interessenlage sowie der Verkehrsanschauung.<sup>247</sup> Wollen die Parteien bei sonst unveränderten Vertragsbedingungen **lediglich eine Partei auswechseln**, ist regelmäßig von einer **Vertragsübernahme** auszugehen, denn diese lässt die bestehenden Vertragsbedingungen unberührt.<sup>248</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>249</sup> Das BAG will im Anschluss an *Pieper* eine Vertragsübernahme nur dann annehmen, wenn die Identität des Arbeitsverhältnisses erhalten bleibt.<sup>250</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>251</sup>

- 72 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>252</sup> Bei *Preis*<sup>253</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. (...)“

- 73** Die Frage, ob derartige **Versetzungsklauseln zulässig** sind, wurde bislang eher kursorisch behandelt. Das **BAG** geht ohne weitere Begründung offenbar von der Wirksamkeit solcher Klauseln aus,<sup>254</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 bestimm-

<sup>247</sup> *Pieper* Vertragsübernahme S. 124; *Windbichler* Konzernarbeitsrecht S. 96.

<sup>248</sup> LAG Hamm 3. 5. 2013 – 18 Sa 44/13, BeckRS 2013, 72472 unter II 1 b der Gründe.

<sup>249</sup> *Nörr/Scheyhing* Sukzessionen § 17 II; *Pieper* Vertragsübernahme S. 118.

<sup>250</sup> BAG 24. 10. 1972 – 3 AZR 102/72, AP HGB § 74 Nr. 31.

<sup>251</sup> *Nörr/Scheyhing* Sukzessionen § 17 II.

<sup>252</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* Konzernarbeitsrecht S. 114.

<sup>253</sup> *Preis/Preis* Vertragsgestaltung II D 30 vor Rn. 225.

<sup>254</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.

ten Bedingungen für zulässig.<sup>255</sup> In der Literatur sind die Meinungen geteilt. Während die einen Versetzungsklauseln ohne Weiteres für zulässig halten,<sup>256</sup> lehnen andere derartige Klauseln kategorisch ab.<sup>257</sup>

Eine **differenzierte Betrachtung** muss bei den beiden konstruktiv möglichen Wegen **74** eines konzerninternen Arbeitgeberwechsels ansetzen.<sup>258</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.

**cc) Konzernversetzungsklausel im Beendigungs-/Neubegründungsmodell.** Die **75** Konzernversetzungsklausel muss zugleich Beendigungs- und Neubegründungstatbestand enthalten. Da das Angebot auf Abschluss eines Arbeitsvertrages mit einem neuen Konzernunternehmen im Wesentlichen unproblematisch ist,<sup>259</sup> soll im Folgenden **nur der Frage der Beendigung des alten Arbeitsverhältnisses** nachgegangen werden.

(1) Im Hinblick auf die zunächst erforderliche Beendigung des Arbeitsverhältnisses mit dem ersten Konzernarbeitgeber kann die Klausel deklaratorischen oder konstitutiven Inhalt aufweisen.<sup>260</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>261</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.

(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>262</sup> wird nur die Zulässigkeit des **auflösend bedingten Arbeitsvertrags** behandelt.

<sup>255</sup> LAG Hamm 3.5.2013 – 18 Sa 44/13, BeckRS 2013, 72472.

<sup>256</sup> *Birk* Leitungsmacht S. 407; *Birk* ZGR 13 (1984), S. 67; Braun/Wisskirchen/Fedder/Braner Konzernarbeitsrecht Teil I Abschn. 3 Rn. 59; *Hanau* ZGR 13 (1984), S. 485; *Karamarias* RdA 1983, 358f.; *Konzen* RdA 1984, 73; *Lingemann/v. Steinau-Steinrück* DB 1999, 2161 (2162); *Martens* DB 1985, 2147; *Preis* Grundfragen der Vertragsgestaltung im Arbeitsrecht S. 322; *MünchArbR/Richardi* § 23 Rn. 20, 25; *Rüthers/Bakker* ZfA 1990, 245 (260); *MünchArbR/Schüren* § 319 Rn. 4.

<sup>257</sup> *Abbrent* BB 1988, 758; *HK-ArbR/Becker* GewO § 106 Rn. 18; *Hümmerich* NZA 2003, 753 (758); *MHdB ArbR/Blomeyer* (2. Aufl.) § 46 Rn. 81; *DBD/Bonin* BGB § 307 Rn. 192a; v. *Hoyningen-Huene/Boemke* Versetzung S. 218; *Hromadka* NZA 2012, 233 (238); *Schaub ArbR-HdB/Linck* § 45 Rn. 61; *MaSiG/Tödtmann/Kaluza* C 420 Rn. 21; *Zundel* NJW 2006, 1237 (1238); abratend *Preis/Preis* Vertragsgestaltung II D 30 Rn. 225 ff.

<sup>258</sup> *Maschmann* RdA 1996, 24 (36 ff.); *Maywald* Matrixstrukturen S. 62 ff.

<sup>259</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* Konzernarbeitsrecht S. 77.

<sup>260</sup> *Windbichler* Konzernarbeitsrecht S. 114.

<sup>261</sup> Davon ist auch auszugehen, wenn nach der Klausel die Versetzung nur mit dem Einverständnis des Arbeitnehmers erfolgen soll.

<sup>262</sup> BAG 5.12.1985 – 2 AZR 61/85, AP BGB § 620 Bedingung Nr. 10; *Felix* NZA 1994, 1115.

- 78 (3) An sich kann ein Arbeitsvertrag wie jeder andere Vertrag unter einer auflösenden Bedingung iSd § 158 Abs. 2 BGB abgeschlossen werden.<sup>263</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 das Arbeitsverhältnis ohne Weiteres mit Eintritt einer Bedingung endet.<sup>264</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>265</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>266</sup> oder einer Befristung eines Arbeitsvertrages<sup>267</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>268</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>269</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>270</sup>
- 79 **Unter Geltung des TzBfG** bedarf jeder auflösend bedingte Arbeitsvertrag eines sachlichen Grundes, und zwar selbst dann, wenn keine Umgehung des Kündigungsschutzrechts droht.<sup>271</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>272</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>273</sup>
- 80 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

<sup>263</sup> BAG 19.12.1974 – 2 AZR 565/73, AP BGB § 620 Bedingung Nr. 3.

<sup>264</sup> BAG 20.10.1999 – 7 AZR 658/98, NZA 2000, 717.

<sup>265</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>266</sup> LAG BW 15.12.1981 – 1 Sa 39/81, AP BGB § 620 Bedingung Nr. 5.

<sup>267</sup> BAG 9.7.1981 – 2 AZR 788/78, AP BGB § 620 Bedingung Nr. 4.

<sup>268</sup> BAG 20.12.1984 – 2 AZR 3/84, AP BGB § 620 Bedingung Nr. 9.

<sup>269</sup> BAG 4.12.1991 – 7 AZR 344/90, AP BGB § 620 Bedingung Nr. 17.

<sup>270</sup> BAG 20.10.1999 – 7 AZR 658/98, NZA 2000, 717.

<sup>271</sup> StRspr, vgl. BAG 19.3.2008 – 7 AZR 1033/06, NZA-RR 2008, 570; APS/Backhaus TzBfG § 21 Rn. 9; Schaub ArbR-HdB/Koch § 38 Rn. 36f.; KR/Lipke TzBfG § 21 Rn. 21; ErfK/Müller-Glöge TzBfG § 21 Rn. 1ff.

<sup>272</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. 114; ErfK/Müller-Glöge TzBfG § 21 Rn. 3; aA APS/Backhaus TzBfG § 21 Rn. 5; Staudinger/Preis BGB § 620 Rn. 254: „strengere Anforderungen“.

<sup>273</sup> ErfK/Müller-Glöge TzBfG § 21 Rn. 3.

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>274</sup> **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>275</sup>

**Unbedenklich sind Auflöschungsklauseln**, wenn sie **vornehmlich den Interessen des Arbeitnehmers dienen**.<sup>276</sup> Davon geht die Rechtsprechung aus, wenn sie auf freien Wunsch des Arbeitnehmers vereinbart werden.<sup>277</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>278</sup> Das kann zu bejahen sein, wenn dieser von sich aus die Klausel anbietet.<sup>279</sup> Anderenfalls muss die Klausel dem objektiven Eigeninteresse des Arbeitnehmers entsprechen.<sup>280</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>281</sup> Versetzungsklauseln wären demnach insbesondere bei **Trainees** und anderen **Berufsanfängern** zulässig, die den Konzern durch Tätigkeit bei unterschiedlichen Unternehmen kennenlernen wollen.<sup>282</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>283</sup> in diesen Fällen hätte sie sicher auch einen Aufhebungsvertrag zur Beendigung des alten Arbeitsverhältnisses mit dem Stammunternehmen abgeschlossen. 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 aufgezwungen 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>274</sup> Maywald Matrixstrukturen S. 65.

<sup>275</sup> Maywald Matrixstrukturen S. 65.

<sup>276</sup> BAG 9.7.1981 – 2 AZR 788/78, AP BGB § 620 Nr. 4 Bedingung.

<sup>277</sup> So für die Befristung eines Arbeitsverhältnisses BAG 11.2.2015 – 7 AZR 17/13, NZA 2015, 1066.

<sup>278</sup> BAG 19.1.2005 – 7 AZR 115/04, NJOZ 2005, 3009.

<sup>279</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>280</sup> BAG 26.4.1985 – 7 AZR 316/84, AP BGB § 620 Befristeter Arbeitsvertrag Nr. 91.

<sup>281</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. 146 mwN.

<sup>282</sup> Allerdings werden hier vielfach bloße Abordnungen vom Stammunternehmen ausreichen, da auch in den anderen Konzernunternehmen keine dauerhafte Beschäftigung erforderlich ist.

<sup>283</sup> Windbichler RdA 1988, 96.

- 82 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 kündigungsrechtlichen 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>284</sup> und offensichtlich auch das BAG<sup>285</sup> von der **Wirksamkeit der Versetzungsklausel** aus.
- 83 Das **Kompensationsargument** verschlägt jedoch nur, wenn es sich um funktionsgleiche Kompensationen handelt, die den Vertragspartner hinsichtlich desselben Interesses nicht wesentlich schlechter stellen,<sup>286</sup> dh wenn Vor- und Nachteil in einem offensichtlichen (inneren) sachlichen Zusammenhang stehen und deshalb miteinander verglichen werden können.<sup>287</sup>
- 84 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>288</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, 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>289</sup> und ihm ohne sein Einverständnis kein neuer Vertragspartner aufgezwungen werden kann. Beendigung des alten und Begründung des neuen Arbeitsverhältnisses stehen deshalb

<sup>284</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/*Richardt* § 23 Rn. 21 ff.; offengelassen von *Windbichler* Konzernarbeitsrecht S. 115.

<sup>285</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>286</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>287</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>288</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>289</sup> *Birk* Leitungsmacht S. 407; *Windbichler* Konzernarbeitsrecht S. 77 (151 f.).

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>290</sup> Auf der Grundlage der **Versetzungsklausel** kann deshalb im **Beendigungs-/Neubegründungsmodell kein dauerhafter konzerninterner Arbeitgeberwechsel** erfolgen.<sup>291</sup>

**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>292</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>293</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 *un actu* zu übertragen ist.<sup>294</sup> Insoweit ist die **Vertragsübernahme ein Rechtsgeschäft eigener Art**,<sup>295</sup> bei dem der **austretende, eintretende und verbleibende Vertragspartner** zu beteiligen sind, da niemandem einseitig ein neuer Vertragspartner aufgezwungen werden kann.<sup>296</sup>

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>297</sup> Die Zulässigkeit der Versetzungsklausel im Vertragsübernahme-Modell ist für beide Formen der Vertragsübernahme getrennt zu beurteilen.

<sup>290</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>291</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>292</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; *Dörner* Dynamische Relativität S. 187 ff.; *Esser/Schmidt* § 37 IV 2a; *Ficker AcP* 165, 32; *Palandt/Grüneberg* BGB § 398 Rn. 41.

<sup>293</sup> So noch BGH 10.11.1960 – VIII ZR 167/59, NJW 1961, 453 (454).

<sup>294</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; *Palandt/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>295</sup> *Windbichler* Konzernarbeitsrecht 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>296</sup> *Larenz* Schuldrecht I § 35 III; *Nikisch* Arbeitsrecht I S. 540, Anm. 7; *Nörr/Scheyhing* Sukzessionen § 19 I 1; *Pieper* Vertragsübernahme S. 193.

<sup>297</sup> *Windbichler* Konzernarbeitsrecht S. 96; allgemein zu den Formen des Übernahmevertrages *Larenz* Schuldrecht I § 35 III; *Nörr/Scheyhing* Sukzessionen § 19 I 1.



- 87 (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>298</sup> Letzteres dürfte der Regelfall sein. Soweit keine besonderen Formvorschriften bestehen,<sup>299</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>300</sup>
- 88 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>301</sup> Dadurch könnte ein „**konzerndimensionales Arbeitsverhältnis**“<sup>302</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>303</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>304</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>305</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.

<sup>298</sup> *Nörr/Scheyhing* Sukzessionen § 19 I 1, 2.

<sup>299</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>300</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>301</sup> *Nörr/Scheyhing* Sukzessionen § 19 I 1, 2; *Windbichler* Konzernarbeitsrecht 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>302</sup> *Martens* FS 25 Jahre BAG, S. 367 f.; in ähnliche Richtung *Braun/Wisskirchen/Fedder/Braner* Konzernarbeitsrecht Teil I Abschn. 3 Rn. 59; *Lingemann/v. Steinau-Steinrück* DB 1999, 2161 (2162); *MHdB ArbR/Schüren* § 319 Rn. 4.

<sup>303</sup> *Palandt/Ellenberger* BGB § 145 Rn. 7; *Wolf/Neuner* BGB AT § 37 Rn. 10.

<sup>304</sup> *Pieper* Vertragsübernahme S. 201 f.

<sup>305</sup> *Windbichler* Konzernarbeitsrecht S. 96.