



# Employment & Benefits

## Entwicklungen und Entscheidungen

- 3 **Rechtsprechung**
- 3 BAG: Leiharbeitnehmer zählen mit
- 4 LAG Berlin-Brandenburg: Führt der dauerhafte Einsatz von Leiharbeitnehmern zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleihunternehmen?
- 5 BAG: Altersbedingte Diskriminierung eines Stellenbewerbers
- 6 LAG Schleswig-Holstein: Nichtbeantwortung einer Bewerbung als Indiz für eine Diskriminierung
- 7 BAG: Entfernung einer zu Recht erteilten Abmahnung aus der Personalakte
- 8 LAG Köln: Frage nach Schwangerschaft bei befristeter Beschäftigung als Schwangerschaftsvertretung
- 9 BAG: Anspruch auf zweimalige Verringerung der Arbeitszeit während der Elternzeit
- 10 BAG: Konkurrenztaetigkeit während Freistellung aufgrund eines Aufhebungsvertrages
- 11 BAG: Kein Anspruch des Arbeitnehmers auf eine Dankesformel im Zeugnis
- 12 BAG: Neues zur Auslegung von Versorgungsregelungen
- 15 BAG: Haftung des Arbeitgebers für Leistungskürzungen einer Pensionskasse
  
- 16 **Aktuelles**
- 16 Das AIFM-Umsetzungsgesetz:  
Gesetzgeber schafft verbesserte Möglichkeiten des Pension Asset Pooling in Deutschland
- 17 Keine Reform des Beschäftigtendatenschutzes mehr in dieser Legislaturperiode

## RECHTSPRECHUNG

### BAG: Leiharbeitnehmer zählen mit

#### PROBLEMAUFRISS

Nach § 23 Abs. 1 Satz 3 Kündigungsschutzgesetz (KSchG) gilt das Kündigungsschutzgesetz für nach dem 31.12.2003 eingestellte Arbeitnehmer nur in Betrieben, in denen in der Regel mehr als zehn Arbeitnehmer beschäftigt werden. Diese sogenannte Kleinbetriebsklausel führt dazu, dass die Kündigung eines Arbeitsverhältnisses in einem Kleinbetrieb nur eingeschränkt gerichtlich auf ihre Wirksamkeit überprüft wird. Der Arbeitgeber muss nicht darlegen und beweisen können, dass die Kündigung durch einen betriebs-, personen- oder verhaltensbedingten Grund im Sinne von § 1 KSchG gerechtfertigt ist. Zu den Arbeitnehmern des Betriebs zählten dabei bislang nur diejenigen Arbeitnehmer, die in dem Betrieb angestellt sind. Leiharbeitnehmer, die aufgrund eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags von einem anderen Unternehmen überlassen und im Betrieb eingesetzt werden, zählten grundsätzlich nicht mit. Dies hat sich nun geändert.

#### INHALT DER ENTSCHEIDUNG

Der Kläger war seit 2007 bei der Beklagten angestellt. Die Beklagte beschäftigte einschließlich des Klägers zehn eigene Arbeitnehmer. Ende 2009 kündigte die Beklagte das Arbeitsverhältnis fristgerecht. Der Kläger erhob Kündigungsschutzklage und machte geltend, dass bei der Anzahl der in der Regel im Betrieb beschäftigten Arbeitnehmer auch die eingesetzten Leiharbeitnehmer mitgezählt werden müssten. Der Kläger unterlag in den ersten beiden Instanzen, die sich jeweils darauf stützten, dass das Kündigungsschutzgesetz angesichts der Anzahl der eigenen Arbeitnehmer der Beklagten nicht anwendbar sei. Die Revision des Klägers zum Bundesarbeitsgericht (BAG) (Urteil vom 24. Januar 2013, Az. 2 AZR 140/12) hatte Erfolg. Die Erfurter Richter sind der Ansicht, dass im Betrieb beschäftigte Leiharbeitnehmer bei der Berechnung der Betriebsgröße nach § 23 KSchG zumindest dann zu berücksichtigen sind, wenn ihr Einsatz auf einem „in der Regel“ vorhandenen Personalbedarf beruht. Diese Auffassung stützt die Kammer auf eine an Sinn und Zweck der

Vorschrift orientierte Auslegung. Die Herausnahme der Kleinbetriebe aus dem Anwendungsbereich des Kündigungsschutzgesetzes trage dem Umstand Rechnung, dass dort häufig eine enge persönliche Zusammenarbeit der Beschäftigten vorliege, die Betriebe zumeist nur über eine geringe Finanzausstattung verfügten und der Verwaltungsaufwand, den ein Kündigungsschutzprozess mit sich bringe, die Inhaber solcher kleineren Betriebe in der Regel stärker belaste. In Anbetracht dieses Normzwecks sei es nicht gerechtfertigt, danach zu differenzieren, ob die den Betrieb kennzeichnende regelmäßige Personalstärke auf dem Einsatz eigener oder entliehener Arbeitnehmer beruhe. Mit anderen Worten: Wenn ein Arbeitgeber das Geld und den Verwaltungsapparat hat, um in der Regel mehr als zehn Arbeitnehmer, seien es eigene oder entlehene, zu beschäftigen, bedarf er nicht der Privilegierung durch die Kleinbetriebsklausel.

Das BAG hat die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landesarbeitsgericht (LAG) zurückverwiesen. Das LAG hat nun aufzuklären, ob die bei Ausspruch der Kündigung im Betrieb eingesetzten Leiharbeitnehmer aufgrund eines für den Betrieb „in der Regel“ kennzeichnenden Geschäftsanfalls beschäftigt gewesen sind.

#### AUSWIRKUNGEN AUF DIE BETRIEBLICHE PRAXIS

Wird ein Leiharbeitnehmer für den Großteil des Jahres (also mehr als sechs Monate) eingesetzt oder werden mehrere Leiharbeitnehmer hintereinander insgesamt für mehr als sechs Monate eingesetzt, so dürfte dies nach der Entscheidung des BAG dafür sprechen, dass „in der Regel“, also bei einem für den Betrieb typischen Geschäftsanfall, quasi ein zusätzlicher Arbeitnehmer beschäftigt ist. Nur wenn dieser Leiharbeitnehmer kurzfristig eingesetzt wird, um etwa einen atypischen, vorübergehend erhöhten Arbeitsanfall auszugleichen, würde der Leiharbeitnehmer nicht mitgezählt. Unternehmen mit nicht mehr als zehn eigenen Arbeitnehmern, die dauerhaft Leiharbeitnehmer einsetzen, um ihr gewöhnliches Geschäft abzuarbeiten, werden künftig also nicht mehr von der Kleinbetriebsklausel profitieren können.

Die Entscheidung des BAG ist jedoch auch deshalb interessant, weil sie ein Fingerzeig für künftige Entwicklungen in anderen Bereichen sein könnte. Denn zahlreiche arbeitsrechtliche Vorschriften knüpfen für ihre Anwendbarkeit an die Zahl der in der Regel beschäftigten Arbeitnehmer an. Die Rechtsprechung zu der Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen Leiharbeiter mitzuzählen sind, ist im Fluss. So soll es zwar für die Zahl der zu wählenden Betriebsratsmitglieder nach § 9 Betriebsverfassungsgesetz (BetrVG) allein auf die eigenen Arbeitnehmer des Betriebs ankommen. Dies wird damit begründet, dass die Zahl der Betriebsratsmitglieder sich nach der Zahl der von dem Betriebsrat vertretenen Arbeitnehmer richte und Leiharbeiter eben nicht dazu zählen. Ist jedoch nach §§ 111 ff. BetrVG zu prüfen, ob im Falle einer Betriebsänderung ein Interessenausgleich und Sozialplan mit dem Betriebsrat zu verhandeln ist, so sollen Leiharbeiter bei der Berechnung der Zahl der in der Regel Beschäftigten mitgezählt werden, sofern sie länger als drei Monate im Betrieb sind. Denn hier sei Sinn und Zweck der Norm, kleine und somit wirtschaftlich vermeintlich schwächere Unternehmen vor einer finanziellen Überforderung durch Sozialpläne zu schützen.

Wenn das BAG diese Differenzierung nach Sinn und Zweck der jeweiligen Vorschrift fortsetzt, könnte dies auch Auswirkungen auf individuelle Ansprüche von Arbeitnehmern haben. So besteht ein Anspruch auf eine Teilzeitstelle nach § 8 Abs. 7 Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) nur dann, wenn der Arbeitgeber in der Regel mehr als 15 Arbeitnehmer beschäftigt. Dasselbe gilt nach § 15 Abs. 7 Bundeselterngeld- und Elternzeitgesetz (BEEG) für einen Anspruch auf Verringerung der Arbeitszeit während der Elternzeit sowie nach § 3 Abs. 1 Pflegezeitgesetz (PflegeZG) für einen Anspruch auf Pflegezeit. Der Sinn und Zweck dieser Bestimmungen dürfte wiederum darin bestehen, kleine Unternehmen zu schützen. Weil sie nicht über einen großen Pool von Arbeitskräften verfügen, können sie den Arbeitsausfall infolge von Teilzeit oder Pflegezeit nicht ohne Weiteres mit eigenen Mitteln auffangen. Außerdem ist der zeitweise Ausfall eines Arbeitnehmers mit erheblichem finanziellen und administrativen Aufwand verbunden. Denn wenn der Arbeitgeber zusätzlich zu dem in Teilzeit tätigen Arbeitnehmer eine Aushilfe einstellen muss, hat er für *einen* Arbeitsplatz plötzlich *zwei* Arbeitnehmer. Beschäftigt ein Arbeitgeber nun aber

zusätzlich zu seinen 15 eigenen Arbeitnehmern regelmäßig Leiharbeiter, dürfte er nach der Logik des BAG nicht auf diesen Schutz angewiesen sein. Denn er ist zum einen in der Lage, mehr als 15 Arbeitnehmer zu bezahlen und zu verwalten. Zum anderen kann er vermutlich ohne größere Schwierigkeiten seinen durch Teilzeittätigkeit oder Pflegezeit seiner Stammmitarbeiter erhöhten Personalbedarf über sein Verleihunternehmen decken. Es bleibt abzuwarten, wie sich das BAG zu diesen Fragen positionieren wird. Gegenstand der BAG-Entscheidung war allein die Frage, wann Leiharbeitsverhältnisse sich auf den Schwellenwert des KSchG auswirken. Gegenstand der Entscheidung war hingegen nicht die Frage, ob Leiharbeiter, die auf Positionen eingesetzt werden, für die ein „regelmäßiger Personalbedarf“ besteht, tatsächlich noch Leiharbeiter sind oder vielmehr – ohnehin – ein Arbeitsverhältnis zwischen dem entleihenden Unternehmen und den betroffenen Arbeitnehmern besteht. Mit dem Problem, ob Arbeitnehmerüberlassung auch bei einem Einsatz von Leiharbeitern auf „Dauerarbeitsplätzen“ gegeben ist, hat sich jüngst das LAG Berlin-Brandenburg beschäftigt; dazu der nachfolgende Artikel.

*Björn Vollmuth*

LAG Berlin-Brandenburg: Führt der dauerhafte Einsatz von Leiharbeitern zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses mit dem Entleihunternehmen?

#### PROBLEMAUFRISS

Das rechtliche Umfeld für den Einsatz von Leiharbeitern ist seit der letzten Novellierung des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes (AÜG) unübersichtlicher und für den Rechtsanwender weniger planbar geworden. Seit Ende 2011 ist in § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG verankert, dass eine Überlassung von Arbeitnehmern an Entleihunternehmen „vorübergehend“ zu erfolgen hat (siehe dazu auch unseren Beitrag in der letzten Ausgabe dieses Newsletters). Das Gesetz enthält jedoch weder eine Klarstellung darüber, was unter „vorübergehend“ zu verstehen ist, noch sieht es eine Rechtsfolge für Situationen vor, in denen eine Arbeitnehmerüberlassung eben nicht vorübergehend, sondern dauerhaft erfolgt.

Sowohl in der Fachliteratur als auch in der Rechtsprechung werden diese Fragen unterschiedlich beurteilt. Teilweise werden sogar von verschiedenen Spruchkörpern desselben Gerichts einander widersprechende Auffassungen vertreten, wie zwei aktuelle Urteile des LAG Berlin-Brandenburg zeigen:

#### INHALT DER ENTSCHEIDUNGEN

Die 15. Kammer des LAG Berlin-Brandenburg hat mit Urteil vom 9. Januar 2013 (15 Sa 1635/12) entschieden, dass die Beschäftigung eines Leiharbeitnehmers auf einem dauerhaft bestehenden Arbeitsplatz zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses zwischen dem Leiharbeitnehmer und dem Entleihunternehmen führt. Diesem Urteil lag eine Konstellation zugrunde, in der das Entleihunternehmen, ein Krankenhausbetreiber, über ein konzerneigenes Verleihunternehmen Leiharbeitnehmer auf Dauerarbeitsplätzen einsetzte, für die kein eigenes Personal vorgehalten wurde. Das konzerneigene Verleihunternehmen besaß zwar die erforderliche Erlaubnis zur Überlassung von Arbeitnehmern. Nach Ansicht der 15. Kammer war der auf Dauer angelegte Einsatz von Leiharbeitnehmern (zumindest seit Inkrafttreten der Gesetzesnovelle) jedoch nicht mehr von dieser Erlaubnis gedeckt, da diese in Ansehung von § 1 Abs. 1 Satz 2 AÜG lediglich eine vorübergehende Arbeitnehmerüberlassung legitimieren könne. Von einer solchen vorübergehenden Überlassung könne aber dann nicht mehr die Rede sein, wenn mit der Überlassung ein Dauerbeschäftigungsbedarf abgedeckt werde. Daher sei der Arbeitnehmerüberlassungsvertrag zwischen Ver- und Entleihunternehmen mangels erforderlicher Erlaubnis nach § 9 Nr. 1 AÜG unwirksam, was wiederum gemäß § 10 Abs. 1 Satz 1 AÜG zur Begründung eines Arbeitsverhältnisses zwischen der überlassenen Arbeitskraft und dem Entleihunternehmen führe.

Erst im Oktober 2012 hatte die 7. Kammer desselben Gerichts in einem Parallelverfahren mit nahezu identischem Sachverhalt gegenteilig entschieden (7 Sa 1182/12). Nach Auffassung der hier beteiligten Richter könne auch bei einer nicht nur vorübergehenden Arbeitnehmerüberlassung kein Arbeitsverhältnis zwischen Leiharbeitnehmer und Entleihunternehmen zustande kommen, wenn das Verleihunternehmen eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung besitze. Denn dann sei der Anwendungsbereich der §§ 9, 10

AÜG nicht eröffnet, womit der einzig gesetzlich geregelte Fall, in dem eine entlehene Arbeitskraft Arbeitnehmer des Entleihunternehmens werden könne, ausscheide.

#### AUSWIRKUNGEN AUF DIE BETRIEBLICHE PRAXIS

Gegen beide Entscheidungen wurde die Revision zum BAG zugelassen. Bis die höchsten deutschen Arbeitsrichter Stellung zu der Bedeutung des Wortes „vorübergehend“ und den damit verbundenen Rechtsfolgen genommen haben, sollten Arbeitgeber die Besetzung von Dauerarbeitsplätzen mit Leiharbeitnehmern vermeiden. Andernfalls laufen sie Gefahr, dass ein Arbeitsverhältnis mit den betreffenden Leiharbeitnehmern begründet wird. Dies gilt auch dann, wenn verschiedene Leiharbeitnehmer einen dauerhaft bestehenden Beschäftigungsbedarf abdecken. Die landesarbeitsgerichtliche Rechtsprechung tendiert dazu, das Merkmal „vorübergehend“ arbeitsplatz- und nicht personenbezogen zu interpretieren. Ein temporärer Einsatz von Leiharbeitnehmern auf Dauerarbeitsplätzen zur Vertretung von Stammkräften (z. B. während der Elternzeit) dürfte jedoch bis zu einer Entscheidung des BAG unproblematisch möglich sein. Sollte eine solche Entscheidung allerdings in dieselbe Kerbe wie das Urteil der 15. Kammer des LAG Berlin-Brandenburg schlagen, wäre der „folgenlose“ Einsatz von Leiharbeitnehmern nur noch in relativ engen Grenzen möglich.

*Boris Alexander Blunck*

#### BAG: Altersbedingte Diskriminierung eines Stellenbewerbers

##### PROBLEMAUFRISS

Seit dem Inkrafttreten des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes (AGG) ist bei der Formulierung von Stellenanzeigen erhöhte Vorsicht geboten. Nun hat das BAG in seinem Urteil vom 24. Januar 2013, Az. 8 AZR 429/11, entschieden, dass bereits ein Indiz für eine Altersdiskriminierung vorliegt, wenn ein Arbeitgeber in einer an „Berufsanfänger“ gerichteten Stellenanzeige für sein Trainee-Programm „Hochschulabsolventen/Young Professionals“ sucht und einen 36-jährigen Bewerber mit Berufserfahrung ablehnt.

## INHALT DER ENTSCHEIDUNG

Die Beklagte – eine öffentlich-rechtliche Krankenhausträgerin – hatte in der Verwaltung ein „Trainee-Programm“ beschlossen, das ausdrücklich für Berufsanfänger vorgesehen war. Die Beklagte schaltete deshalb im April 2009 mehrere Zeitungsanzeigen, die den folgenden Text beinhalteten:

*„Die C. hat in den kommenden Jahren einen relevanten Bedarf an Nachwuchsführungskräften. Um diesen abzudecken, gibt es ein spezielles Programm für Hochschulabsolventen/Young Professionals: Trainee-Programm an der C. Dabei sollen jährlich zunächst zwei Hochschulabsolventen rekrutiert und dem Programm „C.“ zugeführt werden. Da es sich per definitionem um Berufsanfänger handelt, stehen neben den erworbenen Fähigkeiten vor allem die persönlichen Eigenschaften im Mittelpunkt.“*

Der damals 36 Jahre alte Kläger, ein Volljurist, der bereits Berufserfahrung bei einer Rechtsschutzversicherung gesammelt hatte und inzwischen als Rechtsanwalt tätig war, bewarb sich auf die Stellenausschreibung und erhielt eine Absage. Darin sah der Kläger eine Benachteiligung wegen seines Alters und verlangte eine Entschädigung von der Beklagten. Nachdem der Kläger in den Vorinstanzen mit seiner Klage unterlag, hatte seine Revision vor dem BAG nun aber teilweise Erfolg. Das BAG urteilte, dass eine Stellenausschreibung, die sich an Hochschulabsolventen/Young Professionals und an Berufsanfänger richte, ein Indiz für eine Benachteiligung wegen des Alters sei. Ein solches Indiz könne durch die Beklagte aber widerlegt werden, wenn sie darlegen könne, dass sie nur die Bewerber mit den besten Examensnoten in die Bewerberauswahl einbezogen hätte, da sie als öffentliche Arbeitgeberin gesetzlich verpflichtet sei, Stellen nach Eignung, Befähigung und fachlicher Leistung der Bewerber zu besetzen.

Das BAG verwies die Sache zur weiteren Sachaufklärung und erneuten Verhandlung und Entscheidung an das zuständige LAG zurück.

## AUSWIRKUNGEN AUF DIE BETRIEBLICHE PRAXIS

Da das BAG bereits in der Verwendung der Wörter „Berufsanfänger“ und „Hochschulabsolventen/Young Professionals“ ein Indiz für eine Altersdiskriminierung

sieht, sollte zukünftig auch die Verwendung dieser Begriffe in Stellenanzeigen vermieden werden.

Bei der Formulierung von Stellenanzeigen sollten direkte und indirekte Hinweise auf Rasse, Ethnie, Geschlecht, Religion, Weltanschauung, Behinderung, Alter und sexuelle Identität tunlichst vermieden werden. Es sollte auch auf oft unabsichtlich gebrauchte „kritische“ Formulierungen, wie z. B. „unser dynamisches junges Team“, geachtet werden.

*Vanessa Klesy*

## LAG Schleswig-Holstein: Nichtbeantwortung einer Bewerbung als Indiz für eine Diskriminierung

### PROBLEMAUFRISS

Erhält jeder Bewerber, der sich in Ihrem Unternehmen bewirbt, eine Antwort auf seine Bewerbung, auch wenn kein Interesse an seiner Bewerbung besteht?

Das LAG Schleswig-Holstein hat mit Urteil vom 13. November 2012, Az. 2 Sa 217/12, entschieden, dass die Nichtbeantwortung einer Stellenbewerbung in Verbindung mit anderen Anzeichen ein Indiz für eine Diskriminierung im Sinne des AGG darstellen kann.

### INHALT DER ENTSCHEIDUNG

Die Klägerin ist 1961 in Russland geboren. Sie bewarb sich über das Stellenportal stepstone auf drei oder vier zeitlich folgende Ausschreibungen der Beklagten als Softwareprogrammiererin. Anlässlich der vierten Ausschreibung erinnerte sie lediglich an ihre frühere Bewerbung. Auf die erste Bewerbung folgte eine Absage, auf die weiteren Bewerbungen erfolgte jedoch keine Reaktion der Beklagten. Daraufhin erhob die Klägerin Klage beim Arbeitsgericht und forderte eine Entschädigung wegen Diskriminierung, die sie zum einen auf die Nichtbeantwortung ihrer weiteren Bewerbungen stützte, zum anderen auf verschiedene in der Stellenanzeige enthaltene Formulierungen, die sie für diskriminierend hielt.

Die Klage wurde vom Arbeitsgericht abgewiesen. Auch mit ihrer Berufung hatte die Klägerin keinen Erfolg. Das LAG konnte in der veröffentlichten Stellenanzeige keinen diskriminierenden Charakter erkennen. Das LAG urteilte jedoch, dass in der Nichtbeantwortung der zweiten und dritten Bewerbung der Klägerin ein Indiz für eine beabsichtigte Diskriminierung und ein Hinweis auf die Absicht, eine Einstellung nicht vorzunehmen, zu sehen sei. Im vorliegenden Fall spreche die Nichtbeantwortung zwar nicht für eine beabsichtigte Diskriminierung, aber grundsätzlich könne die Nichtbeantwortung von Stellenbewerbungen „je nach Lage des Einzelfalles ein Indiz für eine Diskriminierung einer Bewerberin darstellen“. Maßgeblich seien aber immer die Umstände des Einzelfalles, insbesondere das Vorliegen weiterer Gesichtspunkte, die eine nach dem AGG verbotene Diskriminierung vermuten lassen. Da in dem entschiedenen Fall keine solchen weiteren Gesichtspunkte erkennbar waren, hatte die Klägerin auch mit ihrer Berufung zum LAG keinen Erfolg.

#### AUSWIRKUNGEN AUF DIE BETRIEBLICHE PRAXIS

Im Hinblick auf dieses Urteil ist zu empfehlen, auf jede einzelne Bewerbung eines nicht geeigneten Bewerbers mit einer entsprechenden Absage zu reagieren.

*Vanessa Klesy*

### BAG: Entfernung einer zu Recht erteilten Abmahnung aus der Personalakte

#### PROBLEMAUFRISS

Eine verhaltensbedingte Kündigung setzt regelmäßig voraus, dass der zu kündigende Arbeitnehmer zuvor abgemahnt worden ist. Verhält der Arbeitnehmer sich nach Ausspruch einer Abmahnung über einen längeren Zeitraum pflichtgemäß, war bisher fraglich, ob die Abmahnung angesichts des Wegfalls ihrer sogenannten „Warnfunktion“ aus der Personalakte zu entfernen ist. Die hier besprochene Entscheidung des BAG vom 19. Juli 2012 (Az. 2 AZR 782/11) beschäftigt sich mit der Frage, ob der Arbeitgeber in diesem Fall die Abmahnung aus der Personalakte entfernen muss.

#### INHALT DER ENTSCHEIDUNG

Die Klägerin war seit dem Jahre 2000 bei ihrem Arbeitgeber angestellt. Im April 2008 wurde sie wegen einer schwerwiegenden, im Sommer 2007 begangenen Pflichtverletzung abgemahnt. Die Klägerin verlangt nun Rücknahme und Entfernung der Abmahnung aus der Personalakte.

Das BAG stellt zunächst klar, dass Arbeitnehmer einen Anspruch auf Entfernung zu Unrecht erteilter Abmahnungen aus der Personalakte haben. Ein solcher Anspruch besteht, wenn die Abmahnung

- inhaltlich unbestimmt ist,
- unrichtige Tatsachenbehauptungen enthält,
- auf einer unzutreffenden rechtlichen Bewertung des Verhaltens des Arbeitnehmers beruht oder
- den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verletzt.

Beruht die Abmahnung auf einer richtigen Sachverhaltsdarstellung, kann ein Arbeitnehmer nur in Ausnahmefällen die Entfernung aus der Personalakte verlangen. Eine solche Ausnahme ist nach dem BAG zu bejahen, wenn die weitere Aufbewahrung der Abmahnung zu unzumutbaren beruflichen Nachteilen für den Arbeitnehmer führen kann, obwohl der beurkundete Vorgang für das Arbeitsverhältnis rechtlich bedeutungslos geworden ist.

Die Abmahnung habe zwei Funktionen:

- Der Arbeitgeber weist den Arbeitnehmer auf dessen vertragliche Pflichten hin und macht ihn auf die Verletzung dieser Pflichten aufmerksam – sogenannte Rüge- und Dokumentationsfunktion.
- Der Arbeitgeber fordert den Arbeitnehmer für die Zukunft zu einem vertragstreuen Verhalten auf und kündigt, sofern angebracht, individualrechtliche Konsequenzen für den Fall einer erneuten Pflichtverletzung an – sogenannte Warnfunktion.

Die Entfernung einer zu Recht erfolgten Abmahnung setze voraus, dass diese beiden Funktionen nicht mehr gegeben seien. Nicht ausreichend sei, dass die

Abmahnung allein ihre Warnfunktion verloren habe. Zusätzlich müsse das Interesse des Arbeitgebers an der Dokumentation der gerügten Pflichtverletzung entfallen sein. Das sei nur dann der Fall, wenn die Abmahnung für die Durchführung des Arbeitsverhältnisses unter keinem rechtlichen Aspekt mehr eine Rolle spielen könne und das Verhalten, das durch die Abmahnung gerügt wurde, für das Arbeitsverhältnis in jeder Hinsicht rechtlich bedeutungslos geworden sei.

Solange eine Abmahnung für eine zukünftige Entscheidung über eine Versetzung oder Beförderung und die entsprechende Eignung des Arbeitnehmers, für die spätere Beurteilung von Führung und Leistung in einem Zeugnis oder für die im Zusammenhang mit einer möglichen späteren Kündigung erforderliche Interessensabwägung von Bedeutung sein könne, sei sie in der Personalakte zu bewahren.

Eine feste Dauer eines berechtigten Interesses des Arbeitgebers am Verbleib der Abmahnung in der Personalakte des Arbeitnehmers bestehe nicht. Maßgeblich seien die Umstände des Einzelfalls, hierbei insbesondere die Schwere des gerügten Fehlverhaltens.

#### AUSWIRKUNGEN AUF DIE BETRIEBLICHE PRAXIS

Das BAG stärkt durch diese Entscheidung die Stellung der Arbeitgeber in Abmahnungsstreitigkeiten. Bisher konnten Arbeitnehmer vom Arbeitgeber verlangen, zu Recht erteilte Abmahnungen bereits dann aus der Personalakte zu entfernen, wenn sie ihre Warnfunktion verloren hatten. Das war regelmäßig nach einigen Jahren der Fall. Auf diese „Grundregel“ können Arbeitnehmer nicht mehr vertrauen. Der Arbeitgeber kann auch nach Verlust der Warnfunktion noch rechtfertigende Gründe für eine längere Dokumentation der Abmahnung haben. Die diesbezügliche Darlegungs- und Beweislast liegt beim Arbeitgeber.

*Matthias Füssel*

## LAG Köln: Frage nach Schwangerschaft bei befristeter Beschäftigung als Schwangerschaftsvertretung

### PROBLEMAUFRISS

Die Frage nach einer Schwangerschaft im Einstellungsverfahren ist wegen ihrer geschlechterdiskriminierenden Wirkung unzulässig. Die unwahre Beantwortung dieser Frage rechtfertigt daher keine spätere Anfechtung des Arbeitsvertrages durch den Arbeitgeber wegen arglistiger Täuschung. Dies gilt auch dann, wenn die Arbeitnehmerin ihre Tätigkeit wegen eines mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbotens zunächst nicht aufnehmen kann (BAG, Urteil vom 30. Juli 2003, Az. 2 AZR 621/01). Während es bei der vorgenannten Entscheidung des BAG um eine unbefristet eingestellte Arbeitnehmerin ging, hatte sich das LAG Köln in der im Folgenden dargestellten Entscheidung vom 11. Oktober 2012 (Az. 6 Sa 641/12) mit der Frage zu beschäftigen, ob der Arbeitgeber eine Bewerberin, die befristet als Schwangerschaftsvertretung beschäftigt werden soll, nach einer Schwangerschaft fragen darf bzw. ob die Bewerberin verpflichtet ist, eine bestehende Schwangerschaft zu offenbaren.

### INHALT DER ENTSCHEIDUNG

Die Arbeitnehmerin und die Arbeitgeberin schlossen am 30. September 2011 einen Arbeitsvertrag über eine Beschäftigung der Klägerin als Rechtsanwaltsfachangestellte für den Zeitraum vom 5. Oktober 2011 bis zum 31. Januar 2013. Im November 2011 informierte die Arbeitnehmerin die Arbeitgeberin über ihre Schwangerschaft mit einem errechneten Entbindungstermin am 19. Mai 2012. Mit Schreiben vom 3. Januar 2012 focht die Arbeitgeberin den Arbeitsvertrag wegen arglistiger Täuschung an. Zur Begründung führte sie unter anderem aus, dass sie die Arbeitnehmerin nicht eingestellt hätte, wenn ihr die Schwangerschaft offenbart worden wäre, da die Einstellung der Arbeitnehmerin gerade einer Schwangerschaftsvertretung dienen sollte. Die Klage der Arbeitnehmerin gegen die Anfechtung vor dem Arbeitsgericht (ArbG) Bonn hatte Erfolg; die seitens der Arbeitgeberin eingelegte Berufung vor dem LAG Köln wurde anhand der folgenden Gründe zurückgewiesen:

- Um eine Geschlechterdiskriminierung zu vermeiden, dürfe ein Arbeitgeber nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung nicht erwarten, über eine Schwangerschaft aufgeklärt zu werden. Die Frage nach einer Schwangerschaft sei als unmittelbare Benachteiligung wegen des Geschlechts im Sinne des § 3 Abs. 1 Satz 2 AGG zu bewerten.
- Nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (EuGH) (Urteil vom 4. Oktober 2001, Az. 109/00) sei die Frage nach einer Schwangerschaft selbst dann wegen ihrer geschlechterdiskriminierenden Wirkung unzulässig, wenn ein befristetes Arbeitsverhältnis begründet werden solle und feststehe, dass die Bewerberin während eines erheblichen Teils der vertraglichen Laufzeit nicht arbeiten könne. Diese Entscheidung beruhe auf Art. 5 der Richtlinie 76/207/EWG zur Verwirklichung des Grundsatzes der Gleichbehandlung von Männern und Frauen hinsichtlich des Zugangs zur Beschäftigung, zur Berufsbildung und zum beruflichen Aufstieg.
- Mangels Fragerecht der Arbeitgeberin bzw. Offenbarungspflicht der Arbeitnehmerin bestehe auch im vorliegenden Fall kein Recht zur Anfechtung des Arbeitsvertrages und zwar selbst dann nicht, wenn der Arbeitnehmerin tatsächlich die Schwangerschaft bei Vertragsschluss bereits bekannt gewesen sein sollte.

#### AUSWIRKUNGEN AUF DIE BETRIEBLICHE PRAXIS

Das Risiko des schwangerschaftsbedingten Ausfalls einer Arbeitnehmerin verbleibt damit auch dann bei dem Arbeitgeber, wenn die Einstellung der Arbeitnehmerin befristet erfolgt. Dies gilt auch dann, wenn die Arbeitnehmerin als Schwangerschaftsvertretung eingestellt wird bzw. die Arbeitnehmerin einen wesentlichen Teil der Vertragszeit nicht arbeiten kann.

Offen bleibt, ob eine Ausnahme von der grundsätzlichen Unzulässigkeit der Frage nach der Schwangerschaft gelten könnte, wenn eine Arbeitnehmerin schwangerschaftsbedingt während der gesamten vertraglichen Laufzeit nicht arbeiten kann und es somit vollständig an einer Gegenleistung fehlt. Dies ist in Fällen eines mutterschutzrechtlichen

Beschäftigungsverbot bzw. sehr kurzen befristeten Arbeitsverhältnissen denkbar. In diesen Konstellationen könnte eventuell der Einwand des Rechtsmissbrauchs greifen.

*Isabelle van Sambeck*

## BAG: Anspruch auf zweimalige Verringerung der Arbeitszeit während der Elternzeit

### PROBLEMAUFRISS

Ein Arbeitnehmer kann während der Elternzeit eine Verringerung der Arbeitszeit und ihre Ausgestaltung beantragen. Über den Antrag sollen sich die Arbeitsvertragsparteien innerhalb von vier Wochen einigen. Sofern eine einvernehmliche Regelung nicht möglich ist, kann der Arbeitnehmer während der Gesamtdauer der Elternzeit zweimal eine Verringerung der Arbeitszeit beanspruchen. In seiner für die Praxis relevanten aktuellen Entscheidung vom 19. Februar 2013 (Az. 9 AZR 461/11) hat das BAG klargestellt, dass eine einvernehmliche Regelung keine Auswirkung auf den Anspruch von Arbeitnehmern hat, hiernach noch zweimal eine Verringerung der Arbeitszeit während der Elternzeit zu beantragen.

### INHALT DER ENTSCHEIDUNG

Die Klägerin ist seit 2006 bei der Beklagten in Vollzeit beschäftigt. Nach der Geburt ihres Kindes nahm sie zunächst für die Dauer von zwei Jahren bis zum 4. Juni 2010 Elternzeit. Im Dezember 2008 vereinbarten die Parteien die Verringerung der Arbeitszeit für den Zeitraum von Januar bis Mai 2009 auf wöchentlich 15 Stunden und für die Zeit von Juni 2009 bis zum Ende der Elternzeit auf wöchentlich 20 Stunden. Kurz vor Ende der ersten zwei Jahre nahm die Klägerin bis zur Vollendung des dritten Lebensjahres ihres Kindes erneut Elternzeit in Anspruch und beantragte gleichzeitig, wie bisher 20 Stunden wöchentlich zu arbeiten. Die Beklagte lehnte dies ab.

Bis Redaktionsschluss lag lediglich die Pressemitteilung des BAG vor (Nr. 12/13), in der knapp zusammengefasst wird, dass eine Vereinbarung der Parteien (bezüglich der Verringerung der Arbeitszeit während der Elternzeit) dem Anspruch der

Klägerin auf Verringerung der Arbeitszeit nicht entgegenstehe. Eine Anrechnung einvernehmlicher Elternzeitregelungen auf den Anspruch auf zweimalige Verringerung der Arbeitszeit erfolge nicht.

Das LAG Hamburg hatte in der Vorinstanz (Urteil vom 18. Mai 2011, Az. 5 Sa 93/10) noch dem Arbeitgeber recht gegeben und ausgeführt, der Arbeitgeber habe im Falle einer einvernehmlichen Einigung den Anspruch des Arbeitnehmers durch die freiwillige Abgabe der Annahmeerklärung bereits erfüllt. Deshalb müsse auch die einvernehmlich erzielte Arbeitszeitverringerung bei weiteren streitigen Begehren dergestalt angerechnet werden, dass der Anspruch nur ein weiteres Mal geltend gemacht werden kann. Diese Lösung entspreche auch dem Sinn und Zweck der Vorschrift. Anderenfalls sei der Arbeitgeber, der sich zunächst gütlich einigt, letztlich schlechter gestellt als ein Arbeitgeber, der sich von vornherein nicht einigt und es auf ein Gerichtsverfahren ankommen lässt. Er müsse dann gegebenenfalls noch mit einer zweimaligen Verringerung der Arbeitszeit gegen seinen Willen rechnen, obwohl er dem zunächst erklärten Teilzeitbegehren entsprochen hat. Der durch die Gesetzesausgestaltung verfolgte Zweck, vorrangig eine einvernehmliche Lösung zu treffen, könne dadurch in sein Gegenteil verkehrt werden. Dieser Argumentation ist das BAG mit seiner aktuellsten Entscheidung zu dieser Thematik – zu Ungunsten der Arbeitgeber – augenscheinlich nicht gefolgt.

#### AUSWIRKUNGEN AUF DIE BETRIEBLICHE PRAXIS

Die Entscheidung des BAG bedeutet für die Praxis, dass ein Arbeitgeber, der freiwillig einer Arbeitszeitverringerung zustimmt – und damit den vom Gesetzgeber als Idealfall vorgesehenen Fall herbeiführt –, sich in einer schlechteren Lage befindet, als wenn er eine solche einvernehmliche Lösung stets ablehnt. Dann sieht sich der Arbeitgeber nämlich maximal zweimal einer Veränderung der Arbeitszeit während der Elternzeit ausgesetzt; bei freiwilliger Einigung mit dem Arbeitnehmer kann dieser unabhängig davon immer noch zweimal einen solchen Antrag stellen. Deshalb ist Arbeitgebern für die Zukunft – sowohl aus Arbeitgeber – als auch aus Arbeitnehmer-sicht – bedauerlicherweise zu raten, von der Eingehung einer einvernehmlichen Einigung bezüglich

der Verringerung der Arbeitszeit während der Elternzeit abzusehen.

*Matthias Füßel*

## BAG: Konkurrenzfähigkeit während Freistellung aufgrund eines Aufhebungsvertrages

### PROBLEMAUFRISS

In einem Aufhebungsvertrag vereinbaren der Arbeitnehmer und der Arbeitgeber für die verbleibende Dauer des Arbeitsverhältnisses oft eine Freistellung des Arbeitnehmers unter Fortzahlung der vertragsgemäßen Vergütung. Solange das Arbeitsverhältnis besteht – also auch während der Freistellungsphase –, unterliegt der Arbeitnehmer einem Wettbewerbsverbot. Unter das Wettbewerbsverbot fallen sowohl der Betrieb eines Handelsgewerbes als auch das Geschäftemachen in dem Handelszweig des Arbeitgebers für eigene oder fremde Rechnung (§ 60 Abs. 1 Handelsgesetzbuch (HGB)). Bei Verletzung dieser Pflicht kann ein Arbeitgeber entweder Schadensersatz fordern oder verlangen, dass der Arbeitnehmer die aus den Geschäften für fremde Rechnung bezogene Vergütung herausgibt (§ 61 Abs. 1 HGB). Wird der Arbeitnehmer unter Verstoß gegen das Wettbewerbsverbot während der Freistellungsphase für einen Wettbewerber des Arbeitgebers tätig, ist fraglich, ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen der Arbeitgeber die von dem Wettbewerber gezahlte Vergütung herausverlangen bzw. die von dem Arbeitgeber selbst während der Freistellungsphase gezahlte Vergütung von dem Arbeitnehmer zurückverlangen kann. Mit diesen Fragen befasste sich das BAG in der nachfolgend dargestellten Entscheidung vom 17. Oktober 2012 (Az. 10 AZR 809/11)

### INHALT DER ENTSCHEIDUNG

Der beklagte Arbeitnehmer übte im Rahmen des mit der klagenden Arbeitgeberin bestehenden Arbeitsverhältnisses eine Tätigkeit als Produktionsmanager und technischer Leiter aus. Während eines Kündigungsschutzprozesses schlossen die Parteien einen Vergleich über – unter anderem – die Beendigung des Arbeitsverhältnisses aufgrund arbeitgeberseitiger Kündigung zum 31. Januar 2010, eine Freistellung

des Klägers unter Fortzahlung der vertraglichen Vergütung und Anrechnung noch bestehender bzw. entstehender Urlaubsansprüche und die Zahlung einer Abfindung. Zudem enthielt der Vergleich eine Klausel über die Erledigung sämtlicher finanzieller Ansprüche zwischen den Parteien aus dem Arbeitsverhältnis. Spätestens seit dem 1. Dezember 2009 war der Beklagte als Arbeitnehmer bei einem Wettbewerber beschäftigt. Das für seine dortige Tätigkeit gezahlte monatliche Gehalt war beinahe so hoch wie die laut Vergleich von seinem Arbeitgeber zu zahlende monatliche Vergütung während der Freistellung. Nachdem der Arbeitgeber im Januar 2010 von der Tätigkeit des Beklagten bei dem Wettbewerber erfuhr, zahlte die Klägerin keine Vergütung für den Monat Januar. Mit der Klage machte die Klägerin in erster Linie die Herausgabe der von dem Wettbewerber gezahlten Vergütung zuzüglich der Arbeitgeberanteile zum Gesamtsozialversicherungsbeitrag geltend. Hilfsweise forderte sie, die vom Wettbewerber gezahlten Beträge auf die Ansprüche des Beklagten ihr gegenüber anzurechnen. Die Klage blieb – wie in den Vorinstanzen – auch vor dem BAG erfolglos:

- Ein Anspruch auf Herausgabe der von der Wettbewerberin bezogenen Vergütung ergebe sich nicht aus §§ 60, 61 HGB. Die von der Wettbewerberin an den Beklagten geleistete Vergütung sei keine „aus Geschäften für fremde Rechnung bezogene Vergütung“ im Sinne des § 61 Abs. 1 HGB: Mit dem Abschluss des Arbeitsvertrages mit einer Wettbewerberin trete ein Arbeitnehmer nicht am Markt im Wettbewerb zu seinem Arbeitgeber auf, so dass es sich nicht um ein „Geschäft“ im Sinne der §§ 60, 61 HGB handele. Ebenso wenig stelle das Gehalt eine Vergütung im Sinne dieser Normen dar; Vergütung in diesem Sinne sei „das für einen bestimmten Geschäftsabschluss bezogene Entgelt“.
- Dem Arbeitgeber bleibe es unbenommen, einen Schadensersatzanspruch geltend zu machen. Die diesbezügliche Darlegungs- und Beweispflicht liege allerdings beim Arbeitgeber. Die von einem Wettbewerber an einen Arbeitnehmer gezahlte Vergütung stelle dabei allerdings keinen Schaden für den Arbeitgeber dar.
- Eine Anrechnung der von der Wettbewerberin bezogenen Vergütung scheidet mangels entsprechender Regelung in dem Prozessvergleich aus.

Eine Anrechnung sei auch nicht nach Treu und Glauben geboten, denn eine (teilweise) Verweigerung der Zahlung der vereinbarten Vergütung durch den Arbeitgeber komme „allenfalls in besonders krass liegenden Fällen, in denen sich der Arbeitnehmer gegenüber dem anderen Teil grob verwerflich verhalten hat“, in Betracht.

#### AUSWIRKUNGEN AUF DIE BETRIEBLICHE PRAXIS

Die Entscheidung des BAG zeigt, dass Arbeitgeber bei dem Abschluss von Aufhebungsverträgen nicht sorgfältig genug agieren können: Bei einer Vereinbarung über die Freistellung unter Fortzahlung der Vergütung sollte ausdrücklich vereinbart werden, dass anderweitiger Erwerb angerechnet wird. Damit eine solche Anrechnungsklausel aber nicht als Verzicht auf das Wettbewerbsverbot gewertet werden kann, sollte gleichzeitig geregelt werden, dass durch die Vereinbarung der Anrechnung anderweitigen Erwerbs der Fortbestand des Wettbewerbsverbots nicht berührt werden soll. Weiterhin sollte auch berücksichtigt werden, den Zeitraum für eventuell bestehenden Resturlaub genau zu vereinbaren.

*Isabelle van Sambeck*

#### BAG: Kein Anspruch des Arbeitnehmers auf eine Dankesformel im Zeugnis

##### PROBLEMAUFRISS

Gemäß § 109 Abs. 1 Satz 1 der Gewerbeordnung (GewO) haben Arbeitnehmer bei der Beendigung ihres Arbeitsverhältnisses einen Anspruch auf ein schriftliches Zeugnis. Da im Rahmen einer solchen Beendigung regelmäßig andere Faktoren als die Zeugnisdetails im Vordergrund stehen (etwa Ausscheidatum, Abfindungssumme und Bonusregelungen), entbrennt später oftmals ein Streit über Formulierungen in einem Arbeitszeugnis, das dem Arbeitnehmer nach dem Verlassen des Unternehmens erteilt wird. Arbeitnehmer haben in diesem Zusammenhang häufig eine falsche Vorstellung davon, was zwingender Inhalt eines Arbeitszeugnisses ist und welche Formulierungen verlangt werden können. Dies betrifft insbesondere die sogenannten „Dankesformeln“, die das Zeugnis abschließen sollen.

Das BAG musste sich in einer aktuellen Entscheidung vom 11. Dezember 2012 (Az. 9 AZR 227/11) mit dieser Problematik befassen.

## INHALT DER ENTSCHEIDUNG

In dem von den Erfurter Richtern zu beurteilenden Fall hatte ein Arbeitnehmer geklagt, dem anlässlich seines Ausscheidens ein Zeugnis mit überdurchschnittlicher Leistungs- und Verhaltensbeurteilung ausgestellt worden war. Dieses Zeugnis endete mit den Sätzen: „Herr J. scheidet zum 28.02.2009 aus betriebsbedingten Gründen aus unserem Unternehmen aus. Wir wünschen ihm für die Zukunft alles Gute.“ Der Kläger war der Auffassung, diese Formulierung sei unzureichend und entwerte sein ansonsten gutes Zeugnis. Er verlangte, die bisherige Dankesformel durch den Satz „Wir bedanken uns für die langjährige Zusammenarbeit und wünschen ihm für seine private und berufliche Zukunft alles Gute“ zu ersetzen.

Diesem Verlangen erteilte das BAG eine klare Absage. Es verwies dabei zu Recht auf den Umstand, dass keine gesetzliche Grundlage für die Aufnahme einer Dankesformel in ein Arbeitszeugnis existiert. Gemäß § 109 Abs. 1 Satz 2 und Satz 3 GewO ist ein Arbeitgeber lediglich verpflichtet, Angaben zu Art und Dauer der Tätigkeit in das Zeugnis aufzunehmen und diese auf Wunsch des Arbeitnehmers um Angaben zu Leistung und Verhalten im Arbeitsverhältnis zu ergänzen (sogenanntes „qualifiziertes Zeugnis“). Ein darüber hinausgehender Ausdruck von persönlichen Empfindungen des Arbeitgebers könne, so die Bundesrichter, nicht geltend gemacht werden, da dies eben nicht notwendiger Zeugnisinhalt sei.

Das BAG hat in seiner Urteilsbegründung weiter ausgeführt, dass sich der von dem Kläger behauptete Anspruch auch nicht aus der Üblichkeit der begehrten Formulierung oder dem bei der Zeugniserteilung zu beachtenden Wohlwollensgrundsatz ergebe. Insbesondere Letzterer betreffe nur den gesetzlich geregelten Mindestinhalt eines Zeugnisses, auf den ein Anspruch bestehe. Falls ein Arbeitnehmer mit einer von seinem Arbeitgeber in das Zeugnis aufgenommenen Dankesformel nicht einverstanden sei, könne er lediglich die Erteilung eines Zeugnisses ohne diese Formulierung verlangen.

## AUSWIRKUNGEN AUF DIE BETRIEBLICHE PRAXIS

Die Entscheidung des BAG ist begrüßenswert, da sie der weiteren Verbreitung eines Irrglaubens Einhalt zu gebieten vermag. Ob in der Praxis nunmehr weniger Dankesformeln verwendet werden, erscheint allerdings zweifelhaft. Potentielle Arbeitgeber, denen die aktuelle Rechtsprechung nicht geläufig ist, dürften das Fehlen einer Dankesformel im Zeugnis eines Bewerbers eher als Hinweis auf eine Trennung im Unfrieden interpretieren. Es ist daher wahrscheinlich, dass ausscheidende Arbeitnehmer weiterhin auf die Aufnahme möglichst wohlklingender Dankesformeln in ihre Zeugnisse pochen werden.

Sofern Arbeitgeber in einem Beendigungsszenario nicht auf die „Zusammenarbeit“ mit dem betreffenden Arbeitnehmer angewiesen sind, muss diesem Verlangen nicht Folge geleistet werden. Im Rahmen von Aufhebungs- oder Abwicklungsverträgen und Vergleichen kann eine Dankesformel jedoch zur Verhandlungsmasse werden und Arbeitgebern unter Umständen Zugeständnisse an anderer Stelle ersparen. Unabhängig davon empfiehlt es sich, bei der einvernehmlichen Beendigung eines Arbeitsverhältnisses genaue Absprachen über die neuralgischen Punkte des zu erteilenden Zeugnisses direkt im Vergleichs- oder Vertragstext zu treffen. Damit können spätere Streitigkeiten vermieden werden, die unnötigerweise Ressourcen binden und im Zweifel zusätzliche Kosten verursachen.

*Boris Alexander Blunck*

## BAG: Neues zur Auslegung von Versorgungsregelungen

### PROBLEMAUFRISS

In der Praxis sehen sich Arbeitgeber häufig vermeidbaren Risiken aus unpräzise formulierten Versorgungsordnungen ausgesetzt. Insbesondere bei solchen Versorgungsordnungen, die individualrechtlich, z. B. im Wege von Gesamtzusagen, eingeführt werden, gilt hier ein strenger Prüfungsmaßstab, da diese als Allgemeine Geschäftsbedingungen anzusehen sind. Aber auch Versorgungszusagen, die kollektivrechtlich über Betriebsvereinbarung

erteilt werden, können auslegungsbedürftig sein. Die hieraus resultierenden Risiken sind oft von erheblicher Größe, da in der Regel gleichlautende Versorgungszusagen einer größeren Anzahl Versorgungsberechtigter erteilt werden.

In den hier besprochenen Entscheidungen befasste sich das BAG mit zwei auslegungsbedürftigen Klauseln zum Ruhegehaltsfähigen Einkommen und zu den Leistungsvoraussetzungen für Invalidenrentenbezug.

ENTSCHEIDUNG VOM 9. OKTOBER 2012 –

AZ. 3 AZR 539/10

INHALT DER ENTSCHEIDUNG

Die Klägerin war von 1977 bis 2007 bei der Beklagten beschäftigt. Im Jahr 1985 schloss die Beklagte eine Betriebsvereinbarung „Ruhegeldordnung“ mit ihrem Betriebsrat. Darin heißt es unter anderem:

*„Berufs- oder Erwerbsunfähigkeitsrente wird für die Dauer der festgestellten Berufs- und Erwerbsunfähigkeit sowie der Rentenzahlung durch den Rentenversicherungsträger nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses gewährt.“*

Zum Jahreswechsel 2000/2001 entfielen in der Sozialversicherung die Kategorien Berufsunfähigkeit und Erwerbsunfähigkeit und wurden durch die inhaltlich nicht identischen Kategorien teilweise und vollständige Erwerbsminderung ersetzt.

Die Deutsche Rentenversicherung Bund bewilligte der Klägerin ab dem 1. April 2008 eine Rente wegen teilweiser Erwerbsminderung. Seit dem 1. Oktober 2008 bezieht die Klägerin Rente wegen voller Erwerbsminderung.

Die Beklagte gewährte betriebliche Invalidenrente ab dem 1. Oktober 2008. Die Klägerin war der Ansicht, ihr stehe betriebliche Invalidenrente ab dem 1. April 2008 zu, da ab diesem Zeitpunkt aufgrund der teilweisen Erwerbsminderung eine festgestellte Berufsunfähigkeit im Sinne der Versorgungsordnung bestanden habe. Die Beklagte vertrat die Auffassung, eine teilweise Erwerbsminderung im Sinne der seit 2001 geltenden Sozialversicherungsrechts stehe der Berufsunfähigkeit im Sinne der bis 2001 geltenden Sozialversicherungsrechts nicht gleich.

Der Ruhegeldsenat des BAG gab der Klägerin recht und stellte fest, dass die Klägerin seit dem 1. April 2008 Anspruch auf betriebliche Invalidenrente hatte. Dies folge aus der oben zitierten Regelung zu den Anspruchsvoraussetzungen für den Invalidenrentenbezug. Zwar sei die Klägerin in der Zeit zwischen April 2008 und September 2008 weder erwerbs- noch berufsunfähig im Sinne der bis 2000 geltenden Sozialversicherungsrechts gewesen. Der Umstand, dass sie stattdessen teilweise erwerbsgemindert im Sinne der neuen Gesetzeslage war, stehe einem Anspruch aber nicht entgegen.

Der Verzicht der Betriebspartner auf eigenständige Definitionen der Begriffe Berufsunfähigkeit und Erwerbsunfähigkeit zeige, dass sie an das sozialversicherungsrechtliche Verständnis anknüpfen wollten. Da die entscheidende Regelung der Versorgungsordnung nicht auf die einschlägigen Bestimmungen des Sozialversicherungsrechts in einer bestimmten Fassung verweise, sei sie als dynamische Verweisung auf das Sozialversicherungsrecht in seiner jeweils geltenden Fassung zu verstehen. Eine rein statische Verweisung müsse ausdrücklich als solche formuliert sein.

Nach dem Parteiwillen sollte eine Betriebsrente immer dann gezahlt werden, wenn auch aufgrund des jeweils geltenden Sozialversicherungsrechts eine gesetzliche Rente wegen Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit zu zahlen wäre. Sinn und Zweck der betrieblichen Invaliditätsrente sei es außerdem, die von dem Arbeitnehmer erbrachte Betriebstreue durch Aufstockung der Leistungen des Rentenversicherungsträgers unabhängig von deren Höhe zu honorieren. Es widerspreche aber diesem Zweck, wenn demjenigen, der infolge des Inkrafttretens des Rentenreformgesetzes 2001 keine Berufsunfähigkeit mehr nachweisen könne, der aber Leistungen wegen teilweiser Erwerbsminderung erhalte, keine Betriebsrente zustehe.

ENTSCHEIDUNG VOM 13. NOVEMBER 2012 –

AZ. 3 AZR 557/10

INHALT DER ENTSCHEIDUNG

Der Kläger war seit 1974 bei seinem Arbeitgeber beschäftigt. Nach der für ihn geltenden Versorgungsordnung sollte sich die Höhe seiner betrieblichen Altersrente unter anderem richten nach dem:

*„Zwölffachen des zuletzt bezogenen vertraglichen oder tariflichen Bruttomonatsgehalts einschließlich etwaiger funktions- und übertariflicher Zulagen, nachstehend Jahresgehalt genannt.“*

Die Gesamtvergütung des Klägers umfasste neben einem Grundgehalt einen variablen Bonus, einen Dienstwagen, den er auch privat nutzen durfte, vermögensbildende Leistungen und eine sogenannte Nachgeschäftsprämie. Auf den Bonus leistete die Beklagte monatliche Abschlagszahlungen.

Der Kläger war der Ansicht, dass sich seine Altersrente auf Basis des Grundgehalts zuzüglich der variablen Vergütungsbestandteile, Sachbezüge und aller sonstigen Vergütungsbestandteile berechne. In seiner monatlichen Gehaltsabrechnung seien diese Bestandteile in der Position „Gesamtbrutto“ berücksichtigt. Die Beklagte hingegen vertrat die Auffassung, das „Bruttomonatsgehalt“ im Sinne der Versorgungsordnung sei lediglich das monatliche Grundgehalt. Das Arbeitsgericht gab dem Kläger teilweise recht. Das LAG wies seine Berufung zurück.

Das BAG wies die Revision als unbegründet ab. Die entscheidende Regelung in der Versorgungsordnung müsse nach ihrem objektiven Inhalt und typischen Sinn so ausgelegt werden, wie sie von verständigen und redlichen durchschnittlichen Vertragspartnern verstanden werde. Ausgangspunkt für jede Auslegung sei der Wortlaut der Klausel. Zu berücksichtigen seien ferner der verfolgte Regelungszweck sowie die für die jeweils andere Seite erkennbare Interessenlage der Beteiligten.

Die Erfurter Richter kamen zu dem Ergebnis, dass nach diesen Grundsätzen nur das Grundgehalt des Klägers der Berechnung der Ruhestandsbezüge zugrunde zu legen sei. Zwar definiere die Versorgungsordnung nicht ausdrücklich, was unter „Bruttomonatsgehalt“ zu verstehen sei. Nach dem allgemeinen Sprachgebrauch umfasse das Bruttomonatsgehalt nur Geldleistungen, nicht aber geldwerte Vorteile und Sachleistungen. Auch aus dem Wortbestandteil „brutto“ folge nicht, dass alle zu versteuernden Vergütungsbestandteile zu berücksichtigen seien. Vielmehr werde hierdurch lediglich zum Ausdruck gebracht, dass bei der Bestimmung des Ruhegehaltsfähigen Bruttomonatsgehalts Steuern und Sozial-

versicherungsabgaben nicht abgezogen wurden.

Aus der Verwendung des Wortbestandteils „Monatsgehalt“ lasse sich aber entnehmen, dass nicht alle Einnahmen des Arbeitnehmers aus dem Arbeitsverhältnis berücksichtigungsfähig seien. Der Begriff beziehe sich nämlich auf die Zahlungsweise und den Abrechnungszeitraum. Dies schließe grundsätzlich die Berücksichtigung variabler Vergütungsbestandteile aus.

#### AUSWIRKUNGEN AUF DIE BETRIEBLICHE PRAXIS

Unklarheiten in Versorgungsordnungen sind oft die Ursache gerichtlicher Auseinandersetzungen. Jede Auslegung und damit die Suche nach dem wahren Sinn einer vertraglichen Klausel ist mit einem Risiko verbunden. Gerade in komplexen Betriebsrentenstreitigkeiten erhöht sich dieses Risiko nicht selten durch überforderte Arbeitsrichter, denen die Zeit und manchmal auch das Hintergrundwissen fehlt, um sich intensiv auf den Streitgegenstand einzulassen. Eine vertretbare Auslegung, die den Rechtsstreit schnell beendet, kann hier ein willkommener Weg zur Erledigung der Angelegenheit sein.

Gerade im Bereich Allgemeiner Geschäftsbedingungen ist bei der Abfassung von Versorgungsregeln besondere Sorgfalt geboten. Führt die objektive Auslegung einer Klausel in Allgemeinen Geschäftsbedingungen nämlich zu keinem eindeutigen, sondern einem mehrdeutigen Ergebnis, greift die Unklarheitenregel des § 305 c Abs. 2 Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) mit der Folge, dass die arbeitnehmerfreundlichste Auslegung zugrunde zu legen ist – ein Ergebnis, das im Fall 3 AZR 557/10 erhebliche wirtschaftliche Nachteile für den Arbeitgeber mit sich gebracht hätte.

Zwar hatte der Arbeitgeber nach dem BAG in dieser Sache den „allgemeinen Sprachgebrauch“ auf seiner Seite. Es sprachen aber auch gute Argumente für die Position des Klägers. Dies zeigte sich nicht zuletzt durch die erstinstanzliche Entscheidung, in der der Kläger teilweise recht bekam. Die Beklagte hätte diesen Rechtsstreit und damit Anwaltskosten und Zeitaufwand leicht durch eine klare Fassung der Versorgungsordnung vermeiden können.

Versorgungsregelungen sollten deshalb immer klar und unmissverständlich abgefasst und ihr Inhalt

regelmäßig geprüft werden. Verändert sich die Vergütungsstruktur im Betrieb, kann eine klarstellende Anpassung der Versorgungsordnung ebenso erforderlich werden wie durch Änderungen in Rechtsprechung und Gesetzesrecht; so wäre der Rechtsstreit 3 AZR 539/10 schon im Vorfeld durch eine rechtzeitige Anpassung des Inhalts der Versorgungsordnung an das veränderte Sozialversicherungsrecht zu vermeiden gewesen. Die rechtlichen Anforderungen an solche Abänderungen von Versorgungszusagen können anspruchsvoll sein, insbesondere wenn durch die Änderung die Höhe der Versorgungsleistungen berührt wird. Neben dem richtigen Änderungsinstrumentarium ist hier insbesondere auf die Wahrung der Besitzstände der Versorgungsberechtigten im Rahmen des vom BAG entwickelten 3-Stufen-Modells zu achten.

*Dr. Nicolas Rößler*

## BAG: Haftung des Arbeitgebers für Leistungskürzungen einer Pensionskasse

### PROBLEMAUFRISS

Die Pensionskasse ist unverändert der zweitbeliebteste Durchführungsweg für Zusagen betrieblicher Altersversorgung in Deutschland. Erfahrungsgemäß gehen Arbeitgeber oft davon aus, dass sie durch die Beitragsleistung an den externen Versorgungsträger Pensionskasse ihre Schuldigkeit getan haben. Dass das nicht immer der Fall ist, zeigt die nachfolgend dargestellte Entscheidung des BAG vom 19. Juni 2012 (Az. 3 AZR 408/10).

### INHALT DER ENTSCHEIDUNG

Der Kläger war von 1989 bis 2000 bei der Beklagten beschäftigt. In seinem Arbeitsvertrag verpflichtet sich die Beklagte, eine unverfallbare Altersversorgung dergestalt zu gewähren, dass sie einen Betrag i. H. v. 300,- DM pro Monat an die Pensionskasse DW abführte.

Die Satzung der Pensionskasse DW sieht unter anderem Folgendes vor:

*„Ein sich aus dem (versicherungsmathematischen) Gutachten gem. Ziffer 1 ergebender Fehlbetrag ist,*

*soweit er nicht aus der Verlustrücklage gedeckt werden kann, aus der Rückstellung für Beitragsrück- erstattung zu decken. Reicht auch die Rückstellung nicht aus, ist der Fehlbetrag durch Herabsetzung der Leistungen, durch Erhöhung der Beiträge oder durch mehrere solcher Maßnahmen auszugleichen [ ... ]. Alle Maßnahmen haben auch Auswirkungen auf die bestehenden Versicherungsverhältnisse. Die Erhebung von Nachschüssen ist ausgeschlossen.“*

In den Jahren 2004 bis 2008 setzte die Pensionskasse DW jeweils auf Basis eines Beschlusses der Mitgliederversammlung die Höhe der an den Kläger gezahlten Rente herab. Der Kläger verlangte daraufhin von seiner ehemaligen Arbeitgeberin Ausgleich desjenigen Rentenanteils, um den die Pensionskasse DW ihre Rentenleistungen herabgesetzt hatte. Das BAG gab dem Kläger Recht.

Der Arbeitgeber habe nach § 1 Abs. 1 S. 3 Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung (BetrAVG) für die Erfüllung der von ihm zugesagten Leistungen auch dann einzustehen, wenn die Durchführung der betrieblichen Altersversorgung nicht unmittelbar über ihn erfolge. Werde die geschuldete Versorgung nicht auf dem vorgesehenen Durchführungsweg erbracht, so habe der Arbeitgeber dem Arbeitnehmer im Versorgungsfall erforderlichenfalls aus seinem eigenen Vermögen die zugesagten Versorgungsleistungen zu verschaffen.

Betriebsrentenrechtlich sei zwischen der Zusage, der Bestimmung des Durchführungsweges und dem aus der Einstandspflicht folgenden Verschaffungsanspruch zu unterscheiden. Dieser richte sich darauf, eine Lücke zu schließen, die sich zwischen Zusage und der Ausgestaltung des Durchführungsweges ergebe. Die Einstandspflicht stelle sicher, dass bei Schwierigkeiten im Durchführungsweg gleichwohl der Versorgungszusage entsprechende Leistungen erbracht werden.

Die Beklagte habe dem Kläger Leistungen der betrieblichen Altersversorgung und nicht lediglich Beiträge zur Pensionskasse, sondern eine unverfallbare Altersversorgung zugesagt. Damit habe sie eine typische betriebsrentenrechtliche Zusage erteilt, aufgrund derer sie verpflichtet sei, dem Kläger Leistungen der betrieblichen Altersversorgung zu verschaffen. Eine reine Beitragszusage sei zwar

rechtlich ohne Weiteres möglich, sei aber gerade keine betriebsrentenrechtlich anerkannte Zusageform und stehe damit im Widerspruch zum Inhalt der Zusage.

Die in der Satzung der Pensionskasse vorgesehene Möglichkeit der Herabsetzung der Leistung sei nicht Bestandteil der Zusage geworden. Sie wirke lediglich im Verhältnis zwischen Pensionskasse und der Beklagten.

#### AUSWIRKUNGEN AUF DIE BETRIEBLICHE PRAXIS

Die Einstandspflicht des Arbeitgebers gemäß § 1 Abs. 1 Satz 3 BetrAVG ist eine zentrale Vorschrift des deutschen Betriebsrentenrechts. Der Arbeitgeber kann sich nicht durch die Wahl eines externen Durchführungsweges von seiner Grundverpflichtung aus der Zusage befreien. Fällt der externe Versorgungsträger aus, haftet der Arbeitgeber.

Dieser Konsequenz müssen sich Arbeitgeber, die Leistungen der betrieblichen Altersversorgung anbieten, stets bewusst sein. Die sorgfältige Auswahl des Versorgungsträgers und ein Studium der Satzung oder der Versicherungsbedingungen, gegebenenfalls unter Einschaltung professioneller Hilfe, empfiehlt sich, um Risiken zu erkennen. Oft können solche Risiken als Argument in den Verhandlungen mit dem Versorgungsträger über Tarife verwendet und so wirtschaftlich günstigere Bedingungen vereinbart werden.

Die Haftung gemäß § 1 Abs. 1 Satz 3 BetrAVG besteht nicht, falls der Arbeitgeber eine reine Beitragszusage (*Defined Contribution*) erteilt. Das BAG hat in seiner Entscheidung ausdrücklich festgestellt, dass eine solche Zusage zivilrechtlich zulässig ist. Einen Verstoß gegen § 17 Abs. 3 BetrAVG scheint der Ruhegeldsenat hierin nicht zu sehen. Für den Arbeitgeber bedeutet eine solche *Defined-Contribution-Zusage* hinsichtlich seiner Haftungsrisiken eine Erleichterung. Da reine *Defined-Contribution-Zusagen* vom deutschen Betriebsrentenrecht nicht anerkannt werden, entfallen aber gleichzeitig sämtliche, insbesondere steuer- und bilanzrechtliche Vergünstigungen. Ob eine *Defined-Contribution-Zusage* oder eine andere Zusageart, z. B. eine Beitragszusage mit garantierter Mindestleistung, die richtige Lösung

ist, ist vom jeweiligen Einzelfall und den vom Arbeitgeber konkret verfolgten Zielen abhängig.

*Dr. Nicolas Rößler*

## AKTUELLES

### Das AIFM-Umsetzungsgesetz: Gesetzgeber schafft verbesserte Möglichkeiten des Pension Asset Pooling in Deutschland

Seit vielen Jahren steht das Thema „Pension Asset Pooling“, also die Bündelung betrieblicher Altersvorsorgevermögen, auf der Agenda vieler international ausgerichteter Unternehmen. Die Zersplitterung der Verwaltung auf verschiedene Länder führt zu hohen Kosten und steuerlichen Intransparenzen. Während andere Länder (insb. Irland, Luxemburg und die Niederlande) bereits in der Vergangenheit effektive Poolingvehikel geschaffen haben, waren in Deutschland die Möglichkeiten eines effektiven zentralen Anlage- und Risikomanagements vor allem aus steuerlichen Gründen stark eingeschränkt.

Die Bundesregierung hat Ende Januar den Entwurf eines Gesetzes zur Anpassung des Investmentsteuergesetzes und anderer Gesetze an das AIFM-Umsetzungsgesetz (AIFM-StAnpG) beschlossen und damit erstmals attraktive Rahmenbedingungen für Pension Asset Pooling geschaffen.

Das Gesetz schafft international wettbewerbsfähige steuerrechtliche Rahmenbedingungen für eine gebündelte Verwaltung betrieblicher Altersvorsorgevermögen multinationaler Konzerne. Für international tätige Unternehmen wird es deutlich attraktiver, das Altersvorsorgevermögen ihrer ausländischen Tochterunternehmen zentral in Deutschland verwalten zu lassen und nicht auf ausländische Standorte auszuweichen.

Die Regelungen bauen auf der durch die §§ 120 ff. Kapitalanlagegesetzbuch (KAGB)<sup>1</sup> neu eingeführten Rechtsform einer offenen Investmentkommanditgesellschaft auf. Bei dieser handelt es sich um eine

Kommanditgesellschaft im Sinne des Handelsgesetzbuches, die der Anlage und Verwaltung von Vermögengsmitteln nach einer festgelegten Anlagestrategie und dem Grundsatz der Risikomischung zur gemeinschaftlichen Kapitalanlage zum Nutzen der Anleger dient. Die Anteile an der offenen Investmentkommanditgesellschaft dürfen ausschließlich von sogenannten professionellen Anlegern, also insbesondere Kreditinstituten, Fonds, Versicherungsunternehmen und anderen institutionellen Anlegern, gehalten werden.

*Dr. Nicolas Rößler*

## Keine Reform des Beschäftigtendatenschutzes mehr in dieser Legislaturperiode

Die seit über zweieinhalb Jahren von der Bundesregierung geplante Reform des Beschäftigtendatenschutzes wird in dieser Legislaturperiode nicht mehr verwirklicht werden. Der innenpolitische Sprecher der Unionsfraktion hat ganz aktuell bekanntgegeben, dass dieses Thema endgültig zurückgestellt sei und eine Lösung erst in der nächsten Legislaturperiode gefunden werden könne.

Der Gesetzesentwurf hatte noch in seiner aktuellen Fassung sowohl auf Arbeitgeber- als auch auf Arbeitnehmerseite für kontroverse Diskussionen gesorgt. Zum einen bestanden Bedenken gegen den Entwurf, insbesondere gegen zahlreiche neue Informationspflichten für Arbeitgeber. Zum anderen wurde kritisiert, dass der Entwurf – durch die Aufnahme der einschlägigen Rechtsprechung in den Gesetzeswortlaut – zwar manche Rechtsfrage klären würde, durch zahlreiche neue unklare Formulierungen aber neue Rechtsfragen geschaffen würden.

Neben dieser Kritik wurde in dem Gesetzesentwurf auch die Chance gesehen, insbesondere den unklaren § 32 Bundesdatenschutzgesetz (BDSG) – der bislang

die Kernvorschrift des Beschäftigtendatenschutzes darstellt – zu konkretisieren. Es ist allseits anerkannt, dass das derzeitige Arbeitnehmer-Datenschutzrecht reformbedürftig ist. Etwaige Reformbemühungen werden nun aber frühestens nach der Bundestagswahl 2013 wieder aufgenommen werden.

*Matthias Füssel*

<sup>1</sup> Artikel 1 des Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie 2011/61/EU über die Verwaltung alternativer Investmentfonds (AIFM-Umsetzungsgesetz – AIFM-UmsG)<sup>4</sup>

Ihre Ansprechpartner in der Praxisgruppe Employment & Benefits:



**Dr. Guido Zeppenfeld, LL.M.\***  
Partner, Frankfurt  
T +49 69 7941 1701  
gzeppenfeld@mayerbrown.com



**Boris A. Blunck**  
Associate, Frankfurt  
T +49 69 7941 1050  
bblunck@mayerbrown.com



**Dr. Nicolas Rüssler, LL.M. \*\***  
Partner, Frankfurt  
T +49 69 7941 2241  
nroessler@mayerbrown.com



**Vanessa Klesy**  
Associate, Frankfurt  
T +49 69 7941 1283  
vklesy@mayerbrown.com



**Björn Vollmuth\***  
Counsel, Frankfurt  
T +49 69 7941 2231  
bvollmuth@mayerbrown.com

**Matthias Füssel**  
Associate, Frankfurt  
T +49 69 7941 1030  
mfuessel@mayerbrown.com



**Isabelle van Sambeck, LL.M.**  
Counsel, Düsseldorf  
T +49 211 86224 112  
ivsambeck@mayerbrown.com

\* auch Fachanwalt für Arbeitsrecht

\*\* University of Notre Dame

## About Mayer Brown

Mayer Brown is a global legal services organization advising clients across the Americas, Asia and Europe. Our presence in the world's leading markets enables us to offer clients access to local market knowledge combined with global reach.

We are noted for our commitment to client service and our ability to assist clients with their most complex and demanding legal and business challenges worldwide. We serve many of the world's largest companies, including a significant proportion of the Fortune 100, FTSE 100, DAX and Hang Seng Index companies and more than half of the world's largest banks. We provide legal services in areas such as banking and finance; corporate and securities; litigation and dispute resolution; antitrust and competition; US Supreme Court and appellate matters; employment and benefits; environmental; financial services regulatory & enforcement; government and global trade; intellectual property; real estate; tax; restructuring, bankruptcy and insolvency; and wealth management.

### OFFICE LOCATIONS

#### AMERICAS

- Charlotte
- Chicago
- Houston
- Los Angeles
- New York
- Palo Alto
- Washington DC

#### ASIA

- Bangkok
- Beijing
- Guangzhou
- Hanoi
- Ho Chi Minh City
- Hong Kong
- Shanghai
- Singapore

#### EUROPE

- Brussels
- Düsseldorf
- Frankfurt
- London
- Paris

#### TAUIL & CHEQUER ADVOGADOS

in association with Mayer Brown LLP

- São Paulo
- Rio de Janeiro

Please visit [www.mayerbrown.com](http://www.mayerbrown.com) for comprehensive contact information for all Mayer Brown offices.

Mayer Brown is a global legal services provider comprising legal practices that are separate entities (the "Mayer Brown Practices"). The Mayer Brown Practices are: Mayer Brown LLP and Mayer Brown Europe – Brussels LLP, both limited liability partnerships established in Illinois USA; Mayer Brown International LLP, a limited liability partnership incorporated in England and Wales (authorized and regulated by the Solicitors Regulation Authority and registered in England and Wales number OC 303359); Mayer Brown, a SELAS established in France; Mayer Brown JSM, a Hong Kong partnership and its associated entities in Asia; and Tauil & Chequer Advogados, a Brazilian law partnership with which Mayer Brown is associated. "Mayer Brown" and the Mayer Brown logo are the trademarks of the Mayer Brown Practices in their respective jurisdictions.

This publication provides information and comments on legal issues and developments of interest to our clients and friends. The foregoing is not a comprehensive treatment of the subject matter covered and is not intended to provide legal advice. Readers should seek legal advice before taking any action with respect to the matters discussed herein.

© 2013. The Mayer Brown Practices. All rights reserved.

