

Dear client,

The current issue of our quarterly client newsletter **German Business Law news** covers the latest legal developments in important areas of German business law - one of our legal specializations.

If you have any questions regarding the cited decisions in this newsletter or if you need more information regarding the covered issues and this area of law in general please do not hesitate to contact us. We will be happy to answer your questions and assist you with our expertise.

Please note that this newsletter contains general information on the law and is not legal advice. We hope you understand that we cannot assume any liability.

Enjoy reading!

Sincerely yours,



Stefan Winheller
German Attorney at Law & Tax Lawyer, LL.M. Tax (USA)

Sehr verehrte Mandantin,
sehr verehrter Mandant,

unser aktueller Mandanten-Newsletter **German Business Law news** enthält wieder einige interessante Entwicklungen im Bereich des deutschen Wirtschaftsrechts.

Sicherlich können Sie den einen oder anderen Hinweis auch in Ihre persönliche Planung miteinbeziehen. Wir stehen Ihnen jederzeit gerne mit Rat und Tat zur Seite und klären für Sie ab, ob und inwieweit dies möglich und/oder erforderlich ist.

Erlauben Sie uns wie immer den kurzen Hinweis, dass der Newsletter nur Ihrer grundlegenden Information dient und keine individuelle Rechtsberatung im Einzelfall ersetzt. Eine Haftung kann daher trotz sorgfältiger Bearbeitung nicht übernommen werden.

Viel Spaß bei der Lektüre!

Mit besten Grüßen

Ihr



Stefan Winheller
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht, LL.M. Tax (USA)

Tax Law / Steuerrecht

Are the German Rules on Fiscal Loss Carry-Forward for Ailing Companies in Violation of European Law?

The EU Commission is currently reviewing the German rules on fiscal loss carry-forward for ailing companies introduced as a result of the economic crisis (Section 8c(1a) German Corporate Tax Act [KStG]), which provides tax advantages when acquiring companies in need of financial restructuring (cf. the report in the Summer 2009 edition of the Newsletter).

The Federal government currently in office in Germany had originally only intended for the rule to be a limited-time aid, but has in the meantime

Verstößt „Sanierungsklausel“ gegen Europarecht?

Die EU-Kommission prüft derzeit die im Zuge der Wirtschaftskrise eingeführte Sanierungsklausel (§ 8 c Abs.1a Körperschaftssteuergesetz (KStG)), die steuerliche Erleichterungen beim Erwerb von sanierungsbedürftigen Unternehmen vorsieht (siehe den Bericht in der Sommerausgabe 2009 des Newsletters).

Die amtierende Bundesregierung hat die ursprünglich nur als zeitlich befristete Hilfe gedachte Regelung in der Zwischenzeit dauerhaft im Gesetz veran-

anchored it permanently into law. However, in the view of the EU Commission, the new provision set forth as Section 8c(1a) KStG could be seen as state aid. The Commission views the manner in which healthy and ailing companies receive unequal treatment as grounds for its concerns since only the latter ones are allowed to take advantage of the tax benefits of the fiscal loss carry-forward. In the event that the Commission should in fact rule that the regulations on fiscal loss carry-forward for ailing companies constitute state aid, it will then review in how far it can be reconciled with European Law. The doubts of the Commission relate, in particular, to the principles ensuring fair competition within the single European market.

Note: Member States of the European Union are obligated to present intended state aid programs to the EU Commission for review and to have these approved. Where a state fails to do so and grants aid nonetheless, the aid programs are deemed illegal. Should the Commission come to the conclusion that the rules on fiscal loss carry-forward for ailing companies in fact represents unlawfully granted aid and should it in addition also infringe upon European law, the consequences would be substantial: The status quo in place prior to the introduction of the rule that is subject matter of the complaint would need to be re-established. In depth, what this would mean is that companies that were favored in this manner would be required to repay the full amount of what they had saved. Investors will need to take this risk into account for any future contract negotiations.

EU Commission Press Release of 02/24/2010

Ban on "Tax Shelters" is Constitutional

Since the beginning of 2004, municipalities in Germany have been obligated by law to charge trade tax at a minimum municipal rate of 200%, resulting in adding another tax burden of seven percentage points to the corporation tax (15%). Before this rule was introduced, these municipalities were allowed to choose the amount of the tax rate at their own discretion, thus they even had the choice to leave it at 0%.

Two municipalities filed a constitutional complaint before the German Federal Constitutional Court in response to this new rule. They argued that the legally prescribed minimum rate was in violation of their right to autonomy guaranteed in the German Constitution. This right grants municipalities the freedom to freely govern local issues on their own. Included in such issues, so the argument, is also the communal fiscal autonomy.

However, the complaints remained without success. In the opinion of the Federal Constitutional Court, the new rule does not infringe on the guaranteed autonomy, because the municipalities' fiscal autonomy was not adversely impacted in its core aspects. The municipal autonomy had not been disproportionately restricted. The purpose of the minimum tax rate was based on the legitimate

ker. Aus Sicht der EU-Kommissare könnte es sich bei der Vorschrift des § 8 c Abs.1a KStG jedoch um eine staatliche Beihilfe handeln. Den Grund hierfür sieht die Kommission in der Ungleichbehandlung von gesunden und notleidenden Unternehmen, da nur letztere die steuerliche Geltendmachung von Verlustvorträgen in Anspruch nehmen können. Für den Fall, dass die Kommission die Sanierungsklausel als staatliche Beihilfe einstuft, wird sie deren Vereinbarkeit mit dem Europarecht prüfen. Zweifel hegt die Kommission insbesondere hinsichtlich des Grundsatzes eines lautereren Wettbewerbs im europäischen Binnenmarkt.

Hinweis: Mitgliedstaaten der Europäischen Union sind dazu verpflichtet, beabsichtigte staatliche Beihilfen der EU-Kommission zur Prüfung vorzulegen und genehmigen zu lassen. Unterlässt dies ein Staat und gewährt dennoch Beihilfen, sind sie rechtswidrig. Sollte die Kommission zu dem Schluss kommen, dass die Sanierungsklausel eine solche rechtswidrige Beihilfe darstellt und darüber hinaus gegen Europarecht verstößt, hätte dies weitreichende Folgen: Der vor Einführung der beanstandeten Regelung bestehende status quo müsste wiederhergestellt werden. Im Einzelnen bedeutet dies, dass begünstigte Unternehmen ihre Einsparungen in voller Höhe zurückzuerstatten hätten. Investoren müssen dieses Risiko bei anstehenden Vertragsverhandlungen entsprechend berücksichtigen.

Pressemitteilung der EU-Kommission vom 24.02.2010

Verbot von „Steuerparadiesen“ verfassungskonform

Gemeinden in Deutschland sind seit Jahresbeginn 2004 gesetzlich dazu verpflichtet, Gewerbesteuern zu einem Mindesthebesatz von 200% zu erheben, was im Ergebnis zu einer zusätzlichen Steuerbelastung von 7 Prozentpunkten zur Körperschaftsteuer (15%) führt. Vor Einführung dieser Regelung war es ihnen gestattet, die Höhe des Steuersatzes völlig frei festzulegen, also beispielsweise auch bei 0% zu belassen.

Gegen die Neuregelung erhoben zwei Gemeinden Verfassungsbeschwerden vor dem Bundesverfassungsgericht. Sie sahen sich durch den gesetzlich vorgeschriebenen Mindesthebesatz in ihrem grundgesetzlich verankerten Selbstverwaltungsrecht verletzt. Das Recht gewährt Gemeinden die Freiheit, ihre örtlichen Angelegenheiten selbstbestimmt zu regeln. Dazu gehört auch die kommunale Finanzhoheit.

Die Beschwerden blieben jedoch erfolglos. Nach Ansicht des Bundesverfassungsgerichts liegt kein Verstoß gegen die Selbstverwaltungsgarantie vor, da die Finanzhoheit der Gemeinden nicht in ihrem Kernbereich beeinträchtigt werde. Die gemeindliche Autonomie sei nicht unverhältnismäßig beschränkt worden. Der Mindesthebesatz verfolge das legitime Ziel, die Schaffung von Steuerparadiesen zu unterbinden.

objective to prevent tax havens. However, the municipalities still had a considerable amount of leeway with regard to how to set the tax rate.

Note: Despite the legal restriction, the different tax rates set by cities and municipalities do tend to vary significantly. They are far higher in urban concentrations than they are in rural areas. The top contenders among the larger cities showed a trade tax rate of 490% last year, which equals an added tax burden of 17.15 percentage points in addition to the corporation tax (15%). When selecting a business location, investors should duly take this added cost factor into account in their planning.

Judgment of the Federal Constitutional Court of 01/27/2010, Cases 2 BvR 2185/04 and 2 BvR 2189/04

Den Gemeinden verbleibe jedoch weiterhin ein beträchtlicher Gestaltungsspielraum hinsichtlich ihres Hebesatzes.

Hinweis: Trotz der gesetzlichen Beschränkung variieren die Steuersätze von Städten und Gemeinden teils erheblich. Gerade in städtischen Ballungsräumen liegen sie um ein Vielfaches höher als in ländlichen Gebieten. Die Spitzenreiter unter den größeren Städten wiesen im letzten Jahr einen Gewerbesteuerersatz von 490% aus, was einer zusätzlichen Steuerbelastung von 17,15 Prozentpunkten zur Körperschaftsteuer (15%) entspricht. Investoren sollten diesen Kostenfaktor bei der Standortauswahl innerhalb Deutschlands in ihre Planung miteinbeziehen.

Beschluss des BVerfG v. 27.01.2010, Az. 2 BvR 2185/04 und 2 BvR 2189/04

Labor & Employment Law / Arbeitsrecht

Rule on Calculating Termination Deadlines is Incompatible with European Law

Section 622(2) 2nd sentence of the German Civil Code includes a rule, whereby when calculating employment termination deadlines, any periods of employment before the employee's age of 25 are disregarded. With its decision of January 19, 2010, the European Court of Justice declared that this standard practice is incompatible with European law because it would constitute employee discrimination on the grounds of age.

The decision develops partial retroactive effect and in doing so definitely covers pending dismissal suits. The German legal system also is likely to interpret this decision as having a retroactive effect on all employment relationships terminated by employers after December 2, 2006, should appropriate lawsuits be filed.

The decision should also remotely affect the legal treatment of employment contracts limited on the grounds of age, severance schemes and general age limits in employment agreements.

ECJ Judgment of 01/19/2010, Case C-555/07

Regelung zur Berechnung von Kündigungsfristen ist europarechtswidrig

§ 622 Abs. 2 Satz 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs enthält die Regelung, bei der Berechnung von Fristen zur Kündigung eines Arbeitsverhältnisses solche Zeiten nicht zu berücksichtigen, die vor der Vollenendung des 25. Lebensjahrs des Arbeitnehmers liegen. Mit Urteil vom 19.01.2010 hat der Europäische Gerichtshof die Norm nun für europarechtswidrig erklärt, weil sie Arbeitnehmer aufgrund ihres Alters diskriminiere.

Die Entscheidung entfaltet eine partielle Rückwirkung und erfasst damit jedenfalls bereits anhängige Kündigungsschutzklagen. Auch eine Rückwirkung auf alle nach dem 02.12.2006 durch arbeitgeberseitige Kündigung beendeten Arbeitsverhältnisse dürfte seitens der deutschen Rechtsprechung bejaht werden, sofern entsprechende Klagen anhängig gemacht werden.

Eine Fernwirkung dürfte das Urteil auch auf die rechtliche Behandlung von altersbedingten Arbeitsvertragsbefristungen, Sozialplänen sowie allgemeinen Altersgrenzen in Arbeitsverträgen haben.

Urteil des Europäischen Gerichtshofs v. 19.01.2010, Az. C-555/07

Corporation Law / Gesellschaftsrecht

Tough Times for "Professional Complainants"

Shareholders are entitled to contest resolutions by general shareholders' meetings in court and in doing so to put them on hold for at least a short period of time. In the past, this right has yielded a fair number of "professional complainants" who oftentimes file legal action based on outrageous arguments so as to then demand a fee from the companies under suit

Schwere Zeiten für „Berufskläger“

Aktionären steht das Recht zu, Hauptversammlungsbeschlüsse gerichtlich anzufechten und damit zumindest zeitweise aufzuhalten. Dies hat in der Vergangenheit eine Reihe von „Berufsklägern“ hervorgebracht, die oftmals mit hanebüchenen Argumenten versehene Klagen einreichen und sich anschließend deren Rücknahme von den so angegrif-

in return for the withdrawal of the complaint. Typically, the corporations concerned have no other option than to pay the amount so as to avoid any further delays and to ward off any further damage to the company. This dubious "business model" has increasingly been cause for a serious disadvantage to companies located in Germany from the point of view of investors.

Lawmakers saw a need to take action. Some time around the middle of last year, the German Bundestag passed into law the implementation of the Shareholders' Right Directive [ARUG]. This act on the one hand strengthened shareholders' rights so as on the other hand to put forth a package of measures with the objective of curbing potential misuse. Now, minor shareholders can be outvoted by other shareholders if only some less serious violations of law or by-laws are the subject matter of their objection. Moreover, the new law shortens the appeals channel, and in doing so it became possible to significantly reduce the potential for extortion, which in most cases was the result of long durations of proceedings.

Now, even the courts are clamping down more frequently on the ill-doings of professional complainants and are dismissing cases which they suspect are abusing the legal system. The fact that a complaint that misuses the system might in fact involve a considerably higher risk to the plaintiff than its simple dismissal by the court can be seen from a decision by Hamburg Regional Court that was recently published:

For no apparently logical reason, a small shareholder filed an appeal against a company's resolution to increase its share capital, which was to be accomplished by the contribution of shares from shareholders of a different corporation. Because this capital contribution was delayed for several months as a result of the complaint, the other corporation finally withdrew from the contribution agreement. In the period that followed, their shares experienced a serious drop in value which was obviously a direct consequence of the called-off deal. The Hamburg Regional Court sentenced the shareholder to compensate the company for damages caused by the loss in the share price. In the opinion of the court, the only purpose of the complaint filed by the shareholder was for the company to compensate him for his right to file a complaint. In return, he had demanded payment of EUR 60,000. In the process, he knowingly accepted that the shareholders of the other company would suffer a considerable loss. In addition to the insufficient grounds, another clear implication that the opposition complaint was misusing the system was the fact that the minor shareholder had already been involved in numerous other proceedings similar in nature many times in the past. In this respect, "predatory shareholders", another name given to these kinds of complainants, are setting themselves up for twice the liability risk: Opposition complaints filed by shareholders that abuse the legal system not only give the corporation concerned the right to assert damages, but third parties that suffer damages have the same right.

LG Hamburg, Judgment of 06/15/2009,
Case 321 O 430/07

fenen Unternehmen vergüten lassen. In der Regel sehen sich die betroffenen Aktiengesellschaften zur Zahlung gezwungen, um Verzögerungen zu vermeiden und dadurch entstehende Schäden vom Unternehmen abzuwenden. Dieses zweifelhafte „Geschäftsmodell“ bedingte zunehmend einen ernstzunehmenden Standortnachteil aus der Sicht von Investoren.

Die Politik sah Handlungsbedarf. Der Bundestag verabschiedete Mitte des letzten Jahres das Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrechterichtlinie (ARUG). Das Gesetz stärkte einerseits Aktionärsrechte, um dem Missbrauch dieser Rechte auf der anderen Seite durch ein Maßnahmenbündel gezielt Einhalt zu gebieten. Kleinaktionäre können nun von den übrigen Aktionären überstimmt werden, wenn nur weniger gravierende Gesetzes- oder Satzungsverstöße Gegenstand ihrer Rüge sind. Zudem verkürzt das Gesetz den Instanzenweg, wodurch das Erpressungspotential, das in erster Linie in der langen Verfahrensdauer liegt, deutlich verringert werden konnte.

Auch die Gerichte schieben dem Treiben der Berufskläger vermehrt einen Riegel vor und weisen Klagen ab, die im Verdacht des Rechtsmissbrauchs stehen. Dass eine missbräuchliche Klage weitaus höhere Risiken für den Kläger mit sich bringt als eine schlichte Abweisung, zeigt eine kürzlich veröffentlichte Entscheidung des LG Hamburg:

Ein Kleinaktionär hatte ohne nachvollziehbaren Grund einen Kapitalerhöhungsbeschluss angefochten, durch den die Aktionäre einer anderen Aktiengesellschaft ihre Aktien einbringen sollten. Da sich durch die Klage die Einbringung um Monate verzögerte, trat die andere Aktiengesellschaft schließlich vom Einbringungsvertrag zurück. In der Folgezeit mussten deren Aktien einen empfindlichen Einbruch hinnehmen, der offensichtlich auf das geplatze Geschäft zurückzuführen war. Das LG Hamburg verurteilte den Aktionär zum Ersatz des durch den Kursverlust eingetretenen Schadens. Es ging dem Anleger nach Ansicht des Gerichts nur darum, sich sein Klagerecht abkaufen zu lassen. Hierfür hatte er 60.000 Euro verlangt. Dabei nahm er billigend in Kauf, dass den Aktionären des anderen Unternehmens ein erheblicher Schaden entstand. Für die Missbräuchlichkeit der Anfechtungsklage sprach neben der unzureichenden Begründung auch, dass der Kleinaktionär bereits in zahlreichen vergleichbaren Verfahren beteiligt war. „Räuberische Aktionäre“, wie derartige Kläger auch genannt werden, setzen sich insofern einem doppelten Haftungsrisiko aus: Rechtsmissbräuchliche Anfechtungsklagen können nicht nur die unmittelbar betroffene Aktiengesellschaft zum Schadensersatz berechtigen, sondern auch geschädigte Dritte.

Urteil des LG Hamburg v. 15.06.2009,
Az. 321 O 430/07

European Private Company Suffers Serious Setback

The introduction of the European Private Company, also known as "Societas Privata Europaea", or "SPE" in short, that has been on the agenda for the longest time is now being delayed even further. At a session, the Council of the European Union was unable to agree on a legislative proposal and therefore made the decision to once again revise the draft regulation.

If European lawmakers have their way, the SPE will replace the successfully established European Company ("Societas Europaea", "SE" in short) and will especially benefit medium-sized companies. In discussion is a limited liability company, comparable in essence to the German legal GmbH entity or the Enterprise Company ["Unternehmergesellschaft"; UG]. This is why it is also commonly referred to as the "European private limited-liability company".

Not until you take a close second look is it evident just how necessary this kind of European legal form is, because in principle a company established in Germany is permitted to conduct business under the same legal form anywhere within the EU territory. As an example in this regard, refer to the huge success that benefited the British "private limited company" in the European region for a while. What needs to be considered in this case is the following general problem: Any legal form is literally "embedded" in its ambient legal system. It originates from a certain defined understanding of the law and is tailored to comply with the liability system in place therein. If a company established in the form of a German company transacts business in other European countries, this will inevitably result in a clash of two differently structured legal systems. The courts of each Member State will then need to assess the foreign legal entity based on their own understanding of the law. In consequence, what this means is that if a company chooses to do business under the legal entity it has become accustomed to at home, the cost savings it aims to achieve in a foreign country is lost for the most part. This is because the particularities of each legal system must be given due consideration separately in each country and doing so requires costly legal counsel to be retained.

An SPE promises to provide a solution to this problem. It would be subject to a standard European law, which would be applied equally in each Member State. This would be the reason why establishing an SPE would, in particular, be an attractive alternative to such companies which do business in several Member States or which intend to do so in the future. However, it will still take quite some time before it is in fact introduced, based on the most recent decision by the Council.

EU Council Press Release of 12/03/2009

Rückschlag für die Europäische Privatgesellschaft

Die Einführung der schon seit längerem auf der Agenda stehenden Europäischen Privatgesellschaft, auch „Societas Privata Europaea“ oder kurz „SPE“ genannt, verzögert sich weiter. Der Rat der Europäischen Union konnte auf einer Tagung keine Einigung über den Gesetzesvorschlag erzielen und fasste deshalb den Beschluss, den Entwurf nochmals zu überarbeiten.

Die SPE soll nach dem Willen des europäischen Gesetzgebers der erfolgreich etablierten Europäischen (Aktien-)Gesellschaft („Societas Europaea“; abgekürzt „SE“) folgen und insbesondere Mittelständlern zugute kommen. Es handelt sich um eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, die ihrem Wesen nach mit der deutschen Rechtsform der GmbH bzw. der Unternehmergesellschaft (UG) vergleichbar ist. Man bezeichnet sie daher umgangssprachlich auch als „Europa-GmbH“.

Die Notwendigkeit solch einer europäischen Rechtsform erschließt sich erst auf den zweiten Blick, denn prinzipiell kann eine im Inland gegründete Gesellschaft ihre Geschäftstätigkeit im gesamten EU-Gebiet in derselben Rechtsform ausüben. Beispielsweise sei hier auf den zeitweilig großen Erfolg der englischen „Private Limited Company“ im europäischen Raum hingewiesen. Zu bedenken ist hierbei aber das folgende grundsätzliche Problem: Jede Rechtsform ist bildlich gesprochen „eingebettet“ in die sie umgebende Rechtsordnung. Sie entstammt einem bestimmten Rechtsverständnis und ist auf das dortige Haftungssystem zugeschnitten. Wenn ein Unternehmen in Form einer inländischen Gesellschaft im europäischen Ausland tätig wird, führt dies zwangsläufig zur Kollision zweier unterschiedlicher Rechtsordnungen. Die Gerichte jedes Mitgliedstaats werden die ausländische Rechtsform nach ihrem jeweiligen Rechtsverständnis beurteilen. In der Konsequenz bedeutet dies, dass die durch die Verwendung der vertrauten heimischen Rechtsform im Ausland angestrebte Kostenersparnis weitgehend entfällt. Die Besonderheiten jeder Rechtsordnung müssen vor Ort im Wege einer kostspieligen Rechtsberatung individuell berücksichtigt werden.

Die Lösung des Problems verspricht die SPE. Sie unterläge einem einheitlichen europäischen Recht, das in jedem Staat gleich angewandt würde. Aus diesem Grund wäre die SPE insbesondere für solche Unternehmen attraktiv, die in mehreren Mitgliedstaaten aktiv sind oder dies beabsichtigen. Bis zu ihrer Einführung wird nach dem aktuellen Ratsbeschluss jedoch noch etwas Zeit vergehen.

Pressemitteilung der Ratstagung vom 03.12.2009



WINHELLER Attorneys at Law

Corneliusstr. 34
60325 Frankfurt am Main, Germany

Tel.: +49 (0)69 76 75 77 80
Fax: +49 (0)69 76 75 77 810

E-mail: info@winheller.com
Internet: <http://www.winheller.com>

Frankfurt | Karlsruhe | Shanghai

make a difference.