

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)

German Tax Law / Steuerrecht

Equity Interest in a U.S. Limited Liability Company is Taxable in Germany

Equity interest in a partnership incorporated as an LLC in the United States can give rise to tax liability in Germany insofar as the LLC has the properties of a corporation from the perspective of German law.

The Federal Finance Court reached this decision in the case of a German who owned shares of an LLC which had been founded in Florida. According to the Double Taxation Agreement between Germany and

Beteiligung an US-amerikanischer Limited Liability Company in Deutschland steuerpflichtig

Die Beteiligung an einer in den USA als Personengesellschaft errichteten LLC kann eine deutsche Steuerpflicht begründen, sofern die LLC aus deutscher Sicht die Eigenschaften einer Kapitalgesellschaft besitzt.

Dies entschied der BFH im Fall eines Deutschen, der an einer im US-Bundesstaat Florida gegründeten LLC beteiligt war. Nach dem Doppelbesteuer-

the USA, income from capital is taxable in Germany – including in cases in which the partner has already paid taxes on this income in the USA. The relevant classification of an LLC as either a sole proprietorship or a separate legal entity is done according to a so-called type comparison (see Federal Finance Ministry Regulation in Federal Taxation Gazette I 2004, 411 (IV.)). The intervening revision of the Double Taxation Treaty has no effect on this result, according to the Federal Finance Court.

Federal Finance Court, Judgment of 20 August 2008, file no. I R 34/08.

rungsabkommen zwischen Deutschland und den USA sind Einnahmen aus Kapitaleinkünften in Deutschland steuerpflichtig – und zwar auch dann, wenn der Gesellschafter diese Einkünfte bereits in den USA versteuert hat. Die maßgebliche Einordnung einer LLC als Personen- oder Kapitalgesellschaft wird dabei anhand eines sog. Typenvergleichs (siehe BMF-Schreiben in BStBl I 2004, 411 (IV.)) vorgenommen. Die zwischenzeitlich erfolgte Novellierung des Doppelbesteuerungsabkommens hat laut BFH keinen Einfluss auf dieses Ergebnis.

BFH, Urteil v. 20.08.2008, Az. I R 34/08

Corporation Law / Gesellschaftsrecht

The Most Comprehensive Reform Ever to the German law on GmbHs [Private Limited Companies]

On 1 November 2008, the Law to Modernize Private Limited Company Regulation and Combat Abuses (German abbreviation MoMiG) came into force. It is the most comprehensive reform in this area of the law since the original law permitting private limited companies.

The key innovations involve measures to expedite business formation and to remove competitive disadvantages in the European context. In addition the legislature created a completely new variant of the GmbH, the so-called *Unternehmergesellschaft* ('entrepreneur company'):

1. Standardized forms should help expedite routine company formations in the future. The formation procedure is also expedited by a separation of the registration procedure from acquisition of whatever permit approvals may be necessary under trade regulations. In the past, the administrative approval process frequently led to considerable delays in business formation, since promoters were required to show that they had obtained the required official permits (for instance, a food service operator's permit or a permit to provide financial services) before the official registration of their business.

2. By creating the possibility of transferring the principal place of business of a GmbH to a foreign country, lawmakers have removed a considerable competitive disadvantage to the GmbH legal form in the European context. Until now, only EU-based foreign companies could relocate their administrative headquarters to Germany. A change in the opposite direction was not possible. As a result of the new provisions, this possibility now exists. A German firm can thus run its subsidiaries in other EU countries as GmbHs (private limited companies).

3. Someone who wanted to quickly and inexpensively form a company in Germany was, until now, required to use the legal form of an English private company limited by shares ("Limited"). However, the applicability of English laws brought disadvantages.

Die umfassendste GmbH-Reform aller Zeiten

Zum 1. November 2008 ist das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) und damit die umfassendste Reform des deutschen GmbH-Rechts seit Bestehen des GmbH-Gesetzes in Kraft getreten.

Die wesentlichen Neuerungen betreffen Maßnahmen zur Beschleunigung von Unternehmensgründungen und zum Abbau von Wettbewerbsnachteilen im europäischen Kontext. Daneben hat der Gesetzgeber eine völlig neue Variante der GmbH, die sog. Unternehmergesellschaft, geschaffen:

1. Musterprotokolle helfen künftig, unkomplizierte Standardgründungen schneller abzuwickeln. Beschleunigt wird das Gründungsverfahren auch durch die Trennung des Eintragungsverfahrens von etwaigen gewerberechtlichen Genehmigungen. In der Vergangenheit hatten verwaltungsrechtliche Genehmigungsverfahren häufig zu erheblichen Verzögerungen bei der Unternehmensgründung geführt, da bereits bei der Anmeldung zum Handelsregister die betreffende staatliche Genehmigungsurkunde (z.B. Genehmigungen für Restaurantbetriebe oder bestimmte Finanzdienstleistungen) vorgelegt werden musste.

2. Durch die Schaffung der Möglichkeit der Verlegung des Verwaltungssitzes einer GmbH ins Ausland hat der Gesetzgeber einen gravierenden Wettbewerbsnachteil der GmbH als Rechtsform im europäischen Vergleich beseitigt. Bislang konnten nur EU-Auslandsgesellschaften ihren Verwaltungssitz nach Deutschland verlagern. In umgekehrter Form galt dies nicht. Nach der Neuregelung ist diese Möglichkeit nun eröffnet. Ein deutscher Konzern kann daher seine Tochtergesellschaften nun auch im EU-Ausland als GmbH führen.

3. Wer in Deutschland schnell und günstig ein Unternehmen gründen will, war bisher auf die Gesellschaftsform der englischen Limited angewiesen. Wegen der Geltung englischen Rechts sind damit jedoch auch Nachteile verbunden. So muss eine in

An English Limited active in Germany has to observe not only English but also German tax and accounting regulations and, for example, prepare and submit an annual report in England. A Limited also requires an address and a so-called "secretary" in England, which also increases costs. The last, and possibly decisive, disadvantage of the English Limited is that it does not enjoy a particularly good reputation in Germany – at least when the company is founded by Germans in Germany and is active on the German market. "German" companies formed under English limited law are generally encountered in less-reputable branches of industry.

By the creation of a new category of 'entrepreneur company' as a sub-category of the GmbH, a resort to the English limited company is no longer necessary.

Note: The entrepreneur company (the so-called "Mini-GmbH") is not a new legal form, but rather a special form of the GmbH. It is permitted to begin operations without a minimum original capital requirement, that is, it can be founded with an original capital contribution of € 1. In return for this concession, however, the yearly profit of an entrepreneur company may not be completely distributed to the shareholders. Rather, a quarter of the yearly profits must be held in reserve each year until the minimum capital contribution amount of € 25,000 has been saved up. When the capital reaches € 25,000, the entrepreneur company may transform itself into a "normal" GmbH – but does not have to do so.

Deutschland tätige Limited sowohl den deutschen als auch den englischen steuerlichen Vorschriften und Bilanzregeln nachkommen und beispielsweise einen Jahresabschluss auch in England erstellen und einreichen. Zudem benötigt die Limited eine Adresse und einen sog. „Secretary“ in England, was ebenfalls ein erhöhtes Kostenaufkommen zur Folge hat. Der letztlich entscheidende Nachteil der englischen Limited dürfte sein, dass die Limited in Deutschland nicht den besten Ruf genießt – dies gilt jedenfalls dann, wenn sie von Deutschen in Deutschland gegründet wird und auf dem deutschen Markt tätig ist. „Deutsche“ Limiteds sind vor allem in weniger seriösen Branchen anzutreffen.

Durch die Schaffung der Unternehmergesellschaft als Unterfall der GmbH ist ein Ausweichen auf die englische Limited nicht mehr erforderlich.

Hinweis: Die Unternehmergesellschaft (die sog. „Mini-GmbH“) ist keine neue Rechtsform, sondern eine spezielle Form der GmbH, die zunächst ohne Mindeststammkapital, d.h. mit nur 1 € gegründet werden kann. Im Gegenzug darf der Jahresgewinn der Unternehmergesellschaft allerdings nicht komplett an die Gesellschafter ausgeschüttet werden. Vielmehr muss jedes Jahr ein Viertel des Jahresgewinns in eine Rücklage eingestellt werden, bis das Mindeststammkapital von 25.000 € angespart ist. Ist das Kapital von 25.000 € erreicht, kann sich die UG in eine „gewöhnliche“ GmbH umbenennen – sie muss dies aber nicht tun.

Procedural Law / Prozessrecht

Reimbursability of Translation Costs in Civil Proceedings

In contrast to American law, the general rule in German is that the losing party in a lawsuit must pay all costs of the legal proceeding (the so-called "loser pays rule"). Under this rule, the party must pay not only his own costs, but also those of his opponent. These costs include court costs, attorneys' fees (which are set by law), and, if relevant, travel costs and lost wages of the opposing party.

According to the Celle Higher Regional Court's judgment of 1 August 2008, translators' fees also belong to reimbursable expenses of a legal proceeding, so long as they were necessary to the appropriate prosecution or defense of a lawsuit, and the importance of individual submissions justified a word-for-word translation.

By the way, reimbursement cannot be avoided by virtue of a venue agreement concluded by the parties. To the contrary: if the parties decide by virtue of a venue agreement to submit themselves to German jurisdiction and procedural rules, the decision on costs must also be reached according solely to German law.

Erstattungsfähigkeit von Übersetzungskosten im Zivilprozess

Anders als etwa im amerikanischen Recht hat in Deutschland die unterliegende Partei grundsätzlich sämtliche Kosten eines Rechtsstreits zu tragen („loser pays rule“). Demnach müssen nicht nur die eigenen Prozesskosten beglichen werden, sondern auch die des Gegners. Dazu zählen unter anderem die Gerichtskosten, die (gesetzlich festgelegten) Anwaltskosten sowie gegebenenfalls auch Reisekosten bzw. Verdienstauffälle der gegnerischen Partei.

Auch Übersetzungskosten gehören grundsätzlich zu den erstattungsfähigen Kosten eines Rechtsstreits, sofern sie zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung bzw. Rechtsverteidigung notwendig sind und die Bedeutung der einzelnen Schriftstücke eine wörtliche Übersetzung rechtfertigt. So entschied das OLG Celle in seinem Beschluss vom 1.8.2008.

Eine Erstattung scheidet übrigens nicht allein deshalb aus, weil die Parteien eine Gerichtsstandvereinbarung geschlossen haben. Im Gegenteil: wenn sich die Parteien im Wege einer Gerichtsstandvereinbarung der deutschen Gerichtsbarkeit und somit deutschem Verfahrensrecht unterwerfen, richtet sich die Kostentragungspflicht auch alleine nach deut-

Internet & Competition Law / Internet- & Wettbewerbsrecht

Competition-Law Violation because of Impermissible General Terms of Business

In Germany, customers who purchase goods over the Internet have a right to return the merchandise in certain cases. They can send back goods to the seller within 14 days without being required to cite a reason. This regulation is intended to give customers the same ability to examine merchandise that they would have in a normal store.

The Frankfurt Higher Regional Court has now decided that an Internet business' inadequate description of this legally-mandated return right and the use of invalid clauses in the AGBs (the German abbreviation for general terms of business) can take unfair advantage of customers in ways that violates competition law, even if the clauses at issue are relevant only to the way in which the sales contract is concluded.

The entrepreneur who uses defective return-rights advisories or general terms of business can secure a possible business advantage if the buyer is prevented by the defective advisories from taking advantage of the return rights or the other legally-mandated rights that he is entitled to exercise in all cases – but which appear to be excluded under the general terms of business. This circumstance is sufficient justification to conclude that the defective return-rights advisories and other invalid clauses in the general terms of business can constitute – at least indirectly – revenue-increasing competitive activity within the meaning of § 2 Nr. 1 of the UWG [Law on Unfair Competition].

Note: The German return right is based on European requirements. Similar regulations exist in all EU countries, but can differ substantially from one another in detail. For example, the free-return period in Member States varies from 7 work days to 15 days. The European Commission is working on a new EU Directive that will permit a complete harmonization of this regulation and thereby eliminate existing competitive distortions.

General terms of business have been pre-formulated for a large number of kinds of contracts. They offer users a chance to limit certain risks and to permit more efficient contracting in a large variety of contractual settings. However, German law contains a number of provisions that govern general-terms-of-business clauses. If these regulations are violated, the remaining AGB-clauses are generally unaffected, and the invalid clauses will be replaced

Wettbewerbsverstoß wegen unzulässiger AGB

In Deutschland haben Kunden, die über das Internet Waren bestellen, in bestimmten Fällen ein Widerrufsrecht. Sie können bestellte Waren innerhalb von 14 Tagen an den Unternehmer zurücksenden, ohne dass hierfür eine Begründung notwendig wäre. Der Kunde soll dadurch die Möglichkeit erhalten, die Ware in gleicher Form zu prüfen wie es auch in einem Geschäft möglich ist.

Das OLG Frankfurt hat nun entschieden, dass in der unzureichenden Darstellung der gesetzlich vorgeschriebenen Widerrufsbelehrung und der Verwendung unwirksamer Klauseln in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) eines Internetunternehmens, auch wenn die Klauseln lediglich die Vertragsabwicklung betreffen, eine Wettbewerbs-handlung mit dem Ziel liegen kann, planmäßig den Kunden zu übervorteilen.

Der Unternehmer, der fehlerhafte Widerrufsbelehrungen oder AGBs nutzt, hat möglicherweise dann einen geschäftlichen Vorteil, wenn der Käufer nach Kaufabschluss wegen der unzureichenden Belehrung aus Unkenntnis der Rechtslage von der Ausübung des ihm gesetzlich zustehenden Widerrufsrechts oder von der Ausübung sonstiger tatsächlich bestehender, in den AGB-Klauseln jedoch ausgeschlossener vertraglicher Rechte abgehalten wird. Dieser Umstand reicht aus, um die Erteilung unzureichender Widerrufsbelehrungen und die Verwendung unwirksamer oder nicht wirksam vereinbarter AGB-Klauseln als – zumindest mittelbar – absatzfördernde Wettbewerbs-handlung im Sinne von § 2 Nr. 1 UWG zu qualifizieren.

Hinweis: Das deutsche Widerrufsrecht geht auf europarechtliche Vorgaben zurück. Im gesamten EU-Raum existieren vergleichbare Vorschriften, die sich im Detail allerdings teils erheblich unterscheiden. So reichen etwa die Widerrufsfristen in den Mitgliedstaaten von 7 Werktagen bis zu 15 Tagen. Die Europäische Kommission arbeitet derzeit an einer neuen EU-Richtlinie, die eine vollständige Harmonisierung bewirken und damit die bestehenden Wettbewerbsverzerrungen beseitigen soll.

Allgemeine Geschäftsbedingungen sind für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierte Vertragsbedingungen. Sie bieten dem Verwender die Möglichkeit, gewisse Risiken zu beschränken und die Vertragsabwicklung bei einer großen Anzahl von Verträgen effizienter zu gestalten. Allerdings gibt es nach deutschem Recht eine Vielzahl gesetzlicher Bestimmungen, die bei der Erstellung von AGB-

by ones in conformance with legal regulations. However, a party that uses defective AGBs exposes himself to increased legal risks, since the right to sue on this basis is not limited solely to consumers, but rather exists also to consumers'-rights organizations and chambers of commerce. There is also a chance of being required to paying competitors' costs for warnings about defective AGBs.

Frankfurt am Main Higher Regional Court, Judgment of 9 May 2007, file no. 6 W 61/07

Permissible Use of Third-Party Trade Names in an AdWords Advertisement

The use of a third-party trade name or business description as a so-called meta-tag in the source code of a website is, according to the large majority of courts to have considered the issue, an illegal use and therefore a trademark violation.

In relation to an AdWords advertisement on an Internet search engine, however, the cases are divided. The Berlin Court of Appeal recently denied that it is an impermissible use of a third-party's trade characteristics to use third-party trade names as ad keywords, at least when the advertisements appear on-screen in a physically separate area from the actual results, are labeled "advertisements," and do not actually contain the third-party trademark.

Note: For a contrary view of the matter in the context of AdWords advertisements, see our Newsletter of February 2007: "Trademark violation through use of third-party trade name as Google Adword"

Berlin Court of Appeal, Judgment of 9 Sept. 2008, file no. 5 U 163/07

Klauseln beachtet werden müssen. Bei einem Verstoß gegen diese Regeln bleiben die übrigen AGB-Klauseln grundsätzlich zwar erhalten und werden durch entsprechende gesetzliche Vorschriften ersetzt. Der Verwender fehlerhafter AGB ist jedoch einem erhöhten Prozessrisiko ausgesetzt, da nicht nur der betroffene Verbraucher klageberechtigt ist, sondern z.B. auch Verbraucherschutzverbände und Handelskammern. Ferner besteht die Gefahr, von Mitbewerbern kostenpflichtig abgemahnt zu werden.

OLG Frankfurt/Main, Beschluss v. 09.05.2007, Az. 6 W 61/07

Erlaubte Nutzung fremder Marken bei AdWords-Werbung

Die Benutzung einer fremden Marke bzw. einer geschäftlichen Bezeichnung als so genannter Meta-Tag im Quellcode einer Website stellt nach überwiegender Meinung der Gerichte eine rechtsverletzende Gebrauchshandlung und damit eine Markenrechtsverletzung dar.

In Bezug auf eine AdWords-Werbung auf einer Internetsuchmaschine ist die Rechtsprechung hingegen gespalten. Aktuell verneint das Kammergericht Berlin das Vorliegen eines unzulässigen kennzeichenmäßigen Gebrauchs fremder, als Keyword genutzter Kennzeichen, wenn die Werbeeinblendungen räumlich getrennt von der eigentlichen Trefferliste als „Anzeigen“ gekennzeichnet erscheinen und das fremde Kennzeichen nicht enthalten.

Hinweis: Zur Gegenmeinung im Zusammenhang mit AdWords-Werbung siehe bereits unseren Newsletter 02/2007: „Markenrechtsverletzung durch Verwendung fremder Marke als Google AdWord“.

KG Berlin, Urteil v. 09.09.2008, Az. 5 U 163/07



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>

Branches: Karlsruhe, Shanghai

- ▶ Business & IP Law
- ▶ Entertainment & Sports Law
- ▶ Securities Class Actions
- ▶ Foundation Law
- ▶ Nonprofit Law

**For more information
please visit our website at**

www.winheller.com