

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)

Bankruptcy Law / Insolvenzrecht

Bankruptcy Law in Times of Crisis – New Law Helps Companies

Bankruptcy law obviously takes on special importance in times of crisis. Massive losses in value, particularly in connection with stocks and real estate, are followed by corporate balance sheets in the red. Numerous companies may therefore have to take the difficult step of filing for bankruptcy. The crucial question for those affected: When is the company regarded as over-indebted and thus a candidate for bankruptcy?

Since 1999, this evaluation has been based on the single-phase concept of over-indebtedness. Accordingly, the statutory requirement had already been fulfilled in the case of a purely mathematical over-

Insolvenzrecht in der Krise – Neues Recht hilft Unternehmen

Dem Insolvenzrecht kommt in Krisenzeiten naturgemäß eine besondere Bedeutung zu. Auf massive Wertverluste, insbesondere im Zusammenhang mit Aktien und Immobilien, folgen rote Zahlen in den Unternehmensbilanzen. Zahlreichen Unternehmen droht deshalb der schwere Gang in die Insolvenz. Die entscheidende Frage für die Betroffenen lautet: wann gilt das Unternehmen als überschuldet und damit insolvenzreif?

Seit 1999 war bei dieser Beurteilung der einstufige Überschuldungsbegriff zugrunde zu legen. Danach war der Tatbestand bereits bei einer rein rechnerischen Überschuldung erfüllt, sofern das Unterneh-

indebtedness unless the company was able to offset the over-indebtedness by other assets in the short term. An odd consequence of this rule: Filing a petition for bankruptcy was compulsory despite foreseeable improvement in the company's financial situation and despite a positive going-concern outlook.

After an increasing number of companies had suffered financial difficulties, the German Federal Government responded last autumn with the reintroduction of the two-phase concept of over-indebtedness, which had already applied prior to the amendment in 1999. The two-phase concept of over-indebtedness includes the going-concern outlook in the evaluation; thus, a temporary lack of funds in the balance sheet does no longer necessarily lead to bankruptcy.

While originally this provision had been limited until December 31, 2010, the upper house of the German parliament in its session of September 18, 2009 gave the green light for an extension by three years until December 31, 2013. Thus, companies are able to benefit from the more flexible two-phase concept of over-indebtedness in the future as well.

Note: According to the law, in the event of impending bankruptcy the petition must be filed without culpable delay, however, no later than three weeks after the occurrence of over-indebtedness. Executive managers and executive management board members are facing consequences under criminal law and personal liability claims by company creditors in the event of violations of this obligation.

Incidentally, even under German law, company bankruptcy does not necessarily have to lead to the company's dissolution. Similar to the U.S. Chapter 11 process, the instrument of the reorganization plan is available to the debtor in Germany, thereby maintaining business operations for the time being and providing the opportunity of the company's reorganization.

Press Release of the German Federal Ministry of Justice, September 18, 2009

men nicht in der Lage war, die Überschuldung kurzfristig durch anderweitige Vermögenswerte auszugleichen. Kuriose Folge dieser Regelung: ein Insolvenzantrag war trotz einer absehbaren Besserung der Unternehmenslage und trotz positiver Fortführungsprognose zwingend zu stellen.

Nachdem Unternehmen vermehrt krisenbedingt in finanzielle Schieflage geraten sind, reagierte die Bundesregierung im vergangenen Herbst mit der Wiedereinführung des zweistufigen Überschuldungsbegriffs, der bereits vor der Änderung im Jahre 1999 Geltung hatte. Der zweistufige Überschuldungsbegriff schließt die Fortführungsprognose in die Beurteilung mit ein; eine vorübergehende Unterbilanzierung muss demnach nicht mehr zwangsläufig zur Insolvenz führen. Diese Regelung war ursprünglich befristet bis zum 31.12.2010.

Der Bundesrat erteilte in seiner Sitzung am 18.09.2009 nun grünes Licht für eine Verlängerung der Frist um drei Jahre bis zum 31.12.2013. Somit können Unternehmen auch in Zukunft vom flexibleren zweistufigen Überschuldungsbegriff profitieren.

Hinweis: Dem Gesetz nach muss die Antragsstellung bei Insolvenzreife ohne schuldhaftes Zögern, spätestens jedoch drei Wochen nach Eintritt der Überschuldung erfolgen. Geschäftsführern und Vorständen drohen bei Verstößen gegen diese Pflicht strafrechtliche Konsequenzen und eine Inanspruchnahme im Wege der persönlichen Haftung gegenüber Gesellschaftsgläubigern.

Übrigens muss eine Firmeninsolvenz auch nach deutschem Recht nicht unumgänglich zur Auflösung des Unternehmens führen. Ähnlich dem amerikanischen Chapter 11-Verfahren steht dem Schuldner hierzulande das Instrument der Planinsolvenz zur Verfügung. Damit kann der Geschäftsbetrieb vorerst aufrecht erhalten und eine Sanierung durchgeführt werden.

Pressemitteilung des Bundesjustizministeriums vom 18.09.2009

Banking & Procedural Law / Bank- & Prozessrecht

No "Class Action" in case of Inaccurate Investment Advice

The Federal Court of Justice [BGH] held that the German Capital Markets Test Case Act [KapMuG] does not apply in cases of inaccurate individual investment advice. For this reason, the appeals of two parties against the decision of a court of lower instance to suspend the main proceedings in order to implement a test case under the KapMuG, were successful. The BGH regarded the matter in dispute as impermissible with regard to the test case. Pursuant to Section 1(1) cl. 1 no. 1 KapMuG, a test case is only permissible if the claim for compensation of damages is based on false, misleading or omitted public capital market information.

Keine „Sammelklage“ bei fehlerhafter Anlageberatung

Das Gesetz über Musterverfahren in kapitalmarktrechtlichen Streitigkeiten (KapMuG) findet nach Ansicht des BGH keine Anwendung in Fällen fehlerhafter, individueller Anlageberatung. Damit waren die Beschwerden zweier Parteien gegen den Beschluss eines vorinstanzlichen Gerichts, das Hauptsacheverfahren auszusetzen, um ein Musterverfahren nach dem KapMuG durchzuführen, erfolgreich. Der BGH sah den Streitgegenstand im Hinblick auf das Musterverfahren als unzulässig an. Ein Musterverfahren ist nach § 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 KapMuG nur dann zulässig, wenn der Schadensersatzanspruch auf

In the view held by the BGH, matters of inaccurate investment advice do not even fall under the law when the advice is based on an erroneous prospectus.

Note: Current and potential test cases under the KapMuG as well as additional information on the process can be found in our weekly newsletter "German & U.S. Class Action news" to which you may subscribe free of charge → *on our website*.

BGH, Judgment of 06/16/2009, Case XI ZB 33/08

eine falsche, irreführende oder unterlassene öffentliche Kapitalmarktinformation gestützt wird. Sachverhalte fehlerhafter Anlageberatung fallen nach Auffassung des BGH selbst dann nicht darunter, wenn die Beratung auf einem fehlerhaften Prospekt beruht.

Hinweis: Laufende und potentielle Musterverfahren nach dem KapMuG sowie einige erläuternde Informationen zum Verfahren finden Sie in unserem wöchentlichen Newsletter „German & U.S. Class Action news“, den Sie → *hier* kostenfrei abonnieren können.

BGH, Urteil vom 16.06.2009, Az. XI ZB 33/08

Internet & Competition Law / Internet- & Wettbewerbsrecht

News on the Variable Place of Jurisdiction

Since the internet is available worldwide, any violation of the copyright law on the internet has an impact nearly all over the world. Therefore, in principle every German civil court is locally competent for a complaint against the infringer. Figuratively, this is known as "variable place of jurisdiction." However, as other courts did previously (including Krefeld District Court, Case 1 S 32/07), the Munich Appeals Court [OLG] has now also limited the significance of the "variable place of jurisdiction".

In cases of copyright infringements, accordingly the venue should not be the place at which the license would have to be obtained, but the place at which the impermissible activity was undertaken. This is in general the place of domicile or headquarter of whoever is accused of a copyright infringement. The legal dispute is then to be decided at the respective competent municipal or district court. The complaint of a Munich-based publishing house before a Munich court against a website operator resident in the Ruhr area who published the publishing house's copyright-protected contents on its website without having entered into an appropriate licensing agreement with the plaintiff in advance, therefore remained unsuccessful.

However, not all courts see it that way: in a decision of July 20, 2009, the Rostock Appeals Court recently affirmed the variable place of jurisdiction (Case 2 W 41/09). Further development remains to be seen.

Note: The variable place of jurisdiction opens up the possibility of "forum shopping" for the complainant who thus may purposely select a court appearing favorable to him. Odd scenarios are destined to happen, though: as an example, a Munich-based rights-holder would be able to file a complaint against a copyright infringement by a Stuttgart-based website owner before a Berlin court.

OLG Munich, Judgment of 05/07/2009, Case 31 AR 232/09

Neues zum fliegenden Gerichtsstand

Da das Internet weltweit abrufbar ist, wirkt sich ein Urheberrechtsverstoß auf einer Internet-Webseite nahezu überall aus. Daher ist im Prinzip jedes deutsche Zivilgericht für eine Klage gegen den Verursacher des Rechtsverstoßes örtlich zuständig. Man spricht bildlich vom so genannten „fliegenden Gerichtsstand“. Wie bereits andere Gerichte zuvor (u.a. LG Krefeld, 1 S 32/07) schränkt nun aber auch das Oberlandesgericht München die Bedeutung des „fliegenden Gerichtsstandes“ ein.

Bei Urheberrechtsverletzungen soll Gerichtsort danach nicht der Ort sein, an dem die Lizenz einzuholen gewesen wäre, sondern der Ort, an dem die unerlaubte Handlung vorgenommen wurde. Dies ist in aller Regel der Wohn- bzw. Firmensitz desjenigen, dem eine Urheberrechtsverletzung angelastet wird. Der Rechtsstreit ist dann an dem für diesen Ort zuständigen Amts- bzw. Landgericht auszutragen. Die Klage eines in München ansässigen Verlags vor einem Münchner Gericht gegen einen im Ruhrgebiet wohnhaften Homepage-Betreiber, der urheberrechtlich geschützte Inhalte des Verlags auf seiner Homepage veröffentlichte, ohne zuvor eine entsprechende Lizenzvereinbarung mit der Klägerin getroffen zu haben, blieb daher erfolglos.

Das sehen aber längst nicht alle Gerichte so: in einem Beschluss vom 20.07.2009 bestätigte das OLG Rostock jüngst den fliegenden Gerichtsstand (Az. 2 W 41/09). Die weitere Entwicklung bleibt abzuwarten.

Hinweis: Der fliegende Gerichtsstand eröffnet dem Kläger die Möglichkeit des „forum shopping“, er kann sich also ein ihm günstig erscheinendes Gericht gezielt auswählen. Kuriose Szenarien sind freilich vorprogrammiert: so könnte beispielsweise ein Rechteinhaber aus München gegen den Urheberrechtsverstoß eines Homepage-Besitzers aus Stuttgart vor einem Berliner Gericht vorgehen.

OLG München, Beschluss vom 07.05.2009, Az. 31 AR 232/09

Written-Form Clause Invalid in Employment Contracts

Employment contracts are generally not individually designed for each employer-employee relationship. In a vast majority of cases, they are prepared with the aid of pre-formulated contract provisions. They are thus regarded as general terms of contract, which are subject to strict legal contents review under the German Civil Code. In a significant decision, the Federal Labor Court [BAG] subjected the double written-form clause regularly encountered in employment contracts to such a review.

A simple written-form clause is understood as a contractual provision according to which amendments of and supplements to the contract are only valid if they are made in writing. However, in practice such an arrangement does not make sense since the parties to the contract would be able to revoke the written-form requirement at any time verbally and informally. The double written-form clause, on the other hand, does not only subject the amendment of or supplement to the contract to written form, but also the amendment of the written-form clause itself.

The BAG, however, considers this to be an unreasonable disadvantage to the employee. The double written-form clause would create the impression that the employee would be unable to make an oral agreement with the employer deviating from the contract. The court held, though, that this does not correspond to the actual legal situation: Section 305 b German Civil Code [BGB] stipulates that individual contractual agreements take precedence over general terms of business. The double written-form clause is unable to change anything in this regard and is thus misleading and in the end invalid.

Note: Double written-form clauses can still be found in virtually every standard German employment contract. Employers should therefore in any event have their sample employment contracts reviewed and adapted where necessary.

BAG, Judgment of 05/20/2008, Case 9 AZR 382/07

Difficult Elimination of a Business Practice

For years, an employer paid his employees an annual Christmas bonus, although the employment contracts did not obligate the employer to do so. Consequently, under German employment law, a legal claim of the employees has thereby arisen by means of what is known as business practice. A business practice is understood as the regular repetition of a certain behavior pattern by the employer, which allow the employees to conclude that a payment or a benefit should be granted to them on a

Schriftformklausel in Arbeitsverträgen unwirksam

Arbeitsverträge werden in aller Regel nicht für einzelne Arbeitsverhältnisse individuell gestaltet, sondern mithilfe vorformulierter Vertragsbedingungen in einer Vielzahl von Fällen genutzt. Dadurch gelten sie als Allgemeine Geschäftsbedingungen, die einer strengen rechtlichen Inhaltskontrolle nach dem BGB unterliegen. Einer solchen Kontrolle unterzog das BAG (Bundesarbeitsgericht) in einer bedeutsamen Entscheidung die in Arbeitsverträgen regelmäßig anzutreffende doppelte Schriftformklausel.

Unter einer einfachen Schriftformklausel versteht man eine vertragliche Regelung, nach der Änderungen oder Ergänzungen des Vertrages nur wirksam sein sollen, wenn sie in Schriftform erfolgen. Eine derartige Vereinbarung macht in der Praxis aber keinen Sinn, denn die Vertragspartner könnten das Schriftformerfordernis jederzeit mündlich und formfrei aufheben. Bei der doppelten Schriftformklausel hingegen steht nicht nur die Änderung oder Ergänzung des Vertrags unter dem Vorbehalt der Schriftform, sondern auch die Änderung der Schriftformklausel selbst.

Das BAG sieht hierin jedoch eine unangemessene Benachteiligung des Arbeitnehmers. Die doppelte Schriftformklausel erwecke den Eindruck, der Arbeitnehmer könne keine vom Vertrag abweichende mündliche Vereinbarung mit dem Arbeitgeber treffen. Nach Ansicht des Gerichts entspricht dies aber nicht der tatsächlichen Rechtslage: § 305 b BGB bestimme, dass individuelle Vertragsabreden Vorrang vor Allgemeinen Geschäftsbedingungen haben. Hieran vermöge auch die doppelte Schriftformklausel nichts zu ändern. Die doppelte Schriftformklausel sei daher irreführend und im Ergebnis unwirksam.

Hinweis: Doppelte Schriftformklauseln sind noch immer in nahezu jedem deutschen Standard-Arbeitsvertrag zu finden. Unternehmer sollten ihre Vertragsmuster daher unbedingt überprüfen und ggf. anpassen lassen.

BAG, Urteil vom 20.05.2008, Az. 9 AZR 382/07

Schwierige Beseitigung einer betrieblichen Übung

Ein Arbeitgeber zahlte über Jahre hinweg an seine Arbeitnehmer ein jährliches Weihnachtsgeld, obwohl der Arbeitsvertrag hierzu nicht verpflichtete. Die Konsequenz nach deutschem Arbeitsrecht: im Wege der so genannten betrieblichen Übung war hierdurch ein Rechtsanspruch der Arbeitnehmer entstanden. Unter einer betrieblichen Übung versteht man die regelmäßige Wiederholung bestimmter Verhaltensweisen des Arbeitgebers, aus denen die Arbeitnehmer schließen können, ihnen solle eine Leistung

continuing basis.

When business became worse, the employer wanted to be relieved from the payment obligation. However, the Federal Labor Court placed high requirements on the elimination of the business practice by the employer in such cases. Accordingly, it is not sufficient if the payment slips, in which the Christmas bonus was reported, have contained the additional handwritten remark in the last three years: "Payment of the Christmas bonus is a voluntary payment and does not constitute grounds for a legal claim." If the employee subsequently continues to perform his work tacitly, such is not to be understood as agreement on the part of the employee unless expressly agreed otherwise in the employment contract. The employer thus had to pay the Christmas bonus in the following years as well.

Note: An "opposing" business practice can only be implemented effectively in the case of three successive payments if an employee *expressly* agrees to the reservation of voluntariness. If such agreement is refused, the employer's only option is dismissal due to altered conditions of employment. The sole alternative: if it already arises from the employment contract that additional payments are subject to the reservation of voluntariness, the employer can make reference to such provision.

BAG, Judgment of 03/18/2009, Case 10 AZR 281/08

High Requirements on Termination Without Notice of "Non-Terminable" Employee

If an employee is not subject to termination due to his long service in the company according to the collective labor agreement, this excludes only the employer's right to contractual notice of termination. The possibility of an extraordinary notice of dismissal, however, remains in effect.

The requirements placed on such a termination by the labor courts are admittedly high: for the Rhineland-Palatinate State Labor Court, the misconduct of the supervisor of a residential group of young people, for example, did not constitute sufficient grounds. The supervisor had repeatedly violated his supervisory obligations, belatedly reported sick and repeatedly left his workplace ahead of time. However, in the protection against dismissal proceedings the employer was unable to demonstrate conclusively that a concrete danger of repetition existed with respect to further misconduct.

LAG Rhineland-Palatinate, Judgment of 03/27/2009, Case 9 Sa 720/08

oder eine Vergünstigung auf Dauer eingeräumt werden.

Als die Geschäfte schlechter liefen, wollte der Unternehmer von der Zahlungsverpflichtung loskommen. Das Bundesarbeitsgericht stellt in derartigen Fällen jedoch hohe Anforderungen an die Beseitigung der betrieblichen Übung durch den Arbeitgeber. Danach genügt es nicht, wenn in den letzten drei Jahren die Lohnabrechnungen, in denen das Weihnachtsgeld ausgewiesen war, den zusätzlichen handschriftlichen Vermerk: „Die Zahlung des Weihnachtsgeldes ist eine freiwillige Leistung und begründet keinen Rechtsanspruch!“ enthalten. Setzt der Arbeitnehmer seine Tätigkeit daraufhin schweigend fort, ist dies - soweit im Arbeitsvertrag nicht ausdrücklich etwas anderes geregelt ist - nicht als Zustimmung des Arbeitnehmers zu verstehen. Der Unternehmer musste das Weihnachtsgeld daher auch in den Folgejahren bezahlen.

Hinweis: Eine „gegenläufige“ betriebliche Übung kann nur wirksam in Gang gesetzt werden, wenn ein Arbeitnehmer dem Vorbehalt der Freiwilligkeit bei drei aufeinander folgenden Leistungen *ausdrücklich* zustimmt. Wird die Zustimmung verweigert, verbleibt dem Arbeitgeber nur die Möglichkeit der Änderungskündigung. Einzige Alternative: sofern sich bereits aus dem Arbeitsvertrag ergibt, dass zusätzliche Leistungen dem Vorbehalt der Freiwilligkeit unterliegen, kann sich der Arbeitgeber hierauf berufen.

BAG, Urteil vom 18.03.2009, Az. 10 AZR 281/08

Hohe Anforderungen an fristlose Kündigung bei „unkündbarem“ Arbeitnehmer

Ist ein Arbeitnehmer wegen seiner langen Betriebszugehörigkeit laut Tarifvertrag unkündbar, schließt dies nur das Recht des Arbeitgebers zur ordentlichen Kündigung aus. Die Möglichkeit einer außerordentlichen Kündigung bleibt hingegen bestehen.

Die von den Arbeitsgerichten an eine solche Kündigung gestellten Anforderungen sind allerdings hoch: für das Landesarbeitsgericht Rheinland-Pfalz reichte z.B. das Fehlverhalten des Betreuers einer Wohngruppe mit Jugendlichen nicht aus. Der Betreuer hatte mehrfach seine Aufsichtspflichten verletzt, sich mehrmals verspätet krank gemeldet und wiederholt seinen Arbeitsplatz vorzeitig verlassen. Der Arbeitgeber konnte im Kündigungsschutzverfahren allerdings nicht schlüssig darlegen, dass eine konkrete Wiederholungsgefahr hinsichtlich weiteren Fehlverhaltens bestand.

LAG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 27.03.2009, Az. 9 Sa 720/08



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.