

GERMAN BUSINESS LAW

news



Stefan Winheller

WINHELLER
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH

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 | Berlin
Hamburg | Munich

We are a proud member of the International
Society of Primerus Law Firms



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 in which my colleagues and I have been successfully representing our national and international corporate clients.

If you have any questions regarding the cited decisions in this newsletter or if you need more information regarding the covered issues and any area of Business Law in general, please do not hesitate to contact us. Our team 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
Managing Partner

Sehr verehrte Mandantin,
sehr verehrter Mandant,

unser aktueller Mandanten-Newsletter German Business Law news enthält wieder einige interessante Entwicklungen in Bereichen des deutschen Wirtschaftsrechts, in denen wir schwerpunktmäßig für in- und ausländische Unternehmen tätig sind.

Sicherlich können Sie den einen oder anderen Hinweis auch in Ihre persönliche Planung einbeziehen. Unser Team steht Ihnen jederzeit gerne mit Rat und Tat zur Seite und klärt für Sie ab, ob und inwieweit dies möglich und/oder erforderlich ist.

Erlauben Sie mir bitte wie immer den kurzen Hinweis, dass der Newsletter nur Ihrer grundlegenden Information dient und keine individuelle Rechtsberatung im Einzelfall ersetzt. Eine Haftung können wir daher trotz sorgfältiger Bearbeitung nicht übernehmen.

Viel Spaß bei der Lektüre!

Mit besten Grüßen

Ihr

Stefan Winheller
Geschäftsführender Partner

CONTENTS / INHALTSVERZEICHNIS

I. CORPORATE LAW / GESELLSCHAFTSRECHT	2
<i>Thomas Schwab</i>	
II. TAX LAW / STEUERRECHT	3
<i>Stefan Winheller, LL.M. Tax (USA), Certified Tax Law Specialist</i>	
III. IP LAW / GEWERBLICHER RECHTSSCHUTZ	4
<i>Dr. Christian Seyfert, LL.M. (USA), Certified Copyright & Media Law Specialist, Certified IP Law Specialist</i>	
IV. LABOR AND EMPLOYMENT LAW / ARBEITSRECHT	6
<i>J. Elishewa Patterson-Baysal, Certified Business Mediator</i>	
V. BANKING AND CAPITAL MARKETS LAW / BANK- UND KAPITALMARKTRECHT	7
<i>Mirko Sprengmether</i>	



I. Corporate Law / Gesellschaftsrecht

Thomas Schwab – German Attorney at Law

■ ASSIGNMENT DOES NOT PROTECT AGAINST AN APPEAL /

ABTRETUNG SCHÜTZT VOR ANFECHTUNG NICHT

If the company pays back the loan granted to it by an indirect shareholder and later assigned to a third party within one year after initiation of the insolvency proceedings, the repayment both to the indirect shareholder and to the third party is subject to repeal under Section 135(1)(2) German Insolvency Code.

Insolvency proceedings were initiated regarding the assets of a limited partnership. Two limited liability companies, in which a stock corporation was sole shareholder of the limited partner, were the limited partner and general partner of the limited partnership. The stock corporation granted the limited partnership a loan and a few months later and within one year before initiation of the insolvency proceedings assigned it to an outside third party. After the due date, the limited partnership transferred the agreed amount to the third party.

Contrary to the court of the first instance, the Stuttgart Higher Regional Court indeed recognized a claim against the assignee, however, not against the defendant stock corporation.

The Federal Court of Justice now decided that the repayment both to the assignee and to the assigning (indirect) shareholder of the insolvent limited partnership can be appealed and both are liable as joint and several debtors.

NOTE: The Federal Court of Justice treats the stock corporation, which is not a direct shareholder of the limited partnership, as a third party, which is equivalent to a shareholder. This is relatively unproblematic in the case at issue, because the stock corporation on its part is 100% shareholder of the only limited partner of the limited partnership. The Federal Court of Justice also considers it obvious, however, that the loan of a shareholder already holding more than a 10% share in the indirect partner is subject to the subordination of Section 39(1)(5) German Insolvency Code.

Federal Court of Justice, Judgment of February 21, 2013, Case IX ZR 32/12.

Zahlt innerhalb der Einjahresfrist nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens die Gesellschaft das ihr von einem mittelbaren Gesellschafter gewährte und später an einen Dritten abgetretene Darlehen zurück, unterliegt die Rückzahlung sowohl gegenüber dem mittelbaren Gesellschafter als auch gegenüber dem Dritten der Anfechtung nach § 135 Abs. 1 Nr. 2 InsO.

Über das Vermögen einer KG ist das Insolvenzverfahren eröffnet worden. Kommanditistin und Komplementärin der KG waren zwei GmbHs, wobei alleinige Gesellschafterin der Kommanditistin eine AG war. Die AG gewährte der KG ein Darlehen und trat dieses einige Monate später und innerhalb eines Jahres vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens an eine außenstehende Dritte ab. Nach Eintritt der Fälligkeit überwies die KG dieser den vereinbarten Betrag.

Entgegen dem erstinstanzlichen Gericht anerkannte das OLG Stuttgart zwar einen Anspruch gegen die Zessionarin, nicht jedoch gegen die beklagte Aktiengesellschaft.

Der BGH hat nun entschieden, dass die Rückzahlung sowohl gegenüber der Zessionarin als auch gegenüber der zedierenden (mittelbaren) Gesellschafterin der insolventen KG angefochten werden kann und beide als Gesamtschuldner haften.

HINWEIS: Der BGH behandelt die AG, welche ja nicht unmittelbare Gesellschafterin der KG ist, als Dritte, die einem Gesellschafter gleichsteht. Das ist hier relativ unproblematisch, weil die AG ihrerseits 100% Gesellschafterin der einzigen Kommanditistin der KG ist. Der BGH hält es aber auch für naheliegend, dass das Darlehen eines schon mit mehr als 10% am unmittelbaren Gesellschafter beteiligten Gesellschafters dem Nachrang des § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO unterliegt.

BGH, Urteil vom 21.02.2013, Az. IX ZR 32/12.

■ ADVISORY CONTRACTS WITH SUPERVISORY BOARD MEMBERS /

BERATUNGSVERTRÄGE MIT AUFSICHTSRATSMITGLIEDERN

The advisory contract with a supervisory board member must specifically designate the specific advisory subject matter as well as the fee to be paid, in order to be able to be approved.

Der Beratungsvertrag mit einem Aufsichtsratsmitglied muss die speziellen Beratungsgegenstände sowie das dafür zu entrichtende Entgelt konkret bezeichnen, um genehmigungsfähig zu sein.

The chairman of the advisory board of the defendant stock corporation was at the same time a partner of a law firm, which had been retained by the stock corporation. The supervisory board consented to the commissioning in 2010, the individual orders – predominantly handled not by the chairman of the advisory board himself, but rather by other employees of the law firm – were approved in 2011.

In general, contracts with a supervisory board member are permitted only if the services to be provided accordingly do not fall in the supervisory board's area of responsibility. An advisory contract is thus not able to be approved and – unless the general meeting has consented to it – is therefore null and void if it does not permit the supervisory board to form an independent judgment of the nature and extent of the service as well as the amount and adequacy of the remuneration.

NOTE: In the absence of relevance of the decision, the Higher Regional Court in Cologne has left open the question not yet decided by the Supreme Court as to whether a contract in violation of these principles can retroactively be specified and then approved by the Supervisory Board.

Cologne Higher Regional Court, Judgment of January 31, 2013, Case 18 U 21/12.

Der Aufsichtsratsvorsitzende der beklagten AG war zugleich Partner einer Rechtsanwaltskanzlei, die für die AG tätig geworden war. Der Beauftragung hat der Aufsichtsrat 2010 zugestimmt, die – mehrheitlich nicht vom Aufsichtsratsvorsitzenden selbst, sondern von anderen Mitarbeitern der Kanzlei bearbeiteten – Einzelaufträge wurden 2011 genehmigt.

Grundsätzlich zulässig sind Verträge mit einem Aufsichtsratsmitglied nur, wenn die danach zu erbringenden Leistungen nicht in den Aufgabenbereich des Aufsichtsrats fallen. Ein Beratungsvertrag ist deshalb nicht genehmigungsfähig und – sofern ihm nicht die Hauptversammlung zugestimmt hat – damit nichtig, wenn er dem Aufsichtsrat nicht erlaubt, sich ein eigenverantwortliches Urteil über Art und Umfang der Leistung sowie Höhe und Angemessenheit der Vergütung zu bilden.

HINWEIS: Mangels Entscheidungserheblichkeit offen gelassen hat das OLG Köln die höchstrichterlich noch nicht entschiedene Frage, ob ein gegen diese Grundsätze verstoßender Vertrag nachträglich konkretisiert und dann durch den Aufsichtsrat genehmigt werden kann.

OLG Köln, Urteil vom 31.01.2013, Az. 18 U 21/12.



II. Tax Law / Steuerrecht

Stefan Winheller, LL.M. Tax (USA) – German Attorney at Law, Certified Tax Law Specialist

■ RELEVANT DATE FOR THE GRANTING OF STOCK OPTION RIGHTS /

MAßGEBLICHER ZEITPUNKT BEI DER GEWÄHRUNG VON AKTIENOPTIONSRECHTEN

Managers can (also) frequently be remunerated with stock options, i.e. with the right to be able to acquire company shares at a later point in time at a specific (generally favorable) price. The accrual of this right is taxable for the manager as a cash benefit in addition to his salary. But at what point in time?

Since the options can substantially increase in value in the case of rising share prices, it makes a big difference whether the taxation depends on the time of the granting of the stock options or on the time of the later exercising of the options. In the present case, a further special feature was added: the manager could exercise the option received either himself or else resell it. He decided to resell the right to a limited liability company, which he himself owned. The limited liability company then later exercised the option, i.e. acquired the shares.

The Federal Finance Court now decided at what value the manager was subject to income tax on the cash benefit. The court decided that the relevant date on which the cash benefit accrued to the employee from a stock option granted by the employer, is the time of the exercising or of

Manager lassen sich häufig (auch) mit Aktienoptionen vergüten, d.h. mit dem Recht, zu einem späteren Zeitpunkt Aktien des Unternehmens zu einem bestimmten (i.d.R. günstigen) Preis erwerben zu können. Der Zufluss dieses Rechts ist beim Manager als geldwerter Vorteil zusätzlich zu seinem Gehalt zu versteuern. Aber zu welchem Zeitpunkt?

Da die Optionen bei steigendem Aktienkurs ggf. erheblich an Wert zunehmen können, macht es einen großen Unterschied, ob es für die Besteuerung auf den Zeitpunkt der Gewährung der Aktienoptionen oder auf den Zeitpunkt der späteren Ausübung der Optionen ankommt. Im vorliegenden Fall kam eine weitere Besonderheit hinzu: Der Manager konnte das erhaltene Optionsrecht entweder selbst ausüben oder aber weiterveräußern. Er entschied sich dazu, das Recht an eine GmbH weiterzuverkaufen, die ihm selbst gehörte. Die GmbH übte dann später das Optionsrecht aus, d.h. erwarb die Aktien.

Der Bundesfinanzhof hatte nun darüber zu entscheiden, zu welchem Wert der Manager den geldwerten Vorteil

the other use of the right. Because the manager had used his options through the sale to the limited liability company, the time of the sale was governing.

NOTE: The value at time of the sale to his (own) limited liability company can deviate significantly from the value at the time of the later exercising of the option. Therefore, the manager's choice in the present case can be very interesting in the individual case as concerns taxation.

Federal Court of Justice, Judgment of September 18, 2012, Case VI R 90/10.

zu versteuern hatte. Das Gericht entschied, dass der maßgebliche Zeitpunkt, zu dem der geldwerte Vorteil aus einem vom Arbeitgeber eingeräumten Aktienoptionsrecht dem Arbeitnehmer zufließt, der Zeitpunkt der Ausübung oder der anderweitigen Verwertung des Rechts ist. Weil der Manager seine Optionen durch den Verkauf an die GmbH verwertet hatte, war der Zeitpunkt der Veräußerung maßgeblich.

HINWEIS: Der Wert zum Zeitpunkt der Veräußerung an die (eigene) GmbH kann erheblich vom Wert zum Zeitpunkt der späteren Ausübung der Option abweichen. Die vom Manager im vorliegenden Fall gewählte Gestaltung kann daher im Einzelfall steuerlich sehr interessant sein.

BGH, Urteil vom 18.09.2012, Az. VI R 90/10.

■ PROSTITUTES ARE SUBJECT TO BUSINESS TAX /

PROSTITUIERTE UNTERLIEGEN DER GEWERBESTEUER

Since 1964 it seemed to be clear: Prostitution is not a business and therefore is not subject to business tax. As of late, the Federal Finance Court no longer adheres to this opinion.

Financial administration and fiscal science have agreed for a long time that prostitution is a commercial activity within the meaning of tax law and is therefore subject to business tax. Now the highest German financial court concurs with this view. This decision is a true windfall for municipalities since the business tax flows to the municipalities.

NOTE: Incidentally, it does not matter whether prostitution is permissibly exercised or in the individual case – for example, in specific locations in a municipality – is prohibited. The tax law is value-neutral and also includes impermissible processes – in any case, if the revenue office even learns of the income. To pursue moral-ethical concerns is likewise not the task of tax law.

Federal Fiscal Court, Ruling of February 20, 2013, Case GrS 1/12.

Seit 1964 schien klar zu sein: Prostitution ist kein Gewerbe und unterliegt daher nicht der Gewerbesteuer. Der BFH hält an dieser Auffassung seit neuestem nicht mehr fest.

Die Finanzverwaltung und die steuerrechtliche Wissenschaft sind sich seit langem einig, dass Prostitution eine gewerbliche Tätigkeit im Sinne des Steuerrechts ist und daher der Gewerbesteuer unterliegt. Nun folgt auch das höchste deutsche Finanzgericht dieser Auffassung. Für die Kommunen ist diese Entscheidung ein wahrer Geldsegen, da die Gewerbesteuer den Gemeinden zufließt.

HINWEIS: Es kommt übrigens nicht darauf an, ob die Prostitution zulässigerweise ausgeübt wird oder im Einzelfall – z.B. an bestimmten Orten in einer Gemeinde – verboten ist. Das Steuerrecht ist wertneutral und erfasst auch unzulässige Vorgänge – jedenfalls dann, wenn das Finanzamt von den erzielten Einkünften überhaupt erfährt. Moralisch-ethischen Bedenken nachzugehen, ist ebenfalls nicht Aufgabe des Steuerrechts.

BFH, Beschluss vom 20.02.2013, Az. GrS 1/12.



III. IP Law / *Gewerblicher Rechtsschutz*

Dr. Christian Seyfert, LL.M. (USA) – German Attorney at Law, Certified Copyright & Media Law Specialist, Certified IP Law Specialist

■ INFORMATION OBLIGATION IN THE CASE OF ADVERTISING BROCHURES /

INFORMATIONSPFLICHT BEI PROSPEKTWERBUNG

According to Section 5a(3)(2) of the Law against Unfair Competition, the name and address of the company must be listed on promotional brochures. The Higher Regional Court of Hamm clarifies that the trade name of the advertising company, under which the company acts in business transactions, is understood by the term "Identity."

This statutory information obligation serves to provide the consumer with clear and unmistakable information regarding with whom he comes into business contact. This information is to enable the consumer to make contact with the offering company under its trade name without difficulties.

NOTE: The Federal Court of Justice also recently ruled (judgment of the Federal Court of Justice of January 24, 2013, Case I ZR 58/11): If two subsidiaries of a company (here "Peek & Cloppenburg") exist in different locations with the identical company name, it must be pointed out in a nationwide advertisement from which of the two companies the advertisement originates. Also, in this way the consumer should know with which company he specifically comes into business contact.

Hamm Higher Regional Court, Judgment of October 30, 2012, Case I-4 U 61/12.

Nach § 5a Abs. 3 Nr. 2 des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) müssen auf Werbeprospekten die Identität und die Anschrift des Unternehmers angegeben werden. Das Oberlandesgericht Hamm stellt hierzu klar, dass unter "Identität" der Handelsname des werbenden Unternehmens zu verstehen ist, unter dem das Unternehmen im Geschäftsverkehr auftritt.

Diese gesetzliche Informationspflicht dient dazu, dem Verbraucher klare und unmissverständliche Angaben darüber zu verschaffen, mit wem er gegebenenfalls in geschäftlichen Kontakt tritt. Diese Informationen sollen es dem Verbraucher ermöglichen, ohne Schwierigkeiten Kontakt mit dem anbietenden Unternehmen unter dessen Handelsnamen aufzunehmen.

HINWEIS: Der BGH hat vor kurzem auch entschieden (Urteil des BGH vom 24.01.2013, Az. I ZR 58/11): Existieren von einem Unternehmen (hier „Peek & Cloppenburg“) an verschiedenen Standorten zwei Gesellschaften mit identischer Unternehmensbezeichnung, muss in einer bundesweiten Werbung darauf hingewiesen werden, von welchem der beiden Unternehmen die Werbung stammt. Auch auf diese Weise soll der Verbraucher wissen, mit welchem Unternehmen er konkret in geschäftlichen Kontakt tritt.

OLG Hamm, Urteil vom 30.10.2012, Az. I-4 U 61/12.

■ PORTRAIT PAINTINGS OF WELL-KNOWN PEOPLE VIOLATE THE RIGHT TO ONE'S OWN PORTRAIT /

PORTRÄTGEMÄLDE VON PROMINENTEN VERSTOßEN GEGEN RECHT AM EIGENEN BILDNIS

Düsseldorf Regional Court decided that the production of true-to-life pictures of well-known people by a painter on acrylic paintings and their marketing in return for payment on the Internet listing the names of the persons portrayed is not covered by artistic freedom. The person depicted (here a famous golfer) can demand an injunction and damages from the painter.

The use of the portrait of a person to realize a profit or for advertising purposes is prohibited in principle without the person's consent. Section 23(1)(4) Act on Protection of Copyright in Works of Art and Photographs contains an exception, according to which portraits may also be created, disseminated and displayed without the consent of the authorized person, "which are not produced per order if the dissemination or display serves a higher interest of the art." Whoever does not pursue predominantly artistic, but rather other, for example, business purposes cannot invoke a higher interest, however.

NOTE: Advertisement with portraits of well-known people or other persons is permissible in each case only with their consent. Otherwise, the offender is threatened with having to pay high damages – even in Germany – to the person depicted.

Düsseldorf Regional Court, Judgment of November 28, 2012, Case 12 O 545/11.

Das Landgericht Düsseldorf hat entschieden, dass die Anfertigung von naturgetreuen Abbildungen prominenter Personen durch einen Maler auf Acrylbildern und deren entgeltlicher Vertrieb im Internet unter Namensnennung der abgebildeten Person nicht von der Kunstfreiheit gedeckt ist. Der Abgebildete (hier ein berühmter Golfspieler) kann von dem Maler Unterlassung und Schadensersatz fordern.

Die Verwendung des Bildnisses einer Person zu Gewinnerzielungs- oder Werbezwecken ist ohne deren Einwilligung grundsätzlich verboten. Eine Ausnahme enthält § 23 Abs. 1 Nr. 4 KUG (Kunsturhebergesetz), wonach auch ohne Einwilligung des Berechtigten Bildnisse erstellt, verbreitet und zur Schau gestellt werden dürfen, "die nicht auf Bestellung angefertigt sind, sofern die Verbreitung oder Schaustellung einem höheren Interesse der Kunst dient". Auf ein höheres Interesse kann sich jedoch nicht berufen, wer nicht überwiegend künstlerische, sondern andere, z. B. geschäftliche Zwecke verfolgt.

HINWEIS: Werbung mit Abbildungen Prominenter oder sonstiger Personen ist jeweils nur mit deren Einwilligung zulässig. Andernfalls drohen – auch in Deutschland – hohe Schadensersatzzahlungen an den Abgebildeten.

LG Düsseldorf, Urteil vom 28.11.2012, Az. 12 O 545/11.

IV. Labor & Employment Law / *Arbeitsrecht*

J. Elishewa Patterson-Baysal – German Attorney at Law, Certified Business Mediator

■ REACHING RETIREMENT AGE IS NOT GROUNDS FOR TERMINATION /

EINTRITT INS RENTENALTER IST KEIN KÜNDIGUNGSGRUND

Today, the statutory retirement age in the Federal Republic of Germany is 67 for everyone who was born after 1965. That means that whoever wants to be entitled to draw a full pension must work up to the age of 67. But what about the spry pensioners who have no desire to stop working, but would prefer to continue working? Does their employment relationship automatically end upon reaching the statutory retirement age?

Clearly the answer is no! Many do not know that, and that can lead to problems. The following case illustrates this:

An employee has proven not to be able to work well as part of a team. The employer has therefore already terminated the employment relationship several times. But the employee has time and again successfully sued to return to her workplace. Eventually, the employer gave up exasperated and resolved to sit out the matter until the employee's impending 65th birthday. The birthday drew closer, and the employer wanted to prepare a farewell party for his employee and was quite astonished when trying to invite the employee to the party. She explained to him that she did not want to stop working and therefore a farewell party would not be necessary.

NOTE: Whoever wishes to avoid such a case, should urgently review his employment contracts and if necessary add a supplementary clause.

Die Regelaltersgrenze liegt heute in der Bundesrepublik Deutschland für alle, die nach 1965 geboren wurden bei 67. D.h. wer Anspruch auf die volle Rente haben will, muss bis zum 67. Lebensjahr arbeiten. Was aber wird aus den rüstigen Rentnern, die keine Lust haben mit der Arbeit aufzuhören, sondern lieber weiter und weiter arbeiten wollen? Endet deren Arbeitsverhältnis mit dem Eintritt des gesetzlichen Rentenalters automatisch?

Klare Antwort: nein! Viele wissen das nicht, und das kann zu Problemen führen. Dies zeigt der folgende Fall:

Eine Mitarbeiterin hat sich als wenig teamfähig erwiesen. Der Arbeitgeber hat ihr daher schon mehrfach das Arbeitsverhältnis gekündigt. Die Mitarbeiterin hat sich aber immer wieder erfolgreich zurück an ihren Arbeitsplatz geklagt. Irgendwann gab der Arbeitgeber entnervt auf und nahm sich vor, die Sache bis zum kurz bevorstehenden 65. Geburtstag der Mitarbeiterin auszusitzen. Der Geburtstag rückte also näher, und der Arbeitgeber wollte eine Abschiedsfeier für seine Mitarbeiterin vorbereiten und staunte beim Versuch die Mitarbeiterin dazu einzuladen nicht schlecht. Diese erklärte ihm nämlich, dass sie nicht aufhören wolle zu arbeiten und es einer Abschiedsfeier daher nicht bedürfe.

HINWEIS: Wer einen solchen Fall verhindern will, sollte dringend seine Arbeitsverträge überprüfen und ggf. um einen Passus ergänzen.

■ THE MYTH OF THREE WARNINGS – ONE IS ALREADY ENOUGH, IF IT IS GOOD /

DER MYTHOS DER DREI ABMAHNUNGEN – DABEI REICHT SCHON EINE, WENN SIE GUT IST

Hardly any myth in labor law holds as steady as that about three warnings. Both employers and employees are of the view that in principle three warnings are required before a termination can be pronounced. Thus, many an employer despairs that he still urgently "requires" another warning and many an employee feels a false sense of security, because he has only received one warning.

Many are thus flabbergasted, when during the legal consultation they are confronted with the statement that one warning made well can already prepare for the termination. As in so many cases in life, it depends on the quality and not just on the quantity.

Kaum ein Mythos im Arbeitsrecht hält sich so stabil wie der um die drei Abmahnungen. Sowohl Arbeitgeber als auch Arbeitnehmer sind der Meinung, dass es grundsätzlich drei Abmahnungen braucht, bevor eine Kündigung ausgesprochen werden kann. So verzweifelt manch ein Arbeitgeber daran, dass er dringend noch eine Abmahnung "braucht" und mancher Arbeitnehmer wiegt sich in trügerischer Sicherheit, weil er erst eine Abmahnung erhalten hat.

Da fällt so mancher aus allen Wolken, wenn er während der anwaltlichen Beratung mit der Aussage konfrontiert wird, dass bereits eine gut gemachte Abmahnung kündigungsvorbereitend sein kann. Wie bei so vielem im Leben

One warning is sufficient if it pertains to the same or a comparable situation. Therefore, whoever was warned, for example, due to constantly coming late to work, must already expect a termination the next time he comes to work late, which termination is at least theoretically effective.

kommt es auf die Qualität und eben nicht auf die Quantität an.

Eine Abmahnung reicht, wenn sie den gleichen oder einen vergleichbaren Sachverhalt betrifft. Wer also z.B. wegen ständigem Zuspätkommen abgemahnt wurde, der muss bereits bei dem nächsten Zuspätkommen mit einer Kündigung rechnen, die zumindest theoretisch wirksam ist.



V. Banking & Capital Markets Law / *Bank- & Kapitalmarktrecht*

Mirko Sprengnether – German Attorney at Law

■ FINANCIAL MARKET REGULATION TO BE EXPANDED: AIFM DIRECTIVE IMPLEMENTATION ACT ADOPTED /

FINANZMARKTREGULIERUNG SOLL AUSGEWEITET WERDEN: AIFM-UMSETZUNGSGESETZ BESCHLOSSEN

The Bundestag adopted the draft of a law to implement EU Directive 2011/61/EC regarding alternative investment fund managers (referred to as the AIFM Directive Implementation Act) on May 16, 2013.

Among other things, the common requirements for the approval and supervision of managers of investment funds were defined with the EU Directive. Through the AIFM Directive Implementation Act not only is this directive implemented, but rather the supervision and regulatory framework is to be developed overall, above all in the investment fund area. The protection of investors receives a uniform standard, and the gray capital market is to be curbed.

What is new above all is the introduction of a Capital Investment Code. Thereby all types of special assets (above all investment funds) are subjected to regulation by the Federal Financial Supervisory Authority and then require a permit. In order to receive one, various pieces of evidence must be provided (e.g., sufficient expertise and financial resources). Whoever acts without permission, must expect heavy fines and the compulsory cessation of business operations. In addition, the law contains withdrawal rights for investors and strict civil law liability provisions for faulty information or prospectuses.

NOTE: Providers, who wish to place capital investments in Germany, should at the very latest now deal with the new requirements. WINHELLER Attorneys at Law provides competent advice to the companies concerned in complying with the new statutory requirements.

Bundesrat printed matter 375/13 of May 17, 2013.

Der Bundestag hat den Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der EU-Richtlinie 2011/61/EU über die Verwalter alternativer Investmentfonds (sog. AIFM-Umsetzungsgesetz) am 16.05.2013 angenommen.

Mit der EU-Richtlinie wurden u.a. gemeinsame Anforderungen für die Zulassung von und die Aufsicht über Manager von Investmentfonds festgeschrieben. Durch das AIFM-Umsetzungsgesetz wird nicht nur diese Richtlinie umgesetzt, sondern der Aufsichts- und Regulierungsrahmen soll insgesamt fortentwickelt werden, vor allem im Investmentfondsbereich. Der Anlegerschutz erhält einen einheitlichen Standard, und der graue Kapitalmarkt soll weiter eingedämmt werden.

Neu ist dabei vor allem die Einführung eines Kapitalanlagegesetzbuches (KAG). Damit werden alle Arten von Sondervermögen (vor allem Investmentfonds) der Regulierung durch die Bundesanstalt für Finanzdienstleistung (BaFin) unterworfen und brauchen dann eine Erlaubnis. Um eine solche zu erhalten, müssen diverse Nachweise erbracht werden (z. B. ausreichende Sachkunde und finanzielle Ausstattung). Wer ohne Erlaubnis tätig wird, muss mit hohen Bußgeldern und der zwangsweisen Einstellung des Geschäftsbetriebes rechnen. Außerdem enthält das Gesetz für Anleger Widerrufsrechte und strenge zivilrechtliche Haftungsvorschriften bei fehlerhaften Informationen oder Prospekten.

HINWEIS: Anbieter, die in Deutschland Kapitalanlagen platzieren wollen, sollten sich spätestens jetzt mit den neuen Vorgaben befassen. WINHELLER Rechtsanwälte bietet betroffenen Unternehmen kompetente Hilfestellung bei der Einhaltung der neuen gesetzlichen Vorgaben.

BR-Drs. 375/13 vom 17.05.2013.

■ FEDERAL COURT OF JUSTICE ON THE ADVISORY AND INFORMATION OBLIGATIONS OF DIRECT BANKS /

BGH ÜBER BERATUNGS- UND HINWEISPFLICHTEN VON DIREKTANKEN

The Federal Court of Justice recently ruled on the question of whether and to what extent a direct bank in the "execution-only-business" can fulfill its obligation to educate and advise the investor.

According to the consistent jurisdiction of the Federal Court of Justice, an advisory obligation to a capital investor can exist even without direct contact or express agreement, if this arises from the circumstances.

According to the Federal Court of Justice, no advisory obligation exists for direct banks, however, if the client cannot expect advice due to the business model and the general terms and conditions. This also applies when the direct bank cooperates with an asset manager and leaves him, for example, questionnaires regarding the investor's risk tolerance. Also, the sphere of obligations of a discount broker is not thereby affected, for only the customer-oriented company is obligated to provide advice.

NOTE: Even if a general advisory obligation does not exist here, the Federal Court of Justice continues its line with this judgment, according to which it always depends on the circumstances in the individual case. If the direct bank knows of false advice or is such obvious, it can be obligated to advise the investor, even when no advisory obligation exists per se.

Federal Court of Justice, Judgment of March 19, 2013, Case XI ZR 431/11.

Der Bundesgerichtshof hat kürzlich über die Frage entschieden, ob und inwieweit eine Direktbank im „execution-only-business“ eine Pflicht zur Aufklärung oder Beratung des Anlegers treffen kann.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH kann auch ohne direkten Kontakt oder ausdrückliche Vereinbarung eine Beratungspflicht gegenüber einem Kapitalanleger bestehen, wenn sich dies aus den Umständen ergibt.

Für Direktbanken besteht jedoch nach dem BGH keine Beratungspflicht, wenn der Kunde aufgrund des Geschäftsmodells und der AGB nicht mit einer Beratung rechnen kann. Das gilt auch dann, wenn die Direktbank mit einem Vermögensverwalter kooperiert und diesem z.B. Fragebögen zur Risikobereitschaft des Anlegers überlässt. Auch dadurch wird der Pflichtenkreis eines Discount-Brokers nicht berührt, denn zur Beratung ist nur das kundennähere Unternehmen verpflichtet.

HINWEIS: Auch wenn eine generelle Beratungspflicht hier nicht besteht, setzt der BGH mit diesem Urteil seine Linie fort, nach der es immer auf die Umstände des Einzelfalles ankommt. Weiß die Direktbank von der Falschberatung oder drängt diese sich auf, kann sie auch dann zu einem Hinweis an den Anleger verpflichtet sein, wenn keine Beratungspflicht an sich besteht.

BGH, Urteil vom 19.03.2013, Az. XI ZR 431/11.