

# 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](mailto: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



**WINHELLER**  
RECHTSANWÄLTE

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

<b>I. CORPORATE LAW / GESELLSCHAFTSRECHT</b> .....	2
<i>Thomas Schwab</i>	
<b>II. TAX LAW / STEUERRECHT</b> .....	3
<i>Stefan Winheller, LL.M. Tax (USA), Certified Tax Law Specialist</i>	
<b>III. IP LAW / GEWERBLICHER RECHTSSCHUTZ</b> .....	5
<i>Dr. Christian Seyfert, LL.M. (USA), Certified Copyright &amp; Media Law Specialist, Certified IP Law Specialist</i>	
<b>IV. LABOR AND EMPLOYMENT LAW / ARBEITSRECHT</b> .....	6
<i>Christian Zeller</i>	
<b>V. BANKING AND CAPITAL MARKETS LAW / BANK- UND KAPITALMARKTRECHT</b> .....	7
<i>Andreas Warkentin, LL.M. oec. int., Certified Banking &amp; Capital Markets Law Specialist</i>	
<b>VI. REAL ESTATE LAW / IMMOBILIENRECHT</b> .....	8
<i>Lutz Auffenberg</i>	



## I. Corporate Law / *Gesellschaftsrecht*

*Thomas Schwab – German Attorney at Law*

### ■ APPEARANCE OF A LEGAL POSITION IF ACTING ON BEHALF OF AN ENTREPRENEURIAL COMPANY (LIMITED LIABILITY) /

#### *RECHTSSCHEINHAFUNG BEI HANDELN FÜR EINE UNTERNEHMERGESELLSCHAFT (HAFTUNGSBESCHRÄNKT)*

In legal relations an entrepreneurial company (with limited liability) is obligated to do business with the latter legal form addition or the legal form addition “UG [EC] (with limited liability).” Otherwise, an appearance of a legal position of the agent comes into consideration.

In the case decided by the Federal Court of Justice, the company established as “HM-EC (with limited liability) with a capital stock of EUR 100 and entered in the Commercial Register acted in trade as “H-GmbH u. G. (i. G.), MH” or as “HM-GmbH, u. g.” The Company was charged with carrying out façade and roof work, received an advance, but did not complete the work it had begun. The contractor finally canceled the contract and demanded from the EC and its sole shareholder director damages in the amount of nearly EUR 15,000.

The Federal Court of Justice confirmed that the legal requirements in terms of the name of an entrepreneurial company must be observed precisely and to the letter for reasons of creditor protection. Otherwise the managing director setting the legal appearance is personally liable. The court did not have to decide whether the liability is limited to the difference between the EC’s capital stock amount and the minimum capital stock of a GmbH.

NOTE: The managing director shall not be liable if the contractual partner demanding damages was aware of the true circumstances, should have been aware of them, or if they were irrelevant for him. However, the burden of proof shall be incumbent upon the managing director.

Federal Court of Justice, Judgment of June 12, 2012, Case II ZR 256/11.

***Eine Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt) muss im Rechtsverkehr zwingend mit diesem oder dem Rechtsformzusatz „UG (haftungsbeschränkt)“ firmieren. Andernfalls kommt eine Rechtsscheinhaftung des Handelnden in Betracht.***

*In dem vom BGH entschiedenen Fall trat die als „HM-UG (haftungsbeschränkt)“ mit einem Stammkapital von 100 Euro gegründete und ins Handelsregister eingetragene Gesellschaft im Geschäftsverkehr als „H-GmbH u. G. (i. G.), MH“ bzw. als „HM-GmbH, u. g.“ auf. Sie wurde mit der Durchführung von Fassaden- und Dacharbeiten beauftragt, erhielt einen Vorschuss, führte die begonnenen Arbeiten jedoch nicht zu Ende. Der Auftragnehmer kündigte schließlich und verlangte von der UG und ihrem Alleingesellschaftergeschäftsführer Schadensersatz in Höhe von knapp 15.000 Euro.*

*Der BGH bekräftigte, dass die gesetzlichen Vorgaben hinsichtlich der Firmierung einer Unternehmergeellschaft aus Gläubigerschutzgründen exakt und buchstabengetreu einzuhalten sind. Andernfalls haftet der den Rechtschein setzende Geschäftsführer persönlich. Ob die Haftung auf die Differenz zwischen der Stammkapitalziffer der UG und dem Mindeststammkapital einer GmbH beschränkt ist, war vom BGH nicht zu entscheiden.*

*HINWEIS: Eine Haftung des Geschäftsführers tritt nicht ein, wenn der Schadensersatz fordernde Vertragspartner die wahren Verhältnisse gekannt hat, sie kennen musste oder sie für ihn keine Rolle gespielt haben. Die Beweislast hierfür trägt allerdings der Geschäftsführer.*

BGH, Urteil v. 12.06.2012, Az. II ZR 256/11.

### ■ THE ATYPICAL SILENT PARTNER IN INSOLVENCY /

#### *DER ATYPISCH STILLE GESELLSCHAFTER IN DER INSOLVENZ*

A silent partner had a stake in a KG [limited partnership] with a contribution of EUR 750,000, for the assets of which insolvency proceedings had been

***Eine stille Gesellschafterin war mit einer Einlage von 750.000 Euro an einer KG beteiligt, über deren Vermögen zwischenzeitlich das Insolvenzverfahren eröffnet***

instituted in the meantime. The silent partner sued for inclusion of its claim for capital repayment in the list of creditors by way of a declaratory judgment.

While a typical silent participant may, according to section 236 of the German Commercial Code, claim his contribution as insolvency creditor in the event of insolvency, the Federal Court of Justice has now decided that the contribution of a silent partner, whose legal position is largely approximated to that of a limited partner between the parties, must be treated with subordinate effect, which frequently should lead to a total loss in practice.

In the present case, the plaintiff's legal position largely corresponded to that of a limited partner. Different from the typical silent partner, the plaintiff had a stake in the hidden reserves and in the KG's goodwill; its contribution was to bear 7% interest. In addition, the plaintiff was entitled to a stake in the annual surplus in the amount of 15%. Its participation rights were tantamount to those of a limited partner, its control and information rights even surpassed them: The plaintiff actually had no voting right, but – under the law of obligations – was able to avoid the effects of the fundamental decisions it rejected; the information and control rights granted to it were mostly consistent with those of the partner of a GbR [private partnership] or an OHG [general partnership].

NOTE: This decision once again makes it clear that the interpretation principles developed for the equity substitution law continue to apply even after the abrogation of sections 32a, 32b GmbHG.

Federal Court of Justice, Judgment of June 28, 2012, Case IX ZR 191/11.

*worden war. Die stille Gesellschafterin klagte auf Feststellung ihres Anspruchs auf Einlagenrückgewähr zur Insolvenztabelle.*

*Während für den typischen stillen Beteiligten gilt, dass er im Falle der Insolvenz seine Einlage gem. § 236 HGB als Insolvenzgläubiger geltend machen kann, hat der BGH nunmehr entschieden, dass die Einlage eines stillen Gesellschafters, dessen Rechtsposition im Innenverhältnis derjenigen eines Kommanditisten weitgehend angenähert ist, nachrangig zu behandeln ist, was praktisch nicht selten zu einem Totalverlust führen dürfte.*

*Die Rechtsstellung der Klägerin entsprach im vorliegenden Fall größtenteils der eines Kommanditisten. Anders als der typische stille Gesellschafter war sie an den stillen Reserven und am Geschäftswert der KG beteiligt, ihre Einlage war mit 7% zu verzinsen. Daneben stand ihr eine Beteiligung am Jahresüberschuss in Höhe von 15% zu. Ihre Mitwirkungsrechte kamen der eines Kommanditisten gleich, ihre Kontroll- und Informationsrechte übertrafen diese sogar: Die Klägerin hatte zwar kein Stimmrecht, konnte sich schuldrechtlich allerdings den Wirkungen der von ihr abgelehnten Grundlagenbeschlüsse entziehen; die ihr eingeräumten Informations- und Kontrollrechte stimmten weitgehend mit denen des Gesellschafters einer GbR oder einer OHG überein.*

*HINWEIS: Mit diesem Urteil wird einmal mehr deutlich, dass die zum Eigenkapitalersatzrecht entwickelten Auslegungsgrundsätze auch nach Streichung der §§ 32a, 32b GmbHG weitergelten.*

*BGH, Urteil v. 28.06.2012, Az. IX ZR 191/11.*



## II. Tax Law / *Steuerrecht*

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

■ COMMERCIAL ENTERPRISES CAN DEFEND THEMSELVES AGAINST TAX-PRIVILEGED COMPETITION /

*GEWERBLICHE UNTERNEHMEN KÖNNEN SICH GEGEN STEUERBEGÜNSTIGTE KONKURRENZ ZUR WEHR SETZEN*

The German nonprofit sector is increasingly competing with commercial enterprises. A current decision of the Federal Finance Court helps enterprises defend themselves against tax-privileged competition.

Nonprofit organizations enjoy extensive tax privileges in Germany. However, apart from certain exceptions,

*Der deutsche Nonprofit-Sektor tritt zunehmend in Konkurrenz zu gewerblichen Unternehmen. Eine aktuelle Entscheidung des Bundesfinanzhofs hilft den Unternehmen, sich gegen die steuerbegünstigte Konkurrenz zur Wehr zu setzen.*

*Gemeinnützige Organisationen genießen in Deutschland*

German law does not favor economic activities if they are rendered in competition with common commercial enterprises. Such economic activities are taxed quite in the normal way (so-called "partial taxation") to prevent unfair competition.

The Federal Finance Court has now also ruled that a commercial enterprise may ask the tax authorities for information about the tax rate it applied to the nonprofit competitor. This requires that the enterprise can verifiably demonstrate that it suffered considerable competitive disadvantages as a result of the fiscal benefits granted the nonprofit competitor. In that case, the fiscal authorities cannot invoke the secrecy in tax matters.

NOTE: Based on the information provided, the enterprise can, if need be, file suit against the tax authorities and demand that the nonprofit competitor be treated in the same fiscal manner as the suing enterprise itself (so-called "competitor suit"). The present case involved putting the nonprofit organization (tax rate: 7%) at an advantage compared to the commercial enterprise, which had to pay the normal sales tax rate in the amount of 19%.

Federal Fiscal Court, Judgment of January 16, 2012, Case VII R 4/11.

*umfassende steuerliche Privilegien. Von gewissen Ausnahmen abgesehen begünstigt das deutsche Recht allerdings wirtschaftliche Betätigungen gemeinnütziger Organisationen dann nicht, wenn sie im Wettbewerb mit gewöhnlichen gewerblichen Unternehmen erbracht werden. Solche wirtschaftlichen Betätigungen werden ganz normal besteuert (sog. „partielle Besteuerung“), um so unfairen Wettbewerb zu verhindern.*

*Der BFH hat nun außerdem entschieden, dass ein gewerbliches Unternehmen vom Finanzamt Auskunft darüber verlangen darf, welchen Steuersatz es auf den gemeinnützigen Konkurrenten angewendet hat. Voraussetzung ist, dass das Unternehmen nachvollziehbar darlegen kann, dass es durch die steuerlichen Begünstigungen des gemeinnützigen Wettbewerbers erhebliche Wettbewerbsnachteile erlitten hat. Auf das Steuergeheimnis kann sich das Finanzamt dann nicht berufen.*

*HINWEIS: Nach erteilter Auskunft kann das Unternehmen ggf. Klage gegen das Finanzamt einreichen und verlangen, dass der gemeinnützige Konkurrent steuerlich genauso behandelt wird, wie das klagende Unternehmen selbst (sog. „Konkurrentenklage“). Im vorliegenden Fall ging es um die umsatzsteuerliche Besserstellung der gemeinnützigen Organisation (Steuersatz: 7%) gegenüber dem gewerblichen Unternehmer, der den normalen Umsatzsteuersatz in Höhe von 19% abführen musste.*

*BFH, Urteil v. 16.01.2012, Az. VII R 4/11.*

## ■ TAX TREATY BETWEEN GERMANY AND SWITZERLAND FAILED /

### *STEUERABKOMMEN ZWISCHEN DEUTSCHLAND UND DER SCHWEIZ GEPLATZT*

The tax treaty between Germany and Switzerland, which had long been planned, has failed. The opposition had criticized that tax evaders would presumably be put at an advantage compared to honest tax payers. The *Bundesrat* [upper house of the German parliament] thereupon rejected the treaty on 11/23/2012. The conference committee missed the last opportunity to come to an agreement.

The objective of the tax treaty was to legalize illegal income deposited in Switzerland and give tax evaders some sort of amnesty. Capital not taxed in the past was to be taxed retroactively anonymously and on a one-time basis. Depending on the holding period, the amount of assets and any increases in assets, the tax rate was to amount to between 21 and 41%. Future earnings were to be taxed to the amount of the German withholding tax.

NOTE: Since the tax treaty has failed, the controversial purchase of CDs containing information on tax evaders is expected to be continued. However, tax evaders still have the opportunity to legalize unreported money located in Switzerland by reporting themselves to their local tax office.

*Das seit langem geplante Steuerabkommen zwischen Deutschland und der Schweiz ist gescheitert. Die Opposition hatte eine vermeintliche Besserstellung von Steuersündern gegenüber ehrlichen Steuerbürgern kritisiert. Der Bundesrat lehnte das Abkommen daraufhin am 23.11.2012 ab. Auch im Vermittlungsausschuss konnte keine Einigung erzielt werden.*

*Das Steuerabkommen hatte das Ziel, in der Schweiz angelegtes Schwarzgeld zu legalisieren und Steuersündern eine Art Amnestie zu verschaffen. In der Vergangenheit nicht versteuertes Kapital sollte einmalig und anonym nachversteuert werden. Der Steuersatz sollte, abhängig von Halte-dauer, Höhe des Vermögens und etwaiger Vermögenszuwächse, zwischen 21 und 41% betragen. Für zukünftige Erträge war eine Besteuerung in Höhe der deutschen Abgeltungsteuer angedacht.*

*HINWEIS: Nach dem Scheitern des Abkommens ist nun zu erwarten, dass sich die umstrittene Praxis des Ankaufs von Steuer-CDs mit entwendeten Bankdaten fortsetzen wird. Steuersündern steht jedoch weiterhin die Möglichkeit offen, in der Schweiz liegende Schwarzgelder durch eine Selbstanzeige bei ihrem zuständigen Finanzamt zu legalisieren.*



### III. IP Law / *Gewerblicher Rechtsschutz*

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

#### ■ RANGE OF INJUNCTIVE RELIEF AGAINST WEBSITE OPERATORS /

#### *ZUR REICHWEITE EINES UNTERLASSUNGSANSPRUCHS GEGEN EINEN WEBSITE-BETREIBER*

If a claim for injunctive relief is filed against an operator of a website for illegal content, the question routinely comes up as to whether the objected page content must be deleted not only from the respective website, but also from the so-called caches of search engines, such as Google. In the case decided by the Regional Court Halle an der Saale, the recipient of the cease and desist order had deleted the keywords – objected to for trademark infringement – from his Internet page pursuant to the undertaking to cease and desist. When the party that had the cease and desist order issued found out that the original page content could still be retrieved, inter alia, via the search engine Google, he demanded the contractual penalty for breach arranged in such case.

The Court denied that the undertaking to cease and desist was breached. On the one hand, the Google cache only contained an image of the Internet page, as it existed before the undertaking to cease and desist backed up by a contractual penalty was issued. It was, however, crucial that the website operator, in the undertaking to cease and desist backed up by a contractual penalty, had undertaken to mere cease and desist, but not to refrain from any proactive action.

NOTE: If the undertaking to cease and desist is preformulated by the party that had the cease and desist order issued, it is solely up to the latter to expand the scope of the undertaking to cease and desist accordingly. Thus, in the case decided, the party that had the cease and desist order issued should have ensured that the recipient of the cease and desist order actually undertook to demand that third parties, especially operators of search engines, no longer disclose the objected contents either.

Halle an der Saale Regional Court, Judgment of May 31, 2012, Case 4 O 883/11.

*Wird der Betreiber einer Website wegen rechtswidriger Seiteninhalte auf Unterlassung in Anspruch genommen, stellt sich regelmäßig die Frage, ob die beanstandeten Inhalte nicht nur von der betreffenden Website, sondern auch aus den sogenannten Caches von Suchmaschinen, wie z. B. Google, gelöscht werden müssen. In dem vom Landgericht Halle an der Saale entschiedenen Fall hatte der Abgemahnte die wegen Markenrechtsverletzungen beanstandeten Keywords gemäß der Unterlassungserklärung von seiner Internetseite gelöscht. Als der Abmahnende feststellte, dass der ursprüngliche Seiteninhalt weiterhin u. a. über die Suchmaschine Google aufrufbar war, verlangte er wegen der Zuwiderhandlung die für diesen Fall vereinbarte Vertragsstrafe.*

*Das Gericht verneinte einen Verstoß gegen die Unterlassungsverpflichtungserklärung. Zum einen enthielt der Google-Cache lediglich ein Abbild der Internetseite, wie sie vor Abgabe der strafbewehrten Unterlassungserklärung bestanden hat. Entscheidend war jedoch, dass sich der Seitenbetreiber in der strafbewehrten Unterlassungserklärung zu einem bloßen Unterlassen, nicht aber auch zu einem aktiven Handeln verpflichtet hatte.*

*HINWEIS: Wird die Unterlassungserklärung vom Abmahnenden vorformuliert, liegt es allein bei ihm, den Umfang der Unterlassungsverpflichtung entsprechend zu erweitern. Im entschiedenen Fall hätte der Abmahnende daher sicherstellen müssen, dass sich der Abgemahnte auch dazu verpflichtet, Dritte, insbesondere Betreiber von Suchmaschinen, aufzufordern, die beanstandeten Inhalte ebenfalls nicht mehr zu veröffentlichen.*

LG Halle an der Saale, Urteil v. 31.05.2012, Az. 4 O 883/11.

#### ■ CELEBRITIES AND PRIVATE MATTERS - THE LIMITS OF PERMISSIBLE REPORTING /

#### *PROMINENTE UND PRIVATES - ÜBER DIE GRENZEN ZULÄSSIGER BERICHTERSTATTUNG*

**In a current decision the Superior Court of Justice Berlin shows the limits of reporting on circumstances of celebrities.**

The Court prohibited a tabloid newspaper to publish a report about a prominent comedy artist, in which his circumstances were compared with those of his penniless

*Das Kammergericht Berlin zeigt in einem aktuellen Urteil die Grenzen einer Wortberichterstattung über die Lebensverhältnisse von Prominenten auf.*

*Es untersagte einer Boulevardzeitung die Verbreitung eines Berichts über einen prominenten Comedy-Künstler, in dem dessen Lebensverhältnisse denen seines mittel-*

father. The Court also viewed showing the celebrity's villa – under construction in the image – under the headline "Villa worth millions! Will he now have his disowned father move in?" and naming the district an impermissible encroachment upon the affected person's privacy.

NOTE: The result of this case cannot be readily applied to similar constellations, since it is up to the celebrities themselves to a certain extent as to how far the reporting about their private lives may go: The magic word is "self-disclosure." The more a person discloses about himself in a specific area of life, the slimmer the chances are to successfully proceed against such reporting.

Berlin Superior Court of Justice, Judgment of February 6, 2012, Case 10 U 50/11.

losen Vaters gegenübergestellt wurden. Auch sah das Gericht in der Abbildung der im Rohbau befindlichen Villa des Prominenten unter der Überschrift "Millionen-Villa! Holt er seinen verstoßenen Vater jetzt zu sich?" und der Nennung des Stadtteils einen unzulässigen Eingriff in die Privatsphäre des Betroffenen.

HINWEIS: Das Ergebnis des Falles lässt sich nicht ohne weiteres auf ähnliche Konstellationen übertragen. Prominente haben es nämlich bis zu einem gewissen Grad selbst in der Hand, wie weit die Berichterstattung über ihr Privatleben gehen darf: Das Zauberwort lautet „Selbstöffnung“. Je mehr eine Person in einem bestimmten Lebensbereich von sich preisgibt, desto geringer sind die Chancen, erfolgreich gegen eine diesbezügliche Berichterstattung vorzugehen.

KG Berlin, Urteil v. 06.02.2012, Az. 10 U 50/11.



## IV. Labor & Employment Law / *Arbeitsrecht*

*Christian Zeller – German Attorney at Law*

### ■ EARLY PRESENTATION OF DOCTOR'S NOTES /

#### *FRÜHE VORLAGE VON ATTESTEN*

**In case of illness an employer may request a certificate of incapacity to work already on the first day of the illness, which is pointed out in a current decision of the Federal Labor Court.**

In the underlying case an employee had been refused her wish to take her vacation on a specific day. In response, she had herself put on sick leave on exactly that very day, which prompted the employer to advise her to present a doctor's note already on the first sick day in the future. The complaint filed against this decision remained unsuccessful in all instances, since section 5 subsection 1 sentence 3 of the *Entgeltfortzahlungsgesetz* [continued remuneration act] (EFZG) expressly entitles the employer to request a doctor's note on the very first day. However, the judges did not only point to an existing law, but made it clear that such an early presentation request required no factual justification. In particular, no reasonable suspicion needs to be present that an illness had only been faked in the past.

NOTE: From a practical perspective, early presentation of a doctor's note is recommended only in comparable exceptional cases, since, usually, a sick leave is not prescribed for three days, but rather for a longer time period, which also results in longer absences.

Federal Labor Court, Judgment of November 14, 2012, Case 5 AZR 886/11.

**Im Krankheitsfall kann der Arbeitgeber bereits am ersten Tag der Erkrankung die Vorlage einer ärztlichen Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung verlangen. Darauf weist das Bundesarbeitsgericht in einer aktuellen Entscheidung hin.**

Im zugrunde liegenden Fall war einer Arbeitnehmerin der Urlaubswunsch für einen bestimmten Tag verwehrt worden. Daraufhin ließ sie sich für ebenjenen Tag krank schreiben, was den Arbeitgeber zu der Weisung veranlassete, sie habe künftig bereits am ersten Krankheitstag ein Attest vorzulegen. Die dagegen gerichtete Klage blieb in allen Instanzen erfolglos. Denn § 5 Abs. 1 Satz 3 Entgeltfortzahlungsgesetz (EFZG) räumt dem Arbeitgeber das Recht der frühen Vorlage ausdrücklich ein. Die Richter wiesen jedoch nicht nur auf ein bestehendes Gesetz hin, sondern stellten klar, dass eine solche frühe Vorlage keiner sachlichen Rechtfertigung bedarf. Insbesondere müsse kein begründeter Verdacht vorliegen, dass in der Vergangenheit eine Erkrankung nur vorgetäuscht worden sei.

HINWEIS: Aus praktischer Sicht empfiehlt sich die frühe Vorlage nur in vergleichbaren Ausnahmefällen. Denn eine ärztliche Krankschreibung wird in aller Regel nicht nur für drei Tage, sondern eher für einen längeren Zeitraum erfolgen, womit sich auch die Ausfallzeiten erhöhen.

BAG, Urteil v. 14.11.2012, Az. 5 AZR 886/11.

## ■ WORDING OF CANCELATION AGREEMENTS /

### *FORMULIERUNG VON AUFHEBUNGSVERTRÄGEN*

If offsetting another income is not expressly regulated in cancellation agreements, there is no recourse against paid competitive activities of laid-off workers. This results from a current decision of the Federal Labor Court.

This case concerned a production manager who had been laid off by his employer with pay until the end of the notice period. Moreover, the cancellation agreement also stipulated that the non-competition clause of section 60 of the German Commercial Code should apply during the release period. Nevertheless, the employee accepted paid employment for a leading competitor. According to the judges, this remuneration was not to be offset against the other compensation, since this had not been expressly stipulated in the cancellation agreement. Rather, maintaining the non-competition clause speaks against any offsetability.

NOTE: Consequently, the offsetability regulation would not yet have been sufficient to simultaneously prevent the competitive activity. Rather, this would require a wording that would reveal a corresponding will.

Federal Labor Court, Judgment of October 17, 2012, Case 10 AZR 809/11.

*Ohne ausdrückliche Regelung im Aufhebungsvertrag über die Anrechnung eines anderweitigen Verdienstes gibt es keine Handhabe gegen entgeltliche Wettbewerbstätigkeiten eines freigestellten Arbeitnehmers. Das geht aus einem aktuellen Urteil des Bundesarbeitsgerichts hervor.*

*Im Fall ging es um einen Produktionsmanager, der nach arbeitgeberseitiger Kündigung bis zum Ende der Kündigungsfrist unter Weiterbezug der Vergütung freigestellt worden war. Im Aufhebungsvertrag wurde außerdem vereinbart, dass während der Freistellung das Wettbewerbsverbot des § 60 HGB gelten sollte. Dennoch nahm der Arbeitnehmer eine entgeltliche Tätigkeit für einen führenden Wettbewerber auf. Diese Vergütung sei nach Ansicht der Richter nicht auf die andere Vergütung anzurechnen, da dies im Aufhebungsvertrag nicht ausdrücklich vereinbart worden war. Vielmehr spreche die Aufrechterhaltung des Wettbewerbsverbotes gegen eine Anrechenbarkeit.*

*HINWEIS: Folglich hätte die Regelung der Anrechenbarkeit noch nicht ausgereicht, um zugleich die Wettbewerbstätigkeit zu verhindern. Dazu wäre vielmehr eine Formulierung nötig, die einen entsprechenden Willen erkennen lässt.*

BAG, Urteil v. 17.10.2012, Az. 10 AZR 809/11.



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

*Andreas Warkentin, LL.M. oec. int. – German Attorney at Law, Certified Banking & Capital Markets Law Specialist*

## ■ CLOSING OF THE “FIRST QUOTATION BOARD” AT THE GERMAN STOCK EXCHANGE /

### *SCHLIEßUNG DES „FIRST QUOTATION BOARD“ AN DER DEUTSCHEN BÖRSE*

As of December 15, 2012 the German stock exchange has closed its market segment “First Quotation Board” established only in 2008. The low transparency requirements were to pave the way to the stock exchange for small and medium-sized companies, but were frequently exploited by shady market participants. Despite measures taken under criminal and regulatory law, massive and numerous suspicious cases of market manipulations followed.

Closing the “First Quotation Board” is part of, and the last step in the new segmentation in the Open Market of the Frankfurt Securities Exchange. Tightened requirements have already been in force for the “Entry Standard” as of July 1, 2012, and since October 1, 2012 for the “Quotation

*Die Deutsche Börse hat ihr erst 2008 eingerichtetes Marktsegment „First Quotation Board“ zum 15. Dezember 2012 geschlossen. Die geringen Transparenzanforderungen sollten kleinen und mittelständischen Unternehmen den Weg an die Börse ebnen, wurden jedoch häufig von unseriösen Marktteilnehmern ausgenutzt. So kam es trotz straf- und aufsichtsrechtlicher Maßnahmen zu massiven und zahlreichen Verdachtsfällen auf Marktmanipulationen.*

*Die Schließung des „First Quotation Board“ ist Teil und letzter Schritt einer Neusegmentierung im Open Market der Frankfurter Wertpapierbörse. Für den „Entry Standard“ galten bereits ab 1. Juli 2012 verschärfte*

Board" (which corresponds to the former "Second Quotation Board").

Anforderungen; im „Quotation Board“ (das dem früheren „Second Quotation Board“ entspricht) seit 1. Oktober 2012.



## VI. Real Estate Law / *Immobilienrecht*

*Lutz Auffenberg – German Attorney at Law*

### ■ COMMISSION CLAIM OF A REAL ESTATE BROKER WHEN ADVERTISING ON THE INTERNET

#### / *PROVISIONSANSPRUCH EINES IMMOBILIENMAKLER BEI ANZEIGE IM INTERNET*

The Higher Regional Court Hamm concurred with the legal practice of the Federal Court of Justice by vacating its earlier legal practice concerning the conclusion of a brokerage agreement.

For the conclusion of a brokerage agreement, and thus the accrual of a broker commission claim, the Court deems it sufficient that a commercial real estate agent offered a property for sale by means of an ad on an Internet portal by stating the information "commission 3.57%" directly under the type of marketing and the purchase price. In that case an effective offer to conclude a brokerage agreement is present. This is assumed by a customer if – at his request – the property and seller information is disclosed and an inspection date is arranged. The Court rejected the buyer's argument that the reference to the commission could also be directed at the seller. There is no reason for the broker to publicly point out on the Internet to the buyer the amount of the commission arranged with the seller.

NOTE: The reversal in the Senate's case law is consistent and logical. In May of 2012, only about one and a half months earlier, the Federal Court of Justice rendered a decision to that effect (case no. III ZR 62/11), which related to the same issue. Ultimately, the purpose of speedily implementing the case law of the highest court at the higher regional courts is legal certainty and therefore welcome.

Hamm Higher Regional Court, Judgment of June 21, 2012, Case 18 U 17/12.

*Das OLG Hamm hat sich der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs angeschlossen und seine frühere Rechtsprechung bezüglich des Zustandekommens eines Maklervertrages aufgegeben.*

*Das Gericht sieht es für das Zustandekommen eines Maklervertrages und damit für das Entstehen des Maklerprovisionsanspruchs als ausreichend an, wenn ein gewerblicher Immobilienmakler ein zum Verkauf stehendes Objekt mittels einer Anzeige auf einem Internetportal mit dem direkt unter der Angabe der Vermarktungsart und des Kaufpreises stehenden Hinweis "Provision 3,57%" angeboten hat. Dann liege ein wirksames Angebot zum Abschluss eines Maklervertrages vor. Dieses nehme ein Kunde an, wenn auf seinen Wunsch hin die Objekt- und Verkäuferdaten bekannt gegeben und ein Besichtigungstermin vereinbart werde. Das Argument des Käufers, dass der Hinweis auf die Provision auch an den Verkäufer gerichtet sein könnte, hat das Gericht zurückgewiesen. Es bestehe für den Makler kein Anlass, den Käufer öffentlich im Internet auf die Höhe einer mit dem Verkäufer vereinbarten Provision hinzuweisen.*

*HINWEIS: Der Umschwung in der Rechtsprechung des Senats ist konsequent und folgerichtig. Im Mai 2012, also nur etwa eineinhalb Monate früher, hatte der Bundesgerichtshof ein entsprechendes Urteil gesprochen (Az. III ZR 62/11), das sich auf dieselbe Fragestellung bezog. Letztlich dient die schnelle Umsetzung der höchstrichterlichen Rechtsprechung an den Oberlandesgerichten der Rechtssicherheit und ist deshalb zu begrüßen.*

OLG Hamm, Urteil v. 21.06.2012, Az. 18 U 17/12.

### ■ LESSOR'S RIGHT OF NOTICE: WISH FOR PROFESSIONAL USE SUFFICIENT /

#### *KÜNDIGUNGSRECHT DES VERMIETERS: BERUFLICHE NUTZUNGSWÜNSCHE REICHEN AUS*

The Federal Court of Justice recently decided that a lessor's intent to use his rented apartment for purely professional purposes can also constitute a legitimate

*Der Bundesgerichtshof hat kürzlich entschieden, dass auch die Absicht des Vermieters, seine Mietwohnung für rein berufliche Zwecke zu nutzen, ein*

**interest required to cancel an existing tenancy on the part of the lessor.**

This even applies if not the lessor himself, but his wife, wishes to use the rented apartment professionally in the future. In the case decided, a lessor gave notice to his tenants on grounds that his wife wished to relocate her law firm to Berlin and therefore wanted to use the rented apartment as premises for the law firm. The Court stated that a legitimate interest in terminating the tenancy could be assumed even if the lessor wished to use the apartment exclusively for his professional activity or for that of a family member.

NOTE: The decision of the Federal Court of Justice constitutes a legitimate expansion of lessor rights. Especially the court's reasons, referring to basic rights, takes into account the fact that the legislator, in section 573 BGB of the German Civil Code, merely requires a "legitimate interest" on the part of the lessor. Own usage for residential purposes is an example expressly mentioned in the law; however, a legitimate interest can also result from other, comparable reasons.

Federal Court of Justice, Judgment of September 26, 2012, Case VIII ZR 330/11.

***für die Kündigung eines bestehenden Mietverhältnisses auf Vermieterseite erforderliches berechtigtes Interesse darstellen kann.***

*Dies sogar dann, wenn der Vermieter gar nicht selbst, sondern seine Ehefrau die Mietwohnung künftig beruflich nutzen möchte. Im entschiedenen Fall hatte ein Vermieter gegenüber den Mietern die Kündigung unter der Begründung ausgesprochen, dass seine Ehefrau ihre Anwaltskanzlei nach Berlin verlegen und sie daher die Mietwohnung als Kanzleiräumlichkeit nutzen wolle. Das Gericht führte aus, dass auch dann ein berechtigtes Interesse an der Beendigung des Mietverhältnisses angenommen werden könne, wenn der Vermieter die Wohnung ausschließlich für seine berufliche Tätigkeit oder die eines Familienangehörigen nutzen wolle.*

*HINWEIS: Die Entscheidung des Bundesgerichtshofs stellt eine gerechtfertigte Erweiterung der Vermieterrechte dar. Insbesondere die auf die Grundrechte verweisende Begründung des Gerichts trägt dem Umstand Rechnung, dass der Gesetzgeber in § 573 BGB lediglich ein „berechtigtes Interesse“ des Vermieters fordert. Der Eigenbedarf zu Wohnzwecken ist ein im Gesetz ausdrücklich erwähntes Beispiel, jedoch kann ein berechtigtes Interesse auch aus anderen, vergleichbaren Gründen folgen.*

*BGH, Urteil v. 26.09.2012, Az. VIII ZR 330/11.*