

GERMAN BUSINESS LAW

news



Stefan Winheller

WINHELLER Rechtsanwaltsgesellschaft 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 | Shanghai

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 / <i>HANDELS- & GESELLSCHAFTSRECHT</i>	2
<i>Thomas Schwab</i>	
II. TAX LAW / <i>STEUERRECHT</i>	4
<i>Stefan Winheller, Certified Tax Lawyer, LL.M. Tax (USA)</i>	
III. IP LAW / <i>GEWERBLICHER RECHTSSCHUTZ</i>	6
<i>Dr. Christian Seyfert, Certified Copyright & Media Law Specialist, LL.M. (USA)</i>	
IV. LABOR AND EMPLOYMENT LAW / <i>ARBEITSRECHT</i>	7
<i>Christian Zeller</i>	
V. BANKING AND CAPITAL MARKETS LAW / <i>BANK- UND KAPITALMARKTRECHT</i>	9
<i>Martin Sach, LL.M. Insurance Law</i>	



I. Corporate Law / Handels- & Gesellschaftsrecht

Thomas Schwab – German Attorney at Law

■ THE CLAIM OF THE COMMERCIAL AGENT TO FREE PROVISION OF RESOURCES / ZUM ANSPRUCH DES HANDELSVERTRETERS AUF KOSTENLOSE ÜBERLASSUNG VON HILFSMITTELN

Section 86a German Commercial Code [HGB] stipulates that the business owner must provide the commercial agent free of charge with the documentation necessary to perform his duties. Agreements that deviate from this regulation are invalid.

When are documents "necessary"?

Up to now, the Supreme Court has not clarified when a resource is "necessary" as defined in Section 86a HGB. A widespread view is that "necessary" refers not only to resources that are essential for the activities of the commercial agent, but also those that the commercial agent considers to be necessary from his point of view for a good reason. Another view is that Section 86a HGB requires that the documentation should be essential for the specific promotion of the goods.

Decision of the German Federal Supreme Court

The Federal Supreme Court agreed with the latter point of view. The very word "necessary" implies a restrictive interpretation. In addition, it would also be supported by the examples listed in Section 86a HGB, all of which had a very close relationship to the product and without which successful brokerage would simply not be possible. Not least the fact that the commercial agent, as an independent contractor, would have to bear the expenses incurred in his business operations, is a point in favor of the contractor only having a claim to those resources free of charge that are specifically attributable to the sphere of the entrepreneur.

NOTE: In detail, according to this, commercial agents must be responsible not only for the costs of client gifts and other promotional items, but also for documents attributable to office equipment such as stationery and business cards, even if they bear the logo of the business owner. An obligation to pay, however, on the part of the commercial agent, for example for software provided, will not be taken into account if the prevailing opinion considers the software to be a single product and it contains not only essential components for sales but also components that can be attributed to the organization of the commercial agent's office.

Federal Supreme Court, Judgment of May 4, 2011, Case VIII ZR 11/10.

§ 86a HGB regelt, dass der Unternehmer dem Handelsvertreter die zur Ausübung seiner Tätigkeit erforderlichen Unterlagen kostenlos zur Verfügung zu stellen hat. Hiervon abweichende Vereinbarungen sind unwirksam.

Wann sind Unterlagen „erforderlich“?

Höchststrichterlich bislang nicht geklärt war, wann ein Hilfsmittel „erforderlich“ im Sinne des § 86a HGB sei. Eine weit verbreitete Auffassung geht dahin, „erforderlich“ seien nicht nur Hilfsmittel, die für die Tätigkeit des Handelsvertreters unverzichtbar seien, sondern auch solche, welche dieser aus seiner Sicht mit guten Gründen für den Erfolg seiner Tätigkeit für notwendig halte. Nach anderer Ansicht verlange § 86a HGB, dass die Unterlagen für die spezifische Anpreisung der Ware unerlässlich sein müssten.

Entscheidung des Bundesgerichtshofs

Der Bundesgerichtshof schloss sich der letztgenannten Auffassung an. Eine restriktive Auslegung ergebe sich schon aus dem Wort „erforderlich“. Darüber hinaus werde sie auch gestützt durch die in § 86a HGB genannten Beispiele, die allesamt einen sehr engen Bezug zum Produkt aufwiesen, und ohne die eine erfolgreiche Vermittlung schlechthin nicht möglich sei. Nicht zuletzt spreche auch die Tatsache, dass der Handelsvertreter als selbständiger Unternehmer die in seinem Geschäftsbetrieb entstehenden Aufwendungen selbst zu tragen habe, dafür, dass er nur diejenigen Hilfsmittel, die spezifisch der Sphäre des Unternehmers zuzurechnen seien, kostenlos beanspruchen könne.

HINWEIS: Im Einzelnen hat der Handelsvertreter danach nicht nur die Kosten für Kundengeschenke und sonstige Werbeartikel selbst zu tragen, sondern auch der Büroausstattung zuzuordnende Unterlagen wie Briefpapier und Visitenkarten, selbst dann, wenn sie das Logo des Unternehmers tragen. Allerdings kommt eine Vergütungspflicht des Handelsvertreters z. B. für überlassene Software dann nicht in Betracht, wenn es sich bei dieser nach der Verkehrsauffassung um ein einheitliches Produkt handelt, und sie nicht nur für den Vertrieb unverzichtbare Komponenten enthält, sondern auch solche, die der Büroorganisation des Handelsvertreters zuzurechnen sind.

Bundesgerichtshof, Urteil v. 04.05.2011, Az. VIII ZR 11/10.

■ RESOLUTION ON CONTROL AND PROFIT TRANSFER AGREEMENT HAS THE NATURE OF A CORPORATION /

BESCHLUSSFASSUNG ÜBER BEHERRSCHUNGS- UND GEWINNABFÜHRUNGSVERTRAG HAT KÖRPERSCHAFTLICHEN CHARAKTER

The insolvency administrator of a GmbH (German limited liability company), which held a 10% interest in another GmbH, made a motion in the shareholders' meeting to terminate the control and profit transfer agreement existing between this GmbH and its main shareholder, also a GmbH. The application was rejected with the votes of the dominating GmbH.

Problem

There are differing opinions on the question as to whether the controlling shareholder has the right to vote on the resolution on the termination of a control and profit transfer agreement. While some advocate a ban on voting because they consider the termination a legal transaction as defined in Section 47(4) German Limited Liability Companies Act, which in principle could be performed by the managing director, others, however, consider it an internal company matter. In this case, the shareholder's participation could not be refused simply because the content of the resolution would also have an effect on the shareholder's personal legal affairs.

Decision of the German Federal Supreme Court

The German Federal Supreme Court agreed with the latter point of view. The termination of a control and profit transfer agreement is said to be not a transaction of a purely contractual nature, but rather alters the legal status of the controlling company, and therefore is an organizational act on the part of the controlling company and an intervention in its organizational structure.

NOTE: In German stock corporation law, the termination of a control and profit transfer agreement is strictly subject to a decision by the managing board without instructions. A parallel to this, however, is precluded by the law relating to German limited liability companies, among other things because this would lead to an area of business management without instructions, which is not known under the law relating to German limited liability companies.

Federal Supreme Court, Judgment of May 31, 2011, Case II ZR 109/10.

Der Insolvenzverwalter einer GmbH, die mit 10% an einer weiteren GmbH beteiligt war, beantragte in der Gesellschafterversammlung, den zwischen dieser GmbH und ihrer Hauptgesellschafterin, ebenfalls einer GmbH, bestehenden Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag zu kündigen. Der Antrag wurde mit den Stimmen der herrschenden GmbH abgelehnt.

Problemstellung

Zur Frage, ob der herrschende Gesellschafter bei der Beschlussfassung über die Kündigung eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags ein Stimmrecht habe, gibt es unterschiedliche Auffassungen. Während die einen ein Stimmverbot befürworten, weil sie in der Kündigung ein Rechtsgeschäft im Sinne des § 47 Abs. 4 GmbHG sehen, das grundsätzlich vom Geschäftsführer wahrgenommen werden könne, betrifft sie für die anderen eine innere Angelegenheit der Gesellschaft. Hier könne dem Gesellschafter die Mitwirkung nicht schon deshalb versagt werden, weil der Beschlussinhalt zugleich auf seinen persönlichen Rechtskreis einwirke.

Entscheidung des Bundesgerichtshofs

Der Bundesgerichtshof schloss sich der letztgenannten Auffassung an. Die Beendigung eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags habe keinen rein schuldrechtlichen Charakter, sondern ändere den rechtlichen Status der beherrschten Gesellschaft, sei ein Organisationsakt der beherrschten Gesellschaft und ein Eingriff in ihre Organisationsstruktur.

HINWEIS: Im Aktienrecht unterliegt die Kündigung eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags grundsätzlich der weisungsfreien Entscheidung des Vorstandes. Eine Parallele hierzu verbietet sich aber im Recht der GmbH u. a. deshalb, weil dies zu einem dem GmbH-Recht fremden Bereich weisungsfreier Geschäftsführung führen würde.

Bundesgerichtshof, Urteil v. 31.05.2011, Az. II ZR 109/10.



II. Tax Law / Steuerrecht

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

■ CONSTANT DISPUTE OVER THE RESTRUCTURING CLAUSE /

EWIGER STREIT UM DIE SANIERUNGSKLAUSEL

The restructuring clause introduced during the economic crisis, which is intended to ensure that when companies in need of restructuring are acquired, losses accrued are not lost, but may continue to be used for tax purposes, has been disputed between companies and the fiscal authorities for a long time.

While the European Commission considers the German restructuring clause to be illegal because it breaches the European state aid rules and the tax offices are therefore no longer allowed to apply the clause, the Tax Court Münster has now issued a decision to the contrary. It ruled in favor of a company, which the tax office had denied the right to take into consideration the losses. The significant resulting tax liabilities endangered the existence of the company, which was therefore forced to apply to the Tax Court to appeal for interim relief.

The court agreed with the company. There were serious doubts about the opinion of the European Commission. After all, the restructuring clause applies to any company that is in financial difficulties, without certain sectors or companies being favored. In addition, the damage threatening the company was severe and irreparable in this particular case, meaning that no other decision could be justified.

NOTE: The continuing legal dispute with regard to whether the restructuring clause is permissible creates enormous legal uncertainty. The pending complaint by Germany against the decision of the European Union is the only thing that is expected to result in clarity – at least for past cases. With regard to the future, the federal government plans to repeal the restructuring clause, anyway.

Tax Court Münster, Order of August 1, 2011, 9 V 357/11 K, G.

Die im Zuge der Wirtschaftskrise eingeführte Sanierungsklausel, die beim Erwerb von sanierungsbedürftigen Unternehmen dafür sorgen sollte, dass angelaufene Verluste nicht untergehen, sondern weiterhin steuerlich genutzt werden können, ist seit langem Grund für Streit zwischen Unternehmen und den Finanzbehörden.

Während die Europäische Kommission die deutsche Sanierungsklausel wegen Verstoßes gegen das europäische Beihilferecht für rechtswidrig hält, und die Finanzämter die Klausel seitdem nicht mehr anwenden dürfen, hat jetzt das Finanzgericht Münster gegensätzlich entschieden. Es urteilte zugunsten eines Unternehmens, dem vom Finanzamt die Verluste als nicht berücksichtigungsfähig aberkannt worden waren. Die sich in der Folge ergebenden erheblichen Steuerforderungen gefährdeten die Existenz des Unternehmens, das sich daher gezwungen sah, das Finanzgericht im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes anzurufen.

Das Gericht gab dem Unternehmen Recht. Es bestünden ernsthafte Zweifel an der Auffassung der Europäischen Kommission. Immerhin gelte die Sanierungsklausel für jedes Unternehmen, das sich in finanziellen Schwierigkeiten befinde, ohne dass bestimmte Branchen oder Unternehmen bevorzugt würden. Außerdem rechtfertige der dem Unternehmen im konkreten Fall drohende schwere und nicht wieder gutzumachende Schaden keine andere Entscheidung.

HINWEIS: Der andauernde rechtliche Streit um die Zulässigkeit der Sanierungsklausel verursacht enorme Rechtsunsicherheit. Erst die anhängige Klage Deutschlands gegen die Entscheidung der Europäischen Union wird vermutlich Klarheit bringen – jedenfalls für die Vergangenheit. Für die Zukunft plant die Bundesregierung sowieso die Aufhebung der Sanierungsklausel.

FG Münster, Beschluss v. 01.08.2011, 9 V 357/11 K, G.

■ REAL ESTATE TRANSFER TAX RATES INCREASE /

GRUNDERWERBSTEUER STEIGT

For real estate transactions in Germany, the amount of real estate transfer tax payable differs from German state to state. Until a few years ago, the tax rate was a uniform 3.5% of the tax base, which is usually the purchase price. As part of the "federalism reform" in 2006, the German states, however, were permitted to set

Für Grundstückstransaktionen wird in Deutschland Grunderwerbsteuer fällig, deren Höhe sich von Bundesland zu Bundesland unterscheidet. Bis vor einigen Jahren betrug der Steuersatz einheitlich 3,5% der Bemessungsgrundlage, d.h. in der Regel des Kaufpreises. Im Zuge der sog. Föderalismusreform im Jahr 2006 wurde es den

their own tax rate. As might be expected, since then, most states have been gradually increasing the tax rate.

The latest increase comes in the state of North Rhine-Westphalia. Effective October 1, 2011, a tax rate of 5% (state paper 15/1924 of May 10, 2011) will apply for real estate property in North Rhine-Westphalia. The tax rates in the 16 German states are thus as follows:

<u>German State</u>	<u>Current Tax Rate</u>	<u>Scheduled Increase</u>
Baden-Württemberg	3.5%	5.0% (likely from 10/2011)
Bavaria	3.5%	-
Berlin	4.5%	-
Brandenburg	5.0%	-
Bremen	4.5%	-
Hamburg	4.5%	-
Hesse	3.5%	-
Lower Saxony	4.5%	-
Mecklenburg-Western Pomerania	3.5%	-
North-Rhine Westphalia	3.5%	5.0% (from 10/2011)
Rhineland Palatine	3.5%	5.0% (likely from 03/2012)
Saarland	4.0%	4.5% (likely from 01/2012)
Saxony	3.5%	-
Saxony-Anhalt	4.5%	-
Schleswig-Holstein	3.5%	5.0% (from 01/2012)
Thuringia	5.0%	-

NOTE: Sales contracts usually provide that the real estate transfer tax is to be paid by the purchaser.

Bundesländern jedoch gestattet, ihren Steuersatz selbst festzulegen. Wie nicht anders zu erwarten, erhöhen die meisten Bundesländer seitdem nach und nach den Steuersatz.

Die aktuellste Erhöhung betrifft das Land Nordrhein-Westfalen. Mit Wirkung zum 01.10.2011 gilt für Grundstücke in Nordrhein-Westfalen ein Satz von 5% (Drs. 15/1924 v. 10.05.2011). In den 16 deutschen Bundesländern sind die Steuersätze damit wie folgt:

<u>Bundesland</u>	<u>Aktueller Steuersatz</u>	<u>Geplante Erhöhung</u>
Baden-Württemberg	3,5%	5% (voraussichtlich ab 10/2011)
Bayern	3,5%	-
Berlin	4,5%	-
Brandenburg	5,0%	-
Bremen	4,5%	-
Hamburg	4,5%	-
Hessen	3,5%	-
Mecklenburg-Vorpommern	3,5%	-
Niedersachsen	4,5%	-
Nordrhein-Westfalen	3,5%	5% (ab 10/2011)
Rheinland-Pfalz	3,5%	5% (voraussichtlich ab 03/2012)
Saarland	4,0%	4,5% (voraussichtlich ab 01/2012)
Sachsen	3,5%	-
Sachsen-Anhalt	4,5%	-
Schleswig-Holstein	3,5%	5% (ab 01/2012)
Thüringen	5,0%	-

HINWEIS: In Kaufverträgen wird üblicherweise geregelt, dass die Grunderwerbsteuer vom Käufer zu tragen ist.



III. IP Law / *Gewerblicher Rechtsschutz*

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

■ A DUBBING ARTIST HAS NO CLAIM TO ADDITIONAL REMUNERATION IN CASE OF ONLY A SMALL CONTRIBUTION BEING MADE TO THE FILM /

EIN SYNCHRONSPRECHER HAT KEINEN NACHVERGÜTUNGSANSPRUCH BEI NUR GERINGEM BEITRAG ZUM FILM

A ruling by the Superior Court of Justice Berlin states that a dubbing artist, who provided the voice of the main actor in a movie is not entitled to additional remuneration if his actual contribution to the film plays a subordinate role. A mere minor contribution to the film is to be assumed in such cases if the film mostly consists of technical effects, a variety of supporting actors, and the main actor appears only rarely.

In Germany, copyright grants an author or artist at least appropriate remuneration. If the author or artist grants a licensee a right to use under conditions that result in the agreed consideration being strikingly disproportionate to the revenues and benefits obtained from the use of the work, then the licensee is obligated to pay the author or artist additional remuneration.

The plaintiff demanded suitable additional remuneration from the film production company against which the claim was made for his dubbing activities. He had received a regular salary for his services when the contract was concluded, which afterward seemed too low to him, taking into account the success of the film.

The Berlin judges denied a claim to additional compensation of this kind. Even though the plaintiff dubbed the voice of the main actor in the film, his activity was stated to be of minor importance. The court found that the focus was instead on the extensive technical effects and the many supporting actors, which excluded the possibility of any additional compensation. The contribution of the plaintiff to the film as an overall work was found to have played only a subordinate role.

NOTE: A similar decision was recently reached by the Munich Higher Regional Court (judgment of February 10, 2011, Case 29 U 2749/10) according to which the copyright holder of a film's opening credits was not allowed any right to additional compensation because the copyright holder's performance in the specific case played only a minor role in the film as a whole.

Superior Court of Justice Berlin, Judgment of June 29, 2011, Case 24 U 2/10.

Nach einem Urteil des Kammergerichts Berlin hat ein Synchronsprecher, der dem Hauptdarsteller eines Films seine Stimme leiht, keinen Anspruch auf Nachvergütung, wenn sein tatsächlicher Beitrag zum Film eine untergeordnete Rolle spielt. Ein bloß untergeordneter Beitrag zum Film ist in einem solchen Fall anzunehmen, wenn der Film zum größten Teil aus technischen Effekten besteht, eine Vielzahl von Nebendarstellern mitwirkt und der Hauptdarsteller nur selten in Erscheinung tritt.

In Deutschland gewährt das Urheberrecht einem Autor oder Künstler mindestens eine angemessene Vergütung. Hat der Autor oder Künstler einem Lizenznehmer ein Nutzungsrecht zu Bedingungen eingeräumt, die dazu führen, dass die vereinbarte Gegenleistung in einem auffälligen Missverhältnis zu den Erträgen und Vorteilen aus der Nutzung des Werkes steht, so ist der Lizenznehmer dazu verpflichtet, dem Autor oder Künstler eine angemessene Nachvergütung zu zahlen.

Der Kläger verlangte für seine Synchronsprechertätigkeit von der beklagten Filmproduktion eine angemessene Nachvergütung. Für seine Leistungen hatte er bei Vertragsschluss eine normale Entlohnung erhalten, die ihm angesichts des Erfolgs des Films nachträglich zu niedrig erschien.

Die Berliner Richter verneinten einen solchen Nachvergütungsanspruch. Auch wenn der Kläger im Film den Hauptdarsteller synchronisiert habe, sei seine Tätigkeit nur von untergeordneter Bedeutung gewesen. Vielmehr stünden die umfangreichen technischen Effekte und die Vielzahl von Nebendarstellern im Vordergrund, so dass ein Nachvergütungsanspruch ausscheide. Der Beitrag des Klägers zum Gesamtwerk des Films sei insgesamt nur von untergeordneter Rolle gewesen.

HINWEIS: Ähnlich entschied vor kurzem auch das OLG München (Urt. v. 10.02.2011, Az. 29 U 2749/10), wonach der Urheberin eines Filmvorspanns kein Recht auf Nachvergütung zugesprochen wurde, da ihre Leistung für den gesamten Film im konkreten Fall nur von untergeordneter Rolle gewesen sei.

KG Berlin, Urteil. v. 29.06.2011, Az. 24 U 2/10.

■ LIABILITY ON THE PART OF AN ADVERTISING AGENCY FOR TRADEMARK INFRINGEMENT IN CREATION OF AN ADVERTISING LOGO /

HAFTUNG EINER WERBEAGENTUR WEGEN MARKENRECHTSVERLETZUNG DURCH ERSTELLTES WERBELOGO

The Superior Court of Justice Berlin recently dealt with the question of whether and under what circumstances an advertising agency is liable if it creates a logo that infringes a third-party trademark.

It was undisputed among the parties that a logo created by the advertising agency infringes a third-party trademark. The advertising agency had been commissioned by the plaintiff to create the logo in line with its ideas. The dispute before the Superior Court of Justice Berlin was whether the agency commissioned to create an advertising logo is responsible, in addition to the actual work, for checking whether the logo created violates third-party trademarks.

The Superior Court of Justice Berlin responded to this question in the negative. The plaintiff did not expressly request a review of this kind by the advertising agency. In addition, the agreed fee of just EUR 770 was stated to be too low to allow an assumption of an independent obligation to review on the part of the agency. The court found that the most that a client might expect in such a case would be to be notified of any gross legal violations that were easily discernible. Such circumstances, however, were not in place in the case to be decided by the Superior Court of Justice Berlin.

Superior Court of Justice Berlin, Order of February 4, 2011, Case 19 U 109/10.

Das Kammergericht Berlin hatte sich vor kurzem mit der Frage auseinanderzusetzen, ob und unter welchen Bedingungen eine Werbeagentur dafür haftet, dass ein von ihr erstelltes Logo eine fremde Marke verletzt.

Es war unstrittig unter den Parteien, dass ein von der beklagten Werbeagentur erstelltes Logo eine fremde Marke verletzt. Die Werbeagentur hatte das Logo im Auftrag und nach den Vorstellungen des Klägers erstellt. Streitig war vor dem KG Berlin die Frage, ob die mit der Erstellung eines Werbelogos beauftragte Werbeagentur neben der eigentlichen Arbeit auch die Überprüfung schuldet, ob das erstellte Werbelogo fremde Markenrechte verletzt.

Das KG Berlin verneinte diese Frage. Der Kläger hatte eine solche Überprüfung von der Werbeagentur nicht ausdrücklich verlangt. Zudem sei die vereinbarte Vergütung von lediglich 770 Euro zu niedrig, als dass eine eigenständige Prüfungspflicht der Agentur angenommen werden könnte. Allenfalls könne ein Auftraggeber in einem solchen Fall erwarten, auf grobe und unschwer zu erkennende Rechtsverstöße hingewiesen zu werden. Solche Umstände lagen im vom KG Berlin zu entscheidenden Fall allerdings nicht vor.

KG Berlin, Beschluss v. 04.02.2011, Az. 19 U 109/10.



IV. Labor & Employment Law / Arbeitsrecht

Christian Zeller – German Attorney at Law

■ PROTECTION FOR WHISTLEBLOWERS /

SCHUTZ FÜR WHISTLEBLOWER

When employees make problems within their companies public, they do not necessarily damage their duties of loyalty under their employment contracts. The European Court of Human Rights (ECHR) has now

Machen Arbeitnehmer Missstände im Betrieb öffentlich, so verletzen sie dadurch nicht notwendigerweise ihre arbeitsvertraglichen Loyalitätspflichten. Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte (EGMR) hat

underlined the great importance of employees' freedom of opinion in this regard.

In the underlying case, the female employee employed as a geriatric nurse reported her employer (a hospital operator) for fraud. Her employment was then subject to extraordinary termination. The Strasbourg judges stated, however, that such a termination is not permitted, because the right of the employee to freedom of expression outweighed her obligation to protect the reputation of her employer. The court stated that this assumption should be made in all cases where the detection of irregularities is in the public interest and the person providing the information acted in good faith. On the other hand, the future cancellation of the investigation by the public prosecutor in charge, on the other hand, was considered irrelevant.

NOTE: The decision illustrates the importance of an internal point of contact for employees who are willing to provide information. One possibility is the establishment of appropriate "whistle blower hotlines" as part of the cross-company compliance system.

European Court of Human Rights, Judgment of July 21, 2011, Complaint No. 28274/08.

jetzt die hohe Bedeutung der Meinungsfreiheit von Arbeitnehmern in diesem Zusammenhang betont.

Im zugrunde liegenden Fall zeigte die als Altenpflegerin beschäftigte Arbeitnehmerin ihren Arbeitgeber (einen Klinikbetreiber) wegen Betrugs an. Daraufhin wurde ihr außerordentlich gekündigt. Die Straßburger Richter erklärten diese Kündigung jedoch für unzulässig, da das Recht der Arbeitnehmerin auf freie Meinungsäußerung ihre Verpflichtung zum Schutz des Rufes ihres Arbeitgebers überwiege. Davon sei nach Ansicht des Gerichts immer dann auszugehen, wenn die Aufdeckung der Missstände im öffentlichen Interesse liege und der Hinweisgeber in gutem Glauben handle. Unerheblich sei hingegen die spätere Einstellung des Ermittlungsverfahrens durch die zuständige Staatsanwaltschaft.

HINWEIS: Das Urteil verdeutlicht die Wichtigkeit einer innerbetrieblichen Anlaufstelle für hinweiswillige Arbeitnehmer. Eine Möglichkeit ist die Einrichtung entsprechender „Whistleblower-Hotlines“ als Teil des unternehmensübergreifenden Compliance-Systems.

Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, Urteil v. 21.07.2011, Beschwerdenummer 28274/08.

■ ACCRUED VACATION AFTER A LONG ILLNESS /

URLAUBSANSPRÜCHE NACH LANGER KRANKHEIT

The European Court of Justice (ECJ) influences German employment law to a far greater extent than even the ECHR. Especially in the area of the law on vacation, at the beginning of 2009, the much-criticized Schultz-Hoff decision (file reference number C-350/06) resulted in a cut with considerable consequences for the practical arrangement of employment contracts. Against this backdrop, in two recent decisions, the German Federal Labor Court has now responded to the question of whether an employee may request payment in lieu of vacation time for the entire period after a long illness.

In the first case (Case 9 AZR 352/10), the judges decided that claims for compensation in lieu of the statutory minimum vacation (Section 13(1)(1) German Federal Leave Act, in conjunction with Section 3(1) German Federal Leave Act) expire in accordance with the applicable tariff exclusion period for the employment relationship. In accordance with the regulation under the tariff agreement that is applicable in this case, all claims arising from the employment relationship must be asserted in writing within six weeks of the due date. Since this deadline was missed, the claim expired and was therefore lost.

The second case (Case 9 AZR 425/10) concerned the question of the cut-off date after the employee's recovery for claims by the employee for vacation entitlements from previous years. The federal judge referred in this respect to Section 7(3) German Federal Leave Act, according to which vacation must be taken within the same calendar year. If, therefore, an employee who is initially unable to work because of illness becomes healthy again during the calendar year at a time when it would be possible for the

Noch in weit größerem Ausmaß als der EGMR nimmt der Europäische Gerichtshof (EuGH) Einfluss auf das deutsche Arbeitsrecht. Insbesondere im Urlaubsrecht kam es Anfang 2009 durch die vielkritisierte Schultz-Hoff-Entscheidung (Az. C-350/06) zu einem Einschnitt mit erheblichen Folgen für die praktische Arbeitsvertragsgestaltung. Vor diesem Hintergrund äußerte sich nun das Bundesarbeitsgericht (BAG) in zwei aktuellen Entscheidungen zu der Frage, ob ein Arbeitnehmer nach langer Krankheit für den gesamten Zeitraum Urlaubsabgeltungszahlungen verlangen kann.

Im ersten Fall (Az. 9 AZR 352/10) entschieden die Richter, dass Ansprüche auf Abgeltung des gesetzlichen Mindesturlaubs (§ 13 Abs. 1 Satz 1 BUrlG i.V.m. § 3 Abs. 1 BUrlG) entsprechend den für das Arbeitsverhältnis geltenden tariflichen Ausschlussfristen verfallen. Nach der im vorliegenden Fall wirksamen tarifvertraglichen Regelung hätten alle Ansprüche aus dem Arbeitsverhältnis innerhalb von sechs Wochen nach Fälligkeit schriftlich geltend gemacht werden müssen. Da diese Frist versäumt worden war, sei der Anspruch verfallen und somit untergegangen.

Im zweiten Fall (Az. 9 AZR 425/10) ging es um die Frage, bis wann ein Arbeitnehmer nach seiner Genesung Urlaubsansprüche aus vorangegangenen Jahren geltend zu machen hat. Die Bundesrichter verwiesen diesbezüglich auf § 7 Abs. 3 BUrlG, wonach Urlaub im selben Kalenderjahr zu nehmen ist. Werde also ein zunächst arbeitsunfähig erkrankter Arbeitnehmer im Kalenderjahr so rechtzeitig gesund, dass er in der verbleibenden Zeit seinen Urlaub nehmen könne, so erlösche der aus früheren Zeiträumen stammende Urlaubsanspruch genauso wie der Anspruch, der zu Beginn des Urlaubsjahres neu entstanden sei.

employee to take vacation during the remaining time, vacation originating from previous periods would expire just as the claim that was newly created at the beginning of the vacation year.

NOTE: The decisions of the ECJ on vacation law have consequences for practice with regard to employment contracts. Since the German Federal Labor Court is beginning to correct these consequences – at least in part – the case law of both courts on the law relating to vacation should be followed with close attention over the coming years. Because it is precisely after a long illness, however, that a substantial amount of compensation for vacation time is impending, according to the case law of the ECJ.

Federal Labor Court, Judgments of August 9, 2011, Cases 9 AZR 352/10 and 9 AZR 425/10.

HINWEIS: Die Entscheidungen des EuGH im Urlaubsrecht haben Folgen für die arbeitsvertragliche Praxis. Da das BAG diese Folgen – zumindest teilweise – zu korrigieren beginnt, ist die Rechtsprechung beider Gerichte zum Urlaubsrecht in den nächsten Jahren aufmerksam zu verfolgen. Denn gerade nach längerer Erkrankung drohen jedenfalls nach der Rechtsprechung des EuGH Urlaubsabgeltungsansprüche in erheblicher Höhe.

Bundesarbeitsgericht, Urteile v. 09.08.2011, Az. 9 AZR 352/10 sowie 9 AZR 425/10.



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

Martin Sach – German Attorney at Law, LL.M. Insurance Law.

FEDERAL SUPREME COURT: DUTIES ON THE PART OF THE BANK TO PROVIDE CLARIFICATION WITH REGARD TO REFUNDS AND INTERNAL COMMISSION FOR THE SALE OF FUND UNITS /

BGH: AUFLÄRUNGSPFLICHTEN DER BANK ÜBER RÜCKVERGÜTUNGEN UND INNENPROVISIONEN BEIM VERTRIEB VON FONDSANTEILEN

An advisory bank must always provide clarification on refunds. As to internal commissions this only applies if these result in a decrease in assets. The sales prospectus for a closed fund must clearly show that the recipient of the refunds listed there is the bank providing advice.

With a decision of March 9, 2011, the Federal Supreme Court has made its case law with regard to obligations to provide clarification with regard to refunds and internal commission precise.

Terminology

The court defined these two terms for the first time:

Refunds occur when portions of the issue premiums or management fees, which the client pays to the company via the bank, are then paid back to the advisory bank behind the client's back, depending on the level of revenue.

Eine beratende Bank muss über Rückvergütungen stets und über Innenprovisionen immer dann aufklären, wenn diese das Anlagevermögen vermindern. Aus dem Verkaufsprospekt eines geschlossenen Fonds muss sich eindeutig ergeben, dass Empfängerin der dort ausgewiesenen Rückvergütungen die beratende Bank ist.

In einem Beschluss vom 09.03.2011 hat der BGH seine Rechtsprechung zu aufklärungspflichtigen Rückvergütungen und Innenprovisionen präzisiert.

Begriffsdefinitionen

Erstmals definiert das Gericht beide Begriffe:

Rückvergütungen liegen danach vor, wenn Teile der Ausgabeaufschläge oder Verwaltungsgebühren, die der Kunde über die Bank an die Gesellschaft zahlt, hinter seinem Rücken an die beratende Bank umsatzabhängig zurückfließen.

Internal commissions are unreported sales commissions that are paid from the assets in a fund.

Obligation to Provide Clarification for Both Refunds and Internal Commissions

Both forms of cash inflow to the bank result in an obligation to provide clarification. There is, however, a different reason in each case:

Refunds must always be clarified because they establish a particular economic interest on the part of the bank to recommend a particular form of investment. A notification with regard to rebates is only unnecessary if it is clear from the prospectus that these go straight to the advisory bank. An abstract notification, stating that the fund company employs third parties in the acquisition of its own funds who may receive compensation for doing so, is not sufficient. The source from which the refunds are paid is immaterial.

Clarification must be provided with regard to internal commissions, if they are paid from the assets and reduce the assets. If internal commissions are not disclosed in such cases, the investors are given a false impression with regard to the intrinsic value of the investment.

Implications for Advisory Practice

Banks should establish the greatest possible level of transparency with regard to the costs of participation in a fund. Both the form and level of the bank's own interests with regard to refunds should be made abundantly clear to investors. In addition, each investor should be made aware of the fact that in the case of a participation in a closed fund, not all of the investor's assets will be invested in a manner that generates a profit, but only a portion, while the other portion will be spent on issue premiums, management fees, and the costs of raising capital. The only remaining area where no clarification is required is in case of profit margins that are achieved by means of investing in fixed-price transactions.

Federal Supreme Court, Order of March 9, 2011, Case XI ZR 191/10.

Innenprovisionen sind nicht ausgewiesene Vertriebsprovisionen, die bei einem Fonds aus dem Anlagevermögen gezahlt werden.

Aufklärungspflichten sowohl bei Rückvergütungen als auch bei Innenprovisionen

Bei beiden Formen des Mittelzuflusses an die Bank bestehen Aufklärungspflichten. Diese beruhen jedoch auf unterschiedlichen Gründen:

Über Rückvergütungen muss immer aufgeklärt werden, weil sie ein besonderes wirtschaftliches Interesse der Bank begründen, eine bestimmte Anlageform zu empfehlen. Ein Hinweis auf Rückvergütungen ist nur dann nicht notwendig, wenn sich aus dem Verkaufsprospekt eindeutig ergibt, dass diese gerade der beratenden Bank zukommen. Ein abstrakter Hinweis darauf, dass die Fondsgesellschaft bei der Eigenmitteleinwerbung dritte Parteien einsetzen und sie dafür vergüten darf, genügt nicht. Aus welcher Quelle die Rückvergütungen gezahlt werden, ist unerheblich.

Über Innenprovisionen muss aufgeklärt werden, wenn diese aus dem Anlagevermögen gezahlt werden und das Anlagevermögen vermindern. Denn wenn in einem solchen Fall Innenprovisionen nicht offen gelegt werden, entsteht bei den Anlegern eine Fehlvorstellung über die Werthaltigkeit der Anlage.

Folgen für die Beratungspraxis

Banken sollten größtmögliche Transparenz über die Kosten einer Fondsbeteiligung herstellen. Rückvergütungsbedingte wirtschaftliche Eigeninteressen sollten dem Anleger sowohl der Form als auch der Höhe nach deutlich vor Augen geführt werden. Außerdem sollte jedem Anleger bewusst gemacht werden, dass im Falle einer Beteiligung an einem geschlossenen Fonds nicht sein gesamtes Vermögen, sondern nur ein Teil davon gewinnbringend angelegt wird und der andere Teil durch Ausgabeaufschläge, Verwaltungsgebühren und Kapitaleinwerbungskosten aufgezehrt wird. Lediglich über Gewinnmargen, die beim Vertrieb von Anlagen im Festpreisgeschäft erzielt werden, ist weiterhin nicht aufzuklären.

Bundesgerichtshof, Beschluss v. 09.03.2011, Az. XI ZR 191/10.