

# 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 | Shanghai

We are a proud member of:



PRIMERUS

**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 / HANDELS- &amp; GESELLSCHAFTSRECHT</b> .....	2
<i>Thomas Schwab</i>	
<b>II. TAX LAW / STEUERRECHT</b> .....	4
<i>Stefan Winheller, Certified Tax Lawyer, LL.M. Tax (USA)</i>	
<b>III. IP LAW / GEWERBLICHER RECHTSSCHUTZ</b> .....	6
<i>Dr. Christian Seyfert, LL.M. (USA)</i>	
<b>IV. LABOR AND EMPLOYMENT LAW / ARBEITSRECHT</b> .....	8
<i>Christian Zeller</i>	
<b>V. BANKING AND CAPITAL MARKETS LAW / BANK- UND KAPITALMARKTRECHT</b> .....	10
<i>Andreas Warkentin, LL.M. oec. int.; Martin Sach</i>	
<b>VI. INSURANCE LAW / VERSICHERUNGSRECHT</b> .....	13
<i>Martin Sach</i>	



## I. Corporate Law / Handels- & Gesellschaftsrecht

Thomas Schwab – German Attorney at Law

### ■ DETERMINATION OF THE CLAIM TO COMPENSATION IN DEALINGS WITH A LEASING COMPANY /

#### **BESTIMMUNG DES AUSGLEICHSANSPRUCHS BEI GESCHÄFTEN MIT LEASINGGESELLSCHAFT**

The claim under Section 89b German Commercial Code should grant compensation to the commercial agent after the termination of the contractual relationship with a company for the fact that the commissions earned by him previously do not completely cover his services, such as the creation of a customer base.

Characteristic of being a regular customer in the case of gas cards acquired by forwarding companies

In the determination of the concrete amount of the claim to compensation, the portion of regular customers acquired by the commercial agent as part of total revenue plays a decisive role. On November 11, 2009, the Federal Court of Justice, contrary to the court of lower instance at that time, had decided that gas cards acquired by a forwarding company are to be assessed in a customer-oriented manner. Therefore, regular customers are not individual drivers if they refueled at a gas station with certain regularity, i.e. four times per year, but rather the customer of a gas station is the forwarding company and it is a regular customer as a rule when the vehicles were refueled at the gas station four times per year by any drivers of the company.

Characteristic of being a regular customer in the case of motor vehicles acquired by leasing companies

On October 6, 2010, the Federal Court of Justice had to rule whether for the determination of the claim to compensation of a dealership for the sales and marketing of new motor vehicles in the case of sales to a leasing company, said company or the individual lessee was the customer. In delimitation, but not in opposition to its decision of 2009, the Federal Court of Justice held that the individual lessee was to be considered the customer since it is he who makes the economic decision regarding the acquisition of a motor vehicle; the conclusion of the leasing agreement and the purchase of the motor vehicle by the leasing company serves only to finance said acquisition.

NOTE: Section 89b Commercial Code is not only among the most important provisions of the law governing commercial agents, but also among the most complicated in terms of application. In two decisions, the Federal Court of Justice now at least furnished criteria for determining the characteristic of being a regular customer, which are appropriate and with which the determination of the commercial agent claim to compensation can certainly be made.

BGH, Judgment of October 6, 2010, Case VIII ZR 210/07.

*Der Anspruch aus § 89b HGB soll dem Handelsvertreter nach Beendigung seines Vertragsverhältnisses mit einem Unternehmer einen Ausgleich dafür gewähren, dass die bislang von ihm verdienten Provisionen seine Leistungen, wie z.B. die Schaffung eines Kundenstamms, nicht vollständig abdecken.*

Stammkundeneigenschaft bei von Speditionsunternehmen erworbenen Tankkarten

*Bei der Ermittlung der konkreten Höhe des Ausgleichsanspruchs spielt der Anteil der vom Handelsvertreter erworbenen Stammkunden am Gesamtumsatz eine maßgebliche Rolle. Am 11.11.2009 hatte der BGH, entgegen der damaligen Vorinstanz, entschieden, dass von einem Speditionsunternehmen erworbene Tankkarten kundenbezogen auszuwerten seien. Stammkunden seien also nicht einzelne Fahrer, wenn sie mit bestimmter Regelmäßigkeit, d.h. vier Mal pro Jahr, an einer Tankstelle tankten, sondern Kunde einer Tankstelle sei das Speditionsunternehmen und Stammkunde sei es in der Regel schon dann, wenn vier Mal pro Jahr von beliebigen Fahrern des Unternehmens an der Tankstelle getankt würde.*

Stammkundeneigenschaft bei von Leasinggesellschaften erworbenen Kraftfahrzeugen

*Am 06.10.2010 hatte der BGH darüber zu entscheiden, ob für die Bestimmung des Ausgleichsanspruchs eines Vertragshändlers für den Vertrieb von Neufahrzeugen bei Verkäufen an eine Leasinggesellschaft auf diese oder auf den einzelnen Leasingnehmer abzustellen sei. In Abgrenzung, nicht aber in Widerspruch zu seiner Entscheidung von 2009 entschied der BGH nun, dass auf den einzelnen Leasingnehmer abzustellen sei, denn er sei es, der die wirtschaftliche Entscheidung zur Anschaffung eines Fahrzeugs treffe; der Abschluss des Leasingvertrages und der Kauf des Fahrzeugs durch die Leasinggesellschaft diene nur der Finanzierung dieser Anschaffung.*

*HINWEIS: § 89b HGB zählt nicht nur zu den wichtigsten Regelungen des Handelsvertreterrechts, sondern auch zu den in der Anwendung kompliziertesten. In zwei Entscheidungen hat nun der BGH zumindest bei der Bestimmung der Stammkundeneigenschaft Kriterien an die Hand gegeben, die sachgerecht sind und mit denen sich bei der Bestimmung des Handelsvertreterausgleichsanspruchs durchaus arbeiten lässt.*

BGH, Urteil vom 06.10.2010, Az. VIII ZR 210/07.

■ **PREVIOUS CASE LAW OF THE FEDERAL COURT OF JUSTICE WITH REGARD TO THE CLAIM TO COMPENSATION FOR COMMERCIAL AGENTS INCOMPATIBLE WITH EUROPEAN LAW /**

***BISHERIGE RECHTSPRECHUNG DES BGH ZUM AUSGLEICHSANSPRUCH FÜR HANDELSVERTRETER UNVEREINBAR MIT EUROPARECHT***

Until now, the Federal Court of Justice presumed that a commercial agent who had been terminated properly is not entitled to a claim to compensation when it turned out after the termination that at the time of the proper notice of termination good cause for termination had been present. This case law, the European Court of Justice now says, is incompatible with the Commercial Agent Directive.

Problem

According to Section 89b(3) no. 2 German Commercial Code, a claim of the commercial agent to reasonable compensation does not exist when "the company has terminated the contractual relationship and good cause for the termination existed due to the culpable behavior of the commercial agent."

Article 18 of Council Directive 86/653/EEC of 18 December 1986 on the coordination of the laws of the Member States relating to self-employed commercial agents ("Commercial Agent Directive") stipulates that a claim to compensation does not exist "where the principal has terminated the agency contract because of default attributable to the commercial agent."

Situation prior to the decision of the European Court of Justice

Already in 1963, the Federal Court of Justice decided in regard to the similarly worded predecessor provision of Section 89b(3) no. 2 German Commercial Code that the disqualification of the claim to compensation does not depend on the good cause being grounds for the termination. It suffices that it existed objectively at the time of the termination.

When the German legislature implemented the commercial agent directive into national legislation, it held the view that nothing had changed in the legal situation in Germany in this respect.

In the German jurisprudential literature, another opinion is prevalent, however. Also some higher courts saw the previous interpretation of Section 89b(3) no. 2 German Commercial Code and the relevant case law as no longer compatible with European law.

This meant that the Federal Court of Justice with the ruling of April 29, 2009 referred to the European Court of Justice among other things the question for preliminary ruling whether Article 18 of the Commercial Agent Directive "preclude[s] the application by analogy of the national legislation concerning the exclusion of the indemnity claim to a case where a serious ground for the immediate termination of the contract [...] arose only after contractual notice of termination was given."

*Bisher ging der BGH davon aus, dass einem Handelsvertreter, dem ordentlich gekündigt worden war, ein Ausgleichsanspruch dann nicht zusteht, wenn sich nach der Kündigung herausstellte, dass im Zeitpunkt der ordentlichen Kündigung ein wichtiger Kündigungsgrund vorgelegen habe. Diese Rechtsprechung, so nun der EuGH, sei unvereinbar mit der Handelsvertreterrichtlinie.*

Problemstellung

Nach § 89b Abs. 3 Nr. 2 HGB besteht ein Anspruch des Handelsvertreters auf angemessenen Ausgleich dann nicht, wenn „der Unternehmer das Vertragsverhältnis gekündigt hat und für die Kündigung ein wichtiger Grund wegen schuldhaften Verhaltens des Handelsvertreters vorlag“.

In Art. 18 der Richtlinie 86/653/EWG des Rates vom 18. Dezember 1986 zur Koordinierung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten betreffend die selbständigen Handelsvertreter („Handelsvertreterrichtlinie“) heißt es, dass ein Anspruch auf Ausgleich nicht bestehe, „wenn der Unternehmer den Vertrag wegen eines schuldhaften Verhaltens des Handelsvertreters beendet hat“.

Situation vor der Entscheidung des EuGH

Schon im Jahre 1963 hat der BGH zur wortgleichen Vorgängervorschrift des § 89b Abs. 3 Nr. 2 HGB entschieden, dass es für den Ausschluss des Ausgleichsanspruches nicht darauf ankomme, dass der wichtige Grund ursächlich für die Kündigung gewesen sei. Es genüge, dass er zum Zeitpunkt der Kündigung objektiv vorgelegen habe.

Als der deutsche Gesetzgeber die Handelsvertreterrichtlinie in nationales Recht umsetzte, war er der Auffassung, dass sich insoweit an der Rechtslage in Deutschland nichts geändert habe.

Im deutschen rechtswissenschaftlichen Schrifttum freilich ist eine andere Meinung herrschend, auch einige Obergerichte sahen die bisherige Auslegung des § 89b Abs. 3 Nr. 2 HGB und die dazu ergangene Rechtsprechung nicht mehr vereinbar mit Europarecht.

Dies führte dazu, dass der BGH mit Beschluss vom 29.04.2009 dem EuGH u.a. die Frage zur Vorabentscheidung vorlegte, ob Art. 18 der Handelsvertreterrichtlinie „einer entsprechenden Anwendung der nationalen Regelung über den Ausschluss des Ausgleichsanspruchs auf den Fall entgegen [steht], dass ein wichtiger Grund zur fristlosen Kündigung des Vertrags [...] erst nach Ausspruch der ordentlichen Kündigung eintrat“.

Decision of the European Court of Justice

The European Court of Justice now decided that the provision of Article 18(a) could no longer be applied and the commercial agent could no longer be denied a claim to compensation when a company only learns of a default by the commercial agent after the proper notice of termination.

As grounds, the European Court of Justice pointed out that the preposition "because of" requires a direct causal link between the default attributable to the commercial agent and the notice of termination. In addition, Article 18(a) can be narrowly interpreted as an exemption from the claim to compensation on the part of the commercial agent.

NOTE: From the decision of the European Court of Justice, however, it does not follow that the commercial agent could always claim compensation in a case such as the one at issue. The Court expressly points out that the indemnity claim under the second indent of Article 17(2)(a) of the Directive is under an equitable payment reservation: The commercial agent is entitled to indemnity if and to the extent to which the payment of that indemnity is equitable having regard all the circumstances. Therefore, the conduct of the commercial agent could definitely be taken into account in the course of the equity review.

EuGH, Judgment of October 28, 2010, C-203/09.

Entscheidung des EuGH

Der EuGH entschied nun, dass die Regelung des Art. 18 Buchst. a dann nicht mehr angewandt und dem Handelsvertreter ein Ausgleichsanspruch danach nicht mehr versagt werden könne, wenn ein Unternehmer erst nach der ordentlichen Kündigung von einem schuldhaften Verhalten des Handelsvertreters erfahre.

Zur Begründung verwies der EuGH darauf, dass die Präposition „wegen“ einen unmittelbaren Ursachenzusammenhang zwischen dem Fehlverhalten des Handelsvertreters und der Kündigung verlange. Zudem sei Art. 18 Buchst. a als Ausnahme von dem Ausgleichsanspruch des Handelsvertreters eng auszulegen.

HINWEIS: Aus der Entscheidung des EuGH folgt allerdings nicht, dass der Handelsvertreter in einem Fall wie dem vorliegenden immer einen Ausgleich beanspruchen könne. Der Gerichtshof wies ausdrücklich darauf hin, dass der Ausgleichsanspruch gem. Art. 17 Abs. 2 Buchst. a zweiter Gedankenstrich der Richtlinie unter Billigkeitsvorbehalt stehe: Der Handelsvertreter habe Anspruch auf Zahlung eines Ausgleichs, wenn und soweit die Zahlung eines solchen Ausgleichs unter Berücksichtigung aller Umstände der Billigkeit entspricht. Das Verhalten des Handelsvertreters könne also im Rahmen der Billigkeitsprüfung durchaus berücksichtigt werden.

EuGH, Urteil vom 28.10.2010, Az. C-203/09.



## II. Tax Law / Steuerrecht

Stefan Winbeller – German Attorney at Law, Certified Tax Lawyer, LL.M. Tax (USA)

### ■ PERSONAL LIABILITY OF THE EXECUTIVE BOARD FOR UNPAID WAGE INCOME TAXES /

#### **PERSÖNLICHE HAFTUNG DES VORSTANDS FÜR NICHT ABGEFÜHRTE LOHNSTEUER**

**Employers have to withhold and to pay wage income taxes and social insurance contributions from the wages for their employees. In times of crisis, employers frequently do not comply with this, which can lead to the personal liability of the responsible party.**

If in a corporation, several legal representatives are appointed as Executive Board members, each of them is responsible for the management to the full extent. Therefore, an executive board, even if it is not entrusted with fiscal tasks, must be informed on the given occasion, for example, in a corporate crisis, as to whether the responsible Executive Board member fulfills the obligation or pay-

**Arbeitgeber haben für ihre Arbeitnehmer Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträge vom Lohn einzubehalten und abzuführen. In Krisenzeiten kommen Arbeitgeber dem häufig nicht nach, was zur persönlichen Haftung der Verantwortlichen führen kann.**

Sind in einer Aktiengesellschaft mehrere gesetzliche Vertreter als Vorstände bestellt, trifft jeden von ihnen die Pflicht zur Geschäftsführung in vollem Umfang. Daher muss sich ein Vorstand, auch wenn er nicht mit steuerlichen Aufgaben betraut ist, bei gegebenem Anlass, z.B. in der Unternehmenskrise, darüber informieren, ob das zuständige Vorstandsmitglied die Verpflichtung zur Abführung der von der



ment of the wage income tax and social insurance contributions owed by the company. If the Executive Board member does not comply with this supervisory duty, but rather relies on that fact that the tax arrears can be made up for later, after removal of the liquidity problems, he is also personally liable for payment of the arrears after his departure from the corporation.

FG Hamburg, Judgment of October 21, 2010, Case 6 K 228/08.

*Gesellschaft geschuldeten Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträge erfüllt. Kommt der Vorstand dieser Kontrollpflicht nicht nach, sondern vertraut er darauf, dass die Steuerrückstände später, nach Behebung der Liquiditätsschwierigkeiten, ausgeglichen werden können, haftet er persönlich auch nach seinem Ausscheiden aus der Aktiengesellschaft für die Zahlungsrückstände.*

FG Hamburg, Urteil vom 21.10.2010, Az. 6 K 228/08.

## ■ ASSET MANAGEMENT BY BANKS LIABLE TO VALUE-ADDED TAX? /

### VERMÖGENSVERWALTUNG DURCH BANKEN UMSATZSTEUERPFLICHTIG?

**How banks have to bring their asset management services for wealthy private customers to account for value-added tax purposes has not been definitively clarified to date. After the Federal Fiscal Court had argued in 2007 for tax exemption of asset management services, the financial administration communicated at the end of 2008 that it would not apply this ruling beyond the individual case. Now the eyes of the financial industry are intently focused on the European Court of Justice.**

Wealthy private investors are happy to use the asset management services of banks. The banks then manage the securities of the investor at their own discretion and without first obtaining instructions. As a rule, the customers pay a fee for this depending on the asset value under management. In the case to be decided by the Federal Fiscal Court, the fee was 1.8% per annum. The bank – based on a Federal Fiscal Court judgment from 2007 – calculated no value-added tax on it, but was unsuccessful with this practice before the tax office, which considered the securities management a business transaction for value-added tax purposes to be assessed at the standard rate of 19%.

Also, in the meantime the Federal Fiscal Court now entertains doubts as to whether the tax exemption of securities management is compatible with European law. It has therefore referred the case to the European Court of Justice and in doing so among other things has pointed out that the management services of the management of investment funds were also provided exempt from taxation. Individual asset management could then hardly be put at a disadvantage.

NOTE: The decision of the European Court of Justice will have significant tax implications. If the European Court of Justice affirms the tax exemption of individual asset management, the investors could have a claim against their bank for refund of the possibly wrongfully calculated value-added tax. If, on the other hand, the European Court of Justice affirms the tax liability, it could possibly lend itself to splitting the compensation in the future into a compensation component (liable to taxation) related to pure asset management and a (tax exempt) compensation component related to the securities transactions.

BFH, Order of October 28, 2010, Case V R 9/10.

**Wie Banken ihre vermögensverwaltenden Leistungen für vermögende Privatkunden umsatzsteuerlich abzurechnen haben, ist bislang nicht endgültig geklärt. Nachdem sich der BFH im Jahr 2007 für die Steuerfreiheit vermögensverwaltender Leistungen ausgesprochen hatte, ließ die Finanzverwaltung Ende 2008 mitteilen, dass sie dieses Urteil über den Einzelfall hinaus nicht anwenden werde. Nun richten sich die Augen der Finanzbranche gespannt auf den EuGH.**

Vermögende Privatanleger bedienen sich gerne der vermögensverwaltenden Dienste von Banken. Die Banken verwalten die Wertpapiere des Anlegers dann nach eigenem Ermessen und ohne vorherige Einholung von Weisungen. Die Kunden zahlen hierfür in der Regel eine Vergütung in Abhängigkeit vom verwalteten Vermögenswert. Im vom BFH zu entscheidenden Fall lag die Vergütung bei jährlich 1,8%. Die Bank berechnete hierauf – gestützt auf ein BFH-Urteil aus dem Jahr 2007 – keine Umsatzsteuer, hatte damit vor dem Finanzamt, das in der Wertpapierverwaltung einen umsatzsteuerlichen Vorgang zum Regelsatz von 19% erblickte, aber keinen Erfolg.

Auch der BFH hegt mittlerweile Zweifel, ob die Steuerfreiheit der Wertpapierverwaltung mit dem Europarecht vereinbar ist. Er hat den Fall daher dem EuGH vorgelegt und dabei unter anderem darauf hingewiesen, dass auch die Verwaltungsleistungen des Managements von Investmentfonds steuerfrei erbracht würden. Die individuelle Vermögensverwaltung könne dann aber schwerlich schlechter gestellt werden.

HINWEIS: Die Entscheidung des EuGH wird erhebliche steuerliche Auswirkungen haben. Bestätigt der EuGH die Steuerfreiheit der individuellen Vermögensverwaltung, könnten die Anleger einen Anspruch gegen ihre Bank auf Erstattung von ggf. unrechtmäßig berechneter Umsatzsteuer haben. Bejaht der EuGH hingegen die Steuerpflichtigkeit, könnte es sich möglicherweise anbieten, die Vergütung künftig zu splitten in einen (steuerpflichtigen) Vergütungsteil in Bezug auf die reine Vermögensverwaltung und einen (steuerfreien) Vergütungsteil in Bezug auf die Wertpapiertransaktionen.

BFH, Beschluss vom 28.10.2010, Az. V R 9/10.



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

*Dr. Christian Seyfert – German Attorney at Law, L.L.M. (USA)*

#### ■ ANTI-TRUST CONCERNS WITH RESPECT TO PLANNED ONLINE VIDEO PLATFORM OF RTL AND PRO7SAT1 /

#### *KARTELLRECHTLICHE BEDENKEN GEGENÜBER GEPLANTER ONLINE-VIDEO-PLATTFORM VON RTL UND PRO7SAT1*

The Federal Cartel Office recently expressed anti-trust concerns in a press release about a plan of RTL and Pro7Sat1 to establish a joint venture for the installation and operation of an online video platform. The network involved was warned by the Federal Cartel Office and now has the opportunity to respond by March 21, 2011.

In Germany, the television landscape is traditionally split into fee-financed public service broadcasting and private broadcasting. While public service broadcasting may legally place films and television series on its own online platforms only to a limited extent, private commercial stations enjoy greater liberties.

Both of the market-dominating networks of private broadcasting, RTL and Pro7Sat1, have already planned for a long time to establish an online platform for the commercial exploitation of their program contents via a joint venture. The Federal Cartel Office expressed the concern in its warning to the two networks that the market-dominating duopoly RTL and Pro7Sat1 could further monopolize the market for television commercials through a commercial on-line collaboration.

The Federal Cartel Office made clear that it had no concerns about an open, purely technical platform, which could be used by a great variety of film suppliers. The advantages through the increased range for video-on-demand offers and the simpler navigation of the user through the contents in such a situation would offset the disadvantages possibly existing for competition.

RTL and Pro7Sat1, however, did not endorse such openness. Only television broadcasters are to receive access. In addition, the joint venture is to be able to implement restrictive guidelines at any time for availability duration, time and quality of the offers. In such a situation, in the view of the Federal Cartel Office, clearly the competition-restricting effects of the joint venture would predominate. A platform so oriented would have the effect in the view of the Federal Cartel Office in its press release "of preserving the conditions in the television advertising market and of transferring online-video contents to the segment of video advertising."

NOTE: It remains to be seen how the online market will influence television broadcasting in the future. As soon as greater competition with regard to television has been established on the Internet, it may become easier from the

*Das Bundeskartellamt äußerte vor kurzem in einer Pressemitteilung kartellrechtliche Bedenken gegen ein Vorhaben von RTL und Pro7Sat1, ein Gemeinschaftsunternehmen für den Aufbau und den Betrieb einer Online-Video-Plattform zu gründen. Die beteiligten Sendergruppen wurden vom Bundeskartellamt abgemahnt und haben nun Gelegenheit zur Stellungnahme bis zum 21. März 2011.*

*In Deutschland ist die Fernsehlandschaft traditionell zweigeteilt in den Gebühren finanzierten öffentlich-rechtlichen Rundfunk und den Privatrundfunk. Während der öffentlich-rechtliche Rundfunk gesetzlich nur in beschränktem Umfang Filme und Fernsehserien auf ihre eigenen Online-Plattformen stellen darf, genießen die Privatsender größere Freiheiten.*

*Die beiden marktbeherrschenden Sendergruppen des privaten Rundfunks RTL und Pro7Sat1 planten schon seit längerem, über ein Gemeinschaftsunternehmen eine Onlineplattform zur kommerziellen Auswertung ihrer Programminhalte zu errichten. Das Bundeskartellamt äußerte in seiner Abmahnung an die beiden Sendergruppen das Bedenken, dass das marktbeherrschende Duopol RTL und Pro7Sat1 durch eine kommerzielle Online-Zusammenarbeit den Markt für Fernsehwerbung weiter monopolisieren könnte.*

*Das Bundeskartellamt machte deutlich, dass es keine Bedenken gegen eine offene, rein technische Plattform hätte, die durch eine Vielzahl an Filmanbietern genutzt werden könnte. Die Vorteile durch die erhöhte Reichweite für Video-on-Demand-Angebote und die einfachere Navigation der Nutzer durch die Inhalte würden in einer solchen Situation eventuell bestehende Nachteile für den Wettbewerb aufwiegen.*

*RTL und Pro7Sat1 ließen eine solche Offenheit jedoch nicht zu. Zugang sollten nur Fernsehsender erhalten. Zudem sollte das Gemeinschaftsunternehmen jederzeit einschränkende Vorgaben zu Verfügbarkeitsdauer, -zeitpunkt und Qualität der Angebote vornehmen können. In einer solchen Situation würden nach Auffassung des Bundeskartellamtes eindeutig die wettbewerbsbeschränkenden Effekte des gemeinschaftlichen Vorhabens überwiegen. Eine so ausgerichtete Plattform hätte nach Auffassung des Bundeskartellamtes in seiner Pressemitteilung den Effekt, „die bestehenden Verhältnisse auf dem Fernsehwerbemarkt zu konservieren und auf das Segment der Video-Werbung in Online-Video-Inhalten zu übertragen.“*

standpoint of anti-trust law for market leaders in the television sector also to exploit their television offering commercially via joint online-portals on the Internet.

Press Release of the Federal Cartel Office of February 24, 2011.

*HINWEIS: Es bleibt abzuwarten, wie der Onlinemarkt den privaten Fernseh Rundfunk in Zukunft beeinflussen wird. Sobald sich im Internet größere Konkurrenz zum Fernsehen etabliert hat, dürfte es für Marktführer im Fernsehbereich kartellrechtlich einfacher werden, ihr Fernsehangebot auch über gemeinsame Onlineportale im Internet kommerziell auszuwerten.*

Pressemitteilung des Bundeskartellamts vom 24.02.2011.

## REGARDING THE ADMISSIBILITY OF THE MARKETING OF "USED" SOFTWARE LICENSES

### / ZUR ZULÄSSIGKEIT DES VERTRIEBS "GEBRAUCHTER" SOFTWARELIZENZEN

The Federal Court of Justice was recently to decide on the question as to what extent the marketing of "used" software licenses is in accordance with the copyright. The Federal Court of Justice declined to make a decision for now and refers the case to the European Court of Justice for a preliminary ruling.

Among the parties to the suit it was in dispute whether the defendant may simply repurchase "already used" software licenses, even though the plaintiff had expressly excluded the transfer of the software licenses in its license agreements. In doing so, the defendant acted such that in its offer it referred to a notary attestation, which contained an acknowledgment whereby the original license holder was the lawful owner of the licenses, but no longer used these and also had paid the purchase price in full. The purchaser of the "used" licenses could then download the relevant software via a license code from the plaintiff's website on to a data carrier.

The plaintiff asks for injunctive relief against the defendant since this further downloading is a replication procedure with regard to its software for which it has not granted consent. The District Court and the Higher Regional Court sided with the plaintiff and affirmed the copyright infringement.

The defendant filed an appeal with the Federal Court of Justice. The Federal Court of Justice argued that with its course of action the defendant encroaches upon the right to replicate computer programs to which the holder of the rights is exclusively entitled according to Section 69c(1) German Copyright Act. The injunctive relief of the plaintiff is thus given in principle unless the defendant could cite grounds justifying the encroachment.

Grounds justifying the encroachment could arise under certain circumstances from Section 69d(1) German Copyright Act, which relies on Article 5(1) of Directive 2009/24/EC. Under Article 5(1) of Directive 2009/24/EC, in the absence of specific contractual provisions, the reproduction of a computer program does not require the consent of the rightholder where the reproduction is necessary for the intended use of the computer program by the lawful acquirer.

Since the Federal Court of Justice is obligated to interpret Section 69d(1) German Copyright Act in accordance with the Directive, the Federal Court of Justice referred the

*Der BGH sollte vor kurzem über die Frage entscheiden, inwiefern der Vertrieb „gebrauchter“ Softwarelizenzen mit dem Urheberrecht im Einklang steht. Der BGH lehnte eine Entscheidung vorerst ab und legt den Fall dem Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) zur Vorabentscheidung vor.*

*Unter den Parteien des Rechtsstreits war fraglich, ob die Beklagte „bereits benutzte“ Softwarelizenzen einfach weiterverkaufen durfte, obwohl die Klägerin die Abtretung der Softwarelizenzen in ihren Lizenzverträgen ausdrücklich ausgeschlossen hatte. Die Beklagte ging dabei so vor, dass sie in ihrem Angebot auf ein Notarattest verwies, das eine Bestätigung enthielt, wonach der ursprüngliche Lizenznehmer rechtmäßiger Inhaber der Lizenzen gewesen sei, diese aber nicht mehr benutze und auch den Kaufpreis in voller Höhe bezahlt habe. Die Erwerber der „gebrauchten“ Lizenzen konnten dann über einen Lizenzcode die entsprechende Software von der Internetseite der Klägerin auf einen Datenträger herunterladen.*

*Die Klägerin beansprucht von der Beklagten Unterlassung, da dieses weitere Herunterladen ein Vervielfältigungsvorgang zu ihrer Software sei, zu dem sie keine Einwilligung erteilt hat. Das Landgericht und das Oberlandesgericht gaben der Klägerin Recht und bejahten die Urheberrechtsverletzung.*

*Die Beklagte legte dagegen Revision beim Bundesgerichtshof ein. Der BGH vertrat die Auffassung, dass die Beklagte mit ihrem Vorgehen in das nach § 69c Nr. 1 UrhG ausschließlich dem Rechtsinhaber zustehende Recht zur Vervielfältigung der Computerprogramme eingreife. Der Unterlassungsanspruch der Klägerin sei somit grundsätzlich gegeben, es sei denn, die Beklagte könne sich auf einen Rechtfertigungsgrund für den Eingriff berufen.*

*Ein Rechtfertigungsgrund für den Eingriff könne sich unter Umständen aus § 69d Abs. 1 UrhG ergeben, der auf Art. 5 Abs. 1 der EG-Richtlinie 2009/24/EG beruht. Nach Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2009/24/EG bedarf die Vervielfältigung eines Computerprogramms, solange nichts anderes vereinbart ist, nicht der Zustimmung des Rechtsinhabers, wenn die Vervielfältigung für eine bestimmungsgemäße Benutzung des Computerprogramms durch den rechtmäßigen Erwerber notwendig ist.*

*Da der BGH verpflichtet ist, § 69d Abs. 1 UrhG richtlinienkonform auszulegen, legte der BGH dem EuGH die Frage*



question to the European Court of Justice as to whether or under what conditions the acquirer of a "used" software license could be regarded as a "lawful acquirer" within the meaning of Article 5(1) of Directive 2009/24/EC.

NOTE: The question is also to be clarified as to what extent the distribution right of the plaintiff has already been exhausted by the one-time sale of the software license. Since the customer of the defendant only purchases the software during the download via a re-duplication procedure, in our view an exhaustion process cannot have been reached. Something else would apply if the license holder of the plaintiff resells the data carrier on which he has burned the software of the plaintiff to a third party with the consent of the plaintiff. The acquirer of this data carrier would then not have to pay the licensing fees again to the plaintiff.

BGH, Order of February 3, 2011, Case I ZR 129/08.

vor, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen der Erwerber einer „gebrauchten“ Softwarelizenz als „rechtmäßiger Erwerber“ im Sinne des Art. 5 Abs. 1 der Richtlinie 2009/24/EG angesehen werden könne.

HINWEIS: Zusätzlich zu klären ist die Frage, inwieweit das Verbreitungsrecht der Klägerin durch den einmaligen Verkauf der Softwarelizenz bereits erschöpft worden ist. Da der Kunde der Beklagten die Software beim Download erst über einen erneuten Vervielfältigungsvorgang erwirbt, kann sich aus unserer Sicht ein Erschöpfungsvorgang nicht eingestellt haben. Etwas anderes würde gelten, wenn der Lizenznehmer der Klägerin den Datenträger, auf den er mit Einwilligung der Klägerin die Software der Klägerin gebrannt hat, an einen Dritten weiterveräußert. Der Erwerber dieses Datenträgers müsste dann nicht erneut an die Klägerin Lizenzgebühren zahlen.

BGH, Beschluss vom 03.02.2011, Az. I ZR 129/08.



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

*Christian Zeller – German Attorney at Law*

### ■ CONSEQUENCES OF IMPERMISSIBLE VIDEO SURVEILLANCE /

#### **FOLGEN UNZULÄSSIGER VIDEOÜBERWACHUNG**

**Impermissible video surveillance in the workplace can trigger a substantial compensation obligation on the part of the employer. This arises from a recent judgment of the Hessian Higher Labor Court.**

The employer exposed a female employee for about one year to permanent video surveillance at her workstation. The camera was installed opposite the entrance door – but did not film only the entrance area, but also recorded the workstation of the plaintiff.

With her complaint, she asserted claims for damages due to the infringement of her personal rights, which the Wetzlar Labor Court granted in the amount of 15,000 Euro. The appeal of the employer filed hereupon was only partially successful and led to a decrease of the sum to 7,000 Euro. The employer's argument that the camera did not constantly film, did not, however, have the desired effect since already the existence of a camera exposes the employee concerned to a pressure to conform, which leads to a change in behavior and for this reason to a severe encroachment on her personal rights.

**Die unzulässige Videoüberwachung am Arbeitsplatz kann eine erhebliche Entschädigungspflicht des Arbeitgebers auslösen. Dies geht aus einem aktuellen Urteil des Hessischen Landesarbeitsgerichts hervor.**

Der Arbeitgeber hatte eine Mitarbeiterin etwa ein Jahr lang an ihrem Arbeitsplatz einer permanenten Videoüberwachung ausgesetzt. Die Kamera war gegenüber der Eingangstür installiert – filmte aber nicht nur den Eingangsbereich, sondern erfasste auch den Arbeitsplatz der Klägerin.

Mit ihrer Klage machte sie Entschädigungsansprüche wegen Verletzung ihres Persönlichkeitsrechts geltend, denen das Arbeitsgericht Wetzlar in Höhe von 15.000 Euro statt gab. Die daraufhin eingelegte Berufung des Arbeitgebers hatte nur teilweise Erfolg und führte zu einer Herabsetzung der Summe auf 7.000 Euro. Seine Argumentation, dass die Kamera nicht ständig filmte, verfiel allerdings nicht. Denn schon die Existenz einer Kamera setze die betroffenen Mitarbeiter einem Anpassungsdruck aus, der zu einer Verhaltensänderung und damit zu einem schweren Eingriff in ihre Persönlichkeitsrechte führe.



NOTE: Such an encroachment is only justified in exceptional cases, for instance to solve property-related crimes. The consent of the shop council is already to be obtained in each case before the installation of the equipment, if necessary by invocation of the arbitration committee.

LAG Hessen, Judgment of October 25, 2010, Case 7 Sa 1586/09.

*HINWEIS: Ein solcher Eingriff ist nur in Ausnahmefällen gerechtfertigt, etwa um Eigentumsdelikte aufzuklären. Die Zustimmung des Betriebsrats ist in jedem Fall bereits vor Installation der Anlage einzuholen, ggf. durch Anrufung der Einigungsstelle.*

LAG Hessen, Urteil vom 25.10.2010, Az. 7 Sa 1586/09.

## REIMBURSEMENT OF THE COSTS OF CONTINUING EDUCATION /

### RÜCKZAHLUNG VON WEITERBILDUNGSKOSTEN

**The contractually agreed reimbursement of the costs of continuing education in the case of an employee giving his own notice of termination encounters no legal concerns. The Federal Labor Court has recently ruled on this question.**

The employee was employed as a banker at the plaintiff savings bank association. According to the underlying agreement, he was to bear the costs himself of participation in a training course on savings bank business administration in which he was, however, exempted for the duration of the training course by continued payment of his salary. With regard to these payments, it was agreed that he would have to pay them back if he retired from the employment at his own request prior to the conclusion of the training. After his termination, the employee no longer felt bound to the agreement and justified this with what he felt was unreasonable discrimination by use of the repayment clause.

The court did not share this view. The commitment to the employment until the conclusion of the training conveyed by the clause did not unreasonably discriminate against the employee within the meaning of Section 307(1) German Civil Code provided the successful continuing education is of monetary value for the employee.

NOTE: Increased diligence in the formulation of such clauses is necessary if the length of time of the continuing education is unforeseeable for the employee. This should be kept in mind when the advanced training occurs in several separate time segments. A clause will not hold up against the judicial examination of reasonableness insofar as it opens the possibility for the employer to arrange the participation in the respective training segments solely based on the employer's own interests.

BAG, Judgment of January 19, 2011, Case 3 AZR 621/08.

**Die vertraglich vereinbarte Rückzahlung von Weiterbildungskosten im Falle einer Eigenkündigung des Arbeitnehmers begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Dies hat kürzlich das Bundesarbeitsgericht entschieden.**

*Der Arbeitnehmer war beim klagenden Sparkassenverband als Bankkaufmann beschäftigt. Nach der zugrunde liegenden Vereinbarung sollte er die Kosten der Teilnahme an einem Lehrgang zum Sparkassenbetriebswirt selbst tragen, wobei er allerdings für die Dauer des Lehrgangs unter Fortzahlung seiner Bezüge freigestellt wurde. Hinsichtlich dieser Leistungen war vereinbart, dass sie der Arbeitnehmer zurückzahlen habe, sofern er noch vor Abschluss der Ausbildung auf eigenen Wunsch aus dem Arbeitsverhältnis ausscheide. Nach seiner Kündigung fühlte sich der Arbeitnehmer an die Vereinbarung nicht mehr gebunden und begründete dies mit der aus seiner Sicht unangemessenen Benachteiligung durch die Rückzahlungsklausel.*

*Diese Ansicht teilte das Gericht nicht. Die mit der Klausel vermittelte Bindung an das Arbeitsverhältnis bis zum Ende der Ausbildung benachteilige den Arbeitnehmer nicht unangemessen im Sinne von § 307 Abs. 1 BGB, sofern die erfolgreiche Weiterbildung für den Arbeitnehmer von geldwertem Vorteil sei.*

*HINWEIS: Erhöhte Sorgfalt bei der Formulierung solcher Klauseln ist geboten, wenn die zeitliche Länge der Weiterbildung für den Arbeitnehmer nicht vorhersehbar ist. Dies ist dann zu bedenken, wenn die Fortbildung in mehreren zeitlich getrennten Abschnitten erfolgt. Eine Klausel wird der gerichtlichen Angemessenheitskontrolle nicht standhalten, soweit sie dem Arbeitgeber die Möglichkeit eröffnet, die Teilnahme an den jeweiligen Ausbildungsabschnitten alleine nach seinen Interessen festzulegen.*

BAG, Urteil vom 19.01.2011, Az. 3 AZR 621/08.



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

*Andreas Warkentin – German Attorney at Law, LL.M. oec. int.*



*Martin Sach – German Attorney at Law*

### ■ STUTTGART HIGHER REGIONAL COURT IMPOSES INCREASED REQUIREMENTS CONCERNING THE DUTIES TO ADVISE INSTITUTIONAL INVESTORS /

#### *OLG STUTTGART STELLT ERHÖHTE ANFORDERUNGEN AN DIE BERATUNGSPFLICHTEN GEGENÜBER INSTITUTIONELLEN ANLEGERN*

Banks must also give institutional investors appropriate investor-oriented and object-oriented advice. High requirements concerning the duties to advise apply particularly when the business investment taken into consideration has a complex structure and is connected with unequal chances of making a profit.

##### Facts of the case

The plaintiff, a municipal sewage treatment association, concluded with the defendant, a major German bank, an interest rate swap contract based on the difference between the 10-year euro swap rate and the 2-year euro swap rate. The plaintiff's duty of payment was calculated according to the formula  $2\% + 5\% \times$  twice the number of bank working days in which the contractual spread rate was below 0.82% divided by the number of bank working days of this period. From this, a maximum profit of 250,000 Euro resulted for the plaintiff in five years and a maximum loss of 1,000,000 Euro in the same timeframe. Furthermore, the defendant could terminate the contract early at any time. In the consulting documents, the expectation of the plaintiff that the spread rate would not change significantly in the next five years was mentioned as the business foundation. The city treasurer representing the plaintiff already had several years of experience with business dealings of this type at the time of the consultation. However, he did not notice the unequally distributed chances of making a profit of the contract. With the contract the plaintiff incurred high losses, which he demanded be compensated by the defendant.

##### Grounds for the decision

The Stuttgart Higher Regional Court upheld the complaint and essentially held as follows:

##### Need of the plaintiff to be informed

The plaintiff needed to be informed. A bank may not rely on the customer's lack of need to be informed in aspects to which the advice relates. If a bank argues that during

*Banken müssen auch institutionelle Investoren anleger- und objektgerecht beraten. Hohe Anforderungen an die Beratungspflichten gelten insbesondere dann, wenn das in Aussicht genommene Anlagegeschäft eine komplexe Struktur hat und mit ungleichen Gewinnchancen verbunden ist.*

##### Sachverhalt

*Der Kläger, ein kommunaler Abwasserzweckverband, schloss mit der Beklagten, einer deutschen Großbank, einen Zinsswapvertrag auf Grundlage der Differenz zwischen dem Zehnjahreseuroswapsatz und dem Zweijahreseuroswapsatz ab. Die Zahlungspflicht des Klägers berechnete sich nach der Formel  $2\% + 5\% \times$  doppelte Anzahl der Bankarbeitstage, an denen der vertragliche Spreadsatz unter 0,82% lag / die Anzahl der Bankarbeitstage dieser Periode. Daraus ergab sich für den Kläger ein maximaler Gewinn von 250.000 Euro in fünf Jahren und ein maximaler Verlust von 1.000.000 Euro in demselben Zeitraum. Außerdem konnte die Beklagte den Vertrag jederzeit vorzeitig kündigen. In den Beratungunterlagen wurde als Geschäftsgrundlage die Erwartung des Klägers genannt, dass sich der Spreadsatz in den nächsten fünf Jahren nicht wesentlich verändern werde. Der den Kläger vertretende Stadtkämmerer hatte zum Zeitpunkt der Beratung bereits mehrjährige Erfahrung mit Geschäften dieser Art. Die ungleich verteilten Gewinnchancen des Vertrags bemerkte er aber nicht. Der Kläger erlitt mit dem Vertrag hohe Verluste, die er von der Beklagten ersetzt verlangte.*

##### Entscheidungsgründe

*Das OLG Stuttgart hat der Klage stattgegeben und im Wesentlichen ausgeführt:*

##### Aufklärungsbedürftigkeit des Klägers

*Der Kläger sei aufklärungsbedürftig gewesen. Eine Bank dürfe sich bei Aspekten, auf die sich die Beratung bezieht, schon gar nicht auf fehlende Aufklärungsbedürftigkeit des Kunden berufen. Wenn eine Bank vorträgt, ein Kunde*

the consultation a customer already possessed experience with comparable financial instruments, it must present substantiation that it itself or a third party has advised on such business dealings well and truthfully to the customer beforehand.

#### No object-oriented advice

An interest rate swap contract is a highly complex financial instrument with unequally distributed chances of making a profit. A bank may not base its advice solely on the subjective market assessment of the customer, but rather it must point out to the customer that a proper evaluation of the prospects of success of such a business deal is only possible based on recognized evaluation criteria. Furthermore, the bank must advise on the initial market value of such a contract since this represents a central criterion for the evaluation of the business deal. Also, an interest rate swap contract is a bet within the meaning of Section 762 German Civil Code in which the chances of profit are distributed unequally. It is influenced by the fact that both sides assume a risk and the payment obligations of the parties depend on future and uncertain events. The defendant has itself become a partner of this betting contract. The defendant itself has designed the contract with the assistance of its valuation models. Therefore, it had advance knowledge for which it was to compensate the plaintiff by pointing out that the latter could only judge the prospects of success of the business deal with the assistance of recognized valuation models.

#### No investor-oriented advice

The conclusion of the interest rate swap contract had been improper for the plaintiff from the outset because he thereby violated the municipal-law prohibition of speculation. The plaintiff, however, could not have been aware thereof in the absence of proper risk clarification. The investment advice was neither investor-oriented nor object-oriented.

NOTE: For the advice of institutional investors at least in the area of complex financial instruments, no lower requirements apply than for the advice of private customers. Banks must ensure that the information gap between them and their customers is as small as possible. Above all, this applies to contracts with unequally distributed risks, a party to which they themselves become. In the case of loss-generating business deals, institutional investors should examine whether they were advised about all risks in a clear and understandable manner, and if necessary should be advised by a specialized attorney about the existence of claims for damages. Banks, on the other hand, must also configure their advisory documents towards institutional investors so that the mode of operation as well as the chances and risks of questionable investment instruments can be clearly learned from them.

OLG Stuttgart, Judgment of October 27, 2010, Case 9 U 148/08.

*habe bei der Beratung bereits über Erfahrungen mit vergleichbaren Finanzinstrumenten verfügt, muss sie substantiiert darlegen, dass sie selbst oder ein Dritter den Kunden zuvor gehörig über solche Geschäfte aufgeklärt habe.*

#### Keine objektgerechte Beratung

*Ein Zinsswapvertrag sei ein hochkomplexes Finanzinstrument mit ungleich verteilten Gewinnchancen. Eine Bank dürfe ihrer Beratung nicht allein die subjektive Marktmeinung des Kunden zugrunde legen, sondern sie müsse ihn darauf hinweisen, dass eine sachgerechte Bewertung der Erfolgsaussichten eines solchen Geschäfts nur auf Grundlage anerkannter Bewertungsmaßstäbe möglich ist. Ferner müsse die Bank über den anfänglichen Marktwert eines solchen Kontrakts aufklären, da dieser ein zentrales Kriterium für die Bewertung des Geschäfts darstelle. Auch sei ein Zinsswapvertrag eine Wette im Sinne des § 762 BGB, bei der die Gewinnchancen ungleich verteilt seien. Er sei dadurch geprägt, dass beide Seiten ein Risiko übernehmen und die Zahlungspflichten der Parteien von zukünftigen und ungewissen Ereignissen abhängen. Die Beklagte sei selbst Partnerin dieses Wettvertrags geworden. Sie selbst habe den Vertrag mithilfe ihrer Bewertungsmodelle konstruiert. Daher habe sie einen Wissensvorsprung gehabt, den sie zugunsten des Klägers mit einem Hinweis darauf habe ausgleichen müssen, dass dieser die Erfolgsaussichten des Geschäfts nur anhand anerkannter Bewertungsmodelle beurteilen könne.*

#### Keine anlegergerechte Beratung

*Der Abschluss des Zinsswapvertrags sei für den Kläger von vornherein ungeeignet gewesen, weil er damit gegen das kommunalrechtliche Spekulationsverbot verstoßen habe. Das habe der Kläger aber mangels gehöriger Risikoaufklärung nicht erkennen können. Die Anlageberatung sei daher weder anleger- noch objektgerecht gewesen.*

*HINWEIS: Für die Beratung von institutionellen Anlegern gelten zumindest bei komplexen Finanzinstrumenten keine geringeren Anforderungen als für die Beratung von Privatkunden. Banken müssen dafür Sorge tragen, dass das Informationsgefälle zwischen ihnen und ihren Kunden möglichst gering ist. Das gilt vor Allem bei Verträgen mit ungleich verteilten Risiken, deren Partner sie selbst werden. Institutionelle Anleger sollten bei verlustträchtigen Geschäften überprüfen, ob sie über alle Risiken in klarer und verständlicher Weise aufgeklärt wurden, und sich gegebenenfalls von einem spezialisierten Rechtsanwalt über das Bestehen von Schadensersatzansprüchen beraten lassen. Banken andererseits müssen ihre Beratungsunterlagen auch gegenüber institutionellen Anlegern so gestalten, dass ihnen die Funktionsweise sowie die Chancen und Risiken des fraglichen Anlageinstruments eindeutig zu entnehmen sind.*

OLG Stuttgart, Urteil vom 27.10.2010, Az. 9 U 148/08.



## ■ STRENGTHENING OF INVESTOR PROTECTION IN THE AREA OF CLOSED-END FUNDS / *STÄRKUNG DES ANLEGERSCHUTZES IM BEREICH GESCHLOSSENER FONDS*

At the end of February, the Federal Ministry of Finance published a new draft for the planned "Law for the Amendment of the Financial Investment Brokers and Investments Act." The law is to provide investors an effective protection against dubious market participants.

In light of the previously low level of regulation in what is referred to as the "gray capital market," investors frequently suffer financial losses – both through dubious suppliers and products as well as through inadequately qualified advisors and brokers.

To counteract this, the draft law provides for extensive modifications and expansions of the existing statutory provisions. Both the initiators and the distribution level are affected. Thus, an expansion of the minimum information in sales prospectuses is provided for as well as the introduction of an investment information sheet ("package insert"). The short statutes of limitation for prospectus liability claims are to be canceled. In the future, the "Markets in Financial Instruments Directive (MiFID) Standards" are to apply to sales and marketing (thus, for example, a duty to disclose commissions and to take minutes of the consultation). While brokers of investments in closed-end funds even in the future will need only an authorization under the Trade, Commerce and Industry Regulation Act (GewO) and not according to the German Banking Act, however, stricter conditions are to apply concerning this matter.

Discussion draft for a Law for the Amendment of the Financial Investment Brokers and Investments Act of February 16, 2011.

*Ende Februar veröffentlichte das Bundesfinanzministerium einen neuen Entwurf zum geplanten „Gesetz zur Novellierung des Finanzanlagenvermittler- und Vermögensanlagenrechts“. Das Gesetz soll Anlegern einen effektiven Schutz vor unseriösen Marktteilnehmern gewährleisten.*

*Angesichts des bisher geringen Regulierungsniveaus im so genannten „Grauen Kapitalmarkt“ erlitten Anleger häufig finanzielle Schäden – und zwar sowohl durch unseriöse Anbieter und Produkte, als auch durch unzureichend qualifizierte Berater und Vermittler.*

*Um dem entgegenzuwirken, sieht der Gesetzesentwurf umfangreiche Änderungen und Erweiterungen der bestehenden gesetzlichen Regelungen vor. Betroffen sind sowohl die Initiatoren als auch die Vertriebsebene. So ist eine Erweiterung der Mindestangaben in Verkaufsprospekten ebenso vorgesehen wie die Einführung eines Vermögensanlagen-Informationsblattes („Beipackzettel“). Die kurzen Verjährungsfristen für Prospekthaftungsansprüche sollen gestrichen werden. Für den Vertrieb sollen künftig die so genannten „MiFID-Standards“ gelten (also etwa eine Pflicht zur Offenlegung von Provisionen und zur Führung von Beratungsprotokollen). Vermittler von Beteiligungen geschlossener Fonds sollen zwar auch künftig lediglich eine Erlaubnis nach der Gewerbeordnung (GewO) und nicht nach dem Kreditwesengesetz (KWG) benötigen, jedoch sollen diesbezüglich strengere Voraussetzungen gelten.*

*Diskussionsentwurf für ein Gesetz zur Novellierung des Finanzanlagenvermittler- und Vermögensanlagenrechts vom 16.02.2011.*



## VI. Insurance Law / *Versicherungsrecht*

*Martin Sach – German Attorney at Law*

### ■ NO APPLICATION OF THE KICKBACK CASE LAW OF THE FEDERAL COURT OF JUSTICE TO FUND-LINKED LIFE INSURANCE /

### *KEINE ANWENDUNG DER KICKBACK-RECHTSPRECHUNG DES BGH AUF DIE FONDSGEBUNDENE LEBENSVERSICHERUNG*

If a life insurance company invests the policy reserve deposited in a fund-linked life insurance policy in shares of an investment fund, it does not have to advise the customer about retrocessions, which it receives from issue surcharges and administrative costs.

#### Facts of the case

The plaintiff seeks the refund of premiums, which he paid for a fund-linked life insurance policy. He (also) based the legal action on the fact that the insurance company did not inform him about the fact that it received rebates from issue surcharges and administrative costs from the capital investment companies in the funds of which it invested.

#### Grounds for the decision

The Higher Regional Court dismissed the appeal filed against the judgment of the Cologne District Court by way of order and essentially justified its decision as follows:

#### The kickback case law of the Federal Court of Justice

According to established case law of the Federal Court of Justice (see BGHZ 146, 235; BGHZ 170, 226; BGH, NJW 2009, 1416), a bank that recommends to a customer the purchase of shares in an investment fund must advise the customer about rebates, which it receives as a sales incentive from the investment company from accruing issue surcharges and administrative costs so that the customer can be aware of the extent to which the bank has economic interests of its own in the procurement of the investment object, which run counter to its duty for investor-oriented and object-oriented advice.

#### Divergent interests in the case of the investment of insurance premiums in investment funds

The Cologne Higher Regional Court did not even see the danger of conflicts of interest in the investment of insurance premiums in investment funds, which are comparable to those occurring in the case of investment advice. The insurance company is free to decide in which funds it invests the capital of its policyholder. A consultation does not occur and in this respect the danger also does not exist that the policyholder does not select the capital investment companies, the funds of which are best suited for the policyholder, but rather the companies that pay the highest rebates.

*Wenn ein Versicherungsunternehmen das von einem Versicherungsnehmer in eine fondsgebundene Lebensversicherung eingezahlte Deckungskapital in Anteile an Investmentfonds investiert, muss es den Kunden nicht über Retrozessionen aufklären, die es aus den Ausgabeaufschlägen und Verwaltungskosten erhält.*

#### Sachverhalt

*Der Kläger begehrt die Rückzahlung von Prämien, die er für eine fondsgebundene Lebensversicherung bezahlt hat. Die Klage stützt er (auch) auf den Umstand, dass ihn das Versicherungsunternehmen nicht darüber informiert hat, dass es von den Kapitalanlagegesellschaften, in deren Fonds es das Deckungskapital investiert hat, Rückvergütungen aus den Ausgabeaufschlägen und Verwaltungskosten erhielt.*

#### Entscheidungsgründe

*Die gegen das Urteil des Landgerichts Köln eingelegte Berufung hat das OLG durch Beschluss zurückgewiesen und seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:*

#### Die Kickback-Rechtsprechung des BGH

*Nach ständiger Rechtsprechung des BGH (vgl. BGHZ 146, 235; BGHZ 170, 226; BGH, NJW 2009, 1416) muss eine Bank, die einem Kunden den Erwerb von Anteilen an Investmentfonds empfiehlt, den Kunden über Rückvergütungen, die sie als Vertriebsanreiz von der Fondsgesellschaft aus den anfallenden Ausgabeaufschlägen und Verwaltungskosten erhält, aufklären, damit der Kunde erkennen kann, inwieweit die Bank an der Vermittlung des Anlageobjekts eigene wirtschaftliche Interessen hat, die ihrer Pflicht zur anleger- und objektgerechten Beratung zuwiderlaufen.*

#### Abweichende Interessenlage bei der Investition von Versicherungsprämien in Investmentfonds

*Das OLG Köln sah bei der Anlage von Versicherungsprämien in Investmentfonds gar nicht erst die Gefahr von Interessenkonflikten, die mit den bei der Anlageberatung auftretenden vergleichbar sind. Dem Versicherungsunternehmen stehe es nämlich frei zu entscheiden, in welche Fonds es das Kapital ihrer Versicherungsnehmer investiere. Eine Beratung finde nicht statt, und insofern bestehe auch nicht die Gefahr, dass das Versicherungsunternehmen nicht die Kapitalanlagegesellschaften auswähle, deren Fonds für den Versicherungsnehmer am besten geeignet sind, sondern die, die die höchsten Rückvergütungen leisten.*

NOTE: The argument of the Higher Regional Court seems questionable. First of all, it cannot be generalized. Numerous contractual options exist in which the policyholder himself can decide in which funds his capital should be invested. In these cases, the insurance companies and their contractually linked brokers offer very well advice that corresponds exactly to the investment advice provided by banks. However, also in the cases in which solely the investment company is responsible for the investment decision, conflicts of interest can occur. High retrocessions can then lead to the companies not selecting those funds that provide the policyholder the highest return on investment, but rather those in the purchase of which they themselves earn the most. In addition, the situation can be distinguished from the combinations discussed in which a bank recommends to a customer a fund-linked life insurance policy and for this receives rebates from the insurance company from the new business costs. The Heidelberg District Court (judgment of July 13, 2010, Case 2 O 444/09) here considers a duty to advise as given in an appropriate application of the kickback case law of the Federal Court of Justice.

OLG Köln, Order of October 29, 2010, Case 20 U 100/10.

*HINWEIS: Die Argumentation des OLG scheint zweifelhaft. Sie kann zunächst nicht pauschalisiert werden. Es existieren zahlreiche Vertragsvarianten, bei denen der Versicherungsnehmer selbst entscheiden kann, in welchen Fonds sein Kapital angelegt werden soll. In diesen Fällen bieten die Versicherungsunternehmen und ihre vertraglich gebundenen Vermittler sehr wohl eine Beratung an, die exakt der bei der von Banken erbrachten Anlageberatung entspricht. Aber auch in den Fällen, in denen die Anlageentscheidung allein dem Versicherungsunternehmen obliegt, können Interessenkonflikte auftreten. Hohe Retrozessionen können dann dazu führen, dass die Unternehmen nicht diejenigen Fonds auswählen, die den Versicherungsnehmern die höchsten Renditen einbringen, sondern diejenigen, an deren Erwerb sie selbst am meisten verdienen. Von den besprochenen Konstellationen zu unterscheiden ist zudem die Situation, in der eine Bank einem Kunden eine fondsgebundene Lebensversicherung empfiehlt und hierfür von dem Versicherungsunternehmen Rückvergütungen aus den Abschlusskosten erhält. Das Landgericht Heidelberg (Urteil vom 13.07.2010, Az. 2 O 444/09) hält hier eine Aufklärungspflicht in entsprechender Anwendung der Kickback-Rechtsprechung des BGH für gegeben.*

OLG Köln, Beschluss vom 29.10.2010, Az. 20 U 100/10.