

Dear client,

The current issue of our quarterly client newsletter **German Business Law news** covers the latest legal developments in important areas of German business law - one of our legal specializations.

If you have any questions regarding the cited decisions in this newsletter or if you need more information regarding the covered issues and this area of law in general please do not hesitate to contact us. We will be happy to answer your questions and assist you with our expertise.

Please note that this newsletter contains general information on the law and is not legal advice. We hope you understand that we cannot assume any liability.

Enjoy reading!

Sincerely yours,



Stefan Winheller  
German Attorney at Law & Tax Lawyer, LL.M. Tax (USA)

Sehr verehrte Mandantin,  
sehr verehrter Mandant,

unser aktueller Mandanten-Newsletter **German Business Law news** enthält wieder einige interessante Entwicklungen im Bereich des deutschen Wirtschaftsrechts.

Sicherlich können Sie den einen oder anderen Hinweis auch in Ihre persönliche Planung miteinbeziehen. Wir stehen Ihnen jederzeit gerne mit Rat und Tat zur Seite und klären für Sie ab, ob und inwieweit dies möglich und/oder erforderlich ist.

Erlauben Sie uns wie immer den kurzen Hinweis, dass der Newsletter nur Ihrer grundlegenden Information dient und keine individuelle Rechtsberatung im Einzelfall ersetzt. Eine Haftung kann daher trotz sorgfältiger Bearbeitung nicht übernommen werden.

Viel Spaß bei der Lektüre!

Mit besten Grüßen

Ihr



Stefan Winheller  
Rechtsanwalt, Fachanwalt für Steuerrecht, LL.M. Tax (USA)

## Bankruptcy Law / Insolvenzrecht

### *A 180 degree turn in the legal practice of avoidance in insolvency*

In a decision that is causing quite a stir, the German Federal Court of Justice has toppled its own fundamental decision on the subject of avoidance in bankruptcy not even three years after it was passed. This is especially remarkable given that the highest German civil court has always been prudent in keeping its court rulings consistent.

Based on the current law, liquidators have the right under certain conditions to appeal legal actions that a debtor undertook prior to initiating bankruptcy proceedings and in doing so to reverse them. The reason for this has to do with the impending disadvantages for the remaining creditors, who, after the

### *Kehrtwende in der Rechtsprechung zur Insolvenzanfechtung*

In einer aufsehenerregenden Entscheidung hat der BGH sein nicht einmal drei Jahre zurückliegendes Grundsatzurteil zum Thema Insolvenzanfechtung gekippt. Dies ist insofern bemerkenswert, als das höchste deutsche Zivilgericht stets auf Beständigkeit seiner Rechtsprechung bedacht ist.

Insolvenzverwalter sind nach hiesigem Recht unter bestimmten Voraussetzungen befugt, Rechtshandlungen, die vor Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch den Schuldner erfolgt sind, anzufechten und damit rückgängig zu machen. Der Grund hierfür liegt in der drohenden Benachteiligung der übrigen Gläu-

initiation of bankruptcy proceedings, merely receive what is typically a minimal ratio of the total bankruptcy estate of the debtor. If the debtor makes payments to individual creditors in advance of the bankruptcy, he in doing so reduces the bankruptcy estate and could therefore deprive the group of creditors as a whole.

In the decision at hand, the question had to do with whether non-cash payments that involved overdrawn the debtor's account could be considered this sort of creditor disadvantage. Up until now, the German Federal Court of Justice had denied this, arguing that the debtor would not have an enforceable entitlement to executing a merely tolerated bank transfer towards the debtor's bank. This is why the payment could also not be added to the debtor's total assets. As a consequence of this interpretation of the law, the contesting liquidator was forced up until now to regularly argue in court that the funds were either from an existing credit balance or from a line of credit that had been granted to the debtor. From the point of view of the addressee of avoidance, it was therefore ultimately a matter of pure chance whether he was allowed to keep the money or not.

Now, based on the most recent decision, payments made from a tolerated overdraft of a line of credit also represent a creditor disadvantage. On the one hand, this serves the purpose of legal certainty, especially as concerns the addressee of avoidance, because the origin of the funds will in future no longer be relevant. On the other hand, this simplifies the tasks of the liquidator, who is now spared the complex hassles of presenting evidence.

Federal Court of Justice judgment of October 06, 2009  
Case IX ZR 191/05

biger, die nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens lediglich eine - regelmäßig geringe - Quote aus der gesamten Insolvenzmasse des Schuldners erhalten. Tätigt der Schuldner im Vorfeld der Insolvenz Zahlungen an einzelne Gläubiger, reduziert er hierdurch die Insolvenzmasse und könnte der Gesamtheit der Gläubiger so Vermögenswerte entziehen.

In der vorliegenden Entscheidung ging es um die Frage, ob auch bargeldlose Zahlungen unter Überziehung des Schuldnerkontos als eine solche Gläubigerbenachteiligung aufzufassen sind. Dies verneinte der BGH bislang mit dem Argument, es bestünde kein pfändbarer Anspruch auf Ausführung einer nur geduldeten Überweisung seitens des Schuldners gegenüber seinem Kreditinstitut. Daher sei die Leistung auch nicht dem Vermögen des Schuldners zuzurechnen. Als Folge dieser Rechtsauffassung musste der anfechtende Insolvenzverwalter bislang regelmäßig vor Gericht darlegen, dass die Zahlungsmittel aus einem bestehenden Guthaben oder eingeräumten Kreditrahmen des Schuldners stammten. Aus Sicht des Anfechtungsgegners hing es damit letztlich vom Zufall ab, ob er das Geld behalten durfte oder nicht.

Nach der neuerlichen Entscheidung stellen nun auch Zahlungen unter geduldeter Überziehung des Kreditrahmens eine Gläubigerbenachteiligung dar. Dies dient einerseits der Rechtssicherheit - vor allem mit Blick auf den Anfechtungsgegner -, da die Herkunft der Geldmittel fortan unerheblich ist. Auf der anderen Seite erleichtert es die Arbeit des Insolvenzverwalters, dem aufwändige Beweisvorträge erspart bleiben.

Urteil des BGH vom 06.10.2009  
Az. IX ZR 191/05

## Banking Law / Bankrecht

### *Banks may unilaterally terminate loans*

In the course of the economic crisis, the creditworthiness of many companies dropped considerably. In some cases, this led to disagreeable discussions with financing banks. In a recent judgment, the Upper Regional Court Celle ruled in favor of a bank. Based on this ruling, the bank has the right to terminate a portion of a loan and to make it fall due if the financial circumstances of the borrower or the value of collateral put up for a loan have significantly deteriorated during the life of a loan. But if that were not enough: If, after a partial termination of a loan, the borrower also repays the portion of the loan that had not yet been terminated, for example by refinancing the loan, the bank to this extent is entitled to demand a prepayment penalty.

Judgment of Upper Regional Court Celle of July 01, 2009  
Case 3 U 37/09

### *Banken dürfen einseitig Kredite kündigen*

Im Zuge der Wirtschaftskrise sank die Bonität vieler Unternehmen. Unliebsame Diskussionen mit finanzierenden Banken waren gelegentlich die Folge. In einem aktuellen Urteil entschied nun das OLG Celle zugunsten einer Bank. Danach ist die Bank berechtigt, einen Teil des Darlehens zu kündigen und fällig zu stellen, sofern sich die Vermögensverhältnisse des Darlehensnehmers oder die Werthaltigkeit einer für das Darlehen gestellten Sicherheit während der Laufzeit des Kredits wesentlich verschlechtert haben. Damit nicht genug: Löst der Darlehensnehmer nach der Teilkündigung des Darlehens - etwa durch Umschuldung - auch den nicht gekündigten Teil des Darlehens ab, ist die Bank insoweit zur Geltendmachung einer Vorfälligkeitsentschädigung berechtigt.

Urteil des OLG Celle vom 01.07.2009  
Az. 3 U 37/09

### *Obstruction of competition by pure exchange of information*

Certain agreements between companies, such as specific price arrangements on a European level, are, as we know, subject to the regulated ban of unfair obstruction of competition. On par with these kinds of arrangements, the illegality of which is obvious, is also the so-called "concerted practice" within the meaning of Article 81 EC. In a recent decision, the European Court of Justice (ECJ) explained in more detail what is understood by this and when it is allowed to step over the threshold in this regard:

Based on this decision, the purpose of concerted practice is deemed anticompetitive if, because of its content and intent and considering its legal and economic interrelationship, it is specifically suitable to result in the prevention, limitation or falsification of competition within the common European market. As such, however, what is not necessary is that competition was in fact prevented, limited or falsified nor that there is any direct connection between this concerted practice and consumer prices. The mere exchange of information between competitors alone may be anticompetitive in nature if the intention is to eliminate insecurities with regard to consumer behavior. In this regard, one meeting alone between decision-makers of several companies that dominate the market (in this case the telecommunications industry) would suffice. What applies in this case is the causal relationship between the arrangement and the market behavior of a company that took part in the meeting. These principles are to be taken into account by the national courts.

Note: Before a company rushes to succumb to the wish for an arrangement with its competitors, it is critical to carefully clarify the legal situation. Otherwise, companies can quickly put themselves at risk. Both the European Community as well as the national competition authorities have the right to take appropriate action against violations of this kind. A commonly used instrument is to impose monetary fines. Thus, the Commission may, for example, impose penalties of up to a maximum of 10% of the overall revenue of a concerned company's previous fiscal year. At the same time, companies are at risk of indemnity claims that parties may assert based on German law in accordance with Section 33 III German Act against Restraints on Competition [GWB]. Parties concerned in this case are in particular competitors and other market participants adversely impacted by such competitive behavior. Whether participants that are indirectly concerned belong to this group has not yet been fully clarified.

The Commission is also giving consideration as to whether it should include class actions and "opt-out"

### *Wettbewerbsbehinderung durch reinen Informationsaustausch*

Bekanntlich unterliegen bestimmte Vereinbarungen zwischen Unternehmen wie etwa konkrete Preisabreden dem auf europäischer Ebene geregelten Verbot der unlauteren Wettbewerbsbehinderung. Solchen Abreden, deren Rechtswidrigkeit auf der Hand liegt, gleichgestellt sind auch so genannte „abgestimmte Verhaltensweisen“ im Sinne des Art. 81 EG. Was darunter zu verstehen ist und wann die Schwelle hierzu überschritten sein kann, führte der Europäische Gerichtshof (EuGH) in einer aktuellen Entscheidung näher aus:

Eine abgestimmte Verhaltensweise verfolgt danach einen wettbewerbswidrigen Zweck, wenn sie aufgrund ihres Inhalts und Zwecks und unter Berücksichtigung ihres rechtlichen und wirtschaftlichen Zusammenhangs konkret geeignet ist, zu einer Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des gemeinsamen europäischen Marktes zu führen. Dabei ist allerdings weder erforderlich, dass der Wettbewerb tatsächlich verhindert, eingeschränkt oder verfälscht wurde, noch dass ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen diesem abgestimmten Verhalten und den Verbraucherpreisen besteht. Schon der bloße Informationsaustausch zwischen Wettbewerbern kann einen wettbewerbswidrigen Zweck verfolgen, wenn er dazu geeignet ist, Unsicherheiten hinsichtlich des Verhaltens des Wettbewerbers auszuräumen. Hierzu genügt bereits ein einziges Treffen zwischen Entscheidungsträgern mehrerer marktbeherrschender Unternehmen (hier der Telekommunikationsbranche). In einem solchen Fall gilt die Vermutung des Ursachenzusammenhangs zwischen der Abstimmung und dem Marktverhalten eines an dem Treffen beteiligten Unternehmens. Diese Grundsätze sind von den nationalen Gerichten zu berücksichtigen.

Hinweis: Bevor ein Unternehmen dem Wunsch nach Abstimmung mit der Konkurrenz vorschnell nachgibt, ist die Rechtslage unbedingt sorgfältig abzuklären. Nur allzu schnell begeben sich Unternehmen ansonsten in Gefahr. Sowohl die Europäische Kommission als auch nationale Wettbewerbsbehörden sind dazu berechtigt, geeignete Maßnahmen gegen Zuwiderhandlungen zu ergreifen. Ein zentrales Instrument ist die Verhängung von Geldbußen. So kann die Kommission etwa Strafzahlungen bis zu einer Obergrenze von 10% des Gesamtumsatzes aus dem vorangegangenen Geschäftsjahr des betreffenden Unternehmens aussprechen. Ebenso drohen Schadensersatzansprüche Betroffener, die im deutschen Recht einen Anspruch aus § 33 III GWB geltend machen können. Betroffene sind hierbei insbesondere Mitbewerber und sonstige Marktbeteiligte, die durch das Wettbewerbsverhalten beeinträchtigt sind. Ob auch mittelbar Betroffene diesem Kreis angehören, ist noch nicht abschließend geklärt.

Die Kommission zieht zudem in Erwägung, Verbandsklagen und sog. "opt-out" Klagen einzuführen.

actions as well. Also, punitive damages, as they are known particularly in US legal circles, are at least no longer a taboo issue.

ECJ Judgment of June 04, 2009  
Case C-8/08

### *Sales ban in Germany cannot be circumvented*

If a foreign company was banned by a legally effective court decision from selling certain products in Germany, it is deemed an illegal circumvention of the injunction title if the company supplies the goods to a customer that is also domiciled abroad, which then offers the products to the German market. This applies at any rate if the party that the claim is asserted against is aware that the intention is to further transport the products for sale in Germany and still suggests to the customer that a product offer is approved in Germany.

Judgment of Upper Regional Court Frankfurt/Main of April 28, 2009  
Case 6 W 60/09

Auch der insbesondere aus dem amerikanischen Rechtskreis bekannte Strafschadensersatz ist zumindest kein Tabuthema mehr.

Urteil des EuGH vom 04.06.2009  
Az. C-8/08

### *Vertriebsverbot in Deutschland lässt sich nicht umgehen*

Wurde einem ausländischen Unternehmen durch eine rechtskräftige Gerichtsentscheidung untersagt, bestimmte Waren in Deutschland zu vertreiben, stellt es eine unzulässige Umgehung des Unterlassungstitels dar, wenn das Unternehmen seine Waren an einen ebenfalls im Ausland ansässigen Abnehmer liefert und dieser das Erzeugnis in Deutschland anbietet. Das gilt jedenfalls dann, wenn der auf Unterlassung in Anspruch Genommene weiß, dass eine Weiterlieferung nach Deutschland beabsichtigt ist und dem Abnehmer gegenüber dennoch zu erkennen gibt, dass ein Angebot in Deutschland zulässig ist.

Urteil des OLG Frankfurt/Main vom 28.04.2009  
Az. 6 W 60/09

## **European Business Law / Europäisches Wirtschaftsrecht**

### *European products welcome in Germany*

The Administrative Court of Stuttgart may have issued a far-reaching judgment on the subject of free trade. Up until now, automotive vehicles that were imported from abroad were required to undergo an inspection by TÜV prior to being eligible for registration for German road traffic. During the inspection process, inspectors follow German inspection criteria, which more often than not are very strict. This ruling may put an end to this procedure if the vehicle was imported from another EU Member State.

The judges in Stuttgart allowed the complaint filed by a motorcycle owner, who had applied for an operating license for his motorcycle that was equipped with special carbon composite wheels made by a British manufacturer. The authority had rejected the application, arguing that in Germany there are no recognized inspection criteria for these kinds of wheels which is why they could not be licensed for road traffic. The refusal by the licensing authority to approve these kinds of wheels in Germany, which for years have been approved for public traffic in both Great Britain and in the Netherlands, is in violation of the European laws on free trade in the court's opinion. If the authorities of a EU Member State want to prohibit the registration of a legal product of another EU State, they must provide evidence that the product is dangerous. The ruling,

### *Europäische Produkte in Deutschland willkommen*

Das Stuttgarter Verwaltungsgericht hat ein möglicherweise weitreichendes Urteil zum Thema Warenverkehrsfreiheit erlassen. Bislang müssen aus dem Ausland importierte Kraftfahrzeuge noch eine Prüfung durch den "TÜV" durchlaufen, bevor sie die Zulassung für den deutschen Straßenverkehr erhalten. Dabei orientieren sich die Prüfer an den - oftmals strengeren - deutschen Prüfkriterien. Damit könnte jetzt Schluss sein, wenn das Kfz aus einem EU-Mitgliedstaat importiert wurde.

Die Stuttgarter Richter gaben der Klage eines Motorradhalters statt, der eine Betriebserlaubnis für sein mit speziellen Carbon-Kunststoffrädern eines britischen Herstellers ausgestattetes Motorrad beantragt hatte. Die Behörde lehnte den Antrag mit dem Argument ab, es existierten in Deutschland keine anerkannten Prüfkriterien für derartige Räder. Deshalb könnten sie nicht für den Straßenverkehr zugelassen werden. Die Weigerung der Zulassungsbehörde, solche Räder, die in Großbritannien und den Niederlanden seit Jahren im öffentlichen Straßenverkehr benutzt werden dürfen, auch in Deutschland zuzulassen, verstößt nach Ansicht des Gerichts gegen die europarechtliche Warenverkehrsfreiheit. Wenn die Behörden eines EU-Mitgliedstaates die Zulassung eines in anderen EU-Staaten legalen Produkts verbieten wollen, müssen sie den Nach-

however, is not yet legally binding.

Note: Should the ruling hold up, its core statement could generally be transferred to other product groups as well. Developers of new and innovative products would thus have easier access to the German market. The responsible authorities would no longer be able to refuse offhand the approval of a product if the product had already successfully been tested and approved in another EU Member State.

Judgment of Administrative Court Stuttgart of July 01, 2009  
Case 8 K 1815/08

### *International legal venue arrangements in General Terms and Conditions*

Legal venue arrangements play a key role particularly in international commercial trade in addition to the selection of applicable law.

In the scope of validity of European Community Law, Brussels I (EC Council Regulation on jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in civil and commercial matters) governs the international responsibility of courts. Article 23 of the Regulation provides for the option of a legal venue arrangement under the condition that at least one party, be it either plaintiff or defendant, is a resident of a Member State. Equal to legal residence for companies is, as per a company's articles of association, the location of the registered office, the place of effective management and the company's headquarters.

These kinds of agreements may also be made in the General Terms and Conditions. However, legal practice places very high demands on the validity of these kinds of clauses in General Terms and Conditions due to the wide range of legal consequences these could have, which, if one is not familiar with the law, could very quickly become a stumbling block. If the General Terms and Conditions should not be effectively integrated in the contract, the general rules regarding responsibility apply, which could potentially lead to an undesirable venue from the point of view of the user of the General Terms and Conditions.

As far back as in the 1970s, the ECJ had ruled that it would not suffice the effective integration if the legal venue clause was included in General Terms and Conditions that were merely printed on the back page of a contract formulated on a company document. It would only be judged otherwise if the contract text itself were to contain an express note referring to the legal venue clause integrated in the General Terms and Conditions. The Upper Regional Court Celle debated a similar case just recently: An order acknowledgement contained an express note stating that the General Terms and Conditions could be viewed on the website of the user. The General Terms and Conditions on their part included a legal venue arrangement. However, for the court this did

weis erbringen, dass das Produkt gefährlich ist. Das Urteil ist allerdings noch nicht rechtskräftig.

Hinweis: Sollte das Urteil Bestand haben, ließen sich seine Kernaussagen grundsätzlich auch auf andere Warengruppen übertragen. Entwickeln neuartiger, innovativer Produkte würde so der Zugang zum deutschen Markt erleichtert. Die zuständigen Behörden könnten die Zulassung eines Produkts nicht mehr ohne weiteres verweigern, sofern das Produkt bereits in einem anderen EU-Mitgliedstaat erfolgreich erprobt und zugelassen wurde.

Urteil des VG Stuttgart vom 01.07.2009  
Az. 8 K 1815/08

### *Internationale Gerichtsstandsvereinbarungen in AGB*

Gerichtsstandsvereinbarungen sind gerade im internationalen Handelsverkehr neben der Wahl des anwendbaren Rechts von wesentlicher Bedeutung.

Im Geltungsbereich des europäischen Gemeinschaftsrechts regelt die EuGVVO die internationale Zuständigkeit von Gerichten. Art. 23 der Verordnung sieht die Möglichkeit einer Gerichtsstandsvereinbarung unter der Voraussetzung vor, dass mindestens eine Partei – sei es Kläger oder Beklagter – ihren Wohnsitz in einem Mitgliedstaat hat. Dem Wohnsitz gleich stehen bei Unternehmen der Ort des satzungsmäßigen Sitzes, des Verwaltungssitzes und der Hauptniederlassung.

Derartige Vereinbarungen können auch in allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) getroffen werden. An die Wirksamkeit solcher AGB-Klauseln stellt die Rechtsprechung wegen der weitreichenden Auswirkungen jedoch hohe Anforderungen, die sich bei Unkenntnis schnell als Stolperstein erweisen können. Sollten die AGB nämlich nicht wirksam in den Vertrag einbezogen worden sein, greifen die allgemeinen Zuständigkeitsregelungen, die dann möglicherweise einen aus Sicht des Verwenders der AGB unerwünschten Gerichtsort vorsehen.

Bereits in den 1970er Jahren entschied der EuGH, dass einer wirksamen Einbeziehung nicht Genüge getan ist, wenn eine Gerichtsstandsklausel in AGB enthalten ist, die lediglich auf der Rückseite eines auf dem Geschäftspapier niedergelegten Vertrags abgedruckt sind. Anders sei dies nur zu beurteilen, wenn der Vertragstext selbst einen ausdrücklichen Hinweis auf die in die AGB integrierte Gerichtsstandsklausel enthält. Auch das OLG Celle beschäftigte sich jüngst mit einem ähnlichen Fall: eine Auftragsbestätigung enthielt einen ausdrücklichen Hinweis auf die Einsehbarkeit der AGB auf der Internetseite des Verwenders. Die AGB wiederum beinhalteten eine Gerichtsstandsvereinbarung. Dem Gericht genügte dies aber nicht. Es vertrat die Auffas-

not suffice. It was of the opinion that the requirements within Article 23 Brussels I were not satisfied by this practice. The strict conditions of the regulation served the purpose of assuring that the legal venue arrangement did in fact reflect the wishes of all parties concerned. This cannot be guaranteed simply by stating that General Terms and Conditions can be viewed at a particular location.

Order of Upper Regional Court Celle of July 24, 2009  
Case 13 W 48/09

sung, dass die Erfordernisse des Art. 23 EuGVVO hierdurch nicht erfüllt seien. Die strengen Voraussetzungen der Vorschrift dienten dazu, dass die Gerichtsstandsvereinbarung tatsächlich dem Willen der Parteien entspricht. Dies sei bei einem bloßen Hinweis auf die Einsehbarkeit der AGB nicht gewährleistet.

Beschluss des OLG Celle vom 24.07.2009  
Az. 13 W 48/09



**WINHELLER Attorneys at Law**

Corneliusstr. 34  
60325 Frankfurt am Main, Germany

Tel.: +49 (0)69 76 75 77 80  
Fax: +49 (0)69 76 75 77 810

E-mail: [info@winheller.com](mailto:info@winheller.com)  
Internet: <http://www.winheller.com>

Frankfurt | Karlsruhe | Shanghai

---

*make a difference.*