

GERMAN BUSINESS LAW

news



Stefan Winheller

WINHELLER
Rechtsanwalts-gesellschaft mbH

Corneliusstr. 34
60325 Frankfurt am Main
Germany

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

E-mail: info@winheller.com
Internet: <http://www.winheller.com>

Frankfurt | Karlsruhe | Berlin
Hamburg | Munich | 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!

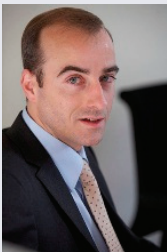
Mit besten Grüßen

Ihr

Stefan Winheller
Geschäftsführender Partner

CONTENTS / INHALTSVERZEICHNIS

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



I. Corporate Law / Handels- & Gesellschaftsrecht

Thomas Schwab – German Attorney at Law

■ NO MERGER OF A GENERAL PARTNER LIMITED LIABILITY COMPANY (GMBH) WITH THE LIMITED PARTNERSHIP /

KEINE VERSCHMELZUNG EINER KOMPLEMENTÄR-GMBH AUF DIE KOMMANDITGESELLSCHAFT

In a recently published ruling of the Hamm Higher Regional Court (OLG), the court pointed out in agreement with both of the courts of lower instance that it considers the merger of a general partner limited liability company with a limited partnership with only one limited partner as impermissible, insofar as the limited partner is also the sole shareholder of the general partner limited liability company (GmbH).

The basic idea of the Law Regulating Transformation of Companies: The acquiring legal entity continues to exist

If a limited partnership with only one GmbH as general partner and one limited partner, which is at the same time the sole shareholder of the GmbH, were merged with the limited partnership, then this would lead to the immediate termination of the company where the assets would accrue to the remaining shareholder.

The Law Regulating Transformation of Companies, however, presumes that the acquiring legal entity persists after the merger. This is not explicitly regulated in the Law Regulating Transformation of Companies. It arises, however, from Sections 2, 20 of the Law Regulating Transformation of Companies [UmwG] according to the Hamm Higher Regional Court.

NOTE: The importance of the decision can hardly be overestimated, yet it is not uncommon that a single limited partner of a limited partnership with a limited liability company as general partner (GmbH & Co. KG) is also the sole shareholder of the general partner-limited liability company. A termination without liquidation, however, can also be achieved in another way, thus, for example, through the exit of the general partner-limited liability company or through merger of the limited liability company with its sole shareholder.

OLG Hamm, Ruling of June 24, 2010, Case I-15 Wx 360/09

In einem jüngst veröffentlichten Beschluss des OLG Hamm weist das Gericht in Übereinstimmung mit den beiden Vorinstanzen darauf hin, dass es die Verschmelzung einer Komplementär-GmbH auf eine Kommanditgesellschaft mit nur einem Kommanditisten für unzulässig erachtet, soweit der Kommanditist auch Alleingesellschafter der Komplementär-GmbH ist.

Grundgedanke des UmwG: Der übernehmende Rechtsträger besteht fort

Würde eine KG mit nur einer GmbH als Komplementärin und einem Kommanditisten, der zugleich Alleingesellschafter der GmbH ist, auf die Kommanditgesellschaft verschmolzen, so führte dies zur sofortigen Beendigung der Gesellschaft, wobei das Vermögen dem verbliebenen Gesellschafter anwüchse.

Das Umwandlungsgesetz allerdings gehe davon aus, dass der übernehmende Rechtsträger nach der Verschmelzung fortbestehe. Explizit sei dies im UmwG zwar nicht geregelt, es ergebe sich jedoch, so das OLG Hamm, aus den §§ 2, 20 UmwG.

HINWEIS: Die Tragweite der Entscheidung kann kaum überschätzt werden, kommt es doch nicht selten vor, dass der einzige Kommanditist einer GmbH & Co. KG auch Alleingesellschafter der Komplementär-GmbH ist. Eine liquidationslose Beendigung lässt sich allerdings auch auf anderem Wege erreichen, so z. B. durch den Austritt der Komplementär-GmbH oder durch Verschmelzung der GmbH auf ihren Alleingesellschafter.

OLG Hamm, Beschluss vom 24.06.2010, Az. I-15 Wx 360/09

■ NON-EU FOREIGNERS CAN ALSO BE APPOINTED MANAGING DIRECTORS /

AUCH NICHT DER EU ANGEHÖRIGE AUSLÄNDER KÖNNEN ZU GESCHÄFTSFÜHRERN BESTELLT WERDEN

In a ruling of September 8, 2010, the Zweibrücken Higher Regional Court abandons its previous legal opinion and falls in line with a series of higher courts, which no longer require that only those who are able to enter Germany at any time can be appointed managing director of a limited liability company.

Former Legal Situation

For a long time, it has been prevailing opinion that only those who are able to enter the home country at any time could be appointed managing director of a German limited liability company. For non-EU-foreigners, that is not possible without further requirements. In the past, therefore, the entry into the Commercial Register had repeatedly been denied to foreign managing directors since a proper exercise of the legal duties and responsibilities of a managing director would not be ensured by them. For that, it would be indispensable for them to inspect the company books and documents themselves and directly and to have direct personal contact with employees and business partners.

New Legal Situation

After the reform of the Limited Liability Companies Act [GmbHG], in particular of Section 4a GmbHG, pursuant to which a German limited liability company may relocate its administrative seat anywhere abroad, this argument can no longer hold up. Also, for duties and responsibilities to be exercised in person an entry into Germany is no longer required. Thus, for example, possible instructions of a foreign notary public could be implemented and the managing director could be represented by virtue of notarized power of attorney for filings in the Commercial Register.

NOTE: The issue seems clarified now for practical purposes. If one or another register court should nevertheless cause difficulties, then at least one more decision is available to which reference can be made and with which an argument can be made. However, it should not be left out of consideration that nothing has yet been decided as to the right of residence. Managing directors still have to fulfill the provisions of the residence law if they want to become active in Germany for "their" limited liability company (GmbH). That can become particularly problematic, if nothing else, in the case of sole shareholder managing directors who are considered to be self-employed.

OLG Zweibrücken, Ruling of September 08, 2010, Case 3 W 70/10

In einem Beschluss vom 8. September 2010 gibt das OLG Zweibrücken seine bisherige Rechtsansicht auf und schließt sich damit einer Reihe von Obergerichten an, die nicht mehr voraussetzen, dass zum Geschäftsführer einer GmbH nur bestellt werden könne, wenn die Einreise nach Deutschland jederzeit möglich sei.

Alte Rechtslage

Es war lange Zeit vorherrschende Meinung, dass zum Geschäftsführer einer deutschen GmbH nur bestellt werden könne, wenn die Einreise ins Inland jederzeit möglich sei. Das sei bei Nicht-EU-Ausländern nicht ohne weiteres möglich. In der Vergangenheit wurde deshalb mehrfach ausländischen Geschäftsführern die Eintragung ins Handelsregister versagt. Eine ordnungsgemäße Wahrnehmung der gesetzlichen Aufgaben eines Geschäftsführers sei durch sie nicht sichergestellt. Denn dafür sei es unerlässlich, dass sie jederzeit selbst und unmittelbar Einsicht in Bücher und Schriften des Unternehmens nehmen könnten und direkten persönlichen Kontakt zu Mitarbeitern und Geschäftspartnern hätten.

Neue Rechtslage

Nach der Reform des GmbHG, insbesondere des § 4a GmbHG, wonach eine deutsche GmbH ihren Verwaltungssitz beliebig ins Ausland verlegen kann, habe diese Argumentation ihre Tragfähigkeit verloren. Auch sei für höchstpersönlich wahrzunehmende Aufgaben eine Einreise nach Deutschland nicht mehr erforderlich. So könnten beispielsweise allfällige Belehrungen von einem ausländischen Notar vorgenommen werden und könne sich der Geschäftsführer für Anmeldungen zum Handelsregister kraft notariell beglaubigter Vollmacht vertreten lassen.

HINWEIS: Die Frage scheint nunmehr für die Praxis geklärt. Sollte das eine oder andere Registergericht dennoch Schwierigkeiten bereiten, so ist immerhin eine Entscheidung mehr vorhanden, auf die sich verweisen und mit der sich argumentieren lässt. Nicht außer Betracht sollte jedoch gelassen werden, dass hiermit für das Aufenthaltsrecht noch nichts entschieden ist. Geschäftsführer haben, wenn sie in Deutschland für „ihre“ GmbH tätig werden wollen, immer noch die Bestimmungen des Aufenthaltsgesetzes zu erfüllen. Das kann, nicht zuletzt bei den als selbständig geltenden Alleingesellschafter-Geschäftsführern, durchaus problematisch werden.

OLG Zweibrücken, Beschluss vom 08.09.2010, Az. 3 W 70/10



II. Tax Law / *Steuerrecht*

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

■ VOLUNTARY DECLARATIONS IN TAX EVASION CASES – “ALL OR NOTHING” / *SELBSTANZEIGE BEI STEUERHINTERZIEHUNG – „GANZ ODER GAR NICHT“*

Tax offenders who have avoided the Treasury and managed their money abroad are generally advised to submit a voluntary declaration in order to escape punishment despite the tax offense. In particular in recent times the number of voluntary declarations has clearly increased. The reason for this is the sometimes heavily criticized purchase of data CD's of tax offenders by the Treasury, which has led to a multitude of preliminary proceedings involving tax offenses.

Basic Principle: Voluntary declaration leads to immunity from punishment

However, a voluntary declaration only leads to the desired result when it was submitted before the tax authority has held the investigation against the tax offender. If the revenue officer is already standing outside the door, any reputed repentance comes too late.

Until now it has also been possible to submit a partial voluntary declaration and thus to at least achieve partial exemption from punishment.

Change of the Case Law: Partial voluntary declaration no longer possible

The Federal Court of Justice [BGH] has now changed its ongoing case law in a sensational decision. Exemption from punishment could now still be afforded, according to the BGH, if the tax offender discloses all irregularities. If further tax offenses appear later (for example, from other tax years), no exemption from punishment will be possible altogether.

NOTE: The decision comes as a surprise and entails numerous practical difficulties. Frequently, the taxpayer will not be able to subsequently declare non-declared bases of taxation completely because generally he will have no comprehensive knowledge of them – as, for example, in the not uncommon cases in which the taxpayer has, as it were, “inherited” the tax evasion from the deceased who kept unknown foreign accounts. Whether the Federal Court of Justice (BGH) will actually pursue its new hard line in such or similar cases or will ultimately limit it to the case to be decided that only involved the partial subsequent declaration of several foreign accounts, remains to be seen. Taxpayers interested in a voluntary declaration will have to be cautious now in any event. In no case should they allow themselves to make errors in the course of the voluntary declaration.

BGH, Ruling of May 20, 2010, Case 1 StR 577/09

Steuersündern, die ihr Geld am Fiskus vorbei ins Ausland geschafft haben, wird allenthalben zur Selbstanzeige geraten, um trotz des Steuervergehens straffrei auszugehen. Insbesondere in jüngerer Zeit hat die Zahl der Selbstanzeigen deutlich zugenommen. Grund hierfür ist der - zum Teil heftig kritisierte - Ankauf von Daten-CDs von Steuersündern durch den Fiskus, der zu einer Vielzahl von steuerstrafrechtlichen Ermittlungsverfahren geführt hat.

Grundsatz: Selbstanzeige führt zur Strafflosigkeit

Eine Selbstanzeige führt jedoch nur dann zum erwünschten Erfolg, wenn sie erstattet wurde, bevor die Finanzbehörde die Ermittlungen gegen den Steuersünder aufgenommen hat. Stehen die Steuerfahnder bereits vor der Tür, kommt die vermeintliche Reue zu spät.

Bisher war es auch möglich, eine Teilselbstanzeige zu erstatten und so zumindest teilweise Straffreiheit zu erlangen.

Änderung der Rechtsprechung: Teilselbstanzeige nicht mehr möglich

Der BGH hat nun in einer aufsehenerregenden Entscheidung seine ständige Rechtsprechung geändert. Straffreiheit könne nur noch gewährt werden, so der BGH, wenn der Steuersünder sämtliche Unregelmäßigkeiten offenlege. Tauchen später noch weitere Steuervergehen auf (z.B. aus anderen Steuerjahren), soll es mit der Straffreiheit insgesamt vorbei sein.

HINWEIS: Die Entscheidung kommt überraschend und birgt zahlreiche praktische Schwierigkeiten. Häufig wird der Steuerpflichtige bisher nicht deklarierte Besteuerungsgrundlagen nämlich gar nicht vollständig nacherklären können, weil er von ihnen überhaupt keine umfassende Kenntnis hat – so z.B. in den nicht seltenen Fällen, in denen der Steuerpflichtige die Steuerhinterziehung vom Erblasser, der unbekannte Auslandskonten unterhielt, sozusagen „geerbt“ hat. Ob der BGH seine neue harte Linie tatsächlich auch in solchen oder ähnlichen Fällen verfolgen wird oder sich letztlich auf den zu entscheidenden Fall beschränken will, in dem es um die nur teilweise Nacherklärung mehrerer Auslandskonten ging, bleibt abzuwarten. An einer Selbstanzeige interessierte Steuerpflichtige müssen nun jedenfalls auf der Hut sein. Fehler im Rahmen der Selbstanzeige sollten sie sich auf keinen Fall erlauben.

BGH, Beschluss vom 20.05.2010, Az. 1 StR 577/09

■ **DEADLINE FOR THE FILING OF INPUT TAX REFUND APPLICATIONS FOR 2009 EXTENDED UNTIL 03/31/2011 /**

FRIST ZUR ABGABE VON VORSTEUER-VERGÜTUNGSANTRÄGEN FÜR 2009 BIS ZUM 31.03.2011 VERLÄNGERT

Since the beginning of 2010, companies within the EU are obligated to file applications for the refund of input taxes from a different EU country electronically in their own state of residence.

Basically, such applications are possible up to September 30 of the following year. Due to technical problems in conjunction with the conversion to the electronic method, the deadline has now been extended throughout Europe to 03/31/2011. An entrepreneur based in Germany can therefore transmit his refund application for calendar year 2009 to the Federal Central Tax Office [BZSt] up to 03/31/2011.

Federal Ministry of Finance [BMF] written communication of November 01, 2010, IV D 3 - S 7359/10/10004

Seit Anfang 2010 sind Unternehmen innerhalb der EU verpflichtet, Anträge auf Rückerstattung von Vorsteuern aus einem anderen EU-Land auf elektronischem Wege im eigenen Ansässigkeitsstaat zu stellen.

Grundsätzlich sind derlei Anträge bis zum 30.09. des Folgejahres möglich. Wegen technischer Probleme im Zusammenhang mit der Umstellung auf das elektronische Verfahren ist die Frist nun europaweit auf den 31.03.2011 verlängert worden. Ein in Deutschland ansässiger Unternehmer kann seinen Vergütungsantrag für das Kalenderjahr 2009 dem Bundeszentralamt für Steuern (BZSt) daher nun bis zum 31.03.2011 übermitteln.

BMF-Schreiben vom 01.11.2010, IV D 3 - S 7359/10/10004



III. IP Law / *Gewerblicher Rechtsschutz*

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

■ INTERSTATE TREATY ON THE PROTECTION OF MINORS IN THE MEDIA [JMSTV]:

AGE IDENTIFICATION OF CONTENTS ON THE INTERNET AS OF 01/01/2011 /

JMSTV: ALTERSKENNZEICHNUNG VON INHALTEN IM INTERNET AB DEM 01.01.2011

The State Treaty on the Protection of Human Dignity and on the Protection of Minors in Broadcasting and the Electronic Media [JMStV] aims to achieve the uniform protection of children and young people from offers in broadcasting and the electronic media, which impair or endanger their development or education. The German Federal states have recently agreed to a change of the JMSTV, which will enter into force on 01/01/2011.

Basically, the following will be in force thereafter: Contents may also be offered freely in the future if they do not violate criminal law, without the provider having to take action from the standpoint of the law protecting minors.

However, there are exemptions from this principle for contents suitable only for users from 12 years of age and not kept separate from contents, which are defined for younger children, also for contents suitable for users from 16 or 18 years of age. If at least one of these exemptions applies in individual cases, the provider will be obligated to prefix to his website technical or other means to guarantee the protection of minors. According to the legal situation applicable as of 01/01/2011, such a means is also the age classification of the website contents identifiable for a minor protection program.

NOTE: If your website contains contents harmful to young people, from the coming year on these contents are to be identified with an age bracket. Whether you fall under this regulation requires a thorough examination of your website. Otherwise, warnings of competitors as well as administrative fines threaten.

Der Staatsvertrag über den Schutz der Menschenwürde und den Jugendschutz in Rundfunk und Telemedien (JMStV) bezweckt den einheitlichen Schutz der Kinder und Jugendlichen vor Angeboten in Rundfunk und Telemedien, die deren Entwicklung oder Erziehung beeinträchtigen oder gefährden. Die Bundesländer haben vor kurzem eine Änderung des JMStV vereinbart, die ab dem 01.01.2011 in Kraft treten wird.

Grundsätzlich gilt danach: Inhalte können, wenn sie nicht gegen das Strafrecht verstoßen, im Internet auch zukünftig frei angeboten werden, ohne dass der Anbieter aus jugendrechtlicher Sicht aktiv werden muss.

Allerdings gibt es von diesem Grundsatz Ausnahmen für Inhalte, die nur für Nutzer ab 12 Jahren geeignet sind und nicht von Inhalten, die für jüngere Kinder bestimmt sind, getrennt gehalten werden, ferner auch für Inhalte, die nur für Nutzer ab 16 oder 18 Jahren geeignet sind. Sofern mindestens eine dieser Ausnahmen im Einzelfall zutrifft, ist der Anbieter dazu verpflichtet, seiner Website technische oder sonstige Mittel vorzuschalten, die den Jugendschutz gewährleisten. Ein solches Mittel ist nach der ab dem 01.01.2011 gültigen Rechtslage auch die für ein Jugendschutzprogramm erkennbare Altersklassifizierung von Websiteinhalten.

HINWEIS: Sofern Ihre Website jugendgefährdende Inhalte enthält, sind ab dem kommenden Jahr diese Inhalte mit einer Altersstufe zu kennzeichnen. Ob Sie unter diese Regelung fallen, bedarf einer genauen Prüfung Ihrer Website. Andernfalls drohen Abmahnungen der Konkurrenz sowie Geldbußen.

■ FEDERAL COURT OF JUSTICE [BGH]: DEFECTIVE GENERAL TERMS AND CONDITIONS ARE ADMONISHABLE /

BGH: FEHLERHAFTE AGB SIND ABMAHNFÄHIG

For a long time it has been debated as to whether and to what extent ineffective provisions in General Terms and Conditions (GTC) can be admonished by competitors. The Federal Court of Justice [BGH] has now at least established clear conditions in the question of the illegal exclusion of the warranty for defects in the purchase of durable consumer goods. The BGH delivered a judgment that in such a case defective GTC are anti-competitive and for this reason admonishable by the competitor with costs.

Specifically, the decision of the BGH concerned a clause of a commercial eBay dealer who had the illegal and for this reason ineffective exclusion of the warranty for defects in relation to consumers as the subject matter. The BGH affirmed the relevance in terms of competition law of the illegal warranty exclusion since the law intends to protect not only the individual interests of the individual consumer, but also to regulate the mere market behavior of the competitors overall.

NOTE: Also in other cases of illegal and therefore ineffective General Terms and Conditions, the courts may in the future assume an admonishable violation of market behavior rules. Each competitor should therefore on the occasion of this Federal Court of Justice decision check again precisely to what extent its General Terms and Conditions still comply with the valid legal situation in Germany.

BGH, Judgment of March 31, 2010, Case I ZR 34/08

Es war lange Zeit umstritten, ob und inwiefern unwirksame Bestimmungen in Allgemeine Geschäftsbedingungen (AGB) durch Mitbewerber abgemahnt werden können. Der Bundesgerichtshof (BGH) hat nun zumindest in der Frage des gesetzeswidrigen Ausschlusses der Gewährleistung für Sachmängel beim Gebrauchsgüterkauf klare Verhältnisse geschaffen. Der BGH urteilte, dass in einem solchen Fall fehlerhafte AGB wettbewerbswidrig und damit durch die Konkurrenz kostenpflichtig abmahnfähig sind.

Konkret betraf die Entscheidung des BGH eine Klausel eines gewerblichen eBay-Händlers, die den gesetzeswidrigen und damit unwirksamen Ausschluss der Gewährleistung für Sachmängel gegenüber Verbrauchern zum Gegenstand hatte. Der BGH bejahte die wettbewerbsrechtliche Relevanz des gesetzeswidrigen Gewährleistungsausschlusses, da das Gesetz nicht nur die individuellen Interessen des einzelnen Verbrauchers schützen, sondern auch das lautere Marktverhalten der Wettbewerber insgesamt regeln wolle.

HINWEIS: Auch in anderen Fällen gesetzeswidriger und damit unwirksamer AGB dürften die Gerichte künftig von einem abmahnfähigen Verstoß gegen Marktverhaltensregeln ausgehen. Jeder Wettbewerber sollte deshalb anlässlich dieser BGH-Entscheidung noch einmal genau prüfen lassen, inwiefern seine AGB noch mit der geltenden Rechtslage in Deutschland übereinstimmen.

BGH, Urteil vom 31.03.2010, Az. I ZR 34/08



IV. Labor & Employment Law / *Arbeitsrecht*

Christian Zeller – German Attorney at Law

■ PRELIMINARY CONTRACT FOR THE CONCLUSION OF A POST-CONTRACTUAL NON-COMPETITION CLAUSE /

VORVERTRAG AUF ABSCHLUSS EINES NACHVERTRAGLICHEN WETTBEWERBSVERBOTS

Employers cannot leave it open in a preliminary contract for the conclusion of a post-contractual non-competition clause as to whether they will later demand a prohibition or not. Such a condition is impermissible and leads to the entitlement of the employee to a claim for damages in any event.

From the standpoint of the employer, a practical need exists for the time after the termination of the employment contract to avoid competitive situations. In this case, the contracting parties can agree to a post-contractual non-competition clause pursuant to Section 110 Trade, Commerce and Industry Regulation Act [GewO]. For the duration of the prohibition, Section 74 II German Commercial Code [HGB] grants the employee a waiting allowance, which must be at least 50 percent of the benefits last received.

The legally binding implementation in contractual terms is, however, connected with pitfalls, as a current decision of the Federal Labor Court shows. In the present case, the employee undertook to conclude “the non-competition clause attached as an annex to this contract at any time upon request of the company”. After the employer had ended the employment contract by written notice, the former employee declared a little later that he would comply with the non-competition clause and expected payment of compensation. The court allowed his appeal on the grounds that the construction of the contract aimed at preventing employees from switching to competitors without having to pay the compensation associated with it. If the employee were to decide after the termination to switch to a non-competitive company, the employer could simply waive the conclusion of the non-competition clause and would thus have prevented the competition situation without being obligated to pay compensation.

NOTE: Such contractual constructions are only permissible if they are limited in time up to the pronouncement of a termination. If such a limitation is lacking, pursuant to Section 75a HGB, the employers should waive the exercise of the rights granted in order to avoid obligation to compensate. The same also applies to managing directors, boards of directors and commercial agents.

Federal Labor Court [BAG], Judgment of July 14, 2010, Case 10 AZR 291/09

Arbeitgeber können in einem Vorvertrag auf Abschluss eines nachvertraglichen Wettbewerbsverbots nicht offen lassen, ob sie später das Verbot einfordern werden oder nicht. Eine derartige Bedingung ist unzulässig und führt dazu, dass dem Arbeitnehmer in jedem Fall ein Anspruch auf Entschädigung zusteht.

Aus Arbeitgebersicht besteht für die Zeit nach Beendigung des Arbeitsverhältnisses ein praktisches Bedürfnis, Konkurrenzsituationen zu vermeiden. Für diesen Fall können die Vertragsparteien gem. § 110 GewO ein nachvertragliches Wettbewerbsverbot vereinbaren. Für die Dauer des Verbots spricht § 74 II HGB dem Arbeitnehmer eine Karenzentschädigung zu, die mindestens 50 Prozent der zuletzt bezogenen Leistungen betragen muss.

Die rechtssichere Umsetzung in Vertragsklauseln ist allerdings mit Fallstricken verbunden, wie eine aktuelle Entscheidung des Bundesarbeitsgerichts zeigt. Im vorliegenden Fall verpflichtete sich der Arbeitnehmer “jederzeit auf Verlangen der Firma das als Anlage zu diesem Vertrag beigefügte Wettbewerbsverbot“ abzuschließen. Nachdem der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis durch Kündigung beendet hatte, erklärte der ehemalige Mitarbeiter wenig später, dass er sich an das Wettbewerbsverbot halten werde und die Zahlung der Entschädigung erwarte. Das Gericht gab ihm mit der Begründung Recht, dass die Vertragskonstruktion darauf abziele, den Arbeitnehmer von einem Wechsel zur Konkurrenz abzuhalten, ohne die damit verbundene Entschädigung zahlen zu müssen. Würde sich nämlich der Arbeitnehmer nach der Kündigung zum Wechsel in ein konkurrenzfreies Unternehmen entscheiden, könne der Arbeitgeber schlicht auf den Abschluss des Wettbewerbsverbotes verzichten und hätte so die Konkurrenzsituation verhindert, ohne zu einer Entschädigung verpflichtet zu sein.

Hinweis: Zulässig sind derartige vertragliche Konstruktionen nur, wenn sie zeitlich bis zum Ausspruch einer Kündigung beschränkt sind. Fehlt eine solche Beschränkung, sollten Arbeitgeber sofort gem. § 75a HGB auf die Ausübung der eingeräumten Rechte verzichten, um die Entschädigungspflicht zu vermeiden. Vergleichbares gilt übrigens auch gegenüber Geschäftsführern, Vorständen und Handelsvertretern.

BAG, Urteil vom 14.07.2010, Az. 10 AZR 291/09

■ COMPENSATION DESPITE ELIMINATION OF DISCRIMINATION /

ENTSCHÄDIGUNG TROTZ BESEITIGUNG DER DISKRIMINIERUNG

An employer who does not employ a job applicant initially due to age and has thus committed an impermissible discrimination renders himself liable to pay compensation pursuant to Section 15 II General Equal Treatment Act [AGG] when he reconsiders and employs the job applicant later in the advertised position.

Employers are exposed to an increasing risk of litigation by the accumulation of discrimination complaints. In particular, discriminations based on age entail a potential for conflict, which we have already pointed out in our last newsletter (see [German Business Law news 3/2010](#)). The Federal Labor Court has now decided that a disadvantage, which occurred initially, is not dispensed with by its later elimination. This could, however, have an impact on the amount of the compensation. In the case considered in the decision, the employee did not receive the approx. Euro 11,000 demanded, but only Euro 1,000.

BAG, Judgment of March 18, 2010, Case 8 AZR 1044/08

Ein Arbeitgeber, der einen Stellenbewerber zunächst aufgrund des Alters nicht eingestellt und somit eine unzulässige Diskriminierung begangen hat, macht sich selbst dann gem. § 15 II AGG entschädigungspflichtig, wenn er sich eines Besseren besinnt und den Stellenbewerber später auf dem ausgeschriebenen Arbeitsplatz einstellt.

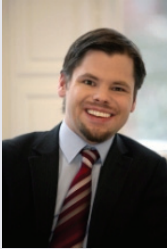
Arbeitgeber sind durch die Häufung von Diskriminierungsklagen einem zunehmenden Prozessrisiko ausgesetzt. Insbesondere Altersdiskriminierungen bergen Konfliktpotential, worauf wir bereits in unserem letzten Newsletter (vgl. [German Business Law news 3/2010](#)) hingewiesen haben. Das Bundesarbeitsgericht hat nun entschieden, dass eine zunächst erfolgte Benachteiligung nicht schon durch ihre spätere Beseitigung entfällt. Dies könne sich jedoch auf die Höhe der Entschädigung auswirken. Im zur Entscheidung vorliegenden Fall erhielt die Arbeitnehmerin nicht die geforderten rund 11.000 Euro, sondern lediglich 1000 Euro.

BAG, Urteil vom 18.3.2010, Az. 8 AZR 1044/08



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

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



Martin Sach – German Attorney at Law

■ FAILURE TO REVIEW A SALES PROSPECTUS NOT GROSSLY NEGLIGENT /

UNTERLASSENE ÜBERPRÜFUNG EINES VERKAUFSPROSPEKTES NICHT GROB FAHRLÄSSIG

An investor who has relied upon the oral information of an adviser instead of reviewing the sales prospectus does not act in grossly negligent manner.

The regular statute of limitations in Germany is three years pursuant to Section 195 German Civil Code [BGB]. The period generally begins with the end of the year in which the creditor obtains knowledge of the circumstances substantiating the claim or would have to have obtained knowledge thereof without gross negligence. If the failure to read an investment prospectus were to be assessed as grossly negligent, the statute of limitations would run from the time of the delivery of the prospectus with regard to all circumstances which would have been learned from the prospectus. In the case of investments in closed funds, in most cases investors are aware that in the first years no or only small profit distributions can be expected. Problems frequently only become manifest when the forecasted distributions also fail to appear later or even a total loss is impending. Frequently, therefore, investors assert claims due to incorrect advice only many years after the signing. Investment advisers then frequently raised the objection that the investor was grossly negligent not to have read the prospectus. The Federal Court of Justice [BGH] has now put a stop to that.

Beyond merely the question of the statute of limitations, the assessment can also be learned from the judgment that in the advice not only the written, but also above all the spoken word counts. In practice, investors often assert that they were falsely advised, although the written documents delivered to them include relevant indications of risk. Many investors do not check the contents of the counseling interview on the basis of these written documents. From the judgment it cannot be inferred that the investors no longer have an obligation to read written contract documents. But on the other hand, it also becomes clear that an adviser does not automatically fulfill his duty to advise by the fact that he delivers written documents to the investor which include indications of all of the risks. If an investor can prove that he was orally advised incorrectly or inadequately, claims for damages are possible.

BGH, Judgment of July 8, 2010, Case III ZR 249/09

Ein Anleger, der sich auf die mündlichen Angaben seines Beraters verlassen hat, anstatt den Verkaufsprospekt zu überprüfen, handelt nicht grob fahrlässig.

Die regelmäßige Verjährungsfrist beträgt in Deutschland gemäß § 195 BGB drei Jahre. Die Frist beginnt grundsätzlich mit dem Schluss des Jahres, in dem der Gläubiger Kenntnis von den anspruchsbegründenden Umständen erlangt oder ohne grobe Fahrlässigkeit erlangen müsste. Wäre das Nichtlesen eines Anlageprospektes als grob fahrlässig zu werten, liefe ab dem Zeitpunkt der Übergabe des Prospektes die Verjährungsfrist hinsichtlich aller Umstände, die dem Prospekt zu entnehmen gewesen wären. Bei Investments in geschlossene Fonds ist den Anlegern zumeist bewusst, dass in den ersten Jahren keine oder nur geringe Ausschüttungen zu erwarten sind. Probleme werden häufig erst dann offenbar, wenn auch später die prognostizierten Ausschüttungen ausbleiben oder sogar ein Totalverlust droht. Häufig machen Anleger daher erst viele Jahre nach der Zeichnung Ansprüche wegen fehlerhafter Beratung geltend. Anlageberater erhoben dann häufig die Einrede der Verjährung mit dem Argument, der Anleger habe grob fahrlässig den Prospekt nicht gelesen. Dem hat der BGH nun einen Riegel vorgeschoben.

Dem Urteil lässt sich auch über die reine Verjährungsfrage hinaus die Wertung entnehmen, dass in der Beratung nicht allein das geschriebene, sondern vor allem auch das gesprochene Wort zählt. In der Praxis machen Anleger oft geltend, falsch beraten worden zu sein, obwohl die ihnen übergebenen schriftlichen Unterlagen entsprechende Risikohinweise enthalten. Viele Anleger überprüfen die Inhalte des Beratungsgesprächs nicht anhand dieser schriftlichen Unterlagen. Aus dem Urteil lässt sich zwar nicht ableiten, dass Anleger keine Obliegenheit mehr trifft, schriftliche Vertragsunterlagen zu lesen. Andererseits wird aber auch deutlich, dass ein Berater seine Beratungspflicht nicht automatisch schon dadurch erfüllt, dass er dem Anleger schriftliche Unterlagen übergibt, die Hinweise auf sämtliche Risiken enthalten. Kann ein Anleger nachweisen, dass er mündlich falsch oder unzulänglich beraten wurde, kommen Ersatzansprüche in Betracht.

BGH, Urteil v. 08.07.2010, Az. III ZR 249/09

■ PERMISSION-FREE INVESTMENT ADVISORY SERVICES IN THE CONTEXT OF ANOTHER PROFESSIONAL ACTIVITY /

ERLAUBNISFREIE ANLAGEBERATUNG IM RAHMEN EINER ANDEREN BERUFLICHEN TÄTIGKEIT

Information of the Federal Financial Supervisory Authority [BaFin] regarding the facts of Section 2(6) no. 15 German Banking Act [KWG]

Exemption from the licensing requirement in the provision of investment advisory services in the context of another professional activity

Pursuant to Section 2(6) no. 15 German Banking Act [KWG], companies, which exclusively provide investment advice in the context of another professional activity as a financial service within the meaning of Section 1(1a) sentence 2 KWG, without the investment advice being specially compensated for, require no license for the provision of financial services pursuant to Section 32(1) KWG. This applies, for example, to tax advisers who recommend to their clients certain financial instruments with tax-privileged investment income. The investment advice occurs then, so to speak, as a secondary effect of the tax advice and is permission-free.

Relationship with regard to content required

The Federal Financial Supervisory Authority [BaFin] explicitly points out that the investment advice must have a relationship with regard to content to the other professional activity. Thus, such companies are not permission-free, which offer investment advice in addition to other services. Therefore, insurance salesmen, for example, require no special license from the BaFin if they recommend or act as a broker for financial instruments within the meaning of the KWG.

No separate payment

In addition, the investment advice may not be paid for separately. That does not mean that the overall remuneration calculated by a company for its activities may not also be allotted in part to the investment advice. But, in no case may the invoice include a separate cost position for the investment advice. Whether a separate payment for the investment advice is made is not dependent on to whom it is accorded. Also, commissions, which are paid by an issuer of a financial instrument, represent a separate payment within the meaning of Section 2(6) no. 15 KWG.

Exemption from requiring permission does not release one from civil liability

In no way does the exemption from requiring permission pursuant to Section 2(6) no. 15 KWG exclude the civil liability of the adviser for defective or incomplete advice. Regardless of whether an entrepreneur who provides investment advice in addition to another professional activity needs a license pursuant to Section 32(1) KWG, he owes compensation for damages if, for example, he does not provide a customer with advice suitable to the investor or investment property. (...)

Hinweise der BaFin zum Tatbestand des § 2 Abs. 6 Nr. 15 KWG

Ausnahme von der Erlaubnispflicht bei der Erbringung von Anlageberatungsdienstleistungen im Rahmen einer anderen beruflichen Tätigkeit

Nach § 2 Abs. 6 Nr. 15 KWG benötigen Unternehmen, die als Finanzdienstleistung im Sinne des § 1 Abs. 1a Satz 2 KWG ausschließlich die Anlageberatung im Rahmen einer anderen beruflichen Tätigkeit erbringen, ohne sich die Anlageberatung besonders vergüten zu lassen, keine Erlaubnis für Finanzdienstleistungen nach § 32 Abs. 1 KWG. Dies trifft zum Beispiel auf Steuerberater zu, die ihren Mandanten bestimmte Finanzinstrumente mit steuerbegünstigten Kapitalerträgen empfehlen. Die Anlageberatung erfolgt dann gleichsam als Nebeneffekt der Steuerberatung und ist erlaubnisfrei.

Inhaltlicher Bezug erforderlich

Die BaFin weist ausdrücklich darauf hin, dass die Anlageberatung einen inhaltlichen Bezug zu der anderen beruflichen Tätigkeit haben muss. Nicht erlaubnisfrei sind demnach Unternehmer, die die Anlageberatung neben anderen Dienstleistungen anbieten. Daher benötigen zum Beispiel Versicherungsvermittler, wenn sie Finanzinstrumente im Sinne des KWG empfehlen oder vermitteln, eine besondere Erlaubnis der BaFin.

Keine gesonderte Vergütung

Die Anlageberatung darf zudem nicht gesondert vergütet werden. Das bedeutet nicht, dass die von einem Unternehmer berechnete Gesamtvergütung für seine Tätigkeiten nicht auch zum Teil auf die Anlageberatung entfallen darf. Keinesfalls darf aber die Honorarrechnung eine gesonderte Kostenposition für die Anlageberatung ausweisen. Ob eine gesonderte Vergütung für die Anlageberatung bezahlt wird, ist im Übrigen nicht davon abhängig, von wem sie gewährt wird. Auch Provisionen, die von einem Emittenten eines Finanzinstruments bezahlt werden, stellen eine gesonderte Vergütung im Sinne des § 2 Abs. 6 Nr. 15 KWG dar.

Erlaubnisfreiheit befreit nicht von der zivilrechtlichen Haftung

Keinesfalls schließt die Erlaubnisfreiheit nach § 2 Abs. 6 Nr. 15 KWG die zivilrechtliche Haftung des Beraters für fehlerhafte oder unvollständige Beratung aus. Unabhängig davon, ob ein Unternehmer, der Anlageberatung neben einer anderen beruflichen Tätigkeit erbringt, eine Erlaubnis nach § 32 Abs. 1 KWG benötigt, schuldet er Schadensersatz, wenn er einen Kunden etwa nicht anleger- oder objektgerecht berät. (...)

NOTE: Anyone offering investment advice should do this on the basis of a legally binding, written contract and carefully document the counseling interview. It is not uncommon that particularly tax advisers are held liable by their clients if an investment property does not fulfill the client's expectations of return. Please speak to us if you would like to prepare written contract submissions for the first time or are of the opinion that your contract should be revised.

HINWEIS: Jeder, der Anlageberatung anbietet, sollte dies auf der Grundlage eines rechtssicheren, schriftlichen Vertrags tun und das Beratungsgespräch sorgfältig dokumentieren. Nicht selten werden vor Allem Steuerberater von ihren Mandanten in die Haftung genommen, wenn ein Anlageobjekt die Renditeerwartungen des Klienten nicht erfüllt. Bitte sprechen Sie uns an, wenn Sie erstmals schriftliche Vertragsvorlagen erstellen möchten oder der Meinung sind, dass Ihr Vertragswerk überarbeitet werden sollte.



VI. Insurance Law / *Versicherungsrecht*

Martin Sach – German Attorney at Law

■ NEW REQUIREMENTS FOR THE EQUITY CAPITAL RESOURCES OF INSURANCE COMPANIES BY EU SOLVENCY II DIRECTIVE /

NEUE ANFORDERUNGEN AN DIE EIGENMITTELAUSSTATTUNG VON VERSICHERUNGSUNTERNEHMEN DURCH DIE SOLVENCY-II-RICHTLINIE DER EU

New equity capital requirements for insurance companies

The EU Solvency II Directive obligates insurance companies to maintain adequate equity capital in order to ensure the durable ability to fulfill its contractual obligations to its policyholders. The equity capital requirements applicable today are to be further developed into a consistent, risk-oriented system of financial supervision.

Three Pillar Model

Like the Basel II regulations applicable to banks, the Solvency II Directive also rests upon three pillars: The first pillar relates to the regulatory solvency capital requirement, the second pillar to the qualitative requirements for the risk management of insurance companies. Lastly, the third pillar prescribes the reporting obligation of insurance companies in relation to public and to the supervisory authorities.

First Pillar

According to the Solvency II Directive, insurance companies must possess adequate equity capital with which the durable ability to fulfill its contractual obligations to the policyholders is ensured. The Directive includes provisions regarding the assessment of assets and liabilities and a regulatory solvency capital requirement. A standard form is available for their calculation. Alternatively, companies may develop their own models. The Minimum Capital Requirement (MCR) is the regulatory minimum level of the solvency capital to be maintained. If the level is below that, theoretically the license to operate the insurance business may be withdrawn from the company.

Second Pillar

The second pillar states the qualitative requirements for risk control in insurance companies. Insurance providers must possess a risk strategy, a structure and workflow organization adequate to the type and scope of their business, an adequate management and control system and an internal audit. The requirements for this are subject to the principle of double proportionality. The implementation of the requirements must be adequate to the business operated by the insurance company. (...)

Neue Eigenmittelanforderungen an Versicherungsunternehmen

Die Solvency-II-Richtlinie der EU verpflichtet die Versicherungsunternehmen, angemessene Eigenmittel vorzuhalten, um die dauerhafte Erfüllbarkeit ihrer vertraglichen Verpflichtungen gegenüber den Versicherungsnehmern sicherzustellen. Die heute geltenden Eigenmittelanforderungen sollen zu einem konsequent risikoorientierten System der Finanzaufsicht weiterentwickelt werden.

Drei-Säulen-Modell

Ähnlich wie die für Banken geltenden Basel-II-Regulierungen beruht auch die Solvency-II-Richtlinie auf drei Säulen: Die erste Säule betrifft die regulatorische Solvenzkapitalanforderung, die zweite Säule die qualitativen Anforderungen an das Risikomanagement von Versicherungsunternehmen. Die dritte Säule schließlich schreibt Berichtspflichten der Versicherungsunternehmen gegenüber der Öffentlichkeit und der Aufsichtsbehörde vor.

Erste Säule

Nach der Solvency-II-Richtlinie müssen Versicherungsunternehmen über ein angemessenes Eigenkapital verfügen, damit die dauerhafte Erfüllbarkeit ihrer vertraglichen Verpflichtungen gegenüber den Versicherungsnehmern sichergestellt ist. Die Richtlinie enthält Regelungen über die Bewertung der Aktiva und Passiva und eine regulatorische Solvenzkapitalanforderung. Für deren Berechnung steht eine Standardformel zur Verfügung. Alternativ können Unternehmen eigene Modelle entwickeln. Das Minimum Capital Requirement (MCR) ist die regulatorische Untergrenze des zu haltenden Solvenzkapitals. Wird sie unterschritten, kann einem Unternehmen theoretisch die Erlaubnis zum Betreiben des Versicherungsgeschäfts entzogen werden.

Zweite Säule

Die zweite Säule statuiert die qualitativen Anforderungen an die Risikosteuerung in Versicherungsunternehmen. Versicherer müssen über eine Risikostrategie, eine der Art und dem Umfang des betriebenen Geschäfts angemessene Aufbau- und Ablauforganisation, ein angemessenes Steuerungs- und Kontrollsystem und eine Innenrevision verfügen. Die Anforderungen hieran unterliegen dem Grundsatz der doppelten Proportionalität. Die Umsetzung der Vorgaben muss dem vom Versicherungsunternehmen betriebenen Geschäft angemessen sein. (...)

Third Pillar

The regular reporting obligations of the insurance companies to the Federal Financial Supervisory Authority [BaFin] and the public should produce transparency and facilitate the exercise of supervision.

Entry into force in 2013 – however, quick action necessary

Solvency II is expected to enter into effect on 01/01/2013. However, companies may have their strategies reviewed now by the BaFin for implementing the requirements of the Directive. In any event, the required measures for the implementation should be taken promptly since the Directive imposes strict requirements for the risk management of insurance companies.

Dritte Säule

Die regelmäßigen Berichtspflichten der Versicherungsunternehmen gegenüber der BaFin und der Öffentlichkeit sollen Transparenz schaffen und die Ausübung der Aufsicht erleichtern.

Inkrafttreten im Jahr 2013 – dennoch rasches Handeln geboten

Solvency II wird voraussichtlich zum 01.01.2013 in Kraft treten. Jedoch können Unternehmen ihre Strategien zur Umsetzung der Anforderungen der Richtlinie bereits jetzt von der BaFin prüfen lassen. In jedem Fall sollten die erforderlichen Maßnahmen zur Umsetzung zeitnah ergriffen werden, da die Richtlinie hohe Anforderungen an die Risiko- steuerung von Versicherungsunternehmen stellt.