

在德国投资

2018年6月

编者寄语

各位读者朋友：

百达律师事务所的第十七期中文新闻简报现在和您见面了。我们的新闻简报主要面向在德的中资企业和有意愿在德投资的中国企业及企业家。在简报中，我们为您介绍我们的律师团队在为投资者提供法律服务过程中常遇到的法律问题，以及业界的一些最新动态。本期简报将为您提供以下信息：

最后，本期简报将为您提供以下信息：

- 百达律师事务所2018年路演活动
- 《欧盟一般数据保护条例》- 雇主须立即采取行动
- 低绩效：与业务不佳的员工打交道
- 新专栏：在德国进行企业并购 - 法律问题和战略方针之交易结构

此外我们非常高兴地告知您，百达律师事务所将与德国中国商会汽车专业委员会展开合作，于2018年6月29日下午在我们慕尼黑办事处举办一场主题为“汽车产业 - 重要的法律方面信息”的专业研讨会。随本期新闻简报附上此次活动的邀请函，期待您的光临。

我们期待本期新闻简报对您和您的企业能够有所帮助！

如果您希望获取更多关于百达律师事务所法律咨询实务的相关信息，请浏览我们的主页www.beitenburkhardt.com，或者通过以下链接阅读我们律所的中文版简介：[律所的中文版简介](#)。

顺颂商祺

冯蔚豪 博士

百达律师事务所2018年中国路演活动

百达律师事务所在中国举办了第四次路演活动。

投资人会议今年于广州和杭州举行，会议题目为“百达律师事务所中国境外投资欧洲与并购论坛”。此次活动与荷兰亚达律师事务所(AKD)、意大利安启建律师事务所(Nctm)、德国联邦经济发展和对外贸易委员会(BWA)以及德国并购咨询公司LANDPOINT Corporate Finance共同合作举办。

合计超过700名律师并在欧盟地区内覆盖五个司法领域的三家律师事务所与其合作伙伴的共同出席引起了与会者极大的兴趣。

4月12和4月13日，每天约有80名经济界和企业的代表分别在广州和杭州了解到了在欧洲收购企业的框架条件和相关信息。

路演活动旨在向中国企业介绍百达律师事务所在德国并购及市场准入咨询领域的专业知识。

与会来宾的积极反馈表明了中国企业和行业协会对于德国和欧洲的巨大兴趣以及参与路演的合作伙伴的高质量。

百达律师事务所出席今年路演活动的代表为冯蔚豪博士(Dr. Christian von Wistinghausen)、伊萨·科耐利亚·穆勒(Insa Cornelia Müller)女士和于璐先生。我们的专家与意大利安启建律师事务所的诺伟成(Vittorio Nosedà)先生、杨慕华(Hermes Pazzagliani)先生、詹瑞铭(Carlo Geremia)先生和荷兰亚达律师事务所的杰伦(Jeroen Pop)先生、伊沃(Ivo Vreman)先生和孙菲女士一起，在“收购欧盟内私营企业 - 聚焦荷比卢、德国和意大利”的演讲中向与会嘉宾介绍了在收购欧盟企业时涉及交易架构、流程和监管方面的信息。

在两场的活动中，中国企业也分享了其在德国和意大利进行并购交易的经验。宝时得集团的高振东先生和广东东方精工科技股份有限公司的杨雅莉女士在会上所作的演讲尤为精彩。

最后的专题讨论“实践交流：就近期并购交易中汲取的经验教训开展专题讨论”同样引起了听众的浓厚兴趣。在专题讨论中，法律专家们就近期完成的并购交易所面临的挑战交换了意见并且回答了听众的问题。

《欧盟一般数据保护条例》- 雇主须立即采取行动

历经四年的商议，饱受争议的《欧盟一般数据保护条例》（以下简称“数据保护条例”）于2016年5月25日生效。此条例在为期两年的过渡期后将取代欧盟数据保护指令95/46/EG，并在很大程度上替代德国数据保护法，因为自2018年5月25日起将在欧洲范围内“直接并强制”适用《数据保护条例》。其广泛的规定不仅迫使每位雇主采取紧急行动，并且相较于德国数据保护法其大幅增强了制裁措施。例如，违反《数据保护条例》规定的企业最高可能受到上一财政年度全球范围总营业额之4%的罚金。关于员工的数据保护，《数据保护条例》包含了一条所谓的开放式条款。据此欧盟各成员国可以颁布“特定的规则”，而《数据保护条例》并未就此给各国立法者规定任何的义务或期限。因此，德国《联邦数据保护法》的适用范围，尤其是第32条是否仍然适用，在相关文献中引起了热烈讨论。一部单独的职工数据保护法则备受期待。但是，由于在2017年联邦竞选活动的背景下不能期待法律的重大变动，所以无法指望在为期两年的调整期结束前颁布这样一部法律。但无论是否颁布这样一部德国国内法，雇主都必须遵守《数据保护条例》（具有优先地位）的规定。

行动所针对的人群

任何收集、传输或以其它方式使用员工数据的雇主都必须遵守《数据保护条例》。只有专门用于个人或家庭活动的数据处理操作被排除在外。《数据保护条例》与雇主之分支机构的关系则是新的议题，这与数据处理实际是否发生在欧盟境内无关。如果涉及到个人的数据被保存或应被保存在文件系统中，《数据保护条例》适用于完整的、部分的以及非自动化的数据处理。此外，当只持有纸质形式的个人档案或在面谈中收集到涉及应聘者或/或雇员的个人资料时，雇主也应遵守《数据保护条例》的规定。

建议采取的行动

建议雇主在为期二年的调整期限截止前，检查其公司的数据处理操作是否符合《数据保护条例》的要求，并在必要时进行调整。对此可能有必要采取下列措施：

1. 订立或调整企业的劳资协议

基于（有效的）企业劳资协议（以下简称“劳资协议”）仍然可以继续处理职工的数据。劳资协议中应体现《数据保护条例》的（最低）要求。

《数据保护条例》对于数据保护法层面的授权基础最重要的（一般）要求是：

- 目的限制（明确的处理目的 – 例如履行雇佣合同义务，诸如人事管理和薪酬结算 – 必须在法律的基础上进行规定，原则上不允许为其它目的进行数据处理）
- 存储期限的限制（员工数据通常情况下只允许在完成指定目的所必要的期限内保存）
- 数据最少化（仅能收集和完成目的所必需的数据）
- 数据的准确性和现实性（雇主须毫无延迟地删除或更正错误及不再需要的数据）
- 数据安全（雇主须保护收集的数据使其免受未经授权的第三方获取或意外丢失）。

数据保护法层面的劳资协议应确保上述原则并且尽可能地使用明确且简单的语言进行编写。特别须引起注意的监管领域如下：

- 向职工阐明其根据《数据保护条例》享有的权利
- 委托数据处理（例如通过外部服务提供商进行工资结算或文件销毁）
- 处理特殊的数据类别（健康数据、宗教信仰等）
- 在文件系统（例如SAP）中处理员工信息等。

实务建议

应审核已经订立的劳资协议是否与《数据保护条例》兼容。如不兼容，应该根据上述原则尽快进行弥补。如前所述，必须注意对数据处理的目的是以及员工权利作确切的说明。

2. 取得同意

雇佣关系中，职工的同意在过去和现在都是典型的数据保护法层面的许可事实，依据《数据保护条例》可以通过口头或电子方式授予。因为雇主须证明其已获得职工的同意，建议获取员工的书面声明。（获得）有效的同意同时也是《数据保护条例》的基本原则得到履行的前提条件。此外还要求：

- 同意是针对特定的使用目的并且在没有强制的情况下作出的（《数据保护条例》的初稿因为合同双方地位的明显不对等，在很大程度上排出了“劳动法”概念下在数据保护法层面上的同意事实；在欧盟委员会的草案中将雇佣关系作为非自愿性质的案例，但此提议没有被最终记载在最终版本中；

《数据保护条例》将面对官方机构作出同意声明作为地位可能不对等的例子；在劳动法概念下需要就个案单独审查其声明是否系在强制情况下作出的）

- 请求同意须通过明了且可以理解的方式进行，并且使用简单明了的语言，
- 同意的声明须可与其他声明进行明确的区分。同意在将来是可以撤销的。同意的撤销必须与授予一样简单。

实务建议

尚未获得同意的应当取得。针对已经作出的声明，亦须审核其是否与《数据保护条例》的规定兼容，并在必要的情况下进行调整。

3. 员工的教导

雇主须根据《数据保护条例》履行广泛的知会和教导义务，例如员工须在合适的期限内被告知其享有的权利。员工的重要权利特别包括：

- 取得、更正、删除和返还个人信息的权利
- 反对和知情权。
- 投诉和诉讼权
- 损害赔偿权利等。

雇主直接收集信息的，须在收集信息时即时对职工进行教导。在“第三方收集”的情况下，《数据保护条例》第14条规定了一个合适的告知期限。实务中特别会通过一般数据保护条件及（框架）劳资协议提供信息。

总结

全欧范围内的数据保护新规定要求德国雇主履行其职责内的广泛义务。他们必须同时遵守《数据保护条例》以及德国国内数据保护法的规定。作为劳动关系中的具有典型性的同意数据处理的依据，劳资协议和同意应充分反映出《数据保护条例》的上述各项要求。此外，应当清晰明了地告知员工其自身的权利。



Olga Morasch
律师
百达律师事务所
德国慕尼黑市
岗霍夫大街33号
邮编80339

低绩效：与业绩不佳的员工打交道

几乎每一位雇主都会遇到不符合期望的员工。对于其他雇员和雇主的商业和财务利益而言，他们可能会成为沉重的负担。但是，该如何处理这些所谓的低绩效员工呢？雇主是否可以因为雇员的表现未达到预期而解除劳动关系呢？在德国《劳动关系解除保护法》（Kündigungsschutzgesetz – KSchG）适用范围内 – 即公司拥有十名以上全职员工 – 此类劳动关系的解除必须满足特定的条件。

因为低绩效而解除劳动关系

若要解除一名适用《劳动关系解除保护法》的低绩效者的雇佣合同，雇主仅声称雇员表现不佳是不够的。雇主必须证明相关员工的实际表现与可比员工的表现相比差距甚大。为确定是否属于这种情形，必须区分两种主要类型的低绩效员工，并根据适用的案例法对其分别进行不同的测试：一方面是低质量表现的员工，另一方面是低数量表现的员工。

低质量表现

雇员的工作绩效不足被视为低质量表现。因为人无完人，所以合理解雇低质量表现的员工要求其工作绩效与可比雇员的绩效相比“明显低于平均水平”。即便如此，尚无明确的规则可以确定工作成果究竟何时是“明显低于平均水平”，但如果所涉雇员的工作成果与可比员工的工作成果相差三倍，通常可将其视为低质量绩效的表现。当然，绩效质量的可衡量性越少和/或可比雇员群组越小，所需的证据力度越大。此外，雇员的工作成果必须在“较长时期内”都显著低于平均水平。根据工作的复杂程度和相关工作所需的培训时间，所谓的“较长时期”亦须根据具体情况进行定义。但在多数情况下三至六个月的时间足矣。此外，雇主在解除劳动关系前必须至少作出一次正式的警告。同时，在作出正式警告后需给予一段改善期。在此改善期间内亦须通过培训期进行指导。

低数量表现

雇员工作成绩合格甚至是高质量，但其工作成果的数量远低于可比雇员工作成果数量被视为低数量表现。根据适用的判例法，如果雇员工作成果的数量仅为可比雇员工作成果数量的三分之一甚至更低，则其工作成果的数量会被视为明显过低，属于低数量表现的定义范畴。此外，此类工作成果数量的不足必须持续一段时间。这同样必须根据具体情况来确定。在大多数情况下，三至六个月的时间同样足矣。在考虑到上述后续改进期的情况下，雇主同样须至少作出一次正式的警告方可解除雇佣关系。

其它可能的劳动法措施?

- 根据德国法律，不能仅因为雇员的工作绩效低而降低工资。然而，雇员的低绩效给雇主造成损害的，根据雇员的责任程度，雇主可能有权获得损害赔偿。
- 雇主可以考虑分配给低绩效员工新的职位或不同的任务，期待其之后能有令人满意的工作表现。但是，德国法律并不总是允许此类重新分配。这取决于雇佣协议的规定以及此类调动是否合理，同时还要兼顾各方的相关利益。

对于与低业绩的员工打交道的实务建议

- 雇主应给予明确且易于理解的指示。出于举证的目的，应对此类指示加以记录。
- 如有可能，雇主也应记录相关雇员及其他可比员工的工作成果，包含其工作失误。对因绩效低下而解除劳动关系而言，作出充分的准备是至关重要。
- 基于法律要求，当然也作为良好的人事管理的范例，应在发出解雇信之前采取一切合理的措施。绩效评估因此是不可或缺的。这些评估同样应当加以记录。

- 雇主应该采用双管齐下的方式：一方面雇主应与低绩效员工沟通，并且应提供帮助使其改善。另一方面，雇主应作出书面警告，为将来可能的雇佣关系解除做好准备。
- 最后但同样重要的一点是：雇主可以通过实施基于绩效的薪酬方案来限制财务风险并建立一个有利于创造业绩的工作环境。



Dr Daniel Hund,
律师
百达律师事务所
德国慕尼黑市
岗霍夫大街33号
邮编80339



Elisabeth Weiss,
律师
百达律师事务所
德国慕尼黑市
岗霍夫大街33号
邮编80339

在德国进行企业并购 – 法律问题和战略方针

本文是关于根据德国法律进行企业收购及并购程序的专栏的第三篇文章。

在尽职调查过程中，买方还将界定其对交易结构的处理方式，或如果对目标公司的收购已被宣布为出售股权或资产交易，则需要对交易结构进行验证。

1. 区分股权交易 (Share Deal) 和资产交易 (Asset Deal)

在股权交易中，买方取得目标公司的所有股权。目标公司的法律关系，例如不动产的所有权、知识产权以及目标公司和第三方之间的合同关系不受影响。股权收购协议的合同方为作为卖方的目标公司的实际股东和买方。

在资产交易中，买方对目标公司的资产进行收购。任何涉及目标公司法律关系的转让均需相关合同方的许可。资产购买协议的合同方系作为卖方的目标公司和买方。

2. 责任

股权交易和资产交易之间最重要的区别是目标公司通过预期的交易在经济层面需承担的责任范围。由于股权交易不会影响到目标公司的责任，目标公司依然对例如纳税义务、面对客户的产品责任和借贷等承担所有责任。

因此，当目标公司处于破产程序或陷入困境时，会选择资产交易的方式规避此类广泛的责任。

在资产交易的情况下，目标公司的责任将保留在目标公司，除非

其由买方承担。在通过资产交易转让企业的情况下，依据德国强制性法律唯一需要承担的责任是与企业的雇佣关系相关的责任（《德国民法典》第613a条）以及《德国税收规则》项下的特定税务责任。此外，如果买方拟使用目标公司的公司名称继续其业务经营，应在德国商业登记簿上进行责任免除登记，从而避免根据《德国商法典》第25条以相同公司名称继续经营业务产生的责任。

3. 税务方面

除责任方面外，税务规划也是构建交易架构的重点之一。在股权交易中，购买方必须支付资本增值税，在通过有限责任公司(Gesellschaft mit beschränkter Haftung, GmbH)或股份公司(Aktiengesellschaft, AG)出售一家有限责任公司或股份公司时，此种情况仅适用约1.5%的税率。然而在资产交易中，通过目标公司出售资产属于业务交易，其后果是盈利部分须缴纳约30%的税率。因此，在多数情况下股权交易对卖方而言更具吸引力。

从买方的角度看，在多数情况下买方更倾向于资产交易，因为买方可以将所购资产资本化并在随后进行折旧，而在股权交易中收购的股权则不同。因此，大多数情况下买方会更倾向于资产交易。

4. 文件起草

通常情况下，股权购买协议是一份简短的文件，因为出售对象和股份比较容易进行描述。有限责任公司中的股份转让需要（在德国）进行公证，公证费用取决于收购价格，可能会产生较高的费用，因此应将此点纳入考量。

在资产交易的情况下，德国法律要求对每项资产进行准确描述，这将导致包含各种资产清单的大量附录。总会出现原本应转移的资产在清单上被遗漏的风险，因此需要并强烈建议订立有关此类资产的协议（通常情况下相当复杂），即哪些资产应保留在目标公司以及哪些资产应转让给买方的准则。此外须遵守每项资产转让的特别要求，例如不动产的公证和不同种类知识产权的登记。就每份合同而言，目标公司和买方均须对有关合同方的处理方式达成一致，因为他们都必须同意将合同转移给买方，并且目标公司和买方需要就如何处理合同方不同意转让的情形达成一致（多数情况下目标企业仍作为合同方并将货物或服务交与买方）。

5. 建议

在交易初期，当事人不应就某种特定的交易结构作出承诺，除非在确定交易结构前公司已处于困境，须对责任、费用、税务和技术层面进行全面评估。对于买方而言，有必要了解卖方的税务情况，因为卖方的任何税收优惠都可以在收购价格的谈判中作为论据使用。



冯蔚豪 法学博士
律师、合伙人(柏林)



图理德 法学博士
律师、合伙人(慕尼黑)



于璐 法学硕士
法律顾问(慕尼黑)



蒲琳 法律博士、教授
顾问(柏林)



王延风 法学博士
合伙人(北京)



伊萨 科耐利亚 穆勒
律师、合伙人
百达律师事务所
德国慕尼黑市
岗霍夫大街33号
邮编80339

重要提示

本出版物并不等同于向您提供法律咨询。

如果您不想继续收到此新闻简报，您可以随时发送电子邮件 newsletter@bblaw.com 来取订阅，请采用“取消订阅”作为邮件标题。您还可以联络百达律师事务所来取消订阅。

©百达律师事务所
版权所有2018

出版

出版人：百达律师事务所
地址：Ganghoferstrasse 33, 邮编 80339, 慕尼黑, 德国
注册法院：慕尼黑地方法院 HR B 155350/税号：DE811218811

获取更多信息请浏览：
<https://www.beiten-burkhardt.com/en/references/imprint>

负责编辑

冯蔚豪 博士

您的联络

百达律师事务所柏林分所 • Kurfuerstenstrasse 72-74 • 10787 柏林
冯蔚豪 博士, 律师
电话: +49 30 26471-351 • Christian.Wistinghausen@bblaw.com

百达律师事务所慕尼黑分所 • Ganghoferstrasse 33
80339 慕尼黑 • 德国
于璐, 法律顾问
电话: +49 89 35065-1226 • Lukas.Yu@bblaw.com

百达律师事务所北京分所 • 北京市朝阳区光华路1号北京嘉里中心
南楼31层3130室 • 邮编 100020
王延风 博士
电话: +86 10 8529-8110 • Jenna.Wang@bblaw.com



敬请查询我们网站中更多关于百达中国业务组的专题和资讯。



北京 • 柏林 • 布鲁塞尔 • 杜塞尔多夫 • 法兰克福(美茵河畔)
汉堡 • 莫斯科 • 慕尼黑 • 圣彼得堡

WWW.BEITENBURKHARDT.COM