

ALEKSANDRA GAWRYSIAK-ZABŁOCKA

Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego

NIEMIECKA USTAWA O SPÓŁCE Z OGRANICZONĄ ODPOWIEDZIALNOŚCIĄ – NAJNOWSZE ZMIANY

I. WSTĘP

1 listopada 2008 roku weszła w życie *Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen* (tzn. ustawa zmierzająca do unowocześnienia prawa spółki z ograniczoną odpowiedzialnością oraz przeciwdziałania nadużyciom, dalej w skrócie: *MoMiG*). Jest to najobszerniejsza reforma niemieckiego prawa spółki z ograniczoną odpowiedzialnością od początku istnienia tego podmiotu, powołanego do życia pochodzącą z roku 1892 *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung* (ustawa o spółce z ograniczoną odpowiedzialnością, dalej w skrócie *GmbHG*¹). *MoMiG* miała relatywnie krótki okres *vacatio legis*. Zgodnie bowiem z art. 25 weszła w życie pierwszego dnia miesiąca następującego po opublikowaniu jej tekstu w dzienniku urzędowym, a ta publikacja nastąpiła dopiero 28 października 2008 roku². Z jej tekstem można było jednak zapoznać się od dawna, gdyż uchwalona została ona przez *Bundestag* 26 czerwca 2008 roku, a *Bundesrat* nie wniósł do niej potem żadnych zmian³.

¹ Por. wydanie dwujęzyczne: *Niemieckie ustawy o spółce z o.o. i spółce akcyjnej* (przełożył S. HAMBURA, A. ŁUKASIK, wprowadzenie M. LUTTERA), Warszawa 1999.

² *Bundesgesetzblatt (BGBl.) I*, Nr 48, s. 2026.

³ Por. BR-Drucks. 615/08.

Prace nad *MoMiG* trwały od kilku lat⁴. Kolejne projekty były ogłaszane publicznie i stawały się przedmiotem bardzo szczegółowej analizy dokonywanej przez przedstawicieli praktyki oraz opracowań naukowych⁵. Przyczyn takiego dużego zainteresowania tą reformą jest wiele. Z jednej strony reforma ta dotyka funkcjonowania wielu istniejących już w Niemczech spółek. Z drugiej strony, spółka z ograniczoną odpowiedzialnością jest „niemieckim wynalazkiem” (*GmbHG* był pierwszym aktem regulującym tego typu podmiot). Regulacje w innych państwach – w tym też i polskie przepisy – tworzone były w oparciu o doświadczenia niemieckie, w związku z tym każda zmiana stanu prawnego w Niemczech wywołuje żywe emocje. Wreszcie, niemieckie *GmbH* w ostatnich latach przestały być postrzegane jako atrakcyjna forma prowadzenia działalności gospodarczej. Stało się tak wskutek orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości interpretujących przepisy TWE dotyczące swobody przedsiębiorczości spółek (art. 43-48

⁴ Przed wyborami parlamentarnymi w roku 2005 przedstawiony został *Referentenentwurf zum Gesetz zur Neuregelung des Mindestkapitals der GmbH (MindestKapG)*, zaś po wyborach *Referentenentwurf zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)* z 29 maja 2006 roku a następnie *Regierungsentwurf zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)* z 23 maja 2007 r.

⁵ T.M.J. Möllers wykazuje blisko 100 pozycji na ten temat (por. http://www.jura.uni-augsburg.de/prof/moellers/materialien/materialdateien/040_deutsche_gesetzgebungsgeschichte/momig/index.html#literatur). Szczególnie cenne są przy tym opinie sporządzone dla Bundestagu dostępne na http://www.bundestag.de/ausschuesse/a06/anhoerungen/28_momig/04_Stellungnahmen/index.html. W literaturze polskiej projektem zajmowali się między innymi A. SZAFRAŃSKI, M. WITTMANN, *O projekcie reformy prawa spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w Niemczech*, «Przegląd Legislacyjny» 2007 nr 3, s. 76-84.

TWE). Wyroki w sprawach *Centros*⁶, *Überseering*⁷ czy *Inspire Art*⁸ – z których wynika, że co do zasady każdy może założyć w Wielkiej Brytanii *limited liability company*, po to aby następnie spółka ta prowadziła działalność wyłącznie w innym państwie członkowskim WE niż Wielka Brytania – doprowadziły do tego, że wielu Niemców (czy też osób prawnych mających swą siedzibę w Niemczech) decydowało się na zakładanie angielskich *limited liability companies* zamiast niemieckich *GmbH*. Popularne stały się usługi polegające na pomocy w założeniu spółki w Wielkiej Brytanii (portale www.go-limited.de, www.Limited24.de, www.limited4you.de). Koszt pomocy w założeniu *limited liability company* obniżał się systematycznie osiągając pułap 200-300 EURO. W rezultacie, według danych za rok 2006, każdego miesiąca niemieccy obywatele zakładali w Wielkiej Brytanii ok. 1200 *limited liability companies*. Dane te są tym bardziej alarmujące, gdyż oznacza to, że co czwarta nowo zakładana przez Niemców spółka kapitałowa ma siedzibę w Wielkiej Brytanii.

„Wraz z przyjęciem od dawna oczekiwanej reformy prawa spółek z ograniczoną odpowiedzialnością weszliśmy w XXI wiek. Konkurencyjność *GmbH* – w szczególności w porównaniu między państwowym – została wzmocniona. Spółka ta stanowi obecnie nowoczesną formę prawną dla stanu średniego. (...) Nie tylko utworzenie *GmbH* będzie prostsze, szybsze i tańsze, ale także nowe prawo spółek z ograniczoną odpowiedzialnością stanie się bardziej praktyczne. (...). Ponadto poprawiliśmy ochronę przed nadużyciami.“ – to słowa niemieckiej Minister Sprawiedliwości Brigitte Zypries.

⁶ Sprawa C-212/97 *Centros Ltd. przeciwko Erhvers- og Selskabsstyrelsen* - opinia rzecznika generalnego La Pergola przedstawiona dnia 16 lipca 1998 r., wyrok TS z dnia 9 marca 1999 r., Zb.Orz. 1999 s. I-1459.

⁷ Sprawa C-208/00 *Überseering BV przeciwko NCC Nordic Construction Company Baumanagement GmbH* - opinia rzecznika generalnego Colomera przedstawiona dnia 4 grudnia 2001 r., wyrok TS z dnia 5 listopada 2002 r., Zb.Orz. 2002 s. I-9919.

⁸ Sprawa C-167/01 *Kamer van Koophandel en Fabrieken voor Amsterdam przeciwko Inspire Art Ltd* - opinia rzecznika generalnego Albera przedstawiona dnia 30 stycznia 2003 r., wyrok TS z dnia 30 września 2003 r., Zb.Orz. 2003 str. I-10155.

W niniejszym opracowaniu zostaną przedstawione i omówione pokrótce najważniejsze postanowienia *MoMiG*. Omówię przy tym przede wszystkim zmiany, które ta ustawa wprowadza do *GmbHG*, pominię natomiast zmiany dokonane w szeregu innych ustaw (m.in. *Handelsgesetzbuch*, *Insolvenzordnung*, *Aktiengesetz*, *Partnerschaftsgesellschaftsgesetz*, *EWIV-Ausführungsgesetz*, *SE- Ausführungsgesetz*, *SCE- Ausführungsgesetz*).

II. PRZYSPIESZENIE ZAŁOŻENIA SPÓŁKI

Jako główną wadę dotychczasowych regulacji niemieckich dotyczących *GmbH* wskazywano w zasadzie jednomyślnie dość sformalizowany sposób jej tworzenia, co skutkowało przewlekłością postępowania i znacznymi kosztami, które musiały ponieść osoby zainteresowane tą formą prawną. To powodowało, że często decydowały się one na założenie spółki w innym państwie członkowskim WE. Celem reformy było więc zmienienie tego stanu rzeczy.

a. Ułatwienia w zakresie kapitału zakładowego

W wyniku uchwalenia *MoMiG* nie zniesiono wymogu posiadania minimalnego kapitału zakładowego przez wszystkie *GmbH*. W pierwszym etapie prac nad nowelizacją proponowano, aby obniżyć minimalny kapitał zakładowy z 25 000 EURO⁹ (z czego 12 500 EURO musi być wpłacone przed rejestracją) do 10 000 EURO (z czego 5 000 EURO powinno być wpłacone przed rejestracją). Nie oznacza to jednak że nic się w materii kapitału zakładowego nie zmieniło.

Koniem trojańskim jest bowiem nowo dodany § 5 a *GmbHG*. Obecnie prawo niemieckie zna dwa rodzaje *GmbH* – „zwykłą” oraz podtyp, tj. ***Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)***, której nazwę można skrócić do *UG (haftungsbeschränkt)*. Do *UG (haftungsbeschränkt)* mają zastosowanie wszystkie przepisy dotyczące zwykłej

⁹ Taka wysokość minimalnego kapitału zakładowego obowiązuje *GmbH* od nowelizacji dokonanej w 1980 roku (wówczas było to 50 000 DM). Pierwotnym tekst *GmbHG* stanowił, że minimalny kapitał zakładowy powinien wynosić 20 000 DM.

GmbH, chyba, że ustawa stanowi wyraźnie inaczej. Ustawa stanowi przede wszystkim, że do *UG (haftungsbeschränkt)* nie mają zastosowania przepisy o minimalnym kapitale zakładowym¹⁰, co oznacza, że spółka taka może mieć kapitał niższy niż 25 000 EURO. W rzeczy samej, jedyny wymóg to aby wartość nominalna udziałów w *UG (haftungsbeschränkt)* nie była niższa niż 1 EURO, a ponieważ spółka ta może być jednoosobowa, to do jej założenia wystarcza jedynie 1 EURO. W ten sposób ustawodawca niemiecki zareagował na jeden z głównych powodów, dla których Niemcy tworzyli *limited liability companies*. Nie ma przecież żadnej zasadniczej różnicy praktycznej pomiędzy obowiązkiem wyposażenia spółki w majątek wysokości 1 EURO czy 1 pensa.

Fakt, że *UG (haftungsbeschränkt)* może być utworzona praktycznie bez kapitału zakładowego, powoduje oczywiście, że musiały zostać przyjęte pewne regulacje traktujące ten podmiot nieco bardziej rygorystycznie niż „zwykłą” *GmbH*. Jak już wskazałam powyżej, firma *Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt)* może być co prawda skrócona, ale jedynie do *UG (haftungsbeschränkt)*¹¹, tak aby każdy, kto pragnie zawrzeć umowę z takim podmiotem był wyraźnie poinformowany o jego statusie. W doktrynie wskazuje się, że jest to swoistego rodzaju stygmatyzacja podmiotu. Prawda jest jednak taka, że za kilka lat, gdy na rynku będą działały tysiące *UG (haftungsbeschränkt)*, dodatek ten spowszednieje i jego ochronna funkcja będzie coraz mniejsza.

Ponadto, *UG (haftungsbeschränkt)* tym ma się różnić od „zwykłej” *GmbH*, że cały jej kapitał zakładowy ma być wpłacony przed zarejestrowaniem spółki oraz, że nie można do niej wносить aportów¹². Jednakże i ta różnica nie powinna nikogo zniechęcić do tworzenia *UG (haftungsbeschränkt)*, ponieważ kapitał zakładowy ustalają w niej wspólnicy i może być zupełnie symboliczny.

Dużo istotniejsza natomiast jest natomiast regulacja § 5 a Abs. 3 *GmbHG*. Zgodnie z tym przepisem, przy sporządzaniu bilansu

¹⁰ Por. § 5 a Abs. 1 *GmbHG*.

¹¹ Por. § 5 a Abs. 1 *GmbHG*.

¹² Por. § 5 a Abs. 2 *GmbHG*.

25% rocznego zysku spółki pomniejszonego o straty z zeszłego roku przelewa się na ustawową rezerwę, która może zostać wykorzystana jedynie w wymienionych enumeratywnie sytuacjach (m. in. podwyższenie kapitału zakładowego ze środków spółki). Celem tego przepisu jest to, aby *UG (haftungsbeschränkt)* utworzone z symbolicznym kapitałem zakładowym, o ile wypracowują zysk, zatrzymywały jego część w spółce, poprzez co zwiększałby się majątek tej spółki dostępny dla potencjalnych wierzycieli. Jednocześnie przepis ten miał najprawdopodobniej w założeniu twórców prowadzić do tego, by *UG (haftungsbeschränkt)* była formą przejściową na drodze do „zwykłej” *GmbH*. Jednakże to zamierzenie może się nie powieść, gdyż nie ma żadnego mechanizmu zmuszającego wspólników do tego, by przekształcili oni przedmiotową rezerwę (gdy osiągnie ona 25 000 EURO) w kapitał zakładowy, a co za tym idzie by *UG (haftungsbeschränkt)* stała się „zwykłą” *GmbH*¹³. Dodatkowo można także obawiać się, że omawiana regulacja spowoduje, iż popularna będzie „kreatywna” księgowość i wykazywanie minimalnego zysku (czy nawet strat) spółki, np. poprzez zawyżanie wynagrodzeń personelu kluczowego, tak aby uniknąć przelewania środków na wymaganą przez ustawę rezerwę¹⁴.

Kolejną regulacją szczególną dla *UG (haftungsbeschränkt)* jest § 5 a Abs. 4 *GmbHG*. Przepis ten stanowi, że zgromadzenie wspólników musi zostać zwołane niezwłocznie jeśli spółce grozi niewypłacalność. Stanowi on odstępstwo do generalnej zasady, że zgromadzenie wspólników zwoływane jest wówczas, gdy z bilansu rocznego lub bilansu sporządzanego w czasie roku obrotowego wynika, iż połowa kapitału zakładowego została utracona¹⁵. Regulacja § 5 a Abs. 4 *GmbHG*

¹³Taka konsekwencja wynika z § 5 a Abs. 5 *GmbHG*, który stanowi, że gdy kapitał zakładowy *UG (haftungsbeschränkt)* osiągnie 25 000 EURO przestają mieć do niej zastosowanie regulacje szczegółowe zawarte w § 5 a Abs. 1-4 *GmbHG*, przy czym jednak spółka może zachować swą dotychczasową firmę.

¹⁴Por. J. SCHMIDT, *The New Unternehmersgesellschaft (Entrepreneurial Company) and the Limited – A Comparison*, «German Law Journal» 2008 nr 9, s. 1105.

¹⁵Por. § 49 Abs. 3 *GmbHG*.

jest jak najbardziej uzasadniona, gdyż *UG (haftungsbeschränkt)* może mieć zupełnie symboliczny kapitał zakładowy.

Pewną barierą przy tworzeniu *UG (haftungsbeschränkt)* może być to, że choć koszty jej założenia zostały obniżone (poprzez zniesienie wymogu minimalnego kapitału zakładowego), to jednak wysokość kosztów notarialnych już nie, gdyż przy ich ustalaniu przyjmuje się, iż wartością umowy jest w tym przypadku 25 000 EURO. Istnieje jednak wyjątek, koszty notarialne będą niższe, gdy przy zakładaniu *UG (haftungsbeschränkt)* wykorzystany zostanie wzorzec umowy.

b. Wprowadzenie wzorców umów

Tworzenie spółki wiąże się z podpisaniem umowy. Ponieważ strony często mają problemy z odpowiednim sformułowaniem jej treści a pomoc prawna w tym zakresie kosztuje, *MoMiG* wprowadziła możliwość skorzystania z wzorca umowy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, będącego załącznikiem do ustawy. Ten uproszczony tryb (opisany w nowododanym § 2 Abs. 1 a *GmbHG* może być zastosowany zarówno do „zwykłej” *GmbH*, jak i do *UG (haftungsbeschränkt)*). Warunkiem jest jednak, aby spółka miała maksymalnie trzech wspólników i tylko jednego zarządcę. Ponadto, nie jest możliwe wówczas przyjmowanie regulacji odbiegających od dyspozytywnych przepisów ustawy. Wzorzec umowy służy jednocześnie jako lista wspólników. Mają do niego odpowiednio zastosowanie przepisy o umowie spółki. Nawet wówczas, gdy przyszli wspólnicy zdecydują się skorzystać z wzorca umownego (którego z samej jego istoty nie można modyfikować), co praktycznie sprowadza się do wpisania w wykropkowane miejsce podstawowych danych personalnych (wspólników i zarządcy), przedmiotu działalności spółki, jej firmy i siedziby, wysokości kapitału zakładowego, zachowana musi zostać forma aktu notarialnego (nie wystarczy samo poświadczenie podpisów przez notariusza). Posłużenie się wzorcem umownym nie przyniesie więc co do zasady korzyści w postaci zaoszczędzenia środków finansowych wydawanych na notariusza. Wyjątek stanowi jednak sytuacja, gdy przy użyciu wzorca umownego zakładana jest *UG (haftungsbeschränkt)*. Wówczas,

zgodnie z nowododanym § 41 d *Kostenordnung*, nie przyjmuje się fikcji, że wartość umowy to przynajmniej 25 000 EURO.

c. Przyspieszenie postępowania rejestrowego

Postępowanie rejestrowe zostało już znacznie przyspieszone wraz z wejściem w życie 1 stycznia 2007 roku *Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG)*. Dokumenty potrzebne do zarejestrowania w Niemczech spółki z ograniczoną odpowiedzialnością można co do zasady przekazywać do sądu drogą elektroniczną. Postanowienie o wpisie może nastąpić w związku z tym niezwłocznie a przekazane dane są ujmowane w prowadzonym elektronicznie rejestrze. *MoMiG* służy dalszemu usprawnieniu procesu rejestracyjnego.

Dotychczas spółka mogła być wpisana do rejestru handlowego jedynie wówczas, gdy w przypadku konieczności uzyskania dla przedmiotu działalności spółki zezwolenia odpowiednich władz do zgłoszenia dołączone było to zezwolenie¹⁶. Ponieważ zezwolenie wymagane jest w wielu sytuacjach, np. dla rzemiosła, działalności gastronomicznej czy budowlanej, wymóg ten skutecznie spowalniał proces zakładania *GmbH* i zniechęcał potencjalnych inwestorów do skorzystania właśnie z tej formy prawnej. Nowelizacja doprowadziła do wykreślenia przepisu § 8 Abs. 1 Nr 6 *GmbHG*, z którego wynikał obowiązek dołączania zezwolenia.

Uproszczone zostało także założenie *GmbH* przez jedną osobę. Zgodnie z prawem niemieckim nie wszystkie wkłady muszą być wniesione przed zgłoszeniem spółki do rejestru¹⁷. Jednakże dotychczas jeśli spółka była zawiązywana przez jedną osobę, a nie cały wkład został wniesiony, na część wkładu nie wniesionego wspólnik musiał ustanowić zabezpieczenie. *MoMiG* zliberalizowała zasady tworzenia spółek jednoosobowych, gdyż zmieniona została treść § 8 Abs. 2 *GmbHG* i wyżej wzmiankowany wymóg usunięto.

¹⁶ Por. dotychczasowy § 8 Abs. 1 Nr 6 *GmbHG*.

¹⁷ Por. § 7 Abs. 2 *GmbHG*.

Sąd rejestrowy nie będzie mógł po zmianie przepisów odmówić wpisu *GmbH* do rejestru w każdym przypadku przeszacowania przedmiotów wkładów niepieniężnych, a jedynie wówczas, gdy przeszacowanie takie nie jest nieistotne (*nicht unwesentlich*)¹⁸.

W doktrynie podkreśla się jednak, że choć wprowadzone zmiany ułatwią tworzenie spółek w Niemczech, to jednak nawet po wejściu ich w życie nadal szybciej będzie można utworzyć spółkę w Wielkiej Brytanii, gdzie dostępna jest możliwość skorzystania za dodatkową opłatą z *same-day-service*¹⁹.

d. Wartość udziału

Uatrakcyjnieniu *GmbH* ma służyć umożliwienie wspólnikom swobodnego decydowania o wartości nominalnej udziałów. Dotychczas *GmbHG* stanowiła w § 5, że udział każdego wspólnika w kapitale zakładowym musi wynosić co najmniej 100 EURO. Żaden ze wspólników nie mógł przy zawiązywaniu spółki objąć więcej niż jednego udziału w kapitale zakładowym. Kwoty udziałów w kapitale zakładowym mogły być różne, jednakże musiały być wyrażone w EURO i podzielne przez 50. W wyniku nowelizacji przez *MoMiG*, skreślony został wymóg, by udział każdego wspólnika w kapitale zakładowym wynosił co najmniej 100 EURO. Zmieniona została też terminologia – obecnie ustawa stanowi o wartości nominalnej udziału. W związku z tym wartość nominalna każdego udziału musi być wyrażona w pełnych EURO. Ponadto, wspólnicy mogą obecnie obejmować przy założeniu spółki więcej niż jeden udział.

III. ZWIĘKSZENIE ATRAKCYJNOŚCI PROWADZENIA DZIAŁALNOŚCI GOSPODARCZEJ W FORMIE *GMBH*

MoMiG ma na celu nie tylko usprawnienie procesu zakładania spółek, lecz także zniesienie tych przepisów, które postrzegane były

¹⁸ Por. § 9 c Abs. 1 *GmbHG*.

¹⁹ Por. J. SCHMIDT, *op. cit.*, s. 1101.

jako utrudniające prowadzenie działalności właśnie w tej formie organizacyjnej.

a. Przenoszenie siedziby zarządu zagranicę

W wyniku nowelizacji *GmbHG* dopuszczono, aby siedziba zarządu spółki (*Verwaltungssitz*) nie pokrywała się z siedzibą statutową spółki (*Satzungssitz*)²⁰. Obecnie siedziba zarządu niemieckiej *GmbH* nie musi znajdować się na terytorium Republiki Federalnej. Regulacja taka ma zachęcić inwestorów do zakładania spółek w Niemczech. Dotychczas bowiem spółki z innych państw (przede wszystkim z Wielkiej Brytanii) mogły prowadzić zasadniczą swą działalność poza państwem siedziby statutowej (np. w Niemczech), a spółki niemieckie nie. W pracach nad nowelizacją podkreślano, że ma ona służyć między innymi temu, aby w formie prawnej dobrze znanej niemieckim spółkom dominującym zakładane były spółki zależne, które będą prowadziły działalność wyłącznie przez oddziały w innych państwach. Umożliwienie niemieckim *GmbH* przenoszenia siedziby zarządu za granicę jest elementem szerszego i niebywale istotnego procesu, a mianowicie zmiany w zakresie prawa prywatnego międzynarodowego – odejścia od teorii siedziby na rzecz teorii założenia. Prace nad uchwaleniem zupełnie nowych reguł w tym zakresie trwają. Rząd przedstawił pod koniec roku 2007 projekt *Gesetz zum Internationalen Privatrecht der Gesellschaften, Vereine und juristischen Personen*²¹.

b. Większa przejrzystość dotycząca udziałów w spółce

MoMiG doprowadziła do zwiększenia roli składanej do rejestru handlowego listy wspólników, poprzez co osiągnięta ma być większa przejrzystość stosunków korporacyjnych. Rozbudowany został § 40 *GmbHG* dotyczący obowiązku niezwłocznego uaktualniania listy wspólników. Poza tym precyzyjnie określono skutki ujawnienia wspólnika w rejestrze w stosunku do osób trzecich. Dotychczas nabywca

²⁰ Por. § 4 a *GmbHG*.

²¹ Por. strona <http://www.bmj.de>.

udziałów w *GmbH* ponosił wysokie ryzyko transakcji, gdyż aby mieć pewność, że skutecznie nabędzie udziały musiał sprawdzić, czy zbywca jest uprawniony a to oznaczało, iż powinien sprawdzić wszystkie dotychczasowe czynności prawne, na mocy których przechodziły udziały. Lista współników zamieszczona w rejestrze pozostawała bez znaczenia. Obecnie § 16 Abs. 3 *GmbHG* stanowi o możliwości skutecznego nabycia udziału od nieuprawnionego pod warunkiem, że zbywca był wpisany jako uprawniony z udziału na liście zgłoszonej do rejestru. Reguła ta nie obowiązuje, gdy w chwili nabycia udziału lista współników jest nieaktualna krócej niż trzy lata i jej nieaktualności nie można zarzucić uprawnionemu. Reguła ta nie obowiązuje także wówczas, gdy nabywcy niezgodność listy ze stanem rzeczywistym była znana lub nie była znana z powodu rażącego niedbalstwa lub też, gdy złożony został do rejestru sprzeciw²².

c. Ukryte wkłady niepieniężne

W wyniku nowelizacji zliberalizowane zostaną reguły dotyczące ukrytych wkładów niepieniężnych (*verdeckte Sacheinlage*). Dotychczasowe orzecznictwo sądów sprawiało, że współnicy musieli często wносить wkłady do spółki dwukrotnie. Teraz kwestia ta została wyraźnie uregulowana w § 19 Abs. 4 *GmbHG*. Jeżeli w wyniku dokonanej oceny okaże się, że wkład współnika (który miał być wkładem pieniężnym), należy uznać w całości lub w części za wkład niepieniężny (ukryty wkład niepieniężny), nie zwalnia to współnika z obowiązku wniesienia wkładu. Jednakże umowy dotyczące wkładów niepieniężnych i czynności prawnych do ich wprowadzenia nie są bezskuteczne. Na poczet wkładu pieniężnego zalicza się wartość przedmiotów majątkowych w momencie zgłoszenia spółki do rejestru albo w momencie przekazania ich spółce. Potrącenie nie następuje przed chwilą wpisu spółki do rejestru. Zasady te obowiązują nie tylko przy wnoszeniu wkładów podczas tworzenia spółki, lecz także w przypadku pod-

²² Szczegółowo zagadnienie nabywania udziałów w dobrej wierze omawia CH. ALTGEN, *The Acquisition of GmbH Shares in Good Faith*, «German Law Journal» 2008 nr 9, s. 1141 i n.

wyższenia kapitału zakładowego²³. Co do zasady, na mocy przepisów wprowadzających, nowe reguły dotyczące wkładów niepieniężnych obowiązują także odniesieniu do wkładów wniesionych przed wejściem w życie *MoMiG*²⁴.

d. Umożliwienie korzystania z *cash-pooling*

W dotychczasowym stanie prawnym utrudnione było dokonywanie przesunięć finansowych pomiędzy spółkami powiązаныmi w celu zapewnienia im płynności finansowej. *Cash-pooling* był kwestionowany przez niemieckie sądy jako niezgodny z § 30 i 31 *GmbHG* (zakaz wypłacania wspólnikom równowartości kapitału zakładowego i obowiązek zwrotu takich wpłat)²⁵. Zmiany dokonane przez *MoMiG* mają na celu umożliwienie spółkom z ograniczoną odpowiedzialnością korzystania z tego cennego mechanizmu, dzięki któremu grupa zyskuje silniejszą pozycję negocjacyjną, wyższą wiarygodność kredytową oraz bardziej efektywnie wykorzystuje środki pieniężne²⁶.

e. Pożyczki wspólników

W spółkach z ograniczoną odpowiedzialnością częstą praktyką jest, że wspólnicy oprócz uczestniczenia w kapitale spółki wspomagają ją jeszcze w formie pożyczek. Intencją wspólników jest przy tym to, aby w przypadku upadłości spółki byli traktowani tak jak normalni wierzyciele i uczestniczyli na równi z nimi w podziale masy upadłości. Jednakże orzecznictwo sądów niemieckich, a potem ustawodawca w nowelizacji *GmbHG* z 1980 roku, wypowiedzieli się przeciwko takim praktykom. W dotychczasowym stanie prawnym (w oparciu o § 32 a i 32 *GmbHG* oraz orzecznictwo *BGH*) uznawano, że współ-

²³ Por. § 56 *GmbHG*.

²⁴ Por. § 3 Abs. 4 *GmbHG-Einführungsgesetz*.

²⁵ Por. wyrok *BGH* w sprawie II ZR 171/01 z 24 listopada 2003 r., BGHZ 157, 52.

²⁶ Dokładnie problem ten omawiają m.in. J. VETTER, CH. SCHWANDTNER, *Cash Pooling Under the Revised German Private Limited Companies Act (GmbHG)*, «German Law Journal» 2008 nr 9, s. 1155 i n.

nicy nie są zobowiązani dostarczać spółce środków w sytuacjach kryzysowych, jeżeli jednak tak czynią, środki te traktowane są jak kapitał własny spółki, a nie jak kredyt. Oznaczało to, że jeśli wspólnicy wbrew tej zasadzie udzielali spółce pożyczki zamiast przeprowadzić stosowne podwyższenie kapitału zakładowego, pożyczki te były w przypadku otwarcia postępowania upadłościowego spółki traktowane jako jej kapitał własny a co za tym idzie mogły być zwrócone dopiero wtedy, gdy roszczenia wszystkich innych wierzycieli zostały zaspokojone. Istniało jednak przy tym wiele problemów interpretacyjnych związanych z nieodokreślonością niektórych pojęć.

Obecnie zagadnienie pożyczek wspólników przeniesione zostało z *GmbHG* do *Insolvenzordnung* (§ 135). Zmiana ta ma na celu ujednoczenie reguł mających zastosowanie do różnych podmiotów. Jednocześnie zniesione zostało rozróżnienie na *Eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen* (czyli te dokonane wówczas, gdy sumienny kupiec zasiliby spółkę w kapitał własny) i „zwykłe” pożyczki wspólników. Wszystkie pożyczki wspólników będą podporządkowane²⁷.

f. Podwyższenie kapitału zakładowego w ramach kapitału docelowego

Do *GmbHG* wprowadzone zostały przepisy o podwyższaniu kapitału w ramach kapitału docelowego (*genehmigtes Kapital*). Nowo dodany § 55 a *GmbHG* stanowi, że w umowie spółki (ewentualnie w późniejszej uchwale wspólników zmieniającej umowę spółki) wspólnicy mogą upoważnić zarządców do podwyższania kapitału zakładowego spółki do określonej kwoty (kapitał docelowy) poprzez wydawanie nowych udziałów w zamian za wkłady. Wysokość kapitału docelowego nie może przekraczać połowy kapitału zakładowego na dzień udzielenia upoważnienia zarządcom. Zarządcy mogą wydać udziały tylko w zamian za wkłady pieniężne, chyba że upoważnienie do podwyższenia kapitału zakładowego przewiduje możliwość objęcia

²⁷ To skomplikowane zagadnienie omówione zostało szczegółowo w opracowaniu D. A. VERSE, *Shareholder Loans in Corporate Insolvency – A New Approach to an Old Problem*, «German Law Journal» 2008 nr 9, s. 1109 i n.

udziałów za wkłady niepieniężne. Upoważnienie zarządców do podwyższenia kapitału zakładowego nie może zostać wydane na okres dłuższy niż 5 lat od zarejestrowania spółki (ewentualnie zarejestrowania zmiany umowy spółki). Instytucja ta ma doprowadzić do zmniejszenia kosztów związanych z podwyższaniem kapitału zakładowego spółki, ponieważ dla podwyższenia kapitału w ramach kapitału docelowego nie jest wymagana forma aktu notarialnego, a jedynie zgłoszenie do rejestru.

IV. PRZECIWDZIAŁANIE NADUŻYCIOM I OCHRONA WIERZYCIELI

- a. wpis do rejestru handlowego krajowego adresu spółki oraz inne ułatwienia w doręczaniu spółce pism i składaniu jej oświadczeń woli

Zmiany dotyczące zasad doręczania pism i oświadczeń woli składanych *GmbH* mają przeciwdziałać nieprzyjmowaniu korespondencji przez spółkę, w szczególności listów od wierzycieli. Dotychczas było to możliwe np. poprzez zamknięcie lokalu spółki.

W wyniku zmian dokonanych przez *MoMiG*, przy rejestracji każdej *GmbH* trzeba będzie podać krajowy adres do doręczeń²⁸. Adres ten będzie dla każdego widoczny *on-line* w rejestrze handlowym. Dla spółek istniejących w chwili wejścia w życie zmian do *GmbHG* przewidziany został okres przejściowy. Co do zasady spółki te muszą podać taki adres w chwili dokonywania pierwszego zgłoszenia jakichś danych do rejestru po wejściu w życie nowelizacji. Jeśli do 31 października 2009 roku spółki nie będą składać do rejestru żadnych dokumentów, jako krajowy adres do doręczeń wpisany zostanie z urzędu podany adres lokalu spółki, o ile takowy został im podany przez samą spółkę lub w czasie okresu przejściowego był dostępny *on-line*²⁹. Jeżeli dorę-

²⁸ Por. § 8 Abs. 4 *GmbHG*. Podobne reguły zostały też wprowadzone do aktów regulujących funkcjonowanie spółek akcyjnych, spółek osobowych, kupców jednoosobowych oraz oddziałów (w tym także oddziałów spółek zagranicznych).

²⁹ Por. § 3 Abs. 1 *GmbHG-Einführungsgesetz*.

czenie na podany w rejestrze adres okaże się niemożliwe, to dopuszczalne będzie tzw. doręczenie urzędowe³⁰.

Wprowadzono także ciekawą konstrukcję reprezentacji spółki w braku zarządców (*Führungslosigkeit*). § 35 Abs. 1 *GmbHG* stanowi, że gdy spółka nie ma żadnego zarządcy, oświadczenia woli i pisma należy kierować do wspólników. Co więcej to każdy wspólnik jest w takiej sytuacji zobowiązany do złożenia wniosku o upadłość spółki (jeśli oczywiście zachodzą ku temu przesłanki) i to na nim ewentualnie spoczywa ciężar dowodu, że nie wiedział o niewypłacalności lub braku zarządców³¹.

Ponadto, spółka może wyznaczyć dodatkową osobę uprawnioną do odbierania oświadczeń woli, która zostanie wpisana do rejestru handlowego. Względem osób trzecich uważa się tę osobę za uprawnioną do odbioru oświadczeń aż do momentu, gdy umocowanie to zostanie wykreślone z rejestru i wykreślenie to ogłoszone, chyba że osoba trzecia wiedziała o braku umocowania³².

b. rozszerzenie katalogu okoliczności uniemożliwiających pełnienie funkcji zarządcy spółki

GmbHG zawiera postanowienie, że zarządcą spółki może zostać osoba fizyczna mająca pełną zdolność do czynności prawnych i nie karana za przestępstwa wymienione w § 6 Abs. 2. Ich katalog został przez *MoMiG* znacznie rozszerzony. Do przestępstw niegospodarności prowadzących do upadłości spółki (*Insolvenzstraftaten* § 283-283 d *Strafgesetzbuch*) dodano przewlekanie postępowania upadłościowego, podawanie fałszywych danych czy oszustwo w jego wersji podstawowej i różnych odmianach (oszustwo komputerowe, oszustwo kredytowe). Jednocześnie zakaz pełnienia funkcji zarządcy dotyczyć będzie także osób skazanych zagranicą za przestępstwa odpowiadające tym wymienionym w ustawie. W stosunku do osób, które w dniu

³⁰ Por. §15 a *Handelsgesetzbuch*, § 185 *Zivilprozessordnung*.

³¹ Por. §15 a Abs. 4 *Insolvenzordnung*.

³² Por. § 10 Abs. 2 *GmbHG*.

wejścia w życie nowelizacji *GmbHG* były zarządcami spółek regulacja ta nie działa wstecz, co oznacza, że jeśli były uprzednio skazane za przestępstwa dodane do katalogu przez *MoMiG* mogą nadal sprawować swoje funkcje³³.

Jednocześnie wprowadzony został przepis § 6 Abs. 5 *GmbHG* stanowiący, że jeżeli wspólnicy umyślnie lub w wyniku rażącego niedbalstwa powierzają prowadzenie spraw spółki osobie, która nie może być zarządcą, odpowiadają solidarnie względem spółki za szkodę wynikłą z tego, że taka osoba nie wypełnia swych obowiązków względem spółki.

V. ZAKOŃCZENIE

Dyskusja nad projektem nowelizacji niemieckiej *GmbHG* (w szczególności w zakresie istoty i funkcji kapitału zakładowego) odbiła się szerokim echem w Europie. W tym kontekście można też postrzeżać najnowsze zmiany w polskim prawie spółek. Przyjęta przez Sejm w październiku 2008³⁴ roku ustawa zakłada między innymi obniżenie kapitału zakładowego w – będącej odpowiednikiem niemieckiej *GmbH* – polskiej spółce z ograniczoną odpowiedzialnością (a także w polskiej spółce akcyjnej). Polska ustawa jest mniej radykalna niż *MoMiG*. O ile bowiem w Niemczech istnieje obecnie możliwość założenia *UG* – odmiany *GmbH* – bez jakiegokolwiek kapitału zakładowego, o tyle w Polsce spółki z ograniczoną odpowiedzialnością muszą nadal mieć minimalny kapitał zakładowy wysokości co najmniej 5 000 zł (dotychczas było to 50 000 zł, przed 1 stycznia 2001 roku – tj. przed wejściem w życie *KSH* – 4 000 zł). Jednocześnie postępowanie rejestrowe trwa w Polsce znacznie dłużej niż w Niemczech czy Wielkiej Brytanii. Dlatego też obserwować trzeba bacznie, które ze zmian w prawie niemieckim okażą się w praktyce najefektywniejsze w zwiększaniu atrakcyjności *GmbH*, tak by nie okazało się za kilka lat, że Polacy – zamiast

³³ Por. § 3 Abs. 2 *GmbHG-Einführungsgesetz*

³⁴ Ustawa z dnia 23 października 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. Nr 217, poz 1381).

w Polsce – zakładają spółki nie tylko za Kanałem La Manche, ale również tuż za zachodnią granicą, której znaczenie w „Europie bez granic” staje się coraz mniejsze.

THE GERMAN PRIVATE LIMITED LIABILITY ACT – RECENT CHANGES

Summary

The *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (GmbH – Private Limited Company) is the most popular organizational form for businesses in Germany – numbering almost one million entities. Nevertheless, few changes had been made since its inception in the late 19th century, leading to complex case law. Moreover, in the famous *Centros* case the ECJ decided that a businessperson may legally incorporate his or her business anywhere in the European Union, even if this happens for the sole reason of avoiding a stricter national corporate regime. As a result many Germans decided to establish company in U.K. because Ltd. legal regime was by no means more transparent and accessible than the GmbH legal regime (no requirement of minimum share capital). In such a situation, after long discussions, German parliament adopted *Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen* (MoMiG – Law for the Modernisation of the German Limited Liability Company Law and the Prevention of Misuse) which came into force on the 1 November 2008. In the article some of the most important features of the new GmbH-Recht are analyzed. Changes in German law could be an important inspiration for Polish legislator since the discussion on how to make Polish *spółka z ograniczoną odpowiedzialnością* more competitive and how to prevent abuse of company law is currently underway in our country.