



Uniwersytet
Wrocławski

Ochrona wierzycieli spółki z o.o. poprzez osobistą odpowiedzialność jej wspólników

Koncepcja odpowiedzialności przebijającej
i nadużycia formy prawnej spółki
w prawie niemieckim i polskim

Piotr Marcin Wiórek

Wrocław 2016

**Ochrona wierzycieli spółki z o.o.
poprzez osobistą odpowiedzialność
jej wspólników**

**Koncepcja odpowiedzialności przebijającej
i nadużycia formy prawnej spółki
w prawie niemieckim i polskim**

Prace Naukowe
Wydziału Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytetu Wrocławskiego

Seria: **e-Monografie**

Nr 73

Dostęp online: <http://www.bibliotekacyfrowa.pl/publication/79599>

**Ochrona wierzycieli spółki z o.o.
poprzez osobistą odpowiedzialność
jej wspólników**

**Koncepcja odpowiedzialności przebijającej
i nadużycia formy prawnej spółki
w prawie niemieckim i polskim**

Piotr Marcin Wiórek

Wrocław 2016

Komitet Redakcyjny

prof. dr hab. Leonard Górnicki – przewodniczący

mgr Bożena Górna – członek

mgr Aleksandra Dorywała – sekretarz

Recenzent: *dr hab. Jerzy Jacyszyn, prof. nadzw. UWr*

© Copyright by **Piotr Marcin Wiórek**

Korekta: *Anna Noga-Grochola*

Projekt i wykonanie okładki: *Karolina Drozd*

Skład i opracowanie techniczne: *Aleksandra Kumaszcza, Tomasz Kalota eBooks.com.pl*

Druk: *Drukarnia Beta-druk, www.betadruk.pl*

Wydawca

E-Wydawnictwo. Prawnicza i Ekonomiczna Biblioteka Cyfrowa.

Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego

ISBN 978-83-65431-14-1 (druk)

ISBN 978-83-65431-15-8 (online)

Kochanym Żonie Annie i Synkowi Wincentemu

Spis treści

Wykaz skrótów.....	17
Wprowadzenie	19
CZĘŚĆ PIERWSZA: ZAGADNIENIA OGÓLNE	
Rozdział I. Potrzeba analizy problematyki odpowiedzialności przebijającej wspólników spółki z o.o.	27
1. Postulaty ochrony wierzycieli spółki z o.o. przez osobistą odpowiedzialność jej wspólników na zasadach odpowiedzialności przebijającej lub deliktowej w doktrynie polskiej.....	27
2. Kwestie wymagające pogłębionej analizy, otwarte pytania, potrzeba odniesienia się do dorobku doktryny i orzecznictwa niemieckiego.....	31
Rozdział II. Deficyty ochrony wierzycieli spółki z o.o. przez system kapitału zakładowego oraz testu wypłacalności	34
1. Istota kapitału zakładowego	34
2. Krytyka funkcji ochronnej kapitału zakładowego i postulaty reformy struktury majątkowej spółek kapitałowych w doktrynie polskiej.....	38
2.1. Krytyka funkcji ochronnej kapitału zakładowego w doktrynie polskiej	38
2.2. Postulaty reformy struktury majątkowej spółek kapitałowych.....	43
2.2.1. Postulaty reformy struktury majątkowej spółek kapitałowych w doktrynie polskiej – ochrona alternatywna poprzez test wypłacalności.....	43
2.2.2. Projekt reformy struktury majątkowej spółki z o.o. – nowe instrumenty ochrony wierzycieli, w tym test wypłacalności.....	46
3. Stanowisko niemieckiej doktryny i orzecznictwa wobec deficytów ochronnych kapitału zakładowego oraz reforma niemieckiej GmbH	47
Rozdział III. Sytuacje uzasadniające ochronę wierzycieli spółki z o.o. nieobjęte mechanizmem ochronnym kapitału zakładowego oraz testu wypłacalności	51
1. Uwagi ogólne.....	51
2. Grupy przypadków uzasadniające ochronę wierzycieli spółki z o.o. nieobjęte ochroną poprzez system kapitału zakładowego.....	52
2.1. Niedokapitalizowanie spółki.....	52
2.2. Pomieszanie majątków spółki i wspólnika	54
2.3. Sytuacja „kosza na bieliznę”.....	55
2.4. Pomieszanie sfer spółki i wspólnika.....	56
2.5. Pozbawienie spółki płynności finansowej	56
2.6. Utrata przez spółkę płynności wskutek uczestnictwa w <i>cash pool</i>	57
2.7. Pozbawienie spółki składników majątkowych potrzebnych do prowadzenia jej przedsiębiorstwa	58
2.8. „Sztafeta spółek z o.o.”	60

2.9. Spółka z o.o.-„Kopciuszek”/ spółka-wydmuszka.....	61
2.10. Zabezpieczanie długów wspólników przez spółkę	62
2.11. Pozbawienie spółki szans gospodarczych.....	63
2.12. Spekulacja na koszt wierzycieli, m.in. poprzez ryzykowne transakcje.....	63
2.13. „Zimna likwidacja” („wygaszenie”) spółki – faktyczna likwidacja spółki z o.o.....	65
3. Grupy przypadków uzasadniające ochronę wierzycieli spółki z o.o. nieobjęte ochroną przez system testu wypłacalności	66
Rozdział IV. Odpowiedzialność przebijająca a problematyka pominięcia prawnej odrębności spółek kapitałowych	67
1. Zasada prawnej odrębności spółek kapitałowych. Zasada rozdzielnosci (<i>Trennungsprinzip</i>).....	67
2. Zasada wyłączenia odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. za zobowiązania spółki.....	68
2.1. Powiązanie zasady wyłączenia odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. oraz akcjonariuszy spółki akcyjnej z zasadą prawnej odrębności spółek kapitałowych.....	68
2.2. Uzasadnienie wyłączenia odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółek kapitałowych.....	69
3. Odpowiedzialność przebijająca jako jeden z aspektów problematyki pominięcia prawnej odrębności spółek kapitałowych.....	74
3.1. Uwagi ogólne	74
3.2. Pojęcie odpowiedzialności przebijającej	77
3.3. Problematyka odpowiedzialności przebijającej stanowiąca przedmiot analizy w niniejszej pracy – uwagi definicyjne i porządkujące	80
CZĘŚĆ DRUGA: OCHRONA WIERZYCIELI SPÓŁKI Z O.O. POPRZEZ ODPOWIEDZIALNOŚĆ PRZEBIJAJĄCĄ JEJ WSPÓLNIKÓW W DOKTRYNIE I JUDYKATURZE NIEMIECKIEJ	
Rozdział V. Teorie odpowiedzialności przebijającej w doktrynie niemieckiej.....	85
1. Przegląd teorii odpowiedzialności przebijającej w doktrynie niemieckiej.....	85
1.1. Uwagi wprowadzające	85
1.2. Właściwe teorie odpowiedzialności przebijającej	86
1.3. Niewłaściwe teorie odpowiedzialności przebijającej	88
1.4. Pozostałe teorie odpowiedzialności przebijającej.....	90
1.5. Pominięte teorie odpowiedzialności przebijającej.....	90
1.6. Teorie stanowiące przedmiot dalszej analizy.....	91
2. Subiektywna teoria nadużycia (teoria subiektywnego nadużycia).....	91
3. Obiektywna teoria nadużycia (teoria obiektywnego nadużycia) i teorie instytucjonalne.....	98
4. Klasyczna teoria celu normy	110
5. Współczesna teoria celu normy – teleologiczna redukcja.....	112

6. Równoległe powoływanie się na odmienne teorie odpowiedzialności przebijającej w niemieckiej doktrynie prawa – wzajemne przenikanie się teorii w definicjach doktrynalnych	118
Rozdział VI. Teorie odpowiedzialności przebijającej w niemieckiej judykaturze	119
1. Uwagi wprowadzające	119
2. Orzecznictwo Reichsgericht	119
3. Wczesne orzecznictwo BGH	120
4. Orzecznictwo BGH oraz BSG w latach 70. i 80. XX w.	122
5. Współczesne orzecznictwo BGH	124
Rozdział VII. Zastosowanie <i>Durchgriffshaftung</i> w doktrynie i orzecznictwie niemieckim – grupy przypadków, przesłanki i zakres odpowiedzialności	128
1. Uwagi wprowadzające	128
2. Klasyczne przypadki odpowiedzialności przebijającej	131
2.1. Materialne niedokapitalizowanie	131
2.1.1. Odpowiedzialność przebijająca za materialne niedokapitalizowanie w niemieckiej doktrynie	131
2.1.2. Odpowiedzialność przebijająca za materialne niedokapitalizowanie w niemieckiej judykaturze	139
2.2. Pomieszanie majątków spółki i wspólnika	144
2.3. Pomieszanie sfer spółki i wspólnika	148
2.4. Nadużycie instytucji	149
3. <i>Existenzvernichtung</i> – unicestwienie egzystencji spółki	150
3.1. Geneza i uzasadnienie koncepcji odpowiedzialności przebijającej za unicestwienie egzystencji spółki	150
3.1.1. Uwagi wstępne	150
3.1.2. Deficyty ochronne systemu kapitału zakładowego	151
3.1.3. Potrzeba i uzasadnienie prawnospółkowej ochrony wierzycieli spółki z o.o.	154
3.1.4. Interes własny spółki z o.o. jako granica swobody decyzyjnej jej wspólników	158
3.1.5. Konsekwencje naruszenia przez wspólników interesu własnego spółki w utrzymaniu jej egzystencji przez zachowania unicestwiające tę egzystencję	160
3.2. Odpowiedzialność przebijająca za unicestwienie egzystencji spółki w orzecznictwie BGH	162
3.2.1. Uwagi wprowadzające	162
3.2.2. Wyrok w sprawie <i>Bremer Vulkan</i>	162
3.2.3. Wyrok w sprawie <i>L-Kosmetik</i>	165
3.2.4. Wyrok w sprawie <i>KBV</i>	166
3.2.5. Wyrok w sprawie <i>Rheumaklinik</i>	171
3.2.6. Wyrok w sprawie <i>Autovertragshändler</i>	175
3.2.7. Wyrok w sprawie <i>Handelsverteter</i>	179

3.2.8. Podsumowanie.....	182
3.3. Odpowiedzialność za unicestwienie egzystencji spółki w niemieckiej doktrynie.....	184
3.3.1. Uwagi wprowadzające – różnorodność poglądów na temat dogmatycznej podstawy odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki....	184
3.3.2. Odpowiedzialność przebijająca za unicestwienie egzystencji spółki w doktrynie niemieckiej.....	188
3.3.2.1. Zalety koncepcji odpowiedzialności przebijającej za unicestwienie egzystencji spółki.....	188
3.3.2.2. Podstawy i przesłanki odpowiedzialności przebijającej za unicestwienie egzystencji spółki.....	190
3.3.2.2.1. Podmiotowy zakres odpowiedzialności.....	190
3.3.2.2.2. Przesłanki stanu faktycznego uzasadniającego odpowiedzialność za unicestwienie egzystencji spółki – zakres przedmiotowy odpowiedzialności.....	191
3.3.2.2.3. Obiektywny charakter odpowiedzialności.....	194
3.3.2.2.4. Rozmiar (wysokość) odpowiedzialności.....	194
Rozdział VIII. Krytyka koncepcji odpowiedzialności przebijającej w doktrynie i orzecznictwie niemieckim.....	195
1. Krytyka koncepcji odpowiedzialności przebijającej w niemieckiej doktrynie.....	195
1.1. Uwagi wprowadzające.....	195
1.2. Ogólna krytyka koncepcji odpowiedzialności przebijającej.....	196
1.2.1. Krytyka odpowiedzialności przebijającej na płaszczyźnie metodologicznej – poglądy negujące występowanie luki ochronnej, która uzasadniałaby rozwijanie koncepcji <i>Durchgriffshaftung</i>	196
1.2.1.1. Metodologiczna krytyka odpowiedzialności przebijającej dotycząca klasycznej grupy przypadków tej odpowiedzialności.....	196
1.2.1.2. Metodologiczna, konstytucyjna i prawno-upadłościowa krytyka odpowiedzialności przebijającej w postaci odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki.....	200
1.2.2. Krytyka koncepcji odpowiedzialności na płaszczyźnie dogmatycznej... ..	204
1.2.2.1. Dogmatyczna krytyka odpowiedzialności przebijającej nieodnosząca się bezpośrednio do metodologicznej zasadności tej koncepcji.....	204
1.2.2.2. Dogmatyczna krytyka odpowiedzialności przebijającej podkreślająca potrzebę sądowego rozwijania prawa, negująca jednak <i>Durchgriffshaftung</i> jako niewłaściwą koncepcję ochronną.....	207
1.2.2.3. Dogmatyczna krytyka odpowiedzialności przebijającej stwierdzająca występowanie luki ochronnej w systemie kapitału zakładowego, postulująca jednak zastosowanie ogólnych podstaw odpowiedzialności.....	214
1.3. Krytyka poszczególnych grup przypadków odpowiedzialności przebijającej ...	214

1.3.1. Krytyka odpowiedzialności przebijającej za materialne niedokapitalizowanie.....	214
1.3.2. Krytyka odpowiedzialności przebijającej za pomieszanie majątków spółki i wspólnika.....	217
1.3.3. Krytyka odpowiedzialności przebijającej za pomieszanie sfer spółki i wspólnika.....	220
1.3.4. Krytyka odpowiedzialności przebijającej za nadużycie instytucji.....	221
1.3.5. Krytyka odpowiedzialności przebijającej za unicestwienie egzystencji spółki	222
1.4. Podsumowanie	225
2. Krytyka koncepcji odpowiedzialności przebijającej w niemieckim orzecznictwie ..	226
2.1. Rezygnacja przez BGH z koncepcji odpowiedzialności przebijającej za unicestwienie egzystencji spółki	226
2.1.1. Wyrok w sprawie <i>Trihotel</i>	226
2.1.2. Wyrok w sprawie <i>Gamma</i>	232
2.1.3. Wyrok w sprawie <i>Sanitary</i>	234
2.2. Krytyka koncepcji odpowiedzialności przebijającej za materialne niedokapitalizowanie	236
2.3. Krytyczna ocena zmiany linii orzeczniczej przez BGH	238
 CZĘŚĆ TRZECIA: OCHRONA WIERZycIELI SPÓŁKI Z O.O. POPRZEZ ODPOWIEDZIALNOŚĆ PRZEBIJAJĄCĄ JEJ WSPÓLNIKÓW W DOKTRYNIE I JUDYKATURZE POLSKIEJ	
Rozdział IX. Koncepcje uznawane za odpowiednik teorii odpowiedzialności przebijającej w doktrynie polskiej.....	245
1. Uwagi wprowadzające.....	245
2. Koncepcja nadużycia formy (instytucji) prawnej spółki, koncepcja nadużycia osobowości prawnej	246
3. Koncepcja nadużycia prawa do posługiwania się formą osoby prawnej	252
Rozdział X. Zastosowanie koncepcji nadużycia osobowości prawnej i nadużycia formy prawnej spółki w doktrynie i orzecznictwie polskim – grupy przypadków, przesłanki i zakres odpowiedzialności.....	264
1. Uwagi wprowadzające.....	264
2. Przypadki nadużycia formy prawnej spółki z o.o. w doktrynie polskiej.....	266
2.1. Niedokapitalizowanie spółki.....	266
2.2. Pomieszanie sfer lub majątków spółki i wspólnika	269
2.3. Opanowanie spółki, dominacja nad spółką.....	272
2.4. Unicestwienie egzystencji spółki.....	273
3. Zastosowanie koncepcji nadużycia osobowości prawnej w polskim orzecznictwie ..	276
Rozdział XI. Krytyka koncepcji odpowiedzialności przebijającej, koncepcji nadużycia osobowości prawnej oraz nadużycia formy prawnej spółki w polskiej doktrynie i orzecznictwie.....	285
1. Krytyka ogólna	285

2. Krytyka poszczególnych grup przypadków odpowiedzialności przebijającej	289
CZEŚĆ CZWARTA: ANALIZA PRAWNOPORÓWNAWCZA. UWAGI I WNIOSKI <i>DE LEGE LATA</i> ORAZ <i>DE LEGE FERENDA</i> NA TEMAT KONCEPCJI ODPOWIEDZIALNOŚCI PRZEBIJAJĄCEJ NA TLE ALTERNATYWNYCH ROZWIĄZAŃ I PODSTAW PRAWNYCH ODPOWIEDZIALNOŚCI	
Rozdział XII. Analiza prawnoporównawcza odpowiedzialności przebijającej i odpowiedzialności za nadużycie formy prawnej spółki z o.o. w niemieckiej i polskiej doktrynie oraz judykaturze	295
1. Uwagi wprowadzające	295
2. Ogólne różnice między niemiecką konstrukcją <i>Durchgriffshaftung</i> a podejściem do odpowiedzialności przebijającej wspólników spółki z o.o. w polskiej doktrynie i orzecznictwie	297
3. Analiza prawnoporównawcza teoretyczno-dogmatycznych podstaw odpowiedzialności przebijającej i odpowiedzialności za nadużycie osobowości prawnej/formy prawnej spółki	301
3.1. Uwagi ogólne	301
3.2. Koncepcja nadużycia prawa (nadużycia instytucji)	302
3.2.1. Koncepcja nadużycia prawa (nadużycia instytucji) w doktrynie polskiej	302
3.2.2. Koncepcja nadużycia prawa (nadużycia instytucji) w doktrynie i orzecznictwie niemieckim	306
3.2.3. Różnice w podejściu doktryny niemieckiej i polskiej do koncepcji nadużycia prawa (instytucji)	307
3.2.4. O dopuszczalności przejścia niemieckiej koncepcji nadużycia instytucjonalnego w prawie polskim z komparatystycznego punktu widzenia..	312
3.3. Współczesna teoria celu normy – koncepcja redukcji teleologicznej	313
3.3.1. Uwagi wstępne	313
3.3.2. Efekt zastosowania redukcji teleologicznej do wyłączającego odpowiedzialność wspólników niemieckiej spółki z o.o. § 13 ust. 2 GmbHG	315
3.3.3. Istota redukcji teleologicznej w niemieckiej nauce o metodzie prawniczej (<i>juristische Methodenlehre</i>)	316
3.3.4. Brak akceptacji dla metody (zbliżonej do) redukcji teleologicznej w doktrynie polskiego prawa spółek a dopuszczalność odstępstwa od sensu językowego przepisu w polskiej metodologii prawniczej	324
3.3.5. O podobieństwie niemieckiej koncepcji redukcji teleologicznej do wykładni dokonywanej zgodnie z dyrektywami odstępstwa od sensu językowego przepisu – uwagi komparatystyczne	327
3.4. Wybór właściwej podstawy dogmatycznej odpowiedzialności. Nadużycie instytucjonalne czy redukcja teleologiczna/odstępstwo od sensu językowego przepisu?	330
4. Analiza prawnoporównawcza zastosowania koncepcji odpowiedzialności przebijającej i koncepcji nadużycia osobowości prawnej/formy prawnej spółki – grupy przypadków, przesłanki i zakres odpowiedzialności	333

4.1. Uwagi wstępne.....	333
4.2. „Klasyczne” przypadki „przebicia” i nadużycia osobowości prawnej/formy prawnej spółki.....	335
4.3. Problematyka odpowiedzialności przebijającej za unicestwienie egzystencji spółki i jej odpowiednika w doktrynie polskiej.....	338
4.3.1. Aspekt ogólny – podstawowe podobieństwa i różnice między ujęciem koncepcji odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki w doktrynie niemieckiej i polskiej.....	338
4.3.2. Aspekt szczególny – odpowiedzialność członków zarządu spółki z o.o. na podstawie art. 299 k.s.h. jako rozwiązanie funkcjonalnie zbliżone do koncepcji <i>Existenzvernichtungshaftung</i>	340
5. Analiza prawno porównawcza krytyki koncepcji odpowiedzialności przebijającej oraz koncepcji nadużycia osobowości prawnej, nadużycia formy prawnej spółki w doktrynie polskiej.....	345
6. Najważniejsze uwagi i wnioski wynikające z analizy prawno porównawczej.....	346
Rozdział XIII. Uwagi i wnioski <i>de lege lata</i> na temat koncepcji odpowiedzialności przebijającej w stosunku do alternatywnych rozwiązań i podstaw prawnych odpowiedzialności.....	350
1. Potrzeba prawnego rozwiązywania przypadków „przebicia”/problemów nadużycia formy prawnej spółki z o.o.	350
2. Rozwiązania prawne i podstawy prawne odpowiedzialności alternatywne w stosunku do koncepcji odpowiedzialności przebijającej.....	354
2.1. Odpowiedzialność wspólników za naruszenie obowiązków lojalności.....	354
2.2. Odpowiedzialność wspólników za naruszenie obowiązków ze stosunku szczególnego powiązania.....	358
2.3. Inne (prawotwórcze) koncepcje wewnętrznej odpowiedzialności wspólników wobec spółki.....	364
2.4. Akcja pauliańska oraz bezskuteczność i zaskarżanie czynności upadłego.....	368
2.5. Odpowiedzialność członków zarządu na podstawie art. 299 k.s.h.....	374
2.6. Odpowiedzialność wspólników jako faktycznych członków zarządu.....	376
2.7. Deliktowa odpowiedzialność odszkodowawcza.....	377
2.7.1. Uwagi wprowadzające.....	377
2.7.2. Przesłanki deliktowej odpowiedzialności odszkodowawczej i ciężar dowodu.....	378
2.7.3. Problematyka podmiotowego zakresu odpowiedzialności odszkodowawczej – zasada ograniczenia indemnizacji do bezpośrednio poszkodowanego a koncepcja dochodzenia roszczeń deliktowych przez pośrednio poszkodowanych.....	383
2.7.3.1. Problematyka podmiotowego zakresu odpowiedzialności odszkodowawczej w doktrynie polskiej.....	383
2.7.3.2. Problematyka podmiotowego zakresu odpowiedzialności odszkodowawczej w doktrynie niemieckiej.....	393

2.7.3.3. Próba kompromisowego podejścia do problematyki podmiotowego zakresu odpowiedzialności odszkodowawczej bazująca na rozwiązaniach przyjętych w doktrynie niemieckiej	401
2.7.4. Zalety i wady deliktowej odpowiedzialności odszkodowawczej w porównaniu z odpowiedzialnością przebijającą	406
2.7.4.1. Zalety odpowiedzialności deliktowej	406
2.7.4.2. Wady odpowiedzialności deliktowej	408
3. Zalety i wady koncepcji odpowiedzialności przebijającej w porównaniu z alternatywnymi rozwiązaniami	413
3.1. Zalety koncepcji odpowiedzialności przebijającej	413
3.2. Wady koncepcji odpowiedzialności przebijającej	416
4. Możliwość, dopuszczalność i celowość zastosowania konstrukcji odpowiedzialności przebijającej w polskim prawie spółek	421
Rozdział XIV. Uwagi i postulaty <i>de lege ferenda</i> – problematyka i propozycja ustawowego uregulowania odpowiedzialności wspólników za nadużycie formy prawnej spółki z o.o.	429
1. Pożądany a zarazem kompromisowy kształt przyszłej regulacji odpowiedzialności wspólników za nadużycie formy prawnej spółki z o.o.	429
2. Propozycje uregulowania odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. w doktrynie polskiej	436
3. Możliwe do przejścia rozwiązania z zakresu niemieckiego prawa spółek i prawa upadłościowego oraz propozycje uregulowania odpowiedzialności wspólników spółki z o.o.	445
4. Własna propozycja uregulowania odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. wobec jej wierzycieli	452
Zakończenie	457
Bibliografia	461

Wykaz skrótów

Akty prawne

- AktG Aktiengesetz vom 6. September 1965 (BGBl. I S. 1089 ze zm.) – niemiecka ustawa o spółkach akcyjnych
- AnfG Gesetz über die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Insolvenzverfahrens (Anfechtungsgesetz – AnfG) vom 5. Oktober 1994 (BGBl. I S. 2911 ze zm.) – niemiecka ustawa o zaskarżaniu czynności prawnych dłużnika poza postępowaniem upadłościowym (ustawa o zaskarżaniu)
- GmbHG Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20.04.1892 (BGBl. I S. 2586 ze zm.) – niemiecka ustawa o spółkach z ograniczoną odpowiedzialnością
- HGB Handelsgesetzbuch vom 10.05.1897 (RGBl. S. 219 ze zm.) – niemiecka ustawa Kodeks handlowy
- InsO Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994 (BGBl. I S. 2866 ze zm.) – niemiecka ordynacja w sprawie niewypłacalności (Prawo o niewypłacalności)
- k.c. ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. 1964, Nr 16, poz. 93 ze zm.)
- k.s.h. ustawa z dnia 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych (Dz.U. 2000, Nr 94, poz. 1037 ze zm.)
- MoMiG Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23. Oktober 2008 (BGBl. 2008, Teil I, Nr. 48 vom 28. Oktober 2008, s. 2026 i n.) – niemiecka ustawa o modernizacji prawa spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i zwalczaniu nadużyć
- p.o.p.c. ustawa z dnia 18 lipca 1950 r. – Przepisy ogólne prawa cywilnego (Dz.U. Nr 34, poz. 311 ze zm.)
- p.r. ustawa z dnia 15 maja 2015 r. – Prawo restrukturyzacyjne (Dz.U. 2015, poz. 978 ze zm.)
- p.u. ustawa z dnia 28 lutego 2003 r. – Prawo upadłościowe (Dz.U. 2015, poz. 233 t.j. ze zm.)
- u.f. ustawa z dnia 6 kwietnia 1984 r. o fundacjach (Dz.U. 2016, poz. 40 t.j.)
- u.k.r.s. ustawa z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz.U. 2015, poz. 1142 t.j. ze zm.)

UmwG	Umwandlungsgesetz (UmwG) vom 28. Oktober 1994 (BGBl. I S. 3210; 1995 I S. 428 ze zm.) – niemiecka ustawa o przekształceniach
u.z.n.k.	ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. 2003, Nr 153, poz. 1503 t.j. ze zm.)

Czasopisma i zbiory orzecznictwa

AcP	„Archiv für die civilistische Praxis”
BB	„Betriebs-Berater”
DStR	„Deutsches Steuerrecht”
EBLR	„European Business Law Review”
GmbHR	„Die GmbH-Rundschau”
JZ	„JuristenZeitung”
KPP	„Kwartalnik Prawa Prywatnego”
KTS	„Konkurs Treuhand Sanierung”
MoP	„Monitor Prawniczy”
NZG	„Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht”
PiP	„Państwo i Prawo”
PPH	„Przegląd Prawa Handlowego”
WM	„Wertpapier Mitteilungen. Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht”
ZGR	„Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht”
ZHR	„Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht”
ZIP	„Zeitschrift für Wirtschaftsrecht”

Inne

BGH	Bundesgerichtshof – niemiecki Federalny Trybunał Sprawiedliwości
BSG	Bundessozialgericht – niemiecki Federalny Sąd Społeczny
KKPC	Komisja Kodyfikacyjna Prawa Cywilnego
KRS	Krajowy Rejestr Sądowy
nb	numer brzegowy (boczny)
RG	Reichsgericht – niemiecki Sąd Rzeszy
t.j.	tekst jednolity
SLIM	The „Simper Legislation for the Internal Marke” (SLIM) inicjatywa Komisji Unii Europejskiej
z.	zeszyt

Wprowadzenie

Przedmiotem niniejszej rozprawy jest prawnoporównawcza analiza problematyki osobistej odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. wobec wierzycieli spółki przy wykorzystaniu koncepcji odpowiedzialności przebijającej rozwiniętej w niemieckiej doktrynie i orzecznictwie oraz dyskutowanej w doktrynie polskiej koncepcji nadużycia formy prawnej spółki (nadużycia osobowości prawnej).

Podjęcie badań naukowych nad tym zagadnieniem jest uzasadnione i wysoce wskazane z uwagi na toczącą się w doktrynie polskiego prawa spółek dyskusję nad ukształtowaniem systemu ochrony wierzycieli spółki z o.o. w związku z reformą struktury majątkowej tejsze spółki i planowanym zmniejszeniem kwoty minimalnego kapitału zakładowego do symbolicznej złotówki. W toku tej dyskusji wielu autorów wskazywało na potrzebę przejścia zagranicznych rozwiązań prawnych chroniących wierzycieli spółki z o.o., w tym rozważano możliwość przejścia na grunt prawa polskiego niemieckiej koncepcji odpowiedzialności przebijającej. Prezentowane przez poszczególnych przedstawicieli doktryny poglądy wskazują jednak na niejednorodne pojmowanie konstrukcji „przebicia”, która utożsamiana jest nawet – zapewne w uproszczeniu – z deliktową odpowiedzialnością wspólników, skoro mowa jest o przebijającej odpowiedzialności wspólników opartej na ogólnej deliktowej podstawie. Natomiast wstępna analiza wcześniejszych wypowiedzi na temat odpowiedzialności przebijającej prowadzi do raczej smutnej konstatacji, że problematyka tej odpowiedzialności nie doczekała się do tej pory pogłębionej analizy dogmatycznej i prawnoporównawczej w doktrynie polskiej. Analiza ta skupiała się głównie na skromnej prezentacji dorobku doktryny niemieckiej, w ramach której autorzy koncentrowali się przede wszystkim na omawianiu koncepcji i poglądów R. Sericka zawartych w jego rozprawie habilitacyjnej z lat 50. ubiegłego stulecia. Pracy tej – mimo jej nieocenionych zasług dla rozwoju niemieckiej koncepcji „przebicia” – w żadnej mierze nie można jednak uznać obecnie za miarodajną dla analizowanej w niniejszej rozprawie problematyki.

W związku z postulowanym w doktrynie polskiego prawa spółek sięgnięciem do konstrukcji odpowiedzialności przebijającej – głównie tej rozwiniętej w niemieckim prawie spółek – jako dodatkowego instrumentu ochrony wierzycieli spółki z o.o., mającego wzmocnić tę ochronę, głównym celem niniejszego opracowania jest ustalenie, czym, tak naprawdę, jest odpowiedzialność przebijająca i czy rzeczywiście stanowi ona efektywny instrument ochronny, który zasługuje na przejście na grunt prawa polskiego.

Aby ten cel osiągnąć, konieczna jest pogłębiona dogmatyczna analiza koncepcji i instytucji odpowiedzialności przebijającej w niemieckiej doktrynie, ze szczególnym uwzględnieniem rozwoju tej koncepcji od samego początku jej powstania aż do dziś.

Dogmatycznej analizie poddana zostanie również omawiana w doktrynie polskiej koncepcja odpowiedzialności za nadużycie formy prawnej spółki, odpowiedzialności za nadużycie osobowości prawnej, a także koncepcja nadużycia prawa do posługiwania się formą osoby prawnej w zakresie, w jakim dotyczy ona odpowiedzialności wspólników spółki z o.o.

Metodzie dogmatycznej towarzyszyć będzie metoda *case law study*, w ramach której przedstawieniu i analizie poddane zostanie orzecznictwo sądów niemieckich i sądów polskich dotyczące problematyki odpowiedzialności wspólników spółki z o.o., ze szczególnym uwzględnieniem prawotwórczej roli orzeczeń niemieckiego Federalnego Trybunału Sprawiedliwości i zwróceniem uwagi na kształtujące się w orzecznictwie i równolegle wyodrębnione w doktrynie grupy przypadków „przebicia”.

Wreszcie, najistotniejszą metodą zastosowaną w niniejszym opracowaniu z perspektywy jego celów jest metoda prawnoporównawcza. Niemiecki porządek prawny stanowić będzie punkt odniesienia i porządek wyjściowy, podczas gdy polski porządek prawny będzie porządkiem docelowym. Analiza prawnoporównawcza, oparta na pogłębionej analizie dogmatycznej i metodologicznej rozwiązań niemieckich, w tym niemieckiego orzecznictwa, ma bowiem doprowadzić do odpowiedzi na pytanie, czy przejęcie konstrukcji *Durchgriffshaftung* na grunt prawa polskiego – przy uwzględnieniu aktualnego ukształtowania w polskim prawie spółek koncepcji nadużycia formy prawnej spółki – jest w ogóle możliwe i dopuszczalne *de lege lata*, a jeżeli tak, czy jest ono celowe. Odpowiedź na to pytanie wymagać będzie z kolei przeprowadzenia – w niezbędnym zakresie – metodologicznej i dogmatycznej analizy znanych prawu polskiemu instytucji prawnych, dogmatycznych podstaw odpowiedzialności oraz metod stosowania prawa.

Tezą badawczą niniejszej rozprawy jest założenie, że w związku z ujawnionymi w toku dyskusji nad reformą struktury majątkowej spółki z o.o. deficytami w zakresie ochrony wierzycieli tej spółki, niezbędne jest wzmocnienie ochrony wierzycieli, co powinno nastąpić przez rozszerzenie kręgu podmiotów odpowiedzialnych wobec wierzycieli o wspólników spółki z o.o. Nie sprzeciwia się to rozwijaniu innych instrumentów ochrony wierzycieli, w tym koncepcji odpowiedzialności tzw. faktycznych członków zarządu. Należy oczekiwać, że analiza rozwiązań z zakresu niemieckiego prawa spółek potwierdzi zasadność takiego twierdzenia.

Istotnym elementem tej tezy roboczej, a w istocie drugą tezą badawczą pracy jest twierdzenie, że – wbrew sceptycznemu podejściu do niemieckiej koncepcji „przebicia” w doktrynie polskiej – konstrukcja odpowiedzialności przebijającej jest możliwa z metodologicznego i dogmatycznego punktu widzenia do przejęcia na grunt polskiego prawa spółek i prawa cywilnego. Intuicyjnie należy bowiem uznać, że skoro w prawie niemieckim, a więc w ramach kontynentalnego porządku prawnego, pojawiła się i została

rozwinęta koncepcja odpowiedzialności przebijającej, a nikt nie kwestionuje faktu, że Republika Federalna Niemiec jest demokratycznym państwem prawnym, w którym sądownictwo przestrzega w sposób nad wyraz skrupulatny standardów stosowania prawa, koncepcja taka powinna być również możliwa do przejścia w polskim prawie spółek i (szerzej) w prawie cywilnym. Przemawiać za tym powinna bliskość obydwu systemów prawnych oraz wzorowanie się, w dużej mierze, polskiego prawa spółek na rozwiązaniach niemieckich, a także zasadniczy brak fundamentalnych różnic, czy też skrajnych przeciwieństw, między polskim a niemieckim prawem cywilnym, zwłaszcza jeżeli uwzględni się podobieństwo rezultatów uzyskiwanych w toku stosowania polskiego i niemieckiego prawa cywilnego. To podobieństwo systemowe, a także powoływanie się przedstawicieli doktryny polskiej przede wszystkim na rozwiązania niemieckie, uzasadnia zarazem w sposób wystarczający wybór prawa niemieckiego jako porządku prawnego stanowiącego punkt odniesienia w ramach przeprowadzonej w niniejszej rozprawie analizy prawnoporównawczej.

Zakładana w ramach tezy roboczej niniejszej rozprawy możliwość oraz metodologiczna i dogmatyczna dopuszczalność zastosowania koncepcji odpowiedzialności przebijającej na gruncie polskiego prawa spółek nie będzie jednak sama przez się oznaczać, że przejście konstrukcji „przebicia” jest zasadne. Należy bowiem ustalić, czy tzw. przypadki „przebicia” są możliwe do rozwiązania za pomocą innych dostępnych prawu niemieckiemu i polskiemu instrumentów ochronnych. Natomiast w przypadku stwierdzenia, że w porównaniu z dostępnym instrumentarium ochronnym odpowiedzialność przebijająca zapewnia większy zakres ochrony, należy dodatkowo zbadać, czy jej zastosowanie nie grozi bezpieczeństwu prawnemu i nie prowadzi do nadmiernego konstrukcyjnego osłabienia spółki z o.o. jako formy organizacyjnoprawnej prowadzenia działalności gospodarczej i nie zniechęci do korzystania z tej formy. W razie ustalenia, że odpowiedzialność przebijająca w jej klasycznym ujęciu stanowi zbyt surowy instrument ochrony o nie do końca jasnych przesłankach zastosowania i niosący ze sobą potencjalne ryzyko dla bezpiecznego funkcjonowania spółek z o.o., celowe będzie rozważenie złagodzenia tej instytucji, ewentualnie zastąpienia jej mniej inwazyjnym rozwiązaniem alternatywnym. Będzie to możliwe dzięki zestawieniu wad i zalet odpowiedzialności przebijającej oraz odniesieniu tej instytucji do alternatywnych instrumentów ochrony, co pozwoli sformułować postulaty *de lege ferenda* takiego ukształtowania odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. wobec jej wierzycieli, które zapewni poziom ochrony zbliżony do odpowiedzialności przebijającej, uwzględniający jednak w należyty sposób interesy zarówno wierzycieli spółki z o.o., jak i jej wspólników.

Aby móc zrealizować założone cele badawcze, potwierdzić zasadność postawionych tez roboczych i odpowiedzieć na wszystkie związane z nimi relewantne pytania,

a także by w sposób właściwy zastosować wskazane powyżej metody badawcze – w postaci metody dogmatycznej, metody *case law study* oraz metody prawnoporównawczej – niniejsze opracowanie podzielone zostało na cztery części, składające się łącznie z czternastu rozdziałów.

W pierwszej części przedstawiono i omówiono zagadnienia ogólne ze szczególnym uwzględnieniem deficytów ochrony wierzycieli spółki z o.o. przez system kapitału zakładowego, a także deficytów ochronnych testu wypłacalności. W tej części również niejako wyjęto przed nawias grupy przypadków uzasadniające ochronę wierzycieli spółki z o.o., w których zawodzą system ochrony kapitałowej oraz system testu wypłacalności. Szczególną uwagę poświęcono też relacji odpowiedzialności przebijającej do szerszej problematyki pominięcia prawnej odrębności spółek kapitałowych. Natomiast w ramach uwag definicyjnych i porządkujących wskazano, co należy rozumieć przez właściwą odpowiedzialność przebijającą, której analizie poświęcono dalszą część rozważań zawartych w niniejszej pracy.

Część druga rozprawy poświęcona jest przedstawieniu koncepcji *Durchgriffshaftung* w niemieckiej doktrynie i orzecznictwie ze szczególnym uwypukleniem teoretycznoprawnych i dogmatycznych podstaw tej odpowiedzialności, jej historycznego rozwoju, wielowariantowości oraz wieloznaczności. W osobnym rozdziale przedstawiono zastosowanie koncepcji „przebicia” w niemieckiej doktrynie i orzecznictwie oraz omówiono poszczególne grupy przypadków odpowiedzialności przebijającej. Szczególną uwagę zwrócono na kształtowanie się koncepcji odpowiedzialności przebijającej za unicestwienie egzystencji spółki, jako najistotniejszej obecnie grupie przypadków „przebicia”. W ostatnim rozdziale tej części przedstawiono i poddano analizie krytykę koncepcji odpowiedzialności przebijającej.

Trzecia część rozprawy poświęcona jest problematyce ochrony wierzycieli spółki z o.o. przez odpowiedzialność przebijającą w polskiej doktrynie i orzecznictwie, przy czym na samym początku zwrócono uwagę na nieufne, a tak naprawdę negatywne stanowisko doktryny polskiej wobec właściwej odpowiedzialności przebijającej. Dlatego też zawarte w tej części rozważania dotyczą – stanowiącej swoistą recepcję teorii odpowiedzialności przebijającej na grunt prawa polskiego – koncepcji nadużycia formy prawnej spółki/nadużycia osobowości prawnej oraz krytyki koncepcji odpowiedzialności przebijającej oraz koncepcji nadużycia formy prawnej spółki w doktrynie polskiej. Należy przy tym podkreślić, że omawiane w doktrynie polskiej koncepcje nadużycia formy prawnej spółki, nadużycia osobowości prawnej oraz nadużycia prawa do posługiwania się formą osoby prawnej omówiono i poddano analizie jedynie w takim zakresie, w jakim odnoszą się one do problematyki odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. wobec jej wierzycieli. W celu ułatwienia późniejszej analizy prawnoporównawczej

układ części trzeciej odpowiada układowi części drugiej, przy czym poświęcona doktrynie i orzecznictwu polskiemu część trzecia jest o wiele mniej obszerna od części drugiej dotyczącej doktryny i judykatury niemieckiej. Jest to ze wszech miar zrozumiałe, jeżeli uwzględni się i porówna stopień zakorzenienia koncepcji „przebicia” w prawie niemieckim i polskim. Dodatkowo potwierdza to zasadność wyboru niemieckiego porządku prawnego jako komparatystycznego porządku wyjściowego i stanowiącego punkt odniesienia, a polskiego porządku prawnego jako porządku „docelowego”.

W czwartej części rozprawy dokonano komparatystycznej analizy niemieckiej koncepcji odpowiedzialności przebijającej oraz reprezentowanych w doktrynie polskiej koncepcji nadużycia, przy czym szczególną uwagę poświęcono możliwości przejęcia koncepcji „przebicia” na grunt prawa polskiego z metodologicznego punktu widzenia. W rozdziale XIII przedstawiono uwagi i wnioski *de lege lata* na temat koncepcji odpowiedzialności przebijającej w odniesieniu do alternatywnych instrumentów ochrony wierzycieli ze szczególnym uwzględnieniem odpowiedzialności deliktowej i toczącej się w doktrynie polskiego prawa cywilnego dyskusji na temat tzw. szkody pośredniej. W tym miejscu należy już zastrzec, że poszczególne alternatywne instrumenty ochrony wierzycieli i dogmatyczne podstawy odpowiedzialności zostały przedstawione w zakresie niezbędnym do zestawienia i porównania ich z odpowiedzialnością przebijającą. W szczególności tylko w niezbędnym zakresie odniesiono się do odpowiedzialności członków zarządu spółki z o.o. na podstawie art. 299 k.s.h. oraz art. 21 ust. 3 p.u., a prawie całkowicie pominięto problematykę odpowiedzialności wspólników jako tzw. faktycznych zarządców, jako pochodną wobec odpowiedzialności członków zarządu. W rozdziale XIII przedstawiono wady i zalety poszczególnych alternatywnych instrumentów ochrony wierzycieli, a także wady i zalety koncepcji odpowiedzialności przebijającej, aby zakończyć ten rozdział rozważaniami na temat możliwości, dopuszczalności i celowości zastosowania konstrukcji „przebicia”. Ostatni rozdział części czwartej poświęcony jest wreszcie uwagom i postulatom *de lege ferenda*, w ramach których omówiono założenia, jakim powinna odpowiadać proponowana przyszła regulacja odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. wobec wierzycieli tej spółki, a także przedstawiono brzmienie stosownych przepisów.

Przeprowadzona w niniejszej rozprawie analiza poświęcona jest spółce z o.o. jako formie organizacyjnoprawnej szczególnie podatnej na nadużycia, o czym świadczy również to, że koncepcja odpowiedzialności przebijającej została rozwinięta właśnie w celu ochrony wierzycieli spółki z o.o. Dlatego też w niniejszej rozprawie brak jest szczególnych rozważań na temat odpowiedzialności przebijającej akcjonariuszy spółki akcyjnej, czy też szerzej: odpowiedzialności przebijającej podmiotów stanowiących substrat osobowy osób prawnych (w tym m.in. członków spółdzielni i stowarzyszeń). Natomiast

problematyka odpowiedzialności przebijającej podmiotów innych niż wspólnicy spółki z o.o. została omówiona skrótowo jedynie w takim zakresie, w jakim jest to relewantne dla odpowiedzialności przebijającej w spółce z o.o. Poczynione w niniejszej rozprawie rozważania zachowują jednakże swoją aktualność również w odniesieniu do spółki akcyjnej, czy też innych osób prawnych, a proponowane przepisy można w łatwy sposób przerehabilitować tak, aby swoim zakresem podmiotowym objęły one w sposób ogólny wszystkie osoby prawne. W szczególności można sobie wyobrazić rozszerzenie odpowiedzialności przebijającej na akcjonariuszy tzw. prywatnych spółek akcyjnych.

Należy ponadto podkreślić, że w przeciwieństwie do wielu opracowań analizujących problematykę odpowiedzialności wspólników wobec wierzycieli spółki, niniejsza rozprawa nie jest poświęcona problematyce koncernowej i odpowiedzialności spółki dominującej wobec wierzycieli kapitałowych spółek zależnych, a zatem wyłączone z niej zostały rozważania na temat prawa zgrupowań spółek i powiązań wewnątrzkoncernowych. Problematyka „przebicia” oraz przypadki nadużycia formy prawnej spółki dotyczą bowiem wszystkich spółek z o.o., a nie tylko spółek uczestniczących w zgrupowaniu, choć należy przyznać, że nadużycia te zdarzają się bardzo często właśnie w strukturach koncernowych, o czym świadczą dobitnie niektóre wyodrębnione i omówione poniżej podgrupy przypadków odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki (*Existenzvernichtungshaftung*). O oderwaniu się zagadnienia odpowiedzialności przebijającej od problematyki koncernowej świadczy dobitnie przedstawiona w niniejszej rozprawie ewolucja orzecznictwa niemieckiego Federalnego Trybunału Sprawiedliwości dotyczącego *Existenzvernichtungshaftung*.

W rozprawie pominięto ponadto analizę problematyki odpowiedzialności przebijającej w szerszym kontekście europejskiego prawa spółek, swobody przedsiębiorczości i prawa prywatnego międzynarodowego, sygnalizując jedynie wady i zalety przyporządkowania odpowiedzialności wspólników wobec wierzycieli spółki z o.o. do prawa spółek, prawa czynów niedozwolonych oraz prawa upadłościowego.

Część pierwsza: Zagadnienia ogólne

Rozdział I

Potrzeba analizy problematyki odpowiedzialności przebijającej wspólników spółki z o.o.

1. Postulaty ochrony wierzycieli spółki z o.o. przez osobistą odpowiedzialność jej wspólników na zasadach odpowiedzialności przebijającej lub deliktowej w doktrynie polskiej

Przygotowany przez Zespół ds. prawa spółek Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego (KKPC) przy Ministrze Sprawiedliwości projekt reformy struktury majątkowej spółki z o.o.¹ (zwany dalej projektem) ma na celu kompleksową modernizację spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, przy czym obniża on minimalną wysokość kapitału zakładowego spółki z o.o. do symbolicznej złotówki².

W ogólnej części uzasadnienia projektu zwraca się szczególną uwagę na potrzebę wzmocnienia pozycji wierzycieli spółek z o.o. przy jednoczesnym stwierdzeniu, że „część doktryny kwestionuje tezę, iż kapitał zakładowy skutecznie chroni wierzycieli [...]”³. Zespół ds. prawa spółek KKPC podkreśla „relatywny charakter instytucji kapitału zakładowego jako instrumentu ochrony wierzycieli”, wskazując zarazem na trudności w ostatecznym przesądzeniu celowości utrzymania kapitału zakładowego w spółkach z o.o.⁴

Dlatego też projekt przewiduje „poszerzenie zakresu autonomii woli w spółkach z o.o.” przez wprowadzenie do Kodeksu spółek handlowych (w skrócie: k.s.h.)⁵ trzech modeli kapitałowych spółki z o.o. – tradycyjnego (z kapitałem zakładowym), alternatywnego (z kapitałem udziałowym i udziałami beznominałowymi) oraz mieszanego (z kapitałem zakładowym i udziałowym). Zgodnie z założeniem projektu kapitał zakładowy staje się więc „instytucją w pełni fakultatywną”, a ustawowe minimum kwoty kapitału zakładowego – w przypadku wyboru modelu tradycyjnego albo mieszanego – wynosić ma jedynie symboliczną złotówkę, „co jest podyktowane koniecznością wyznaczenia

¹ Zespół ds. prawa spółek KKPC, *Projekt reformy struktury majątkowej spółki z o.o.*, PPH 2010, nr 12, s. 5–21 (dalej jako: *Projekt...*).

² Por. projektowany art. 152 § 2 k.s.h.

³ *Projekt...*, s. 14 i 11.

⁴ *Ibidem*, s. 12.

⁵ Ustawa z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych, Dz.U. Nr 94, poz. 1037 ze zm.

minimalnej wartości nominalnej udziału na tym poziomie”⁶. Projekt przewiduje także wprowadzenie nowych instrumentów ochrony wierzycieli, nieznanych do tej pory prawu polskiemu, które mają obowiązywać we wszystkich modelach spółki z o.o.⁷ Instrumenty te to test wypłacalności, obowiązek tworzenia przez spółki z o.o. rezerwy na pokrycie przyszłych strat oraz obowiązek zarządu periodycznej oceny wystąpienia znacznej straty spółki oraz zachowania przez spółkę wystarczającej wypłacalności. Wszystkie te nowe instrumenty ochrony wierzycieli mają, jak podkreśla projekt, charakter prewencyjny⁸.

W toku wywołanej pojawieniem się projektu dyskusji naukowej wielu przedstawicieli doktryny odniosło się do problematyki ochrony wierzycieli spółki z o.o. w ten sposób, że zwróciło uwagę na możliwość, a nawet potrzebę ochrony wierzycieli poprzez osobistą odpowiedzialność wspólników spółki z o.o. na podstawie przepisów o odpowiedzialności deliktowej lub przy zastosowaniu konstrukcji tzw. odpowiedzialności przebijającej.

I tak, S. Sołtysiński, odpierając zarzuty jakoby projekt miał zezwalać na nadużycia instytucji spółki kapitałowej, „umożliwiając prowadzenie działalności gospodarczej bez jakiegokolwiek odpowiedzialności”⁹, „gdy wspólnik dostarcza spółce tylko symboliczne wartości majątkowe, a nawet, gdy wycofa ze spółki, bez kontroli ze strony jej wierzycieli, to co wniósł od jej kapitału udziałowego”¹⁰, wskazuje m.in. na potencjalną możliwość pociągnięcia wspólników spółki z o.o. do odpowiedzialności wobec jej kontrahentów na podstawie art. 415–449¹⁰ Kodeksu cywilnego¹¹, a więc na zasadach odpowiedzialności deliktowej¹².

Odnosząc się do zarzutów krytyków projektu, jakoby pozwalał on przez promowanie modelu bezkapitałowej spółki z o.o. na tworzenie spółek z o.o. pozbawionych jakiegokolwiek majątku – swoistych „wydmuszek kapitałowych”, A. Opalski podnosi, że projekt „nie zmienia [...] dotychczasowego stanu, w którym ustawodawca nie zobowiązuje wspólników do wyposażenia spółki w odpowiednie fundusze”. Autor podkreśla, że „rolą ustawodawcy nie jest [...] wyręczanie wspólników w podejmowaniu decyzji o skali wyposażenia spółki w fundusze własne”¹³. Zdaniem autora, „innym zagadnieniem jest natomiast odpowiedź na pytanie, czy przypadki rażącego niedokapitalizowania spółek

⁶ *Projekt...*, s. 12.

⁷ *Ibidem*, s. 12.

⁸ *Ibidem*, s. 14–15.

⁹ S. Sołtysiński, *Kilka uwag o potrzebie modernizacji spółki z o.o.*, PPH 2011, nr 9, s. 7.

¹⁰ J. Frąckowiak, *Demontaż spółki z o.o. czy nowy rodzaj spółki kapitałowej – uwagi na tle proponowanej nowelizacji kodeksu spółek handlowych*, PPH 2011, nr 6, s. 9.

¹¹ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny, Dz.U. Nr 16, poz. 93 ze zm.

¹² S. Sołtysiński, *Kilka uwag...*, s. 7.

¹³ A. Opalski, *Kilka uwag na temat reformy spółki z o.o. i jej kontrowersyjnej krytyki*, PPH 2011, nr 9, s. 13.

powinny rodzić odpowiedzialność wspólników (np. na zasadzie przebicia korporacyjnej zasłony), jeżeli przez swoje zaniechanie narażają oni otoczenie spółki na nieproporcjonalne i trudne do zaakceptowania ryzyka. Pozytywna odpowiedź na to pytanie nie jest jednak równoznaczna z przyjęciem, że rolą ustawodawcy jest weryfikowanie *ex ante* adekwatności wyposażenia kapitałowego każdego przedsięwzięcia gospodarczego¹⁴.

Krytykując przewidziany w projekcie jako jeden z instrumentów prewencyjnej ochrony wierzycieli test wypłacalności, A. Kappes zwraca uwagę, że test wypłacalności i test bilansowy „chronią wierzycieli wyłącznie przed niewypłacalnością spółki wywołaną ogałaniem jej majątku przez samych wspólników [...]. Natomiast brakuje instrumentów chroniących bezpieczeństwo obrotu przed prowadzeniem przez spółkę działalności gospodarczej, a w szczególności wobec zaciągania zobowiązań w sytuacji nieposiadania przez spółkę majątku”¹⁵. Autor odsyła w tym zakresie do prawa niemieckiego, w którym „niewyposażenie spółki przez wspólników w środki konieczne do prowadzenia zamierzonej działalności (*Unterkapitalisierung*), nawet jeśli kapitał zakładowy spółki został pokryty, może stanowić przesłankę do wystąpienia przez wierzyciela spółki z powództwem przeciwko wspólnikowi spółki w ramach tzw. *Durchgriffshaftung*¹⁶ [odpowiedzialności przebijającej, przyp. P.M.W.]”.

Zabierając głos w dyskusji nad projektem, K. Osajda zwraca uwagę na występujące w doktrynie różnice w poglądach odnośnie do przyszłego kształtu reformy spółki z o.o. Jak słusznie zauważa autor, część przedstawicieli doktryny krytykuje dokonane nowelizacją k.s.h. z 2008 r.¹⁷ obniżenie kapitału zakładowego spółki z o.o. do 5000 zł „bez wprowadzenia alternatywnych instrumentów ochrony wierzycieli spółki” jako zagrażające pewności i bezpieczeństwu obrotu z udziałem tego typu spółek, co powoduje konieczność uzupełnienia owej reformy. Pozostała część przedstawicieli doktryny spostrzega natomiast, zdaniem autora, deficyt funkcji gwarancyjnej kapitału zakładowego i podkreśla potrzebę „wzmocnienia ochrony wierzycieli spółek z o.o. za pomocą innych niż kapitał zakładowy, znanych w zagranicznych systemach prawnych instrumentów”¹⁸. Autor nie precyzuje przy tym, jakie „inne” instrumenty ochrony wierzycieli miałyby wchodzić w rachubę, odsyłając jedynie w tym zakresie do jednej z nowszych niemieckich rozpraw habilitacyjnych poświęconych problematyce ochrony wierzycieli¹⁹.

¹⁴ *Ibidem*, s. 13.

¹⁵ A. Kappes, *Konieczne zmiany w projekcie reformy struktury majątkowej spółki z o.o.*, PPH 2011, nr 9, s. 18.

¹⁶ *Ibidem*, s. 18.

¹⁷ Ustawa z dnia 23 października 2008 r. o zmianie ustawy – Kodeks spółek handlowych, Dz.U. Nr 217, poz. 1381.

¹⁸ K. Osajda, *O potrzebie i zakresie reformy regulacji prawnej spółki z o.o.*, PPH 2011, nr 9, s. 25.

¹⁹ Por. *ibidem*, s. 25, przyp. 6. Powołana tam monografia autorstwa F. Steffek, *Gläubigerschutz in der Kapitalgesellschaft. Krise und Insolvenz im englischen und deutschen Gesellschafts- und Insolvenzrecht*, Mohr Siebeck 2011, stanowi komparatystyczną rozprawę doktorską, która poświęcona jest angielskim

K. Oplustil, jako członek Zespołu KKPC bezpośrednio odpowiedzialny (wraz z A. Opalskim) za przygotowanie projektu, odnosząc się do podnoszonego przez krytyków projektu niebezpieczeństwa nagminnego tworzenia rażąco niedokapitalizowanych spółek z o.o., stanowiących zagrożenie dla obrotu, uznaje je za znacznie przesadzone. Autor ten podkreśla, iż „w przypadku nadużycia formy spółki z o.o. na szkodę jej wierzycieli w rachubę wchodzi przyjęcie przebijającej odpowiedzialności wspólników z powodu rażącego materialnego niedokapitalizowania, która może zostać oparta na ogólnej deliktowej podstawie (art. 415 kodeksu cywilnego)”²⁰.

Z kolei M. Leśniak, opowiadając się za rozważeniem potrzeby wprowadzenia do polskiego prawa spółek nowej formy spółki kapitałowej w postaci „spółki udziałowej”, podkreśla, że należy „koniecznie [...] przewidzieć odpowiedzialność osobistą wspólników takiej spółki za jej zobowiązania w sytuacji, gdy wspólnicy przerzucają ryzyko prowadzenia działalności gospodarczej przez spółkę na jej kontrahentów lub członków zarządu”. Zdaniem autora, „tego typu regulacja powinna przewidywać, że w razie gdy wspólnicy spółki kapitałowej nadużywają jej formy dla uzyskania korzyści kosztem kontrahentów spółki, w szczególności będących konsumentami, możliwe będzie pominięcie zasłony korporacyjnej i obarczenie wspólników osobistą odpowiedzialnością za zobowiązania spółki. Regulacja ta byłaby urzeczywistnieniem propozycji zgłaszanych w doktrynie oraz pojawiających się w praktyce sądowej prób zastosowania takiego rozwiązania na podstawie odpowiedzialności z tytułu popełnienia czynu niedozwolonego lub klauzulę nadużycia prawa podmiotowego”²¹.

Natomiast K. Jasiakiewicz, odnosząc się do atrakcyjności dla wspólników przewidzianego w projekcie „nowego podtypu spółki z o.o.” (spółki z o.o. z kapitałem udziałowym), zauważa, że wspólnicy mogą uznać za atuty tej nowej spółki nie tylko „łatwość jej zawierania (brak minimalnych progów kapitałowych)”, ale również „utrzymanie zasady nieodpowiedzialności wspólnika za zobowiązania spółki, przy jednoczesnym braku podstaw do stosowania w prawie polskim instytucji nawiązujących do tzw. odpowiedzialności przekuwającej osłonę korporacyjną (typu *piercing the corporate veil*, *Haftungsdurchgriff*)”²². Na niewystępowanie w polskim obrocie gospodarczym znanych obcym porządkom prawnym instrumentów ochrony wierzycieli, w tym odpowiedzialności

i niemieckim instrumentom ochrony wierzycieli w prawie spółek i prawie upadłościowym, zaś jej rozdział 6 dotyczy odpowiedzialności wspólników, a w szczególności tzw. funkcjonalnej odpowiedzialności przebijającej.

²⁰ K. Oplustil, *Krytycznie o zarzutach krytyków projektu reformy struktury majątkowej spółki z o.o.*, PPH 2011, nr 9, s. 30.

²¹ M. Leśniak, *Kilka uwag na tle proponowanej nowelizacji kodeksu spółek handlowych*, PPH 2011, nr 9, s. 46.

²² M. Jasiakiewicz, *Kilka uwag w sprawie potrzeby modernizacji prawa spółek*, PPH 2011, nr 9, s. 51. W nawiasach podano angielskie i niemieckie odpowiedniki terminów polskich.

wspólników za zobowiązania spółki na podstawie konstrukcji *piercing the corporate veil*, zwraca uwagę również J. Gajownik-Zienkiewicz, podkreślając zarazem, że występują one w innych państwach obok testu wypłacalności, którego wprowadzenie przewiduje projekt²³.

2. Kwestie wymagające pogłębionej analizy, otwarte pytania, potrzeba odniesienia się do dorobku doktryny i orzecznictwa niemieckiego

Jak wynika z przedstawionego powyżej zestawienia poglądów zaprezentowanych w toku dyskusji nad projektem, przedstawiciele polskiej doktryny – i to zgodnie zarówno zwolennicy, jak i krytycy projektu – postulują albo przynajmniej dopuszczają możliwość pociągnięcia wspólników spółki z o.o. do osobistej odpowiedzialności na zasadach odpowiedzialności deliktowej lub tzw. odpowiedzialności przebijającej w dwóch zasadniczych przypadkach: nadużywania formy spółki z o.o. przez jej wspólników oraz tzw. niedokapitalizowania spółki. Należy przy tym podkreślić, że – zdaniem niektórych autorów – niewyposażenie spółki przez wspólników w majątek niezbędny do prowadzenia przez spółkę działalności gospodarczej stanowi jednocześnie nadużycie formy spółki.

Powtarzające się postulaty ochrony wierzycieli spółki z o.o. poprzez odpowiedzialność deliktową lub przebijającą jej wspólników zasługują na szczególną uwagę w kontekście przyszłego wdrożenia projektu i wejścia proponowanych w nim zmian w życie. Ponadto problematyka tych dwóch rodzajów odpowiedzialności wymaga pogłębionej analizy nie tylko z tego powodu, że stanowi ona przedmiot rozważań doktryny przy okazji dyskusji nad projektem reformy struktury majątkowej spółki z o.o., ale również dlatego, że odnoszą się do niej – choć należy przyznać, że fragmentarycznie – autorzy zwracający uwagę na deficyty systemu kapitału zakładowego w obecnym kształcie²⁴. Dotychczasowa dyskusja wskazuje również, że zagadnienie odpowiedzialności przebijającej lub deliktowej, rozumianych jako instrumenty ochrony wierzycieli spółek z o.o., zachowuje swą aktualność nie tylko jako reakcja na deficyty ochrony wierzycieli przez obecny system kapitału zakładowego, ale może również być relewantne nawet po wprowadzeniu instrumentu ochrony wierzycieli w postaci testu wypłacalności.

Zarazem rodzi się wiele pytań dotyczących m.in. stosunku odpowiedzialności przebijającej i deliktowej wspólników spółki z o.o. do innych instrumentów ochrony wierzycieli tejże spółki, a także przypadków, w których poszczególne rodzaje odpowiedzialności powinny znaleźć zastosowanie. W szczególności należy zastanowić się, czy

²³ J. Gajownik-Zienkiewicz, *Kilka uwag o teście wypłacalności*, PPH 2011, nr 9, s. 56.

²⁴ Zob. rozdz. II pkt 2.1.

rozważana możliwość pociągnięcia wspólników spółki z o.o. do osobistej odpowiedzialności za pomocą konstrukcji odpowiedzialności przebijającej, czy też na zasadach odpowiedzialności deliktowej, traktowanych jako instrumenty ochrony wierzycieli, sprowadzać ma się tylko do przypadków niedokapitalizowania spółki z o.o. tudzież nadużycia jej formy prawnej? Zasadne jest również pytanie, czy tzw. odpowiedzialność przebijająca i deliktowa wspólników spółki z o.o. powinny występować obok siebie, czy też zamiennie, w zależności od konkretnej sytuacji? A może w polskim systemie prawa spółek jest miejsce tylko na jeden z tych rodzajów odpowiedzialności? Wyjaśnienia wymaga wreszcie kwestia, co należy, tak naprawdę, rozumieć pod pojęciem odpowiedzialności przebijającej? Ponadto należy ustalić, jak może być ukształtowana odpowiedzialność przebijająca lub deliktowa: jako odpowiedzialność wspólników wobec spółki, czy też bezpośrednio wobec jej wierzycieli?

Wszystkie te wymienione powyżej kwestie, jak również inne zagadnienia, na które zwrócono uwagę w dalszej części rozważań, stanowią przedmiot pogłębionej analizy, która wykracza poza polskie prawo spółek i prawo cywilne (a ściślej prawo czynów niedozwolonych). W niniejszej pracy uwzględniono bowiem dorobek doktryny i orzecznictwa niemieckiego z zakresu prawa spółek i prawa czynów niedozwolonych. Uzasadnione jest to przede wszystkim tym, że to właśnie w Niemczech jako „ojczyźnie” spółki z o.o. zapoczątkowana została, tak naprawdę, relewantna dla polskiej nauki prawa spółek i inspirowana jej przedstawicieli dyskusja dotycząca potrzeb tudzież możliwości wzmocnienia ochrony wierzycieli spółki z o.o. przez osobistą odpowiedzialność jej wspólników, i to właśnie przy wykorzystaniu konstrukcji odpowiedzialności przebijającej albo odpowiedzialności deliktowej. Nie chcąc w żaden sposób umniejszać znaczenia dorobku orzecznictwa i doktryny anglosaskiej poświęconego odpowiedzialności przebijającej w postaci *piercing the corporate veil*, która zainspirowała swego czasu doktrynę niemiecką do wzmocnienia, a nawet stworzenia dogmatycznej podstawy dla odpowiedzialności przebijającej²⁵, należy podkreślić, że to właśnie niemiecki porządek prawny stanowi właściwy punkt odniesienia i podstawę dla badań prawnoporównawczych stanowiących przedmiot niniejszych rozważań nad tą problematyką. Wynika to z bliskości obydwu porządków prawnych umiejscowionych w systemie prawa stanowionego, niejako w opozycji do systemu precedensowego (*common law*). Ponadto niemieckie i polskie prawo spółek i prawo czynów niedozwolonych wykazują więcej podobieństw niż ma to miejsce w relacjach między angielskim i amerykańskim²⁶ a polskim porządkiem prawnym.

²⁵ Por. K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, 4. Aufl., München 2002, s. 218.

²⁶ Należy przy tym podkreślić, że koncepcja odpowiedzialności przebijającej rozwinęła się przede wszystkim w USA, podczas gdy nie cieszy się ona takim powodzeniem w Anglii. Co więcej, można stwierdzić, że koncepcja odpowiedzialności przebijającej utraciła w Anglii jakiegokolwiek znaczenie w związku z zastąpieniem jej odpowiedzialnością zarządców na podstawie odpowiedzialności za *wrongful trading* oraz

Wreszcie, doktryna polskiego prawa spółek odwołuje się przy omawianiu problematyki odpowiedzialności przebijającej oraz odpowiedzialności za nadużycie osobowości prawnej (odpowiedzialności za nadużycie formy prawnej spółki z o.o.) w zdecydowanej większości do dorobku doktryny i orzecznictwa niemieckiego, a nawet jeżeli wskazywane są również inne porządki prawne przewidujące taką odpowiedzialność, najwięcej uwagi poświęca się rozwiązaniom niemieckim.

za naruszenie *duty for creditors*. Tak słusznie w komparatystycznej części swojej rozprawy habilitacyjnej A. Schall, *Kapitalgesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz. Grund und Grenzen der Haftungsbeschränkung nach Kapitaldebatte, MoMiG und Trihotel*, München 2009 s. 252–253.

Rozdział II

Deficyty ochrony wierzycieli spółki z o.o. przez system kapitału zakładowego oraz testu wypłacalności

1. Istota kapitału zakładowego

Instytucja kapitału zakładowego stanowi charakterystyczną cechę spółek kapitałowych (spółki z o.o. i spółki akcyjnej) zarówno w polskim prawie spółek, jak i w ustawodawstwie innych państw członkowskich Unii Europejskiej. Uważany jest on w prawie polskim i polskiej doktrynie, podobnie zresztą jak w Niemczech, za fundament konstrukcji, a nawet za podstawę funkcjonowania spółek kapitałowych²⁷. Kapitał zakładowy stanowi wielkość rachunkową, której minimalną wysokość wyznacza ustawa, a która w poszczególnych spółkach określana jest w ich umowach (spółki z o.o.) bądź statutach (spółki akcyjne), a w przypadku spółek jednoosobowych w ich aktach założycielskich. Kapitał zakładowy wykazywany jest w bilansie po stronie pasywów jako element kapitałów własnych spółki. Dzieli się on na udziały (spółki z o.o.) bądź akcje (spółki akcyjne) o określonej wartości nominalnej, których suma odpowiada jego wysokości²⁸. Pełni on, zgodnie z poglądem tradycyjnym, trzy podstawowe funkcje: korporacyjną (prawną), gospodarczą (ekonomiczną, inwestycyjną) oraz gwarancyjną (ochronną)²⁹.

Funkcja prawna kapitału zakładowego przejawia się w dwóch aspektach. Po pierwsze, udział w kapitale zakładowym spółki z o.o. (akcja w spółce akcyjnej) stanowi wyłączny tytuł uczestnictwa w spółce z o.o. (akcyjnej). Po drugie, liczba lub suma wartości nominalnej udziałów (akcji) w kapitale zakładowym, które przysługują danemu wspólnikowi, (akcjonariuszowi) wyznaczają – w odniesieniu do wielkości całego kapitału zakładowego – zakres uprawnień członkowskich przysługujących danemu wspólnikowi (akcjonariuszowi) z tytułu uczestnictwa w spółce³⁰.

²⁷ Por. A. Radwan, *Sens i nonsens kapitału zakładowego – przyczynek do ekonomicznej analizy ustawowej ochrony wierzycieli spółek kapitałowych*, [w:] M. Cejmer, J. Napierała, T. Sójka, *Europejskie prawo spółek. t. II. Instytucje prawne dyrektywy kapitałowej*, Kraków 2005, s. 59.

²⁸ Zob. K. Oplustil, *Reforma kapitału zakładowego w prawie europejskim i polskim*, [w:] J. Frąckowiak (red.), *Kodeks spółek handlowych. Po pięciu latach*, Wrocław 2006, s. 551.

²⁹ Zob. A. Herbet, [w:] S. Sołtysiński (red.), *System Prawa Prywatnego. Tom 17A. Prawo spółek kapitałowych*, wyd. 2, Warszawa 2016, s. 227.

³⁰ Por. *ibidem*.

Funkcja ekonomiczna kapitału zakładowego jest powiązana z wysokością kapitału zakładowego ustaloną w umowie albo akcie założycielskim spółki z o.o., a także w statucie spółki akcyjnej (akcie założycielskim jednoosobowej spółki akcyjnej). Wnoszone przez wspólników (akcjonariuszy) wkłady na pokrycie kapitału zakładowego tworzą majątek początkowy spółki umożliwiający rozpoczęcie przez nią działalności, stanowiąc zatem ekonomiczną, gospodarczą bazę dla tej działalności³¹.

Funkcja gwarancyjna (ochronna) kapitału zakładowego ujmowana jest najczęściej z punktu widzenia interesów wierzycieli spółek kapitałowych, rzadziej natomiast z punktu widzenia ich wspólników (akcjonariuszy). W tradycyjnym ujęciu kapitał zakładowy, a raczej odpowiadający mu co do wysokości majątek spółki, stanowi „pewien minimalny, stały fundusz potencjalnego zaspokojenia się wierzycieli spółki”³².

Funkcja gwarancyjna kapitału zakładowego urzeczywistniana jest w ustawodawstwie polskim przez dwie podstawowe zasady znajdujące swój wyraz w przepisach Kodeksu spółek handlowych: zasadę realnego wniesienia (pokrycia) kapitału oraz zasadę utrzymania lub ochrony kapitału; przy czym, w swoim założeniu, również przepisy wyznaczające minimalną wysokość kapitału zakładowego dla spółki z o.o. (art. 154 § 1 k.s.h.; w Niemczech § 5 i 5a GmbHG dotyczące spółki z o.o. – GmbH oraz spółki przedsiębiorczej – *Unternehmergesellschaft*) i spółki akcyjnej (art. 308 § 1 k.s.h., w Niemczech § 7 AktG) stanowią wyraz funkcji gwarancyjnej kapitału zakładowego. Za służący urzeczywistnieniu funkcji gwarancyjnej kapitału zakładowego, co prawda pośrednio, należy również uznać przepis art. 14 § 3 k.s.h. regulującego tzw. pożyczki zastępujące kapitał, zgodnie z którym wierzytelność wspólnika albo akcjonariusza z tytułu pożyczki udzielonej spółce kapitałowej uważa się za jego wkład do spółki w przypadku ogłoszenia jej upadłości w terminie dwóch lat od dnia zawarcia umowy pożyczki. Regulacja ta zwiększa, przynajmniej w założeniu, szanse wierzycieli na zaspokojenie się z majątku spółki kapitałowej, uprzywilejowując w kolejności zaspokojenia wierzytelności wierzycieli-osób trzecich w stosunku do wierzytelności wspólników-kredytodawców z tytułu udzielonych spółce pożyczek, stanowiących formalnie element tzw. kapitałów obcych (dłużnych). Wreszcie należy zwrócić uwagę na odnoszące się do sytuacji bilansowej spółki i związane z pośrednio z przepisami urzeczywistniającymi funkcję gwarancyjną

³¹ Por. *ibidem*, s. 228; A. Radwan, *op. cit.*, s. 60.

³² Tak, jeszcze na gruncie obowiązywania Kodeksu handlowego, A. Szumański, *Problem funkcji gwarancyjnej kapitału zakładowego (akcyjnego) spółki kapitałowej*, PiP 1997, nr 6, s. 79. Niektóre stanowiące wyraz funkcji ochronnej kapitału zakładowego przepisy k.s.h. chronią zarówno wierzycieli spółki, jak i wspólników (akcjonariuszy): są to przepisy zapewniające wnoszenie przez wspólników pełnowartościowych wkładów i sankcjonujące uchybienie temu obowiązkowi. Z punktu widzenia wierzycieli zapewniają one realne zgromadzenie przez spółkę majątku początkowego odpowiadającego swoją wartością wysokości kapitału zakładowego, z punktu widzenia wspólników (akcjonariuszy) przeciwdziałają one rozwodnieniu ich praw udziałowych.

kapitału zakładowego przepisy przewidujące mechanizm kontrolno-ochronny w postaci art. 233 oraz art. 397 k.s.h.

Zgodnie z zasadą realnego wniesienia (pokrycia) kapitału zakładowego „spółka kapitałowa powinna zostać wyposażona przez wspólników w majątek, którego rzeczycista wartość odpowiada co najmniej wysokości kapitału zakładowego”³³. W doktrynie prawa spółek podkreśla się, że obowiązek wniesienia przez wspólnika (akcjonariusza) pełnowartościowego wkładu, którego rzeczycista wartość odpowiada objętej przez niego części kapitału zakładowego, stanowi swoistą cenę, jaką wspólnik uiszcza za przywilej braku osobistej odpowiedzialności za zobowiązania spółki (*Haftungsprivileg*)³⁴. Należy jednak podkreślić, że argumentacja odnosząca się do przywileju braku odpowiedzialności pojawia się najczęściej w dyskusji naukowej dotyczącej spółki z o.o., i to przede wszystkim w związku z omawianiem problematyki wyznaczania w poszczególnych porządkach prawnych minimalnej wysokości kapitału zakładowego, określanej jako swoisty „próg powagi” (*Seriositätsschwelle*)³⁵. W doktrynie podkreśla się również, że obowiązek wniesienia wkładu przez wspólnika wyznacza jego składkę (udział, partycypację) w ryzyku (*Risikobeitrag*), którą wspólnik świadczy obejmując udział w spółce³⁶. Normatywnym wyrazem zasady realnego pokrycia kapitału zakładowego są przepisy Kodeksu spółek handlowych, które przewidują zakaz obejmowania udziałów (akcji) poniżej ich wartości nominalnej (art. 154 § 3 oraz art. 309 § 1 k.s.h.), określają przesłanki tzw. zdolności aportowej przez wskazanie, co nie może stanowić wkładu do spółki kapitałowej (art. 14 § 1 k.s.h.), a także regulują kontrolę wyceny wkładów niepieniężnych (przy spółkach akcyjnych, art. 312 k.s.h.) tudzież odpowiedzialność za ich przeszacowanie (przy spółkach z o.o., art. 175 k.s.h.)³⁷. Do tej grupy przepisów można również zaliczyć przepis art. 345 k.s.h., regulujący finansowanie przez spółkę akcyjną nabywania jej akcji przez osoby trzecie (finansowanie nabywania akcji przez spółkę, *financial assistance*). W niemieckim prawie spółek zasada realnego pokrycia kapitału zakładowego realizowana jest w sposób bardziej surowy niż w prawie polskim, czego wyrazem jest rozbudowana regulacja § 19 GmbHG i wysoce rozwinięte orzecznictwo dotyczące potrącania wzajemnych wierzytelności wspólnika i spółki, wpłat i wypłat

³³ Tak reprezentatywnie K. Oplustil, *Reforma...*, s. 551.

³⁴ Tak w doktrynie polskiej K. Oplustil, *ibidem*. W doktrynie niemieckiej reprezentatywnie Wiedemann H., *Gesellschaftsrecht. Ein Lehrbuch des Unternehmens- und Verbandsrechts. Band I. Grundlagen*, München 1980, s. 202.

³⁵ Zob. reprezentatywnie na gruncie doktryny niemieckiej H. Hirte, *Kapitalgesellschaftsrecht*, 7. Aufl., Köln 2012, s. 322.

³⁶ Zob. w doktrynie niemieckiej T. Drygala, M. Staake, S. Szalai, *Kapitalgesellschaftsrecht. Mit Grundzügen des Konzern- und Umwandlungsrechts*, Springer Verlag Berlin Heidelberg 2012, s. 109: „Die Einlagepflicht repräsentiert den Risikobeitrag, den jeder Gesellschafter bei Übernahme eines Geschäftsanteils zu leisten hat”.

³⁷ Zob. K. Oplustil, *Reforma...*, s. 553.

(*das Hin- und Herzahlen*), a także ukrytych wkładów niepieniężnych (*verdeckte Sacheinlage*). Zasadę tę realizują również przepisy nakładające na wspólników spółki z o.o. obowiązek sporządzenia sprawozdania dotyczącego wartości aportów (§ 5 ust. 4 GmbHG; w spółce przedsiębiorczej – *Unternehmergeellschaft* – wnoszenie aportów jest wykluczone), przepisy określające tryb zgłaszania spółki do rejestru oraz zakres obowiązku dokonywania wpłat na udziały przed rejestracją spółki (§ 7 i 8 GmbHG), dotyczące przeszacowania aportów (§ 9 GmbHG). Dodatkowo zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie szeroko dyskutowana jest kwestia obowiązywania reguł realnego pokrycia kapitału w koncernowych systemach *cash pool*³⁸. W niemieckiej spółce akcyjnej wyrazem obowiązywania zasady realnego pokrycia kapitału zakładowego są odpowiednio przepisy § 27 ust. 2 AktG określające zdolność aportową, które obowiązują również w spółce z o.o. (mimo braku wyraźnego uregulowania tej kwestii w GmbHG³⁹), przepisy dotyczące sprawozdania założycieli i jego badania przez biegłych rewidentów (§ 32, 33 i n. AktG) oraz wnoszenia wkładów na akcje (§ 36a AktG), a także przepisy dotyczące ukrytych wkładów niepieniężnych (*verdeckte Sacheinlage*, § 27 ust. 3 AktG) oraz wpłat i wypłat (oraz *das Hin- und Herzahlen*, § 27 ust. 4 AktG), tzw. założenia następczego (*Nachgründung*, § 52 AktG) oraz finansowania nabycia akcji przez osoby trzecie ze środków spółki (*Erwerbsfinanzierung, financial assistance*, § 71a AktG).

Zgodnie z zasadą utrzymania (ochrony) kapitału, majątek spółki, który jest potrzebny do pełnego pokrycia kapitału, nie może zostać zwrócony wspólnikom (akcjonariuszom) w czasie trwania spółki. Wspólnicy (akcjonariusze) mogą zatem otrzymywać wypłaty jedynie z nadwyżki bilansowej ponad wartość majątku spółki odpowiadającego wielkości kapitału zakładowego⁴⁰. Jak obrazowo opisuje to K. Oplustil, „kapitał zakładowy «wiąże» bilansowo odpowiednią część aktywów spółki, która tworzy swego rodzaju «bufor» wzmacniający jej wypłacalność i «amortyzujący» ponoszone przez nią straty. Wykazanie kapitału zakładowego po stronie pasywów bilansu spółki ma tę istotną konsekwencję, że zmniejszenie się wartości majątku netto spółki (suma aktywów minus zobowiązania) poniżej kwoty kapitału zakładowego wyklucza dokonanie wypłat na rzecz wspólników nawet gdy majątek ten przewyższa sumę jej zobowiązań wobec zewnętrznych wierzycieli⁴¹. W takiej sytuacji dokonanie wypłaty na rzecz wspólników będzie możliwe dopiero w chwili, gdy majątek spółki zostanie odtworzony do wartości odpowiadającej kapitałowi zakładowemu⁴². Inny obrazowy opis funkcji gwarancyjnej kapitału zakładowego przedstawia w doktrynie niemieckiej H. Würdinger, który porównuje

³⁸ Zob. T. Drygala, M. Staake, S. Szalai, *op. cit.*, s. 131–134.

³⁹ Por. *ibidem*, s. 69.

⁴⁰ Tak K. Oplustil, *Reforma...*, s. 552.

⁴¹ *Ibidem*.

⁴² *Ibidem*.

kapitał zakładowy do zapory wodnej. Tak jak zapora wyznacza ilość gromadzonej wody, tak kapitał zakładowy wyznacza ilość związanego kapitału własnego spółki nieprzeznaczonego na wypłaty dla wspólników. Tylko „nadmiar” może „wypłynąć” do wspólników. Jeżeli zbiornik wody wyschnie, musi on znowu wypełnić się wodą aż do wysokości zapory i dopiero ewentualny nadmiar wody może się przelać ponad zaporę, a w przypadku kapitału zakładowego – stosowne wypłaty mogą zostać dokonane na rzecz wspólników spółki⁴³. Normatywnym wyrazem zasady ochrony kapitału są przepisy Kodeksu spółek handlowych, które określają zasady dokonywania wypłat z majątku spółki na rzecz wspólników spółki z o.o. (art. 189–192 k.s.h.) i akcjonariuszy spółki akcyjnej (art. 348–350 k.s.h.), a także warunki nabywania przez spółkę własnych udziałów (art. 200 k.s.h.) bądź akcji (art. 362–365 k.s.h.). Urzeczywistnieniu tej zasady służą również przepisy regulujące zasady i tryb obniżania kapitału zakładowego (art. 264 oraz 456 k.s.h.)⁴⁴. W Niemczech przepisami takimi są § 30 i 31 GmbHG oraz § 57 i 62 AktG dotyczące zasad dokonywania wypłat z majątku spółki na rzecz wspólników (akcjonariuszy), § 33 GmbHG oraz § 71 i n. AktG dotyczące nabywania udziałów i akcji własnych, a także §§ 58–58f GmbHG oraz § 220–240 AktG dotyczące obniżania kapitału zakładowego w spółce z o.o. (*Stammkapital*) oraz kapitału zakładowego w spółce akcyjnej (*Grundkapital*).

2. Krytyka funkcji ochronnej kapitału zakładowego i postulaty reformy struktury majątkowej spółek kapitałowych w doktrynie polskiej

2.1. Krytyka funkcji ochronnej kapitału zakładowego w doktrynie polskiej

W polskiej i zagranicznej literaturze przedmiotu od dawna zwraca się uwagę na deficyty ochrony wierzycieli spółki z o.o. przez instytucję kapitału zakładowego, przy czym krytyka ta dotyczy w dużej mierze niefunkcjonalności poszczególnych rozwiązań prawnych mających służyć ochronie wierzycieli w ramach realizacji funkcji gwarancyjnej kapitału zakładowego.

Po pierwsze, regulacji kapitału zakładowego zarzuca się jej arbitralność i „ryczałtowość”. Zarzut ten dotyczy ustalanej w poszczególnych porządkach prawnych minimalnej wysokości kapitału zakładowego, która siłą rzeczy nie jest w stanie uwzględnić specyfiki branży czy też rozmiaru i rodzaju działalności konkretnej spółki kapitałowej.

⁴³ Tak H. Würdinger, *Aktienrecht und das Recht der verbundenen Unternehmen*, 4. Aufl., C.F. Müller 1981, s. 32, cyt. za H. Hirte, *Kapitalgesellschaftsrecht...*, s. 322.

⁴⁴ *Ibidem*, s. 553.

Wyznaczana przez ustawę minimalna wysokość kapitału zakładowego jest często nieadekwatna i zbyt niska w stosunku do związanych z działalnością poszczególnych spółek zagrożeń dla wierzycieli. Jest ona zarazem zbyt wysoka dla innowacyjnych przedsięwzięć typu *high-tech* i może stanowić barierę dostępu do formy prawnej z ograniczoną odpowiedzialnością. System kapitału zakładowego nie uwzględnia ponadto specyfiki grupy przedsiębiorstw powiązanych, która stanowi całość gospodarczą, podczas gdy system kapitału zakładowego nawiązuje do sytuacji poszczególnych spółek należących do grupy. Te wszystkie argumenty prowadzą do wniosku o „ryczałtowości” systemu kapitału zakładowego na zasadzie *one-size-fits-all-protection*⁴⁵. Krytycy instytucji kapitału zakładowego podnoszą ponadto, że nie prowadzi on wcale do redukcji kosztów transakcyjnych przez stworzenie gotowego systemu ochronnego, skoro w praktyce wierzyciele spółek kapitałowych i tak sięgają do innych metod ochrony swych interesów, w szczególności do ochrony kontraktowej, co w istocie prowadzi do dublowania się reżimów ochrony⁴⁶.

Po drugie, w doktrynie podkreśla się, że system kapitału zakładowego utrudnia tworzenie spółek kapitałowych poprzez nieuzasadnione ograniczenia w zakresie wnoszenia wkładów, w szczególności przez pozbawienie zdolności aportowej usług świadczonych na rzecz spółki, co uderza w szczególności w rozwojowe spółki z sektora nowych technologii, które bazują w większej mierze na innowacyjności i usługach założycieli niż na tradycyjnym kapitale. Dodatkowo, w przypadku spółek akcyjnych, system kapitału zakładowego podnosi znacząco koszty ich tworzenia poprzez obowiązkowe poddawanie wkładów niepieniężnych wycenieniu ze strony biegłych rewidentów⁴⁷.

Po trzecie, cechujące system kapitału zakładowego sztywne zasady dotyczące wypłaty dywidendy blokują uzasadnione ekonomicznie wypłaty na rzecz wspólników (akcjonariuszy), co prowadzi do nieefektywnej i sprzecznej z koncepcją *shareholder value* alokacji kapitału, poprzez jego tezauryzowanie w spółkach kapitałowych i uniemożliwia pozyskanie ich przez wspólników (akcjonariuszy) celem wykorzystania do inwestycji w inne, niekiedy bardziej obiecujące, przedsięwzięcia⁴⁸.

Po czwarte, system kapitału zakładowego utrudnia restrukturyzację spółek, co jest spowodowane zakazem obejmowania udziałów (art. 154 § 3 k.s.h.) i akcji (art. 309 § 1 k.s.h.) poniżej ich wartości nominalnej⁴⁹.

Po piąte, systemowi kapitału zakładowego stawia się wiele zarzutów odnoszących się ściśle do jego niedoskonałości jako instrumentu ochrony wierzycieli spółek

⁴⁵ Zob. A. Radwan, *op. cit.*, s. 73–74 i cytowana tam literatura.

⁴⁶ *Ibidem*, s. 74.

⁴⁷ Zob. *ibidem*, s. 74–75.

⁴⁸ Szerzej *ibidem*, s. 75–76.

⁴⁹ Szczegółowo na ten temat *ibidem*, s. 76–78.

kapitałowych, a przede wszystkim spółki z o.o., które to zarzuty mają charakter zarówno dogmatyczny, jak i praktyczny – wskazują na nieprzydatność tego systemu ochrony w praktyce.

Poza omówioną już arbitralnością w ustalaniu minimalnej wysokości kapitału zakładowego, zwłaszcza w przypadku spółki z o.o., podnosi się w doktrynie, że kapitał zakładowy nie stanowi skutecznego instrumentu ochrony wierzycieli, ponieważ w czasie istnienia spółki „nie istnieje obowiązek utrzymania wartości majątku spółki na poziomie odpowiadającym kapitałowi zakładowemu”⁵⁰. Jak słusznie podkreśla A. Radwan, „kapitał zakładowy nie jest [...] wielkością określającą wysokość minimalnego, stale istniejącego bufora kapitałowego, a jedynie wielkością kapitału początkowego, o ile został on wpłacony w całości”⁵¹. Odpowiadający kapitałowi zakładowemu początkowy majątek spółki może przecież zostać zużyty, np. wskutek dezinvestycji na samym początku działalności spółki albo w normalnym toku tej działalności. O ile więc system ochrony kapitałowej przeciwdziała wypłatom na rzecz wspólników, o tyle nie jest w stanie przeciwdziałać zdarzeniom uszczuplającym majątek spółki niestanowiących tychże wypłat.

Poza tym, ponieważ obowiązująca koncepcja kapitału zakładowego zapobiega jedynie wypłatom na rzecz wspólników tylko części majątku spółki odpowiadającego kwocie kapitału zakładowego, możliwe jest dokonywanie wypłat, które zagrażają wypłacalności spółki, a zatem i jej wierzycielom, mimo że w sposób formalny nie naruszają reguł utrzymania kapitału zakładowego⁵². Dotyczy to wypłat skutkujących zaprzestaniem płacenia długów przez spółkę, którym nie zapobiega mechanizm kapitału zakładowego. Ten znaczny deficyt ochronny stanowi lukę w europejskim systemie kapitału zakładowego, na co w sposób przekonujący zwraca uwagę A. Opalski. Autor ten podkreśla, że „rozwiązanie systemów kontynentalnej Europy zaprzecza idei ochrony interesów wierzycieli spółek kapitałowych. Pozostaje ono w sprzeczności z fundamentalną zasadą, która zrodziła koncepcję kapitału zakładowego: udziałowcy są uprawnieni do otrzymywania świadczeń kosztem majątku spółki tylko o tyle, o ile nie prowadzi to do zagrożenia praw jej wierzycieli”⁵³.

Ponadto zwraca się uwagę na to, że potrzeba dostosowania systemu ochrony wierzycieli do zmieniających się warunków i potrzeba przeciwdziałania próbom obchodzenia w praktyce gospodarczej ochrony kapitałowej doprowadziły – w stanowiącym wzór

⁵⁰ *Ibidem*, s. 78.

⁵¹ *Ibidem*, s. 62, przyp. 149.

⁵² *Ibidem*, s. 79. Por. także A. Opalski, *Kapitał zakładowy: skuteczny instrument ochrony wierzycieli czy przestarzała koncepcja prawna? Próba porównania modeli ochrony wierzycieli w prawie państw europejskich i Stanów Zjednoczonych*, KPP 2004, z. 2, s. 475. Szczegółowo na ten temat w dalszej części niniejszej monografii.

⁵³ A. Opalski, *Kapitał zakładowy...*, s. 475.

dla wielu porządków prawnych niemieckim prawie spółek – do wzmożonej aktywności sądownictwa i tworzenia przez judykaturę niemiecką coraz to bardziej skomplikowanych mechanizmów ochronnych. W ten sposób orzecznictwo niemieckie wpadło w swoistą „pułapkę dogmatyczną”, tworząc oderwane od potrzeb życia gospodarczego, a także zaskakujące samych uczestników obrotu konstrukcje, co czyni system kapitału zakładowego trudnym i droгим w obsłudze⁵⁴.

Kapitałowemu systemowi ochrony wierzycieli zarzuca się również, że nie jest on skuteczny w praktyce, a to z uwagi na dużą liczbę upadłości, w tym znaczną liczbę postępowań upadłościowych umarzanych z powodu tzw. ubóstwa masy, kiedy to majątek spółek nie wystarcza nawet na pokrycie kosztów postępowania upadłościowego⁵⁵.

Wreszcie, w doktrynie podkreśla się, że w praktyce większość wierzycieli spółek kapitałowych nie potrzebuje kapitału zakładowego jako instrumentu ich ochrony. Wierzyciele kontraktowi o mocnej pozycji rynkowej, tacy jak banki jako wierzyciele długoterminowi kontrahenci stale współpracujący ze spółkami kapitałowymi, zwłaszcza ich dostawcy, stosują różnorodne sposoby zabezpieczania wierzytelności. W praktyce anglosaskiej, przejmowanej stopniowo przez wierzycieli w systemie kontynentalnym, instytucje finansowe stosują w długoterminowych umowach kredytowych specjalne klauzule ograniczające swobodę działania spółki – dłużnika, tzw. *bond covenants* oraz *debenture indentures* (zobowiązujące dłużnika do zachowania pewnych współczynników ekonomicznych, takich jak np. określonej proporcji kapitałów własnych do kapitału dłużnego, a także zakazujące podejmowania pewnych czynności, np. wypłat na rzecz wspólników, itp.)⁵⁶, a także *negative pledge clauses* (zakazujące albo ograniczające zaciąganie przez dłużnika zobowiązań zabezpieczonych rzeczowo)⁵⁷. Dodatkowo w umowach kredytowych przyznawane są wierzycielom daleko idące uprawnienia kontrolne, a na dłużnika nałożone są skorelowane z nimi szczególne obowiązki informacyjne⁵⁸. Natomiast w przypadku krótkoterminowych umów kredytowych banki uzależniają udzielenie kredytów od posiadanych przez spółkę kapitałów własnych, stosując wypracowane reguły uwzględniające ryzyko kredytowe przedsiębiorców z danej branży. Dodatkowo stosowane są różnego rodzaju zabezpieczenia osobiste i rzeczowe, a także cesje wierzytelności na zabezpieczenie⁵⁹. Dostawcy natomiast zabezpieczają swoje wierzytelności wobec będących ich dłużnikami spółek kapitałowych, m.in. przez zastrzeżenie własności rzeczy sprzedanej aż do uiszczenia przez spółkę-odbiorcę ceny⁶⁰. Wierzyciele

⁵⁴ Zob. A. Radwan, *op. cit.*, s. 79–80 i powołana tam literatura.

⁵⁵ *Ibidem*, s. 80.

⁵⁶ Szerzej na ten temat *ibidem*, s. 44–46; A. Opalski, *Kapitał zakładowy...*, s. 480–485).

⁵⁷ Zob. *ibidem*, s. 482.

⁵⁸ Por. A. Radwan, *op. cit.*, s. 46; A. Opalski, *Kapitał zakładowy...*, s. 484.

⁵⁹ Tak *ibidem*, s. 486.

⁶⁰ Szerzej *ibidem*, s. 485.

kontraktowi o słabej pozycji rynkowej są w gorszej pozycji od opisanych powyżej grup wierzycieli: często mogą w ramach swobody umów podjąć jedynie decyzję o kontraktowaniu bądź nie ze spółką kapitałową, co wymaga posiadania przez nich niezbędnych informacji o spółce-dłużniku. Takie informacje mogą oni uzyskać, korzystając z usług wywiadowni gospodarczych i agencji ratingowych, jednakże – jak słusznie zwraca się na to uwagę w literaturze przedmiotu – koszty z tym związane mogą okazać się dla tych wierzycieli zbyt wysokie⁶¹. Mogą oni także uzyskać informację o spółce-kontrahencie sięgając do danych dostępnych za pośrednictwem Krajowego Rejestru Sądowego (zarówno w Rejestrze Przedsiębiorców, jak i Rejestrze Dłużników Niewypłacalnych)⁶². Szczególną grupę wierzycieli kontraktowych o słabej pozycji rynkowej stanowią pracownicy, którzy chronieni są przepisami należącymi do prawa pracy⁶³. Osobną grupę wierzycieli stanowią wreszcie tzw. wierzyciele niedobrowolni, którzy nie mają żadnego wpływu na wybór osoby dłużnika. Należą do nich wierzyciele deliktowi oraz wierzyciele publicznoprawni. Ci pierwsi chronieni są zasadniczo przez mającą uniwersalną, a więc oderwaną od osoby dłużnika, regulację obowiązkowych ubezpieczeń od odpowiedzialności cywilnej. Ci drudzy zaś chronieni są za pomocą takich instrumentów ochronnych, jak hipoteka ustawowa, uprzywilejowanie przy egzekucji z majątku dłużnika, czy też przepisy z zakresu prawa podatkowego przewidujące odpowiedzialność podatkową osób trzecich⁶⁴.

Stwierdzone przez krytyków instytucji kapitału zakładowego, a opisane powyżej deficyty ochronne skłaniają niektórych autorów do podważania sformułowanego w doktrynie niemieckiej i przejętego przez doktrynę polską „dogmatu” o potrzebie ochrony wierzycieli poprzez kapitał zakładowy, bazującego na przekonaniu, że „ustawodawca powinien za wszelką cenę przeciwdziałać podejmowaniu przez spółkę działań wywołujących szkodliwe skutki dla uczestników obrotu”⁶⁵.

Dobrym podsumowaniem krytyki funkcji ochronnej kapitału zakładowego są rozważania A. Opalskiego na temat *ratio* ochrony wierzycieli za pomocą kapitału zakładowego. Zdaniem tego autora, „autorytet dogmatu przesłania racjonalne argumenty”, a „potrzeba daleko posuniętej ochrony wierzycieli, obejmującej wszystkie ich grupy, rodzi [...] zasadnicze wątpliwości”⁶⁶. Wierzyciele dobrowolni sami ponoszą, zdaniem tego autora, ryzyko kontraktowania ze spółką-dłużnikiem i dysponują szeroką paletą

⁶¹ Por. A. Radwan, *op. cit.*, s. 48.

⁶² *Ibidem*, s. 48.

⁶³ Ochronę taką zapewnia przede wszystkim ustawa z dnia 13 lipca 2006 r. o ochronie roszczeń pracowniczych w razie niewypłacalności pracodawcy (Dz.U. 2006, Nr 158, poz. 1121 ze zm.) i funkcjonujący na jej podstawie Fundusz Gwarantowanych Świadczeń Pracowniczych. Szerzej *ibidem*, s. 49.

⁶⁴ Szerzej na temat sytuacji wierzycieli niedobrowolnych zob. *ibidem*, s. 49–55.

⁶⁵ Zob. A. Opalski, *Kapitał zakładowy...*, s. 488.

⁶⁶ *Ibidem*, s. 488.

instrumentów ograniczających ryzyko transakcyjne. Poza tym grupę wierzycieli-profesjonalistów stanowią również spółki kapitałowe, których udziałowcy nie ponoszą odpowiedzialności za ich zobowiązania, a przez to ryzyko udziałowców spółek-wierzycieli kształtuje się na tych samych zasadach co ryzyko udziałowców spółek-dłużników, a to wpływa na rozłożenie ryzyka między udziałowców dłużnika a udziałowców wierzyciela⁶⁷. Ponadto, „w jednostkowych przypadkach nadużyć dłużników możliwe jest wykorzystanie konstrukcji odpowiedzialności przebijającej”⁶⁸. Powołując się na realia gospodarcze, A. Opalski zadaje niemal retoryczne pytanie: „Czy uzasadnione jest ponoszenie przez uczestników obrotu kosztów związanych z instytucją kapitału zakładowego, by chronić wąską grupę «normalnych» wierzycieli [...], którzy nie mogą stosować instrumentów opartych o autonomię woli stron, a jednocześnie nie korzystają z mechanizmów ustawowych? Czy spółka akcyjna o wielomilionowych obrotach powinna za pomocą kapitału zakładowego chronić interes swego hydraulika? Wydaje się, że gdyby rozszereżenie hydraulików stanowiły rzeczywisty problem, praktyka opracowałaby w tej mierze rozwiązania”⁶⁹.

2.2. Postulaty reformy struktury majątkowej spółek kapitałowych

2.2.1. Postulaty reformy struktury majątkowej spółek kapitałowych w doktrynie polskiej – ochrona alternatywna poprzez test wypłacalności

Przedstawione powyżej deficyty kapitału zakładowego jako instrumentu ochrony wierzycieli spółek kapitałowych, a przede wszystkim spółki z o.o. skłaniają krytyków tej instytucji do formułowania postulatów, które w wersji łagodniejszej sprowadzają się do propozycji reformy systemu kapitału zakładowego przez usunięcie jego największych mankamentów⁷⁰, w wersji zaś radykalnej, do rezygnacji z systemu kapitału zakładowego

⁶⁷ Argument ten słusznie krytykuje A. Radwan, *op. cit.*, s. 29, podnosząc m.in., że zasady dotyczące kontroli ryzyka przez wierzycieli mają charakter ogólny i nie zależą od tożsamości wierzyciela.

⁶⁸ A. Opalski, *Kapitał zakładowy...*, s. 488.

⁶⁹ *Ibidem*, s. 488.

⁷⁰ Zob. K. Oplustil, *Reforma...*, s. 565–571; A. Radwan, *op. cit.*, s. 97–98. Postulaty tych autorów nawiązują w dużej mierze do postulatów reformy systemu kapitału zakładowego przez zmianę Drugiej Dyrektywy formułowanych na płaszczyźnie europejskiej, poczynając od prac grupy roboczej z zakresu prawa spółek SLIM, przez High Level Group of Company Law Experts, a także plan działania w zakresie modernizacji prawa spółek oraz wzmocnienia nadzoru korporacyjnego w Unii Europejskiej (tzw. *Action Plan*, dokument KE Nr COM 2003, 284 final). Na temat propozycji zmian Drugiej Dyrektywy i prac studyjnych zob. A. Herbet, *op. cit.*, s. 248–250. Szczegółowo na temat planu działania (*Action Plan*) zob. K. Oplustil, P. Wiórek, *Aktualne tendencje w europejskim prawie spółek – orzecznictwo ETS i planowane działania prawodawcze*, PPH 2004, nr 5, s. 4–8. Tematyka niniejszej monografii nie pozwala na szersze przedstawienie problematyki reformowania kapitału zakładowego (w kształcie proponowanym przez powołanych powyżej krytyków instytucji kapitału zakładowego) polegającej na uelastycznieniu przepisów regulujących m.in. zasady wnoszenia wkładów na pokrycie kapitału zakładowego, zdolność aportową, czy też obniżenie kapitału zakładowego itp. Proponowane zmiany dotyczą bowiem przede wszystkim

zarówno z polskiego, jak i z europejskiego prawa spółek i zastąpienia go systemem alternatywnym opartym na tzw. teście wypłacalności (teście solwencyjnym) wzorowanym na rozwiązaniach amerykańskiej ustawy modelowej o spółkach handlowych (korporacjach)⁷¹, propozycji High Level Group of Company Law Experts, zwanej również ze względu na osobę przewodniczącego grupy (J. Wintera) Grupą Wintera⁷², względnie zaproponowanym przez grupę brytyjskich ekspertów pod kierownictwem J. Rickforda⁷³ rozwiązaniu tej kwestii⁷⁴.

Z punktu widzenia wzmocnienia ochrony wierzycieli spółek kapitałowych, w tym przede wszystkim spółki z o.o. interesujące są propozycje wprowadzenia do polskiego prawa spółek testu wypłacalności jako mechanizmu regulującego wypłatę z majątku spółki na rzecz wspólników. Ponieważ odwołują się one do rozwiązań wypracowanych za granicą poniżej pokrótce przedstawiono przedmiotowe koncepcje.

Amerykańska ustawa modelowa o spółkach handlowych (*Model Business Corporation Act*, w skrócie: MBCA) dopuszcza wypłaty z majątku spółki na rzecz udziałowców pod warunkiem spełnienia jednocześnie dwóch kryteriów kontrolnych: testu płynności finansowej (*equity insolvency test*) oraz testu bilansowego (*balance sheet test*).

Zgodnie z § 6.40(c)(1) MBCA regulującym pierwsze kryterium: „no distribution may be made, if, after giving it effect [...] the corporation would not be able to pay its debts as they become due in the usual course of business”. Zarówno w doktrynie, jak i praktyce sporne jest, w jakich okolicznościach spółka uchodzi za wypłacalną w rozumieniu przedmiotowego przepisu. Przyjmuje się, że wymóg płynności stosownie do *equity insolvency test* jest spełniony, jeżeli spółka działa w normalnych warunkach, posiada znaczący kapitał własny, regularnie poddaje swoje sprawozdania kontroli biegłych rewidentów, a w ostatniej opinii biegłego rewidenta brak jest zastrzeżeń co do jej działalności jako *going concern*. Jeżeli spółka znajduje się w trudnej sytuacji operacyjnej i ma problemy z płynnością, jej zarządcy powinni dokonać szczegółowej analizy sytuacji spółki w przyszłości. W szczególności zarządcy powinni ustalić, czy popyt na produkty i usługi spółki zapewni płynność finansową przez okres wystarczający po to, aby spełnić istniejące i przyszłe zobowiązania spółki w chwili ich wymagalności. Ustawa modelowa nie przewiduje zatem zamkniętego okresu, w trakcie którego, licząc od

uproszczenia systemu kapitału zakładowego i uczynienia go bardziej efektywnym i tańszym dla uczestników obrotu gospodarczego, nie prowadzą natomiast bezpośrednio do relewantnej z punktu widzenia ochrony wierzycieli zmiany w zakresie regulacji wypłat z majątku spółki na rzecz jej udziałowców.

⁷¹ *Model Business Corporation Act*. Zob. szerzej A. Opalski, *Kapitał zakładowy...*, s. 447–449, 454–455, 508.

⁷² *Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe*, Bruksela 2002 (w skrócie HLG, *Report...*).

⁷³ J. Rickford, *Reforming Capital. Report of the Interdisciplinary Group on Capital Maintenance*, 15 EBLR (2004), s. 919 i n.

⁷⁴ Zob. K. Oplustil, *Reforma...*, s. 571–773; A. Radwan, *op. cit.*, s. 84–86, 94–97.

dnia dokonania wypłaty, spółka powinna zachować płynność, posługując się jedynie zwrotem *sufficient period of time*⁷⁵.

Poza wymogiem dopuszczalności wypłaty stosownie do testu płynności warunkiem dokonania wypłat na rzecz udziałowców z majątku spółki jest ponadto spełnienie wymogów testu bilansowego. Zgodnie z § 6.40(c)(2) „no distribution may be made, if, after giving it effect [...] the corporation's total assets would be less than the sum of its total liabilities plus (unless the articles of incorporation permit otherwise) the amount that would be needed, if the corporation were to be dissolved at the time of the distribution, to satisfy the preferential rights upon dissolution of shareholders whose preferential rights are superior to those receiving the distribution”. Zgodnie z testem bilansowym majątek spółki po dokonaniu wypłaty musi odpowiadać albo być wyższy od łącznej sumy zobowiązań spółki powiększonej o kwotę potrzebną do zaspokojenia udziałowców uprzywilejowanych co do kwoty likwidacyjnej na wypadek likwidacji spółki, jeżeli spółka podlegałaby rozwiązaniu w czasie wypłaty. Wynika z tego, że wypłacalna spółka, w której brak jest udziałów/akcji uprzywilejowanych co do kwoty likwidacyjnej, może dokonać wypłaty, wskutek której zostaną zużyte kapitały własne⁷⁶.

Ustawa modelowa określa również, jakie metody księgowe należy stosować przy ustalaniu przesłanek dopuszczalności wypłat na podstawie § 6.40 (c)⁷⁷.

Stosownie do propozycji High Level Group of Company Law Experts dokonanie jakiegokolwiek wypłaty na rzecz udziałowców spółki powinien poprzedzić test wypłacalności przeprowadzany na podstawie dwóch różnorodnych kryteriów stosowanych kumulatywnie: testu bilansowego polegającego na kontroli bilansu albo kontroli majątku netto (*balance sheet test, net assets test*) oraz testu płynności albo testu stosunku majątku obrotowego do krótkoterminowych zobowiązań (*liquidity test, current assets/current liabilities test*).

Wypłaty byłyby dopuszczalne, jeżeli zgodnie z testem bilansowym po wypłacie dywidendy lub innej wypłacie na rzecz udziałowców aktywa spółki byłyby równe lub większe od pasywów (z pominięciem kapitałów własnych), przy czym przy ustalaniu tych wartości należałoby się posłużyć metodą wyceny, która jest uzasadniona z punktu widzenia aktualnego stanu przedsiębiorstwa (kontynuacja, likwidacja). Natomiast stosownie do

⁷⁵ Zob. KPMG, *Feasibility study on an alternative to the capital maintenance regime established by the Second Company Law Directive 77/91/EEC of 13 December 1976 and an examination of the impact on profit distribution of the new EU-accounting regime. Main Report*, 2008 (w skrócie: KPMG, *Feasibility Study...*), s. 158. Do wywołania na stronie: http://ec.europa.eu/internal_market/company/capital/index_en.htm [dostęp 19.04.2016]. Szerzej na ten temat: *Model business corporation act annotated: official text with official comments and statutory cross-references, revised through 2005*, American Bar Association, USA 2005, s. 6–58–59 (w skrócie MBCA, *Comments...*).

⁷⁶ Tak KPMG, *Feasibility Study...*, s. 158.

⁷⁷ Zob. MBCA, *Comments...*, s. 6–60 i n.

testu płynności majątek obrotowy przedsiębiorstwa musi wystarczyć na pokrycie zobowiązań (krótkoterminowych) w terminach ich wymagalności w najbliższym okresie wynoszącym np. 12 miesięcy⁷⁸. W raporcie Grupy Wintera podkreślono, że wprowadzenie testu wypłacalności jako alternatywy dla systemu kapitału zakładowego powinno zostać poprzedzone szczegółowymi badaniami, m.in. nad metodami wyceny, a także poświęconymi ewentualnej potrzebie wzmocnienia obydwu kryteriów kontroli poprzez tzw. marżę płynności (na wzór kodeksu kalifornijskiego)⁷⁹.

Natomiast brytyjska grupa ekspertów pod przewodnictwem J. Ricforda proponuje wprowadzenie dwustopniowego testu wypłacalności popartego oświadczeniem zarządu (*certification requirement*), stwierdzającym, że spółka niezwłocznie po dokonaniu wypłaty 1) będzie nadal zdolna do spłacania długów oraz 2) ma wystarczające środki jako *going concern*, które zapewnią zaspokajanie przez spółkę jej zobowiązań z chwilą ich wymagalności przez okres jednego rok następującego po wypłacie. Jeżeli natomiast ostatnie sprawdzone sprawozdanie finansowe nie wykazuje nadwyżki, która uzasadniałaby wypłatę zgodnie z powyższymi wymogami, zarządcy spółki powinni to stwierdzić i uzasadnić, dlaczego mimo tego uznają oni wypłatę za dopuszczalną w ramach testu⁸⁰.

2.2.2. Projekt reformy struktury majątkowej spółki z o.o. – nowe instrumenty ochrony wierzycieli, w tym test wypłacalności

Jak już wspomniano w rozdziale pierwszym, przygotowany przez Zespół ds. prawa spółek Komisji Kodyfikacyjnej Prawa Cywilnego przy Ministrze Sprawiedliwości projekt reformy struktury majątkowej spółki z o.o. zakłada wprowadzenie do regulacji k.s.h. dotyczącej spółki z o.o. nowych instrumentów ochrony wierzycieli o charakterze prewencyjnym: testu wypłacalności, obowiązku tworzenia przez spółki z o.o. rezerwy na pokrycie przyszłych strat oraz obowiązku zarządu periodycznej oceny wystąpienia znacznej straty spółki oraz zachowania przez spółkę wystarczającej wypłacalności⁸¹.

Test wypłacalności ma uzupełniać test bilansowy i stanowić razem z nim mechanizm ograniczający wypłaty na rzecz wspólników zagrażające zdolności spółki do wykonywania zobowiązań wobec wierzycieli. Zgonie z założeniami projektu „test wypłacalności polega na zobowiązaniu zarządu do badania w związku z każdorazową wypłatą dokonywaną na rzecz wspólników pod tytułem korporacyjnym, czy mimo dokonania wypłaty w ciągu roku spółka nie utraci zdolności do wykonywania wymagalnych zobowiązań (art. 192 § 2 k.s.h.). Na wszystkich członkach zarządu spoczywa kolektywna

⁷⁸ Zob. HLG, *Report...*, s. 87–88.

⁷⁹ *Ibidem*, s. 88. Na temat rozwiązań przyjętych w kodeksie kalifornijskim zob. A. Opalski, *Kapitał zakładowy...*, s. 455–457, 463–469).

⁸⁰ Szerzej J. Rickford, *op. cit.*, s. 921 oraz 971 i n.

⁸¹ *Projekt...*, s. 14–15.

powinność wydania oświadczenia (certyfikatu) o wypłacalności, które jest składane do sądu rejestrowego. Oświadczenie odzwierciedla przekonanie członków zarządu, że przy dołożeniu należytej staranności nie przewidują oni, by wypłata doprowadziła do utraty przez spółkę zdolności do wykonywania zobowiązań⁸². Nałożenie na członków zarządu dodatkowych obowiązków związanych z testem wypłacalności i związane z tym obciążenia mają zostać zrekomensowane przez przewidziane w projekcie złagodzenie surowej odpowiedzialności członków zarządu wobec wierzycieli spółki z o.o. z tytułu niezłożenia na czas wniosku o ogłoszenie upadłości (art. 299 k.s.h.)⁸³.

Proponowany przepis art. 231¹ k.s.h. nakłada obowiązek utworzenia w spółce z o.o. – na wzór rozwiązania przyjętego w spółce akcyjnej – rezerwy na pokrycie przyszłych strat w postaci kapitału zapasowego, na który przeznaczona się co najmniej 10% zysku za dany rok obrotowy, dopóki kapitał ten nie osiągnie co najmniej 5% sumy dodatnich składników kapitału własnego, lecz nie mniej niż 50 000 zł, chyba że umowa spółki przewiduje wyższą kwotę. wzór nakazu obowiązującego w spółce akcyjnej. Umowa spółki może przewidywać wyższy odpis obowiązkowy, który nie może jednak przekraczać więcej niż 25% zysku za dany rok obrotowy⁸⁴.

Ochronie wierzycieli spółki z o.o. służyć ma również proponowana zmiana art. 233 k.s.h., wprowadzająca obowiązek kwartalnej oceny przez zarząd sytuacji bilansowej i finansowej spółki zarówno poprzez analizę bilansu spółki pod kątem wystąpienia w spółce znacznej straty, zdefiniowanej w art. 233 § 1 k.s.h., jak i badanie zdolności do wykonywania przez spółkę jej wymagalnych zobowiązań w toku zwykłej działalności w okresie trzech miesięcy od dnia dokonania oceny (art. 233 § 1² w zw. z art. 233 § 1¹ k.s.h.). Jeżeli wynik tej podwójnej oceny jest negatywny, zarząd jest obowiązany niezwłocznie zwołać zgromadzenie wspólników w celu powzięcia uchwały dotyczącej dalszego istnienia spółki (art. 233 § 1 oraz art. 233 § 1¹ k.s.h.).

3. Stanowisko niemieckiej doktryny i orzecznictwa wobec deficytów ochronnych kapitału zakładowego oraz reforma niemieckiej GmbH

Deficyty ochronne systemu kapitału zakładowego dostrzegane są również w doktrynie i orzecznictwie z zakresu niemieckiego prawa spółek. Należy zwłaszcza zwrócić uwagę na sądowe rozwijanie prawa (*richterliche Rechtsfortbildung*), w ramach którego sądy niemieckie, a przede wszystkim niemiecki Federalny Trybunał Sprawiedliwości

⁸² *Ibidem*, s. 14. Obszerniejsze objaśnienia do proponowanego art. 192, *ibidem*, s. 19–20.

⁸³ *Ibidem*, s. 14.

⁸⁴ Por. *ibidem*, s. 14 oraz 22.

(BGH) dokonywały korekty i uzupełniały luki ochronne w systemie kapitału zakładowego, o czym świadczy rozwój judykatury dotyczącej ukrytych wkładów niepieniężnych, potrącania wzajemnych wierzytelności spółki i wspólnika, a także zakazu udzielania przez spółkę pożyczek wspólnikom, jeżeli miałyby to uszczuplić majątek spółki związanej na podstawie § 30 GmbHG⁸⁵. Dorobek orzecznictwa został w dużej mierze uwzględniony przez ustawodawcę, który reformując niemieckie prawo spółki z o.o. skodyfikował rozwinięte w orzecznictwie zasady (poza regułami ustanowionymi w tzw. wyroku listopadowym)⁸⁶.

Przed wspomnianą reformą niemieckiej ustawy o spółkach z o.o. (GmbHG) dokonaną ustawą o modernizacji prawa spółki z ograniczoną odpowiedzialnością i zwalczaniu nadużyć, określaną zgodnie z jej oficjalnym skrótem jako MoMiG⁸⁷, która to nowela weszła w życie dnia 1 listopada 2008 r., w doktrynie niemieckiej szeroko dyskutowano problem deficytów systemu kapitału zakładowego, a zwłaszcza deficytów w zakresie ochrony wierzycieli spółki z o.o. Dyskusja ta miała ścisły związek z rozwojem orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości (obecnie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej) w zakresie swobody przedsiębiorczości i wywołanym tym orzecznictwem swoistym wyścigiem reformatorskim ustawodawców poszczególnych państw członkowskich UE, przejawiającym się m.in. zniesieniem wymogu minimalnego kapitału zakładowego dla spółki z o.o. we Francji oraz wprowadzeniem, początkowo w Hiszpanii, tzw. błyskawicznych spółek z o.o.⁸⁸ Dyskusja dotyczyła przede wszystkim kwestii, czy system minimalnego kapitału zakładowego pełni w ogóle funkcje ochronne wobec wierzycieli spółki z o.o., czy należy zrezygnować w Niemczech z wymogu wniesienia przez wspólników minimalnego kapitału zakładowego oraz czy istnieją alternatywne systemy ochronne, które w sposób bardziej efektywny zapewniają ochronę

⁸⁵ Zob. tzw. wyrok listopadowy BGH: „November”-Urteil BGH z dnia 24 listopada 2003 r., II ZR 171/01, BGHZ 157, 72–79. W wyroku tym BGH odstąpił od charakterystycznego dla zasady utrzymania kapitału zakładowego bilansowego traktowania relewantnych księgowo zdarzeń i czynności prawnych. Przyznanie wspólnikowi pożyczki nie stanowi bowiem bilansowo odpływu majątku ze spółki, a jedynie zamianę w pozycji aktywów: zamiast środków pieniężnych w bilansie ujmowane jest bowiem po stronie aktywów roszczenie spółki o zwrot pożyczki. Stosunek „czystego” majątku spółki do jej kapitału zakładowego nie ulega zatem zmianie, o ile oczywiście roszczenie o zwrot pożyczki jest pełnowartościowe. Zob. szerzej T. Drygala, M. Staake, S. Szalai, *op. cit.*, s. 142.

⁸⁶ W odniesieniu do ukrytych wkładów niepieniężnych zob. T. Drygala, M. Staake, S. Szalai, *op. cit.*, s. 114. Por. również wyrok BGH z dnia 16 lutego 2009 w sprawie *Qivive*, II ZR 120/07 (BGHZ 180, 38–50) podsumowujący dotychczasowe orzecznictwo Trybunału dotyczące ukrytych wkładów niepieniężnych. W odniesieniu do wyroku „listopadowego” zob. przypis powyżej.

⁸⁷ Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23. Oktober 2008 (MoMiG), BGBl. 2008, Teil I, Nr. 48 vom 28. Oktober 2008, s. 2026 i n.

⁸⁸ Szerzej na ten temat zob. P.M. Wiórek, *Ustawowe wzorce umowy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w niemieckim prawie spółek – rozwiązanie godne naśladowania czy chybiony pomysł legislacyjny?*, „Rejent” 2010, nr 2, s. 77 i n.

wierzycieli⁸⁹. W szczególności dużo uwagi poświęcono systemowi ochrony wierzycieli spółki z o.o. poprzez test wypłacalności (*Solvenztest, solvency test*)⁹⁰. Dostrzeżono przy tym zalety systemu testu wypłacalności i słabości systemu kapitału zakładowego⁹¹, zwracając jednak uwagę na wiele kwestii, które wymagałyby dogłębnego wyjaśnienia i doprecyzowania przed wprowadzeniem do niemieckiego prawa spółki z o.o. testu wypłacalności⁹².

Dyskusja doktrynalna nie skłoniła jednak ustawodawcy niemieckiego do zniesienia wymogu minimalnego kapitału zakładowego w spółce z o.o. oraz do wprowadzenia systemu ochrony wierzycieli poprzez test wypłacalności. Zamiast tego nowela MoMiG doprowadziła do skodyfikowania części dorobku orzecznictwa sądowego dotyczącego ochrony w systemie kapitału zakładowego (zwłaszcza w zakresie dotyczącym ukrytych wkładów niepieniężnych), a także podkreśliła rezygnację z dotychczasowych, rozwiniętych przez orzecznictwo, reguł dotyczących pożyczek zastępujących kapitał, czego wyrazem było m.in. nadanie nowego brzmienia § 19 i 30 GmbHG⁹³. Przede wszystkim jednak nowela MoMiG wprowadziła do GmbHG rozwiązania pośrednie, uwzględniające potrzebę dostosowania się niemieckiego prawa spółek do ogólnoeuropejskiego trendu reformatorskiego, które zarazem nie naruszają istotnie utrwalonego w niemieckim prawie spółki z o.o. systemu kapitału zakładowego. Wyrazem tego swoistego kompromisu jest wprowadzenie nowej odmiany spółki z o.o. w postaci spółki przedsiębiorczej

⁸⁹ Zob. m.in. J. Vetter, *Grundlinien der GmbH-Gesellschafterhaftung*, ZGR 2005, s. 788 i n.; U. Haas, *Mindestkapital und Gläubigerschutz in der GmbH*, DStR 2006, s. 993 i n.; W. Goette, *Krisenvermeidung und Krisenbewältigung in der GmbH – Überblick*, ZGR 2006, s. 261 i n.; D. Kleindiek, *Krisenvermeidung in der GmbH: Gesetzliches Mindestkapital, Kapitalschutz und Eigenkapitalersatz*, ZGR 2006, s. 335 i n.; R. Veil, *Krisenbewältigung durch Gesellschaftsrecht. Verlust des halben Kapitals, Pflicht zur ordnungsgemäßer Liquidation und Unterkapitalisierung*, ZGR 2006, s. 374 i n.; T. Drygala, *Stammkapital heute – zum veränderten Verständnis vom System des festen Kapitals und seinen Konsequenzen*, ZGR 2006, s. 587 i n.; G. Fischer, *Krisenbewältigung durch Insolvenzrecht*, ZGR 2006, s. 403 i n.; J. Bauerreis, *Staatliche Überwachung der Geschäftsführung vor Insolvenzeintritt und staatsgeleitete Restrukturierung in Frankreich*, ZGR 2006, s. 294 i n.; Ch. Teichmann, *Reform des Gläubigerschutzes im Kapitalgesellschaftsrecht*, NJW 2006, s. 2444 i n.

⁹⁰ Zob. C. Jungmann, *Solvenztest- versus Kapitalschutzregeln. Zwei Systeme im Spannungsfeld von Gläubigerschutz und Finanzierungsfreiheit der Kapitalgesellschaft*, ZGR 2006, s. 638 i n.; A. Engert, *Solvenzanforderungen als gesetzliche Ausschüttungssperre bei Kapitalgesellschaften*, ZHR 2006, s. 296 i n.

⁹¹ Przede wszystkim w doktrynie niemieckiej podkreśla się, że system minimalnego kapitału zakładowego nie zapewnia ciągłego istnienia masy majątkowej – swego rodzaju skarbcza albo szkatułka – stanowiącej zabezpieczenie dla wierzycieli spółki. Brak jest również po stronie wspólników obowiązku wyposażenia spółki w kapitał o ściśle określonej wysokości. Zamiast tego ustawodawca wyznacza jego minimalną wysokość, co często nie zapewnia wyposażenia spółki w kapitał wystarczający dla podejmowanej przez nią działalności, a dla wielu podmiotów nawet ta minimalna kwota może stanowić przeszkodę do podjęcia działalności w formie spółki z o.o. Szerzej na temat wad systemu kapitału zakładowego i jego krytyki w doktrynie niemieckiej zob. H. Hirte, *Kapitalgesellschaftsrecht...*, s. 320–325.

⁹² Zob. przede wszystkim C. Jungmann, *op. cit.*

⁹³ Szczegółowo na ten temat zob. uzasadnienie projektu MoMiG, Deutscher Bundestag – 16. Wahlperiode, Drucksache 16/6140. Szerzej na reformy prawa spółki z o.o. w zakresie pożyczek zastępujących kapitał zob. H. Hirte, *Kapitalgesellschaftsrecht...*, s. 364 i n.

z ograniczoną odpowiedzialnością – *Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt)*, w stosunku do której zniesiono wymóg minimalnego kapitału zakładowego i która może powstać z kapitałem zakładowym wynoszącym jedno euro. Spółka ta w założeniu ustawodawcy stanowi formę prowadzenia działalności przez początkujących na rynku założycieli (*Existenzgründer*) i staje się ona automatycznie, po osiągnięciu w toku jej istnienia wysokości kapitału zakładowego odpowiadającego minimalnej wysokości kapitału zakładowego dla spółki z o.o., który wynosi obecnie 25 000 EUR⁹⁴, „właściwą” spółką z o.o., choć może nadal zachować swoją dotychczasową firmę z dodatkiem UG. O niejako przejściowym, w założeniu ustawodawcy, charakterze tej odmiany GmbH świadczy ustawowy obowiązek utworzenia w tej spółce kapitału rezerwowego, na który przekazywana jest ¼ nadwyżki rocznej pomniejszonej o stratę za rok ubiegły, a która to nadwyżka może być przeznaczona jedynie na ściśle określone w GmbHG cele⁹⁵. Dodać należy, że w spółce tej mogą być wnoszone jedynie wkłady pieniężne na kapitał zakładowy⁹⁶. Spółka ta stała się atrakcyjną formą prowadzenia działalności w Niemczech⁹⁷. Za wyraz swego rodzaju kompromisu i uwzględnienia przez ustawodawcę niemieckiego doktrynalnej dyskusji na temat alternatywnego systemu ochrony w postaci testu wypłacalności można uznać natomiast rozszerzenie odpowiedzialności zarządców niemieckiej GmbH poprzez zmianę § 64 GmbHG, który obecnie przewiduje również odpowiedzialność za dokonywane na rzecz wspólników płatności prowadzące do niewypłacalności spółki. Okolicznością wyłączającą tę odpowiedzialność jest wykazanie przez zarządców, że przy zachowaniu zwyczajnej staranności kupieckiej nie mogli oni przewidzieć utraty przez spółkę jej wypłacalności. Przepis ten przewiduje zatem obowiązek przeprowadzania przez zarządców spółki z o.o. testu wypłacalności przed dokonaniem płatności na rzecz wspólników, jeżeli chcą się oni uchronić przed odpowiedzialnością wyrównawczą wobec spółki⁹⁸.

Podsumowując, należy stwierdzić, że w Niemczech nie zdecydowano się na gruntowną reformę struktury majątkowej spółki z o.o., natomiast wprowadzono wiele nowoczesnych rozwiązań, które znacznie usprawniły funkcjonowanie niemieckich spółek z o.o. w ramach wciąż obowiązującego systemu kapitału zakładowego, czyniąc formę spółki z o.o. atrakcyjną dla uczestników obrotu i to również w europejskim porównaniu.

⁹⁴ Zob. § 5 GmbHG.

⁹⁵ Zob. § 5a ust. 3 GmbHG.

⁹⁶ Zob. § 5a ust. 2 GmbHG.

⁹⁷ Szerzej na temat tej nowej odmiany GmbH zob. P.M. Wiórek, *Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt) – spółka przedsiębiorcza jako konkurencyjna odmiana niemieckiej spółki z o.o.*, [w:] T. Mróz, M. Stec (red.), *Instytucje prawa handlowego w przyszłym kodeksie cywilnym*, Warszawa 2012, s. 722 i n.

⁹⁸ Szerzej na ten temat zob. P.M. Wiórek, *Odpowiedzialność zarządców niemieckiej spółki z o.o. za płatności dokonywane na rzecz wspólników prowadzące do niewypłacalności spółki*, [w:] J. Frąckowiak (red.), *Kodeks spółek handlowych po dziesięciu latach*, Wrocław 2013, s. 689 i n.

Rozdział III

Sytuacje uzasadniające ochronę wierzycieli spółki z o.o. nieobjęte mechanizmem ochronnym kapitału zakładowego oraz testu wypłacalności

1. Uwagi ogólne

Jak wynika z rozważań zawartych w poprzednim rozdziale system kapitału zakładowego wykazuje deficyty ochronne i nie stanowi instrumentarium pozwalającego zapewnić kompleksową ochronę wierzycielom spółki z o.o., co pozostaje w sprzeczności z przypisywaną tej instytucji funkcją ochronną kapitału zakładowego. Pomijając to, że funkcji ochronnej kapitału zakładowego przypisuje się niekiedy zbyt duże znaczenie, i okoliczność, że przepisy mające służyć urzeczywistnieniu zasady realnego wniesienia kapitału oraz zasady utrzymania kapitału zakładowego spółki z o.o. stanowią niejako wycinek regulacji, mającej służyć ochronie wierzycieli (jeżeli uwzględnia się obowiązujące w prawie polskim i niemieckim przepisów służących ochronie wierzycieli zawartych w innych aktach prawnych z zakresu prawa cywilnego i handlowego, w tym w prawie upadłościowym), nie można nie dostrzec, że istnieje wiele sytuacji, w których reguły ochronne kapitału zakładowego nie znajdują zastosowania.

Poniżej, w punkcie 2, przedstawiono rozpoznane w doktrynie i orzecznictwie niemieckim, a po części również w doktrynie polskiej (choć należy przyznać, że najczęściej wskutek sięgania do przykładów przedstawionych w doktrynie niemieckiej) grupy przypadków, w których nie znajdują zastosowania przepisy realizujące funkcję ochronną kapitału zakładowego, a więc wymykające się spod ochrony zapewnianej przez system kapitału zakładowego, a które zdaniem doktryny i orzecznictwa (zwłaszcza niemieckiego) uzasadniają osobistą odpowiedzialność wspólników spółki z o.o. ukształtowaną jako odpowiedzialność przebijająca albo deliktowa.

W punkcie 3 niniejszego rozdziału dokonano natomiast krótkiej oceny, czy sytuacje wymienione jako nieobjęte mechanizmem ochronnym kapitału zakładowego wymykają się również spod ochrony zapewnianej w postaci testu wypłacalności, czy też test ten pozwala objąć swoim zakresem zastosowania chociaż niektóre z wymienionych poniżej grup przypadków.

Należy podkreślić, że celem niniejszego rozdziału nie jest wykazanie i dokładne uzasadnienie potrzeby ochrony wierzycieli spółki z o.o. przez osobistą odpowiedzialność jej wspólników w każdym z wymienionych poniżej przypadków. Niniejszy rozdział służyć ma jedynie ich wyliczeniu i zwróceniu uwagi na to, że stanowią one przedmiot zainteresowania doktryny i orzecznictwa.

Rozpatrując poniżej przedstawione sytuacje, należy, z jednej strony, mieć na względzie (sparafrazowane niniejszym) stanowisko jednego z czołowych przedstawicieli niemieckiej doktryny z zakresu prawa spółek, D. Kleindieka, według którego deficyty ochronne kapitału zakładowego nie stanowią jeszcze same w sobie podstawy do uruchomienia mechanizmów ochronnych w postaci odpowiedzialności wspólników spółki z o.o.⁹⁹ Z drugiej jednak strony, przedstawione grupy przypadków w sposób niekiedy nad wyraz plastyczny wskazują na potrzebę ochrony wierzycieli spółki z o.o., nawet jeżeli nie jest się w stanie, po pobieżnej ich analizie, skonstruować rozbudowanego uzasadnienia dla odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. za doprowadzenie do tego rodzaju sytuacji.

Dlatego też zaprezentowane poniżej przypadki stanowią jedynie punkt wyjścia do dalszych rozważań nad potrzebą i możliwościami ochrony wierzycieli spółki z o.o. przy wykorzystaniu konstrukcji odpowiedzialności przebijającej albo odpowiedzialności deliktowej.

2. Grupy przypadków uzasadniające ochronę wierzycieli spółki z o.o. nieobjęte ochroną poprzez system kapitału zakładowego

2.1. Niedokapitalizowanie spółki

Obowiązujące w spółce z o.o. zasady realnego pokrycia kapitału zakładowego oraz zasada utrzymania kapitału zakładowego oraz przewidziany ustawą wymóg posiadania przez spółkę z o.o. minimalnego kapitału zakładowego nie są w stanie zapobiec występowaniu w obrocie niedokapitalizowanych spółek z o.o., a więc takich, które nie dysponują „funduszami pozwalającymi na należyte gospodarowanie, przy uwzględnieniu rodzaju i zakresu faktycznej albo planowanej działalności”¹⁰⁰. Niedokapitalizowanie może mieć charakter początkowy, kiedy to spółka samego początku nie została wyposażona przez wspólników w kapitały własne lub obce odpowiadające rozmiarowi planowanego

⁹⁹ W swojej uwadze D. Kleindiek odniósł się do uzasadnienia odpowiedzialności wspólników z tytułu unicestwienia egzystencji spółki (*Existenzvernichtung*), podnosząc, że nie da się jej uzasadnić, powołując się na same deficyty ochronne ustawowego systemu kapitału zakładowego. Por. D. Kleindiek, *Ordnungswidrige Liquidation durch organisierte „Firmenbestattung”*, ZGR 2007, s. 295.

¹⁰⁰ Zob. A. Opalski, *Problematyka pominięcia prawnej odrębności spółek kapitałowych*, PPH 2012, nr 8, s. 17–18.

w ramach spółki przedsięwzięcia, bądź następcze, kiedy to w trakcie funkcjonowania spółki występuje zjawisko niewystarczającego w stosunku do rozmiarów prowadzonej działalności (tudzież rodzaju branży) wyposażenia w kapitał (spółka nie nadaża pod względem wyposażenia kapitałowego albo wskutek strat majątek spółki ulega zmniejszeniu a wspólnicy nie doprowadzają do spółki potrzebnych kapitałów)¹⁰¹. Jak podkreśla się w literaturze przedmiotu, brak jest jasnych kryteriów ekonomicznych pozwalających ustalić wysokość kapitałów własnych wymaganych do prowadzenia działalności gospodarczej o określonym rodzaju tudzież określonych rozmiarów¹⁰². Dlatego też ustawodawca nie przewiduje wymogu wyposażenia spółki z o.o. przez jej wspólników w kapitał dostosowany do (planowanych) rozmiarów i rodzaju działalności (faktycznej bądź planowanej). Niedokapitalizowanie spółki z o.o. zwiększa jednak ryzyko jej upadłości, a w konsekwencji zagraża interesom jej wierzycieli. Dlatego też w doktrynie prawa spółek – przede wszystkim w niemieckiej, a w o wiele mniejszym zaś zakresie w polskiej – od lat toczy się intensywna dyskusja na temat ochrony wierzycieli niedokapitalizowanych spółek z o.o. W szczególności przedmiotem analizy jest kwestia, czy wspólnik spółki z o.o. może zostać pociągnięty do osobistej odpowiedzialności z powodu niedokapitalizowania spółki mimo spełnienia przez spółkę wymogów odnośnie do minimalnego kapitału zakładowego¹⁰³.

W doktrynie wyróżnia się dwa rodzaje niedokapitalizowania: nominalne (*nominalle Unterkapitalisierung*) oraz materialne (*materielle Unterkapitalisierung*).

Przy niedokapitalizowaniu nominalnym spółka z o.o. wyposażona jest w niewystarczający kapitał zakładowy (szerzej: kapitały własne), natomiast potrzebny jej kapitał jest dostarczany spółce przez jej wspólników nie poprzez wkłady, lecz w postaci finansowania obcego (zewnętrznego), w szczególności poprzez pożyczki wspólników. Dlatego też niedokapitalizowanie nominalne nazywane jest także niedokapitalizowaniem przez finansowanie obce (*Unterkapitalisierung durch Fremdfinanzierung*)¹⁰⁴. Niedokapitalizowanie nominalne nie stanowi bezpośredniego zagrożenia dla wierzycieli spółki z o.o., skoro wspólnicy zapewniają spółce majątek wymagany do prowadzenia przez nią działalności. Obecnie zarówno w niemieckim, jak i w polskim prawie spółek istnieją przepisy regulujące w mniejszym (prawo polskie) lub większym (prawo niemieckie)

¹⁰¹ Por. T. Eckhold, *Materielle Unterkapitalisierung. Zur Gesellschafterverantwortlichkeit in der Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, Köln 2002, s. 10.

¹⁰² Por. Wiedemann H., *Reflexionen zur Durchgriffshaftung Zugleich Besprechung des Urteils BGH WM 2002, 1804 – KBV*, ZGR 2003, nr 2, s. 296; L. Fastrich, [w:] A. Baumbach, A. Hueck, *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, 20. Aufl., München 2013, § 13, nb 47; A. Opalski, *Problematyka...*, s. 18.

¹⁰³ Por. T. Eckhold, *op. cit.*, s. 8.

¹⁰⁴ *Ibidem*, s. 9.

zakresie problematykę niedokapitalizowania nominalnego, a dotyczące tzw. pożyczki zastępującej kapitał (*kapitalersetzendes Darlehen*)¹⁰⁵.

Niedokapitalizowanie materialne występuje wtedy, kiedy wspólnicy nie tylko niewystarczająco wyposażają spółkę w kapitał zakładowy, ale ponadto nie dostarczają spółce żadnych środków, czy to w postaci kapitału własnego (np. w postaci dopłat), czy też w postaci kapitału obcego (w postaci pożyczek zastępujących kapitał). Dlatego też ten rodzaj niedokapitalizowania nazywany jest również niedokapitalizowaniem poprzez niekapitalizowanie (*Unterkapitalisierung durch Nichtkapitalisierung*)¹⁰⁶. To właśnie niedokapitalizowanie materialne stanowi zagrożenie dla wierzycieli spółki z o.o. ze względu na wzmożone ryzyko upadłości spółki.

Ponieważ, jak już wspomniano, ustawa nie przewiduje żadnych sankcji za samo niedokapitalizowanie spółki z o. o., w doktrynie pojawiły się próby określenia granicy, przy której występuje ono w sposób oczywisty i zagraża wierzycielom, a w związku z tym powinno rodzić konsekwencje prawne¹⁰⁷. Według niektórych autorów taką granicę powinno stanowić tzw. kwalifikowane niedokapitalizowanie zdefiniowane w doktrynie niemieckiej po raz pierwszy przez P. Ulmera, wybitny autorytet w dziedzinie prawa spółek¹⁰⁸.

O ile wielu przedstawicieli doktryny prawa spółek, zwłaszcza niemieckiej, nie tylko rozważa, ale również stanowczo postuluje pociągnięcie wspólników spółki z o.o. do osobistej odpowiedzialności z powodu niedokapitalizowania spółki, o tyle nie ma jednolitości poglądów co do podstawy prawnej tej odpowiedzialności. W rachubę wchodzi bowiem zarówno odpowiedzialność przebijająca w ramach prawa spółek, jak i odpowiedzialność deliktowa zgodnie z regułami ogólnymi¹⁰⁹. Dlatego też problematyka niedokapitalizowania spółki zasługuje na analizę, która nastąpi w dalszej części niniejszej pracy.

2.2. Pomieszanie majątków spółki i wspólnika

Sytuacja, w której w toku działalności spółki z o.o. jej majątek nie jest wystarczająco oddzielony od majątku wspólnika, uniemożliwia ustalenie, które składniki majątkowe należą do majątku spółki z o.o., a które do osobistego majątku jej (najczęściej jedynej)

¹⁰⁵ W Niemczech problematyka pożyczek zastępujących kapitał została przeniesiona z GmbHG do prawa upadłościowego. Obecnie dotyczy jej § 39 ust. 1 nr 5, ust. 4 i 5 InsO, § 44a InsO oraz § 135 ust. 2 InsO. W Polsce zob. art. 14 § 3 k.s.h.

¹⁰⁶ Por. T. Eckhold, *op. cit.*, s. 9.

¹⁰⁷ *Ibidem*, s. 41.

¹⁰⁸ Zob. P. Ulmer, [w:] P. Ulmer (Hrsg.), *Hachenburg. Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG). Großkommentar*, 8. Aufl., Walter de Gruyter, Berlin, New York 1992, Anh § 30, nb 55 (cytowany dalej zgodnie z zaleceniem autora jako: Hachenburg/Ulmer, *GmbHG...*).

¹⁰⁹ Por. chociażby L. Fastrich, *op. cit.*, § 13, nb 47 (odpowiedzialność przebijająca) oraz nb 50 (odpowiedzialność deliktowa).

wspólnika¹¹⁰. Naruszona zostaje wówczas leżąca u podstaw ograniczenia odpowiedzialności wspólników zobowiązania spółki z o.o. zasadą rozdzielenia (*Trennungsprinzip*)¹¹¹. Pomieszanie majątków spółki i wspólnika (*Vermögensvermischung*) występuje przede wszystkim wtedy, kiedy wspólnicy nie prowadzą przedsiębiorstwa spółki z o.o. w separacji od swego prywatnego majątku i traktują składniki majątkowe spółki jak własne. Zjawisko takie może występować przede wszystkim w jednoosobowych spółkach z o.o.¹¹². W doktrynie podkreśla się również, że pomieszanie majątków spółki i wspólnika jest często następstwem nieprzejrzystego prowadzenia ksiąg rachunkowych albo nawet nieprowadzeniem w spółce księgowości. W takim przypadku nie jest możliwe ustalenie, czy zachowana jest obowiązująca w spółce z o.o., a służąca ochronie interesów jej wierzycieli, zasada utrzymania (ochrony) kapitału¹¹³. Stan pomieszania majątków stanowi w związku z tym zagrożenie dla wierzycieli spółki. Ponadto nie jest możliwe ustalenie tzw. masy odpowiedzialności (*Haftungsmasse*), którą dla wierzycieli stanowi majątek spółki.

2.3. Sytuacja „kosza na bieliznę”

Oprócz sytuacji pomieszania majątków spółki i wspólnika w doktrynie niemieckiej wyróżnia się dodatkowo zbliżoną do niej grupę przypadków określanych mianem „kosza na bieliznę”, którą cechuje nieprowadzenie w spółce uporządkowanej dokumentacji dotyczącej działalności spółki, a zwłaszcza nieprowadzenie księgowości spółki. W związku z tym nie jest możliwe ustalenie negatywnego wpływu wspólników na spółkę, w szczególności szkodliwych ingerencji w jej aktywność, co w przypadku upadłości spółki powinno rodzić konsekwencje prawne w postaci odpowiedzialności wspólnika¹¹⁴. Sytuacja „kosza na bieliznę” zbliżona jest do sytuacji pomieszania majątków spółki i wspólnika, zwłaszcza w jednoosobowych spółkach z o.o., kiedy to sięganiu przez wspólnika do majątku spółki i zacieraniu przez niego granicy między majątkiem spółki a jego własnym towarzyszyć może nieprowadzenie dokumentacji w spółce. Część przedstawicieli doktryny niemieckiej podkreśla jednak, że w sytuacji „kosza na bieliznę” oraz pomieszania majątków spółki i wspólnika występują dwa odrębne punkty odniesienia i argumenty mające uzasadniać odpowiedzialność wspólników spółki z o.o. O ile bowiem w przypadku

¹¹⁰ Por. K. Wappler, *Die Haftung von Gesellschaftern einer GmbH auf Grund von Einflussnahmen auf die Leitung der Gesellschaft. Vom qualifiziert faktischen Konzern über Durchgriffshaftung wegen Existenzvernichtung zur deliktrechtlichen Haftung gem. § 826 BGB*, Baden-Baden 2010, s. 262; A. Opalski, *Problematyka...*, s. 19.

¹¹¹ Na temat zasady rozdzielenia zob. uwagi w rozdz. IV pkt 1.

¹¹² Por. K. Wappler, *op. cit.*, s. 262.

¹¹³ Por. L. Fastrich, *op. cit.*, § 13, nb 45.

¹¹⁴ Zob. K. Wappler, *op. cit.*, s. 275.

pomieszania majątków spółki i wspólnika mamy do czynienia z pominięciem przez wspólnika prawnej odrębności spółki i nieuwzględnianiem przez niego przyporządkowania spółce (mocą umowy spółki) określonych składników majątkowych, o tyle w przypadku „kosza na bieliznę” brak dokumentacji lub jedynie szczątkowe prowadzenie księgowości spółki prowadzi do tego, że nie jest się w stanie w ogóle określić, czy i które składniki majątkowe należą do majątku spółki¹¹⁵. Ponadto w sytuacji „kosza na bieliznę”, jak już wspomniano, nieprowadzenie księgowości przez spółkę uniemożliwia prześledzenie aktywności spółki, a także ewentualnych ingerencji wspólników w jej majątek. Nie jest przy tym nawet możliwe określenie przyczyn upadłości spółki¹¹⁶, a w toku postępowania upadłościowego mogą powstać problemy chociażby ze stosowaniem przepisów o bezskuteczności i zaskarżaniu czynności upadłego.

Należy jednak podkreślić, że rozróżnienie między grupą przypadków określanych mianem pomieszania majątków spółki i wspólnika oraz „kosza na bieliznę” ma charakter raczej doktrynalny i w praktyce sądy niemieckie stwierdzają zaistnienie sytuacji pomieszania majątków spółki i wspólnika głównie po ustaleniu, że w spółka nie prowadziła w sposób przejrzysty księgowości¹¹⁷.

2.4. Pomieszanie sfer spółki i wspólnika

W przypadku pomieszania sfer spółki i wspólnika (*Sphärenvermischung*) następuje zatarcie różnicy w zakresie prawnej odrębności spółki od wspólnika, które ma charakter organizacyjny, a więc przejawia się m.in. przez posługiwanie się przez spółkę i wspólnika podobnymi firmami, prowadzenie działalności gospodarczej w tym samym lokalu i przy pomocy tego samego personelu. Stwarza to zagrożenie dla wierzycieli spółki z o.o., którzy nie są w stanie dokładnie rozróżnić w obrocie, czy kontraktują ze wspólnikiem, czy z reprezentowaną przez niego spółką z o.o.¹¹⁸

2.5. Pozbawienie spółki płynności finansowej

W spółce z o.o. może wystąpić sytuacja, w której wspólnik lub wspólnicy tejże spółki pozbawiają ją środków finansowych niezbędnych do prowadzenia przez nią działalności, nie naruszając przy tym przepisów realizujących zasadę utrzymania kapitału zakładowego (art. 189 i n. k.s.h.; § 30 i n. GmbHG). Nawet jeżeli skutek odpływu środków finansowych kwota kapitału zakładowego znajduje swoje „pokrycie” w pozostałym

¹¹⁵ Por. *ibidem* i cytowana tam literatura.

¹¹⁶ *Ibidem*, s. 276.

¹¹⁷ Por. wyrok BGH z dnia 14 listopada 2005 r., II ZR 178/03. Szerzej na ten temat rozdz. VII pkt 2.2.

¹¹⁸ Por. K. Wappler, *op. cit.*, s. 262–263; A. Opalski, *Problematyka...*, s. 19.

majątku spółki, np. w środkach trwałych, pozbawienie spółki płynności finansowej doprowadzi ją w krótkim czasie do stanu niewypłacalności, skutkującego koniecznością złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki. W efekcie końcowym ucierpią wierzyciele spółki z o.o., których wierzytelności nie zostaną – z reguły – zaspokojone w pełnej wysokości, lecz tylko w ramach tzw. kwoty upadłościowej (*Insolvenzquote*). Dobrą ilustrację grupy przypadków pozbawienia spółki płynności finansowej stanowi poniższy, uproszczony przykład: Bilans spółki z o.o. wykazuje po stronie aktywów (A) kwotę 8 050 000 złotych; po stronie pasywów (B) występują natomiast następujące pozycje: kapitał zakładowy: 50 000 zł; kapitały rezerwowe (utworzone z zysków): 5 000 000 zł; zobowiązania: 3 000 000 zł. Jeżeli wspólnikom zostanie wypłacona, przy zachowaniu wymogów art. 192 k.s.h., kwota 5 000 000 złotych z kapitałów rezerwowych, a spółka nie ograniczy znacząco swojej działalności, to przy stanie jej zobowiązań wynoszącym 3 000 000 zł oraz pozostałymi aktywami przewyższającymi nieznacznie 3 000 000 zł, spółka wkrótce stanie się niewypłacalna w rozumieniu art. 11 ust. 1 p.u., a więc zaprzestanie płacenia swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych, co skutkować będzie jej upadłością i poniesieniem szkody przez jej wierzycieli rozumianej jako niemożliwość pełnego zaspokojenia ich wierzytelności¹¹⁹.

2.6. Utrata przez spółkę płynności wskutek uczestnictwa w *cash pool*

W praktyce obrotu gospodarczego, zwłaszcza niemieckiej, w ramach tej samej grupy kapitałowej stosowany jest mechanizm wspólnego zarządzania płynnością finansową spółek uczestniczących w zgrupowaniu, którego celem jest konsolidowanie środków płynnych i kompensowanie nadwyżek finansowych występujących w poszczególnych spółkach z niedoborami powstałymi w innych spółkach zgrupowania (*cash pooling* lub *cash pool*)¹²⁰. Przyczynia się on do zwiększania przychodów odsetkowych zgrupowania i minimalizowania kosztów kredytowania działalności, a dzięki wykorzystaniu efektu skali ulegają obniżeniu koszty finansowe, co zwiększa przychody i ogranicza konieczność korzystania z zewnętrznych źródeł finansowania w ramach zgrupowania¹²¹. W ramach uczestnictwa w *cash pool* może wystąpić sytuacja, w ramach której spółka z o.o. przekaże potrzebne do prowadzenia przez nią działalności gospodarczej środki finansowe na służący konsolidacji środków rachunek główny, tzw. *pool leadera*, i wskutek zaistnienia braku płynności w całym zgrupowaniu nie będzie mogła ich odzyskać. Takie pozbawienie spółki z o.o. płynności finansowej również może doprowadzić do jej upadłości,

¹¹⁹ Przykład zmodyfikowany za: M. Lutter, W. Bayer, [w:] M. Lutter, P. Hommelhoff, *GmbH-Gesetz. Kommentar*, 18. Aufl., Köln 2012, § 13, nb 34.

¹²⁰ Por. A. Opalski, *Prawo zgrupowań spółek*, Warszawa 2012, s. 408.

¹²¹ Zob. szerzej *ibidem*, s. 408 i n.

a w następstwie do niekiedy znacznego pogorszenia sytuacji finansowej jej wierzycieli. Sytuacja ta tym różni się od przedstawionego powyżej pozbawienia spółki płynności finansowej przez wspólnika (wspólników), że w przypadku *cash pool* pozbawienie spółki z o.o. środków finansowych następuje jedynie na określony czas i kwalifikowane jest z reguły jako pożyczka udzielona spółce matce (tzw. *upstream loan*), podczas gdy opisane powyżej pozbawienie spółki płynności finansowej przez wspólników ma charakter definitywny¹²². Nie zmienia to faktu, że zarówno jedna, jak i druga grupa przypadków może wywołać negatywne skutki dla wierzycieli, wynikające z ogłoszenia upadłości spółki z o.o.

2.7. Pozbawienie spółki składników majątkowych potrzebnych do prowadzenia jej przedsiębiorstwa

Podobnie jak pozbawienie spółki płynności finansowej szkodliwe dla jej wierzycieli może okazać się pozbawienie spółki z o.o. przez wspólników innych niż środki finansowe składników majątkowych, takich jak istotne dla spółki środki produkcji, czy też inne ważne składniki majątku trwałego¹²³.

Jeżeli rzecz lub prawo majątkowe „wyprowadzane” ze spółki nie stanowiło przedmiotu wkładu wspólnika, nie znajdzie zastosowania przepis ochronny art. 189 § 1 k.s.h. zakazujący zwracania wspólnikom wniesionych wkładów, przy założeniu, że zakaz zwrotu wkładów ma charakter fizyczny, a nie wartościowy¹²⁴. Możliwe zatem będzie przekazanie wspólnikowi składnika majątkowego niestanowiącego jego wkładu do spółki. Jeżeli natomiast przyjmiemy, że sformułowany w art. 189 § 1 k.s.h. zakaz ma charakter wartościowy, wówczas niedopuszczalny będzie nie tylko „zwrot przedmiotu świadczenia na rzecz wspólnika albo działającej na jego rachunek osoby trzeciej (zwrot wkładu *sensu stricto*) oraz zwolnienie go z obowiązku wniesienia wkładu, ale także każde przysporzenie, które następuje *causa societatis* ze środków niestanowiących nadwyżki bilansowej albo na podstawie odrębnego stosunku prawnego, w warunkach braku ekwiwalentnego świadczenia wzajemnego”¹²⁵. Nawet przy takim rozumieniu art. 189 § 1 k.s.h. możliwe jest niekorzystne z punktu widzenia wierzycieli „wyprowadzenie” z majątku spółki składnika majątkowego ze środków stanowiących nadwyżkę bilansową, a więc transfer bilansowo skuteczny i dopuszczalny, skutkujący jednak doprowadzeniem spółki do jej upadłości, o czym poniżej.

¹²² Por. K. Wappler, *op. cit.*, s. 276–277.

¹²³ Tak m.in. K. Wappler, *op. cit.*, s. 269.

¹²⁴ Na temat tego rozróżnienia i poglądów doktryny w tym zakresie zob. A. Herbet, *op. cit.*, s. 243–244, nb 37.

¹²⁵ *Ibidem*.

W przypadku przekazania przez spółkę wspólnikowi istotnego składnika majątkowego, stanowiącego np. rzecz ruchomą, nie znajdzie również zastosowania art. 189 § 2 k.s.h., bowiem przepis ten zakazuje wypłat z kapitału zakładowego na rzecz wspólników (a dokładnie: wypłat z majątku spółki potrzebnego do pełnego pokrycia kapitału zakładowego), a więc dotyczy zgodnie z jego wykładnią językową świadczeń pieniężnych¹²⁶.

Grupa przypadków polegająca na pozbawieniu spółki składników majątkowych niezbędnych do prowadzenia jej przedsiębiorstwa stanowi przedmiot szczególnego zainteresowania praktyki i doktryny niemieckiej. W niemieckiej ustawie o spółkach z o.o. (GmbHG) brak jest odpowiednika art. 189 § 1 k.s.h. i nawet mimo przyjmowania szerokiego rozumienia występującego w przepisie § 30 ust. 1 GmbHG pojęcia „wypłata”, obejmującego nie tylko płatność pieniężną, ale i wszelkiego rodzaju świadczenia, które zmniejszają gospodarczo majątek spółki¹²⁷, sam zwrot wkładu nie zawsze stanowi wypłatę w rozumieniu § 30 ust. 1 zd. 1 GmbHG¹²⁸, a więc wypłatę powodującą uszczuplenie majątku wymaganego do pokrycia kapitału zakładowego. Możliwy jest zatem zwrot wkładu, jeżeli nie prowadzi on do naruszenia § 30 ust. 1 GmbHG. Natomiast w przypadku, kiedy spółka otrzymuje od wspólnika w zamian za przekazany mu składnik majątkowy świadczenie równoważne (dosłownie: pełnowartościowe świadczenie wzajemne), przepis § 30 ust. 1 zd. 1 GmbHG nie znajduje zastosowania¹²⁹. Ponieważ jednak § 30 GmbHG posługuje się kryteriami bilansowymi odnoszącymi się do wartości świadczeń w obrocie¹³⁰, w doktrynie niemieckiej podkreśla się, że wyzbycie się przez spółkę składnika majątkowego na rzecz wspólnika może być bilansowo skuteczne i dopuszczalne z punktu widzenia § 30 GmbHG, natomiast mimo to stanowić zagrożenie dla wierzycieli spółki.

Należy bowiem podkreślić, że bilansowa wycena składnika majątkowego nie uwzględnia jego znaczenia dla zdolności spółki do kontynuowania przez nią jej działalności, zwłaszcza jeżeli następuje z punktu widzenia wartości jednostkowej odnoszącej się do wartości samego składnika w oderwaniu od jego powiązania z innymi składnikami majątkowymi spółki¹³¹. Pozbawienie spółki jej głównej maszyny produkcyjnej z reguły doprowadzi zatem do niemożności prowadzenia przez spółkę jej dotychczasowej działalności, a w dalszej konsekwencji do upadłości spółki¹³².

¹²⁶ Por. przykłady świadczeń stanowiących wypłaty w rozumieniu art. 189 § 2 k.s.h. przedstawione przez A. Herbet, *op. cit.*, s. 244–245, nb 40.

¹²⁷ Zob. L. Fastrich, *op. cit.*, § 30, nb 33.

¹²⁸ *Ibidem*, § 30, nb 21.

¹²⁹ Tak wyraźne brzmienia § 30 ust. 1 zd. 2 GmbHG.

¹³⁰ Por. L. Fastrich, *op. cit.*, § 30, nb 39.

¹³¹ Tak W. Schön, *Zur „Existenzvernichtung“ der juristischen Person*, ZHR 2004, s. 286 i cytowane tam piśmiennictwo, a także (z powołaniem się na tegoż autora) K. Wappler, *op. cit.*, s. 269–270.

¹³² Por. *ibidem*.

Może się wreszcie zdarzyć, że pozbawienie spółki istotnego składnika majątkowego, takiego jak wspomniana już przykładowo główna maszyna produkcyjna, nastąpi z naruszeniem przepisów art. 189 k.sh., czy też § 30 GmbHG i doprowadzi do niewypłacalności, a następnie upadłości spółki. W takim jednak przypadku nie sprawdzi się mechanizm ochronny przewidziany w niemieckiej ustawie o spółkach z o.o. w § 31 GmbHG, który to przepis przewiduje jedynie obowiązek zwrotu płatności tudzież szerzej rozumianego (każdego) świadczenia, które spełnione zostało z naruszeniem § 30 GmbHG. Nie sprawdzą się również obowiązujące w polskim prawie spółek reguły zwrotu bezprawnie otrzymanych wypłat na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu¹³³. Przewidziana w przepisie § 31 GmbHG, jak również obowiązująca w polskim prawie spółek, odpowiedzialność wyrównawcza wspólników, sprowadzająca się do obowiązku zwrotu otrzymanego świadczenia, nie jest w stanie zrekompensować skutków pozbawienia spółki istotnego dla niej składnika majątkowego, jeżeli wynikająca stąd szkoda będzie wyższa od przysługującego spółce roszczenia o zwrot świadczenia¹³⁴. W doktrynie niemieckiej zwraca się w tym kontekście uwagę na deficyty ochronne § 30 oraz 31 GmbHG, które nie obejmują tzw. szkód kolateralnych (*Kollateralschäden*)¹³⁵, a więc takich, które stanowią dopiero następstwo pozbawienia spółki (w omawianym przypadku) istotnego składnika majątkowego, a więc np. spadek bądź zaprzestanie produkcji przez spółkę i związane z tym pogorszenie się sytuacji finansowej spółki skutkujące jej upadłością.

2.8. „Sztafeta spółek z o.o.”

Pojęciem „sztafety spółek” (*GmbH-Stafette*) posługuje się doktryna i praktyka niemiecka do określenia sytuacji, w których zasoby spółki z o.o. przenoszone są w sposób sprzeczny z zasadami gospodarki rynkowej na powiązane ze spółką przedsiębiorstwa. W odróżnieniu od pozbawienia spółki istotnych składników majątkowych grupa przypadków nazywanych sztafetą spółek dotyczy głównie pozbawienia spółki z o.o. na rzecz

¹³³ Przepisy o bezpodstawnym wzbogaceniu uzupełniają regulację art. 189 ust. 2 k.s.h. jedynie w zakresie, w jakim umożliwiają dochodzenie od wspólnika wynagrodzenia za czas bezprawnego korzystania ze środków pieniężnych wypłaconych z majątku spółki. Por. na ten temat A. Kidyba, *Komentarz aktualizowany do art. 1–300 ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (Dz.U.00.94.1037)*, LEX/el. 2016, art. 189, nb 3.

¹³⁴ Zob. G. Hönn, *Roma locuta? – Trihotel, Rechtsfortbildung und die gesetzliche Wertung*, WM 2008, s. 771.

¹³⁵ *Ibidem*, s. 771. Szerzej na temat szkód kolateralnych w dalszej części pracy. Wydaje się jednak, że można używać zamiennie do określenia tego rodzaju szkody pojęcia szkoda pośrednia, ewentualnie szkoda następcza. Na temat pojęcia szkody bezpośredniej i pośredniej por. M. Kaliński, [w:] A. Olejniczak (red.), *System Prawa Prywatnego. Tom 6. Prawo zobowiązań – część ogólna*, 2. wyd., Warszawa 2014, s. 112–113, nb 88.

innej spółki z danego zgrupowania spółek określonych pól działalności, stanowiących dotychczasową część aktywności spółki (np. w zakresie zbytu, czy sprzedaży), czy też transferu całego systemu informatycznego i przetwarzania danych, w tym danych klientów do innej spółki. Jednakże nie jest wykluczone, że przeniesieniu części aktywności spółki z o.o. na inną spółkę towarzyszyć będzie również transfer środków majątkowych w postaci np. linii produkcyjnej. Jeżeli takiemu transferowi albo pozbawieniu spółki określonego pola działalności nie towarzyszy odpowiednia rekompensata, a przede wszystkim jeżeli spółka nie otrzymuje w zamian ekwiwalentnego świadczenia, w niemieckiej doktrynie przyjmuje się, że mamy w takim przypadku do czynienia z tzw. ingerencją unicestwiającą egzystencję spółki. Do stwierdzenia, czy z taką ingerencją mamy do czynienia, miarodajna jest ocena *ex ante*, czy mimo dokonania danego transferu zapewniona jest dalsza egzystencja spółki i możliwość zaspokojenia jej wierzycieli¹³⁶.

2.9. Spółka z o.o.-„Kopciuszek”/ spółka-wydmuszka

Pojęciem spółki z o.o.-„Kopciuska” określa się w doktrynie i praktyce niemieckiej sytuację, w której przedsiębiorstwo spółki z o.o. wyposażone jest od samego początku w sposób niewystarczający do prowadzenia przez nią działalności gospodarczej w dłuższej perspektywie czasowej i w których wiadomo, że dalsze prowadzenie przedsiębiorstwa musi w ramach adekwatnego związku przyczynowego doprowadzić do upadłości spółki. Ta nieadekwatność wyposażenia spółki w potrzebne do prowadzenia przez nią działalności składniki majątkowe wynika już z samego zestawienia tych wartości majątkowych z określonym w umowie spółki celem jej zawarcia i przedmiotem działalności spółki. W omawianych grupach przypadków od samego porządku jest zauważalne, że spółka nie ma najmniejszych szans na przetrwanie na rynku¹³⁷. W doktrynie polskiego prawa spółek do oznaczenia tego rodzaju spółek używa się określenia spółka-wydmuszka¹³⁸.

Na pierwszy rzut oka grupa przypadków określanych mianem spółki-„Kopciuska” zbliżona jest do szeroko dyskutowanej problematyki materialnego niedokapitalizowania spółki. Istotna różnica między obydwiema konstelacjami polega jednak na tym, że w przypadku spółki-„Kopciuska” akcent kładzie się na to, czy posiada ona w ogóle

¹³⁶ Por. K. Wappler, *op. cit.*, s. 270–271 i powołana tam literatura.

¹³⁷ Zob. *ibidem*, s. 273.

¹³⁸ Zob. S. Włodyka, *Prawo koncernowe*, Kraków 2003, s. 209. Autor ten zwraca uwagę na to, że spółki-wydmuszki tworzone są głównie w branży budowlanej, a proceder ten polega na tym, że duża firma budowlana będąca generalnym wykonawcą, tworzy spółki zależne, z reguły jednoosobowe, które wykonują fragment zadania inwestycyjnego i powierzają z kolei wykonanie jego poszczególnych części różnym podwykonawcom. Następnie tego rodzaju spółki-wydmuszki ogłaszają swoją upadłość z powodu braku wystarczających środków finansowych, a roszczenia ich podwykonawców pozostają w związku z tym niezaspokojone (*ibidem*, s. 209).

środki potrzebne do tego, aby mogła ona jako samodzielny podmiot przetrwać na rynku, niezależnie od tego, czy dzięki kapitałom własnym, czy obcym, podczas gdy w przypadku materialnego niedokapitalizowania mamy do czynienia „jedynie” z niewystarczającym wyposażeniem spółki w kapitał własny. Ponadto w przypadku spółki-„Kopciuszka” problem sprowadza się nie do tego, aby ustalić właściwe wyposażenie spółki w kapitał (w szczególności własny) i ewentualnie wprowadzić określony wymóg, ale do tego, aby w interesie wierzycieli zapobiec sytuacjom, w których w ramach struktur koncernowych występować będą zależne spółki z o.o., które już z samego ukształtowania ich umowy, a zwłaszcza określonego w niej przedmiotu działalności spółki nie są w stanie funkcjonować jako samodzielny podmiot prawa¹³⁹.

Odnosząc grupę przypadków określaną mianem spółek-„Kopciuszków” do problematyki zgrupowań spółek, w których to spółki takie najczęściej występują, w doktrynie niemieckiej podkreśla się, że do przyjęcia, iż mamy do czynienia ze spółką-„Kopciuszkiem”, nie wystarcza jedynie ustalenie, że pełni ona w zgrupowaniu funkcję niejako służebną (jako spółka zależna). Sytuacja spółki-„Kopciuszka” pojawia się natomiast wtedy, gdy przypisane jej (w ramach zgrupowania) ryzyka od samego początku pozbawiają jej możliwości sprostania zwyczajnym ryzykom gospodarczym i w konsekwencji prowadzą do upadłości spółki. Nie oznacza to zatem, że samo uwzględnianie, a nawet ukierunkowanie się przez spółkę zależną na realizację interesów zgrupowania, znajdujące wyraz w samej umowie spółki, jest niedopuszczalne. Ze spółką-„Kopciuszkiem” będziemy mieli do czynienia jednak wtedy, gdy skutek danego ukształtowania podmiotowego zgrupowania i rozdzielenia funkcji oraz wyposażenia majątkowego między spółkę-matkę a spółkę-córkę wszystkie szanse związane z działalnością gospodarczą przypadną spółce-matce, a wszystkie ryzyka obciążą wierzycieli spółki-„Kopciuszka”, zwłaszcza wtedy, kiedy spółka-„Kopciuszek” zostanie wyłączona ze struktury koncernowej i wkrótce potem upadnie¹⁴⁰.

2.10. Zabezpieczanie długów wspólników przez spółkę

Z prowadzącą do upadłości spółki ingerencją w jej majątek, której nie są w stanie zapobiec przepisy realizujące zasadę ochrony kapitału zakładowego, możemy mieć do czynienia również wówczas, kiedy to spółka na żądanie wspólnika zabezpieczy jego dług wobec osoby trzeciej. Jeżeli przedmiotem zabezpieczenia jest należący do spółki składnik majątkowy istotny z punktu widzenia prowadzonej przez nią działalności, a spółka wskutek zabezpieczenia utraci możliwość korzystania z tego składnika, może

¹³⁹ *Ibidem*, s. 274.

¹⁴⁰ Tak K. Wappler, *op. cit.*, s. 274–275 i powołana tam literatura.

to w konsekwencji zagrozić wypłacalności spółki. Równie negatywny dla spółki może okazać się brak możliwości posłużenia się wykorzystanym do zabezpieczenia długu jej wspólnika składnikiem majątkowym dla zabezpieczenia własnych zobowiązań spółki, np. z tytułu zaciąganego przez spółkę kredytu. W doktrynie podkreśla się, że zabezpieczenie zobowiązań wspólnika przez spółkę nie stanowi ingerencji w jej majątek, jeżeli wspólnik posiada zdolność kredytową albo ustanowienie zabezpieczenia leży również w interesie spółki¹⁴¹.

2.11. Pozbawienie spółki szans gospodarczych

W doktrynie i orzecznictwie niemieckim zwraca się uwagę na to, że do unicestwienia egzystencji spółki i jej upadłości może prowadzić również pozbawianie spółki szans gospodarczych przez jej wspólników. W uzasadnieniu wyroku z dnia 13 grudnia 2004 r. w sprawie II ZR 2006/02 (*Autovertragshändler*) niemiecki Federalny Trybunał Sprawiedliwości podkreślił, że pozbawienie spółki szans gospodarczych w celu „przeniesienia” ich na wspólników (skorzystania z tych szans przez wspólników) stanowi pozbawienie spółki wartości majątkowych i może rodzić odpowiedzialność wspólników z powodu unicestwienia egzystencji spółki¹⁴². Jako przykład pozbawienia spółki szans gospodarczych wymieniane jest m.in. pozbawienie spółki możliwości korzystania z jej klienteli (stałych klientów), jeżeli następuje to bez stosownej rekompensaty ze strony wspólnika, który z kolei sam prowadzi swoją działalność gospodarczą przy wykorzystaniu owych szans gospodarczych lub przekazuje je innej spółce, w której jest wspólnikiem¹⁴³. W konsekwencji może to doprowadzić do upadłości spółki, która została pozbawiona szans gospodarczych, i pokrzywdzenia jej wierzycieli.

2.12. Spekulacja na koszt wierzycieli, m.in. poprzez ryzykowne transakcje

W niemieckiej doktrynie zwraca się uwagę, że upadłość spółki z o.o. może nastąpić nie tylko wskutek ingerencji wspólników w jej majątek, lecz również prowadzenia przez nią – przy aktywnym udziale jej wspólników – szczególnie ryzykownej działalności. W szczególności wspólnicy mogą być skłonni do podjęcia ryzykownej działalności przy wykorzystaniu formy prawnej spółki z o.o., jeżeli oczekują oni szczególnie wysokiego zysku w przypadku powodzenia przedsięwzięcia. Jeżeli jednak wysokiemu ryzyku straty i niepowodzenia przedsięwzięcia nie towarzyszy odpowiednie pokrycie kapitału

¹⁴¹ Zob. K. Wappler, *op. cit.*, s. 283–284 i powołana tam literatura.

¹⁴² Szerzej na ten temat w dalszej części pracy. Zob. rozdz. VII pkt 3.2.6.

¹⁴³ Por. K. Wappler, *op. cit.*, s. 271.

w spółce z o.o., zachowanie takie określane jest w doktrynie niemieckiej jako spekulowanie na koszt wierzycieli, a nawet jako „strategia aż do śmierci” (w domyśle: spółki)¹⁴⁴. Spekulacja na koszt wierzycieli i dokonywanie szczególnie ryzykownych transakcji może mieć miejsce zwłaszcza w sytuacji utraty przez spółkę majątku potrzebnego do pokrycia jej kapitału, a więc w sytuacji kryzysu spółki, kiedy to wspólnicy liczą na potencjalną wysoką kwotę zwrotu (wysoki zysk), mając zarazem niekiedy świadomość, że ryzyko niepowodzenia transakcji albo przedsięwzięcia w ostateczności poniosą jedynie wierzyciele spółki¹⁴⁵. Spekulacją na koszt wierzycieli spółki nie jest jednak każde zainicjowane przez wspólników ryzykowne zachowanie rynkowe spółki. Konstrukcja spółki z o.o. ma bowiem w swym założeniu umożliwić podejmowanie przy wykorzystaniu tej formy prawnej również ryzykownych przedsięwzięć gospodarczych. Dlatego też nie powinno rodzić odpowiedzialności wspólników podjęcie ryzykownych działań przy wykorzystaniu spółki z o.o., jeżeli upadłość spółki jest następstwem jedynie błędów w zarządzaniu spółką lub drobnych zaniedbań¹⁴⁶. Ze spekulacją na koszt wierzycieli mamy natomiast, zdaniem niektórych przedstawicieli doktryny niemieckiej, do czynienia wtedy, kiedy podjęcie się przez spółkę ryzykownego przedsięwzięcia (transakcji) wydaje się nieusprawiedliwione (bezzasadne), co należy przyjąć zwłaszcza wówczas, gdy wysokie ryzyko straty nie jest równoważone odpowiednim wyposażeniem spółki w kapitał, a także wtedy, gdy przekroczona zostaje granica swobodnej oceny ryzyka upadłości spółki, zwłaszcza w sytuacji, kiedy przy obiektywnej ocenie, i to dokonywanej w chwili podejmowania transakcji, z dużym prawdopodobieństwem należy oczekiwać niepowodzenia przedsięwzięcia¹⁴⁷.

Pojęciem spekulacji na koszt wierzycieli określane są w doktrynie niemieckiej również inne, niż podejmowanie ryzykownych transakcji przez spółkę, sytuacje, takie jak omawiane w tym rozdziale: ingerencja w szanse gospodarcze spółki (w tym pozbawianie spółki szans gospodarczych), zamknięcie istotnej z punktu widzenia działalności spółki linii produkcyjnej, m.in. w celu podniesienia rentowności podobnej linii produkcyjnej w innej spółce należącej do zgrupowania, przejęcie długów przez spółkę, któremu nie towarzyszy stosowne świadczenie ekwiwalentne itd.¹⁴⁸

¹⁴⁴ Por. zwłaszcza M. Lutter, N.R. Banerjea, *Die Haftung wegen Existenzvernichtung*, ZGR 2003, s. 415; K. Wappler, *op. cit.*, s. 281.

¹⁴⁵ Por. *ibidem*.

¹⁴⁶ Por. *ibidem*, s. 283.

¹⁴⁷ Tak *ibidem*, s. 282 oraz 283 i powołana tam literatura.

¹⁴⁸ Zob. M. Lutter, N.R. Banerjea, *op. cit.*, s. 415.

2.13. „Zimna likwidacja” („wygaszenie”) spółki – faktyczna likwidacja spółki z o.o.

Ostatnią grupę przypadków, w których następuje pogorszenie sytuacji finansowej spółki prowadzące do jej upadłości, a które nie są objęte zakresem zastosowania „kapitałowych” mechanizmów ochronnych, stanowią sytuacje określane w doktrynie niemieckiej mianem „zimnej likwidacji” (*kalte Liquidation*¹⁴⁹) albo „wygaszaniem” („*Auslaufenlassen*”¹⁵⁰) spółki z o.o. Są to sytuacje, w których wspólnicy podejmują decyzję o zaprzestaniu działalności przez spółkę, nie inicjując jednak przewidzianej i wymaganej przez prawo procedury likwidacji spółki, lecz po prostu w sposób faktyczny „wygaszają” działalność spółki przez takie czynności, jak pozbawienie spółki personelu niezbędnego do prowadzenia przez nią działalności, przeniesienie określonych pól produkcji na inną spółkę, ingerencję w szanse gospodarcze spółki albo wypowiedzenie niezbędnych do funkcjonowania spółki umów (np. wypowiedzenie umowy dealerskiej z producentem przez spółkę prowadzącą salon samochodowy sprzedający samochody danego producenta)¹⁵¹. Jak sama nazwa wskazuje, dla wyodrębnienia tej grupy przypadków nie jest kluczowe wskazanie konkretnego rodzaju ingerencji w sferę majątkową spółki. Istotne jest natomiast to, że wspólnicy spółki z o.o. w sposób mniej lub bardziej świadomy doprowadzają do zaprzestania przez spółkę jej działalności i faktycznie ją likwidują (likwidują „na zimno”) bez zastosowania wymaganej prawem procedury. Takie postępowanie wspólników uniemożliwia wówczas wykorzystanie chroniących wierzycieli przepisów o likwidacji spółki z o.o. (m.in. procedury zgłaszania wierzytelności przez wierzycieli, składania przez spółkę do depozytu sądowego sum potrzebnych do zabezpieczenia znanych spółce wierzycieli¹⁵²). „Wygaszanie” działalności spółki bez wszczęcia formalnego postępowania likwidacyjnego powoduje, że funkcjonuje ona nadal w obrocie gospodarczym bez jakiegokolwiek sygnału dla wierzycieli o tym, że właśnie jest „likwidowana”, zaciąga nowe zobowiązania i pogłębia przez to swój stan zadłużenia. W takim przypadku nawet obowiązek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki, a także odpowiedzialność członków zarządu za spóźnione złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości nie zawsze zapewniają wystarczającą ochronę wierzycieli¹⁵³.

¹⁴⁹ Tak m.in. B. Dauner-Lieb, *Die Existenzvernichtungshaftung – Schluss der Debatte?*, DStR 2006, s. 2038.

¹⁵⁰ Określenia tego używa K. Wappler, *op. cit.*, s. 271.

¹⁵¹ Przykłady za B. Dauner-Lieb, *Die Existenzvernichtungshaftung – Schluss...*, s. 2037–2038 oraz G. Hönn, *Roma locuta...*, s. 771.

¹⁵² W polskim prawie spółek por. art. 279 i 285 k.s.h.

¹⁵³ Tak w odniesieniu do niemieckiego prawa spółek i prawa upadłościowego K. Wappler, *op. cit.*, s. 272.

W doktrynie i judykaturze polskiej problematyka „zimnej likwidacji” znana jest pod mianem faktycznej likwidacji spółki z o.o.¹⁵⁴

3. Grupy przypadków uzasadniające ochronę wierzycieli spółki z o.o. nieobjęte ochroną przez system testu wypłacalności

Już pobieżna analiza wymienionych w poprzednim punkcie grup przypadków nieobjętych ochroną przez system kapitału zakładowego i obowiązujące w jego ramach zasady realnego wniesienia kapitału oraz utrzymania kapitału zakładowego spółki z o.o. pozwala stwierdzić, że sytuacje te wymykają się również, i to w zdecydowanej większości, spod ochrony, którą ma zapewniać test wypłacalności.

Jedynie dwie spośród trzynastu wymienionych powyżej grup przypadków, w postaci pozbawienia spółki płynności finansowej oraz utraty przez spółkę płynności poprzez uczestnictwo w *cash pool* mogą zostać objęte systemem ochronnym w postaci testu wypłacalności. Pozostałych jedenaście grup przypadków system ten już nie chroni¹⁵⁵.

Należy jednak podkreślić, że również system testu wypłacalności wykazuje deficyty ochronne i nie jest w stanie doprowadzić do pełnego wyrównania uszczerbku, jakiego wskutek pozbawienia spółki płynności finansowej doznają w efekcie końcowym jej wierzyciele. Przewidziany w omawianym powyżej projekcie reformy struktury majątkowej spółki z o.o. przepis art. 198 k.s.h. w jego nowym brzmieniu wprowadza jedynie obowiązek zwrotu przez współnika wypłaty, którą otrzymał od spółki z naruszeniem reguł testu wypłacalności, przy czym nie podlega obowiązkowi zwrotu współnik, który otrzymał wypłatę w dobrej wierze na podstawie oświadczenia o wypłacalności sporządzonego z naruszeniem stosownych przepisów¹⁵⁶. Przewidziana w Projekcie swoistego rodzaju odpowiedzialność wyrównawcza współników wobec spółki, w tym działających w złej wierze współników, którzy otrzymali wypłatę na podstawie oświadczenia o wypłacalności sporządzonego z naruszeniem przepisów, nie jest jednak w stanie zrekomensować wszystkich szkód, jakie ponosi spółka i jej wierzyciele, które to szkody określa się w literaturze przedmiotu szkodami kolateralnymi, a dla określenia których proponuje się w niniejszej pracy nazwę szkody następcze¹⁵⁷.

¹⁵⁴ Por. A. Kidyba, *op. cit.*, art. 299, pkt 1. Szerzej na ten temat w dalszej części pracy.

¹⁵⁵ Należy podkreślić, że w doktrynie niemieckiej zwrócono wyraźnie uwagę na kilka spośród wymienionych powyżej sytuacji jako nieobjętych mechanizmem ochronnym testu wypłacalności (ani – przy okazji mechanizmem ochrony w ramach tzw. odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki, *Existenzvernichtungshaftung*, o czym w dalszej części pracy), mianowicie: spekulowanie na koszt wierzycieli, wyraźne niedokapitalizowanie spółki, sytuacja spółki-„Kopciuszka”. Por. B. Dauner-Lieb, *Die Existenzvernichtungshaftung – Schluss...*, s. 2038.

¹⁵⁶ Por. art. 198 k.s.h. [w:] *Projekt...*, s. 7.

¹⁵⁷ Por. uwagi zawarte w pkt 2.7 niniejszego rozdziału.

Rozdział IV

Odpowiedzialność przebijająca a problematyka pominięcia prawnej odrębności spółek kapitałowych

1. Zasada prawnej odrębności spółek kapitałowych. Zasada rozdzielności (*Trennungsprinzip*)

Spółki handlowe uregulowane w Kodeksie spółek handlowych cechuje prawna odrębność od ich wspólników. W przypadku spółek osobowych mamy do czynienia z tzw. osobami ustawowymi¹⁵⁸, określanymi również jako ułomne osoby prawne, którym przysługuje odrębna od ich wspólników podmiotowość prawna¹⁵⁹. Spółkom kapitałowym (spółce z o.o. oraz spółce akcyjnej) ustawodawca nadaje natomiast osobowość prawną, a tym samym wyposaża je w najszersze atrybuty podmiotowości¹⁶⁰.

Spółki kapitałowe są zatem samodzielnymi podmiotami prawa, a relacje między nimi a wspólnikami oparte są na autonomii podmiotów. Między spółką a jej wspólnikami istnieje stosunek korporacyjny jako szczególnego rodzaju stosunek cywilnoprawny, który wynika ze stosunku członkostwa wspólników w spółce jako korporacji¹⁶¹.

W doktrynie niemieckiej nadaje się – wynikającej z usamodzielnienia się spółek kapitałowych jako osób prawnych – odrębności spółek kapitałowych od ich wspólników rangę zasady, określanej zasadą rozdzielności (*Trennungsprinzip*). Tak rozumiana rozdzielność (odrębność) spółki od jej wspólników występuje nie tylko w stosunkach korporacyjnych, lecz i pozakorporacyjnych, w których wspólnicy występują wobec spółki jako równorzędne strony stosunków cywilnoprawnych, zawierając z nią różnego rodzaju

¹⁵⁸ Pojęcia osoby ustawowej używa J. Frąckowiak do oznaczenia jednostki organizacyjnej nieposiadającej osobowości prawnej, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, o której stanowi art. 33¹ k.c. Zob. szerzej J. Frąckowiak, [w:] M. Safjan (red.), *System Prawa Prywatnego. Tom I. Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2012, s. 1202 i n.

¹⁵⁹ Zob. art. 8 k.s.h. oraz art. 33¹ k.c. Również niemieckie handlowe spółki osobowe, uregulowane w niemieckim kodeksie handlowym (*Handelsgesetzbuch*, HGB), posiadają podmiotowość prawną. Zob. § 124 HGB w przypadku spółki jawnej (*Offene Handelsgesellschaft*, OHG) oraz § 161 w zw. z § 124 HGB w przypadku spółki komandytowej (*Kommanditgesellschaft*, KG).

¹⁶⁰ Por. A. Opalski, *Problematyka...*, s. 10. W prawie niemieckim osobowość prawną oprócz spółki z o.o. (GmbH) i spółki akcyjnej (*Aktiengesellschaft*, AG) posiada również spółka komandytowo-akcyjna (*Kommanditgesellschaft auf Aktien*, KGaA; zob. § 278 AktG).

¹⁶¹ Szerzej na temat zasady prawnej odrębności spółek kapitałowych: *ibidem*, s. 10.

umowy (np. sprzedaży, najmu, zlecenia, o dzieło), nieróżniące się niczym od umów zawieranych przez spółkę z osobami trzecimi (tzw. *Drittgeschäfte*)¹⁶².

2. Zasada wyłączenia odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. za zobowiązania spółki

2.1. Powiązanie zasady wyłączenia odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. oraz akcjonariuszy spółki akcyjnej z zasadą prawnej odrębności spółek kapitałowych

W przypadku spółki z o.o. oraz spółki akcyjnej (zarówno w Polsce, jak i w Niemczech) zasadzie prawnej odrębności spółek kapitałowych towarzyszy zasada braku odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki (art. 151 § 4 oraz art. 301 § 5 k.s.h.; § 13 ust. 2 GmbHG oraz § 1 ust. 1 zd. 1 AktG) i w związku z tym można zasadniczo zaakceptować twierdzenie, zgodnie z którym w przypadku spółek kapitałowych uregulowanych w Kodeksie spółek handlowych zasada ich prawnej odrębności od wspólników rozciąga się na sferę odpowiedzialności¹⁶³. W doktrynie polskiej panuje spór co do tego, czy wyłączenie osobistej odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółek kapitałowych stanowi konsekwencję przyznania im osobowości prawnej, czy też odrębną cechą spółek kapitałowych¹⁶⁴. Odnosząc się do tego sporu, należy opowiedzieć się – na gruncie prawa polskiego – za drugim poglądem, uznającym wyłączenie osobistej odpowiedzialności wspólników za odrębną cechą spółek kapitałowych. Przemawiają za tym argumenty prawnoporównawcze: w Niemczech spółka komandytowo-akcyjna (*Kommanditgesellschaft auf Aktien*) posiada osobowość prawną i jest spółką kapitałową, mimo że komplementariusze¹⁶⁵ teje spółki odpowiadają bez ograniczenia całym swoim majątkiem za zobowiązania spółki (§ 278 ust. 1 AktG). Podobnie we francuskim prawie spółek brak jest związku między przyznaniem spółce osobowości prawnej a wyłączeniem odpowiedzialności wspólników za jej zobowiązania. We Francji wszystkie spółki, w tym także spółka cywilna, posiadają osobowość prawną, a mimo to w spółkach osobowych obowiązuje zasada nieograniczonej odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki¹⁶⁶. Dlatego

¹⁶² Zob. reprezentatywnie dla niemieckiej literatury komentarzowej: L. Fastrich, *op. cit.*, § 13, nb 5.

¹⁶³ Tak A. Opalski, *Problematyka...*, s. 11.

¹⁶⁴ Por. *ibidem* i powołana tam literatura.

¹⁶⁵ Należy jednak podkreślić, że sama niemiecka ustawa o spółkach akcyjnych nie posługuje się określeniem komplementariusz, używając natomiast określenia wspólnik odpowiadający osobiście (*persönlich haftender Gesellschafter*). Drugą grupę wspólników w niemieckiej spółce komandytowo-akcyjnej, którzy nie odpowiadają za zobowiązania spółki, stanowią akcjonariusze komandytowi (*Kommanditaktionäre*).

¹⁶⁶ W doktrynie polskiej słusznie na to zwracają uwagę A. Szajkowski, M. Tarska, [w:] S. Sołtysiński [et al.], *Kodeks spółek handlowych. Komentarz do artykułów 151–300. Tom II*, wyd. 3, Warszawa 2014, art. 151, nb 65.

też w doktrynie prawa spółek podkreśla się, że ograniczenie odpowiedzialności za zobowiązania spółki nie stanowi istotnej i charakterystycznej dla osób prawnych cechy¹⁶⁷. Wynika z tego, że wyłączenie odpowiedzialności wspólników, akcjonariuszy lub innego rodzaju członków osób prawnych stanowi ich odrębną cechę, o czym za każdym razem w sposób wyraźny decyduje ustawodawca krajowy. Zgodzić się należy natomiast z poglądem A. Opalskiego, zgodnie z którym wyłączenie odpowiedzialności spółki za zobowiązania jej wspólników stanowi bezsprzecznie następstwo zasady prawnej odrębności spółki¹⁶⁸.

Uznanie zasady wyłączenia osobistej odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. oraz akcjonariuszy spółki akcyjnej za odrębną cechę tych spółek jako osób prawnych nie stoi na przeszkodzie podkreślania ścisłego związku tej zasady z zasadą prawnej odrębności spółek kapitałowych, na co wskazuje zamienne odwoływanie się w doktrynie do obydwu zasad, a w szczególności odwoływanie się do zasady prawnej odrębności właśnie z wyraźnym lub dorozumianym założeniem, że obejmuje ona również wyłączenie odpowiedzialności.

2.2. Uzasadnienie wyłączenia odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółek kapitałowych

Wyłączenie osobistej odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. i akcjonariuszy spółki akcyjnej za zobowiązania tychże spółek wydaje się czymś naturalnym, jeżeli przyjmie się, że te spółki kapitałowe są jako osoby prawne samodzielnymi podmiotami praw i obowiązków, a w związku z tym spółki te powinny samodzielnie, a więc z wyłączeniem innych osób, odpowiadać za swoje zobowiązania, podobnie jak ma to miejsce w przypadku osób fizycznych. Dopiero porównanie zasad odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. i akcjonariuszy spółki akcyjnej z zasadami odpowiedzialności wspólników handlowych spółek osobowych, w których to zasadą jest właśnie odpowie-

¹⁶⁷ W doktrynie niemieckiej tak w szczególności: T. Raiser, *Die Haftungsbeschränkung ist kein Wesensmerkmal der juristischen Person*, [w:] U.H. Schneider [et al.] (Hrsg.), *Festschrift für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag. Deutsches und europäisches Gesellschafts-, Konzern- und Kapitalmarktrecht*, Köln 2000, s. 637 i n. W doktrynie polskiej zob. A. Szajkowski, M. Tarska, *op. cit.*, art. 151, nb 65. A. Szajkowski i M. Tarska podkreślają za S. Buczkowskim, że w ograniczonej odpowiedzialności wspólnika spółki z o.o. „należy widzieć ochronę przedsiębiorcy przed ryzykiem rynkowym; nie jest ona zatem dogmatycznie związana z osobowością prawną spółki” (*ibidem*, art. 151, nb 65). Szerzej na ten temat zob. S. Buczkowski, *Ograniczona odpowiedzialność przedsiębiorcy. Studium prawno-handlowe*, Warszawa 1937, s. 68–70.

¹⁶⁸ Tak A. Opalski, *Problematyka...*, s. 11. Należy przy tym podkreślić, że pogląd ten jest również zasadny w odniesieniu do handlowych spółek osobowych. Ich brak odpowiedzialności za zobowiązania ich wspólników jest następstwem przyznania im odrębnej podmiotowości i ukształtowania jako osoby ustawowe. Natomiast w przypadku spółek osobowych zasada ta nie działa w drugą stronę: odrębność wspólników od spółki nie stoi na przeszkodzie ich osobistej odpowiedzialności za jej zobowiązania, na co wskazują niejako „modelowo” zasady odpowiedzialności wspólników spółki jawnej.

działność wspólników za zobowiązania tychże spółek, mimo że spółki te również są samodzielnymi podmiotami prawa, pozwala inaczej spojrzeć na wyłączenie odpowiedzialności wspólników spółek kapitałowych za ich zobowiązania. W doktrynie niemieckiej podnosi się, że w prawie spółek pełna i nieograniczona osobista odpowiedzialność wspólników za zobowiązania spółki, w której uczestniczą, stanowi regułę, a wszelkie odstępstwa od niej, w szczególności wyłączenie odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki wymagają wyraźnej regulacji ustawowej¹⁶⁹.

Nawet jeżeli z regulacji ustawowej wywodzi się obowiązywanie zasady wyłączenia odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. oraz akcjonariuszy spółek kapitałowych należy mieć na uwadze, że z dogmatycznego punktu widzenia to wyłączenie odpowiedzialności nie jest czymś naturalnym i jako samo w sobie oczywistym. Zwrócił na to m.in. uwagę T. Raiser, który podkreślił, że w prawie cywilnym regułą jest osobista, a w dużej liczbie przypadków – solidarna odpowiedzialność podmiotów występujących po jednej stronie stosunku cywilnoprawnego, tudzież ponoszących odpowiedzialność, mimo że sami nie są stronami danego stosunku prawnego (poczynając od dłużników świadczenie niepodzielnego, poprzez odpowiedzialność deliktową współsprawców, odpowiedzialność małżonków w ramach stosunków majątkowych małżeńskich, odpowiedzialność wspólników spółki jawnej, partnerskiej itd., po wspólną odpowiedzialność poszczególnych podmiotów w ramach stosunków wewnętrznych, taką jak np. odpowiedzialność wspólników spółki z o.o. i członków zarządu za zawyżenie wartości aportów. Zdaniem autora, ustawa uprzywilejowuje jedynie niektóre organizacje, dopuszczając wyłączenie odpowiedzialności ich członków, a w prawie cywilnym brak jest ogólnej reguły, zgodnie z którą ograniczenie odpowiedzialności należy do istoty osobowości prawnej, tudzież towarzyszy uznaniu danego podmiotu za osobę prawną¹⁷⁰. Powołany powyżej niemiecki przykład spółki komandytowo-akcyjnej, w której mimo przyznania jej osobowości prawnej, odpowiedzialność jej komplementariuszy jest nieograniczona, potwierdza tylko zasadność tego poglądu T. Raisera.

Powyższe argumenty skłaniają do przyjęcia przez niektórych autorów, że zasada wyłączenia odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. i akcjonariuszy spółki akcyjnej stanowi przywilej (wyłączenia) odpowiedzialności (*Haftungsprivileg*, dosłownie: przywilej odpowiedzialności), wymagający szczególnego uzasadnienia, zwłaszcza uzasadnienia ekonomicznego¹⁷¹. Nie wydaje się przecież racjonalne, aby ustawodawca przyznawał wspólnikom spółki z o.o. i akcjonariuszom spółki akcyjnej przywilej w postaci

¹⁶⁹ Por. G. Bitter, [w:] *Scholz. Kommentar zum GmbH-Gesetz*, 11. Aufl., Köln 2012, § 13, nb 55.

¹⁷⁰ Szerzej T. Raiser, *Die Haftungsbeschränkung...*, s. 641–643.

¹⁷¹ Zob. reprezentatywnie G. Bitter, [w:] *Scholz. Kommentar...*, § 13, nb 57 i powołana tam literatura. W doktrynie polskiej na temat pojmowania wyłączenia odpowiedzialności wspólników jako przywileju por. T. Targosz, *Nadużycie osobowości prawnej*, Kraków 2004, s. 85.

wyłączenia odpowiedzialności w tym celu, aby wspólnicy po wniesieniu do spółki wkładów na pokrycie minimalnego kapitału zakładowego, a nawet bez wnoszenia takich wkładów (w przypadku zniesienia wymogu minimalnego kapitału zakładowego), mogli tak po prostu prowadzić działalność w formie spółki z o.o. (spółki akcyjnej) na koszt i niebezpieczeństwo (ryzyko) jej wierzycieli¹⁷². Innymi słowy: przyznanie wspólnikom spółki z o.o. i akcjonariuszom spółki akcyjnej następuje – zdaniem niektórych autorów – pod pewnymi warunkami, a ściślej pod warunkiem przestrzegania pewnych minimalnych wymogów, których określenie należy do nauki prawa, a których nieprzestrzeganie prowadzić ma do osobistej odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki¹⁷³.

Właśnie to odwołanie się do celu przyznania przywileju wyłączenia odpowiedzialności ma swoją doniosłość, co wykazano w dalszej części pracy¹⁷⁴. W tym miejscu należy zwrócić uwagę na – wydawałoby się prostą i w pełni uzasadnioną – próbę argumentacji: jeżeli cel, dla którego został przyznany przywilej braku odpowiedzialności, nie jest przez wspólników realizowany, zasadne wydaje się pozbawienie ich możliwości korzystania z tego przywileju przy wykorzystaniu instrumentu redukcji celowościowej¹⁷⁵.

Odnosząc się bezpośrednio do argumentów używanych w celu uzasadnienia wyłączenia odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. (akcjonariuszy spółki akcyjnej) za zobowiązania tej spółki, należy stwierdzić, że mają one, zwłaszcza w doktrynie prawa spółek, postać raczej szczątkowych i bardzo oszczędnych wywodów. Można nawet dojść do wniosku, że dla wielu autorów brak odpowiedzialności wspólników spółek kapitałowych (z wyłączeniem niemieckiej spółki komandytowo-akcyjnej) za ich zobowiązania stanowi swego rodzaju oczywistość.

W doktrynie niemieckiej w sposób ogólny zwraca się uwagę na to, że wyłączenie odpowiedzialności wspólników wspiera inicjatywę i odwagę przedsiębiorczą, a przez ograniczenie ryzyka przyczynia się do zwiększenia inwestycji¹⁷⁶, a zatem – pośrednio – wpływa na wzrost gospodarczy. Podnoszone są nawet argumenty natury prawno-etycznej, zgodnie z którymi jedną z cech kształtowania warunków życiowych w wolnym świecie jest potrzeba człowieka do zapewnienia sobie pewnej niewzruszalnej, a przynajmniej wzruszalnej w ograniczonym stopniu, rezerwy życiowej (G. Wüst). Inni autorzy zwracają uwagę na to, że kwestia legitymacji wyłączenia odpowiedzialności powszechnie wyjaśniana jest poprzez uproszczone twierdzenie, że nie istnieje ogólny nakaz nieograniczonej odpowiedzialności podmiotów gospodarczych (K. Schmidt). Kolejne, bardziej zróżnicowane głosy w doktrynie podkreślają, że przedsiębiorca chce zapobiec utracie

¹⁷² Por. G. Bitter, [w:] *Scholz. Kommentar...*, § 13, nb 57.

¹⁷³ *Ibidem*, § 13, nb 59.

¹⁷⁴ Szerzej na ten temat zob. rozdz. V pkt 3–5.

¹⁷⁵ Tak już G. Bitter, [w:] *Scholz. Kommentar...*, § 13, nb 57.

¹⁷⁶ Tak T. Raiser, *Die Haftungsbeschränkung...*, s. 649.

swego prywatnego majątku w przypadku niepowodzenia jego przedsięwzięcia. Dzięki zasadzie rozdzielności i rozdzieleniu odpowiedzialności ogranicza on swoje ryzyko, przerzucając je na wierzycieli, przez co wzrasta odpowiednio ryzyko tych ostatnich. To przerzucenie ryzyka jest jednak w pełni uzasadnione gospodarczo i dopuszczalne (F. Kübler)¹⁷⁷.

W doktrynie polskiej nie poświęca się wiele uwagi kwestii uzasadnienia wyłączenia odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółek kapitałowych. Wyłączenie odpowiedzialności uznaje się po prostu za zasadę¹⁷⁸ oraz *differentia specifica* spółek kapitałowych¹⁷⁹, podkreślając zarazem, że wyłączenie odpowiedzialności wspólników następuje za cenę wniesienia przez każdego z nich wkładu do spółki¹⁸⁰.

W ramach ekonomicznej analizy prawa problematyka wyłączenia odpowiedzialności wspólników spółek kapitałowych (z wyłączeniem niemieckiej spółki komandytowo-akcyjnej) rozpatrywana jest nie tylko z punktu widzenia ograniczenia albo wyłączenia ryzyka gospodarczego wspólników, lecz również z perspektywy wierzycieli, na których to ryzyko jest przerzucane. Przy tym ekonomiczne uzasadnienie zasady wyłączenia odpowiedzialności jest zróżnicowane: inaczej uzasadnia się obowiązywanie tej zasady w przypadku spółek publicznych (*public corporations*), a inaczej w przypadku spółek zamkniętych (*close corporations*), do których należy spółka z o.o. Zwłaszcza w odniesieniu do dużych spółek publicznych podnoszone są trzy argumenty, mające uzasadnić wyłączenie odpowiedzialności. Po pierwsze, uznaje się, że przyczynia się ono do uzasadnionego z punktu widzenia gospodarki narodowej oddzielenia kapitału od czynności zarządczych (managerskich), a więc rozdzielności inwestorów od zarządców. Dzięki temu inwestor nie musi się obawiać, że straci cały swój majątek prywatny w związku z uczestnictwem w spółce, którą nie zarządza. Po drugie, dużych wierzycieli spółek publicznych cechuje przewaga informacyjna odnośnie do ryzyka związanego z realizowanymi przez te spółki przedsięwzięciami w porównaniu z wiedzą i stanem wiadomości wspólników tychże spółek, zaangażowanych w nie jedynie w niewielkim stopniu. Po trzecie wreszcie, wyłączenie odpowiedzialności wspiera stworzenie i funkcjonowanie rynku kapitałowego, który z kolei wymaga, aby wartość wszystkich udziałów w spółce była jednakowa, czego nie da się osiągnąć, gdyby przyjąć konstrukcję nieograniczonej odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki¹⁸¹. Argumenty te nie mają jednak zastosowania do spółek z o.o. jako spółek zamkniętych.

¹⁷⁷ Zob. G. Bitter, [w:] *Scholz. Kommentar...*, § 13, nb 60 i powołana tam literatura.

¹⁷⁸ Por. A. Szajkowski, M. Tarska, *op. cit.*, art. 151, nb 58.

¹⁷⁹ *Ibidem*, art. 151, nb 65.

¹⁸⁰ Tak w odniesieniu do spółki z o.o.: *ibidem*, nb 65.

¹⁸¹ Por. G. Bitter, [w:] *Scholz. Kommentar...*, § 13, nb 64. Szerzej na ten temat w literaturze polskiej: T. Targosz, *Nadużycie...*, s. 92.

W przypadku spółek z o.o. jako *close corporations* również zwraca się uwagę na ekonomiczne zalety wyłączenia odpowiedzialności ich wspólników. Wyłączenie to osłabia naturalną awersję wspólników do podejmowania ryzyka i zachęca ich do inwestowania. Umożliwia zatem podejmowanie przez przedsiębiorcze osoby korzystnych dla gospodarki projektów, które cechuje zarówno pozytywna prognoza, jak i pewien faktor ryzyka. Bez wyłączenia odpowiedzialności wspólnicy obawialiby się podejmować tego rodzaju przedsięwzięć, licząc się z ewentualną utratą całego swojego majątku. Ponieważ wszyscy wierzyciele spółki z o.o. ponoszą część ryzyka związanego z jej działalnością na rynku, wyłączenie odpowiedzialności spełnia gospodarczo funkcję swoistego (częściowego) ubezpieczenia przedsiębiorczego ryzyka, w ramach którego wspólnicy są ubezpieczonymi, a wierzyciele ubezpieczającymi. Przy czym wierzyciele kontraktowi spółki z o.o. są w stanie zrekompensować swoje ryzyko przez nałożenie na spółkę tzw. premii od ryzyka w postaci wyższej ceny, wyższego oprocentowania, itp.¹⁸² Dodatkowo podnosi się w literaturze, że wierzyciele spółki z o.o., a w szczególności jej kredytodawcy mają w praktyce do czynienia z dużą liczbą dłużników, przez co są oni w stanie lepiej zdywersyfikować ryzyko gospodarcze związane z kontraktowaniem z tą spółką, niż jej wspólnicy, którzy często inwestują w spółkę z o.o. znaczną część swego majątku i cały swój nakład pracy¹⁸³. Tak więc, wyłączenie odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółek stanowi z punktu widzenia ekonomicznej analizy prawa sposób rozkładu (alokacji) ryzyka pomiędzy wspólników a wierzycieli spółek, a ponoszenie przez wierzycieli spółki ryzyka uzasadnione jest potencjalną łatwością, z jaką są oni w stanie go uniknąć. Ponieważ wierzyciele kontraktowi, nawiązując stosunki prawne ze spółką z o.o. lub spółką akcyjną, są w stanie zrekompensować ponoszone ryzyko poprzez wspomnianą premię od ryzyka, wydają się spełniać kryterium tzw. *cheapest risk avoider*, a więc podmiotu, któremu najłatwiej uniknąć ryzyka i w związku z tym zasługującego na obciążenie go tymże ryzykiem¹⁸⁴. Istnieje również wiele bardziej szczegółowych argumentów uzasadniających z punktu widzenia ekonomicznej analizy prawa wyłączenie odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółek z o.o. (akcyjnych), które jednakże nie wymagają przytoczenia w niniejszym opracowaniu. W tym zakresie należy zapoznać się z literaturą przedmiotu¹⁸⁵.

¹⁸² *Ibidem*, s. 65.

¹⁸³ Tak H. Eidenmüller, B. Grunewald, U. Noack, [w:] M. Lutter (red.), *Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa*, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht/ZGR-Sonderheft 17, De Gruyter Recht 2006, s. 22.

¹⁸⁴ Por. T. Targosz, *Nadużycie...*, s. 85–86.

¹⁸⁵ Szerzej na temat wyłączenia odpowiedzialności wspólników z punktu widzenia ekonomicznej analizy prawa w doktrynie niemieckiej zob. G. Bitter, *Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften*, Köln 2000, s. 150–207. W doktrynie polskiej szerzej na temat ekonomicznej analizy ograniczonej odpowiedzialności zob. T. Targosz, *Nadużycie...*, s. 84–110.

3. Odpowiedzialność przebijająca jako jeden z aspektów problematyki pominięcia prawnej odrębności spółek kapitałowych

3.1. Uwagi ogólne

Problematyka przebicia zasłony korporacyjnej (*piercing/lifting the corporate veil*) to jedno z najciekawszych w ramach prawa spółek zagadnień, które doczekało się w doktrynie niezliczonej wręcz liczby komentarzy, opracowań, w tym prawnoporównawczych¹⁸⁶, a nawet monumentalnych monografii¹⁸⁷, w tym dotyczących jedynie aspektów cząstkowych tej problematyki¹⁸⁸. Doktrynalna bitwa (*Literaturschlacht*) – jak ujmują to niektórzy autorzy¹⁸⁹ – tocząca się wokół problematyki przebicia zasłony korporacyjnej wydaje się nie mieć końca i zatacza coraz szersze kręgi. Przeniesiona z angloamerykańskiego systemu prawa na grunt prawa kontynentalnego, zwłaszcza niemieckiego, dyskusja na temat roli, rodzajów i metod zastosowania „przebicia” w samych Niemczech trwa już od prawie stu lat¹⁹⁰ i nawet mimo ostatnich orzeczeń niemieckiego Federalnego Trybunału Sprawiedliwości nie wydaje się ustawać¹⁹¹.

Cytując najwyższy autorytet z zakresu niemieckiego prawa spółek, K. Schmidta, należy stwierdzić, że przez „przebicie” (*Durchgriff*) określa się metodę, za pomocą której pominięta zostaje prawna samodzielność podmiotu prawa¹⁹². Dlatego przy omawianiu problematyki „przebicia” można posługiwać się zamiennie szerszym terminem pominięcia prawnej odrębności podmiotu prawa¹⁹³.

W doktrynie przypadku „przebicia” (*Durchgriffsfälle*) przedstawia się jako sytuacje, w których przełamaniu ulega cechująca osoby prawne zasada rozdzielności (*Trennungsprinzip*)¹⁹⁴. Jednakże należy pamiętać, że zasada rozdzielności nie jest charakterystyczna jedynie dla osób prawnych, lecz obowiązuje również w przypadku

¹⁸⁶ Zob. K. Vandekerckhove, *Piercing the Corporate Veil*, Kluwer Law International 2007.

¹⁸⁷ Por. S. Presser, *Piercing the Corporate Veil*, 2013 ed., Clark Boardman Callaghan 2013. Opracowanie to liczy 1636 stron.

¹⁸⁸ Zob. T. Eckhold, *op. cit.* Ta rozprawa doktorska dotycząca jedynie wycinka problematyki odpowiedzialności przebijającej, jakim jest odpowiedzialność za materialne niedokapitalizowanie spółki z o.o., liczy sobie 821 stron.

¹⁸⁹ Tak *ibidem*, s. 2.

¹⁹⁰ Por. *ibidem*, s. 1 i powołana tam literatura. Jednakże kluczowa dla rozwoju niemieckiej doktryny dotyczącej problematyki przebicia zasłony korporacyjnej okazała się rozprawa habilitacyjna R. Sericka. Zob. R. Serick, *Rechtsform und Realität juristischer Person*, Tübingen 1955 (wyd. 2 niezmiennione 1980).

¹⁹¹ Szerzej na temat rezygnacji przez niemiecki BGH z konstrukcji odpowiedzialności przebijającej jako instrumentu ochrony wierzycieli w przypadkach unicestwienia egzystencji spółki w rozdz. VIII pkt 2.1 niniejszej rozprawy.

¹⁹² Por. K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht...*, s. 217.

¹⁹³ Tak A. Opalski, *Problematyka...*, s. 10. Przy czym autor omawiając problematykę „przebicia” w spółkach kapitałowych postuluje posługiwanie się szerszym terminem pominięcia prawnej odrębności spółki.

¹⁹⁴ *Ibidem*, s. 218.

innych podmiotów prawa, takich jak np. handlowe spółki osobowe, w których występuje wyodrębnienie danego podmiotu od osób w nim uczestniczących jako wspólnicy albo członkowie, na co w literaturze niemieckiej słusznie zwraca uwagę K. Schmidt, odnosząc problematykę „przebicia” do każdego podmiotu prawa, który nie jest osobą fizyczną¹⁹⁵.

Niemniej jednak problematyka ta nabiera szczególnego znaczenia w przypadku spółek, w tym przede wszystkim spółek kapitałowych, w których odpowiedzialność wspólników za zobowiązania spółki jest wyłączona (spółka z o.o. oraz spółka akcyjna).

Problematyki „przebicia” zasłony korporacyjnej nie należy jednak utożsamiać z problemem pozbawienia wspólników spółek kapitałowych „przywileju” w postaci wyłączenia odpowiedzialności (*Haftungsprivileg*). Odpowiedzialność przebijająca (*Durchgriffshaftung*), tudzież (zamiennie) przebicie odpowiedzialności (*Haftungsdurchgriff*¹⁹⁶) stanowi bowiem tylko jeden aspekt szerokiej problematyki „przebicia”. Drugi aspekt stanowi tzw. przebicie przyporządkujące, zwane również przebicciem przez przypisanie (*Zurechnungsdurchgriff*), polegające na takim stosowaniu i wykładni przepisów prawa lub postanowień umowy, które prowadzi do pominięcia odrębności podmiotów poprzez „przyporządkowanie skutków określonych zdarzeń prawnych do właściwego podmiotu”¹⁹⁷, np. przez przypisanie pewnych cech, stanu wiedzy, zachowań czy innej sytuacji występującej u wspólnika, a nawet jego oświadczeń spółce kapitałowej albo odwrotnie: przypisanie pewnych cech i innych występujących po stronie spółki sytuacji wspólnikowi¹⁹⁸.

Używając innych sformułowań i odnosząc problematykę „przebicia” ściśle do spółek kapitałowych, należy za A. Opalskim podkreślić, że pominięcie prawnej odrębności spółki może służyć zarówno przypisaniu stosowania określonych norm prawnych lub postanowień umowy (*Zurechnungsdurchgriff*) bądź przypisaniu odpowiedzialności (*Haftungsdurchgriff*)¹⁹⁹ odpowiednio spółce albo wspólnikowi, w zależności od tego, w jakim kierunku następuje „przebicie”.

Podkreślić bowiem należy, że niezależnie do wyróżniania dwóch zasadniczych aspektów „przebicia” (odpowiedzialności przebijającej oraz przebicia przyporządkującego) wyróżnić można cztery kierunki „przebicia”: 1) „przebicie” obciążające

¹⁹⁵ *Ibidem*, s. 219.

¹⁹⁶ W niniejszej pracy niemieckie słowo *Haftungsdurchgriff* będzie dalej tłumaczone zamiennie również jako „odpowiedzialność przebijająca”, mimo że, jak wspomniano w tekście głównym, oznacza ono dosłownie „przebicie odpowiedzialności”.

¹⁹⁷ Tak słusznie za doktryną niemiecką T. Targosz, *Nadużycie...*, s. 138.

¹⁹⁸ Por. P.M. Wiórek, *Kilka uwag o teorii nadużycia prawa jako koncepcji uzasadniającej tzw. odpowiedzialność przebijającą*, [w:] J. Kruczałak-Jankowska, *Wpływ europeizacji prawa na instytucje prawa handlowego*, Warszawa 2013, s. 237.

¹⁹⁹ Tak A. Opalski, *Problematyka...*, s. 10.

wspólnika, 2) „przebicie” obciążające spółkę, 3) „przebicie” na korzyść wspólnika oraz 4) „przebicie” na korzyść spółki²⁰⁰.

Mając na uwadze złożoność i wieloaspektowość problematyki pominięcia odrębności prawnej spółek kapitałowych (innych podmiotów prawa), należy zgodzić się z A. Opalskim, że zbyt wąski do opisywania problematyki „przebicia” wydaje się termin „nadużycie formy prawnej spółki czy osobowości prawnej”, ponieważ nie obejmuje on przypadków, „gdy relatywizacja autonomii spółki nie jest następstwem nadużycia”²⁰¹.

Zwłaszcza w przypadkach tzw. przebicia przyporządkowującego pominięcie prawnej odrębności spółki i wspólnika sprowadza się do zabiegów polegających na przypisywaniu, wykładni i stosowaniu norm (*Zurechnungs-, Auslegungs- und Normanwendungsfälle*) w celu zastosowania adresowanego do spółki (wspólnika) przepisu również wobec wspólnika (spółki), i to niezależnie od występującego, ewentualnie grożącego nadużycia prawa przez dany podmiot. Zwłaszcza w doktrynie niemieckiej wyodrębnia się wiele przypadków zastosowania „przebicia przyporządkowującego”, w ramach tzw. przypadków umownych (*Vertragsprobleme*), takich jak np. stosowanie przepisów o rękojmi przy sprzedaży przedsiębiorstwa nie tylko w sytuacji, w której to przedsiębiorstwo było przedmiotem umowy sprzedaży, lecz również w takich, w których nastąpiło zbycie wszystkich udziałów spółki z o.o. prowadzącej dane przedsiębiorstwo (będącej właścicielem składników majątkowych składających się na przedsiębiorstwo w znaczeniu przedmiotowym). W takim przypadku następuje odpowiednie stosowanie przepisów regulujących zbycie przedsiębiorstwa do zbycia udziałów, które z gospodarczego punktu widzenia odpowiada zbyciu przedsiębiorstwa²⁰². Kolejną grupę przypadków „przebicia przyporządkowującego” stanowią tzw. problemy stosowania norm (*Normanwendungsprobleme*), do których należy powoływany również w piśmiennictwie polskim²⁰³ kazuś polegający na przypisaniu spółce jako nabywcy nieruchomości złej wiary, która występowała po stronie sprzedawcy nieruchomości, którym był jedyny akcjonariusz spółki-nabywcy. Podczas gdy prawna odrębność spółki akcyjnej od jej jedyne go akcjonariusza przemawiałaby za możliwością nabycia nieruchomości w dobrej wierze z powołaniem się na rękojmię wiary publicznej ksiąg wieczystych (w konkretnym przypadku – co do nieistnienia na nieruchomości hipoteki, która niesłusznie została wykreślona), przeważały względy celowościowe i niemiecki Sąd Rzeszy (*Reichsgericht*), stosując zabieg tzw. redukcji teleologicznej (celowościowej), której do końca nie należy

²⁰⁰ Tak K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht...*, s. 221.

²⁰¹ Tak A. Opalski, *Problematyka...*, s. 10 i powołana tam literatura.

²⁰² Zob. K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht...*, s. 226.

²⁰³ Zob. A. Opalski, *Problematyka...*, s. 15. Szerzej na temat omawianego problemu, choć bez odwołania się do przytoczonego przykładu T. Targosz, *Nadużycie...*, s. 170–177.

utożsamiać z wykładnią celowościową²⁰⁴, nie zastosował przepisów o rękojmi wiary publicznej ksiąg wieczystych do spółki akcyjnej tożsamej, zrównując ją w istocie z jej jedynym akcjonariuszem i przypisując jej złą wiarę akcjonariusza. Dopiero trzecią grupę przypadków tzw. przebicia przyporządkowującego stanowią problemy nadużycia prawa²⁰⁵.

Ramy niniejszego opracowania nie pozwalają na szersze omówienie problematyki „przebicia przyporządkowującego”²⁰⁶. Przedmiotem dalszych rozważań będzie natomiast problematyka odpowiedzialności przebijającej jako zasadniczy aspekt problematyki pominięcia prawnej odrębności spółki z o.o.

3.2. Pojęcie odpowiedzialności przebijającej

Jak zostało powyżej zaznaczone, odpowiedzialność przebijająca stanowi jeden z dwóch, obok tzw. przebicia przyporządkowującego, aspektów problematyki pominięcia prawnej odrębności spółek kapitałowych, a szerzej: prawnej odrębności każdego podmiotu prawa niebędącego osobą fizyczną od osób (podmiotów) w nich uczestniczących w charakterze wspólników, udziałowców, członków (np. w przypadku stowarzyszeń, spółdzielni).

Z uwagi na złożoność i skomplikowany charakter problematyki przebicia doktrynie nie udało się opracować jednolitej i w pełni opisującej istotę „przebicia” definicji odpowiedzialności przebijającej. Taka definicja, w zależności od stopnia jej szczegółowości byłaby bowiem zbyt rozbudowana i musiałaby zawierać alternatywne, czasem wyłączające się nawzajem elementy, jeżeli chciałaby ona uwzględnić różne dogmatyczne próby uzasadnienia przebicia, możliwe podstawy odpowiedzialności, jej charakter prawny, zakres tej odpowiedzialności, a wreszcie opisanie strony podmiotowej zachowań (czynów), które uzasadniałyby uruchomienie tej odpowiedzialności.

²⁰⁴ Tak wszakże A. Opalski, *Problematyka...*, s. 15. Szerzej na temat redukcji celowościowej zob. rozdz. V pkt 5 oraz rozdz. XII pkt 3.3 niniejszej rozprawy.

²⁰⁵ Szerzej na temat przypadków nadużycia prawa w ramach grupy przypadków „przebicia przyporządkowującego” zob. K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht...*, s. 232–233.

²⁰⁶ Na temat „przebicia przyporządkowującego” (przebicia przez przypisanie) w literaturze polskiej por. A. Opalski, *Problematyka...*, s. 15–16; T. Targosz, *Nadużycie...*, s. 169 i n. W doktrynie niemieckiej reprezentatywnie zob. K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht...*, s. 226–233. Na ten temat w niemieckiej literaturze komentarzowej zob. G. Bitter, [w:] *Scholz. Kommentar zum GmbH-Gesetz*, 11. Aufl., Köln 2012, § 13, nb 75–89; I. Funke, [w:] L. Michalski (Hrsg.), *Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz)*, München 2010, § 13, nb 313–329; T. Raiser, [w:] P. Ulmer, M. Habersack, M. Löbbe (Hrsg.), *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG). Großkommentar. Band I. Einleitung: §§ 1 bis 28*, 2. Aufl., Mohr Siebeck Tübingen 2013, § 13, nb 90–118; M. Lutter, W. Bayer, *op. cit.*, § 13, nb 13–17.

Dlatego też doktryna prawa spółek posługuje się najczęściej różnymi pojęciami do oznaczenia odpowiedzialności przebijającej i różnymi definicjami o charakterze ogólnym.

Wydaje się, że najbardziej ogólną i zarazem szeroką definicję odpowiedzialności przebijającej sformułował T. Raiser, odnosząc ją do „przebicia” niemieckiej w spółce z o.o. (GmbH). Zdaniem tego autora, „w przypadku odpowiedzialności przebijającej mamy do czynienia z przełamaniem ograniczenia (wyłączenia) odpowiedzialności z § 13 ust. 2 GmbHG [w prawie polskim: art. 151 § 4 k.s.h.; przypomnienie P.M.W.], powodującym ograniczoną albo nieograniczoną odpowiedzialność zewnętrzną wspólników wobec wierzycieli spółki albo obowiązkiem wspólników wyrównania spółce – w stosunku wewnętrznym – wszelkich strat, które spółka poniosła, aby w ten sposób stworzyć wierzycielom spółki możliwość pośredniego zaspokojenia ich roszczeń”²⁰⁷.

Powyższa definicja obejmuje różne sytuacje odpowiedzialności wspólników, a więc zarówno odpowiedzialność zewnętrzną wobec wierzycieli spółki, jak i odpowiedzialność wewnętrzną wobec spółki. Nie wyjaśnia ona jednak, jaki jest charakter prawny wymienionej w niej odpowiedzialności wewnętrznej wobec spółki i jaka jest podstawa prawna dochodzenia przez spółkę roszczeń wobec jej wspólników. Nie określa też charakteru prawnego opisanej w niej odpowiedzialności zewnętrznej (odszkodowawczy, gwarancyjny czy też represyjny?), koncentrując się jedynie na tym, że owa odpowiedzialność zewnętrzna może być ograniczona bądź nieograniczona i jest konsekwencją przełamania zasady wyłączenia odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki z o.o.

Definicja ta nie uwzględnia jednak wszystkich sytuacji, w których w doktrynie niemieckiej mowa jest o odpowiedzialności przebijającej, a które skłaniają przedstawicieli doktryny prawa spółek, w tym również samego T. Raisera, do odróżniania dwóch zasadniczych rodzajów odpowiedzialności przebijającej: właściwej odpowiedzialności przebijającej (*echte Durchgriffshaftung*) oraz niewłaściwej odpowiedzialności przebijającej (*unechter Haftungsdurchgriff*).

²⁰⁷ Zob. T. Raiser, [w:] P. Ulmer, M. Habersack, M. Winter (Hrsg.), *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG). Großkommentar. Band I. Einleitung; §§ 1 bis 28*, 1. Aufl., Mohr Siebeck Tübingen 2005, § 13, nb 52. Dosłowna definicja jest następująca: „Beim Haftungsdurchgriff geht es [...] um die Durchbrechung der Haftungsbeschränkung nach § 13 Abs. 2 zugunsten einer begrenzten oder unbegrenzten Außenhaftung von Gesellschaftern gegenüber den Gesellschaftsgläubigern oder doch einer Pflicht, im Innenverhältnis alle Verluste der Gesellschaft auszugleichen und den Gesellschaftsgläubigern auf diesem Weg mittelbar Befriedigung zu verschaffen.” Autor powtórzył tę samą definicję odpowiedzialności przebijającej w drugim wydaniu komentarza: zob. T. Raiser, [w:] P. Ulmer, M. Habersack, M. Löbbe (Hrsg.), *Gesetz...*, 2. Aufl., Mohr Siebeck 2013, § 13, nb 52. Tłumaczenia zawarte w rozprawie są tłumaczeniami własnymi autora [P.M.W.], z wyjątkiem tłumaczenia niemieckich przepisów § 823 i 826 BGB w przyp. 1487 poniżej.

Przez właściwą odpowiedzialność przebijającą (*echte Durchgriffshaftung*) rozumie się w doktrynie niemieckiej zewnętrzną odpowiedzialność wspólników spółki z o.o. za jej zobowiązania, która jest odpowiedzialnością bezpośrednio wobec wierzycieli spółki z o.o. i ma swoją podstawę w prawie spółek²⁰⁸. Przy czym przyjmuje się, że tego rodzaju odpowiedzialność uzasadniona jest tylko w takich przypadkach, w których następuje naruszenie obowiązków (przepisów) mających zapewnić nie tylko ochronę spółki lub wspólników, lecz również i wierzycieli spółki. To ostatnie kryterium odnoszące się do wierzycieli spółki służyć ma odróżnieniu właściwej odpowiedzialności przebijającej od innych mających swoje źródło w prawie spółek przypadków odpowiedzialności z tytułu naruszenia obowiązków organizacyjnych lub reguł kapitałowych, a także obowiązków lojalności, obowiązków zarządczych, względnie innych obowiązków wynikających z tzw. stosunku szczególnego (stosunku szczególnego powiązania, *Sonderverbindung*), w których to przypadkach odpowiedzialność wspólników ma charakter wewnętrzny wobec spółki²⁰⁹.

Pojęcia niewłaściwej odpowiedzialności przebijającej (niewłaściwego przebiccia odpowiedzialności, *unechter Haftungsdurchgriff*) używa się natomiast w doktrynie niemieckiej zasadniczo do określenia tych sytuacji, w których odpowiedzialność wspólników spółki z o.o. wobec jej wierzycieli następuje na podstawie ogólnych reguł odpowiedzialności przewidzianych w prawie cywilnym, a więc ma swoje źródło poza prawem spółek²¹⁰, i jest ona ukształtowana z reguły jako odpowiedzialność zewnętrzna. Zdaniem niektórych autorów, niewłaściwa odpowiedzialność przebijająca obejmuje również przypadki odpowiedzialności wewnętrznej wobec spółki, a także przypadki, w których odpowiedzialność wspólników ma (wyjątkowo) swoją podstawę w prawie spółek²¹¹. W szczególności w ramach niewłaściwej odpowiedzialności przebijającej wymienia się grupy przypadków odpowiedzialności umownej (*Vetragshaftung*), takie jak poręczenie (*Bürgschaft*) i przystąpienie do długu (*Schuldbeitritt*), odpowiedzialność za naruszenie zaufania (*Vetrauenshaftung*), w ramach której wymienia się odpowiedzialność za tzw. stworzenie pozoru prawnego przez nieposługiwanie się dodatkiem wskazującym na formę prawną przedsiębiorcy (*Rechtsscheinhaftung wegen fehlenden Rechtsformzusatzes*)

²⁰⁸ Tak reprezentatywnie T. Raiser, [w:] P. Ulmer, M. Habersack, M. Winter (Hrsg.), *Gesetz...*, 1. Aufl., § 13, nb 121; G. Bitter, [w:] *Scholz. Kommentar...*, § 13, nb 110.

²⁰⁹ Por. T. Raiser, [w:] P. Ulmer, M. Habersack, M. Winter (Hrsg.), *Gesetz...*, 1. Aufl., § 13, nb 121; na temat odpowiedzialności na podstawie tzw. stosunku szczególnego (*Sonderverbindung*) por. L. Fastrich, *op. cit.*, § 13, nb 54. Szerzej na temat rodzajów sytuacji uzasadniających odpowiedzialność wewnętrzną wspólników wobec spółki i możliwych podstaw prawnych tej odpowiedzialności zob. rozdz. XIII pkt 2.1, 2.2 oraz 2.3.

²¹⁰ Tak reprezentatywnie T. Raiser, [w:] P. Ulmer, M. Habersack, M. Winter (Hrsg.), *Gesetz...*, 1. Aufl., § 13, nb 110 i n.; G. Bitter, [w:] *Scholz. Kommentar...*, § 13, nb 90.

²¹¹ Por. G. Bitter, [w:] *Scholz. Kommentar...*, § 13, nb 90.

oraz odpowiedzialność za *culpa in contrahendo*, a także odpowiedzialność deliktową (*Deliktshaftung*) wobec wierzycieli spółki z o.o.²¹²

Z zestawienia powyższych definicji właściwej i niewłaściwej odpowiedzialności przebijającej z definicją zaproponowaną przez T. Raisera wynika, że pierwsza część definicji tego autora, w której mowa jest o wynikającej z przełamania zasady rozdzielności zewnętrznej odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. wobec jej wierzycieli pokrywa się z pojęciem właściwej odpowiedzialności przebijającej. Natomiast drugi człon zaproponowanej przez niego definicji, odnoszący się do prawnospółkowej odpowiedzialności wewnętrznej wspólników wobec spółki, mieści się w o wiele szerszym pojęciu niewłaściwej odpowiedzialności przebijającej jako jeden z jej podtypów (jako odpowiedzialność wewnętrzna wobec spółki mająca swoje źródło w prawie spółek). Ogólna definicja T. Raisera nie obejmuje natomiast pozostałych przypadków niewłaściwej odpowiedzialności przebijającej, w których podstawą odpowiedzialności zewnętrznej wspólników spółki z o.o. wobec wierzycieli spółki są ogólne bądź szczególne przepisy prawa cywilnego, a także tych przypadków niewłaściwej odpowiedzialności przebijającej, w których przepisy prawa cywilnego stanowią mogą podstawę wewnętrznej odpowiedzialności wspólników wobec spółki.

W doktrynie polskiej brak jest natomiast rozbudowanych definicji odpowiedzialności przebijającej. Przykładowo wskazać można próby definicyjne podjęte przez T. Targosza oraz A. Opalskiego. Przy okazji omawiania niemieckich koncepcji *Haftungsdurchgriff* T. Targosz zaprezentował szczątkową definicję odpowiedzialności przebijającej, stwierdzając, że należy przez nią rozumieć „wyjątek od zasady braku osobistej odpowiedzialności wspólników spółki kapitałowej za jej zobowiązania”, co oznacza „albo przełamanie *Trennungsprinzip*, albo ewentualnie tylko reguły ograniczonej odpowiedzialności wspólników”²¹³. A. Opalski określa natomiast odpowiedzialność przebijającą skrótowo jako pominięcie prawnej odrębności spółek kapitałowych służące przypisaniu odpowiedzialności²¹⁴.

3.3. Problematyka odpowiedzialności przebijającej stanowiąca przedmiot analizy w niniejszej pracy – uwagi definicyjne i porządkujące

Z powyższych uwag wynika, że problematyka odpowiedzialności przebijającej jest skomplikowana i niejednolita już na płaszczyźnie pojęciowej. W szczególności

²¹² Por. T. Raiser, [w:] P. Ulmer, M. Habersack, M. Winter (Hrsg.), *Gesetz...*, 1. Aufl., §13, nb 110 i n.; T. Raiser, R. Veil, *Recht der Kapitalgesellschaften. Ein Handbuch für Praxis und Wissenschaft*, 5. Aufl., München 2010, s. 404–405; G. Bitter, [w:] *Scholz. Kommentar...*, § 13, nb 91 i n.

²¹³ Zob. T. Targosz, *Nadużycie...*, s. 138.

²¹⁴ Zob. A. Opalski, *Problematyka...*, s. 10.

posługiwanie się pojęciem niewłaściwej odpowiedzialności przebijającej może wprowadzać w błąd co do podstaw i charakteru prawnego poszczególnych rodzajów odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. Jeżeli bowiem podstawą odpowiedzialności wspólników wobec wierzycieli spółki z o.o. są ogólne przepisy prawa cywilnego, tak jak ma to miejsce w przypadku odpowiedzialności z tytułu *culpa in contrahendo*, czy też odpowiedzialności z tytułu czynów niedozwolonych, przepisy te stanowią samoistną podstawę prawną dla powstania stosunku zobowiązaniowego między wspólnikiem spółki z o.o. a wierzycielem tejże spółki. W takich przypadkach trudno jest uznać, że następuje jakiegokolwiek przebicie przez zasłonę korporacyjną. Dlatego też przypadki, w których odpowiedzialność wspólników wobec wierzycieli spółki z o.o. osiągnana jest poprzez zastosowanie samoistnej podstawy dogmatycznej tej odpowiedzialności, zwłaszcza na podstawie przepisów o czynach niedozwolonych, będą omawiane w niniejszej pracy przy uwzględnieniu ich odrębności od problematyki przebicia jako jedne z możliwych alternatywnych instrumentów ochrony wierzycieli spółki z o.o., a jedynie porządkująco i w związku z przyjętym w doktrynie niemieckiej nazewnictwem można uznać, że stanowią one rodzaj szeroko pojmowanej niewłaściwej odpowiedzialności przebijającej²¹⁵.

Zasadniczy przedmiot analizy niniejszego opracowania stanowi natomiast odpowiedzialność przebijająca w jej właściwym znaczeniu, a więc tzw. właściwa odpowiedzialność przebijająca, przez którą należy rozumieć zewnętrzną odpowiedzialność wspólników spółki z o.o. za zobowiązania spółki wobec jej wierzycieli, mającą swoje źródło w prawie spółek.

W celu uniknięcia ewentualnych pomyłek i dla lepszego odróżnienia właściwej i niewłaściwej odpowiedzialności przebijającej od tzw. właściwych i niewłaściwych teorii odpowiedzialności przebijającej²¹⁶, właściwa odpowiedzialność przebijająca w znaczeniu podanym powyżej będzie określana jako odpowiedzialność przebijająca *sensu stricto*. Natomiast niewłaściwa odpowiedzialność przebijająca będzie określana jako odpowiedzialność przebijająca *sensu largo*.

W tym miejscu nie zostanie podjęta próba uzupełnienia definicji odpowiedzialności przebijającej poprzez wskazanie na charakter prawny tej odpowiedzialności jako odpowiedzialności odszkodowawczej, gwarancyjnej lub represyjnej, czy też, zgodnie z innym podziałem, jako odpowiedzialności absolutnej i obiektywnej albo subiektywnej. Dopiero analiza doktryny i orzecznictwa niemieckiego pozwoli na sformułowanie wniosków w tym zakresie. Nie powinno budzić natomiast wątpliwości, że odpowiedzialność

²¹⁵ Zob. rozdz. XIII pkt 2, a w szczególności pkt 2.7, w którym przedstawiono problematykę odpowiedzialności deliktowej jako alternatywy wobec odpowiedzialności przebijającej, mającej swoje samoistne źródło w prawie czynów niedozwolonych, która to odpowiedzialność może zostać uznana, co najwyżej, za rodzaj niewłaściwej odpowiedzialności przebijającej.

²¹⁶ Zob. rozdz. V 1.1 poniżej.

przebijająca, mimo że ma swoje źródło i podstawę w prawie spółek, stanowi rodzaj odpowiedzialności cywilnej, którą z kolei definiuje się jako sytuację, w której mamy do czynienia ze „zobowiązaniem określonego podmiotu, zagrożonym sankcją cywilną”²¹⁷.

²¹⁷ Tak za A. Stelmachowskim, *Wstęp do teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1984, s. 314; M. Kaliński, [w:] A. Olejniczak (red.), *System Prawa...*, s. 13. *Ibidem* szerzej na temat pojęcia odpowiedzialności cywilnej.

**Część druga: Ochrona wierzycieli spółki z o.o.
poprzez odpowiedzialność przebijającą jej współ-
ników w doktrynie i judykaturze niemieckiej**

Teorie odpowiedzialności przebijającej w doktrynie niemieckiej

1. Przegląd teorii odpowiedzialności przebijającej w doktrynie niemieckiej

1.1. Uwagi wprowadzające

W doktrynie niemieckiej występują różne teorie mające uzasadniać odpowiedzialność przebijającą wspólników spółki z o.o. Ze względu na ich różnorodność, a zarazem podobieństwo niektórych, trudno jest je sklasyfikować w sposób jednoznaczny. Należy ponadto podkreślić, że wiele spośród tych teorii zostało rozwiniętych na potrzeby rozwiązania konkretnych problemów przebicia i grup przypadków mających uzasadniać odpowiedzialność wspólników spółki z o.o. Dlatego też – jak słusznie zwrócił na to uwagę T. Raiser – w doktrynie niemieckiej nie ukształtowała się jednolita instytucjonalna teoria przebicia, która bazowałaby na wartościach umożliwiających rozwój wiążącej w sposób ogólny i niepowiązanej z konkretnymi normami koncepcji relatywizacji osoby prawnej, a w szczególności spółki z o.o.²¹⁸ W doktrynie niemieckiej nie występuje zatem samodzielna instytucja prawna odpowiedzialności przebijającej, a próby jej skonstruowania skazane są zdaniem wielu autorów na niepowodzenie²¹⁹.

Pewnej próby klasyfikacji licznych koncepcji odpowiedzialności przebijającej podjął się K. Schmidt, stwierdzając, że w doktrynie dają się wyróżnić zasadniczo następujące rodzaje teorii uzasadniających przebicie: teorie nadużycia (*Mißbrauchslehren*) – wspierające się bądź to na kryteriach subiektywnych, bądź to obiektywnych) teorie instytucjonalne (*institutionelle Lehren*) – wyznaczające wewnętrzne granice dla usamodzielniania się podmiotów prawa oraz teorie zastosowania normy (norm) (*Normanwendungslehren*) – prezentujące zróżnicowane wzorce rozwiązań dla zastosowania poszczególnych norm do osób prawnych²²⁰.

W doktrynie zwraca się również uwagę na inny możliwy podział teorii przebicia, którego kryterium podziału stanowi odwoływanie się przez poszczególne teorie albo do

²¹⁸ Zob. T. Raiser, [w:] P. Ulmer, M. Habersack, M. Winter (Hrsg.), *Gesetz...*, 1. Aufl., § 13, nb 75.

²¹⁹ Tak m.in. I. Funke, *op. cit.*, § 13, nb 348.

²²⁰ Zob. K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht...*, s. 221.

zasady rozdzielności (*Trennungsprinzip*), albo też konstruowania koncepcji przebicia w oderwaniu od tej zasady i poszukiwaniu innych metod zniesienia wyłączenia odpowiedzialności wspólników spółek z o.o. Koncepcje nawiązujące do zasady rozdzielności określane są w doktrynie jako właściwe teorie odpowiedzialności przebijającej (*echte Durchgriffslehren*)²²¹. Natomiast teorie konstruujące odpowiedzialność przebijającą w oderwaniu od zasady rozdzielności, starając się uzasadnić jedynie – niejako punktowo – zniesienie zasady wyłączenia odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. tej spółki przy zachowaniu prawnej odrębności wspólników od spółki określane będą w niniejszej pracy jako niewłaściwe teorie odpowiedzialności przebijającej.

1.2. Właściwe teorie odpowiedzialności przebijającej

Teorie nawiązujące do zasady rozdzielności mają na celu rozwinięcie koncepcji odpowiedzialności przebijającej jako instytucji prawnej stojącej w opozycji do zasady rozdzielności (*Trennungsprinzip*) rozumianej zarówno jako rozdzielność i samodzielność wspólników względem spółki z o.o., jak i kładącej nacisk na odrębność i rozdzielność majątków spółki i wspólników. Teorie te mają uzasadnić odpowiedzialność przebijającą w sytuacjach, kiedy naruszeniu podlegają reguły leżące u podstaw zasady rozdzielności, a więc na przykład wtedy, kiedy nie jest przestrzegana rozdzielność majątków spółki i wspólników, bądź też spółka zostaje zinstrumentalizowana dla realizacji celów sprzecznych z prawem²²². Z tego punktu widzenia teoriami odnoszącymi się do zasady rozdzielności są zarówno teorie nadużycia, jak i teorie instytucjonalne, co skłania niektórych autorów do zrównania teorii nadużycia z teoriami instytucjonalnymi²²³.

Teorie odpowiedzialności przebijającej mające uzasadnić przełamanie zasady prawnej odrębności spółki z o.o. od jej wspólników, a więc odnoszące się do zasady rozdzielności (*Trennungsprinzip*) nazywane są w doktrynie właściwymi teoriami odpowiedzialności przebijającej (*echte Durchgriffslehren*), mają one bowiem na celu pociągnięcie wspólników do odpowiedzialności w drodze przebicia się przez spółkę z o.o., z pominięciem prawnej odrębności spółki z o.o., a więc koncentrują się na spółce jako podmiocie prawa²²⁴. Innymi słowy, teorie te kwestionują w określonych grupach przypadków usamodzielnienie się spółki z o.o. jako osoby prawnej, pozbawiając spółkę w istocie przymiotu osobowości prawnej²²⁵. Praktyczną konsekwencją zastosowania właściwych teorii odpowiedzialności przebijającej jest przyjęcie, że za zobowiązania

²²¹ *Ibidem*, s. 222.

²²² Por. T. Raiser, [w:] P. Ulmer, M. Habersack, M. Winter (Hrsg.), *Gesetz...*, 1. Aufl., § 13, nb 63–66.

²²³ Zob. G. Bitter, [w:] *Scholz. Kommentar...*, § 13, nb 117.

²²⁴ Tak K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht...*, s. 222.

²²⁵ Używając dosłownych tłumaczeń niemieckich określeń stosowanych do określenia relatywizacji osobowości prawnej w ramach właściwych teorii odpowiedzialności prawnej, osobowość prawna jest

spółki z o.o. powinni odpowiadać (zasadniczo) sami jej wspólnicy, a więc już nie spółka z o.o., skoro tę pozbawia się przymiotu osobowości prawnej²²⁶.

Do grupy właściwych teorii odpowiedzialności przebijającej należy przede wszystkim subiektywna teoria nadużycia (*subjektive Mißbrauchslehre*) autorstwa R. Sericka²²⁷. Zdaniem tego autora, można pominąć prawną samodzielność osoby prawnej, jeżeli forma prawna zostaje nadużyta dla nieuczciwych celów. Autor ten kładzie nacisk na podmiotową zarzucalność zachowania się wspólników stanowiącego nadużycie formy prawnej²²⁸. Powołując się na orzeczenie niemieckiego Federalnego Trybunału Sprawiedliwości (BGH) część doktryny uznaje teorię subiektywnego nadużycia za niewystarczającą i próbuje zobiektywizować nadużycie formy prawnej, koncentrując się na obiektywnym i sprzecznym z przypisanym jej celem wykorzystaniu osoby prawnej²²⁹. Zbliżone do teorii obiektywnego nadużycia są instytucjonalne teorie przebiccia, zgodnie z którymi przebiccie jest uzasadnione, jeżeli odrębność osoby prawnej od jej członków sprzeciwia się porządkowi prawnemu²³⁰.

Oprócz teorii subiektywnego i obiektywnego nadużycia oraz teorii instytucjonalnej do grupy właściwych teorii odpowiedzialności przebijającej zaliczyć można również teorię celu normy (*Normzwecklehre*) autorstwa W. Müllera-Freienfelsa²³¹, zwaną w dalszej części niniejszej pracy klasyczną teorią celu normy. Zdaniem tego autora, problematyka przebiccia nie stanowi dającego się uogólnić problemu związanego z osobowością prawną, lecz stanowi problem z zakresu zastosowania normy. Mimo takiego założenia koncepcja Müllera-Freienfelsa należy jednak do właściwych teorii odpowiedzialności przebijającej, bowiem mimo to odwołuje się ona w sposób wyraźny do zasady rozdzielności (*Trennungsprinzip*) i koncentruje się na problematyce granic podmiotowości prawnej²³².

w przypadku tych teorii „odficyjniona” (*hinwegfingiert*), odsunięta na bok (*beiseitegeschoben*) i następuje sięgnięcie poza osobę prawną (*hinweggreifen*). Por. *ibidem*, s. 217 oraz 222.

²²⁶ Por. I. Funke, *op. cit.*, § 13, nb 344. Wskazywanie na praktyczne konsekwencje zastosowania właściwych teorii odpowiedzialności przebijającej wymaga zastrzeżenia (przez użycie wyrazu „zasadniczo”), że nie wszyscy autorzy określani jako reprezentanci tych teorii ściśle przestrzegają konsekwencji związanych z chwilowym i na potrzeby danego przypadku zanegowaniem rozdzielności wspólników i spółki. I tak np. R. Reinhard i O. Kuhn, którzy uważani są za zwolenników należących do właściwych teorii odpowiedzialności przebijającej teorii instytucjonalnej (R. Reinhardt) oraz teorii obiektywnego nadużycia (O. Kuhn), dopuszczają jak najbardziej występowanie odpowiedzialności wspólników spółek kapitałowych obok odpowiedzialności samej spółki (a nie zamiast niej). Por. poniżej rozdz. V pkt 3.

²²⁷ R. Serick, *op. cit.*

²²⁸ Zob. zwięzłe podsumowanie teorii R. Sericka [w:] G. Bitter, *Konzernrechtliche...*, s. 90. Szerzej na temat teorii R. Sericka w doktrynie polskiej zob. T. Targosz, *Nadużycie...*, s. 122 i n.

²²⁹ Zob. K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht...*, s. 222 oraz T. Raiser, [w:] P. Ulmer, M. Habersack, M. Winter (Hrsg.), *Gesetz...*, 1. Aufl., § 13, nb 64 i powołana tam literatura.

²³⁰ Zob. K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht...*, s. 222 i powołana tam literatura.

²³¹ W. Müller-Freienfels, *Zur Lehre vom sogenannten „Durchgriff” bei juristischen Personen im Privatrecht*, AcP 1957, nr 156, s. 522 i n.

²³² Tak słusznie K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht...*, s. 223.

Trafną definicję „przebicia” w rozumieniu klasycznej teorii celu normy przedstawił E. Reh binder: „Przebicie oznacza niezastosowanie normy, której zakres zastosowania i przypisania odnosi się do osoby prawnej. Z metodologicznego punktu widzenia następuje restrykcja normy rozdzielającej (rozgraniczającej) poprzez wypełnienie za pomocą innej normy”²³³. Przy zastosowaniu koncepcji Müllera-Freienfelsa następuje zatem ograniczenie, a nawet wyłączenie zastosowania normy prawnej regulującej w sposób ogólny i abstrakcyjny wszystkie stany faktyczne dotyczące osoby prawnej, a więc przede wszystkim stanowiącej wyraz zasady rozdzielenia normy wyrażonej w § 13 ust. 2 GmbHG²³⁴. Teoria Müllera-Freienfelsa zbliżona jest zatem do obiektywnej teorii nadużycia oraz teorii instytucjonalnej i odróżnia się od nich nie przez odmienne rozwiązywanie przypadków uzasadniających odpowiedzialność przebijającą, lecz przez odmienne dogmatyczne uzasadnienie odpowiedzialności przebijającej, bazujące na innym dogmatycznym pojmowaniu osobowości prawnej²³⁵.

Istnieje jednak zasadnicze kryterium odróżniające od siebie poszczególne teorie z grupy właściwych teorii odpowiedzialności przebijającej. Podczas gdy subiektywna teoria nadużycia kładzie nacisk na podmiotową zarzucalność zachowania się wspólnika uzasadniającą jego odpowiedzialność, a więc wymaga występowania po jego stronie winy, obiektywna teoria nadużycia, teoria instytucjonalna oraz klasyczna teoria celu normy konstruują odpowiedzialność wspólników spółki z o.o. o charakterze obiektywnym, a więc niezależnym od winy wspólników.

1.3. Niewłaściwe teorie odpowiedzialności przebijającej

Niejako na drugim biegunie teorii odpowiedzialności przebijającej znajdują się teorie rozwijające koncepcję „przebicia” w oderwaniu od zasady rozdzielenia i poszukujące innych metod wyłączenia odpowiedzialności wspólników spółek z o.o., koncentrując się niejako punktowo na tym aspekcie. W odróżnieniu od właściwych teorii odpowiedzialności przebijającej teorie te prowadzą w ich praktycznym zastosowaniu do stworzenia podstawy do odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. obok

²³³ W oryginale cytat ten brzmi następująco: „Durchgriff ist die Nichtanwendung einer Norm, die den Zuordnungs- oder Zurechnungsumfang bei der juristischen Person festlegt. Methodisch handelt es sich dabei um eine Restriktion der Trennungsnorm unter Ausfüllung durch eine andere Norm”. Tak E. Reh binder, *Zehn Jahre Rechtsprechung zum Durchgriff im Gesellschaftsrecht*, [w:] M. Lutter, W. Stimpel, H. Wiedemann (Hrsg.), *Festschrift für Robert Fischer*, Berlin 1979, s. 580.

²³⁴ Tak za E. Reh binder, *op. cit.*: K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht...*, s. 223. Należy jednak podkreślić, że sam E. Reh binder nie był kontynuatorem koncepcji rozwiniętej przez W. Müller-Freienfelsa i stworzył własną teorię łączącą elementy teorii instytucjonalnych z teorią celu normy oraz teoriami zastosowania normy. Na temat wkładu E. Reh bindera w rozwój współczesnej teorii celu normy zob. rozdz. V pkt 5, w którym została przytoczona pełna definicja „przebicia” E. Reh bindera.

²³⁵ Tak K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht...*, s. 228.

samej spółki²³⁶. Zasadnicza różnica między poszczególnymi niewłaściwymi teoriami odpowiedzialności przebijającej sprowadza się – podobnie jak w przypadku teorii właściwych – do kwestii zawinienia jako przesłanki podmiotowej uzasadniającej odpowiedzialność przebijającą. Podczas gdy tzw. współczesna²³⁷ teoria celu normy (*Normzwecklehre*), która rozwinęła się na bazie klasycznej teorii celu normy autorstwa Müllera-Freienfelsa, a której głównym przedstawicielem jest G. Bitter²³⁸, konstruuje odpowiedzialność przebijającą jako odpowiedzialność strukturalną niezależną od winy współników, teoria zastosowania normy (*Normanwendungslehre*) buduje odpowiedzialność przebijającą jako odpowiedzialność współników za ich zawinione zachowanie²³⁹. Druga różnica między współczesną teorią celu normy oraz teoriami zastosowania normy sprowadza się do dogmatycznego uzasadnienia przebicia. Współczesna teoria celu normy stara się doprowadzić do osobistej odpowiedzialności współników spółki z o.o. przez zastosowanie omawianego w ramach niemieckiej nauki o metodzie zabiegu redukcji teleologicznej i opowiada się za celowościową redukcją normy o charakterze ogólnym wyrażonej w § 13 ust. 2 GmbHG jedynie w zakresie, w jakim przyznaje ona współnikom przywilej braku (wyłączenia) odpowiedzialności. W ramach współczesnej teorii celu normy utrzymana zostaje zatem odrębność spółki z o.o. i jej współników²⁴⁰. Natomiast teorie zastosowania normy zajmują się jedynie zastosowaniem poszczególnych norm do danego podmiotu prawa i poszukują szczególnych podstaw odpowiedzialności przebijającej, takich jak np. odpowiedzialność za naruszenie obowiązków w ramach tzw. stosunku szczególnego (*Sonderverbindung*)²⁴¹. Teorie zastosowania normy również nie naruszają obowiązującej w ramach spółki z o.o. zasady rozdzielności, tylko wskazują na szczególne podstawy odpowiedzialności współników. Trzecia, i to zasadnicza różnica, między współczesną teorią celu normy oraz teoriami zastosowania normy dotyczy skutków prawnych związanych z przyjęciem danej teorii. Podczas gdy współczesna teoria celu normy, podobnie jak właściwe teorie odpowiedzialności przebijającej przewiduje zewnętrzną odpowiedzialność współników spółki z o.o. wobec jej wierzycieli za zobowiązania tejże spółki, teorie zastosowania normy przewidują odpowiedzialność wewnętrzną współników wobec spółki²⁴².

²³⁶ Zob. U. Ehrlicke, *Zur Begründbarkeit der Durchgriffshaftung in der GmbH, insbesondere aus methodischer Sicht*, AcP 1999, 199, s. 269–270; I. Funke, *op. cit.*, § 13, nb 345.

²³⁷ Podział na klasyczną oraz współczesną teorię celu normy jest podziałem autorskim zastosowanym w tym opracowaniu w celu lepszego rozróżnienia poszczególnych teorii.

²³⁸ Por. G. Bitter, [w:] *Scholz. Kommentar...*, § 13, nb 126.

²³⁹ Por. I. Funke, *op. cit.*, § 13, nb 345.

²⁴⁰ Por. *ibidem*.

²⁴¹ Por. *ibidem*. Szerzej na temat na temat odpowiedzialności na podstawie tzw. stosunku szczególnego (*Sonderverbindung*), której podstawę dogmatyczną stanowią § 276 oraz 280 i n. BGB: por. L. Fastrich, *op. cit.*, § 13, nb 54.

²⁴² Por. I. Funke, *op. cit.*, § 13, nb 350.

1.4. Pozostałe teorie odpowiedzialności przebijającej

Poza właściwymi teoriami odpowiedzialności przebijającej znajdują się te koncepcje, które zorientowane są na konkretne i indywidualne zniesienie ograniczenia odpowiedzialności wspólników spółki z o.o., a które zarazem trudno zaliczyć do teorii zastosowania normy z uwagi na ich samoistny charakter i niekiedy rozbudowaną strukturę uzasadnienia. Należą do nich teoria odpowiedzialności za oświadczenie (*Erklärungshaftung*) oraz koncepcja odpowiedzialności za błędy organizacyjne (*Organisationsfehlerhaftung*)²⁴³. Ta ostatnia koncepcja za dogmatyczną podstawę odpowiedzialności przebijającej wspólników przyjmuje § 31 BGB, a ściśle rozwiniętą w doktrynie na gruncie analizy i stosowania powyższego przepisu koncepcję błędów organizacyjnych mającą uzasadniać odpowiedzialność za osoby, którymi dany podmiot posługuje się przy wykonaniu zobowiązania. Zgodnie z założeniami tej koncepcji porządek prawny nie może dopuścić do tego, aby wadliwa organizacja spółki prowadziła do uniknięcia odpowiedzialności, która występowałaby realnie przy prawidłowej jej organizacji (w szczególności przy prawidłowym wyposażeniu jej w kapitał zakładowy). Koncepcja ta rozwinięta została w celu uzasadnienia odpowiedzialności przebijającej za materialne niedokapitalizowanie spółki²⁴⁴.

1.5. Pominięte teorie odpowiedzialności przebijającej

Niniejsze zestawienie koncepcji odpowiedzialności przebijającej nie obejmuje teorii mieszanych, które odnoszą się zarówno do odpowiedzialności przebijającej, jak i tzw. przebicia przyporządkowującego (*Zurechnungsdurchgriff*), w szczególności koncepcji E. Rehbintera²⁴⁵, a także koncepcji odnoszących się ściśle do przebicia przyporządkowującego (w szczególności autorstwa E. Schanze oraz J. Wilhelma)²⁴⁶. Teorie mieszane poświęcają bowiem tylko w części swoją uwagę problematyce odpowiedzialności przebijającej, nie różniąc się przy tym w zakresie omawiania problematyki przebicia od właściwych teorii odpowiedzialności przebijającej. Natomiast teorie uzasadniające przebicie przyporządkowujące (*Zurechnungs-, Auslegungsmethoden*) dotyczą zagadnienia, które nie stanowi przedmiotu analizy w niniejszym opracowaniu. Pominięte również zostały w tym miejscu rozbudowane teorie negujące konstrukcję odpowiedzialności przebijającej w analizowanym w niniejszej pracy kształcie, a propagujące natomiast – z różnym dogmatycznym uzasadnieniem – konstrukcję wewnętrznej odpowiedzialności

²⁴³ Zob. K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht...*, s. 221.

²⁴⁴ Zob. G. Bitter, *Konzernrechtliche...*, s. 91 i powołana tam literatura.

²⁴⁵ Por. E. Rehbinder, *op. cit.*, 579.

²⁴⁶ Zob. przedstawienie poglądów autorstwa E. Schanze oraz J. Wilhelma przez K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht...*, s. 224.

wspólników wobec spółki z o.o., które to koncepcje nie dają się zasadniczo zakwalifikować do którejkolwiek z opisanych powyżej grup teorii²⁴⁷. Koncepcje te zostaną natomiast przedstawione poniżej przy okazji omawiania alternatywnych wobec koncepcji „przebiccia” dogmatycznych podstaw odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. wobec wierzycieli spółki (alternatywnych instrumentów ochrony wierzycieli spółki z o.o.)²⁴⁸.

1.6. Teorie stanowiące przedmiot dalszej analizy

Jak już wspomniano, celem niniejszej pracy jest omówienie problematyki właściwej odpowiedzialności przebijającej *sensu stricto* (tzw. właściwej odpowiedzialności przebijającej), rozumianej jako zewnętrzna odpowiedzialność wspólników spółki z o.o. (zamiast albo obok spółki) za zobowiązania spółki wobec jej wierzycieli, mająca swoje źródło w prawie spółek. Dlatego też w dalszej części niniejszego opracowania przedstawiono najważniejsze teorie dotyczące tej problematyki: należące do grupy właściwych teorii odpowiedzialności przebijającej subiektywna i obiektywna teoria nadużycia oraz klasyczna teoria celu normy, a także zaliczana do grupy niewłaściwych teorii odpowiedzialności przebijającej współczesna teoria celu normy (teoria redukcji teleologicznej). Szczególna uwaga została przy tym poświęcona obiektywnej teorii nadużycia oraz współczesnej teorii celu normy (teorii redukcji teleologicznej), ponieważ to właśnie te teorie znalazły swoje odzwierciedlenie we współczesnym orzecznictwie niemieckiego Federalnego Trybunału Sprawiedliwości (BGH)²⁴⁹.

2. Subiektywna teoria nadużycia (teoria subiektywnego nadużycia)

Głównym przedstawicielem tzw. subiektywnej teorii nadużycia w doktrynie niemieckiej jest R. Serick, który w swojej prawnoporównawczej rozprawie habilitacyjnej²⁵⁰ zajął się problematyką pominięcia odrębności prawnej osób prawnych. Jego rozprawa uznawana jest za szczególnie ważną dla rozwoju doktryny niemieckiego prawa spółek,

²⁴⁷ W tym miejscu należy zwrócić uwagę zarówno na koncepcję K. Schmidta odnoszącą się do obowiązków lojalności wspólników spółek z o.o. (K. Schmidt, *Gesellschafterhaftung und „Konzernhaftung“ bei der GmbH, Bemerkungen zum „Bremer Vulkan“-Urteil des BGH vom 17.9.2001*, NJW 2001, s. 3557 i n.), jak i na teorię H. Altmepena o organizacyjnych obowiązkach staranności wspólników wobec spółki z o.o., zgodnie z którą wspólnicy naruszający te obowiązki, a mający istotny wpływ na prowadzenie spraw i reprezentację w spółce z o.o. powinni odpowiadać na podstawie dotyczącego zarządców niemieckiej spółki z o.o. § 43 GmbHG stosowanego analogicznie. Zob. H. Altmeppen, *Zur Entwicklung eines neuen Gläubigerschutzkonzepts in der GmbH, Zugleich Besprechung vom BGH, Urt. 24.6.2002 – II ZR 300/00*, ZIP 2002, s. 1553 i n.

²⁴⁸ Zob. rozdz. XIV pkt 2.1, 2.2 oraz 2.3.

²⁴⁹ Zob. rozdział VI pkt 5.

²⁵⁰ R. Serick, *op. cit.*

ponieważ stanowi pierwszą tak kompleksową próbę teoretycznego ujęcia problematyki przebiccia, dla której podstawę analizy stanowiło zarówno orzecznictwo sądów niemieckich i poglądy niemieckiej doktryny, jak i dorobek judykatury oraz doktryny amerykańskiej.

Dla pełnego zrozumienia subiektywnej teorii nadużycia ważne jest przytoczenie podstawowych założeń stanowiących niejako punkt wyjścia dla dokonanej przez R. Sericka analizy przypadków uzasadniających zastosowanie przebiccia i stanowiących podstawę rozwoju jego koncepcji. Zdaniem tego autora, osoba prawna stanowi celowy twór prawa, któremu od samego początku wyznaczone są granice, poza którymi nie może on działać. Innymi słowy, porządek prawny tworzy osoby prawne do określonych celów, które powinny być, zdaniem autora, brane pod uwagę przy wyznaczaniu granic dozwolonej i akceptowanej przez prawo aktywności osób prawnych²⁵¹. R. Serick zwraca ponadto uwagę na charakterystyczną cechę osób prawnych polegającą na tym, że ich członkowie występują w podwójnej roli. Z jednej strony są to odrębne od osoby prawnej podmioty prawa, z drugiej zaś stanowią oni substrat osoby prawnej²⁵². Zarazem autor podkreśla, że jeżeli w doktrynie mowa jest o „przebicciu” do osób (zwłaszcza fizycznych) stojących poza osobą prawną, najczęściej ma się na myśli przypadki, w których forma prawna osoby prawnej wykorzystywana jest do nieuczciwych celów i dlatego właśnie przypadki te określa się mianem nadużycia formy prawnej osoby prawnej. Tym samym R. Serick już na samym początku swojej pracy przyjmuje określone rozumienie pojęcie *Durchgriff*, które znajduje swoje dopełnienie w zaprezentowanej przez niego koncepcji subiektywnego nadużycia: połączenie określeń „nieuczciwy cel” (*unlauterer Zweck*) oraz „nadużycie formy prawnej osoby prawnej” (*Mißbrauch der Rechtsform der juristischen Person*) wskazuje bowiem na świadomy (subiektywny) charakter nadużycia²⁵³. Jednocześnie autor zastrzega, że (stanowiące konsekwencję stwierdzenia nadużycia) pominięcie formy prawnej osoby prawnej nie oznacza generalnej negacji jej osobowości prawnej (podmiotowości). Oznacza ono jedynie pominięcie formy prawnej osoby prawnej w konkretnym, jednostkowym przypadku²⁵⁴. R. Serick zdaje sobie sprawę, że analizowane przez niego przypadki przebiccia stanowią zjawiska wyjątkowe. Z całości kształtu wypowiedzi autora wynika również, że celem konstruowanej przez niego teorii nie jest zakwestionowanie obowiązującej w prawie spółek zasady rozdzielności, lecz jedynie jej modyfikacja²⁵⁵. Natomiast nadrzędnym celem jego rozprawy jest ustalenie

²⁵¹ Por. *ibidem*, s. 1–3.

²⁵² *Ibidem*, s. 3.

²⁵³ Świadczy o tym zamienne posługiwanie się przez autora wyrazami *unlauter* (nieuczciwy) oraz *fraudulös* (oszukańczy). Por. chociażby *ibidem*, s. 42.

²⁵⁴ Zob. *ibidem*, s. 3.

²⁵⁵ Por. *ibidem*, s. 4.

granic wyznaczonych już w podstawowej strukturze osoby prawnej²⁵⁶. Tym samym teoria R. Sericka zbliżona jest do wewnętrznej teorii nadużycia prawa dominującej w doktrynie niemieckiej²⁵⁷.

Te wyznaczone na samym początku rozważań autora swego rodzaju warunki brzegowe w postaci: 1) zakreszenia osobom prawnym granic determinowanych przez cele, które mają realizować, 2) podkreślenia roli członków (wspólników) osób prawnych jako ich substratu, 3) pojmowania przebiccia się poprzez osobę prawną do stanowiących jej substrat osób (zwłaszcza fizycznych) jako sposobu walki z nadużyciami formy prawnej osoby prawnej poprzez posługiwanie się osobą prawną do nieuczciwych celów, 4) apriorycznego założenia o wyjątkowości przypadków uzasadniających przebiccie oraz 5) postulatu jednostkowego pomijania osobowości prawnej w konkretnym przypadku bez negowania konstrukcji osobowości prawnej jako takiej, wpływają na całokształt analizy dokonanej przez R. Sericka w jego pracy oraz na kształt opracowanej przez niego koncepcji.

R. Serick rozwija swoją koncepcję nadużycia, posługując się metodą indukcyjną: przez analizę orzeczeń sądów niemieckich, w których, zdaniem autora, zastosowana została konstrukcja „przebiccia”, próbuje on rozwinąć ogólną regułę, zasadę uzasadniającą odstępstwo od zasady odrębności²⁵⁸. Jego koncepcja stanowić ma teoretyczną reakcję na brak powoływania się w orzeczeniach sądowych na jakąkolwiek podstawę prawną pominięcia prawnej odrębności spółek od ich wspólników albo powoływanie się jedynie na klauzule generalne, np. dobrej wiary (*Treu und Glauben*), argumenty sprawiedliwościowe, wreszcie na posługiwanie się przez sądy elastycznymi i niedookreślonymi zwrotami, takimi jak „siła faktów” (*Macht der Tatsachen*)²⁵⁹.

Autor dzieli analizowane przypadki na trzy podstawowe grupy: 1) obejście ustawy za pomocą osoby prawnej (*Gesetzesumgehung mit Hilfe einer juristischen Person*), 2) obejście i naruszenie umowy (*Vertragsumgehung und Vertragsverletzung*) oraz 3) pozostałe przypadki nieuczciwego szkodenia osobom trzecim za pomocą osoby prawnej (*sonstige fradulöse [unlautere] Schädigung Dritter mit Hilfe der juristischen Person*)²⁶⁰. Przy czym zdecydowana większość omawianych przez niego przypadków mieści się

²⁵⁶ *Ibidem*.

²⁵⁷ Na temat obowiązywania w doktrynie i orzecznictwie niemieckim teorii wewnętrznej (*Innentheorie*) zob. reprezentatywnie Ch. Grüneberg, [w:] Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar*, 71. Aufl., München 2012, § 242, nb 38; na ten temat w doktrynie polskiej zob.: M. Pyziak-Szafnicka, [w:] M. Safjan (red.), *System Prawa Prywatnego. Tom 1. Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2012, s. 878–879. Szerzej na temat wewnętrznej i zewnętrznej teorii nadużycia prawa w prawie francuskim, niemieckim i szwajcarskim oraz prawie polskim zob. M. Pyziak-Szafnicka, [w:] M. Safjan (red.), *System...*, s. 877–882 oraz 889 i n.

²⁵⁸ R. Serick, *op. cit.*, s. 15.

²⁵⁹ *Ibidem*, s. 13–14.

²⁶⁰ *Ibidem*, s. 17–53.

w kategorii tzw. przebicia przyporządkowującego, a tylko w jednym miejscu pojawia się przykład orzeczenia, w którym zastosowana została konstrukcja odpowiedzialności przebijającej w znaczeniu przyjętym w niniejszym opracowaniu. Przypadek ten dotyczy odpowiedzialności jedyne go wspólnika za pomieszanie sfer majątkowych²⁶¹.

Omawiając pierwszą grupę przypadków (obejście ustawy) uzasadniających zastosowanie koncepcji przebicia, R. Serick posługuje się głównie przykładami podawanymi już w literaturze przedmiotu i powołując się na występującą już sporadycznie w doktrynie argumentację rozwija własną koncepcję subiektywnego nadużycia. Natomiast powołane przez autora przykłady z orzecznictwa sądów niemieckich rozwiązywane były za pomocą obiektywnej koncepcji nadużycia i na tej podstawie sąd bądź to dopuszczał pominięcie odrębności prawnej spółki od jej wspólnika niezależnie od występującej po stronie wspólnika świadomości (zamiaru, umyślności) nadużycia prawa²⁶² bądź to utrzymywał w mocy prawną odrębność spółki i nie dopuszczał do przebicia, mimo że w myśl subiektywnej teorii nadużycia można by rozważyć pominięcie prawnej odrębności spółki i wspólnika²⁶³.

Zdaniem R. Sericka, dopuszczalność pominięcia formy prawnej osoby prawnej przy obejściu ustawy za pomocą osoby prawnej stanowi przykład zastosowania ogólnej zasady, zgodnie z którą nadużycie instytucji prawnej nie zasługuje na ochronę porządku prawnego²⁶⁴. Autor tym samym odwołuje się w sposób wyraźny do rozwiniętej na gruncie stosowania § 242 BGB koncepcji nadużycia prawa podmiotowego, podkreślając zarazem, że powinna ona znajdować zastosowanie również do nadużycia figury prawnej osoby prawnej²⁶⁵. R. Sericka można zatem uznać za współtwórcę podwalin koncepcji tzw. nadużycia instytucjonalnego w ramach ogólnej teorii nadużycia na podstawie § 242 BGB²⁶⁶.

Jednocześnie autor podkreśla, że sama niemożliwość osiągnięcia celu konkretnej normy wskutek posłużenia się osobą prawną nie wystarcza, aby uzasadnić przebicie. Należy bowiem honorować występowanie w obrocie osób prawnych jako odrębnych od ich wspólników (uczestników) podmiotów prawa. Celowi danej normy przeciwstawiona jest zatem własna wartość instytucji prawnej, jaką jest osoba prawna, a ustawodawca, dopuszczając występowanie w obrocie osób prawnych, dokonał już wyważenia

²⁶¹ *Ibidem*, s. 46, przyp. 2.

²⁶² *Ibidem*, s. 23. Co więcej, w tym konkretnym przypadku dotyczącym zastosowania tzw. ustawy o spłatach (*Abzahlungsgesetz*) R. Serick akurat dopuszcza zastosowanie obiektywnej koncepcji nadużycia.

²⁶³ *Ibidem*, s. 28–29, 30.

²⁶⁴ *Ibidem*, s. 23.

²⁶⁵ „Zwar befaßt sich die Lehre vom Rechtsmißbrauch nur mit dem Mißbrauch subjektiver Rechte. [...] Dasselbe muß aber auch für den Mißbrauch der Rechtsfigur der juristischen Person gelten”. *Ibidem*, s. 25–26.

²⁶⁶ Na temat koncepcji nadużycia instytucjonalnego na gruncie § 242 BGB por. reprezentatywnie Ch. Grüneberg, *op. cit.*, § 242, nb 40.

wartości²⁶⁷. Poszczególne normy prawne powinny być zatem stosowane do osób prawnych bez konieczności sprawdzania w każdym jednostkowym przypadku, czy ich cel może zostać urzeczywistniony tylko przez pominięcie formy prawnej osoby prawnej. Nie można też, zdaniem autora, podnosić, że nieosiągnięcie celu danej normy przez uznanie odrębności osoby prawnej prowadzi do naruszenia interesów innych uczestników obrotu. Każdy, kto ma do czynienia z osobą prawną, powinien bowiem liczyć się zasadniczo ze skutkami wynikającymi z jej struktury (jej odrębności)²⁶⁸. Dlatego też, zdaniem R. Sericka, pominięcie formy prawnej osoby prawnej dopuszczalne jest tylko wtedy, kiedy zostanie ona nadużyta do nieuczciwych celów. Nie można bowiem pominąć tego, że wspólnicy (uczestnicy) osoby prawnej mają prawo do ochrony ich zaufania do formy prawnej osoby prawnej pozostawionej im do dyspozycji przez porządek prawny, o ile posługują się nią w sposób zgodny z prawem²⁶⁹. Dlatego też warunkiem pominięcia osobowości prawnej jest występowanie po stronie współnika (uczestnika) danej osoby prawnej zamiaru obejścia ustawy. Granice, w ramach których forma prawna osoby prawnej nie może być nadużywana, wynikają z celu osoby prawnej, jakim jest w prawie cywilnym umożliwienie osobom fizycznym uczestniczenie w obrocie bez ryzyka ponoszenia osobistej odpowiedzialności oraz połączenie środków finansowych i zaangażowania osobowego wielu osób w przedsięwzięcie, które byłoby niemożliwe do zrealizowania przez pojedynczą osobę w takim rozmiarze, jak w przypadku posłużenia się osobą prawną. Dodatkowo forma ta umożliwia kontynuowanie działalności, mimo zmiany składu osobowego jej członków, a także w granicach czasowych wykraczających poza okres życia pojedynczego człowieka. Z tego celowego powiązania osoby prawnej wynika, zdaniem autora, że została ona stworzona przez ustawodawcę jedynie w celu rzetelnego obrotu prawnego i gospodarczego. Porządek prawny, który umożliwiałby funkcjonowanie osób prawnych dla realizacji nieuczciwych celów, byłby bowiem sprzeczny sam ze sobą. Wymienione powyżej cele mogą zostać osiągnięte tylko przez ścisłe rozdzielenie między korporacją a jej członkiem, między majątkiem spółki a majątkiem prywatnym jej wspólników. Dlatego też sędzia nie ma prawa samowolnie pomijać formy prawnej osoby prawnej w tych przypadkach, w których przemawiają za tym względy słuszności. Pominięcie formy prawnej osoby prawnej możliwe jest, zdaniem R. Sericka, jedynie w przypadku stwierdzenia, że zostały przekroczone wskazane powyżej granice. Zdaniem autora, jest to jednak dopuszczalne tylko wtedy, kiedy forma prawna osoby prawnej została nadużyta przez stojące za nią osoby (fizyczne)²⁷⁰.

²⁶⁷ R. Serick, *op. cit.*, s. 24.

²⁶⁸ *Ibidem*, s. 24.

²⁶⁹ *Ibidem*, s. 24.

²⁷⁰ *Ibidem*, s. 25–27.

Tę samą argumentację prezentuje autor również w stosunku do drugiej grupy omawianych przez niego przypadków naruszeń, mianowicie przypadków obejścia lub naruszenia umowy, choć sam na wstępie swoich uwag do tej grupy przypadków przyznaje, że rozwiązywane są one w orzecznictwie z powołaniem się na ogólne cywilnoprawne podstawy prawne²⁷¹. Powoływane przez autora przypadki z orzecznictwa sądów niemieckich nie dają się zasadniczo zaliczyć do grupy przypadków nadużycia prawa przez obejście lub naruszenie umowy, gdyby przyjęć za podstawę ich rozstrzygnięcia § 242 BGB. Mieszczą się one bowiem w kategorii zachowań i stanów faktycznych rozstrzyganych w ramach stosowania niestanowiącej przedmiotu niniejszej analizy koncepcji „przebiecia przyporządkowującego” polegającej na stosowaniu danej normy prawnej do konkretnego stanu faktycznego poprzez przypisanie pewnych cech, właściwości itd. spółki wspólnikowi albo odwrotnie, co często następuje w ramach ogólnych reguł wykładni (np. stosowanie przepisów o rękojmi za wady fizyczne nieruchomości w przypadku sprzedaży całości udziałów w spółce, będącej właścicielem tejże nieruchomości)²⁷². Autor, kontestując poszczególne rozstrzygnięcia sądów, które w przypadku przyjęcia, że zastosowanie znajduje teoria nadużycia, należałoby zakwalifikować raczej jako bazujące na obiektywnej teorii nadużycia, podkreśla, że przy ich rozstrzyganiu należałoby zwrócić uwagę na kierunek oświadczenia woli stron umowy, a więc ich zamiar. Zdaniem R. Sericka, sędzia nie powinien pomijać odrębności osoby prawnej tylko ze względu na (rzekomy) obiektywny cel umowy. Podobnie jak w przypadku obejścia ustawy poprzez posłużenie się osobą prawną pominięcie osobowości prawnej w ramach drugiej grupy przypadków powinno następować wyłącznie w przypadku nadużycia osoby prawnej w celu obejścia umowy, bowiem w takim przypadku osoba prawna wykracza poza zakres jej przez porządek prawny granice²⁷³. Zdaniem autora, z nadużyciem formy prawnej osoby prawnej w postaci obejścia i naruszenia umowy mamy do czynienia tylko wtedy, kiedy np. sprzedawca swoim dalszym zachowaniem zaprzecza temu, czego w chwili zawarcia umowy chciał kupujący, a co sprzedawca rozpoznał i zaakceptował albo powinien był rozpoznać. Takie zachowanie sprzedawcy należy uznać za próbę wykorzystania osoby prawnej do nieuczciwych celów²⁷⁴.

²⁷¹ *Ibidem*, s. 32.

²⁷² Por. R. Serick, *op. cit.*, s. 34–37.

²⁷³ *Ibidem*, s. 38. W omawianym przypadku zastosowania do nabycia całości udziałów w spółce-właściciele nieruchomości przepisów o rękojmi za wady fizyczne R. Serick postuluje, aby przyjęć nadużycie tylko wtedy, kiedy to kupujący całość udziałów w rzeczywistości zamierza nabyć nieruchomość należącą do spółki, a sprzedający ma tego świadomość (lub powinien mieć taką świadomość) i mimo to powołuje się następczo na to, że nastąpiła jedynie sprzedaż udziałów. Zdaniem autora, element podmiotowy (subiektywny), który wynika z wykładni oświadczeń woli, ma kluczowe znaczenie dla dopuszczalności pominięcia formy prawnej osoby prawnej (*ibidem*, s. 38).

²⁷⁴ *Ibidem*, s. 39. Por. również podany przez autora przykład odpowiedzialności jedyne lub większościowego wspólnika za zachowanie się spółki, w którym to R. Serick przyjmuje ewentualne przypisanie

Wreszcie autor potwierdza obowiązywanie subiektywnej teorii nadużycia w trzeciej grupie omawianych przez niego przypadków, polegających na nieuczciwym szkodzeniu osobom trzecim za pomocą osoby prawnej, które to przypadki nie mieszczą się zasadniczo w dwóch poprzednich grupach (choć autor sam przyznaje, że poszczególne grupy przypadków mogą nachodzić na siebie, na co wskazuje chociażby omawianie tych samych przypadków zarówno w ramach grupy drugiej, jak i trzeciej). Podobnie jak w przypadkach obejścia lub naruszenia umowy, zdecydowana większość przypadków powołanych przez R. Sericka nadaje się do rozwiązania przy wykorzystaniu koncepcji tzw. przebiecia przyporządkującego przy wykorzystaniu ogólnych podstaw prawnych, takich jak np. przepisy o uchylaniu się od skutków prawnych oświadczenia woli złożonego pod wpływem błędu²⁷⁵. Tylko w jednym miejscu autor powołuje się na przypadek dający się zakwalifikować jako przykład odpowiedzialności przebijającej w znaczeniu przyjętym w niniejszym opracowaniu: przypadek nieuczciwego szkodzenia osobom trzecim za pomocą osoby prawnej w postaci pomieszania przez jedynego wspólnika spółki z o.o. majątku spółki z jego majątkiem prywatnym z zamiarem szkodzenia wierzycielom spółki²⁷⁶. Takie umyślne nadużycie formy prawnej spółki z o.o. uzasadnia, zdaniem R. Sericka, osobistą odpowiedzialność wspólnika za jej zobowiązania. Podkreślony jest tu zatem element subiektywny nadużycia formy prawnej osoby prawnej.

Podsumowując, należy stwierdzić, że R. Serick próbuje zbudować koncepcję nadużycia formy prawnej osoby prawnej, w ramach której do przyjęcia nadużycia wymagane jest występowanie po stronie wspólników (uczestników) osoby prawnej elementu subiektywnego, w postaci zamiaru obejścia ustawy, naruszenia lub obejścia umowy, a wreszcie zamiaru szkodzenia osobom trzecim za pomocą osoby prawnej. Element subiektywny sprowadzać ma się do umyślności zachowania wspólników (umyślne szkodzenie wierzycielom spółki) albo sprzeczności ich postępowania (przez powołanie się na prawną odrębność spółki) z ich wcześniejszym zachowaniem, z którego wynikało bądź to utożsamianie się wspólników ze spółką (traktowanie spółki jedynie jako jednostki rozliczeniowej, swego rodzaju „przedłużonego ramienia wspólnika”²⁷⁷), bądź to akceptacja i określone rozumienie oświadczenia woli drugiej strony czynności prawnej jako nakierowanego w istocie na majątek spółki, a nie wspólnika (przypadek stosowania przepisów o rękojmi przy sprzedaży nieruchomości do sprzedaży całości udziałów

zachowań spółki wspólnikowi tylko w sytuacji, w której późniejsze powoływanie się przez tegoż wspólnika na jego odrębność wobec spółki należy uznać za (świadome) nadużycie formy prawnej osoby prawnej (*ibidem*, s. 40).

²⁷⁵ Zob. R. Serick, *op. cit.*, s. 43 i podany tam przykład.

²⁷⁶ *Ibidem*, s. 46, przyp. 2.

²⁷⁷ Por. *ibidem*, s. 6–10, 49–52: szeroko omawiana problematyka potrącania wierzytelności wierzycieli wobec Rzeszy Niemieckiej z wierzytelnościami przysługującymi spółkom Rzeszy (w formie spółki z o.o. albo spółki akcyjnej) jako odrębnym podmiotom wobec tychże wierzycieli.

w spółce-właścicielce tejże nieruchomości). Ta subiektywizacja nadużycia służyć ma ograniczeniu stosowania koncepcji nadużycia do wyjątkowych i jednostkowych przypadków. Autor tylko wyjątkowo dopuszcza możliwość pominięcia elementu subiektywnego i uznania, że nastąpiło nadużycie formy prawnej osoby prawnej poprzez obiektywne naruszenie celu normy albo celu czynności prawnej²⁷⁸. Wyjątek taki jest uzasadniony, zdaniem R. Sericka, w sytuacji, kiedy naruszana jest norma o charakterze korporacyjnym, której znaczenie jest tak zasadnicze, że jej cel nie może zostać pominięty albo zniweczony nawet w sposób pośredni²⁷⁹.

3. Obiektywna teoria nadużycia (teoria obiektywnego nadużycia) i teorie instytucjonalne

Większość autorów zajmujących się problematyką nadużycia osobowości prawnej neguje konieczność występowania po stronie wspólników spółki z o.o. elementu subiektywnego jako warunku przypisania im nadużycia formy prawnej spółki z o.o. skutkującego pociągnięciem ich do osobistej odpowiedzialności za zobowiązania spółki. Koncepcje rozwijane przez tych autorów określa się zatem jako teorie obiektywnego nadużycia albo teorie instytucjonalne, przy czym granice między tymi dwoma teoriami wydają się płynne. Dlatego też w literaturze poglądy tych autorów określa się często zamiennie jako przejaw bądź to obiektywnej teorii nadużycia bądź to teorii instytucjonalnej²⁸⁰.

Przeciwnikiem subiektywnej teorii nadużycia autorstwa R. Sericka jest m.in. G. Kuhn, który, powołując się na wyrok niemieckiego Federalnego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 14 grudnia 1959 r. w sprawie II ZR 187/57²⁸¹, preferuje znajdującą wyraz w tym orzeczeniu teorię obiektywnego nadużycia. Zdaniem tego autora, porządek prawny ogólnie uznaje, że z nadużyciem prawa ma się do czynienia już w sytuacji obiektywnego przeciwstawiania się temu porządkowi, ponieważ jest on zainteresowany możliwie pełną realizacją celów, które porządek prawny wyznacza. Ustawa o spółkach z o.o. nie chroni obiektywnego nadużycia formy prawnej spółki z o.o. i nie przerzuca na wierzycieli (zamiast na wspólników) ryzyka działalności gospodarczej w przypadku stanowiącego

²⁷⁸ *Ibidem*, s. 22–23 (obiektywne naruszenie ogólnego celu ustawy), s. 208 i n. (obiektywne naruszenie celu normy albo celu czynności prawnej).

²⁷⁹ *Ibidem*, s. 208. Do tego rodzaju norm, zdaniem autora, zaliczyć należy wyrażony w § 33 I GmbHG (w dawnym brzmieniu) zakaz nabywania udziałów własnych przez spółkę z o.o., który zgodnie z obiektywną teorią nadużycia (dopuszczalną przez R. Sericka wyjątkowo właśnie w takim przypadku) rozciąga się nie tylko na samą spółkę z o.o., ale i na spółki od niej zależne.

²⁸⁰ Por. K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht...*, s. 222, który stwierdza, że obiektywny wariant teorii nadużycia prowadzi (sprowadza się) do teorii instytucjonalnej.

²⁸¹ BGHZ 31, s. 258–279.

nadużycie posługiwania się tą formą prawną tylko dlatego, że spółka z o.o. wyposażona jest w osobowość prawną²⁸². G. Kuhn podkreśla, że dowód zamiaru nadużycia jest trudny do przeprowadzenia, co znacznie osłabia walor subiektywnej teorii nadużycia²⁸³. Omawiając dotychczasowe orzecznictwo BGH, autor podkreśla przydatność obiektywnej teorii nadużycia jako koncepcji uzasadniającej odpowiedzialność przebijającą, zwłaszcza w przypadkach kwalifikowanego niedokapitalizowania spółki z o.o. (przyjmując pojęcie kwalifikowanego niedokapitalizowania spółki zasadniczo za P. Ulmerem²⁸⁴) i podkreśla, że w przypadkach następczego kwalifikowanego niedokapitalizowania osobistą odpowiedzialność za zobowiązania spółki powinni ponosić wspólnicy, których powinnością było zapobieżenie kontynuacji działalności przez spółkę. Przyjęcie teorii obiektywnego nadużycia jako podstawy odpowiedzialności przebijającej prowadzi, zdaniem autora, w sposób oczywisty do ukształtowania jej nie tylko jako odpowiedzialności niezależnej od zawinienia wspólników (co wynika z samej negacji elementu subiektywnego), ale też jako odpowiedzialności nieograniczonej²⁸⁵ i pierwszorzędnej (a więc nie jest to odpowiedzialność subsydiarna), a także niezależnej od tego, czy ogłoszono upadłość spółki albo oddalono wniosek o ogłoszenie jej upadłości z powodu ubóstwa masy²⁸⁶. Pierwotne albo następcze niedokapitalizowanie spółki należy, zdaniem G. Kuhna, uznać za obiektywne nadużycie formy prawnej spółki z o.o., bowiem ustawa o spółkach z o.o. uprawnia wprawdzie do prowadzenia działalności w formie spółki z o.o., ale nie zezwala na przerzucanie ryzyka przedsiębiorczego na osoby trzecie w myśl zasady: „ograniczanie ryzyka, a nie przerzucanie ryzyka”²⁸⁷. Sędzia nie ma więc, zdaniem autora, obowiązku stwierdzenia naruszenia przez wspólników dobrych obyczajów [co w systemie niemieckim sprowadzałoby się w świetle odnoszącego się do tej klauzuli generalnej § 826 BGB do konieczności stwierdzenia występowania po stronie wspólników winy umyślnej; przypomnienie P.M.W.]. Wystarczy jedynie, jeżeli ustalą, że

²⁸² Zob. G. Kuhn, *Haften die GmbH-Gesellschafter für Gesellschaftsschulden persönlich?*, [w:] M. Lutter, W. Stimpel, H. Wiedemann (Hrsg.), *Festschrift für Robert Fischer*, Berlin 1979, s. 352.

²⁸³ *Ibidem*.

²⁸⁴ *Ibidem*.

²⁸⁵ Nie jest to zatem, zdaniem autora, odpowiedzialność wyrównawcza tudzież dyferencyjna (*Ausgleichs- und Differenzhaftung*) sprowadzająca się do obowiązku wyrównania spółce niewpłaconego do niej albo „wyprowadzonego” z niej kapitału zakładowego, lecz nieograniczona kwotowo (w przeciwieństwie do odpowiedzialności dyferencyjnej) odpowiedzialność wspólników wobec wierzycieli z tytułu niemożliwości zaspokojenia przysługujących im wierzytelności wobec spółki wskutek spóźnionego złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości – dosłownie odpowiedzialność za „ubytek”, utratę (*Ausfall, Ausfallhaftung*). Zob. *ibidem*, s. 360.

²⁸⁶ *Ibidem*, s. 360–361.

²⁸⁷ *Ibidem*, s. 362: „Die Risikobegrenzung darf nicht zur Risikoabwälzung führen”.

spółka z o.o. posłużyła do realizacji celów, którym ona nie może służyć (w tym przypadku: do przerzucenia ryzyka gospodarczego na wierzycieli spółki)²⁸⁸.

Przedstawiciele teorii instytucjonalnych również negują subiektywną teorię nadużycia, autorstwa R. Sericka. Uznają oni, że osoba prawna podlega relatywizacji przez niepisane i nadrzędne zasady porządku (prawnego, gospodarczego), które można ustalić za pomocą analizy funkcjonalnej, strukturalnej oraz typologicznej. Osoby prawne stanowią (jedynie) część porządku prawnego i gospodarczego, który wyznacza im wewnętrzne granice. Sprzeczne z porządkiem prawnym posługiwanie się instytucją prawną osoby prawnej stanowi nadużycie instytucjonalne i uzasadnia zastosowanie odpowiedzialności przebijającej²⁸⁹.

I tak, w opozycji do teorii R. Sericka, R. Reinhardt próbuje znaleźć odmienne uzasadnienie dla osobistej odpowiedzialności wspólników spółek kapitałowych, koncentrując się przy tym na problematyce jednoosobowych spółek kapitałowych²⁹⁰. Autor uważa, że ścisły związek między wspólnikiem a jednoosobową spółką z o.o., znajdujący swój wyraz w prawnym i gospodarczym powiązaniu tych podmiotów, a także w wynikającym z tego powiązania wpływie jedynego wspólnika na spółkę i jej szczególnej zależności od tego wspólnika, uzasadniają przyjęcie, że w przypadku zastosowania niektórych norm, należy traktować jednoosobową spółkę z o.o. i jej wspólnika jako jedność, tak aby właśnie móc uczynić zadość celowi danej normy²⁹¹. Aby jednak doprowadzić do osobistej odpowiedzialności wspólnika jednoosobowej spółki kapitałowej (przede wszystkim spółki z o.o.) za jej zobowiązania obok tejszej spółki (odpowiedzialność zarówno wspólnika, jak i spółki) nie wystarcza samo powołanie się na ową „jedność” spółki i wspólnika. Nie wystarcza również powołanie się na nadużycie osoby prawnej, bo konstrukcja nadużycia, zdaniem R. Reinhardta, nie stanowi wystarczającej podstawy prawnej dla pominięcia osobowości prawnej²⁹². Podstawę prawną tej odpowiedzialności stanowi natomiast m.in. powołanie się na zasady porządku publicznego (*ordre public*) rozumiane jako obowiązek przestrzegania ogólnych zasad porządkowych gospodarki (*allgemeine Ordnungsgrundsätze der Wirtschaft*)²⁹³, które między innymi

²⁸⁸ *Ibidem*, s. 362. W tekście głównym rozprawy, również w tych fragmentach tekstu, które nie stanowią cytatów, w nawiasach kwadratowych pojawiają się sporadycznie dodatkowe objaśnienia autora zastępujące przypisy. Wybór nawiasu kwadratowego zamiast przypisu podyktowany jest chęcią uczynienia wywodów bardziej czytelnymi. Dotyczy to w szczególności sytuacji, w których wymagane jest wskazanie aktualnie obowiązujących przepisów albo zamieszczana jest uwaga komparatystyczna.

²⁸⁹ Tak podsumowuje teorie instytucjonalne E. Rehbinder, *op. cit.*, s. 580–581.

²⁹⁰ R. Reinhardt, *Gedanken zum Identitätsproblem bei der Einmanngesellschaft*, [w:] H.C. Nipperdey (Hrsg.), *Das deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts. Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag. Band II*, Berlin 1956, s. 576 i n.

²⁹¹ *Ibidem*, s. 579–580, 593.

²⁹² *Ibidem*, s. 579.

²⁹³ *Ibidem*, s. 591, 593. Mimo instytucjonalnego podejścia do odpowiedzialności przebijającej, co świadczy o obiektywizacji przesłanek odpowiedzialności wspólników, R. Reinhardt dopuszcza jednak wy-

sprzeciwiają się występowaniu w obrocie gospodarczym spółek kapitałowych, których struktura prowadzi do całkowitego przerzucenia ryzyk związanych z prowadzeniem przez te spółki przedsiębiorstwa na ich wierzycieli, przy zachowaniu korzyści związanych z tą działalnością jedynie po stronie spółki²⁹⁴. Przykładem takiej sprzecznej z porządkiem prawnym struktury spółki z o.o. jest, zdaniem autora, przede wszystkim niedokapitalizowana spółka z o.o.²⁹⁵ W takim przypadku jedyny wspólnik powinien odpowiadać osobiście wobec wierzycieli za zobowiązania spółki, która została wyposażona przez niego w niewystarczający kapitał zakładowy, a jego odpowiedzialność powinna sięgać do kwoty, która jest wymagana do należytego wyposażenia spółki w kapitał zakładowy rozumiany jako kapitał odpowiedzialności (*Haftungskapital*), tak, aby został przywrócony właściwy stosunek między celem przedsiębiorstwa a ryzykiem gospodarczym związanym z jego prowadzeniem²⁹⁶. Koncepcja R. Reinhardta służy zatem do uzasadnienia odpowiedzialności przebijającej za niedokapitalizowanie spółki z o.o., przy czym statuuje ona odpowiedzialność osobistą wspólników za zobowiązania spółki jako odpowiedzialność wyrównawczą (*Ausgleichshaftung*)²⁹⁷, a więc odgranieczoną kwotowo do sumy koniecznej do przywrócenia spółce należytego wyposażenia kapitałowego. Koncepcję R. Reinhardta należy przyporządkować zasadniczo do teorii instytucjonalnych, a to z uwagi na odwołanie się autora do zasady porządku publicznego²⁹⁸.

Krytycznie do teorii subiektywnego nadużycia autorstwa R. Sericka odniósł się również O. Kuhn, którego argumentacja zawiera w sobie elementy zarówno teorii instytucjonalnej, jak i teorii obiektywnego nadużycia. Autor ten zwraca uwagę na ówczesną tendencję orzecznictwa niemieckiego Federalnego Trybunału Sprawiedliwości (BGH), który zdaje się skłaniać do akceptacji teorii obiektywnego nadużycia, kiedy to w poszczególnych wyrokach podkreśla, że forma prawna osoby prawnej zasługuje na

stępowanie elementu subiektywnego, jako podstawy tejże odpowiedzialności, podnosząc, że zasada *ordre public* może być przywołana (pomocniczo) w celu wypełnienia takich ogólnych pojęć porządku prawnego jak „naruszenie dobrych obyczajów” wyrażonych w przepisach § 826 oraz 138 BGB (*ibidem*, s. 591), z których to § 826 BGB, określając przesłanki odpowiedzialności deliktowej za wyrządzenie szkody w sposób naruszający dobre obyczaje, wymaga wystąpienia kwalifikowanego elementu subiektywnego w postaci winy umyślnej.

²⁹⁴ *Ibidem*, s. 589.

²⁹⁵ *Ibidem*, s. 590–591.

²⁹⁶ *Ibidem*, s. 592.

²⁹⁷ R. Reinhardt opowiada się zatem za węższym zakresem przedmiotowym odpowiedzialności wspólnika za zobowiązania spółki (odpowiedzialność wyrównawcza – *Ausgleichshaftung*) niż G. Kuhn (odpowiedzialność za ubytek/utrata aż do pełnej wartości wierzytelności – *Ausfallhaftung*). Mimo zatem, że obydwaj autorzy są zwolennikami koncepcji „obiektywnych”, to w zakresie odpowiedzialności przebijającej, jedynie G. Kuhn konsekwentnie reprezentuje „klasyczne” jej ujęcie.

²⁹⁸ R. Reinhardt wskazuje również na drugą podstawę odpowiedzialności, jaką są obowiązki organizacyjne (*ibidem*, s. 592–593). Dlatego też w ramach tego drugiego uzasadnienia R. Reinhardt może być również uznany za przedstawiciela omawianej pokrótce powyżej (pkt 1.4) koncepcji odpowiedzialności za błędy organizacyjne.

uwzględnienie, o ile jej zastosowanie odpowiada celom porządku prawnego i akcentuje wymóg praworządnego posługiwania się osobą prawną, aby wreszcie w wyroku z dnia 14 grudnia 1959 r. w sprawie II ZR 187/57 stwierdzić, że w niektórych przypadkach (stanach faktycznych) powołanie się na formalną odrębność spółki od wspólników sprzeciwia się celowi porządku prawnego i w związku z tym narusza nakaz postępowania w dobrej wierze wyrażony w § 242 BGB (*Gebot von Treu und Glauben*)²⁹⁹. Zdaniem O. Kuhna, uznanie przez BGH, że osoba prawna jest mocno zakorzeniona w porządku zasad i celów prawa i może rozwijać się wyłącznie w tych granicach, stanowi istotny krok naprzód, mimo niepewnego dogmatycznego umiejscowienia tej koncepcji³⁰⁰. Autor, poszukując właściwej dogmatycznej podstawy prawnej dla odpowiedzialności przebijającej wspólników spółki z o.o., za punkt wyjścia przyjmuje właśnie wyrażoną w powoływanych przez niego orzeczeniach teorię obiektywnego nadużycia i w drodze pogłębionej analizy próbuje rozwinąć własną koncepcję tej odpowiedzialności.

O. Kuhn pojmuje przy tym odpowiedzialność przebijającą jako osobistą współodpowiedzialność wspólnika za zobowiązania spółki, która może, w zależności od danego stanu faktycznego, być ukształtowana jako odpowiedzialność obok spółki (a więc razem ze spółką) lub jako odpowiedzialność (dosłownie:) po spółce, a więc odpowiedzialność subsydiarna. Zdaniem autora, przy odpowiedzialności przebijającej nie mamy do czynienia z podjęciem przez ustawodawcę negatywnej decyzji o wyłączeniu zastosowania danej korzystnej normy prawnej, lecz towarzyszyć jej musi zawsze pozytywna decyzja nakładająca na wspólników spółki z o.o. współodpowiedzialność za jej zobowiązania: w każdym przypadku współodpowiedzialności wspólnika wymagane jest istnienie szczególnej, wynikającej z ustawy podstawy zobowiązania³⁰¹.

Na samym początku swoich poszukiwań właściwej podstawy prawnej autor krytycznie ocenia teorię subiektywnego nadużycia R. Sericka, stwierdzając, że dokonana przez niego subiektywizacja nadużycia – mająca ograniczyć zastosowanie tej koncepcji w interesie bezpieczeństwa obrotu (ochrona przed zbyt częstym sięganiem do tej konstrukcji) – prowadzi do szkodliwego dla jedności dogmatyki zerwania z teorią obiektywnego i sprzecznego z celem normy korzystania z instytucji prawnych oraz ulega kazuistycznemu prowincjonalizmowi, podczas gdy bardziej zasadne byłoby wsparcie się na ogólnych teoriach prawa cywilnego (w domyśle: na ugruntowanej konstrukcji obiektywnego nadużycia)³⁰². O. Kuhn zauważa paralele między teorią R. Sericka a wczesnym orzecznictwem Sądu Rzeszy (*Reichsgericht*, w skrócie: RG), który powołując się na

²⁹⁹ Zob. O. Kuhn, *Strohmanngründung bei Kapitalgesellschaften*, Tübingen 1964, s. 201–202. Prezentowane przez autora orzecznictwo zostanie omówione w dalszej części pracy.

³⁰⁰ *Ibidem*, s. 202.

³⁰¹ *Ibidem*, s. 207–208.

³⁰² Zob. O. Kuhn, *op. cit.*, s 209.

nadużycie przywileju wyłączenia odpowiedzialności wspólników, stosował odszkodowawczą podstawę prawną odpowiedzialności deliktowej wyrażoną w § 826 BGB³⁰³, który to przepis wymaga występowania po stronie sprawcy czynu niedozwolonego winy umyślnej. Również i w tych orzeczeniach element subiektywny, immanentny dla tego przepisu, służyć miał do podkreślenia wyjątkowości przypadków uzasadniających osobistą odpowiedzialność wspólników³⁰⁴.

Spośród możliwych do przyjęcia podstaw prawnych dla odpowiedzialności przebijającej wspólników spółki z o.o. O. Kuhn uznaje za najbardziej zasadne powołanie się na przepis § 242 BGB, który, zdaniem autora, ma dwie zasadnicze zalety. Po pierwsze, nie zawiera on w sobie elementu subiektywnego, od którego należałoby uzależniać „przebicie”. Po drugie, pozostawia (w domyśle: sądom) wystarczająco dużo swobody przy jego stosowaniu i umożliwia przez to uwzględnienie szczególnych okoliczności konkretnego przypadku³⁰⁵. Co prawda, dosłowne brzmienie tego przepisu, na co słusznie zwraca uwagę autor, zakłada istnienie (między stronami) stosunku prawnego (*Rechtsverhältnis*), a przynajmniej szczególnego powiązania prawnego (*rechtliche Sonderverbindung*), w ramach którego należy spełnić świadczenie zgodnie z zasadami dobrej wiary (*nach Treu und Glauben*). Jednak, jak podkreśla O. Kuhn, doktryna i praktyka nie opierały się surowo na granicach wyznaczonych przez literalne brzmienie przepisu i dopuszczały jego stosowanie również wtedy, kiedy należało stworzyć nowy stosunek zobowiązaniowy. Jeżeli więc przyjąć, za dominującym poglądem doktryny, że sądy są upoważnione w ramach prawotwórstwa sądowego do tworzenia nowych i dostosowanych do potrzeb czasu instytucji prawnych, to należy uznać, zdaniem autora, że zasadne jest przywołanie jako podstawy prawnej odpowiedzialności przebijającej wspólników spółki z o.o. za jej zobowiązania właśnie tego przepisu. Z § 242 BGB należy się jednak obchodzić, zdaniem autora, ostrożnie, mając na uwagę wąskie granice zastosowania, jakie wyznacza zasadniczo wymóg występowania szczególnego powiązania prawnego (*rechtliche Sonderverbindung*), od którego nie powinno się tak łatwo odstępować, ponadto nie są jeszcze do końca jasne przesłanki dopuszczalności przyznania wierzycielom spółki możliwości zaspokojenia ich roszczeń z majątku wspólników³⁰⁶.

Odnosząc się do konkretnych przypadków zastosowania konstrukcji odpowiedzialności przebijającej, O. Kuhn stwierdza, że o ile podstawę prawną domagania się przez wierzycieli spółki z o.o. bezpośrednio od jej wspólników kwot niezbędnych do

³⁰³ *Ibidem*, s. 210.

³⁰⁴ Należy jednak podkreślić, że przyjęcie za podstawy odpowiedzialności wspólników § 826 BGB stanowiło zastosowanie samoistnej podstawy prawnej z zakresu ogólnych przepisów prawa cywilnego, a nie wyraz właściwej odpowiedzialności przebijającej.

³⁰⁵ *Ibidem*, s. 211.

³⁰⁶ *Ibidem*, s. 211–212.

wyrównania majątku spółki uszczuplonego wskutek naruszenia reguł utrzymania kapitału zakładowego stanowić powinien § 56 AktG [dawnej ustawy o spółkach akcyjnych, przypomnienie P.M.W.] stosowany analogicznie [§ 62 obecnej obowiązującej ustawy o spółkach akcyjnych – AktG, przypomnienie P.M.W.], o tyle § 242 BGB powinien stanowić podstawę odpowiedzialności przebijającej w przypadkach rażącego niedokapitalizowania spółki z o.o. Zarówno bowiem pozbawienie spółki majątku sprzeczne z regułami utrzymania kapitału zakładowego, jak i jej niewyposażenie w dostosowany do jej przewidywanej działalności majątek stanowią posługiwanie się spółką z o.o. w sposób stanowiący obiektywne nadużycie tej formy prawnej, które zagraża wierzycielom spółki³⁰⁷.

Rozwijając swoją argumentację, mającą uzasadnić zastosowanie § 242 BGB jako podstawy prawnej odpowiedzialności przebijającej wspólników spółki z o.o. za rażące niedokapitalizowanie spółki O. Kuhn łączy teorię obiektywnego nadużycia (charakteryzującą się właśnie powoływaniem się na § 242 BGB jako podstawę prawną odpowiedzialności wspólników) z teorią instytucjonalną. Autor bowiem powołuje się na zasady strukturalne prawa spółek jako uzasadnienie tej odpowiedzialności. Jedną z nich jest zasada związania kapitału zakładowego (scalająca w sobie zasady realnego wniesienia oraz utrzymania kapitału zakładowego), która konkretyzuje, zdaniem autora, materialną zasadę porządkową o szerokim znaczeniu. Przepisy stanowiące wyraz zasady realnego wniesienia oraz utrzymania kapitału zakładowego nie zostały bowiem ustanowione dla nich samych, lecz są stworzone – podobnie, jak wiele innych przepisów – po to, aby zapewnić sprawne funkcjonowanie spółek kapitałowych w interesie obrotu gospodarczego oraz poszczególnych jego uczestników³⁰⁸. Zasady bezpieczeństwa obrotu wymagają, aby spółka z o.o. była wyposażona w taki kapitał i tak zorganizowana, aby jej istnienie nie było od samego początku w sposób oczywisty zagrożone. Kto nie dysponuje niezbędnymi środkami finansowymi albo nie ma odwagi przekazać spółce posiadanych środków, ten nie powinien, zdaniem autora, posługiwać się spółką z o.o. dla realizacji zaplanowanego celu. Jeżeli tak czyni, narusza on, co prawda niepisaną, ale znajdującą swój wyraz w wielu przepisach z zakresu prawa spółek, nadrzędną zasadę bezpieczeństwa obrotu i dopuszcza się nadużycia instytucjonalnego (nadużycia instytucji)³⁰⁹.

Zdaniem O. Kuhna, posłużenie się przez wspólników rażąco niedokapitalizowaną spółką z o.o. stanowi zatem nadużycie instytucji (*Institutsmißbrauch*) i uzasadnia ich osobistą odpowiedzialność na podstawie § 242 BGB. Stwierdzenie nadużycia instytucji oznacza bowiem, zdaniem autora, że nastąpiło przekroczenie norm albo zasad prawa i zachowanie takie jest zachowaniem bezprawnym, które w przypadku niedokapitalizowania

³⁰⁷ *Ibidem*, s. 213–215.

³⁰⁸ *Ibidem*, s. 215–216.

³⁰⁹ *Ibidem*, s. 216.

przybiera formę zaniechania³¹⁰. W celu określenia skutków prawnych takiego nadużycia należy, zdaniem O. Kuhna, również sięgnąć do nadrzędnych zasad porządku gospodarczego, znajdujących swój wyraz m.in. w typologii spółek, zasadach porządkowych prawa spółek oraz przypisanych przez porządek prawny funkcjach spółek kapitałowych. Powołując się na te zasady, autor dochodzi po dłuższych wywodach do wniosku, że odpowiedzialność wspólników spółki z o.o. wobec jej wierzycieli za rażące niedokapitalizowanie spółki, którą sam autor określa jako odpowiedzialność wyrównawczą (*Ausgleichshaftung*), powinna mieć charakter subsydiarny, a więc występować dopiero w chwili, w której spółka utraci zdolność do zaspokajania roszczeń jej wierzycieli³¹¹, a jej wyrównawczy charakter oznacza, że wierzyciele spółki nie powinni być uprawnieni, jak chce tego większość przedstawicieli doktryny dopuszczających przebicie na podstawie § 242 BGB, do dochodzenia swoich roszczeń w nieograniczonej wysokości³¹², lecz odpowiedzialność wspólników powinna być ograniczona do kwoty, która jest potrzebna do przywrócenia spółce z o.o. jej funkcjonalności rozumianej jako należyte wyposażenie w kapitał zakładowy³¹³. Pojmowana jako odpowiedzialność wyrównawcza odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. wobec jej wierzycieli pełni zatem, według O. Kuhna, funkcję majątkowo-korygującą, a tak osiągnięta korekta stanu majątkowego spółki nie ma, zdaniem samego autora, ani charakteru sanacyjnego, ani odszkodowawczego³¹⁴. Poza wspomnianym świadczeniem wyrównawczym wspólnicy zobowiązani są jedynie do zrekompensovania wierzycielom spółki z o.o. szkody, która powstała u wierzycieli wskutek spóźnionego spełnienia świadczenia wyrównawczego³¹⁵.

Na zakończenie swoich rozważań O. Kuhn wyraźnie wskazuje na wyjątkowy charakter odpowiedzialności przebijającej wspólników spółki z o.o. wobec jej wierzycieli, co wynika nie tylko z wąskiego zakresu zastosowania, jaki przypisuje on stanowiącemu jej podstawę prawną § 242 BGB, ale i z założenia, że obowiązek wyrównawczy nie może wkraczać w sferę swobodnego gospodarczego uznania cechującego działalność przedsiębiorczą wspólników. Dlatego też z konstrukcji odpowiedzialności przebijającej

³¹⁰ *Ibidem*, s. 217.

³¹¹ *Ibidem*, s. 218.

³¹² *Ibidem*, s. 219.

³¹³ *Ibidem*, s. 221.

³¹⁴ Zob. O. Kuhn, *op. cit.*, s. 219. O. Kuhn reprezentuje zatem w odniesieniu do zakresu przedmiotowej odpowiedzialności pogląd pośredni, zbliżony, co prawda, do stanowiska R. Reinhardta w zakresie, w jakim kształtuje odpowiedzialność przebijającą za niedokapitalizowanie spółki jako ograniczoną kwotowo odpowiedzialność wyrównawczą, a odmienny od poglądu G. Kuhna, który jako jedyny spośród tych autorów opowiada się stanowczo za klasyczną konstrukcją odpowiedzialności przebijającej za niedokapitalizowanie spółki rozumianego jako odpowiedzialność nieograniczona, a więc za pełny uszczerbek doznany przez wierzyciela. Pogląd O. Kuhna o tyle zbliża się jednak do stanowiska G. Kuhna, że dopuszcza on możliwość rekompensaty doznanego przez wierzyciela uszczerbku ponad kwotę świadczenia wyrównawczego poprzez rekompensatę szkody powstałej wskutek spóźnionego spełnienia świadczenia wyrównawczego.

³¹⁵ *Ibidem*, s. 221.

należy korzystać z wielkim wyczuciem, a w przypadkach granicznych, które wywołują wątpliwości, zalecana jest raczej wstrzeźliwość w stosowaniu tej koncepcji³¹⁶.

Podsumowując koncepcję rozwiniętą przez O. Kuhna, należy stwierdzić, że łączy ona w sobie elementy teorii obiektywnego nadużycia prawa oraz teorii instytucjonalnej, uznając z jednej strony za podstawę prawną osobistej odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. wobec jej wierzycieli § 242 BGB, z drugiej zaś strony poszukując uzasadnienia dla odpowiedzialności wspólników za rażące materialne niedokapitalizowanie spółki dodatkowego instytucjonalnego uzasadnienia w postaci naruszenia – wyrażonej w zasadach realnego wniesienia i ochrony kapitału zakładowego – zasady bezpieczeństwa obrotu. O. Kuhn nadaje przy tym odpowiedzialności przebijającej charakter subsydiarny i pojmuje ją, odmiennie niż G. Kuhn, a podobnie jak R. Reinhardt, jako odpowiedzialność wyrównawczą ograniczoną do kwoty, jaka konieczna jest do wyposażenia spółki w kapitał zakładowy, odpowiadający celom mającym być realizowanymi w ramach działalności spółki. Wierzyciele nie będą mogli zatem dochodzić od wspólników kwot odpowiadających niezaspokojonym przez spółkę roszczeniom wierzycieli, ani tym bardziej dalej idącego odszkodowania (poza możliwością dochodzenia szkody wynikłej ze spóźnionego spełnienia świadczenia wyrównawczego), chyba że akurat kwoty te będą mieściły się w kwocie wyrównawczej przysługującej im w ramach odpowiedzialności wyrównawczej wspólników. Wreszcie, O. Kuhn zwraca uwagę na potrzebę ostrożnego i cechującego się dużym wyczuciem stosowania konstrukcji odpowiedzialności przebijającej, podkreślając przez to jej wyjątkowy charakter.

Za przedstawiciela niemieckiej doktryny prawa łączącego elementy teorii obiektywnego nadużycia z teorią instytucjonalną jako koncepcji uzasadniających odpowiedzialność przebijającą wspólników spółki z o.o. można uznać wreszcie U. Immengę. Autor ten, co prawda, wyraźnie opowiada się po stronie teorii obiektywnego nadużycia³¹⁷, jednak jego niektóre argumenty są charakterystyczne dla teorii instytucjonalnej.

I tak, konstruując teoretyczną podstawę odpowiedzialności przebijającej wspólników spółki z o.o. z tytułu niedokapitalizowania spółki, U. Immenga stwierdza, że swoboda wyposażania spółki z o.o. przez jej wspólników w kapitał zakładowy ma swoje granice. Każdemu bowiem prywatno-autonomicznemu zachowaniu się podmiotów prawa wyznaczone są granice wynikające z zadań przypisanych temu zachowaniu się jako uprawnienie przyznane w ramach danej instytucji prawnej. Wykonywanie prawa musi być zgodne z obiektywnymi celami wyznaczonymi organizacyjnie danej instytucji prawnej. W tym sensie, zdaniem autora, wykonywanie prywatno-autonomicznych uprawnień

³¹⁶ *Ibidem*, s. 221–222.

³¹⁷ Zob. U. Immenga, *Die personalistische Kapitalgesellschaft. Eine rechtsvergleichende Untersuchung nach deutschem GmbH-Recht und dem Recht der Corporations in den Vereinigten Staaten*, Bad Homburg v.d.H. 1970, s. 406–407.

może okazać się sprzeczne z daną instytucją (prawną) i stanowić nadużycie prawa³¹⁸. Autor podkreśla, że niedokapitalizowanie spółki może stanowić instytucjonalne nadużycie prawa, uzasadniające zastosowanie § 242 BGB zakazującego wykonywania prawa w sposób naruszający dobrą wiarę, co ma miejsce zwłaszcza wtedy, kiedy to wykonywanie prawa nie mieści się w celu normy prawnej³¹⁹.

Poszukując instytucji prawnej, która podlegałaby nadużyciu poprzez niedokapitalizowanie spółki i uzasadniała odpowiedzialność osobistą wspólników U. Immenga zwraca uwagę na ścisły związek między funkcją gwarancyjną kapitału zakładowego oraz zasadami realnego wniesienia i utrzymania kapitału zakładowego a wyłączeniem odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. za zobowiązania spółki. Zdaniem autora, kapitał zakładowy nie może spełniać należycie funkcji gwarancyjnej, której wyrazem jest obowiązywanie zasad realnego wniesienia i utrzymania kapitału zakładowego, jeżeli w przypadku kryzysu nie daje on wierzycielom realnej możliwości zaspokojenia ich wierzytelności: jeżeli kapitał zakładowy jest na zbyt niskim poziomie i nie pozostaje we właściwym stosunku do majątku wykorzystywanego przez spółkę, liczne normy, służące ochronie kapitału zakładowego, są bezużyteczne, a wyłączenie odpowiedzialności wspólników traci swoje uzasadnienie³²⁰. Innymi słowy: powiązanie celowe kapitału zakładowego z wyłączeniem odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. za jej zobowiązania wyznacza instytucjonalne granice (spółkowo-) umownej swobody w określaniu wysokości kapitału zakładowego, a zachowanie się wspólników pomijające to powiązanie stanowi nadużycie przywileju wyłączenia odpowiedzialności, ponieważ niweczy ono podstawę (w postaci wyposażenia spółki w kapitał zakładowy umożliwiający realizację jego funkcji gwarancyjnej), uzasadniającą ten przywilej³²¹. U. Immenga jednocześnie podkreśla, że niedokapitalizowanie spółki nie stanowi podstawy do zakwestionowania samodzielności spółki z o.o. jako osoby prawnej, a więc pominięcia osobowości prawnej w rozumieniu przyjętym zwłaszcza przez R. Sericka, lecz podważa jedynie zasadność obowiązywania przywileju wyłączenia odpowiedzialności (*Privileg der Haftungsbeschränkung*)³²².

³¹⁸ Por. *ibidem*, s. 402.

³¹⁹ *Ibidem*, s. 402.

³²⁰ *Ibidem*, s. 403.

³²¹ Zob. U. Immenga, *op. cit.*, s. 403, który dosłownie stwierdza: „Dieser Sinnzusammenhang von Stammkapital und Haftungsbeschränkung bildet die institutionelle Schranke der gesellschaftsvertraglichen Freiheit zur Bestimmung der Höhe des Stammkapitals. Ein hiergegen verstößendes Handeln mißbraucht das Privileg der Haftungsbeschränkung, da es den Grund für seine Rechtfertigung beseitigt”.

³²² Na przykładzie koncepcji U. Immengi widoczne jest, jak trudna w ramach samej doktryny niemieckiej jest kwalifikacja poszczególnych poglądów na temat przebicia i podział na poszczególne rodzaje teorii. Jak zostało bowiem wykazane powyżej, nawet R. Serick, który w istocie posługiwał się formułą „pominięcia formy prawnej osoby prawnej”, nie rozumiał tego jako zanegowania osobowości prawnej, lecz jako nieuwzględnianie odrębności prawnej spółki od jej wspólników w danym, konkretnym przypadku (por. zaprezentowane powyżej omówienie teorii R. Sericka z powołaniem się na R. Serick, *op. cit.*,

U. Immenga opowiada się za obiektywizacją nadużycia stanowiącego podstawę odpowiedzialności wspólników i podkreśla, że sprowadza się ono do sprzecznego z porządkiem prawnym posłużenia się instytucją prawną, powołując się przy tym na obiektywne ujęcie nadużycia zaczynające dominować w orzecznictwie niemieckiego BGH, który wyraźnie opowiedział się przeciwko subiektywizacji nadużycia proponowanej przez R. Sericka³²³. Zdaniem U. Immengi, porządek prawny nie może dopuszczać naruszenia podstawowych zasad prawa spółek również wtedy, kiedy nadużycia nie cechuje podmiotowa zarzucalność, a więc należy przeciwstawić się również takiemu nadużyciu, które nastąpiło nieumyślnie albo (nawet) nieświadomie³²⁴. Autor stanowczo odrzuca posługiwanie się § 826 BGB jako deliktową podstawą odpowiedzialności wspólników za szkodę wyrządzoną umyślnie w sposób naruszający dobre obyczaje. U. Immenga akceptuje bowiem cytowany przez niego pogląd R. Reinhardta, zgodnie z którym na wspólnikach ciąży obowiązek organizacyjny zabezpieczenia właściwego rozkładu ryzyka między spółkę z o.o. a jej wierzycieli³²⁵ i podkreśla, że zwolennicy stosowania § 826 BGB jako podstawy prawnej odpowiedzialności wspólników przeocząją, że zadaniem prawa spółek jest ochrona wierzycieli również w sytuacjach, które nie są wyraźnie uregulowane w ustawie. To porządkowe zadanie ochronne sprowadza się do konieczności rozgraniczenia między autonomią prywatną wspólników przy wyposażaniu spółki w kapitał zakładowy a uzasadnionymi interesami wierzycieli: znajdujące swój wyraz w funkcji gwarancyjnej kapitału zakładowego prawne sterowanie ryzykiem (równoważenie ryzyka) nie może zostać zniweczone poprzez niedokapitalizowanie spółki³²⁶.

Przechodząc do kwestii ustalenia skutków prawnych niedokapitalizowania spółki z o.o. U. Immenga jednocześnie upraszcza swoje rozbudowane wywody na temat stanowiącego obiektywne nadużycie nadużycia instytucji prawnej, stwierdzając, że analizowane przez niego niedokapitalizowanie spółki z o.o. stanowi nadużycie wyłączenia odpowiedzialności, a więc sytuację, w której powołanie się na przywilej braku odpowiedzialności jest niesłuszne (bezprawne)³²⁷. Autor zwraca uwagę na trzy różne możliwe konsekwencje w zakresie skutków prawnych nadużycia, które w sposób oczywisty wpływać mogą na

s. 3). To zastrzeżenie U. Immengi oznacza, że jego teorię można by w gruncie rzeczy umiejscowić pośród niewłaściwych teorii odpowiedzialności przebijającej, ponieważ jej celem jest zasadniczo jedynie uzasadnienie nieobowiązania przywileju braku odpowiedzialności. Z uwagi jednak na odwoływanie się zarówno do konstrukcji obiektywnego nadużycia, jak i posługiwanie się argumentami charakterystycznymi dla teorii instytucjonalnych, zasadna wydaje się prezentacja teorii U. Immengi w części opracowania poświęconej tzw. właściwym teoriom odpowiedzialności przebijającej.

³²³ Zob. U. Immenga, *op. cit.*, s. 406.

³²⁴ Przemawia za tym m.in. coraz mocniej akceptowane rozróżnienie między zachowaniem sprzecznym z systemem (*systemwidrig*) a zachowaniem naruszającym dobre obyczaje (*sittenwidrig*). Zob. U. Immenga, *op. cit.*, s. 407 i powołana tam literatura.

³²⁵ *Ibidem*, s. 405.

³²⁶ W tym sensie: *ibidem*, s. 407–408.

³²⁷ Tak *ibidem*, s. 408.

zakres odpowiedzialności wspólników. Odpowiedzialność wspólników będzie się przecież kształtować odmiennie, jeżeli przyjmie się, że ma ona charakter odszkodowawczy, bazuje na innej, odmiennej, podstawie prawnej odpowiedzialności albo sprowadza się do przyjęcia, że przysługujące wobec spółki roszczenie w sposób niezmieniony powinno być dochodzone również od wspólnika³²⁸. Jak już wspomniano, autor wyklucza ukształtowanie odpowiedzialności przebijającej jako odpowiedzialności odszkodowawczej³²⁹. Co ciekawe, U. Immenga nie podąża za większością przedstawicieli teorii nadużycia prawa i teorii instytucjonalnej i nie uznaje za właściwej podstawy prawnej dla odpowiedzialności przebijającej wspólników § 242 BGB. Autor zwraca uwagę, że proponowana w doktrynie szczególna i odrębna podstawa prawna odpowiedzialności przebijającej – rozumiana jako paralela do naruszenia wyraźnie uregulowanych zasad porządkowych osoby prawnej i skutkująca konsekwencjami w postaci odpowiedzialności – nie jest pojmowana jako niezależna podstawa zobowiązania dająca oddzielić się od problematyki osobowości prawnej, tak jak ma to miejsce w przypadku odpowiedzialności za oświadczenie (*Erklärungshaftung*) tudzież odpowiedzialności deliktowej, lecz służy ona wyznaczeniu immanentnych granic dla korzystania z osobowości prawnej. Zdaniem U. Immengi, wywodzenie z nadużycia instytucjonalnego odrębnej podstawy prawnej odpowiedzialności wywołuje pewne wątpliwości dogmatyczne: mające cechy prawo-ograniczające (ograniczające prawo) nadużycie instytucji wykorzystywane jest w celu prawo-tworzącym (dosłownie: w celu mającym uzasadnić prawo)³³⁰. Co prawda, jak podnosi U. Immenga, współczesna doktryna dopuszcza w wyjątkowych sytuacjach możliwość posłużenia się § 242 BGB w celu ustanowienia prawa, a więc jako podstawą prawną roszczenia, należałoby jednak (najpierw) wykazać, że zachodzi taki wyjątek. Dlatego też U. Immenga dochodzi do wniosku, że w przypadku nadużycia przywileju wyłączenia odpowiedzialności powinno się skupić na samej normie wyłączającej tę odpowiedzialność, a więc na § 13 ust. 2 GmbHG i przy wykorzystaniu konstrukcji teleologicznej redukcji znanej metodologii prawa prywatnego uznać, że w konsekwencji owego nadużycia, norma ta nie powinna zostać zastosowana. W takim przypadku wierzytelności skierowane wobec spółki będą „rozciągać się” na jej wspólników, bez konieczności szukania odrębnej podstawy prawnej dla odpowiedzialności wspólników spółki z o.o.³³¹ Podobnie jak R. Reinhardt i O. Kuhn, autor opowiada się za wyrównawczym charakterem odpowiedzialności przebijającej za niedokapitalizowanie spółki, a więc ogranicza osobistą odpowiedzialność wspólników spółki z o.o. do kwoty, która jest potrzebna do wypełnienia różnicy między dokonany

³²⁸ *Ibidem*, s. 409.

³²⁹ Por. *ibidem*, s. 405–406, a także dodatkowo: s. 409.

³³⁰ *Ibidem*: „[...] Demgegenüber bleiben dogmatische Bedenken, den an sich rechtsbegrenzenden Institutsmissbrauch rechtsbegründend zu verwenden”.

³³¹ *Ibidem*, s. 409–410.

przez wspólników wyposażeniem spółki w kapitał zakładowy a wyposażeniem kapitałowym spółki, które powinno było nastąpić przy uwzględnieniu rozmiarów planowanej i rozwiniętej przez spółkę działalności gospodarczej. Autor zdaje sobie jednak sprawę z trudności ustalenia takiego kwotowego ograniczenia odpowiedzialności wspólników³³². Z uwagi na to, że w konsekwencji U. Immenga opowiada się na etapie określania skutków prawnych nadużycia za zastosowaniem rozwiązania w postaci teleologicznej redukcji normy wyrażonej w § 13 ust. 2 GmbHG (mimo wyraźnego przyznania się autora do reprezentowania przezeń teorii obiektywnego nadużycia) prezentacja szerszego uzasadnienia tej konstrukcji nastąpi przy omawianiu tzw. współczesnej teorii celu normy, do której należy przyporządkować tę część poglądów autora.

4. Klasyczna teoria celu normy

Twórcą teorii celu normy (*Normzwecklehre*) określanej w niniejszym opracowaniu jako klasyczna teoria celu normy jest W. Müller-Freienfels³³³. Z uwagi na silne odwoływanie się przez autora do problematyki odrębności osoby prawnej od jej wspólników, problematyki granic osobowości prawnej oraz do zasady rozdzielności, teoria ta jest uznawana za należącą do grupy właściwych teorii odpowiedzialności przebijającej, choć w istocie jest ona swego rodzaju teorią przejściową, prowadzącą w rezultacie do rozwoju niewłaściwych teorii odpowiedzialności przebijającej, a jednocześnie stanowi punkt odniesienia dla teorii zastosowania normy, które nie stanowią przedmiotu analizy w niniejszej pracy.

Jak już zasygnalizowano powyżej, problematyka przebicia nie stanowi, zdaniem autora, dającego się uogólnić problemu związanego z osobowością prawną, lecz stanowi problem z zakresu zastosowania normy. W. Müller-Freienfels dochodzi do takiego wniosku, ponieważ pojmuje on istotę osobowości prawnej odmiennie od R. Sericka, który konstruując swoją teorię subiektywnego nadużycia zakłada istnienie osobowości prawnej i osoby prawnej jako jednolitej instytucji, co zresztą spotkało się z ostrą krytyką w doktrynie niemieckiego prawa spółek³³⁴. Rozwijając poglądy wybitnego przedstawiciela niemieckiej doktryny prawa cywilnego H.J. Wolffa, W. Müller-Freienfels pojmuje osobę prawną jako myślowe podsumowanie (połączenie) stanów faktycznych, stosunków i norm, a więc jako swego rodzaju „konstrukcyjną abrewiaturę” (względnie abrewiację)³³⁵. Sensem osoby prawnej jest, zdaniem autora, skonstruowanie – stanowiącej

³³² *Ibidem*, s. 410–411.

³³³ W. Müller-Freienfels, *op. cit.*, s. 522 i n.

³³⁴ Zob. chociażby krytykę koncepcji R. Sericka w monografii O. Kuhn, *op. cit.*, s. 202–204.

³³⁵ W. Müller-Freienfels, *op. cit.*, s. 529.

skrót i jedynie techniczno-prawne pojęcie – konstrukcji tzw. punktu końcowego przyporządkowania prawnego (*juristischer Zuordnungsendpunkt*). Tak skonstruowany podmiot jest jedynie jego nosicielem, praktyczną figurą myślową dla kompleksu stosunków prawnych. Cytując za H.J. Wolffem, autor określa osobę prawną jako „określony jedynie przez stosunki prawne końcowy punkt przyporządkowania, w którym całokształt powiązanych ze sobą stosunków podlega subiektywizacji albo odniesieniu do tegoż punktu”³³⁶. Takie pojmowanie osoby prawnej oznacza, że nie można zrównywać jej z osobą fizyczną i traktować jak jednolitą, monolityczną konstrukcję, w przypadku której należy stosować te same normy, które odnoszą się do osób fizycznych. Zdaniem autora, należy mieć na uwadze, że problematyka osób prawnych umiejscowiona jest na zupełnie innej płaszczyźnie polityczno-prawnej, niż ma to miejsce w przypadku osób fizycznych. U podstaw osób prawnych leżą inne oczekiwania odnośnie do celów, które mają one spełniać, a są nimi m.in.: zapewnienie wystarczającej masy odpowiedzialności w interesie wierzycieli, zagwarantowanie przejrzystej regulacji kompetencyjnej w interesie publicznym, ochrona mniejszości, czy wreszcie zapobieganie konfliktom interesów³³⁷. Uświadomienie sobie specyfiki osobowości prawnej prowadzi do konieczności uznania relatywizacji figury myślowej, jaką jest osoba prawna³³⁸.

To relatywizowanie osobowości prawnej pozwala zrozumieć, dlaczego, zdaniem W. Müllera-Freienfelsa, nie należy zanadto skupiać się na konstrukcji osoby prawnej jako takiej, lecz powinno się skoncentrować się na normach prawnych i ich zastosowaniu do konkretnego przypadku. Autor wyraża to następującymi słowami: „[...] dla każdego z pojedynczych przypadków należy rozwinąć trafiające (w sedno problemu) pytania [...]. Ponieważ zawsze chodzi o to, czy i o ile konkretna norma zostanie w danym konkretnym przypadku zastosowana do tej, czy innej osoby prawnej zgodnie z jej sensem i celem w ramach prawidłowego kształtowania porządku społecznego”³³⁹.

Odnosząc swoją teorię do kwestii odpowiedzialności współników za zobowiązania spółki, autor stwierdza, że nawet po ustaleniu charakterystycznych dla danego przypadku szczegółów nie można formułować ogólnych twierdzeń i ustanawiać naprędce zasad prawnych typu: dominująca osoba prawna powinna zasadniczo odpowiadać za umowne i pozaumowne zobowiązania zależnej od niej osoby prawnej, jak czynią to niektórzy

³³⁶ *Ibidem* za H.J. Wolff, *Organschaft und juristische Person. Juristische Person und Staatsperson: Kritik, Theorie und Konstruktion*, Berlin 1933: So bildet die juristische Person einen „lediglich durch Rechtsrelationen vermittelten Zuordnungsendpunkt, in dem die Gesamtheit der in sich verbundenen Beziehungen subjektiviert oder auf den sie bezogen wird“.

³³⁷ W. Müller-Freienfels, *op. cit.*, s. 519.

³³⁸ *Ibidem*, s. 520.

³³⁹ *Ibidem*, s. 536: „Für jeden Einzelfall sind vielmehr die problemtreffenden Einzelfragen zu entwickeln [...] Denn es geht ja immer um die Frage, ob und inwieweit eine bestimmte Norm in einem konkreten Fall auf diese oder jene juristische Person ihrem Sinn und Zweck nach im Zuge richtiger Gestaltung der sozialen Ordnung anwendbar ist“.

autorzy³⁴⁰. Przeciwnie, należy w każdym jednostkowym przypadku poszukiwać szczególnego uzasadnienia dla tej odpowiedzialności i rozważyć, jakie dodatkowe faktory prowadzą do takiej czy innej decyzji w przedmiocie odpowiedzialności wspólników³⁴¹.

W. Müller-Freienfels zwieńcza swoje rozważania stwierdzeniem, że przy poszukiwaniu rozwiązania danego problemu prawnego, również z zakresu odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki z o.o., należy stale uwzględniać, jaki jest sens i cel konkretnej ustawy w ramach porządku prawnego i gospodarczego i jak należy ją umiejscowić w tymże porządku, jakie nadrzędne interesy można temu celowi przeciwstawić, jakie interesy chroni ustawa i gdzie znajdują się granice pożądanej przez ustawodawcę ochrony interesów, jakie z pozoru dopuszczalne zachowania sprzeciwiają się tej ustawie i jakie powinny być tego sankcje³⁴².

W. Müller-Freienfels stwarza zarazem podwaliny dla współczesnej koncepcji celu normy proponującej zastosowanie teleologicznej redukcji w celu pociągnięcia wspólników spółki z o.o. do odpowiedzialności za zobowiązania tej spółki, stwierdzając, że jedynie cel danej normy może określić, jak daleko ona sięga i czy obejmuje ona dany stosunek (prawny), czy nie. Jednocześnie zależność osoby prawnej od wymogów porządku publicznego ucieleśniających nadrzędne zasady porządku społecznego stwarza pewien obiektywny moment o nadrzędnym znaczeniu, a zatem można, zdaniem autora, zgodzić się z R. Serickiem, co do tego, że osoba prawna znosi się sama (w znaczeniu: unicestwia się sama) w momencie, w którym narusza ona podstawy porządku gospodarczego, któremu zawdzięcza swoją egzystencję³⁴³. Z tego sformułowania wynika z jednej strony, że cel normy prawnej określa jej zakres zastosowania, a nawet to, czy stosuje się ją do konkretnego stanu faktycznego, z drugiej zaś strony, przy ustalaniu celu normy prawnej należy mieć również na uwadze nadrzędne zasady porządku gospodarczego, co świadczy (mimo wszystko) o przychylnym podejściu autora do koncepcji instytucjonalnych.

5. Współczesna teoria celu normy – teleologiczna redukcja

Jak już wspomniano powyżej, przedstawiciele współczesnej teorii celu normy nie koncentrują się ściśle na problematyce granic osobowości prawnej ani na odstępstwach od zasady rozdzielności, lecz próbują znaleźć uzasadnienie dla nieobowiązywania w konkretnym przypadku przywileju wyłączenia odpowiedzialności wspólników niemieckiej spółki z o.o. (GmbH), którego normatywną podstawę stanowi § 13 ust. 2 GmbHG.

³⁴⁰ Zob. W. Müller-Freienfels, *op. cit.*, s. 536 i powołana tam literatura.

³⁴¹ W tym sensie: *ibidem*, s. 536.

³⁴² *Ibidem*, s. 537.

³⁴³ *Ibidem*, s. 538.

Załączek dla rozwoju współczesnej teorii celu normy stanowi klasyczna teoria celu normy autorstwa W. Müllera-Freienfelsa. Natomiast jedna z pierwszych teoretycznych wypowiedzi, którą można określić jako wyraz współczesnej teorii celu normy, jest zawarta w stanowisku wyrażonym przez U. Immengę, chociaż autor ten uznawał sam siebie za reprezentanta teorii obiektywnego nadużycia.

Odnosząc się do kwestii właściwej podstawy prawnej, tudzież uzasadnienia prawnego dla odpowiedzialności przebijającej U. Immenga neguje, jak już wspomniano powyżej, zarówno deliktową podstawę prawną, jak i próbę poszukiwania szczególnej podstawy prawnej tej odpowiedzialności. Stwierdza on w szczególności, że poglądy głoszące konieczność powołania szczególnej podstawy prawnej w celu uzasadnienia współodpowiedzialności współników za zobowiązania spółki wynikają z błędnego wyobrażenia i niezasadnej obawy, iż w przeciwnym razie, a więc w przypadku braku takiej szczególnej podstawy prawnej, zakwestionowana zostanie podmiotowość prawna spółki z o.o. jako osoby prawnej i jej samodzielność nie będzie uwzględniona w wystarczający sposób³⁴⁴. Autor zwraca jednak uwagę, powołując się na teorię W. Müllera-Freienfelsa, że nie należy kwalifikować jakichś problemów jako problemów osobowości prawej tylko dlatego, że dotyczą one osoby prawnej. Odnosząc się do problematyki niedokapitalizowania spółki U. Immenga stwierdza, że leżące u jej podstaw obiektywne nadużycie zasad porządku prawnego prawa spółek odnosi się nie do osobowości prawnej spółki z o.o., a jedynie do niewystarczającego przejęcia ryzyka przez spółkę, a więc sprowadza się do instytucji wyłączenia odpowiedzialności³⁴⁵. Odwołując się do przedstawionego powyżej rozróżnienia między zasadą rozdzielnosci a zasadą wyłączenia odpowiedzialności, należy stwierdzić, że, zdaniem U. Immengi, problematyka odpowiedzialności przebijającej dotyczy jedynie tej zasady wyłączenia odpowiedzialności.

Autor podkreśla, że wyłączenie odpowiedzialności współników nie stanowi immanentnej cechy osobowości prawnej, na co zwrócono już uwagę powyżej, i stwierdza, że § 13 ust. 2 GmbHG reguluje jedynie wyłączenie odpowiedzialności współników. Zdaniem autora, prawno-ograniczający skutek nadużycia prawa odnosi się zatem nie do spółki z o.o. jako osoby prawnej, która pozostaje przecież podmiotem odpowiadającym za zobowiązania, lecz redukuje on jedynie wyrażone w § 13 ust. 2 GmbHG wyłączenie odpowiedzialności współników za zobowiązania spółki³⁴⁶. Autor zwraca uwagę na swego rodzaju analogię tej konstrukcji do rozszerzenia odpowiedzialności komandytariusza za zobowiązania spółki komandytowej i wywodzi z tego, że podważone może zostać jedynie ograniczenie odpowiedzialności, a nie sama osobowość prawna³⁴⁷.

³⁴⁴ Zob. U. Immenga, *op. cit.*, s. 409.

³⁴⁵ *Ibidem*, s. 410.

³⁴⁶ *Ibidem*.

³⁴⁷ *Ibidem*.

Redukcja § 13 ust. 2 GmbHG skutkuje, zdaniem U. Immengi, tym, że norma ta nie obowiązuje w stosunku do wspólników spółki z o.o., jeżeli pominieli oni związek między kapitałem odpowiedzialności (kapitałem zakładowym) a wyłączeniem odpowiedzialności. Taki jest skutek prawno-ograniczającej funkcji nadużycia instytucji, którą należy przypisać ogólnemu zakresowi obowiązywania § 242 BGB. Przez nadużycie wyłączenia odpowiedzialności przez wspólników rozciągają się na nich zobowiązania, których dłużnikiem jest spółka. W związku z tym zobowiązanie wspólników nie wynika z jakiegokolwiek szczególnej podstawy prawnej³⁴⁸.

Jeszcze mocniejszy fundament dla współczesnej teorii celu normy stworzył E. Rehbinder, który w sposób wyraźny wyartykułował to, czego nie dopowiedział do końca W. Müller-Freienfels.

E. Rehbinder przedstawia mianowicie definicję odpowiedzialności przebijającej, która akceptowana jest przez wszystkich zwolenników współczesnej teorii celu normy, a w szczególności przez G. Bittera³⁴⁹. Wiąże on bowiem koncepcję celu normy nie z poszczególnymi normami znajdującymi zastosowanie do pojedynczych konkretnych przypadków, lecz z obejmującą wszelkie przypadki normą abstrakcyjną i generalną w postaci § 13 ust. 2 GmbHG.

Zdaniem autora: „Przebiecie oznacza niezastosowanie normy, której zakres zastosowania i przypisania odnosi się do osoby prawnej. Z metodologicznego punktu widzenia następuje restrykcja normy rozdzielającej (rozgraniczającej) poprzez wypełnienie za pomocą innej normy: abstrakcyjna i generalna norma obejmująca wszystkie stany faktyczne dotyczące osoby prawnej jest korygowana w taki sposób, że nie stosuje się jej do tych stanów faktycznych, do których nie pasuje ona z uwagi na jej cel; powstała w ten sposób pustka regulacyjna zostaje zamknięta poprzez zastosowanie normy wypełniającej”³⁵⁰. Taka interpretacja teorii W. Müllera-Freienfelsa dokonana przez E. Rehbindera prowadzi, zdaniem K. Schmidta, do niezastosowania stanowiącej wyraz zasady rozdzielności normy wyrażonej w § 13 ust. 2 GmbHG³⁵¹, normą wypełniającą jest zaś norma wyrażona

³⁴⁸ *Ibidem*, s. 410. U. Immenga, stosując metodę redukcji, wyraźnie odsyła w tym zakresie do niemieckiej nauki o metodzie, a w szczególności do samego twórcy pojęcia „teleologicznej redukcji” – K. Larenza, a więc należy uznać, że przez redukcję rozumie on redukcję celowościową (teleologiczną) w znaczeniu przyjętym przez przedstawicieli niemieckiej teorii i filozofii prawa. Szerzej na ten temat w dalszej części opracowania.

³⁴⁹ Por. G. Bitter, *Konzernrechtliche...*, s. 97.

³⁵⁰ „Durchgriff ist die Nichtanwendung einer Norm, die den Zuordnungs- oder Zurechnungsumfang bei der juristischen Person festlegt. Methodisch handelt es sich dabei um eine Restriktion der Trennungsnorm unter Ausfüllung durch eine andere Norm: Die abstrakt-generell alle Tatbestände der juristischen Person erfassende Norm wird so korrigiert, dass sie auf solche Tatbestände nicht mehr anwendbar ist, für die sie ihrem Zweck nach nicht paßt; der so geschaffene normenleere Raum wird durch Anwendung der «Ausfüllungsnorm» geschlossen”. Tak E. Rehbinder, *op. cit.*, s. 580.

³⁵¹ Tak K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht...*, s. 223.

w § 128 HGB stosowanym analogicznie, który to przepis przewiduje osobistą odpowiedzialność wspólników spółki jawnej za jej zobowiązania³⁵².

Nawiązując zarówno do poglądów U. Immengi, jak i E. Rehbindera, konstrukcję teleologicznej redukcji jako metodę doprowadzenia do osobistej odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. wyraźnie akceptuje czołowy autorytet niemieckiego prawa spółek – Peter Ulmer.

Autor ten podkreśla, że teoria celu normy stanowi najlepsze teoretyczne uzasadnienie odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. za jej zobowiązania w przypadku kwalifikowanego niedokapitalizowania spółki, opierając się na obiektywnych kryteriach i nawiązując do związku pomiędzy ustawowym celem przepisów regulujących tworzenie i ochronę kapitału zakładowego a normą § 13 ust. 2 GmbHG wyłączającą odpowiedzialność wspólników³⁵³. Zdaniem autora, istnieje bowiem związek między przepisami regulującymi tworzenie i utrzymanie kapitału zakładowego a wyłączeniem odpowiedzialności wspólników. Jeżeli wyposażenie spółki w kapitał własny jest tak znikome, że w przypadku kryzysu nie zapewnia ono wystarczającego zabezpieczenia dla wierzycieli, kapitał zakładowy nie spełnia swojej gwarancyjnej funkcji i w związku z tym traci swoje uzasadnienie wyłączenie odpowiedzialności wspólników przewidziane w § 13 ust. 2 GmbHG. Związek celowy między kapitałem zakładowym a wyłączeniem odpowiedzialności wyznacza, zdaniem P. Ulmera, instytucjonalną granicę przyznanej wspólnikom prywatnej autonomii w określaniu wysokości kapitału zakładowego. Jeżeli wspólnicy nie przestrzegają tego ograniczenia ich autonomii, odpada uzasadnienie dla ustawowego wyłączenia ich odpowiedzialności bez konieczności odwoływania się do jakichkolwiek kryteriów subiektywnych. Nie wpływa to na odrębność spółki z o.o. jako osoby prawnej od jej wspólników, natomiast wywodzony z celu normy zarzut nadużycia dotyczy jedynie wyłączenia odpowiedzialności z § 13 ust. 2 GmbHG³⁵⁴. W takim przypadku odpowiedzialność wspólników spółki z o.o. kształtuje się podobnie, jak odpowiedzialność wspólników spółki jawnej (§ 124 oraz § 128 HGB), przy czym należy uwzględnić wyjątkowy charakter odpowiedzialności wspólników spółki z o.o.³⁵⁵

P. Ulmer łączy zatem w swojej koncepcji elementy współczesnej teorii celu normy oraz teorii obiektywnego nadużycia³⁵⁶.

³⁵² Por. I. Funke, *op. cit.*, § 13, nb 346.

³⁵³ Zob. Hachenburg/Ulmer, *GmbHG*, § 13, nb 51. Zdaniem autora, teoria celu bazuje na dotychczasowym rozwoju orzecznictwa i doktryny dotyczącej przebiccia oraz nadużycia instytucjonalnego (*Institutsmissbrauch*).

³⁵⁴ *Ibidem*, § 13, nb 52.

³⁵⁵ *Ibidem*.

³⁵⁶ Koncepcja tego autora zostanie szerzej przedstawiona w dalszej części pracy przy okazji omawiania szczegółowych wymogów i granic odpowiedzialności przebijającej za materialne niedokapitalizowanie spółki z o.o (zob. rozdz. VII pkt 2.1.1).

Stanowiącą wyraz współczesnej teorii celu normy koncepcję redukcji teleologicznej (celowościowej) rozwinął wreszcie G. Bitter. Autor dopuszcza stosowanie konstrukcji odpowiedzialności przebijającej wspólników spółki z o.o. wobec jej wierzycieli w przypadku spółek jednoosobowych bądź spółek wieloosobowych, w których wspólnicy zgodnie posługują się spółką w celach szkodzących wierzycielom tejże spółki. W takich bowiem przypadkach brak jest podstawy prawnej do dochodzenia roszczeń odszkodowawczych z tytułu naruszenia obowiązków lojalności, a więc brak jest możliwości dochodzenia roszczeń w stosunku między wspólnikami oraz między wspólnikami a spółką (a zatem możliwości pośredniej ochrony wierzycieli spółki). Trudno sobie zresztą wyobrazić dochodzenie takich roszczeń przez spółkę od jej jedyne go wspólnika. Dlatego, w przypadku posługiwania się spółką przez jedyne go wspólnika lub działających wspólnie wspólników w spółce wieloosobowej w sposób, który narusza interesy jej wierzycieli, w rachubę wchodzi odpowiedzialność przebijająca wspólników wobec jej wierzycieli³⁵⁷.

Zdaniem G. Bittera, z koncepcji leżącej u podstaw niemieckiej ustawy o spółkach z o.o. (GmbHG) daje się wywieść obowiązywanie pewnych wyraźnych, jak i dorozumianych warunków minimalnych, od których zachowania uzależnione jest ekonomiczne uzasadnienie wyłączenia odpowiedzialności. Jeżeli te minimalne warunki nie zostają zachowane, wspólnik może zostać pozbawiony w drodze teleologicznej redukcji § 13 ust. 2 GmbHG przywileju wyłączenia odpowiedzialności (dosłownie: przywileju odpowiedzialności, *Haftungsprivileg*), co skutkuje tym, że zgodnie z podstawowymi zasadami niemieckiego prawa spółek handlowych odpowiada on osobiście za zobowiązania spółki z o.o. Podstawą jego odpowiedzialności jest wtedy § 128 HGB stosowany w drodze analogii³⁵⁸.

Uzasadnienie odpowiedzialności osobistej wspólników spółki z o.o. za jej zobowiązania poprzez zastosowanie konstrukcji redukcji celowościowej stanowi, zdaniem autora, wyraz teorii celu normy (czy też teorii zastosowania normy), przy czym odmiennie niż w przypadku przebiccia przyporządkowującego (*Zurechnungsdurchgriff*) nie chodzi tu o rozciągnięcie zastosowania pojedynczych, zwłaszcza cywilnoprawnych, norm ze spółki na wspólników albo odwrotnie, lecz o zastosowanie albo o niezastosowanie samej normy § 13 ust. 2 GmbHG ustanawiającej przywilej wyłączenia odpowiedzialności³⁵⁹. Zdaniem G. Bittera, redukcja teleologiczna – umożliwiającą sędziemu niezastosowanie normy prawnej wbrew gramatycznej wykładni przepisu i uznanie, że z uwagi na cele tejże normy nie powinna ona być stosowana w określonych przypadkach – powinna

³⁵⁷ Zob. G. Bitter, [w:] *Scholz. Kommentar...*, § 13, nb 125–126.

³⁵⁸ Zob. *ibidem*, § 13, nb 126 i powołana tam literatura. Szerzej na ten temat G. Bitter, *Konzernrechtliche...*, s. 98–100.

³⁵⁹ *Ibidem*, § 13, nb 127.

być w sposób oczywisty stosowana również do normy wyrażonej w § 13 ust. 2 GmbHG. Ponieważ w takiej sytuacji znajdują zastosowanie ogólne reguły metodologii prawa, koncepcję odpowiedzialności przebijającej wspierającej się na konstrukcji teleologicznej redukcji należy uznać, zdaniem autora, wbrew odosobnionej krytyce, za zgodną z konstytucją³⁶⁰.

Jak podkreśla G. Bitter, reprezentowana przez niego koncepcja osobistej odpowiedzialności zewnętrznej wspólników wobec wierzycieli spółki z o.o. ma tę zaletę, że rozwiązuje ona problem tam, skąd się on wywodzi: skoro przewidziane w prawie spółek wyłączenie odpowiedzialności znajduje swoje ekonomiczne uzasadnienie tylko w określonych warunkach, to właśnie prawo spółek powinno reagować na niedochowanie tych warunków³⁶¹. Dodatkowo, odpowiedzialność zewnętrzna wspólników wobec wierzycieli ma zasadniczą zaletę w porównaniu z odpowiedzialnością wewnętrzną wspólników wobec spółki. Po pierwsze umożliwia ona bowiem wierzycielom dochodzenie ich praw w przypadku oddalenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki z o.o. z powodu tzw. ubóstwa masy. Po drugie, koncepcja odpowiedzialności wewnętrznej, znajdująca wyraz w najnowszym orzecznictwie BGH dotyczącym odpowiedzialności deliktowej wspólników wobec spółki z o.o., oznacza dla wierzycieli, że muszą oni dochodzić swoich należności niejako na drodze okrężnej (w sposób pośredni): poprzez zajęcie przysługującego spółce wobec wspólników roszczenia³⁶².

Za współczesną teorią celu normy jako koncepcją usprawiedliwiającą zastosowanie odpowiedzialności przebijającej opowiedziało się wielu przedstawicieli doktryny niemieckiego prawa spółek, z których wymienić należy przede wszystkim cytowanego już wcześniej T. Raisera³⁶³ oraz innego wybitnego przedstawiciela niemieckiej doktryny prawa spółek H. Wiedemanna³⁶⁴.

³⁶⁰ *Ibidem*.

³⁶¹ *Ibidem*, § 13, nb 129.

³⁶² *Ibidem*, § 13 nb 128. Utrudnienia związane z dochodzeniem roszczeń przez wierzycieli w przypadku przyjęcia odmiennej od odpowiedzialności przebijającej koncepcji, a więc odpowiedzialności deliktowej wspólników wobec spółki, są o wiele większe niż wynika to z wywodów G. Bittera, na co zostanie zwrócona uwaga w dalszej części pracy.

³⁶³ T. Raiser, *Die Haftung einer Schwestergesellschaft für die Schulden einer anderen Schwester nach dem Urteil „Bremer Vulkan“ des BGH*, [w:] M. Habersack [et al.] (Hrsg.), *Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag am 2. Januar 2003*, Berlin 2003, s. 504; *idem*, *Durchgriffshaftung nach der Reform des GmbH-Rechts*, [w:] P. Hommelhoff, P. Rawert, K. Schmidt, *Festschrift für Hans-Joachim Priester zum 70. Geburtstag*, Köln 2007, s. 621.

³⁶⁴ H. Wiedemann, *Reflexionen...*, s. 285.

6. Równoległe powoływanie się na odmienne teorie odpowiedzialności przebijającej w niemieckiej doktrynie prawa – wzajemne przenikanie się teorii w definicjach doktrynalnych

Przedstawiony powyżej podział teorii odpowiedzialności przebijającej wskazuje na ich różnorodność i szczegółowe różnice między nimi. W niemieckiej doktrynie prawa podział ten nie jest jednak ściśle przestrzegany w toku prawniczej argumentacji mającej przemawiać za zastosowaniem konstrukcji odpowiedzialności przebijającej.

Dobrym tego przykładem, a zarazem zwięzłym podsumowaniem dwóch dominujących koncepcji odpowiedzialności przebijającej wydaje się krótkie definicyjne objaśnienie tej problematyki zaprezentowane przez H. Wiedemanna. Zdaniem tego autora, „członkowie zrzeszenia odpowiadają za zobowiązania szczególnego majątku (szczególnej masy majątkowej), kiedy nie są spełnione wymogi majątkowego usamodzielnienia się [tego podmiotu], albo wtedy, kiedy ograniczenie odpowiedzialności nadużywane jest w sposób sprzeczny z [jego] celem”³⁶⁵. W definicji H. Wiedemanna rozpoznać można zarówno odwołanie się do teorii nadużycia, jak i do teorii redukcji celowościowej, zgodnie z którą wspólnicy spółki z o.o. odpowiadają za zobowiązania spółki, jeżeli nie zostały spełnione przesłanki zastosowania normy przyznającej im przywilej odpowiedzialności, do których należy przede wszystkim wyodrębnienie majątku spółki z o.o. od majątku jej wspólników.

To przenikanie się różnych koncepcji odpowiedzialności przebijającej widoczne jest również we współczesnym orzecznictwie niemieckiego Federalnego Trybunału Sprawiedliwości³⁶⁶.

³⁶⁵ „Mitglieder der Verbandsperson haften für die Schulden des Sondervermögens, wenn die Voraussetzungen für die vermögensmäßige Selbständigkeit nicht erfüllt sind oder die Haftungsbeschränkung zweckwidrig missbraucht wird”. Tak H. Wiedemann, *Gesellschaftsrecht...*, s. 221.

³⁶⁶ Zob. rozdział VI pkt 5.

Rozdział VI

Teorie odpowiedzialności przebijającej w niemieckiej judykaturze

1. Uwagi wprowadzające

W orzecznictwie sądów niemieckich nie została rozwinięta jednolita podstawa teoretyczna dla uzasadnienia odpowiedzialności przebijającej wspólników spółki z o.o., a szereg orzeczeń, w których sądy korzystały z konstrukcji przebiccia dotyczy nie samej odpowiedzialności przebijającej, lecz problematyki tzw. przebiccia przyporządkowującego („przebiccia przez przypisanie”)³⁶⁷. Charakterystyczne dla postępowania sądów niemieckich, a przede wszystkim niemieckiego Federalnego Trybunału Sprawiedliwości (BGH), które dotyczą problematyki odpowiedzialności przebijającej, jest to, że dążą one do osiągnięcia sprawiedliwego, z punktu widzenia danego stanu faktycznego, rezultatu, pomijając zasadniczo kwestię uzasadnienia podstawy prawnej rozstrzygnięcia. Jeżeli natomiast w orzeczeniach pojawiają się jakiegokolwiek rozważania na temat podstawy prawnej rozstrzygnięcia, a nawet próba teoretycznego jej uzasadnienia, mają one charakter szczątkowy. Często też sądy, stwierdzając zasadność odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. w myśl szeroko rozumianej koncepcji odpowiedzialności przebijającej, bądź to zwracają uwagę na możliwość zastosowania w danej sytuacji przepisów z zakresu prawa czynów niedozwolonych, przede wszystkim § 826 BGB, bądź też stosują tę podstawę prawną odpowiedzialności zamiast konstrukcji odpowiedzialności przebijającej.

2. Orzecznictwo Reichsgericht

Niemiecki Sąd Rzeszy (*Reichsgericht*, w skrócie: RG) miał okazję w różnych orzeczeniach odnieść się do problematyki przebiccia, przy czym większość z nich dotyczyła jednoosobowej spółki z o.o. I tak w uzasadnieniu wyroku z dnia 22 czerwca 1920 r.³⁶⁸, Sąd Rzeszy stwierdził, że osobę prawną i jej jedyne go wspólnika należy traktować jako jedność, „kiedy rzeczywistość życia, potrzeby gospodarcze i siła faktów

³⁶⁷ Na temat tzw. przebiccia przyporządkowującego zob. rozdz. IV pkt 3.1, powyżej.

³⁶⁸ RGZ 99, 232 (234).

nakazują sędziemu pominięcie osobowej i majątkowej samodzielności spółki z o.o. i jej jedyne go wspólnika³⁶⁹. W innym orzeczeniu RG dodał, że jedyne go wspólnika należy zrównać ze spółką wtedy, kiedy powołanie się na formalną różnorodność (odmienność) narusza zasadę dobrej wiary³⁷⁰. W jednym z orzeczeń Sąd Rzeszy wyraźnie odniósł się do problematyki odpowiedzialności przebijającej, stwierdzając, że należy przyjąć odpowiedzialność wspólnika za zobowiązania jednoosobowej spółki z o.o., „jeżeli okaże się to konieczne, aby osoba trzecia nawiązująca stosunki prawne ze spółką uzyskała świadczenie, które należy jej się zgodnie z zasadą dobrej wiary”³⁷¹.

3. Wczesne orzecznictwo BGH

W swoim wczesnym orzecznictwie niemiecki Federalny Trybunał Sprawiedliwości (BGH) sporadycznie odwoływał się do problematyki „przebicia”, a tylko niewiele spośród jego orzeczeń dotyczyło ściśle odpowiedzialności przebijającej, przy czym w większości z nich rozważania na temat problematyki odpowiedzialności przebijającej zawarte były w ich uzasadnieniach. Tylko dwa spośród analizowanych wyroków BGH zostały zaopatrzone w urzędowy tenor, a ściśle w urzędową wzmiankę tzw. zasady głównej orzeczenia (*amtlicher Leitsatz*), w którym odniesiono się raz pośrednio³⁷², raz bezpośrednio³⁷³ do problematyki odpowiedzialności przebijającej.

W przeciwieństwie do Sądu Rzeszy, który nie rozwinął jasnych kryteriów odpowiedzialności przebijającej wspólników spółki z o.o., a zamiast tego uciekał w barwne, lecz nic niemówiące sformułowania, takie jak „realia życia” (*Wirklichkeit des Lebens*) czy „siła faktów” (*Macht der Tatsachen*), BGH w dwóch orzeczeniach z 1956 r. podjął próbę funkcjonalnego, a nie wyłącznie gospodarczego podejścia do problematyki odpowiedzialności przebijającej³⁷⁴.

³⁶⁹ Dosłownie: „wenn die Wirklichkeiten des Lebens, die wirtschaftlichen Bedürfnisse und die Macht der Tatsachen es dem Richter gebieten, die personen- und vermögensrechtliche Selbständigkeit der GmbH und ihres alleinigen Gesellschafters hintanzusetzen”. Podobnie RG w orzeczeniach cytowanych w RGZ 129,53/54 oraz RGZ 103, 66. Wszystkie orzeczenia powołane za wyrokiem BGH z dnia 29 listopada 1956 r. w sprawie II ZR 156/55, nb 14, BGHZ 22, 226–234.

³⁷⁰ „Der alleinige Gesellschafter ist der Gesellschaft da gleichgestellt worden, wo die Berufung auf die förmliche Verschiedenheit gegen Treu und Glauben verstößt” (RGZ 169, 248). Fragment orzeczenia cytowany za wyrokiem BGH z dnia 29 listopada 1956 r. w sprawie II ZR 156/55, nb 14, BGHZ 22, 226–234.

³⁷¹ Dosłownie: „wenn es sich als notwendig erwies, um einem mit der Gesellschaft in Rechtsbeziehungen getretenen Dritten zu der ihm nach Treu und Glauben zukommenden Leistung zu verhelfen” (RGZ 156, 277). Fragment orzeczenia cytowany za wyrokiem BGH z dnia 29 listopada 1956 r. w sprawie II ZR 156/55, nb 14, BGHZ 22, 226–234.

³⁷² Wyrok BGH z dnia 30 stycznia 1956 r. w sprawie II ZR 168/54.

³⁷³ Wyrok BGH z dnia 29 listopada 1956 r. w sprawie II ZR 156/55.

³⁷⁴ Tak słusznie ocenia rozwój orzecznictwa sądów niemieckich U. Immenga, *Die personalistische Kapitalgesellschaft...*, s. 405–406.

Jednocześnie BGH wyraźnie opowiedział się za obiektywną teorią nadużycia. W wyroku z dnia 30 stycznia 1956 r. w sprawie II ZR 168/54 BGH podkreślił, że konstrukcja prawna osoby prawnej może być uwzględniana (akceptowana) tylko w takim zakresie, w jakim jej wykorzystanie odpowiada celowi porządku prawnego³⁷⁵. BGH stanowczo opowiedział się przeciwko teorii subiektywnego nadużycia autorstwa R. Sericka, stwierdzając, że jego koncepcja jest zbyt wąska. Co prawda, przy umyślnym nadużyciu osobowości prawnej nie będzie stanowiło trudności ujawnienie „zakrytej przez podmiot prawa rzeczywistości”, jednakże, jak podkreślił BGH, powołując się na szereg orzeczeń RG, orzecznictwo nie uzależniało przebiccia na stojące za konstrukcją prawną osoby prawnej podmioty od umyślnego nadużycia osobowości prawnej³⁷⁶. BGH wskazał również na wyjątkowość konstrukcji odpowiedzialności przebijającej, podkreślając, że pominięcie formy prawnej osobowości prawnej nie może następować lekkomyślnie albo bez ograniczenia³⁷⁷. W wyroku z dnia 29 listopada 1956 r. w sprawie II ZR 156/55 BGH powtórzył swoje stanowisko o granicach wyznaczanych osobowości prawnej przez cele porządku prawnego wyrażone w wyroku z dnia 30 stycznia 1956 r., podkreślając, że znajduje ono zastosowanie również w przypadkach odpowiedzialności jedyne go wspólnika za długi spółki jednoosobowej³⁷⁸. Wreszcie, w wyroku z dnia 14 grudnia 1959 r. w sprawie II ZR 187/57 BGH odniósł się do swojego stanowiska wyrażonego w wyroku z dnia 29 listopada 1956 r., stwierdzając, że istnieje możliwość pociągnięcia jedyne go wspólnika spółki z o.o. do odpowiedzialności za jej zobowiązania. Zdaniem BGH, może to nastąpić w sytuacjach, w których powołanie się na formalną rozdzielnosc wspólnika od spółki sprzeciwia się obiektywnemu celowi porządku prawnego i narusza zasadę dobrej wiary wyrażoną w § 242 BGB. Zdaniem sądu należy przy tym odróżnić szczególne podstawy prawne odpowiedzialności wspólników, takie jak: poręczenie, przystąpienie do długu, zlecenie kredytu, umowa gwarancyjna, *culpa in contrahendo*, czy odpowiedzialność deliktowa od odpowiedzialności przebijającej mającej zastosowanie w przypadku nadużycia figury prawnej osoby prawnej w sposób naruszający § 242 BGB albo § 826 BGB³⁷⁹. W orzeczeniu tym BGH przychylił się zatem do koncepcji obiektywnego nadużycia jako najszerszego sposobu ujęcia stanów faktycznych stanowiących naruszenie osobowości prawnej, zwracając zarazem uwagę, że nadużycie takie może nastąpić również w sposób spełniający przesłanki zastosowania § 826 BGB, a więc przez zachowanie wspólnika noszące znamiona winy umyślniej.

³⁷⁵ Wyrok BGH z dnia 30 stycznia 1956 r. w sprawie II ZR 168/54, nb 23.

³⁷⁶ *Ibidem*.

³⁷⁷ Wyrok BGH z dnia 30 stycznia 1956 r. w sprawie II ZR 168/54, 2 pkt tenoru urzędowego: „Über die Rechtsform einer juristischen Person darf nicht leichtfertig oder schrankenlos hinweggegangen werden”.

³⁷⁸ Wyrok BGH z dnia 29 listopada 1956 r. w sprawie II ZR 156/55, nb 14.

³⁷⁹ Wyrok BGH z dnia 14 grudnia 1959 r. w sprawie II ZR 187/57, nb 30.

4. Orzecznictwo BGH oraz BSG w latach 70. i 80. XX w.

W wyroku z dnia 8 lipca 1970 r. w sprawie VIII ZR 28/69 (tzw. sprawa osadników, *Siedler-Fall*)³⁸⁰ Federalny Trybunał Sprawiedliwości podsumował swoje dotychczasowe (wczesne) orzecznictwo, nawiązując przy tym do dorobku orzeczniczego RG, i opierając się na teorii obiektywnego nadużycia uznał za dopuszczalne pociągnięcie do osobistej odpowiedzialności członków stowarzyszenia za zobowiązania wpisane do stowarzyszenia (*eingetragener Verein*) przy wykorzystaniu podstawy prawnej § 242 BGB³⁸¹. Jest to zarazem jedyne – co wymaga podkreślenia – orzeczenie BGH, w którym sąd wyraźnie dopuścił zastosowanie konstrukcji odpowiedzialności przebijającej za niedokapitalizowanie osoby prawnej³⁸². Orzeczenie to zostanie przedstawione poniżej przy omawianiu problematyki odpowiedzialności przebijającej za materialne niedokapitalizowanie w niemieckiej judykaturze³⁸³.

Natomiast w jednym z przełomowych dla niemieckiego prawa koncernowego orzeczeń dotyczących odpowiedzialności spółki dominującej za zobowiązania spółki zależnej – wyroku z dnia 16 września 1985 r. w sprawie *Autokran*, II ZR 275/84 – BGH odniósł się do koncepcji odpowiedzialności przebijającej jako alternatywnej, lecz nieprzyjętej przez niego w danej sprawie podstawie odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. Zdaniem sądu, wspólnik nie może powoływać się w wyjątkowych przypadkach na prawną samodzielność spółki z o.o. i odrębną od wspólnika podmiotowość prawną spółki. W takich wyjątkowych przypadkach, do których należy, zdaniem BGH, pomieszczenie majątku spółki i wspólnika, w których wspólnicy nie mogą powoływać się na prawną samodzielność spółki z o.o., należy ich traktować tak, jakby prowadzili oni sami działalność gospodarczą (dosłownie: działalność handlową, *Handelsgeschäft*) bez

³⁸⁰ Wyrok BGH z dnia 8 lipca 1970 r. w sprawie VIII ZR 28/69.

³⁸¹ Wyrok BGH z dnia 8 lipca 1970 r. w sprawie VIII ZR 28/69, nb 10 a): „Auch der erkennende Senat hält an dem vom Reichsgericht und vom Bundesgerichtshof mehrfach [...] ausgesprochenen Grundsatz fest, daß über die Rechtsfigur einer juristischen Person nicht leichtfertig und schrankenlos hinweggegangen werden darf. Regelmäßig haften daher für Schulden eines eingetragenen Vereins nur dieser selbst und nicht die hinter ihm stehenden Vereinsmitglieder. Eine Ausnahme muß jedoch dann gelten, wenn die Anwendung dieses Grundsatzes zu Ergebnissen führen würde, die mit Treu und Glauben nicht in Einklang stehen, und wenn die Ausnutzung der rechtlichen Verschiedenheit zwischen der juristischen Person und den hinter ihr stehenden natürlichen Personen einen Rechtsmißbrauch bedeutet. Es ist Aufgabe des Richters, einem treuwidrigen Verhalten der hinter der juristischen Person stehenden natürlichen Personen entgegenzutreten und die juristische Konstruktion hintanzusetzen, wenn die Wirklichkeiten des Lebens, die wirtschaftlichen Bedürfnisse und die Macht der Tatsachen eine solche Handhabung gebieten [...]. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn sich die Abweichung als notwendig erweist, um einem mit der juristischen Person in Rechtsbeziehungen getretenen Dritten zu der ihm nach Treu und Glauben zukommenden Leistung zu verhelfen”. W uzasadnieniu swojego orzeczenia BGH powołał się zatem zarówno koncepcję obiektywnego nadużycia i podstawę prawną odpowiedzialności w postaci § 242 BGB, jak i na utrwalone orzecznictwo RG – przez posłużenie się formułą „*realia życia, gospodarcze potrzeby i siła faktów*”.

³⁸² Zwraca na to uwagę m.in. I. Funke, *op. cit.*, § 13, nb 387.

³⁸³ Zob. rozdz. VII pkt 2.1.2.

wyłaczenia ich odpowiedzialności uregulowanego w § 13 ust. 2 GmbHG. Podstawę prawną ich osobistej odpowiedzialności stanowią w takiej sytuacji stosowane odpowiednio (*per analogiam*) przepisy § 105 i 128 HGB, a w związku z tym wspólnicy – stosownie do § 129 ust. 1 HGB – nie mogą podnosić wobec wierzycieli spółki zarzutów, które spółce nie przysługują, w szczególności nie mogą podnosić oni zarzutu przedawnienia³⁸⁴.

W porównaniu z dotychczasowym orzecnictwem nowością jest wyraźne wskazanie w sprawie *Autokran* § 128 HGB jako podstawy odpowiedzialności wspólników spółki z o.o., a także widoczne posłużenie się w kontekście odpowiedzialności przebijającej formułą: „roszczeń z tytułu nadużycia samodzielności formy prawnej GmbH”³⁸⁵.

Na uwagę zasługuje również wyrok Federalnego Sądu Społecznego (*Bundessozialgericht*, w skrócie: BSG) z dnia 7 grudnia 1983 r.³⁸⁶, w którym sąd zastosował konstrukcję odpowiedzialności przebijającej, uznając, że wspólnik spółki z o.o. odpowiada za zobowiązanie spółki wobec Federalnego Urzędu Pracy (*Bundesanstalt für Arbeit*), który to urząd wydał zarówno wobec spółki, jak i jej założyciela i głównego wspólnika³⁸⁷, decyzję zobowiązującą do zwrotu tzw. zapomogi integracyjnej (*Eingliederungsbeihilfe*). Orzeczenie to dotyczy głównie odpowiedzialności za niedokapitalizowanie spółki³⁸⁸, dlatego zostanie omówione szerzej w dalszej części pracy³⁸⁹.

³⁸⁴ Wyrok BGH z dnia 16 września 1985 r. w sprawie *Autokran*, II ZR 275/84, nb 6 i 8.

³⁸⁵ *Ibidem*, nb 9: „Ansprüche wegen Mißbrauchs der Selbständigkeit der Rechtsform der GmbH”.

³⁸⁶ Wyrok BSG z dnia 7 grudnia 1983 r. w sprawie 7 RAr 20/82.

³⁸⁷ Wydając decyzję wobec wspólnika spółki z o.o., urząd powołał się wyraźnie na konstrukcję przebiccia.

³⁸⁸ Skomplikowany stan faktyczny tej sprawy przedstawia się w skrócie następująco: Niedokapitalizowana spółka GmbH & Co. KG (kapitał zakładowy w kwocie 20 000 DM, z czego wpłacono jedynie 5000 DM), która w połowie 1976 r. była już praktycznie niewypłacalna (zadłużenie spółki wynosiło 500 000 DM), a wobec której prowadzone było wiele bezskutecznych postępowań egzekucyjnych, wystąpiła w marcu 1976 r. o przyznanie skapitalizowanej pomocy integracyjnej w celu stworzenia nowych miejsc pracy. W dniu 21 grudnia 1976 r. oraz 1 lutego 1977 r. urząd pracy przyznał spółce zapomogę w formie pożyczki na łączną kwotę 120 000 DM w celu sfinansowania utworzenia 15 nowych miejsc pracy, nakładając na spółkę obowiązek poczynienia określonych inwestycji własnych, które miały być udokumentowane do 31 marca 1977 r. Spółka nie wywiązała się ze swych zobowiązań. Zamiast tego dnia 23 lutego 1977 r. zostały złożone wnioski o ogłoszenie upadłości zarówno spółki komandytowej, jak i jej komplementariusza – spółki z o.o., które zostały oddalone z powodu tzw. ubóstwa masy w dniu 10 marca 1977 r. Po uzyskaniu informacji o tych zdarzeniach pozwany Federalny Urząd Pracy uchylił decyzję o przyznaniu zapomogi i wydał decyzję zobowiązującą spółkę do zwrotu zapomogi, która została doręczona spółce jeszcze przed doręczeniem jej i uprawomocnieniem się postanowienia sądu upadłościowego o umorzeniu postępowania upadłościowego. Wszczęta na podstawie tej decyzji egzekucja przeciwko spółce z o.o. komplementariuszowi okazała się bezskuteczna. Wobec tego urząd wydał w dniu 11 grudnia 1979 r. decyzję wobec powoda, zobowiązując go osobiście jako byłego wspólnika oraz zarządcę spółki z o.o.-komplementariusza do zwrotu udzielonych spółce GmbH & Co. KG pożyczek zapomogowych. Jego odwołanie od decyzji nie zostało uwzględnione, a następujące po nim powództwo do Sądu Socjalnego oraz apelacja do Krajowego Sądu Socjalnego zostały oddalone. Sprawa trafiła do BSG, który oddalił rewizję powoda.

³⁸⁹ Zob. rozdz. VII pkt 2.1.2.

W tym miejscu należy wskazać, że BSG, uzasadniając odpowiedzialność przebijającą za materialne niedokapitalizowanie spółki z o.o., oparł swoje rozstrzygnięcie na teorii obiektywnego nadużycia³⁹⁰.

5. Współczesne orzecznictwo BGH

Po zasadniczej zmianie linii orzeczniczej i rezygnacji przez BGH w wyroku *Bremer Vulkan* z rozwijania konstrukcji odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki z o.o. w ramach systemu odpowiedzialności koncernowej (tzw. odpowiedzialność w koncernie faktycznie kwalifikowanym, *Haftung aus qualifiziert faktischem Konzern*) Federalny Trybunał Sprawiedliwości zaczął rozwijać koncepcję odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. za unicestwienie egzystencji spółki (*Existenzvernichtungshaftung*)³⁹¹. O ile w orzeczeniach *Bremer Vulkan* oraz *L-Kosemtik*³⁹² BGH poświęcił się definiowaniu pojęcia „unicestwienia egzystencji” (*Existenzvernichtung*) oraz „ingerencji unicestwiającej egzystencję” (*existenzvernichtender Eingriff*), o tyle – poczynając od wyroku w sprawie *KBV* – Federalny Trybunał Sprawiedliwości ukształtował odpowiedzialność za unicestwienie egzystencji spółki z o.o. na zasadach odpowiedzialności przebijającej.

Wyrok BGH z dnia 24 czerwca 2002 r. w sprawie *KBV*³⁹³ zasługuje na szersze przytoczenie z uwagi na rozbudowane rozważania teoretyczne sądu na temat odpowiedzialności przebijającej, które, co należy zastrzec, dotyczą jednej z grup przypadków odpowiedzialności przebijającej – odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki.

W tenorze tego wyroku BGH stwierdził, że „respektowanie przypisania majątku spółki w celu pierwszorzędneho zaspokojenia wierzycieli spółki w okresie istnienia GmbH stanowi nieodzowny warunek dla korzystania z przywileju wyłączenia odpowiedzialności z § 13 ust. 2 GmbHG [niemiecka ustawa o spółkach z o.o.; przypomnienie P.M.W.]. Ingerencje wspólników w majątek spółki, które w sposób znaczący pomijają wynikający z owego przypisania celowego nakaz stosownego uwzględniania zachowania zdolności spółki do zaspokajania jej zobowiązań, stanowią zatem nadużycie formy prawnej GmbH [spółki z o.o.; przypomnienie P.M.W.], które prowadzi do utraty przywileju wyłączenia odpowiedzialności [...]. Przy spełnieniu wymienionych powyżej przesłanek wierzyciele spółki są zatem zasadniczo uprawnieni do dochodzenia swoich

³⁹⁰ Por. wyrok BSG z dnia 7 grudnia 1983 r. w sprawie 7 RAr 20/82, nb 9, 26, 30, 32 oraz 39.

³⁹¹ Por. wyrok BGH z dnia 17 czerwca 2001 r. w sprawie *Bremer Vulkan*, II ZR 178/99. Problematyka odpowiedzialności w ramach kwalifikowanego koncernu faktycznego nie stanowi przedmiotu rozważań w niniejszym opracowaniu.

³⁹² Wyrok BGH z dnia 25 lutego 2002 r. w sprawie *L-Kosmetik*, II ZR 196/00.

³⁹³ Wyrok BGH z dnia 24 czerwca 2002 r. w sprawie *KBV*, II ZR 300/00.

wierzytelności poza postępowaniem upadłościowym, bezpośrednio przeciwko współdziałającym w ingerencjach w majątek spółki wspólnikom, o ile nie mogą uzyskać zaspokojenia z majątku spółki”³⁹⁴.

W uzasadnieniu cytowanego orzeczenia BGH rozwinął koncepcję odpowiedzialności przebijającej za unicestwienie egzystencji spółki z o.o. w następujący sposób:

„System ograniczonej do majątku spółki odpowiedzialności bazuje na niewypowiedzianym, jednak podstawowym dla prawa spółek kapitałowych założeniu, że majątek spółki potrzebny dla wykonywania zawartych w imieniu spółki zobowiązań musi pozostać w spółce w celu zaspokojenia jej wierzycieli i w związku z tym wyłączony jest spod uprawnień dyspozycyjnych wspólników, które w prawie spółki z o.o. są zresztą bardzo szerokie. Co prawda spółce z o.o. nie przysługuje wobec jej wspólników roszczenie o zapewnienie jej istnienia. Wspólnicy mogą w zakończyć byt spółki zasadniczo w każdym momencie, czy to w ramach dobrowolnej likwidacji, czy też w ramach postępowania upadłościowego [...]. W każdym jednak przypadku zakończenie [działalności przez spółkę; uzupełnienie P.M.W.] powinno nastąpić w unormowanym postępowaniu, w którym wartości majątkowe spółki przeznaczane są w pierwszej kolejności dla zaspokojenia jej wierzycieli. W żadnym wypadku nie powinno być im [wspólnikom] dozwolone pozbawianie spółki jej majątku bez uwzględniania ustawowej funkcji spółki, jaką jest słuzenie jako podmiot odpowiedzialności zamiast wspólników, a poprzez to pozbawianie jej możliwości wykonania w całości, albo przynajmniej w części, jej zobowiązań. Wspólnikom przysługuje w ramach likwidacji [spółki], jak i poza nią, jedynie możliwość sięgnięcia do nadwyżki niepotrzebnej do wykonania zobowiązań spółki. Konieczność rozdzielienia majątku spółki od pozostałego majątku wspólników i ścisłe powiązanie tego pierwszego [majątku] w celu – pierwszorzędnego [uprzywilejowanego] – zaspokojenia wierzycieli spółki istnieje podczas całego czasu trwania GmbH. Obydwie [te cechy] – wyodrębnienie [majątkowe] oraz powiązanie celowe [majątku] – stanowią nieodzowny warunek dla możliwości korzystania przez wspólników

³⁹⁴ Pełna treść tenoru wyroku jest następująca: „a) Die Respektierung der Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens zur vorrangigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger während der Lebensdauer der GmbH ist unabdingbare Voraussetzung für die Inanspruchnahme des Haftungsprivilegs des § 13 Abs. 2 GmbHG. Zugriffe der Gesellschafter auf das Gesellschaftsvermögen, welche die aufgrund dieser Zweckbindung gebotene angemessene Rücksichtnahme auf die Erhaltung der Fähigkeit der Gesellschaft zur Bedienung ihrer Verbindlichkeiten in einem ins Gewicht fallenden Maße vermissen lassen, stellen deshalb einen Mißbrauch der Rechtsform der GmbH dar, der zum Verlust des Haftungsprivilegs führt, soweit nicht der der GmbH durch den Eingriff insgesamt zugefügte Nachteil bereits nach §§ 30, 31 GmbHG ausgeglichen werden kann.

b) Bei Vorliegen der unter a genannten Voraussetzungen sind die Gesellschaftsgläubiger deshalb außerhalb des Insolvenzverfahrens grundsätzlich berechtigt, ihre Forderungen unmittelbar gegen die an den Eingriffen in das Gesellschaftsvermögen mitwirkenden Gesellschafter geltend zu machen, soweit sie von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können (Ergänzung zu BGHZ 149, 10 – Bremer Vulkan – sowie BGH, Urt. v. 25. Februar 2002 – II ZR 196/00, ZIP 2002, 848)“.

z ograniczenia ich odpowiedzialności do majątku spółki (powoływania się przez wspólników na wyłączenie ich odpowiedzialności). Wyłącznie to powiązanie rozdzielności majątkowej i związania majątkowego z jednej strony i ograniczenia odpowiedzialności z drugiej strony pozwalają uzasadnić przywilej braku odpowiedzialności z § 13 ust. 2 GmbHG. Jeżeli wspólnicy – pomijając nakaz uwzględniania związania celowego majątku spółki – pozbawiają spółkę wartości majątkowych poprzez jawne albo ukryte pobory i zakłócają poprzez to w istotny sposób zdolność spółki do wykonywania jej zobowiązań, stanowi to [...] nadużycie formy prawnej GmbH, które musi prowadzić do utraty przywileju [wyłączenia] odpowiedzialności, o ile wyrządzony spółce przez taką ingerencję uszczerbek nie może zostać w całości wyrównany na podstawie § 30, 31 GmbHG albo nie nastąpiło wystarczające wyrównanie w majątku spółki (w znaczeniu: spółka nie uzyskała w zamian za ingerencję wystarczającej rekompensaty). [...] To samo dotyczy tym bardziej wystąpienia w spółce stanu podbilansowego. Dlatego też wierzyciele muszą być zasadniczo uprawnieni poza postępowaniem upadłościowym, o ile nie mogą uzyskać od spółki zaspokojenia, do dochodzenia swoich roszczeń bezpośrednio przeciwko wspólnikom spółki [...]”³⁹⁵.

Tezy wyroku w sprawie *KBV* zostały powtórzone w dwóch kolejnych wyrokach niemieckiego Federalnego Trybunału Sprawiedliwości z 13 grudnia 2004 r. (II ZR 206/02 – sprawa *Autovertragshändler* oraz II ZR 256/02 – sprawa *Handelsvertreter*), w których BGH podjął się próby konkretyzacji przesłanek odpowiedzialności przebijającej, a także bardziej szczegółowego ujęcia zachowań prowadzących do unicestwienia egzystencji spółki, co zostanie omówione w następnym rozdziale. Jednakże już w tym miejscu warto podkreślić, że w sprawie *KBV* powód oparł swoje roszczenie „na względach przebicia”, ewentualnie domagając się odszkodowania na podstawie § 826 BGB³⁹⁶. Zatem podstawa nadużycia formy prawnej spółki z o.o. nie stanowiła jedynej, lecz jedną z dwóch podstaw prawnych roszczenia, co nie zmienia faktu, że BGH, przyjmując bezpośrednią odpowiedzialność wspólników spółki z o.o. za jej zobowiązania, w sposób rozbudowany potwierdził zasadność bezpośredniego dochodzenia roszczeń przez wierzycieli spółki wobec jej wspólników na podstawie odpowiedzialności przebijającej. Należy jednak podkreślić, że w sprawie *KBV* sąd uznał, że spełnione są również przesłanki odpowiedzialności zewnętrznej wspólników na podstawie § 826 BGB³⁹⁷.

Równoległe do rozwoju orzecznictwa dotyczącego odpowiedzialności przebijającej wspólników spółki z o.o. za unicestwienie jej egzystencji BGH potwierdził, że drugą uznawaną przez sąd grupą przypadków odpowiedzialności przebijającej stanowi odpo-

³⁹⁵ Wyrok BGH z dnia 24 czerwca 2002 r. w sprawie *KBV*, II ZR 300/00, pkt 2 uzasadnienia (motywy rozstrzygnięcia).

³⁹⁶ *Ibidem*, stan faktyczny stanowiący podstawę rozstrzygnięcia (*Tatbestand*).

³⁹⁷ *Ibidem*, pkt 2 uzasadnienia (motywy rozstrzygnięcia).

wiedzialność wspólników za pomieszanie majątku spółki i wspólnika. W wyroku z dnia 14 listopada 2005 r. w sprawie II ZR 178/03 BGH stwierdził, że odpowiedzialność wspólnika z tytułu pomieszania majątku spółki i wspólnika prowadzi do uchylenia przywileju wyłączenia odpowiedzialności uregulowanego w § 13 ust. 2 GmbHG, a do odpowiedzialności wspólników stosuje się odpowiednio § 128 HGB. Sąd nie rozwinął, co prawda, w tym orzeczeniu rozbudowanej koncepcji odpowiedzialności przebijającej, jednakże stwierdził wyraźnie w jego uzasadnieniu, że odpowiedzialność przebijająca za pomieszanie majątku stanowi odpowiedzialność za zachowanie wspólnika będące nadużyciem formy prawnej (*Verhaltenshaftung wegen Rechtsformmissbrauchs*)³⁹⁸. Orzeczenie to zostanie zaprezentowane szerzej w następnym rozdziale.

Powołanie się przez BGH zarówno w orzeczeniu w sprawie *KBV*, jak i w sprawie II ZR 178/03 na nadużycie przez wspólników formy prawnej spółki z o.o., które to nadużycie prowadzi do utraty przywileju wyłączenia odpowiedzialności za zobowiązania spółki, mogłoby świadczyć o opowiedzeniu się przez BGH za obiektywną teorią nadużycia reprezentowaną przez niektórych przedstawicieli doktryny niemieckiej³⁹⁹. Jednakże orzeczenia te wydają się również dostarczać argumentów zwolennikom współczesnej teorii celu normy, skoro tak wyraźnie podkreślają cel normy § 13 ust. 2 GmbHG, jakim w istocie jest zapewnienie wspólnikom spółki z o.o. przywileju wyłączenia odpowiedzialności w zamian za przestrzeganie przez nich rozdzielnosci majątkowej i wyodrębnienia majątkowego spółki od majątku wspólników, a także w zamian za przestrzeganie przez nich związania celowego majątku spółki jako swoistego rezerwuaru (masy majątkowej) przeznaczonego do pierwszorzędneho zaspokajania roszczeń wierzycieli spółki z o.o. Takie dorozumiane dopisanie do treści normy art. 13 ust. 2 GmbHG swoistego warunku (względnie: wewnętrznego ograniczenia) jej zastosowania stanowi bowiem klasyczny zabieg stosowany w ramach konstrukcji tzw. redukcji teleologicznej, która jest przedmiotem zainteresowania niemieckiej nauki o metodzie (metodologii prawniczej), co szerzej omówiono w dalszej części pracy⁴⁰⁰.

³⁹⁸ Wyrok BGH z dnia 14 listopada 2005 r., II ZR 178/03, nb 17.

³⁹⁹ Por. uwagi w rozdz. V pkt 3.

⁴⁰⁰ Zob. rozdz. XII pkt 3.3.

Zastosowanie *Durchgriffshaftung* w doktrynie i orzecznictwie niemieckim – grupy przypadków, przesłanki i zakres odpowiedzialności

1. Uwagi wprowadzające

W doktrynie i orzecznictwie niemieckim brak jest zgodności co do rodzaju przypadków, których występowanie miałyby uzasadniać zastosowanie konstrukcji odpowiedzialności przebijającej w spółce z o.o. W sposób ogólny podkreśla się natomiast, że zastosowanie konstrukcji odpowiedzialności przebijającej jest zasadne wtedy, gdy niemożliwe jest dochodzenie roszczeń od wspólników spółki z o.o. z powodu naruszenia obowiązków lojalności wobec spółki⁴⁰¹, a zatem głównie w przypadku jednoosobowych spółek z o.o. lub spółek z o.o., w których większość wspólników wspólnie szkodzi spółce (i jej wierzycielom)⁴⁰². Już samo to zestawienie odpowiedzialności przebijającej z konstrukcją odpowiedzialności wspólników z tytułu naruszenia obowiązków lojalności wobec spółki, która ma charakter wewnętrzny, stanowi o wyjątkowości konstrukcji odpowiedzialności przebijającej. W doktrynie niemieckiej panuje bowiem przekonanie, że obowiązki lojalności wspólników spółek kapitałowych (a w szczególności wspólników spółek z o.o.) oraz rozbudowana koncepcja odpowiedzialności wspólników wobec spółki z tytułu naruszenia tychże obowiązków pełnią w przypadku spółek wieloosobowych wystarczającą funkcję ochronną – również w interesie wierzycieli spółki. Odpowiedzialność przebijająca prowadząca do osobistej odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki z o.o. wobec jej wierzycieli wchodzić ma natomiast w rachubę, gdy

⁴⁰¹ Naruszenie obowiązków lojalności stanowi ugruntowaną w doktrynie niemieckiego prawa spółek odrębną podstawę dogmatyczną odpowiedzialności o charakterze wewnętrznym, a więc w relacji zarówno spółka-wspólnicy, jak i w stosunkach między wspólnikami.

⁴⁰² Tak reprezentatywnie: M. Lutter, W. Bayer, *op. cit.*, § 13, nb 18. Tak również G. Bitter, [w:] *Scholz. Kommentar...*, § 13, nb 125–126; M. Habersack, *Trihotel – Das Ende der Debatte? Überlegungen zur Haftung für schädigende Einflussnahme im Aktien- und GmbH-Recht*, ZGR 2008, s. 535–536; Ch. Osterloh-Konrad, *Abkehr vom Durchgriff: Die Existenzvernichtungshaftung des GmbH-Gesellschafters nach „Trihotel”*, ZHR 2008, nr 172, s. 287 i n. W odniesieniu do koncepcji odpowiedzialności przebijającej jako pierwszy zwrócił uwagę na zakres podmiotowy tej odpowiedzialności i wskazał, że dotyczy ona wspólnika większościowego oraz działającej w porozumieniu większości wspólników, V. Röhrich, którego koncepcja została szczegółowo przedstawiona poniżej w pkt 3.1.

ochrona ta nie jest zapewniona – w sposób pośredni – przy wykorzystaniu konstrukcji odpowiedzialności z tytułu naruszenia obowiązków lojalności.

Prezentowane w doktrynie niemieckiej grupy przypadków odpowiedzialności przebijającej można podzielić na dwie zasadnicze grupy nadrzędne: klasyczną grupę przypadków odpowiedzialności przebijającej oraz nowy rodzaj odpowiedzialności przebijającej w postaci odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki (*Existenzvernichtungshaftung*), która to grupa obejmuje różne przypadki szczegółowe⁴⁰³.

Do grupy klasycznych przypadków odpowiedzialności doktryna jednolicie zalicza odpowiedzialność za (materialne) niedokapitalizowanie spółki, pomieszanie majątków spółki i wspólnika oraz pomieszanie sfer spółki i wspólnika⁴⁰⁴. Zaliczyć można do nich również tzw. sytuację „kosza na bieliznę” (*Waschkorbblage*), którą można przyporządkować grupie przypadków pomieszania majątku spółki i wspólnika⁴⁰⁵. Pośród klasycznych przypadków odpowiedzialności część autorów wyróżnia ponadto tzw. nadużycie instytucjonalne albo nadużycie instytucji (*Institutsmißbrauch*)⁴⁰⁶. Aż do orzeczenia w sprawie *Bremer Vulkan*⁴⁰⁷ w doktrynie niemieckiej do grupy „klasycznych” przypadków odpowiedzialności przebijającej zaliczano również odpowiedzialność spółki dominującej w kwalifikowanym faktycznym koncernie spółki z o.o. z powodu naruszeń majątkowych (*Haftung des herrschenden Unternehmens im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern wegen Vermögensbeeinträchtigung*)⁴⁰⁸, chociaż równie zasadne było ujmowanie

⁴⁰³ W doktrynie niemieckiej pojęciem „klasyczne” przypadki odpowiedzialności przebijającej („*klassische*” *Fälle der Durchgriffshaftung*) oraz „klasyczna” odpowiedzialność przebijająca („*klassische*” *Durchgriffshaftung*) posługuje się U. Haas. Zob. U. Haas, *Reform des gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes, Gutachten E für den 66. Deutschen Juristentag*, [w:] Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), *Verhandlungen des sechsundsechzigsten Deutschen Juristentages, Stuttgart 2006*, Band I, München 2006, s. E 88. Odrębnie od klasycznej grupy przypadków odpowiedzialności przebijającej analizowana jest natomiast problematyka odpowiedzialności za unicestwienie spółki, a to z uwagi na specyfikę tej odpowiedzialności i ewolucję orzecznictwa jej dotyczącego, o czym będzie mowa w dalszej części pracy.

⁴⁰⁴ Tak reprezentatywnie: L. Fastrich, *op. cit.*, § 13, nb 45–47 oraz U. Haas, *Reform...*, s. E 88–89.

⁴⁰⁵ Tak P. Ulmer, *Anmerkung zum KBV-Urteil vom 24.06.2002*, JZ 2002, nr 21, s. 1051. Inni autorzy są skłonni przyporządkować sytuację „kosza na bieliznę” do grupy przypadków unicestwienia egzystencji spółki: por. K. Wappler, *op. cit.*, s. 275–276.

⁴⁰⁶ Zob. przede wszystkim U. Haas, *Reform...*, s. E 88–89 oraz A. Pentz, [w:] H. Rowedder, *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG). Kommentar*, München 2013, § 13, nb 146.

⁴⁰⁷ Wyrok BGH z dnia 17 czerwca 2001 r. w sprawie *Bremer Vulkan*, II ZR 178/99.

⁴⁰⁸ Za kwalifikowaniem odpowiedzialności spółki dominującej w tzw. faktycznym koncernie GmbH jako odrębnej grupy przypadków odpowiedzialności przebijającej przemawia zwłaszcza rozwój orzecznictwa BGH, poczynając od sprawy TBB (wyrok BGH z dnia 29 marca 1993 r. w sprawie II ZR 265/91). W wyroku tym BGH, co prawda, zastosował typowo „koncernową” podstawę dochodzenia roszczenia od wspólnika dominującego na podstawie § 303 AktG stosowanego analogicznie. Zarazem jednak BGH wskazał, co podkreśla się w literaturze przedmiotu, na inny powód odpowiedzialności: stanowi go, nie jak dotychczas charakterystyczne w koncernie kierowanie spółką zależną przez spółkę dominującą, lecz naruszenie interesów spółki zależnej przez obiektywne nadużycie pozycji dominującej. Wyrok ten stał się zatem wyrazem koncepcji odpowiedzialności wspólnika za nadużycie jego pozycji w spółce. Tak reprezentatywnie:

tej odpowiedzialności jako specyficznej odpowiedzialności koncernowej budowanej na podstawie stosowania przez analogię przepisów o odpowiedzialności koncernowej w spółce akcyjnej (analogiczne stosowanie § 302 oraz § 303 AktG)⁴⁰⁹. Jak już wcześniej wspomniano, BGH w powołanym wyroku odstąpił od koncernowej konstrukcji odpowiedzialności spółki dominującej, zastępując ją uniwersalną, a więc nie dotyczącą wyłącznie struktur koncernowych, koncepcją odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki (*Existenzvernichtungshaftung*). Mimo opowiedzenia się przez BGH za tą nową koncepcją, w doktrynie niemieckiej nadal postuluje się kontynuowanie specyficznego dla koncernów orzecznictwa dotyczącego spółki z o.o.⁴¹⁰ W związku z obszernością tematyki odpowiedzialności koncernowej w niniejszej pracy zostanie pominięty wątek specyficznej i charakterystycznej dla niemieckiego prawa zgrupowań spółek koncernowej odpowiedzialności wspólników spółki z o.o.: przedstawione i poddane analizie zostaną jedynie pozostałe grupy przypadków odpowiedzialności przebijającej o charakterze uniwersalnym.

Obok klasycznej grupy przypadków odpowiedzialności przebijającej wyodrębnia się nową grupę przypadków tzw. odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki (*Existenzvernichtungshaftung*).

W przeciwieństwie do doktryny, orzecznictwo niemieckie jest bardziej wstrzeźliwe w statuowaniu grup przypadków odpowiedzialności przebijającej i spośród przypadków klasycznych dopuszcza jedynie odpowiedzialność przebijającą w sytuacji pomieszczenia majątku spółki i wspólnika, konsekwentnie neguje natomiast potrzebę i możliwość stosowania koncepcji odpowiedzialności przebijającej do materialnego niedokapitalizowania spółki z o.o. Natomiast wiele uwagi poświęcono w orzecznictwie odpowiedzialności przebijającej za unicestwienie egzystencji spółki.

Zestawiając wyróżnione w doktrynie i (w mniejszej części) w orzecznictwie grupy przypadków odpowiedzialności przebijającej z sytuacjami uzasadniającymi ochronę wierzycieli spółki z o.o. nieobjętych ochroną przez system kapitału zakładowego, które zostały przedstawione w rozdziale III pkt 2 niniejszego opracowania, należy stwierdzić, że do grupy klasycznych przypadków odpowiedzialności zalicza się: niedokapitalizowanie spółki (rozd. III pkt 2.1), pomieszczenie majątków spółki i wspólnika (rozd. III pkt 2.2), sytuację „kosza na bieliznę” (rozd. III pkt 2.3)⁴¹¹ oraz pomieszczenie sfer spółki i wspólnika (rozd. III pkt 2.4).

J. Wilhelm, *Zurück zur Durchgriffshaftung – das „KBV“-Urteil des II. Zivilsenats des BGH vom 24.6.2002*, NJW 2003, nr 3, s. 176.

⁴⁰⁹ Zob. L. Fastrich, *op. cit.*, § 13, nb 48.

⁴¹⁰ *Ibidem*, § 13, nb 48.

⁴¹¹ Por. jednak przypis 372.

Natomiast do zbiorczej grupy przypadków odpowiedzialności przebijającej za unicestwienie egzystencji spółki z o.o. należą: pozbawienie spółki płynności finansowej (rozd. III pkt 2.5), utrata przez spółkę płynności poprzez uczestnictwo w *cash pool* (rozd. III pkt 2.6), pozbawienie spółki składników majątkowych potrzebnych do prowadzenia jej przedsiębiorstwa (rozd. III pkt 2.7), „sztafeta spółek z o.o.” (rozd. III pkt 2.8), spółka z o.o.-„Kopciuszek” (rozd. III pkt 2.9), zabezpieczanie długów wspólników przez spółkę (rozd. III pkt 2.10), pozbawienie spółki szans gospodarczych (rozd. III pkt 2.11), spekulacja na koszt wierzycieli (rozd. III pkt 2.12) oraz „zimna likwidacja” spółki (rozd. III pkt 2.13).

Wszystkie te przypadki, z wyłączeniem pozbawienia spółki płynności finansowej oraz utraty przez spółkę płynności wskutek uczestnictwa w *cash pool*, wymykają się również z planowanego w polskim prawie spółki z o.o. systemu ochrony poprzez test wypłacalności⁴¹².

Aby uniknąć zbędnych powtórzeń, poszczególne grupy przypadków, zaprezentowane już w rozdziale III niniejszego opracowania, zostaną przedstawione poniżej w ramach prezentacji postulowanych w doktrynie i określonych przez orzecznictwo przesłanek i zakresu odpowiedzialności przebijającej wspólników niemieckiej spółki z o.o.

2. Klasyczne przypadki odpowiedzialności przebijającej

2.1. Materialne niedokapitalizowanie

2.1.1. Odpowiedzialność przebijająca za materialne niedokapitalizowanie w niemieckiej doktrynie

Jak już podkreślono w rozdziale III niniejszej pracy, za zagrażające wierzycielom spółki z o.o. poprzez zwiększenie ryzyka jej upadłości uważa się materialne niedokapitalizowanie spółki z o.o., a więc sytuację, w której wspólnicy nie tylko niewystarczająco wyposażają spółkę w kapitał zakładowy, ale ponadto nie dostarczają spółce żadnych środków, czy to w postaci kapitału własnego (np. w postaci dopłat), czy też w postaci kapitału obcego (w postaci pożyczek, w tym pożyczek zastępujących kapitał).

Niedokapitalizowanie spółek stanowi, zdaniem jednego z najwybitniejszych przedstawicieli niemieckiej doktryny prawa spółek – K. Schmidta – najbardziej palący problem z zakresu ochrony wierzycieli rozpatrywany w ramach koncepcji odpowiedzialności przebijającej⁴¹³.

⁴¹² Zob. rozdz. III pkt 3.

⁴¹³ Zob. K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht...*, s. 240: „Das wohl brennendste Gläubigerschutzproblem im Zusammenhang mit dem Durchgriff ist das der Unterkapitalisierung von Gesellschaften”.

W doktrynie niemieckiej podkreśla się również, że problematyka materialnego niedokapitalizowania stanowi *contradictio in adjecto* (sprzeczność samą w sobie), skoro w istocie sprowadza się ona nie tylko do pytania, czy wspólnicy mogą zostać pociągnięci do odpowiedzialności z powodu niewystarczającego wyposażenia spółki w kapitały własne, mimo że spełnili oni ustawowy wymóg zaopatrzenia spółki w minimalny kapitał zakładowy, lecz tak naprawdę do kwestii, kiedy możliwe jest pominięcie ograniczenia (wyłączenia) odpowiedzialności poprzez rozszerzenie (przeniesienie) jej ze spółki na wspólników⁴¹⁴.

Podstawowe trudności sprawia przedstawicielom doktryny określenie przesłanek odpowiedzialności przebijającej za niedokapitalizowanie spółki, a także ustalenie zakresu tej odpowiedzialności. Samo już pojęcie niedokapitalizowania odnosi się bowiem do jakiegoś zakładanego z góry poziomu pożądanego dokapitalizowania spółki – jakiejś wielkości kapitałów własnych, w które spółka powinna zostać wyposażona, jakiejś wartości optymalnej (pewnego rodzaju absolutnej „wielkości powinnej” – *absolute Sollgröße*)⁴¹⁵.

Przy ustalaniu tej pożądanej wartości nie na wiele przydatne jest odniesienie się do funkcji ekonomicznej (gospodarczej) kapitału i badanie, przy jakiej wysokości kapitału zakładowego w danej spółce z o.o. w pełni realizuje się funkcja gospodarcza kapitału zakładowego. Tym bardziej trudne jest ustalenie pożądanego wyposażenia spółki z o.o. w kapitały własne w sposób abstrakcyjny. Przy próbie określania materialnego niedokapitalizowania nie można oprzeć się w sposób miarodajny na ekonomicznych regułach finansowania, brak również prawnych wymogów co do określonego (pożądanego) dokapitalizowania spółki⁴¹⁶. Ponadto, poza granicą wyznaczaną przez wymóg zapewnienia minimalnego kapitału zakładowego istnieje swoboda finansowania spółki z o.o. przez jej wspólników⁴¹⁷. Nie powiodły się również próby ustalenia w inny sposób stanu, w którym występuje dysfunkcja kapitałów własnych, w ramach których odnoszono się do różnych wartości stanowiących punkt odniesienia do wyposażenia w kapitały własne, takich jak: statutowy cel spółki, stosunek kapitału własnego do kapitału obcego albo majątku trwałego, stosunek kapitału własnego do rozmiaru lub rodzaju działalności spółki, stosunek kapitału własnego do ryzyka gospodarczego związanego z danym przedsięwzięciem prowadzonym przez spółkę, czy też relacja kapitałów własnych do

⁴¹⁴ Tak T. Eckhold, *op. cit.*, s. 8. Tę ostatnią uwagę można zresztą szerzej odnieść do całej problematyki odpowiedzialności przebijającej.

⁴¹⁵ Słusznie zwraca na to uwagę T. Eckhold, *ibidem*, s. 11.

⁴¹⁶ Szerzej na ten temat *ibidem*, s. 18–20.

⁴¹⁷ Zob. szerzej *ibidem*, s. 20–22.

przedmiotu przedsiębiorstwa spółki, a nawet stosunek kapitałów własnych do wysokości obrotów spółki⁴¹⁸.

Dlatego też w doktrynie niemieckiej w ostateczności zrezygnowano z próby dokładnego określania zapotrzebowania spółki w kapitał własny i skoncentrowano się na konsekwencjach i symptomach niedokapitalizowania oraz rozpoznawaniu niedokapitalizowania właśnie na podstawie wystąpienia owych symptomów, by wreszcie w ten sposób określić przesłanki odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. za niedokapitalizowanie spółki.

Szczególne zasługi dla rozwoju koncepcji odpowiedzialności przebijającej za materialne niedokapitalizowanie spółki z o.o. należy przypisać P. Ulmerowi, w związku z czym to właśnie jego koncepcja wymaga szerszego przedstawienia jako najbardziej dojrzała i rozbudowana w porównaniu z innymi koncepcjami dotyczącymi materialnego niedokapitalizowania⁴¹⁹.

⁴¹⁸ Szerzej zob. *ibidem*, s. 22–26.

⁴¹⁹ W doktrynie niemieckiej problematyce niedokapitalizowania spółki poświęcono niezliczoną liczbę publikacji. W tym miejscu można wskazać przykładowo, poza cytowaną monografią T. Eckholda, na następujące pozycje literatury przedmiotu: M. Altheim, *Unterkapitalisierung von Kapitalgesellschaften – Vermeidungsstrategien des Steuerberaters (Arbeitskreis VI), Steuerberater-kongress-Report*, 1988, s. 305 i n.; R.N. Banerjea, *Haftungsfragen in Fällen materieller Unterkapitalisierung und im qualifizierten faktischen Konzern*, ZIP 1999, nr 28, s. 1153 i n.; D. Benne, *Haftungsdurchgriff bei der GmbH insbesondere im Fall der Unterkapitalisierung*, Köln 1978; E. v. Cammerer, *Unterkapitalisierung und Gesellschafterdarlehen*, [w:] P. Zonderland (Hrsg.) *Festschrift für Pieter Sanders*, Kluwer 1972, s. 17 i n.; L. Fastrich, *Ketzerisches zur sogenannten Finanzierungsverantwortung*, [w:] M. Lieb u.a., *Festschrift für Wolfgang Zöllner*, Köln u.a. 1998, s. 143 i n.; W. Gansweid, *Haftungsdurchgriff bei der unterkapitalisierten GmbH – Anmerkung zum BGH Urt. v. 4.5.1977 – VIII ZR 298/75*, NJW 1997, s. 1449 i n., JA 1978, s. 25 i n.; H. Großmann, *Unterkapitalisierung und Gesellschafterdarlehen – amerikanische Erfahrungen*, GmbHR 1978, s. 77 i n.; W. Gruhler, *Aspekte der Eigenkapitalausstattung deutscher Unternehmen unter besonderer Berücksichtigung der Unternehmensgröße, der Rechtsform und des Wirtschaftsbereiches*, [w:] P.R. Wossidlo (Hrsg.), *Die Finanzierung mittelständischer Unternehmungen in Deutschland*, Berlin 1985, s. 63 i n.; N. Hill, *Die unterkapitalisierte GmbH*, WPg 1989, s. 458 i n.; P. Hofmann, *Zum »Durchgriffs«-Problem bei unterkapitalisierten GmbH*, NJW 1966, s. 1941 i n.; B. Höper, *Die Haftung der Gesellschafter bei einer unterkapitalisierten GmbH*, Göttingen 1972; K.J. Hopt, G. Hehl, *Probleme der Unterkapitalisierung bei einer GmbH & Co. KG*, JA 1979, s. 119 i n.; U. Kahler, *Die Haftung des Gesellschafters im Falle der Unterkapitalisierung einer GmbH*, BB 1985, s. 1429 i n.; B. Kaiser, *Die Bedeutung der Eigenkapitalausstattung für eine stabile Unternehmensentwicklung*, Frankfurt a. M. 1995; M. Lutter, *Vom formellen Mindestkapital zu materiellen Finanzierungsregeln im Recht der Kapitalgesellschaft*, [w:] E. Jayme (Hrsg.) *Festschrift für Stefan Riesefeld*, Heidelberg 1983, s. 165 i n.; M. Lutter, P. Hommelhoff, *Nachrangiges Haftkapital und Unterkapitalisierung in der GmbH*, ZGR 1979, s. 31 i n.; A. Maier, *Der Grundsatz der Kapitalerhaltung und die Durchgriffshaftung wegen Unterkapitalisierung im deutschen und amerikanischen Gesellschaftsrecht*, Frankfurt a. M. u.a. 1987; A. Mossmann, *Die Haftung des Kommanditisten in der unterkapitalisierten KG*, Heidelberg 1978; T. Raiser, *Konzernhaftung und Unterkapitalisierung – Besprechung der Entscheidung BGH AG 1994, 179 (EDV-Peripherie) –*, ZGR 1995, s. 156 i n.; G.H. Roth, *Unterkapitalisierung und persönliche Haftung*, ZGR 1993, s. 170 i n.; F. Schaefer, S. Fackler, *Durchgriffshaftung wegen allgemeiner Unterkapitalisierung?*, NZG 2007, s. 377 i n.; K. Schmidt, *Kapitalaufbringung, Kapitalerhaltung und Unterkapitalisierung bei der GmbH & Co. KG*, DB 1973, s. 2227 i n.; W. Vonnemann, *Haftung von GmbH-Gesellschaftern wegen materieller Unterkapitalisierung*, Baden-Baden 1991; C. Weitbrecht, *Haftung der Gesellschafter bei materieller Unterkapitalisierung*, Köln 1990; K. Winkler, *Die Haftung der Gesellschafter einer unterkapitalisierten GmbH –*

Tworząc podwaliny koncepcji odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. za materialne niedokapitalizowanie, P. Ulmer na wstępie zaproponował własną definicję niedokapitalizowania, łączącą w sobie różne elementy i kryteria, które samodzielnie nie stanowiły wystarczającego punktu odniesienia do ustalenia niedokapitalizowania. P. Ulmer zdefiniował niedokapitalizowanie w następujący sposób:

„Spółka jest niedokapitalizowana, kiedy kapitał własny nie wystarcza do zaspokojenia średnio- albo długookresowego zapotrzebowania finansowego spółki, które nie może być pokryte kredytami osób trzecich, a którego wysokość zależy od rodzaju i rozmiaru planowanej albo rzeczywiście wykonywanej działalności (gospodarczej) przy uwzględnieniu metod finansowania”⁴²⁰.

Ponieważ, jak już wspomniano, ustawa nie przewiduje żadnych sankcji za samo niedokapitalizowanie P. Ulmer podjął się próby określenia granicy, przy której niedokapitalizowanie spółki z o.o. występuje w sposób oczywisty i zagraża wierzycielom, a w związku z tym powinno rodzić konsekwencje prawne. Zdaniem autora, taką granicę powinno stanowić tzw. kwalifikowane niedokapitalizowanie stanowiące odmianę materialnego niedokapitalizowania i określane przez P. Ulmera zamiennie mianem „materialnego kwalifikowanego niedokapitalizowania”⁴²¹, które autor definiuje jako „jednoznaczne i wyraźnie (ewidentnie) rozpoznawalne dla insiderów niewystarczające wyposażenie spółki w kapitał własny, które pozwala spodziewać się w normalnym toku działalności – z wysokim, znacznie przekraczającym zwyczajne ryzyko działalności gospodarczej prawdopodobieństwem – obciążającego wierzycieli niepowodzenia”⁴²².

Kwalifikowane niedokapitalizowanie spółki stanowi, zdaniem autora, pierwszą i najważniejszą przesłankę odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki zgodnie z preferowaną przez P. Ulmera (współczesną) teorią celu normy⁴²³. Wyraźne opowiedzenie się przez autora za teorią celu normy wpływa na całokształt przesłanek odpowiedzialności wspólników za kwalifikowane niedokapitalizowanie spółki z o.o.

Zugleich eine Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums, BB 1969, s. 1202 i n.; G. Winter, *Die Haftung der Gesellschafter im Konkurs der unterkapitalisierten GmbH*, Frankfurt a. M. 1973; G. Wüst, *Unterkapitalisierung und Überschuldung bei Beschränkthaftern*, JZ 1985, s. 817 i n.;

⁴²⁰ Zob. Hachenburg/Ulmer, *GmbHG*, Anh § 30, nb 16: „[...] eine Gesellschaft ist unterkapitalisiert, wenn das Eigenkapital nicht ausreicht, um den nach Art und Umfang der angestrebten oder tatsächlichen Geschäftstätigkeit unter Berücksichtigung der Finanzierungsmethoden bestehenden, nicht durch Kredite Dritter zu deckenden mittel- oder langfristigen Finanzbedarf zu befriedigen”.

⁴²¹ Por. *ibidem*, Anh § 30, nb 57.

⁴²² *Ibidem*, Anh § 30, nb 55: „Erste und nach der Normzwecklehre wichtigste Haftungsvoraussetzung ist das Bestehen einer qualifizierten Unterkapitalisierung, d.h. einer *eindeutig* und für Insider *klar erkennbar* unzureichenden Eigenkapitalausstattung der Gesellschaft, die einen Mißerfolg zu Lasten der Gläubiger bei normalem Geschäftsverlauf mit hoher, das gewöhnliche Geschäftsrisiko deutlich übersteigender Wahrscheinlichkeit erwarten läßt”.

⁴²³ Hachenburg/Ulmer, *GmbHG*, Anh § 30, nb 55. Zob. również przedstawienie poglądów P. Ulmera jako przedstawiciela współczesnej teorii celu normy w rozdz. V pkt 5 niniejszej pracy.

Podstawę odpowiedzialności wspólników stanowią bowiem, zdaniem autora, zobowiązania spółki wobec wierzycieli doznających utraty (dosłownie: ubytku, *Ausfall*) swoich wierzytelności z powodu upadłości spółki i ich rozszerzenie na wspólników⁴²⁴. Innymi słowy skutek teleologicznej redukcji § 13 ust. 2 GmbHG wspólnicy odpowiadają za zobowiązania spółki na podstawie stosowanych analogicznie przepisów o odpowiedzialności wspólników spółki jawnej za jej zobowiązania (§ 124, § 128 HGB) i nie dochodzi tutaj, w przeciwieństwie do próby pociągnięcia wspólników do odpowiedzialności deliktowej z § 826 BGB, do powstania nowych – i niezależnych (jeżeli chodzi o ich wartość i realizację) od dochodzonych przeciwko spółce roszczeń – wierzytelności⁴²⁵. Kwalifikowane niedokapitalizowanie może mieć, zdaniem P. Ulmera, zarówno charakter pierwotny, jak i następczy⁴²⁶.

Drugą przesłankę odpowiedzialności wspólników za kwalifikowane materialne niedokapitalizowanie stanowi (adekwatny) związek przyczynowy między niedokapitalizowaniem a stanem niewypłacalności (dosłownie: stanem dojrzałości upadłościowej – *Kausalität zwischen Unterkapitalisierung und Konkursreife*). Jak wyjaśnia autor, teoria celu normy służy ochronie obrotu prawnego przed specyficznymi ryzykami w postaci ewidentnie niewystarczającego i wykraczającego poza instytucjonalne granice autonomii prywatnej wyposażenia spółki w kapitał. Odpowiedzialność za ubytek/utratę roszczeń (*Ausfallhaftung*) jest zatem uzasadniona w granicach tego celu ochronnego (powinna sięgać tak daleko, jak ów cel ochronny)⁴²⁷. Zdaniem P. Ulmera, urzeczywistnieniu teorii celu normy najlepiej służy odniesienie się do związku przyczynowego między niedokapitalizowaniem a stanem niewypłacalności (jako przesłanką ogłoszenia upadłości). Jeżeli stan niewypłacalności wynika z innych niż niedokapitalizowanie wewnętrznych albo zewnętrznych okoliczności, należy w dalszym ciągu stosować ograniczenie odpowiedzialności uregulowane w § 13 ust. 2 GmbHG, bowiem uzasadnieniem dla odpowiedzialności za ubytek/utratę nie jest wysokość kwoty upadłościowej (rozumianej jako procentowa kwota zaspokojenia wierzycieli), lecz przewidywalny brak zdolności spółki do przetrwania i grożące jej wskutek braków kapitałowych niebezpieczeństwo. Współprzyczynienie się niedokapitalizowania do upadłości spółki z o.o. wystarcza natomiast do uznania wspomnianego związku przyczynowego, ponieważ podatność przedsiębiorstwa na ryzyka związane z prowadzeniem działalności gospodarczej zwiększa się w tym stopniu, w jakim nie mogą one zostać wyrównane przez sięgnięcie do odpowiednich rezerw, które

⁴²⁴ Dosłownie P. Ulmer posługuje się pojęciem podstawy prawnej odpowiedzialności i używa liczby pojedynczej, wskazując na zobowiązanie spółki z o.o., które rozciąga się na jej wspólników: „Die Rechtsgrundlage der Haftung bildet die Verpflichtung der GmbH gegenüber den in der Insolvenz ausfallenden Gläubigern und ihre Erstreckung auf die Gesellschafter”. Zob. *ibidem*, Anh § 30, nb 52a.

⁴²⁵ *Ibidem*.

⁴²⁶ Zob. szerzej *ibidem*, Anh § 30, nb 56.

⁴²⁷ *Ibidem*, Anh § 30, nb 58.

niwelowałyby normalne ryzyko gospodarcze⁴²⁸. W przypadku następczego niedokapitalizowania spółki, kiedy to spółka nadal prowadzi swoją działalność mimo dalszego uszczuplania się jej kapitału przez straty i związanego z tą sytuacją spekulowania wspólników na szkodę wierzycieli spółki z o.o., P. Ulmer postuluje odwrócenie ciężaru dowodu i obciążenie nim wspólników spółki z o.o. odpowiedzialnych za stworzenie stanu zagrożenia (dla wierzycieli). To oni będą musieli wykazać w takim przypadku brak związku przyczynowego między niedokapitalizowaniem a stanem niewypłacalności poprzez wskazanie zewnętrznych i niestanowiących pierwotnego niedokapitalizowania przyczyn poniesionych strat, jak również udowodnić, że niezwłocznie zaprzestali działalności przez spółkę po zaistnieniu tych przyczyn, ewentualnie, że podjęli rokujące powodzenie działania sanacyjne⁴²⁹.

Trzecią przesłanką odpowiedzialności przebijającej za kwalifikowane niedokapitalizowanie jest możliwość przypisania niedokapitalizowania poszczególnym wspólnikom. Element przypisywalności widoczny jest już w samej definicji kwalifikowanego niedokapitalizowania, gdzie podkreśla się, że niewystarczające wyposażenie spółki w kapitał własny musi być wyraźnie rozpoznawalne przez wspólnika (wspólników) jako insidera. Owa rozpoznawalność nie stanowi, zdaniem autora, nadmiernej subiektywizacji przesłanek odpowiedzialności, bowiem należy ją raczej odnieść do obiektywizowanych kryteriów odpowiedzialności obowiązujących w prawie cywilnym. A zatem kryterium rozpoznawalności nie stanowi wyłomu w reprezentowanej przez P. Ulmera czysto obiektywnej teorii celu normy, co autor wyraźnie podkreśla⁴³⁰. Odnosząc się do samej przesłanki przypisywalności, autor podkreśla, że odpowiedzialność przebijająca nie jest zależna od liczby wspólników w spółce, a w szczególności nie ogranicza się ona wyłącznie do niedokapitalizowania w spółkach jednoosobowych. Jednakże zbyt daleko idące byłoby obciążenie tą odpowiedzialnością wszystkich wspólników spółki z o.o. bez względu na ich pozycję w spółce i wpływ na wyposażenie spółki w kapitały własne⁴³¹. Problem z przypisaniem odpowiedzialności nie występuje z reguły w przypadku niedokapitalizowania pierwotnego, ponieważ wówczas wszyscy wspólnicy-założyciele uczestniczą jednomyślnie w akcie zawiązania spółki i w związku z tym ponoszą odpowiedzialność za ukształtowanie spółki, w tym za wyposażenie jej w kapitał własny⁴³². Inaczej jest jednak w przypadku następczego niedokapitalizowania, którego przyczyną może być m.in. znaczne poszerzenie zakresu działalności spółki albo nieprzewidywalne straty. W takim przypadku odpowiedzialność powinni ponosić wspólnicy, którzy bądź to

⁴²⁸ *Ibidem*, Anh § 30, nb 58.

⁴²⁹ Zob. *ibidem*, Anh § 30, nb 59.

⁴³⁰ *Ibidem*, Anh § 30, nb 55.

⁴³¹ *Ibidem*, Anh § 30, nb 60.

⁴³² *Ibidem*.

spowodowali lub współspowodowali stan niedokapitalizowania przez swoje czynności zarządcze lub przez wydawanie poleceń zarządowi, bądź to zaniechali podjęcia kroków, które były w ich mocy, zmierzających do powiększenia kapitałów własnych albo do dopasowania działalności spółki w taki sposób, aby przeciwdziałać niedokapitalizowaniu. P. Ulmer podkreśla, że przy ustalaniu kręgu współników odpowiedzialnych za niedokapitalizowanie nie można opierać się na subiektywnym kryterium zawinienia, bo byłoby to sprzeczne z czysto obiektywnym charakterem teorii celu normy. Zdaniem autora, możliwe jest jednak osiągnięcie stosownego zróżnicowania pozycji współników przy posłużeniu się kryterium przypisywalności, zwłaszcza jeżeli uwzględni się w ramach tego kryterium dorobek koncepcji pozoru prawnego. Umożliwi to wyłączenie z kręgu osób odpowiedzialnych tych współników, którym – z uwagi na ich nieznaczny udział w spółce i brak możliwości decydowania o losach spółki w ramach stosunków wewnętrznych – nie sposób przypisać odpowiedzialności za następcze niedokapitalizowanie⁴³³.

Czwartą i ostatnią przesłanką odpowiedzialności przebijającej za kwalifikowane niedokapitalizowanie jest upadłość spółki, a ściślej utrata (ubytek, zmniejszenie zaspokajalności) przez wierzycieli spółki ich roszczeń wskutek upadłości spółki (*Forderungsausfall*)⁴³⁴. Przesłanka ta czyni zadość wyjątkowemu charakterowi odpowiedzialności współników i realizowanemu za pomocą tej odpowiedzialności celowi ochronnemu. Jednocześnie oznacza to, że odpowiedzialność przebijająca za utratę wierzytelności ma charakter odpowiedzialności subsydiarnej, która uruchamiana jest dopiero w przypadku niewypłacalności spółki⁴³⁵. Jeżeli wierzyciele nie mogą uzyskać od spółki zaspokojenia swoich roszczeń, a występują zarazem podstawy ogłoszenia upadłości, mogą oni złożyć wniosek o ogłoszenie upadłości spółki i uzyskać dzięki temu możliwość dochodzenia od współników tej spółki swoich roszczeń w ramach odpowiedzialności przebijającej. To samo uprawnienie będzie im przysługiwać w przypadku oddalenia wniosku o ogłoszenie upadłości z powodu tzw. ubóstwa masy⁴³⁶.

Przechodząc na płaszczyznę skutków prawnych, P. Ulmer podkreśla, że następstwem prawnym kwalifikowanego niedokapitalizowania jest osobista odpowiedzialność współników, którym można przypisać niedokapitalizowanie, za doznaną przez wierzycieli utratę (ich) roszczeń (ubytek, stąd *Ausfallhaftung*), która to odpowiedzialność nie jest ograniczona do jakiejś maksymalnej kwoty⁴³⁷. Przeciwno takiemu ukształtowaniu tej odpowiedzialności jedynie pozornie przemawia, jak podkreśla autor, charakter GmbH

⁴³³ *Ibidem*.

⁴³⁴ *Ibidem*, Anh § 30, nb 61.

⁴³⁵ Zob. *ibidem*, Anh § 30, nb 52a.

⁴³⁶ Zob. *ibidem*, Anh § 30, nb 61.

⁴³⁷ Tak *ibidem*, Anh § 30, nb 62.

jako spółki z ograniczonym funduszem odpowiedzialności i odpowiednio ograniczonymi możliwościami wierzycieli zaspokojenia ich roszczeń, która to okoliczność wpłynęła na dotychczasowe pojmowanie odpowiedzialności za ubytek/utrata, jako odpowiedzialności ograniczonej kwotowo do różnicy między rzeczywistym a wymaganym kapitałem własnym spółki z o.o.⁴³⁸ Tymczasem, zdaniem autora, ujmowanie odpowiedzialności za kwalifikowane niedokapitalizowanie jako odpowiedzialności za różnicę (*Differenzhaftung*) – a więc obliczanie szkody zgodnie z założeniami metody (teorii) dyferencyjnej (różnicowej) [uwaga prawnoporównawcza P.M.W.]⁴³⁹ – nie spełnia wymogu, jaki wyznacza teoria celu normy, czyli zapewnienia należytej rekompensaty poprzez osobistą odpowiedzialność wspólników w interesie wierzycieli. Następujące wskutek niedokapitalizowania straty spółki przekraczają z reguły znacznie kwotę pierwotnego niedoboru kapitału własnego, a więc następcze wyrównanie owego niedoboru przez pokrycie różnicy między istniejącym a wymaganym kapitałem własnym ma dla wierzycieli spółki niewielkie znaczenie⁴⁴⁰. Przede wszystkim jednak ograniczenie odpowiedzialności do kwoty różnicy między rzeczywistym a należnym kapitałem własnym jest niezgodne z dogmatycznym założeniem teorii celu normy, które sprowadza się do pozbawienia wspólników spółki z o.o. możliwości powoływania się na wyłączenie ich osobistej odpowiedzialności wyrażone w § 13 ust. 2 GmbHG. Ponadto, zdaniem autora, ograniczenie odpowiedzialności jedynie do części kwoty utraconych roszczeń – w szczególności ograniczenie sumy odpowiedzialności od określonej procentowo części utraconych wierzytelności przy uwzględnieniu zwyczajnego ryzyka gospodarczego wierzycieli – nie jest możliwe w ramach tzw. prawotwórstwa sądowego⁴⁴¹. Wspólnicy odpowiedzialni za kwalifikowane niedokapitalizowanie spółki ponoszą, zdaniem autora, odpowiedzialność jako dłużnicy solidarni⁴⁴².

Konsekwentne opowiedzenie się za teorią celu normy prowadzące do niestosowania w przypadku kwalifikowanego niedokapitalizowania § 13 ust. 2 GmbHG prowadzi, co podkreśla P. Ulmer, do przyjęcia, że odpowiedzialność wspólników ma charakter zewnętrzny – jest to zewnętrzna odpowiedzialność wspólników wobec wierzycieli za zobowiązania spółki z o.o.⁴⁴³. Nie będzie ona jednak miała zastosowania do zobowiązań

⁴³⁸ Zob. *ibidem*. Por. w szczególności przedstawione w rozdz. V pkt 3 poglądy R. Reinhardta, O. Kuhna oraz U. Immengi. Z uwagi na rozumienie przez powyższych autorów odpowiedzialności przebijającej jako odpowiedzialności do wysokości różnicy między rzeczywistym a pożądanym stanem kapitału własnego, zasadne jest nazywanie tak ukształtowanej przez nich odpowiedzialności odpowiedzialnością wyrównawczą (*Ausgleichshaftung*), co wyraźnie podkreślił O. Kuhn, używając właśnie takiego określenia.

⁴³⁹ W doktrynie polskiej na temat metody dyferencyjnej zob. M. Kaliński, [w:] A. Olejniczak (red.), *System Prawa...*, s. 87–90, nb 74.

⁴⁴⁰ Zob. Hachenburg/Ulmer, *GmbHG*, Anh § 30, nb 62.

⁴⁴¹ *Ibidem*.

⁴⁴² Szerzej na temat odpowiedzialności solidarnej wspólników *ibidem*, Anh § 30, nb 63.

⁴⁴³ Szerzej: *ibidem*, Anh § 30, nb 64.

spółki wobec wierzycieli, którzy mając pełną wiedzę o niedokapitalizowaniu spółki i działając w ramach swobody kontraktowania dokonali czynności prawnej ze spółką i wzięli na siebie świadomie związane z tym wysokie ryzyko⁴⁴⁴.

Pogląd P. Ulmera podziela wielu przedstawicieli niemieckiej doktryny prawa spółek, akceptując jako podstawę odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki w przypadku jej materialnego niedokapitalizowania § 128 HGB stosowany analogicznie⁴⁴⁵.

2.1.2. Odpowiedzialność przebijająca za materialne niedokapitalizowanie w niemieckiej judykaturze

Szeroko omawiana w doktrynie konstrukcja odpowiedzialności przebijającej za materialne niedokapitalizowanie nie znalazła natomiast akceptacji w orzecznictwie sądów niemieckich.

Jak już wspomniano powyżej⁴⁴⁶, odnotować można tylko jedno orzeczenie niemieckiego Federalnego Trybunału Sprawiedliwości, w którym zastosował on koncepcję odpowiedzialności przebijającej za niedokapitalizowanie⁴⁴⁷. Otóż w wyroku z dnia 8 lipca 1970 r. w sprawie VIII ZR 28/69 – tzw. sprawie osadników (*Siedler-Fall*) – BGH orzekł, że członkowie tzw. wpisanego stowarzyszenia (*eingetragener Verein*) ponoszą odpowiedzialność za zobowiązania tego stowarzyszenia z tytułu czynszu za dzierżawę nieruchomości, jeżeli stowarzyszenie od samego początku było pozbawione majątku i nigdy nie miało perspektyw na jego pozyskanie.

W przedmiotowej sprawie członkowie stowarzyszenia ogródkowego (*Kleingartenverein*) wykorzystali to stowarzyszenie jako (głównego) dzierżawcę gruntów, z których sami korzystali na podstawie umów poddzierżawy. Stowarzyszenie zostało zatem założone tylko w tym celu, aby być stroną umowy dzierżawy zamiast pojedynczych osadników. Miało to na celu ułatwienie dokonywania płatności: zamiast uzyskiwać wiele opłat czynszowych od poszczególnych osób fizycznych, właścicielowi nieruchomości miała przypadać jedna opłata czynszowa od stowarzyszenia. Stowarzyszenie od samego początku nie miało majątku, ani perspektyw na jego nabycie w przyszłości. Członkowie stowarzyszenia nie opłacali składek w wysokości umożliwiającej normalne jego funkcjonowanie. Ich kwota odpowiadała jedynie przypadającym na nich kosztom dzierżawy,

⁴⁴⁴ *Ibidem*, Anh § 30, nb 65.

⁴⁴⁵ Tak wyraźnie G. Bitter, [w:] *Scholz. Kommentar...*, § 13, nb 143; M. Lutter, W. Bayer, *op. cit.*, § 13, nb 20–21. Wielu autorów opowiadających się za odpowiedzialnością przebijającą wspólników za materialne niedokapitalizowanie spółki nie wskazuje wyraźnie § 128 HGB jako podstawy tej odpowiedzialności, chociaż z całokształtu ich wywodów wynika, że to właśnie ten przepis powinien stanowić podstawę prawną odpowiedzialności. Por.: M. Lutter, N.R. Banerjea, *op. cit.*, s. 419–420.

⁴⁴⁶ Zob. rozdz. VI pkt 4.

⁴⁴⁷ Zob. I. Funke, *op. cit.*, § 13, nb 387.

które pokrywało stowarzyszenie (czynsz dzierżawny i inne opłaty należne wydierżawiającemu). Łączna kwota składek pokrywała zatem wyłącznie koszt czynszu dzierżawnego i innych opłat uiszczanych przez stowarzyszenie. Gdy nastąpiło podwyższenie czynszu dzierżawnego, spotkało się to z oporem stowarzyszenia i jego członków. Mimo zasądzenia na rzecz dzierżawcy stosownej kwoty wyrokiem sądowym, stowarzyszenie odmówiło zapłaty i zamiast tego złożyło wniosek o ogłoszenie swojej upadłości, który z uwagi na ubóstwo masy został oddalony. Wobec tego została podjęta uchwała o rozwiązaniu stowarzyszenia, które przeszło w stan likwidacji. Ponieważ wydierżawiający nie mógł uzyskać zaległego czynszu od stowarzyszenia, wystąpił on z powództwem przeciwko jego członkom o zapłatę czynszu dzierżawnego, domagając się od każdego stosunkowej (przypadającej na niego) kwoty. BGH, stwierdziwszy niedokapitalizowanie stowarzyszenia, podkreślił, że nie tylko członkowie zarządu stowarzyszenia, lecz również wszyscy jego członkowie wiedzieli o roszczeniach wydierżawiającego i ich podstawie, a zatem powinni wspólnie zatroszczyć się o wykonanie przez stowarzyszenie jego zobowiązań z tytułu podwyższenia czynszu dzierżawnego. Zdaniem sądu, sytuacja, w której pozwani jako członkowie stowarzyszenia chcą zachować dla siebie korzyści związane z posłużeniem się konstrukcją prawną stowarzyszenia jako swego rodzaju ogniwiem pośrednim między nimi a wydierżawiającym („podstawiając” niejako stowarzyszenie zamiast siebie samych), a nie chcą zadbać o to, aby stowarzyszenie dysponowało środkami niezbędnymi do zapłaty czynszu dzierżawnego, sprzeciwia się dobrym obyczajom⁴⁴⁸. Zdaniem sądu, powód ma rację, twierząc, że pozwani skryli się za pozbawionym majątku tworem w postaci stowarzyszenia, tak aby uchylić się przed obowiązkiem zapłaty podwyższonego czynszu. W ten sposób, barykadując się za stowarzyszeniem jako osobą prawną, uzyskali oni korzyść w postaci korzystania z działek po zaniżonej wartości (skoro płacili stowarzyszeniu składki niewystarczające na pokrycie podwyższonego czynszu dzierżawnego), które im gospodarczo nie przysługiwały. Stanowi to, jak podkreśla BGH, nadużycie prawa, którego porządek prawny nie może tolerować⁴⁴⁹.

W pozostałych orzeczeniach BGH i inne sądy niemieckie rozważały natomiast zastosowanie do przypadków materialnego niedokapitalizowania § 826 BGB jako deliktowej podstawy odpowiedzialności⁴⁵⁰, co zostanie szerzej omówione w dalszej części pracy⁴⁵¹.

Za koncepcją odpowiedzialności przebijającej jako podstawą odpowiedzialności za materialne niedokapitalizowanie opowiedział się również niemiecki Federalny Sąd

⁴⁴⁸ Wyrok BGH z dnia 8 lipca 1970 r. w sprawie VIII ZR 28/69, nb 13.

⁴⁴⁹ *Ibidem*, nb 14.

⁴⁵⁰ Zob. I. Funke, *op. cit.*, § 13, nb 387 oraz 388.

⁴⁵¹ Zob. rozdz. VIII pkt 1.3.1, pkt 2.1.2 oraz pkt 2.2.

Społeczny (*Bundessozialgericht*, w skrócie: BSG) w wyroku z dnia 7 grudnia 1983 r.⁴⁵². Jak już wspomniano powyżej, sąd ten uznał, że wspólnik spółki z o.o. odpowiada wobec Federalnego Urzędu Pracy (*Bundesanstalt für Arbeit*) za zobowiązanie spółki w postaci obowiązku zwrotu tzw. zapomogi integracyjnej (*Eingliederungsbeihilfe*). Orzeczenie to dotyczy głównie odpowiedzialności za niedokapitalizowanie spółki.

Skomplikowany stan faktyczny stanowiącej przedmiot rozstrzygnięcia sprawy przedstawiał się w skrócie następująco. Niedokapitalizowana spółka GmbH & Co. KG (kapitał zakładowy w kwocie 20 000 DM, z czego wpłacono jedynie 5000 DM), która w połowie 1976 r. była już praktycznie niewypłacalna (zadłużenie spółki wynosiło 500 000 DM), a wobec której prowadzone było wiele bezskutecznych postępowań egzekucyjnych, wystąpiła w marcu 1976 r. o przyznanie skapitalizowanej pomocy integracyjnej w celu stworzenia nowych miejsc pracy. W dniu 21 grudnia 1976 r. oraz 1 lutego 1977 r. urząd pracy przyznał spółce zapomogę w formie pożyczki na łączną kwotę 120 000 DM w celu sfinansowania utworzenia 15 nowych miejsc pracy, nakładając na spółkę obowiązek poczynienia określonych inwestycji własnych, które miały być udokumentowane do 31 marca 1977 r. Spółka nie wywiązała się ze swych zobowiązań. Zamiast tego w dniu 23 lutego 1977 r. zostały złożone wnioski o ogłoszenie upadłości zarówno spółki komandytowej, jak i jej komplementariusza – spółki z o.o., które zostały oddalone z powodu ubóstwa masy w dniu 10 marca 1977 r. Po uzyskaniu informacji o tych zdarzeniach pozwany Federalny Urząd Pracy uchylił decyzję o przyznaniu zapomogi i wydał decyzję zobowiązującą spółkę do zwrotu zapomogi, która została doręczona spółce jeszcze przed doręczeniem jej i uprawomocnieniem się postanowienia sądu upadłościowego o umorzeniu postępowania upadłościowego. Wszczęta na podstawie tej decyzji egzekucja przeciwko spółce z o.o.-komplementariuszowi okazała się bezskuteczna. Wobec tego urząd wydał w dniu 11 grudnia 1979 r. decyzję wobec powoda, zobowiązując go osobiście jako byłego wspólnika oraz zarządcę spółki z o.o.-komplementariusza do zwrotu udzielonych spółce GmbH & Co. KG pożyczek zapomogowych. Jego odwołanie od decyzji nie zostało uwzględnione, a następujące po nim powództwo do Sądu Socjalnego oraz apelacja do Krajowego Sądu Socjalnego zostały oddalone. Sprawa trafiła do BSG, który oddalił rewizję powoda.

W orzeczeniu tym BGS nawiązał do przywołanego powyżej wyroku BGH z dnia 14 grudnia 1959 r. w sprawie II ZR 187/57, podkreślając, że w szczególnych, wyjątkowych przypadkach wspólnik spółki z o.o. powinien ponosić osobistą odpowiedzialność ze swojego majątku za zobowiązania spółki⁴⁵³. BSG rozwinął tę argumentację w następujący sposób: „W tych przypadkach zawodzi powołanie się na przywilej [wyłączenia,

⁴⁵² Wyrok BSG z dnia 7 grudnia 1983 r. w sprawie 7 RAr 20/82.

⁴⁵³ *Ibidem*, nb 25.

przypomnienie P.M.W.] odpowiedzialności z § 13 ust. 2 GmbHG; wyłączająca odpowiedzialność rozdzielną między spółką a wspólnikiem ulega zniesieniu, zobowiązanie spółki przebija się na wspólnika. Wspólnik traktowany jest tak, jakby to on sam zaciągnął zobowiązanie. Decydującym dla tego [przebicia, przypomnienie P.M.W.] kryterium jest ocena konkretnego stanu faktycznego na podstawie zasady dobrych obyczajów w rozumieniu § 242 BGB. Jeżeli z tego wynika, że powołanie się na wyrażoną w § 13 ust. 2 GmbHG zasadę rozdzielną stanowi niedopuszczalne wykonywanie prawa, ponieważ forma osoby prawnej została w sposób oczywisty użyta do osiągnięcia nieakceptowanego przez porządek prawny, a zatem właściwie sprzecznego z prawem, skutku, wyłączenie odpowiedzialności odpada. Celem § 13 ust. 2 GmbHG nie jest mianowicie zabezpieczenie – poprzez wyrażoną w nim rozdzielną między odpowiedzialnością spółki i odpowiedzialnością wspólników – stojących w sprzeczności z porządkiem prawnym zachowań i ich skutków i poprzez to uniemożliwienie stosowania innych zorientowanych celowo i zgodnych z porządkiem prawnym norm. W tym sensie za wyzwalające odpowiedzialność przebijającą nadużycie formy prawnej osoby prawnej należy uznać takie posługiwanie się tą formą, które stanowi próbę obejścia za jej pomocą przepisów ustawy, naruszenie obowiązków umownych oraz obiektywnie sprzeczne z prawem szkodenie osobom trzecim. Nadużyciem może być zarówno założenie i wykorzystanie osoby prawnej, jak i powoływanie się na prawną samodzielność osoby prawnej, która została założona pierwotnie w sposób niestanowiący nadużycia⁴⁵⁴.

Federalny Sąd Społeczny podkreślił, że korzystanie z konstrukcji odpowiedzialności przebijającej może nastąpić w wyjątkowych i uzasadnionych przypadkach, do których właśnie należy rozpatrywana sprawa. BSG zwrócił uwagę na stan niewypłacalności spółki GmbH & Co. KG oraz na okoliczność, że kwota uzyskana z urzędu pracy z tytułu udzielonej spółce pożyczki, była przeznaczona w istocie na spłatę przez spółkę czynszu najmu na rzecz powoda jako wynajmującego⁴⁵⁵. Przede wszystkim BGS zwrócił jednak uwagę na niedokapitalizowanie spółki z o.o.-komplementariusza⁴⁵⁶. BSG podkreślił, że w chwili udzielenia pożyczki GmbH & Co. KG była nie tylko niedokapitalizowana, lecz również całkowicie pozbawiona majątku oraz zadłużona, przez co ryzyko prowadzenia działalności spółki zostało całkowicie przerzucone na wierzycieli spółki⁴⁵⁷. W związku z takim kwalifikowanym niedokapitalizowaniem spółki roszczenie z powodu nadużycia formy prawnej GmbH powinno przysługiwać nawet, jeżeli niedokapitalizowanie miało

⁴⁵⁴ *Ibidem*, nb 26. W wyroku tym widoczny jest silny wpływ koncepcji rozwiniętej przez R. Sericka. Na temat tej koncepcji zob. rozdz. V pkt 2.

⁴⁵⁵ *Ibidem*, nb 29.

⁴⁵⁶ *Ibidem*, nb 30 oraz 33: Wyposażenie spółki z o.o.-komplementariusza w kapitał zakładowy w wysokości 20 000 DM, z czego wpłacono jedynie 5000 DM, było niewystarczające w stosunku do zamierzonego znacznego rozmiaru działalności prowadzonej przez GmbH & Co. KG.

⁴⁵⁷ *Ibidem*, nb 34.

charakter następczy, a pod względem podmiotowym: przynajmniej w stosunku do tych współników, którzy mogli zapobiec kontynuacji działalności przez spółkę⁴⁵⁸.

Oprócz niedokapitalizowania spółki odpowiedzialność przebijającą uzasadniało posłużenie się przez powoda konstrukcją tzw. sztafety spółek, polegającą na zakładaniu coraz to nowych spółek i przenoszeniu na nie działalności prowadzonej dotychczas przez niewypłacalną spółkę-poprzednika, przy wykorzystaniu tych samych środków w postaci maszyn, hal produkcyjnych, gruntu oraz innych składników majątkowych⁴⁵⁹. Tego rodzaju prowadzenie działalności przez powoda to obiektywne nadużycie formy prawnej poszczególnych spółek z o.o., ponieważ przerzucało ryzyko prowadzenia działalności tychże spółek wyłącznie na ich wierzycieli. Zachowanie w takiej sytuacji przywileju braku odpowiedzialności na podstawie § 13 ust. 2 GmbHG sprzeciwiałoby się nie tylko celowi tej normy, lecz byłoby również niezgodne z zasadą dobrej wiary⁴⁶⁰.

Odpowiedzialność przebijającą powoda jako współnika spółki z o.o. uzasadniało wreszcie to, że jako zarządca spółki z o.o. doprowadził on do zawarcia umowy pożyczki. Zdaniem BSG, również osoba prawna działa w sposób obiektywnie sprzeczny z dobrymi obyczajami, jeżeli domaga się ona i przyjmuje – przez swego ustawowego przedstawiciela – świadczenia przeznaczone do realizacji celu, który w chwili dokonania czynności nie jest osiągalny. W przedmiotowej sprawie, przy uwzględnieniu stanu majątkowego spółki, nierealne było bowiem stworzenie dodatkowych miejsc pracy⁴⁶¹.

Zdaniem Trybunału, całokształt obiektywnych okoliczności występujących w ustalonym stanie faktycznym uzasadnia odpowiedzialność przebijającą współnika-powoda,

⁴⁵⁸ *Ibidem*, nb 34.

⁴⁵⁹ *Ibidem*, nb 37. W przedmiotowej sprawie, wkrótce po przystąpieniu do spółki komandytowej spółki z o.o. jako komplementariusza i zarejestrowaniu stosownej zmiany w czerwcu 1975 r. (nastąpiła wówczas zmiana komplementariusza i tzw. udziałowa spółka z o.o., *Beteiligungs-GmbH*, utworzona przez powoda oraz jego żonę zastąpiła powoda na miejscu komplementariusza) została utworzona przez powoda i jego żonę, na przełomie września i października 1975 r., kolejna spółka *SPG-I... GmbH*, mająca prowadzić działalność w zakresie produkcji, sprzedaży i montażu szkła izolacyjnego. Rejestracja tej spółki nastąpiła w styczniu 1976 r. Różne budynki firmowe były położone na należącym do powoda terenie. Obydwie spółki *GmbH & Co. KG* oraz *SPG-I...-GmbH* płaciły jako najemcy 5000 DM czynszu miesięcznie na rzecz powoda. Przelew następował bezpośrednio do banku, który nabył wierzytelności z tytułu umowy najmu w drodze cesji i który to bank sfinansował w całości zakup nieruchomości należącej do powoda. Dodać należy, że powód wybudował na tej samej nieruchomości również dom mieszkalny dla siebie i swojej rodziny. Jak już wspomniano, 10 marca 1977 r. został oddalony z powodu ubóstwa masy wniosek o ogłoszenie upadłości spółki *GmbH & Co. KG*. Nieco później, 21 lipca 1977 r., przez jednego z wierzycieli został złożony również wniosek o ogłoszenie upadłości spółki *SPG-I... GmbH*, który również został oddalony z powodu ubóstwa masy w dniu 29 listopada 1977 r. Jeszcze przed złożeniem wniosku o ogłoszenie upadłości pierwszej ze spółek *GmbH & Co. KG* (23 lutego 1977 r.), a więc w dniu 11 lutego 1977 r. została założona przez żonę powoda oraz jego byłego pracownika trzecia spółka z o.o. – *G...-R...-GmbH*, w której zatrudniony został powód, a która to spółka podjęła się prowadzenia działalności, którą prowadziły dotychczas obydwie spółki. Położony na nieruchomości należącej do powoda teren firmowy, na którym podjęła działalność nowo założona spółka, został ponadto wynajęty dwóm innym firmom.

⁴⁶⁰ Tak stanowczo BSG, *ibidem*, nb 37.

⁴⁶¹ *Ibidem*, nb 38.

ponieważ świadczy on o posłużeniu się osobą prawną w sposób obiektywnie sprzeczny z celem tej instytucji prawnej. Dla tej odpowiedzialności nie jest przy tym potrzebne wystąpienie elementu subiektywnego w postaci zawinienia⁴⁶². Jednocześnie sąd stwierdził, że niezależnie od powyższego stanowiska, sposób zachowania się wspólnika i ukształtowania przezeń stosunków prawnych między nim a spółkami, a w szczególności zakładanie tychże spółek „na zapas” i przenoszenie na nie działalności gospodarczej prowadzonej dotychczas przez spółki-poprzedniczki, przy jednoczesnym pozostawieniu najistotniejszych aktywów, dzięki którym ta działalność mogła być prowadzona, w majątku wspólnika – pozwala przypisać wspólnikowi winę. Innymi słowy: ustalone w danym stanie faktycznym rażące naruszenie porządku prawnego oraz obiektywne nieposzanowanie interesów wierzycieli uzasadnia również postawienie wspólnikowi zarzutu kwalifikowanego zawinienia⁴⁶³.

Jednocześnie BSG podkreślił, że konstrukcja odpowiedzialności przebijającej stanowi samoistną podstawę roszczenia przeciwko wspólnikowi, która jest równorzędna z innymi możliwymi podstawami odpowiedzialności wspólnika, takimi jak odpowiedzialność deliktowa, czy też odpowiedzialność na podstawie *culpa in contrahendo*. Odpowiedzialność przebijająca nie ma charakteru subsydiarnego wobec innych podstaw odpowiedzialności⁴⁶⁴. Istotą odpowiedzialności przebijającej jest jedynie to, że „ignoruje ona usamodzielnienie się spółki z o.o. od wspólnika pod względem odpowiedzialności prawnej, tzn. że skutki prawne z przysługującego przeciwko spółce z o.o. roszczenia wywodzone są w taki sposób, jakby nie nastąpiło prawne usamodzielnienie się [spółki] albo przestało ono obowiązywać, tak że wspólnika należy traktować w taki sposób, jakby to on sam zobowiązał się [osobiście] wobec wierzycieli spółki”⁴⁶⁵.

2.2. Pomieszanie majątków spółki i wspólnika

Pomieszanie majątków spółki i wspólnika stanowi jedyną zasadniczo niekwestionowaną zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie niemieckim grupę przypadków

⁴⁶² *Ibidem*, nb 39. Pod tym względem BSG w sposób wyraźny zrywa z subiektywną koncepcją R. Sericka.

⁴⁶³ *Ibidem*, nb 40.

⁴⁶⁴ *Ibidem*, nb 42. Oznacza to, że roszczenie przeciwko wspólnikowi na podstawie konstrukcji przebiecia pozostaje w swoistej konkurencji do innych podstaw odpowiedzialności i uprawniony może wybrać dowolną podstawę odpowiedzialności, ewentualnie powołać się na kilka z nich, dochodząc swych roszczeń od wspólnika.

⁴⁶⁵ *Ibidem*, nb 42: „Das Wesen des Haftungsdurchgriffs besteht lediglich darin, daß er die haftungsrechtliche Verselbständigung der GmbH gegenüber dem Gesellschafter ignoriert, d.h. die Rechtsfolgen aus dem gegen die GmbH bestehenden Anspruch so abgeleitet werden, als wenn die rechtliche Verselbständigung wirksam nicht eingetreten ist oder nicht mehr gilt, so daß der Gesellschafter sich so behandeln lassen muß, als wenn er sich dem Gesellschaftsgläubiger gegenüber selbst verpflichtet hätte”.

odpowiedzialności przebijającej⁴⁶⁶. Po ostatniej zmianie orzecznictwa niemieckiego dotyczącego odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki jest to również jedyna grupa sytuacji uzasadniających stosowanie konstrukcji odpowiedzialności przebijającej w niemieckiej judykaturze.

Jak już wspomniano, przez pomieszczenie majątków spółki i wspólnika należy rozumieć taką sytuację, w której w żaden sposób nie można odróżnić majątku spółki od prywatnego majątku wspólnika (wspólników)⁴⁶⁷. Tylko taki stan ogólnego pomieszczenia majątków uzasadnia odpowiedzialność przebijającą wspólników. Do jej przyjęcia nie wystarczą bowiem pojedyncze akty sięgania do majątku spółki przez wspólników. Dopiero niemożliwość rozgraniczenia majątku spółki od majątku wspólników, połączona najczęściej z nieprzejrystą księgowością prowadzą do tego, że nie mogą znaleźć zastosowania przepisy mające na celu ochronę kapitału zakładowego, których przestrzeganie przez wspólników – zgodnie ze współczesną teorią celu normy – uzasadnia przywilej wyłączenia odpowiedzialności wyrażony w §13 ust. 2 GmbHG⁴⁶⁸. Niektórzy autorzy omawiający stan pomieszczenia majątków określają go zamiennie i obrazowo mianem „kosza na bieliznę”, a to z uwagi na wymieszanie składników majątkowych spółki i wspólnika, zwłaszcza w sytuacji nieprowadzenia przez spółkę księgowości⁴⁶⁹. Inni autorzy podkreślają różnice między obydwoma rodzajami sytuacji⁴⁷⁰. Jednakże jeżeli nawet będzie się odróżniać obydwie sytuacje, należy przyjąć, że sytuacja „kosza na bieliznę” stanowi odmianę stanu pomieszczenia majątków⁴⁷¹.

Konsekwencją pomieszczenia majątków spółki i wspólników jest osobista odpowiedzialność wspólników za zobowiązania spółki z o.o. na podstawie stosowanego *per analogiam* § 128 HGB⁴⁷².

Takie stanowisko doktryny znalazło potwierdzenie w jednym z najnowszych orzeczeń Federalnego Trybunału Sprawiedliwości. W wyroku z dnia 14 października 2005 r., w sprawie II ZR 178/03, BGH wyraźnie opowiedział się za odpowiedzialnością przebijającą wspólników spółki z o.o. z powodu pomieszczenia majątków na podstawie stosowanego

⁴⁶⁶ Zob. T. Raiser, [w:] P. Ulmer, M. Habersack, M. Winter (Hrsg.), *Gesetz...*, 2. Aufl., § 13, nb 130.

⁴⁶⁷ Tak G. Bitter, [w:] *Scholz. Kommentar...*, § 13, nb 132. Zob. rozdz. III pkt 2.2 niniejszego opracowania.

⁴⁶⁸ Zob. *ibidem*, § 13, nb 132–133. Istnieją również próby uzasadnienia odpowiedzialności za pomieszczenie majątków na gruncie innych teorii odpowiedzialności przebijającej, a także koncepcji negujących potrzebę stosowania konstrukcji odpowiedzialności przebijającej, do których należą m.in. teoria szczególnego stosunku prawnego oraz próba analogicznego stosowania do odpowiedzialności wspólników przepisów o odpowiedzialności członków zarządu za naruszenie obowiązków z zakresu rachunkowości. Teorie te nie będą jednak stanowić przedmiotu analizy w niniejszym opracowaniu. Zob. jednak szerzej I. Funke, *op. cit.*, § 13, nb 360.

⁴⁶⁹ Tak G. Bitter, [w:] *Scholz. Kommentar...*, § 13, nb 132; M. Lutter, W. Bayer, *op. cit.*, § 13, nb 19.

⁴⁷⁰ Zob. K. Wappler, *op. cit.*, s. 275–276 oraz rozdz. III pkt 2.3 niniejszego opracowania.

⁴⁷¹ Tak P. Ulmer, *Anmerkung zum KBV-Urteil vom 24.06.2002*, JZ 2002, nr 21, s. 1051.

⁴⁷² Tak reprezentatywnie M. Lutter, W. Bayer, *op. cit.*, § 13, nb 19.

w sposób odpowiedni przepisu § 128 HGB⁴⁷³. Sąd stanowczo podkreślił, że odpowiedzialność przebijająca wspólnika spółki z o.o. za pomieszczenie majątków prowadzi do pozbawienia go przywileju wyłączenia odpowiedzialności wyrażonego w § 13 ust. 2 GmbHG⁴⁷⁴, co mogłoby wskazywać na opowiedzenie się przez BGH za współczesną koncepcją celu normy jako teoretyczną podstawą odpowiedzialności przebijającej. Jednakże BGH nie zrealizował w sposób konsekwentny założeń tej teorii, która ma charakter czysto obiektywny⁴⁷⁵, skoro w tej samej części tenoru wyraźnie sformułował tezę, że odpowiedzialność wspólników jest odpowiedzialnością za zachowanie (*Verhaltenshaftung*), a nie odpowiedzialnością za stan (sytuację) spółki (*Zustandshaftung*). Zgodnie z tym założeniem odpowiedzialność na zasadzie przebiccia ponosi tylko ten wspólnik, który ze względu na wywierany przez niego jako jedyne albo większościowego wspólnika wpływ odpowiada za stan pomieszczenia majątków⁴⁷⁶. Dodatkowo BGH stwierdził, że ciężar dowodu i obowiązek wykazania niekontrolowanego pomieszczenia majątku spółki z majątkiem prywatnym wspólników spoczywa zasadniczo na powodzie, którym w przedmiotowej sprawie był syndyk masy upadłości. Jednakże na wspólnikach spoczywa tzw. wtórny ciężar dowodu

⁴⁷³ Wyrok BGH z dnia 14 października 2005 r., II ZR 178/03, pkt a) tenoru. Przyjęcie tej podstawy odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. za zobowiązania spółki oznacza jednocześnie, że mogą oni podnosić zarzuty przysługujące spółce na podstawie § 129 HGB stosowanego *per analogiam* (zob. pkt 23 uzasadnienia wyroku).

⁴⁷⁴ Zob. wyrok BGH z dnia 14 października 2005 r., II ZR 178/03, pkt b) tenoru. W uzasadnieniu wyroku sąd wyjaśnił, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem BGH osobista odpowiedzialność wspólników spółki z o.o. wchodzi w rachubę, kiedy rozgraniczenie majątku spółki od majątku prywatnego jest utrudnione ze względu na nieprzejrzystą księgowość lub z innego powodu, a w związku z tym nie mogą funkcjonować przepisy dotyczące utrzymania kapitału zakładowego, których przestrzeganie zapewnia nieodzowne wyrównanie (w znaczeniu: nieodzownego wymogu) dla ograniczenia odpowiedzialności do majątku spółki. W takich przypadkach uniemożliwiona jest bowiem kontrola nad wykorzystaniem stanowiącego (ekonomiczną) podstawę odpowiedzialności majątku spółki. Taka sytuacja wchodzi w rachubę szczególnie wtedy, kiedy w spółce nie jest w ogóle prowadzona księgowość. Zob. pkt 14 a) uzasadnienia wyroku: „Nach der Rechtsprechung des Senates kommt eine persönliche Haftung von GmbH-Gesellschaftern in Betracht, wenn die Abgrenzung zwischen Gesellschafts- und Privatvermögen durch eine undurchsichtige Buchführung oder auf andere Weise verschleiert worden ist und deshalb die Kapitalerhaltungsvorschriften, deren Einhaltung ein unverzichtbarer Ausgleich für die Haftungsbeschränkung auf das Gesellschaftsvermögen (§ 13 Abs. 2 GmbHG) ist, nicht funktionieren können [...] Denn es handelt sich hier um Fälle, in denen eine Kontrolle über die Verwendung des haftenden Gesellschaftsvermögens vereitelt wird (vgl. BGHZ 95, 330, 334). Das kann insbesondere dann in Betracht kommen, wenn es an einer Buchführung überhaupt fehlt (BGHZ 125, 366, 368)“.

⁴⁷⁵ Por. cytowany powyżej pogląd P. Ulmera o obiektywnym charakterze współczesnej teorii celu normy: Hachenburg/Ulmer, *GmbHG*, Anh § 30, nb 55.

⁴⁷⁶ Wyrok BGH z dnia 14 października 2005 r., II ZR 178/03, pkt b) tenoru. W uzasadnieniu wyroku BGH wyjaśnia, że wymóg bycia odpowiedzialnym przez wspólnika za stan pomieszczenia majątków chronić ma wspólników przed odpowiedzialnością przebijającą w sytuacji, kiedy to za pomieszczenie majątków odpowiedzialny jest nierzetelny zarządca spółki. W takim przypadku wspólnik byłby pokrzywdzony podwójnie: musiałby ponieść nie tylko konwencje szkody wyrządzonej „jego” spółce przez zarządcę, lecz ponadto byłby narażony na odpowiedzialność przebijającą. BGH podkreślił wyraźnie, że wspólnik spółki GmbH jest uprawniony na podstawie § 46 nr 6 GmbHG do kontroli zarządców we własnym interesie, nie jest natomiast zobowiązany do tej kontroli w interesie wierzycieli [por. pkt 17 c) uzasadnienia wyroku].

i obowiązek udowodnienia przeciwności, a więc wykazania braku pomieszania majątków⁴⁷⁷. Sąd podkreślił ponadto, że sam brak „podwójnej księgowości” nie stanowi wystarczającego dowodu świadczącego o pomieszczeniu majątków⁴⁷⁸.

Można by się zastanawiać, czy podkreślenie przez BGH wymogu odpowiedzialności współnika za stan pomieszania majątków stanowi odstępstwo od współczesnej teorii celu normy i jej obiektywnego charakteru, na co zwrócił m.in. uwagę G. Bitter, który jednocześnie skrytykował takie stanowisko sądu, podnosząc, że korzyści ze stanu pomieszania majątku mogą czerpać również ci współnicy spółki, którzy nie odpowiadają za ten stan⁴⁷⁹.

Wydaje się jednak, że doprecyzowanie przesłanek odpowiedzialności dokonane przez BGH jest zasadne i nie sprzeciwia się założeniom współczesnej koncepcji celu normy, bowiem przesłanka „odpowiedzialności” za stan pomieszania majątków nawiązuje do pozycji współnika w spółce jako jedyne go współnika albo współnika większościowego, co pozwala przypuszczać, że może ona podlegać podobnej obiektywizacji, jak wprowadzony przez P. Ulmera wymóg rozpoznawalności stanu niedokapitalizowania przez współników i przypisywalności niedokapitalizowania współnikom, który mimo zawierania w sobie elementu subiektywnego może podlegać obiektywizacji⁴⁸⁰.

BGH nie wypowiedział się w sposób wyraźny na temat zakresu odpowiedzialności współników za zobowiązania w przypadku pomieszania majątków. Jednak z istoty odpowiedzialności na podstawie § 128 HGB stosowanego analogicznie wynika, że jest to odpowiedzialność w pełnej wysokości dochodzonych od spółki roszczeń z całego majątku

⁴⁷⁷ Wyrok BGH z dnia 14 października 2005 r., II ZR 178/03, pkt c) tenoru. Oznacza to, że to właśnie współnicy zobowiązani są wykazać brak podstaw ich odpowiedzialności jako osoby lepiej rozeznane w sytuacji spółki. Nie wystarcza zatem samo zaprzeczenie twierdzeniom i dowodom przedstawionym przez powoda [por. pkt 15 b) uzasadnienia cytowanego wyroku].

⁴⁷⁸ Zob. wyrok BGH z dnia 14 października 2005 r., II ZR 178/03, pkt c) tenoru. Obowiązek prowadzenia tzw. podwójnej księgowości (*doppelte Buchführung*) wynika z § 41 GmbHG w powiązaniu z § 238 HGB i obciąża, co należy podkreślić, członków zarządu. Jak wyjaśnił BGH w uzasadnieniu cytowanego wyroku, sam brak podwójnej księgowości nie wystarcza do przyjęcia wystąpienia pomieszania majątków, jeżeli przesunięcia majątkowe i rozdzielnosc między majątkiem spółki a prywatnym majątkiem współników możliwe są do przesłania na podstawie innych dokumentów znajdujących się w spółce. Naruszenie obowiązków z zakresu księgowości prowadzi, jak podkreśla BGH, do odpowiedzialności odszkodowawczej zarządcy [członka zarządu niemieckiej spółki z o.o.; przypomnienie P.M.W.] na podstawie §43 ust. 2 GmbHG i nie uzasadnia samo w sobie odpowiedzialności przebijającej albo innego rodzaju zewnętrznej odpowiedzialności współnika wobec wierzycieli spółki. Zdaniem sądu, powodem tej odpowiedzialności nie jest wadliwe prowadzenie księgowości, lecz naruszający przepisy o utrzymaniu kapitału stan pomieszania majątków, za który odpowiada współnik. Jeżeli z tych powodów nie będzie możliwa kontrola przepływów finansowych, wskutek czego nie będzie możliwe rozgraniczenie masy majątkowej spółki od majątku współnika, wówczas uzasadniona jest odpowiedzialność współników za „pomieszanie majątków” [zob. pkt 15 b) uzasadnienia wyroku].

⁴⁷⁹ Zob. G. Bitter, [w:] *Scholz. Kommentar...*, § 13, nb 133.

⁴⁸⁰ Por. uwagi na temat przesłanki przypisywalności kwalifikowanego niedokapitalizowania spółki w znaczeniu nadanym jej przez P. Ulmera w rozdz. VII pkt 2.1.1 powyżej.

wspólnika. Potwierdza to stanowisko doktryny niemieckiej, zgodnie z którym w przypadku generalnego braku rozdzielnosti majątkowej wspólnik odpowiada całym swoim majątkiem za zobowiązania spółki⁴⁸¹.

W przełomowym wyroku dotyczącym odpowiedzialności wspólników za unicestwienie egzystencji spółki w sprawie *Trihotel*⁴⁸², w którym BGH dokonał istotnej zmiany linii orzeczniczej i zrezygnował z konstrukcji odpowiedzialności przebijającej w tego rodzaju przypadkach, sąd wyraźnie podkreślił, że w przypadkach pomieszczenia majątków spółki i wspólnika BGH nadal opowiada się za koncepcją odpowiedzialności przebijającej jako teoretyczną podstawą odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki, w ramach której podstawę prawną zewnętrznej odpowiedzialności przebijającej wspólników wobec wierzycieli spółki stanowi stosowany analogicznie § 128 HGB⁴⁸³.

2.3. Pomieszczenie sfer spółki i wspólnika

Wśród przypadków uzasadniających zastosowanie konstrukcji odpowiedzialności przebijającej wymienia się tradycyjnie tzw. pomieszczenie sfer spółki i wspólnika, które, jak już wyżej wspomniano, cechuje się naruszeniem zasady odrębności spółki i wspólnika w sferze organizacyjnej, a więc takim występowaniem w obrocie spółki i wspólnika, że trudne jest rozróżnienie, czy czynności prawnej dokonuje sama spółka z o.o. reprezentowana przez wspólnika, czy też wspólnik samodzielnie, działając we własnym imieniu. Czynnikiem wprowadzającym w błąd jest posługiwanie się w obrocie przez spółkę i wspólnika podobną firmą, prowadzenie działalności w tych samych pomieszczeniach oraz posługiwanie się tym samym personelem⁴⁸⁴. W doktrynie niemieckiego prawa spółek, nawet wśród zwolenników stosowania konstrukcji odpowiedzialności przebijającej, przeważa obecnie zdecydowanie pogląd, że ta grupa przypadków nie uzasadnia odpowiedzialności przebijającej wspólników spółki z o.o., a związane z pomieszczeniem sfer spółki i wspólnika problemy mogą zostać rozwiązane przy wykorzystaniu

⁴⁸¹ Tak K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht...*, s. 234–235. Natomiast samo wzbogacenie majątku wspólnika kosztem przedmiotów majątkowych należących pierwotnie do masy majątkowej spółki, które da się jednostkowo ustalić, prowadzić będzie jedynie do przedmiotowego rozszerzenia odpowiedzialności wspólnika o te przedmioty (por. *ibidem*, s. 234). Wówczas jednak nastąpi to na ogólnych zasadach obowiązujących w postępowaniu egzekucyjnym. Dobry przykład takiego przedmiotowego i jednostkowego zarazem pomieszczenia majątków podaje G. Bitter, [w:] *Scholz. Kommentar...*, § 13, nb 135: Jeżeli w majątku spółki znajduje się rzecz należąca do wspólnika, to w przypadku egzekucji prowadzonej przeciwko spółce na podstawie tytułu wykonawczego, skuteczne wytoczenie przez wspólnika powództwa przeciwegzekucyjnego wymaga tego, aby przestrzegana była w spółce w sposób przejrzysty zasada rozdzielnosti majątków spółki i wspólnika. W przeciwnym razie wspólnik nie będzie w stanie wykazać, że dana rzecz należy do niego i przez to nastąpi skuteczne objęcie egzekucją rzeczy stanowiącej jego własność.

⁴⁸² Wyrok BGH z dnia 16 lipca 2007 r. w sprawie II ZR 3/04 – *Trihotel*.

⁴⁸³ Zob. wyrok BGH z dnia 16 lipca 2007 r. w sprawie II ZR 3/04 – *Trihotel*, nb 27 uzasadnienia.

⁴⁸⁴ Por. wyżej rozdział III pkt 2.4.

ogólnych reguł wykładni oświadczeń woli, a także zasad prawa firmowego oraz reguł dotyczących pełnomocnictwa – przy wykorzystaniu teorii pozoru prawnego⁴⁸⁵.

2.4. Nadużycie instytucji

Nadużycie instytucji stanowi ostatnią z sytuacji zaliczanych, i to nie przez wszystkich autorów, do grupy klasycznych przypadków odpowiedzialności przebijającej. Próba wyodrębnienia grupy przypadków stanowiących nadużycie instytucji, jako zdarzeń odrębnych od klasycznej „triady”: materialnego niedokapitalizowania, pomieszczenia majątków spółki i wspólnika oraz pomieszczenia sfer spółki i wspólnika, stanowi tak naprawdę próbę przeniesienia teorii obiektywnego nadużycia i teorii instytucjonalnych jako koncepcji teoretyczno-dogmatycznych, mających uzasadniać odpowiedzialność przebijającą, na płaszczyznę stanów faktycznych, do których należałoby zastosować obiektywną koncepcję nadużycia. Do takiego wniosku prowadzi analiza poglądów doktryny dotyczących odpowiedzialności za nadużycie instytucji, które zostały w sposób zwięzły przedstawione przez U. Ehrlicke⁴⁸⁶.

Odpowiedzialność przebijająca za nadużycie instytucji powinna mieć miejsce wtedy, kiedy figura osoby prawnej używana jest w sposób formalnie prawidłowy, jednakże służy ona do realizacji celów sprzecznych z zasadami obowiązującego porządku prawnego, a także wówczas, kiedy posłużenie się osobą prawną i wyłączeniem odpowiedzialności wydaje się stanowić nadużycie⁴⁸⁷. Jako przykład takiego nadużycia przedstawiany jest przypadek spółki z o.o. & Co spółki komandytowej architektów, która została ukształtowana w taki sposób, że będąca komplementariuszem spółki komandytowej spółka z o.o. miała ponosić wszelkie ryzyka działalności gospodarczej, będąc jednocześnie pozbawiona jakichkolwiek szans generowania zysku. Zdaniem M. Luttera, takie

⁴⁸⁵ Tak reprezentatywnie M. Lutter, W. Bayer, *op. cit.*, § 13, nb 24; G. Bitter, [w:] *Scholz. Kommentar...*, § 13, nb 137; L. Fastrich, *op. cit.*, § 13, nb 46. Przez odpowiedzialność za dopuszczenie pozoru prawnego (*Rechtsscheinhaftung*) rozumie się sytuację, w których dana osoba toleruje występowanie w jej imieniu tudzież posługiwanie się jej firmą przez osobę niebędącą do tego formalnie upoważnioną – w szczególności gdy osoba reprezentowana wie o działaniu w jej imieniu innej osoby i w żaden przypisywalny jej sposób nie przeciwdziała temu stanowi. W doktrynie niemieckiej taką sytuację określa się jako pełnomocnictwo przez tolerowanie (*Duldungsvollmacht*). Osobną grupę stanowią przypadki, w których osoba reprezentowana nie wie o występowaniu w jej imieniu innego podmiotu, ale przy dołożeniu należytej staranności powinna ona się o tym dowiedzieć i temu zapobiec, a wskutek tego powstaje pozór tego, że osoba reprezentowana wie i toleruje działanie rzekomego pełnomocnika – pełnomocnictwo pozorne (*Anscheinsvollmacht*). W obydwu przypadkach, mimo braku formalnego udzielenia pełnomocnictwa do działania w imieniu mocodawcy, osoba reprezentowana traktowana jest tak, jakby tego pełnomocnictwa udzieliła. Zob. na ten temat D. Medicus, *Bürgerliches Recht*, 20. Aufl., Carl Heymanns Verlag 2004, s. 63–64. Innymi słowy można by w uproszczeniu stwierdzić, że doktryna niemiecka przyjmuje, iż w takich przypadkach nastąpiło udzielenie pełnomocnictwa w sposób dorozumiany.

⁴⁸⁶ U. Ehrlicke, *op. cit.*, s. 301–302.

⁴⁸⁷ *Ibidem*, s. 301.

ukształtowanie spółki, w którym „dobre ryzyka” przypadają wyłącznie wspólnikom, a „złe ryzyka” jedynie spółce, powinno prowadzić „obiektywnie do odpowiedzialności wspólników” jako stanowiące nadużycie zarówno przywileju (wyłączenia) odpowiedzialności, jak i zasady rozdzielnosci ryzyka⁴⁸⁸. Zdaniem U. Ehrlicke, wyodrębnienie tej grupy przypadków opiera się na założeniu, że możliwe jest ustalenie takiego przeniesienia ryzyka działalności gospodarczej przez aktorów rynkowych dzięki wykorzystaniu spółki z o.o. (przez włączenie spółki z o.o. jako pośredniego ogniwa w działalności gospodarczej), które może zostać uznane za nadużycie. Dodatkowo, w przypadku uznania, że ustalenie takiego momentu albo stopnia przeniesienia ryzyka jest możliwe, powinna istnieć również możliwość ustalenia granicy między dopuszczalnymi a niedopuszczalnymi formami ukształtowania podmiotów prawa (zwłaszcza spółek z o.o.)⁴⁸⁹.

3. *Existenzvernichtung* – unicestwienie egzystencji spółki

3.1. Geneza i uzasadnienie koncepcji odpowiedzialności przebijającej za unicestwienie egzystencji spółki

3.1.1. Uwagi wstępne

Jak już wspomniano, konstrukcja odpowiedzialności przebijającej za unicestwienie egzystencji spółki zaczęła kształtować się w orzecznictwie niemieckim, poczynając od wyroku BGH w sprawie *Bremer Vulkan*⁴⁹⁰ i zastąpiła ona konstrukcję odpowiedzialności spółki dominującej w kwalifikowanym faktycznym koncernie z udziałem spółki z o.o. jako spółki zależnej (*qualifizierter faktischer GmbH-Konzern*), w ramach której do odpowiedzialności wspólnika spółki z o.o. stosowano *per analogiam* reżim przepisów niemieckiego prawa akcyjnego o odpowiedzialności koncernowej w spółce akcyjnej, a w szczególności § 303 AktG, który stosowany analogicznie stanowił podstawę bezpośredniego dochodzenia przez wierzycieli spółki ich roszczeń wobec wspólnika dominującego⁴⁹¹. Początku owego zwrotu orzecznictwa w kierunku uniwersalnej, a więc nie

⁴⁸⁸ M. Lutter, *Die zivilrechtliche Haftung in der Unternehmensgruppe*, ZGR 1982, s. 253. Poglądy tego autora jako reprezentatywne dla zwolenników wyodrębniania grupy przypadków nadużycia instytucji cytuje U. Ehrlicke, *op. cit.*, s. 301.

⁴⁸⁹ *Ibidem*, s. 302.

⁴⁹⁰ Wyrok BGH z dnia 17 czerwca 2001 r. w sprawie II ZR 178/99 – *Bremer Vulkan*.

⁴⁹¹ Zob. szeroki wywód przeprowadzony przez BGH w wyroku z dnia 16 września 1985 r. w sprawie II ZR 275/84 – sprawa *Autokran*, w szczególności nb 28 oraz 29 uzasadnienia wyroku. Zgodnie z rozwiniętą w tym wyroku i obowiązującą przez kolejne 15 lat koncepcją odpowiedzialności w kwalifikowanym koncernie faktycznym, przedsiębiorstwo dominujące (*herrschendes Unternehmen*) odpowiadało za zobowiązania spółki-córki, jeżeli kierowało spółką (dosłownie: wykonywało „władztwo kierownicze”; *Leitungsmacht*) w sposób naruszający długotrwałe interes własny spółki zależnej, traktując ją stale jak oddział przedsiębiorstwa, i jeżeli spółka ta wskutek takiego wpływu utraciła swój majątek, a przez to zdolność do zaspokojenia

tylko ściśle koncernowej, prawnospółkowej odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki można dopatrywać się jednak już w wyroku w sprawie *TBB*⁴⁹², a przede wszystkim w stanowiącym jego gruntowne omówienie artykule ówczesnego Przewodniczącego II Senatu Cywilnego Federalnego Trybunału Sprawiedliwości (*II. Zivilsenat des Bundesgerichtshof*)⁴⁹³, który to senat rozstrzyga sprawy z zakresu prawa spółek. W swoim opracowaniu Volker Röhricht stworzył teoretycznoprawne podwaliny orzeczniczej koncepcji odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki, które znalazły swój wyraz w późniejszych wyrokach BGH dotyczących tej problematyki⁴⁹⁴.

3.1.2. Deficyty ochronne systemu kapitału zakładowego

Analizując wyrok w sprawie *TBB V*, Röhricht podkreślił, że podstawę odpowiedzialności wspólnika spółki z o.o. stanowi – niedająca się zrekompensować przez jednostkowe świadczenie wyrównawcze – ingerencja tegoż wspólnika w zdolność spółki zależnej do zaspokajania roszczeń jej wierzycieli⁴⁹⁵. Przez niepodlegającą jednostkowemu wyrównaniu ingerencję wspólnika (wspólników) w sytuację spółki należy rozumieć takie czynności prawne i faktyczne wspólnika, których skutki nie mogą zostać w ogóle zniwelowane za pomocą obowiązujących w spółce z o.o. reguł utrzymania kapitału zakładowego wyrażonych w przepisach § 30 i 31 GmbHG, bo są bilansowo neutralne albo

roszczeń jej wierzycieli. BGH wybrał przy tym szczególnie skomplikowaną dogmatyczną podstawę prawną odpowiedzialności przedsiębiorstwa dominującego – stosowanie § 302 oraz § 303 AktG na podstawie podwójnej analogii. Oznaczało to, że do odpowiedzialności wspólnika spółki z o.o. należało zastosować analogicznie przepisy niemieckiej ustawy o spółce akcyjnej (pierwszy poziom analogii), ale również to, że § 302 oraz § 303 AktG, które dotyczą koncernu umownego, miały znaleźć zastosowanie do sytuacji, w których nie została zawarta ani umowa o zarządzanie spółką zależną, ani umowa o przekazywanie zysku przez spółkę zależną (*Beherrschungs-, Gewinnabführungsvertrag*), co stanowiło drugi poziom analogii (zob. T. Raiser, R. Veil, *Recht der Kapitalgesellschaften...*, s. 406, nb 29). Por. również tenor wyroku w sprawie *TBB* przedstawiony w następnym przypisie.

⁴⁹² Wyrok BGH z dnia 29 marca 1993 r. w sprawie II ZR 265/91. W punkcie 1 tenoru tego wyroku BGH stwierdził, że wspólnik przedsiębiorca dominujący nad spółką z o.o. odpowiada na podstawie stosowanych odpowiednio przepisów § 302 oraz 303 AktG, jeżeli sprawuje kierownictwo koncernowe w sposób nieuwzględniający należycie własnych interesów spółki zależnej, a wyrażony przez to spółce zależnej uszczerbek nie daje się zrekompensować przez pojedyncze (jednostkowe) świadczenia wyrównawcze („1. Der eine GmbH beherrschende Unternehmensgesellschafter haftet entsprechend den §§ 302, 303 AktG, wenn er die Konzernleitungsmacht in einer Weise ausübt, die keine angemessene Rücksicht auf die eigenen Belange der abhängigen Gesellschaft nimmt, ohne daß sich der ihr insgesamt zugefügte Nachteil durch Einzelausgleichsmaßnahmen kompensieren ließe...”).

⁴⁹³ Zob. V. Röhricht, *Die GmbH im Spannungsfeld zwischen wirtschaftlicher Dispositionsfreiheit ihrer Gesellschafter und Gläubigerschutz*, [w:] K. Geiß [et al.] (Hrsg.), *Festschrift aus Anlaß des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof, Band I*, Carl Heymanns Verlag 2000, s. 83 i n.

⁴⁹⁴ W doktrynie niemieckiej V. Röhricht zgodnie uważany jest za twórcę podwalin koncepcji odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki (zob m.in. L. Fastrich, *op. cit.*, § 13, nb 57; M. Lutter, P. Hommelhoff, [w:] M. Lutter, P. Hommelhoff, *GmbH-Gesetz...*, 16. Aufl., Anh § 13, nb 26).

⁴⁹⁵ V. Röhricht, *op. cit.*, s. 89.

zastosowanie tych przepisów nie prowadzi do pełnego wyrównania uszczerbku majątkowego, którego doznała spółka⁴⁹⁶. V. Röhricht wymienia wiele takich przypadków rozpatrywanych już wcześniej przez BGH, m.in. w ramach dotychczasowego orzecznictwa z zakresu kwalifikowanego koncernu faktycznego GmbH. Oprócz należącej zasadniczo do klasycznej grupy przypadków pomieszania majątków spółki i wspólnika sytuacji tzw. kosza na bieliznę⁴⁹⁷ są to: wypłacanie środków finansowych ze spółki oraz udzielanie zabezpieczeń rzecz osób trzecich bez stworzenia stosownych rezerw lub innego zabezpieczenia interesów spółki zależnej, ponoszenie nadmiernych ryzyk, określane również spekulacją na koszt wierzycieli⁴⁹⁸, pozbawienie spółki szans gospodarczych (biznesowych) przez finansowanie projektów rozwojowych z majątku spółki i powierzenie ich realizacji innej spółce, „sztafeta spółek”, a więc przejęcie działalności lub majątku jednej spółki przez drugą spółkę oraz nierównomierne rozłożenie szans i ryzyk związanych z działalnością na poszczególne spółki w koncernie przez skoncentrowanie całości ryzyk na jednej ze spółek – tzw. spółce-„Kopciuszkę”⁴⁹⁹.

Mając na uwadze powyższe przypadki, V. Röhricht stwierdził deficyty ochronne systemu kapitału zakładowego w spółce z o.o.

W spółce z o.o. możliwe są bowiem takie ingerencje wspólnika w majątek spółki i, szerzej, w jej funkcjonowanie, które nie są dopuszczalne w spółce akcyjnej z uwagi na ustawowo zagwarantowaną niezależność członków zarządu spółki akcyjnej od akcjonariuszy, podczas gdy w spółce z o.o. możliwe jest udzielanie przez wspólników zarządcom wiążących wskazówek i poleceń, w tym negatywnych dla spółki⁵⁰⁰.

Ponadto orzecznictwo z zakresu prawa spółek nie uznawało zasadniczo występowania własnego interesu spółki odrębnego od interesu jej jedyne go wspólnika albo działających zgodnie (wielu) wspólników, jak również, co się z tym wiąże, istnienia obowiązku lojalności tychże podmiotów wobec spółki. Prowadziło to do przyjęcia, że nie można zarzucić niczego wspólnikowi, który udziela zarządcy GmbH poleceń sprzecznych z interesem spółki albo sam bezpośrednio podejmuje działania godzące w interes spółki będąc jednocześnie jej zarządcą⁵⁰¹.

Wreszcie, autor podkreślił, że system utrzymania kapitału zakładowego przewidujący zakaz wypłat wspólnikom z majątku spółki kwot potrzebnych do pokrycia kapitału zakładowego, bazujący na kryteriach ściśle bilansowych, nie zapewnia ochrony przed pozbawieniem spółki składników majątkowych, a nawet pozbawieniem jej płynności

⁴⁹⁶ Zob. *ibidem*, s. 90, 93.

⁴⁹⁷ *Ibidem*, s. 89.

⁴⁹⁸ *Ibidem*, s. 110.

⁴⁹⁹ *Ibidem*, s. 91.

⁵⁰⁰ *Ibidem*, s. 92.

⁵⁰¹ *Ibidem*, s. 92–93.

finansowej, które, co prawda, nie prowadzą do bilansowego naruszenia przepisów o utrzymaniu kapitału zakładowego, lecz wpływają negatywnie na funkcjonowanie przedsiębiorstwa spółki, doprowadzając nawet do wystąpienia w spółce stanu niewypłacalności. W szczególności dotyczy to takich transferów majątkowych, których ujęcie w księgach rachunkowych zgodnie z zasadami bilansowymi nie oddaje w ogóle ich rzeczywistego znaczenia dla funkcjonowania spółki, jak np. pozbawienie spółki istotnych środków produkcji⁵⁰².

Nawet wówczas, gdyby pozbawienie spółki środków produkcji nastąpiło z naruszeniem reguł utrzymania kapitału zakładowego wyrażonych w § 30 i 31 GmbH, a więc prowadziłyby do obowiązku zwrotu spółce przez wspólników przedmiotowego środka produkcji albo, w przypadku braku takiej możliwości, kwoty stanowiącej równowartość „wyprowadzonego” ze spółki środka trwałego, zwrot ten nie rekompensowałby spółce szkód wyrządzonych przez pozbawienie jej istotnego środka produkcji⁵⁰³. Zwrot środka produkcji, a zwłaszcza zwrot spółce kwoty stanowiącej jego równowartość, nie jest bowiem w stanie zapobiec skutkom pozbawienia spółki takiego składnika majątkowego, do których należą załamanie gospodarcze spółki i brak zdolności do zaspokajania roszczeń wierzycieli spółki.

Takie zachowania wspólników, jak pozbawienie spółki istotnego środka produkcji, prowadzące do pozbawienia spółki zdolności do zaspokajania jej wierzycieli, nie mogą zostać zrekomensowane w ramach obowiązującego systemu ochrony kapitału zakładowego, a zwłaszcza przewidujących jednostkowy obowiązek wyrównawczy przepisów § 30 i 31 GmbHG, nawet gdyby poszczególne ingerencje wspólników w majątek spółki były dobrze udokumentowane⁵⁰⁴.

Podsumowując swoje rozważania na temat deficytów systemu ochrony kapitałowej i mechanizmu wyrównawczego zapewnianego przez przepisy § 30 i 31 GmbHG, autor wyraźnie podkreślił, że nie chroni on przed szkodliwymi zachowaniami wspólników niedającymi się zakwalifikować jako jawne albo ukryte wypłaty, a także przed skutkami takich wypłat w postaci utraty przez spółkę z o.o. zdolności do zaspokajania jej wierzycielności i upadłości spółki⁵⁰⁵. Co więcej, negatywnym skutkiem takich transferów z majątku spółki nie są w stanie przeciwdziałać przepisy o likwidacji i upadłości spółki z o.o.,

⁵⁰² *Ibidem*, s. 93.

⁵⁰³ *Ibidem*, s. 94.

⁵⁰⁴ *Ibidem*, s. 96. Brak możliwości jednostkowego wyrównania uszczerbku w majątku spółki (*Einzelausgleich*) oznacza zatem, zdaniem V. Röhrichta, nie tylko sytuację, w której zgodnie z dotychczasowym orzecznictwem BGH, nie sposób jest udokumentować poszczególnych ingerencji wspólnika w majątek spółki (zwłaszcza z uwagi na intensywność ingerencji w ramach kierownictwa koncernowego), lecz również wtedy, gdy mimo możliwości udokumentowania tych ingerencji, system utrzymania kapitału – z uwagi na samą jego istotę – nie pozwala na rekompensatę szkody, która przekracza swoim rozmiarem pojedynczą wypłatę z majątku spółki albo pojedyncze pozbawienie spółki danego składnika majątkowego.

⁵⁰⁵ *Ibidem*, s. 96–97.

bo w ramach tych postępowań zmniejszeniu ulega wartość zbywcza składników majątkowych spółki (zwłaszcza przy uwzględnieniu ich amortyzacji), a ponadto praktyka pokazuje, że w spółkach pozbawionych zdolności przetrwania wskutek pozbawienia ich środków produkcji szybko narasta kwota zobowiązań, które nie są w stanie zostać pokryte z kwot stanowiących równowartość kapitału zakładowego. Dodatkowo, nawet niezwłoczne zaniechanie działalności produkcyjnej nie zwalnia natychmiastowo od obowiązku dalszego ponoszenia kosztów stałych, takich jak czynsz najmu, kosztów energii, wynagrodzenie pracowników, itp.⁵⁰⁶

Ponieważ prawo spółek nie przewiduje należytej sankcji za przedstawione powyżej działania lub zaniechania wspólników nieobjęte systemem ochronnym kapitału zakładowego, pozostaje, zdaniem autora, jedynie możliwość sięgnięcia do deliktowej podstawy odpowiedzialności i skorzystania z klauzuli generalnej § 826 BGB, co jednak może nastąpić jedynie przy pogwałceniu subiektywnego elementu tej normy⁵⁰⁷.

3.1.3. Potrzeba i uzasadnienie prawnośpółkowej ochrony wierzycieli spółki z o.o.

Ustalenie wykazanych powyżej deficytów ochronnych systemu kapitału zakładowego wymaga, zdaniem V. Röhrichta, odpowiedzi na pytanie, czy stanowią one niezamierzoną przez ustawodawcę, a przynajmniej dopuszczoną z uwagi na wyższe cele, lukę regulacyjną, wymagającą jej wypełnienia przez stworzenie prawnośpółkowych reguł w postaci konstrukcji odpowiedzialności przebijającej⁵⁰⁸.

Autor odpira przy tym krytykę różnych autorów, a w szczególności U. Ehrlicke⁵⁰⁹, którzy zanegowali występowanie luki regulacyjnej i zakwestionowali potrzebę rozwijania koncepcji odpowiedzialności przebijającej. V. Röhricht zgadza się z argumentami owych krytyków odnośnie do roli, jaką pełnić ma spółka z o.o. jako forma podejmowania działalności gospodarczej przy wykorzystaniu ograniczonego zaangażowania kapitałowego i przy jednoczesnym ograniczeniu ryzyk związanych z tą działalnością. Autor akceptuje polityczno-prawną intencję ustawodawcy, który wprowadzając tę formę prawną prowadzenia działalności gospodarczej spodziewał i spodziewa się osiągnięcia (ogólnych) korzyści ekonomicznych przez umożliwienie szerokim kręgom podmiotów

⁵⁰⁶ *Ibidem*, s. 95.

⁵⁰⁷ *Ibidem*, s. 97. Autor ma zapewne na myśli próbę maksymalnego rozszerzenia w orzecznictwie pojęcia winy umyślnej przez taką interpretację pojęcia zamiaru ewentualnego, która zbliża go stopniowo do winy nieumyślnej w postaci niedbalstwa.

⁵⁰⁸ *Ibidem*, s. 97.

⁵⁰⁹ Zob. U. Ehrlicke, *op. cit.*, s. 257 i n. Poglądy tego autora i innych krytyków koncepcji odpowiedzialności przebijającej zostaną przedstawione w dalszej części pracy.

dostępu do rynku i usamodzielnienia się, co ma właśnie zapewnić określona ustawowo minimalna wysokość kapitału zakładowego spółki z o.o.⁵¹⁰

Zdaniem V. Röhrichta, nie może to jednak prowadzić do wniosku, że ustawodawca – dopuszczając do częściowej socjalizacji ryzyk gospodarczych i stwarzając współnikowi (wspólnikom) możliwość prowadzenia działalności gospodarczej pod szyldem ochronnym spółki z o.o. – chciał zwolnić współnika (wspólników) z obowiązku rzetelnego i zgodnego z wymogami staranności kupieckiej obchodzenia się z przypisanym spółce majątkiem szczególnym⁵¹¹. Przeciwnie, z całokształtu regulacji dotyczącej spółki z o.o. wynika, zdaniem autora, zamiar ustawodawcy zapewnienia wierzycielom spółki z o.o. należytej ochrony. Świadczą o tym nie tylko przepisy o ochronie kapitału zakładowego, w tym przepisy dotyczące aportów, oraz regulacja tzw. pożyczek zastępujących kapitał, lecz również przepisy przewidujące sankcje, zarówno cywilno-, jak i karnoprawne, za spóźnione złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości spółki oraz przepisy regulujące podstawy ogłoszenia upadłości⁵¹².

Na szczególną uwagę zasługuje podnoszony przez autora za M. Winterem⁵¹³ argument, że o zamiarze ustawodawcy zapewnienia należytej ochrony wierzycielom spółki z o.o. i dominacji zasady ochrony wierzycieli spółki z o.o. nad swobodą decyzyjną współników świadczą przepisy dotyczące likwidacji spółki z o.o., które mają zastosowanie poza sytuacją kryzysową spółki⁵¹⁴. Ustanawiając te przepisy, ustawodawca wyraźnie podkreślił, że zakończenie działalności i ustanie egzystencji spółki z o.o., a także dezinvestycja (zwrot) wniesionego do niej tytułem wkładów oraz nabytego w toku działalności spółki majątku, mogą nastąpić tylko w ramach przewidzianego dla tych czynności trybu w postaci postępowania likwidacyjnego. W ramach tego postępowania współnikowi przysługuje jedynie nadwyżka majątku, która pozostaje po zaspokojeniu albo zabezpieczeniu wszystkich znanych wierzycieli spółki⁵¹⁵.

Zdaniem V. Röhrichta, całokształt przepisów chroniących wierzycieli spółki z o.o., w tym zwłaszcza przepisy o postępowaniu likwidacyjnym spółki z o.o., stanowi wyraz wyraźnej i stanowczej decyzji ustawodawcy o stworzeniu skutecznej ochrony wierzycieli spółki z o.o. Co więcej, zdaniem autora, ta złożoność regulacji świadczy o tym, że ustawodawca nie chciał ograniczyć się do jednostkowej i punktowej ochrony, którą zapewnia ogólne prawo cywilne, zwalczające sytuacje nadużyć, m.in. za pomocą przepisów z zakresu prawa deliktowego, takich jak § 826 BGB oraz § 823 ust. 2 BGB w zw.

⁵¹⁰ V. Röhricht, *op. cit.*, s. 98.

⁵¹¹ *Ibidem*, s. 98.

⁵¹² Szerzej na ten temat V. Röhricht, *op. cit.*, s. 99–100.

⁵¹³ W tym miejscu V. Röhricht odsyła do przełomowej rozprawy doktorskiej M. Wintera: M. Winter, *Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH-Recht*, München 1988, s. 204.

⁵¹⁴ V. Röhricht, *op. cit.*, s. 100.

⁵¹⁵ *Ibidem*.

z § 266 StGB⁵¹⁶. Ochronę tę powinien natomiast zapewnić system dopasowanych do siebie i uzupełniających się reguł z zakresu prawa spółek, wspieranych na etapie kryzysu spółki przez prawo upadłościowe⁵¹⁷. Myślą przewodnią tak rozumianej i zapewnianej przez prawo spółek systematycznej ochrony wierzycieli spółki z o.o. jest – na co zwrócili uwagę już w doktrynie prawa spółek P. Ulmer, M. Winter oraz H.-J. Priester, na których poglądy V. Röhricht wyraźnie powołuje się dla wsparcia swojej argumentacji⁵¹⁸ – zabezpieczenie egzystencji spółki jako odrębnego od jej wspólników podmiotu. Jako osoba prawna spółka z o.o. dysponuje mianowicie własnym, zabezpieczonym przed wspólnikami majątkiem, który umożliwia spółce przez cały okres jej istnienia, pomijając normalne ryzyko gospodarcze, samodzielne zaspokajanie jej zobowiązań. Autor wyraźnie łączy problematykę ochrony wierzycieli z problematyką ochrony spółki z o.o. jako samodzielnej osoby prawnej przed jej własnymi wspólnikami, podnosząc, że zakończenie egzystencji spółki z o.o. przez dezinwestycję (zwrot) wniesionego do niej tytułem wkładów oraz zgromadzonego w toku działalności spółki majątku mogą nastąpić tylko w drodze postępowania likwidacyjnego albo postępowania upadłościowego, jeżeli zaistnieją podstawy ogłoszenia upadłości spółki⁵¹⁹.

Zachowania wspólników opisane przez autora w ramach omawiania deficytów ochronnych systemu kapitału zakładowego i prowadzące do pozbawienia spółki materialnych, czy też niematerialnych środków⁵²⁰ niezbędnych do przetrwania spółki, które są dokonywane poza wyraźnie uregulowanym trybem postępowania likwidacyjnego, nie tylko naruszają prawo spółki do funkcjonowania jako samodzielny podmiot odpowiedzialności (*Haftungsträger*). Stanowią one „zimną” likwidację spółki, którego to określenia V. Röhricht używa za M. Winterem⁵²¹. Parafrazując obrazowy opis „zimnej” likwidacji dokonany przez V. Röhrichta można określić ją jako zachowanie wspólników prowadzące do „wyprowadzenia” ze spółki całego jej majątku z pominięciem reguł postępowania likwidacyjnego i pozostawienia wierzycielom jako podmiotu odpowiedzialności spółki z o.o. będącej swoistą „wydmuszką”, pozbawioną jakiegokolwiek znaczącego majątku, za to obciążoną samymi zobowiązaniami⁵²².

⁵¹⁶ W tym miejscu należy jedynie wyjaśnić, że § 823 ust. 2 BGB nakłada obowiązek naprawienia szkody wyrządzonej czynem niedozwolonym naruszającym prawa osób trzecich chronione ustawą, w tym przypadku poprzez § 266 StGB (niemieckiego kodeksu karnego), który przewiduje sankcję karną za przestępstwo sprzeniewierzenia (malwersacji). Taka konstrukcja przepisu oznacza, że czyn stanowiący naruszenie przepisu ustawy ochronnej (chroniącej osoby trzecie), w tym przypadku kodeksu karnego, stanowi zarazem delikt.

⁵¹⁷ *Ibidem*, s. 100.

⁵¹⁸ Zob. *ibidem*, s. 101 i powołana tam literatura.

⁵¹⁹ *Ibidem*, s. 101.

⁵²⁰ Bez względu na to, czy podlegają one wykazaniu w bilansie po stronie aktywów, czy też nie.

⁵²¹ Zob. *ibidem*.

⁵²² Zob. *ibidem*.

V. Röhricht stwierdza, że nie miałyby sensu przyjęcie, że ustawowy system efektywnej ochrony wierzycieli spółki z o.o., który – zarówno w trakcie postępowania upadłościowego, jak i poza nim – dopuszcza możliwość pozyskania składników majątkowych spółki przez jej wspólników tylko pod warunkiem przestrzegania pierwszeństwa wierzycieli spółki w zaspokojeniu się z majątku spółki, a w ramach reguł utrzymania kapitału nakłada obowiązek zwrotu „co do grosza” każdej kwoty wypłaconej ze spółki ze środków przeznaczonych na pokrycie kapitału zakładowego, dopuszczałaby do unieczyniających egzystencję spółki ingerencji wspólników albo wyposazania spółki od samego początku w niewystarczające do jej przetrwania środki finansowe w ramach konstrukcji spółki-„Kopciuszka” i nie przewidywał żadnej sankcji za tego rodzaju zachowania wspólników⁵²³. Tego rodzaju zachowania wspólników albo wybierane przez nich konstrukcje stanowią w sposób jednoznaczny obiektywne nadużycie formy prawnej spółki z o.o., ponieważ od samego początku są ukierunkowane na obejście ustawowego systemu ochrony wierzycieli, który służyć ma zrównoważeniu interesów wierzycieli spółki i wspólników⁵²⁴.

Kończąc swój wywód o potrzebie prawnośpółkowej ochrony wierzycieli spółki z o.o., V. Röhricht nie stwierdza, co prawda, wyraźnie istnienia niezamierzonej przez ustawodawcę luki regulacyjnej. Zamiast tego autor podkreśla stanowczo, że brak wyraźnego ustawowego zakazu zachowań wspólników roszadających system ochrony wierzycieli spółki z o.o. należy wytłumaczyć tym, że ustawodawca stworzył zwięzłą kodyfikację mającą na celu wyważenie interesów spółki z o.o. i jej wspólników dotyczących istnienia spółki i jej funkcjonowania w typowych sytuacjach występujących w obrocie gospodarczym. W pozostałym natomiast zakresie ustawodawca zaufał, zdaniem autora, że orzecznictwo upora się samo, bez konieczności wyraźnej regulacji ustawowej, z nietypowymi sytuacjami, które trudno ująć w abstrakcyjne normy prawne⁵²⁵.

Z całokształtu wywodów V. Röhrichta wypływa głębokie przekonanie tego autora o spójności systemu ochrony wierzycieli spółki z o.o. przez prawo spółek, w ramach którego ewentualne luki regulacyjne powinny być wypełniane w drodze sądowego rozwijania prawa (*richterliche Rechtsfortbildung*), przy czym rozwijane powinno być właśnie prawo spółek (bez konieczności sięgania do prawa deliktowego czy też klauzul generalnych z ogólnego prawa cywilnego).

⁵²³ Tak wyraźnie *ibidem*, s. 102.

⁵²⁴ *Ibidem*.

⁵²⁵ Tak wyraźnie *ibidem*.

3.1.4. Interes własny spółki z o.o. jako granica swobody decyzyjnej jej wspólników

Autor podkreśla, że jego koncepcja opiera się na trzech zasadniczych założeniach, zgodnie z którymi: 1) granicę dla równorzędności interesów spółki i jej wspólników stanowi efektywna ochrona wierzycieli spółki, do której dąży ustawodawca, 2) ustawowy system ochrony wierzycieli wspiera istnienie spółki z o.o. jako niezależnej od zrzeszonych w niej wspólników osoby prawnej, stanowiącej odrębny podmiot odpowiedzialności, który powinien być zdolny do zaspokajania swoich zobowiązań o własnych siłach, 3) egzystencja spółki może zostać zakończona wyłącznie w ramach przewidzianego w tym celu postępowania (likwidacyjnego bądź upadłościowego), które zapewnia prymat ochrony wierzycieli nad swobodą decyzyjną wspólników i w ramach którego transfer składników majątkowych ze spółki na rzecz wspólników nastąpić może jedynie w ramach nadwyżki likwidacyjnej pozostałej po zaspokojeniu znanych wierzycieli spółki⁵²⁶.

Opierając się na powyższych założeniach, V. Röhricht argumentuje, że należy stanowczo uznać istnienie własnego interesu spółki w utrzymaniu jej egzystencji również wobec jej jedyne go wspólnika albo działającej zgodnie wielośc i wspólników, który to interes wyznacza nieprzekraczalne granice uprawnieniom tychże wspólników (jako właścicielom spółki w sensie ekonomicznym) w zakresie dysponowania majątkiem spółki, wykorzystywanymi przez nią środkami oraz szansami zarobkowymi spółki⁵²⁷.

Koncepcja ta w swoim założeniu nie ma prowadzić do zabsolutyzowania i respektowania osoby prawnej jako takiej dla niej samej. Autor przychyliła się bowiem w tym zakresie do prezentowanych już wcześniej w doktrynie niemieckiej poglądów uznających spółkę z o.o. jako twór celowy, umożliwiający prowadzenie działalności gospodarczej przez ograniczenie odpowiedzialności oraz ryzyka gospodarczego do samego majątku spółki⁵²⁸. Własny interes spółki, o którym wspomina autor, pełnić ma jedynie funkcję ograniczającą uprawnienia decyzyjne wspólników w zakresie ingerowania w sferę działalności spółki z o.o. w przypadku spółek jednoosobowych oraz takich spółek, w których wspólnicy działają zgodnie, a więc nie istnieje ani potrzeba, ani możliwość ochrony interesu własnego spółki poprzez obowiązki lojalności wspólników, która to konstrukcja zakłada występowanie w spółce wspólników mniejszościowych. Koncepcja V. Röhrichta ma znaleźć zatem zastosowanie do tych spółek z o.o., które pełnią jedynie funkcję podmiotu odpowiedzialności za zobowiązania powstałe w związku z prowadzeniem przez jedyne go wspólnika (lub działających zgodnie wspólników) działalności gospodarczej w formie takiej spółki. Wspólnicy takich spółek mogą zasadniczo w każdym czasie decydować o celach spółki i jej środkach. Jedy ną funkcją, jaką pełni taka spółka (kształtującą

⁵²⁶ *Ibidem*, s. 103.

⁵²⁷ *Ibidem*.

⁵²⁸ *Ibidem*.

zarazem własny interes teŝe spółki), jest występowanie spółki w obrocie jako niezależny od wspólników podmiot prawa, który zdejmuje ze wspólników ryzyko ich działalności gospodarczej i przejmuje za nich odpowiedzialność za zobowiązania powstałe w związku z prowadzeniem tej działalności⁵²⁹. Tę funkcję podmiotu odpowiedzialności przejmującego ryzyko prowadzenia działalności gospodarczej spółka z o.o. może spełniać jednak tylko wówczas, jeżeli wspólnicy będą respektować jej prawo do utrzymania przez nią zdolności do przetrwania (zdolności do zachowania jej egzystencji), co jest tożsame z utrzymaniem przez spółkę zdolności do zaspokojenia zobowiązań, które powstały pod jej osłoną. Wymaga to, aby wspólnicy powstrzymywali się od działań ingerujących w egzystencję spółki, takich jak pozbawianie jej szans zarobkowych albo majątku. Jedyną drogą pozbawienia spółki jej egzystencji jest natomiast przewidziane w tym celu postępowanie likwidacyjne⁵³⁰.

Precyzując granice ingerencji wspólników w funkcjonowanie i egzystencję spółki z o.o., V. Röhrich stwierdza, że uznanie istnienia interesu własnego spółki w zachowaniu jej egzystencji w stosunku do jej jedyne go wspólnika albo działających zgodnie wspólników, który to interes ma w związku z tym charakter ograniczony i szczątkowy, nie narusza, wyrażonej w § 13 ust. 2 GmbHG zasady wyłączenia odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki⁵³¹. Wspólnicy nie mają obowiązku aktywnego utrzymywania egzystencji spółki przez dodatkowe nakłady dokonywane z ich majątków prywatnych, ani zabezpieczania jej w sposób aktywny przed zwyczajnymi ryzykami gospodarczymi. Ponadto, interes własny spółki, sprowadzający się do konieczności respektowania jej egzystencji, nie stanowi, zdaniem autora, podstawy do odpowiedzialności wspólników za błędy w zarządzaniu albo błędne decyzje gospodarcze. Z uznania interesu własnego spółki w ochronie jej egzystencji nie wynika zarówno zakaz podejmowania przez wspólników działalności konkurencyjnej, ani zakaz instrumentalizacji spółki do osiągnięcia przez nią wyznaczonych jej w ramach struktury koncernowej celów przez przypisanie jej określonych pól działalności, jak i zakaz rozdzielania majątku na poszczególne spółki koncernowe w celu minimalizacji ryzyk gospodarczych⁵³².

Swobodzie decyzyjnej wspólników należy jednak postawić, zdaniem V. Röhricha, granice wtedy, kiedy ma miejsce pozbawienie spółki majątku lub szans zarobkowych, które następuje bez rekompensaty i bez uwzględnienia konieczności utrzymania zdolności spółki z o.o. do zaspokajania jej zobowiązań, a wszystko to dzieje się bez zachowania formalnych procedur zabezpieczających interesy wierzycieli spółki (postępowanie likwidacyjne albo upadłościowe) i w sposób przewidywalny przy zachowaniu

⁵²⁹ Tak wyraźnie *ibidem*, s. 104.

⁵³⁰ *Ibidem*, s. 104–105.

⁵³¹ *Ibidem*, s. 105.

⁵³² *Ibidem*.

należytej staranności kupieckiej musi prowadzić do gospodarczego kryzysu i upadłości spółki⁵³³.

V. Röhrich uzupełniając powyższą formułę dotyczącą granic swobody decyzyjnej wspólników spółki z o.o., podkreśla, jakie konkretne obowiązki wynikają dla jedyne go wspólnika albo dla działających zgodnie wspólników spółki z o.o. z ogólnie sformułowanego obowiązku uwzględniania interesu własnego spółki w utrzymaniu jej egzystencji. Są to: 1) obowiązek zaniechania wszelkich zagrażających, a w konsekwencji niszczących egzystencję spółki transferów majątkowych niezależnie od tego, czy dokonywane są pod, czy ponad kwotę kapitału zakładowego spółki, a więc obowiązek powstrzymania się od pozbawiania spółki środków, niezbędnych do jej występowania w obrocie jako samodzielny podmiot odpowiedzialności, zdolny do zaspokajania swoich wierzycieli, jeżeli działania te następują z naruszeniem staranności kupieckiej (dosłownie: z naruszeniem zasad poważnego kupieckiego prowadzenia przedsiębiorstwa⁵³⁴) bez przeprowadzenia postępowania likwidacyjnego i prowadzą spółkę do stanu niewypłacalności i w związku z tym do upadłości spółki; 2) obowiązek zaniechania kształtowania umowy spółki i innych umów zawieranych ze spółką w sposób, który prowadzi do nierównego rozdzielania szans i ryzyk, kosztów i zysków na różne przedsiębiorstwa działające w ramach zgrupowania spółek, jeżeli prowadzi to do przypisania jednej ze spółek roli spółki-„Kopciuszka”, która od samego początku nie jest zdolna do przetrwania normalnych ryzyk związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej⁵³⁵.

3.1.5. Konsekwencje naruszenia przez wspólników interesu własnego spółki w utrzymaniu jej egzystencji przez zachowania unicestwiające tę egzystencję

Konsekwencją naruszenia przez wspólników spółki z o.o., a w szczególności przez jedyne go jej wspólnika, ich obowiązków (obowiązku jedyne go wspólnika) respektowania interesu własnego spółki w zachowaniu jej egzystencji i podjęcia przez nich działań, które prowadzą do unicestwienia egzystencji i upadłości spółki jest osobista odpowiedzialność wspólników (jedyne go wspólnika) za tzw. utratę roszczeń przez wierzycieli/ubytek roszczeń wierzycieli (*Ausfallhaftung*)⁵³⁶. Z całokształtu wywodów V. Röhricha wynika, że ukształtowanie tej odpowiedzialności jako odpowiedzialności za ubytek (utrata roszczenia w znaczeniu niemożliwości zaspokojenia roszczenia wierzyciela z majątku spółki) nie oznacza wcale ograniczenia jej do ściśle określonej kwoty (np. do wartości majątku „wyprowadzonego” ze spółki), skoro autor przewiduje ten

⁵³³ *Ibidem*, s. 106.

⁵³⁴ „Verstoß gegen die Grundsätze kaufmännischer Unternehmensführung”. *Ibidem*, s. 107.

⁵³⁵ *Ibidem*, s. 106–107.

⁵³⁶ *Ibidem*, s. 109, oraz szerzej: s. 111–112.

rodzaj odpowiedzialności właśnie w sytuacjach, w których zawodzi mechanizm wyrównawczy uregulowany w przepisach § 30 i 31 GmbHG. Autor nie wypowiada się natomiast wyraźnie odnośnie do kierunku tej odpowiedzialności (odpowiedzialność wewnętrzna wobec spółki, odpowiedzialność zewnętrzna wobec wierzycieli). Rozważa on różne możliwe podstawy tej odpowiedzialności. Z jednej strony, twierdzi on, że jest to prowadząca do pozbawienia wspólników przywileju wyłączenia odpowiedzialności⁵³⁷ odpowiedzialność za obiektywne nadużycie formy prawnej spółki z o.o.⁵³⁸, która w sprawie *TBB* przyjęła akurat formę obiektywnego nadużycia przez wspólnika jego pozycji dominującej⁵³⁹, i podkreśla obiektywne kryteria tej odpowiedzialności, przeciwstawiając ją odpowiedzialności deliktowej na podstawie § 826 BGB, który to przepis zawiera w sobie element subiektywny, wymagając winy umyślnej jako podstawy prawnej odpowiedzialności⁵⁴⁰. To zestawienie z § 826 BGB, który wykorzystywany był dotychczas w orzecznictwie BGH jako podstawa zewnętrznej odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. wobec jej wierzycieli, a także inne wywody autora, w tym odnoszące się do pozbawienia wspólników przywileju wyłączenia odpowiedzialności wobec wierzycieli spółki⁵⁴¹, przemawiają zdecydowanie za akceptowaniem przez niego ukształtowania tej odpowiedzialności jako odpowiedzialności zewnętrznej. Z drugiej jednak strony, autor rozważa jako podstawę tej odpowiedzialności koncepcję odpowiedzialności w ramach tzw. stosunku szczególnego (*Haftung aus einer Sonderbeziehung*) między spółką a wspólnikiem⁵⁴², co oznacza akceptowanie przez autora również wewnętrznego charakteru tej odpowiedzialności. Jedno jest natomiast pewne w poglądach autora: opowiada się on stanowczo i z naciskiem za ukształtowaniem odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki jako odpowiedzialności ściśle prawnospółkowej i sprzeciwia się oparciu jej na klauzulach generalnych prawa deliktowego⁵⁴³. Ponadto odpowiedzialność ta ma mieć zastosowanie w całym prawie spółki z o.o., a nie ograniczać się do prawa koncernowego, bowiem problematyka unicestwienia egzystencji spółki wykracza poza koncernowe stany faktyczne⁵⁴⁴.

⁵³⁷ *Ibidem*, s. 118.

⁵³⁸ *Ibidem*, s. 102.

⁵³⁹ *Ibidem*, s. 111 i 115.

⁵⁴⁰ Zob. *ibidem*, s. 115.

⁵⁴¹ Zob. *ibidem*, s. 109 i 118.

⁵⁴² Zob. *ibidem*, s. 116.

⁵⁴³ Tak dobitnie *ibidem*.

⁵⁴⁴ Tak stanowczo *ibidem*, s. 118–119.

3.2. Odpowiedzialność przebijająca za unicestwienie egzystencji spółki w orzecznictwie BGH

3.2.1. Uwagi wprowadzające

Jak już powyżej wspomniano, niemiecki Federalny Trybunał Sprawiedliwości, poczynając od wyroku w sprawie *Bremer Vulkan*⁵⁴⁵, zaczął rozwijać koncepcję odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. za unicestwienie egzystencji spółki, odstępując tym samym od konstrukcji odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki z o.o. w ramach systemu odpowiedzialności koncernowej (tzw. odpowiedzialność w koncernie faktycznie kwalifikowanym, *Haftung aus qualifiziert faktischem Konzern*). W wyrokach *Bremer Vulkan* oraz *L-Kosmetik*⁵⁴⁶ BGH poświęcił swoją uwagę pojęciom „unicestwienia egzystencji” spółki (*Existenzvernichtung*) oraz „ingerencji unicestwiającej egzystencję” (*existenzvernichtender Eingriff*). Dopiero jednak w wyroku z dnia 24 czerwca 2002 r. w sprawie *KBV*⁵⁴⁷ BGH oparł odpowiedzialność za unicestwienie egzystencji spółki na koncepcji odpowiedzialności przebijającej, określanej w niniejszej pracy jako właściwa koncepcja odpowiedzialności przebijającej⁵⁴⁸. Natomiast w wyrokach *Rheumaklinik*⁵⁴⁹, *Autovertragshändler*⁵⁵⁰ oraz *Handelsvertreter*⁵⁵¹ nastąpiło dalsze doprecyzowanie zasad odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. w ramach koncepcji odpowiedzialności przebijającej za unicestwienie egzystencji spółki.

3.2.2. Wyrok w sprawie *Bremer Vulkan*

Koncepcja odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki z o.o. znalazła swój początkowy wyraz w tenorze wyroku BGH w sprawie *Bremer Vulkan*, w którym sąd stwierdził, że „ochrona zależnej spółki z o.o. przed ingerencją jej jedyne go wspólnika nie opiera się na systemie ochronnym prawa koncernowego spółki akcyjnej (§§ 291 i n., 311 i n. AktG), lecz ogranicza się do utrzymania jej kapitału zakładowego oraz ochrony istnienia (spółki), co wymaga odpowiedniego respektowania interesów własnych spółki z o.o. Brak takiego respektowania należy stwierdzić wtedy, kiedy spółka z o.o. wskutek ingerencji jej jedyne go wspólnika nie może zaspokajać swoich zobowiązań. Jeżeli jedyny wspólnik doprowadza zależną od niego spółkę z o.o. do wniesienia jej środków (aktywów) płynnych do zdominowanego przez niego koncernowego *cash pool* (dosłownie: zespolenia płynności, *Liquiditätsverbund*), obowiązany jest on przy

⁵⁴⁵ Wyrok BGH z dnia 17 czerwca 2001 r. w sprawie *Bremer Vulkan*, II ZR 178/99.

⁵⁴⁶ Wyrok BGH z dnia 25 lutego 2002 r. w sprawie *L-Kosmetik*, II ZR 196/00.

⁵⁴⁷ Wyrok BGH z dnia 24 czerwca 2002 r. w sprawie *KBV*, II ZR 300/00.

⁵⁴⁸ Zob. powyżej rozdz. IV pkt 3.3.

⁵⁴⁹ Wyrok BGH z dnia 20 września 2004 r. w sprawie *Rheumaklinik*, II ZR 302/02.

⁵⁵⁰ Wyrok BGH z dnia 13 grudnia 2004 r. w sprawie *Autovertragshändler*, II ZR 206/02.

⁵⁵¹ Wyrok BGH z dnia 13 grudnia 2004 r. w sprawie *Handelsvertreter*, II ZR 256/02.

dysponowaniu majątkiem (spółki zależnej) do odpowiedniego uwzględniania jej interesu własnego w utrzymaniu jej zdolności do zaspokajania jej zobowiązań i nie może zagrażać jej egzystencji [...]”⁵⁵².

Z tenoru tego orzeczenia wynika zarazem stan faktyczny stanowiący przedmiot rozstrzygnięcia, a więc ingerencja wspólnika w majątek, a szerzej w funkcjonowanie spółki z o.o., przez przekazanie środków płynnych spółki do koncernowego *cash pool*, co w konsekwencji, z uwagi na gospodarcze załamanie się całej struktury koncernowej, doprowadziło do utraty płynności finansowej przez spółkę-córkę, a także do upadłości spółki dominującej⁵⁵³.

W uzasadnieniu wyroku BGH rozwinął wyrażony w tenorze pogląd o obowiązku wspólnika uwzględniania (respektowania) interesu własnego spółki w zachowaniu jej egzystencji, podkreślając, że ochrona spółki z o.o. przed ingerencjami jej jedyne go wspólnika ogranicza się do ochrony jej kapitału zakładowego na podstawie § 30 i n. GmbHG, za co na podstawie § 43 ust. 3 GmbHG odpowiadają również zarządcy spółki. Ponadto, co istotne, ochrona ta sprowadza się do zagwarantowania ochrony istnienia spółki z o.o. rozumianego jako spoczywający na jej jedynym wspólniku obowiązek odpowiedniego (stosownego, godziwego) respektowania – w ramach dokonywanych przez niego ingerencji w majątek spółki i jej szanse gospodarcze – jej własnych interesów, które wyłączone są spod dyspozycji wspólnika. Z powołaniem się na wyrok w sprawie *TBB* Federalny Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że brak jest takiego respektowania, jeżeli wskutek ingerencji wspólnika spółka zależna nie może zaspokajać swoich zobowiązań⁵⁵⁴.

Jednocześnie BGH ograniczył zakres zastosowania koncepcji odpowiedzialności przebijającej, stwierdzając, że odpowiedzialność jedyne go wspólnika za zobowiązania

⁵⁵² Zob. tenor a) i b) wyroku z dnia 17 czerwca 2001 r. w sprawie *Bremer Vulkan*, II ZR 178/99: „a) Der Schutz einer abhängigen GmbH gegen Eingriffe ihres Alleingesellschafters folgt nicht dem Haftungssystem des Konzernrechts des Aktienrechts (§§ 291 ff., 311 ff. AktG), sondern ist auf die Erhaltung ihres Stammkapitals und die Gewährleistung ihres Bestandsschutzes beschränkt, der eine angemessene Rücksichtnahme auf die Eigenbelange der GmbH erfordert. An einer solchen Rücksichtnahme fehlt es, wenn die GmbH infolge der Eingriffe ihres Alleingesellschafters ihren Verbindlichkeiten nicht mehr nachkommen kann.

b) Veranlaßt der Alleingesellschafter die von ihm abhängige GmbH, ihre liquiden Mittel in einen von ihm beherrschten konzernierten Liquiditätsverbund einzubringen, trifft ihn die Pflicht, bei Dispositionen über ihr Vermögen auf ihr Eigeninteresse an der Aufrechterhaltung ihrer Fähigkeit, ihren Verbindlichkeiten nachzukommen, angemessene Rücksicht zu nehmen und ihre Existenz nicht zu gefährden”.

⁵⁵³ Stan faktyczny przedmiotowej sprawy jest niezmiernie skomplikowany, zwłaszcza jeżeli uwzględni się, że pozwani w niniejszej sprawie w sprawie zostali członkowie zarządu spółki dominującej (spółki BVV AG), a roszczenia spółki-córki (MTW GmbH), której środki płynne zostały wniesione do *cash pool* zarządzanego przez spółkę dominującą (BVV AG), były dochodzone przez Urząd Powierniczy (*Treuhandanstalt*, THA), który nabył roszczenia spółki-córki (MTW GmbH) w drodze cesji, a ponadto dochodził od członków zarządu BVV AG swoich własnych roszczeń. Skrótowy opis stanu faktycznego sprawy *Bremer Vulkan* przedstawia m.in. K. Wappler, *op. cit.*, s. 135–136.

⁵⁵⁴ Wyrok z dnia 17 czerwca 2001 r. w sprawie *Bremer Vulkan*, II ZR 178/99, pkt I.1 uzasadnienia.

zależnej od niego spółki z o.o. w związku unicestwiającej jej egzystencję ingerencją (*bestandsvernichtender Eingriff*) wchodzi w rachubę tylko wtedy, gdy nie da się przywrócić zdolności spółki do zaspokajania jej wierzycieli przez zwrot odebranego spółce kapitału zakładowego, a więc na podstawie przepisów o ochronie kapitału zakładowego, a konkretnie § 31 GmbHG⁵⁵⁵.

Sąd stwierdził, że w przedmiotowej sprawie wystąpił brak dbałości przez wspólnika o interes własny spółki z o.o., ponieważ poczynając od 1995 r., z uwagi na utratę płynności finansowej przez koncern BVV, nie mogła ona odzyskać wniesionych przez nią do koncernowego *cash pool* środków potrzebnych do zaspokojenia jej zobowiązań. Jednocześnie w tym samym czasie zostały spełnione przesłanki zastosowania § 30 GmbHG. Jednakże BGH nie przeprowadził dalszych rozważań faktycznych i prawnych, w szczególności dotyczących możliwości przywrócenia zdolności spółki z o.o. do zaspokajania jej wierzycieli przez zastosowanie § 31 GmbHG, a w braku takiej możliwości dotyczących potrzeby rekompensaty przy wykorzystaniu konstrukcji odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki, bowiem powód skierował niewłaściwie powództwo przeciwko członkom zarządu spółki akcyjnej BVV-AG, podczas gdy roszczenie należało skierować, zarówno zgodnie z przepisami o ochronie kapitału zakładowego spółki z o.o., jak i z konstrukcją odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki, przeciwko samemu wspólnikowi, w tym przypadku BVV-AG⁵⁵⁶.

Odnosząc się do ingerencji w majątek i szanse gospodarcze spółki z o.o. przez jej wspólnika, której konsekwencją jest odpowiedzialność wspólnika za unicestwienie egzystencji spółki, należy stwierdzić, że w przedmiotowej sprawie ingerencją było zawarcie między wspólnikiem a zależną od niego spółką z o.o. umowy o „wewnątrzkoncernowe finansowanie i lokaty kapitałowe”, która zobowiązywała spółkę zależną do przekazywania wszystkich wolnych środków płynnych do koncernowego *cash pool*. Ingerencja ta doprowadziła, wskutek załamania się płynności finansowej w koncernie, do niemożliwości zaspokajania przez spółkę z o.o. jej zobowiązań. Przedmiotowa sprawa dotyczyła zatem przypadku zaliczanego do grupy utraty przez spółkę z o.o. płynności wskutek uczestnictwa w *cash pool*⁵⁵⁷.

Sąd nie wypowiedział się natomiast szerzej odnośnie do podstaw odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki. Jedynie pod koniec swoich rozważań zawartych w uzasadnieniu wyroku, a dotyczących nabytego przez powoda w drodze cesji roszczenia uczestniczącej w koncernowym *cash pool* spółki MTW GmbHG, BGH wspominał o roszczeniach spółki z o.o. z tytułu unicestwiającej egzystencję ingerencji wspólnika

⁵⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁵⁶ Zob. *ibidem*, pkt I.1. *in fine* uzasadnienia.

⁵⁵⁷ Por. rozdz. III. 2.6 niniejszej rozprawy.

w jej majątek i szanse gospodarcze⁵⁵⁸. Mogłoby to sugerować, że w wyroku *Bremer Vulkan* BGH rozważał ukształtowanie odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki jako odpowiedzialności wewnętrznej wobec spółki, ale brak kompleksowych uwag w tym zakresie, a także brak wyraźnego wskazania przez sąd podstawy prawnej dla dochodzenia takiego roszczenia nie daje co do tego pewności. Za ewentualnym zamiarem ukształtowania tej odpowiedzialności jako odpowiedzialności zewnętrznej wobec wierzycieli, przemawia natomiast stanowcze odniesienie się przez sąd do wyroku w sprawie *TBB*, w którym BGH podkreślił, że (teoretyczną) podstawą odpowiedzialności współnika jest obiektywne nadużycie jego pozycji dominującej w spółce (*objektiver Mißbrauch der beherrschenden Gesellschafterstellung*)⁵⁵⁹, co wskazywałoby na przejęcie przez BGH ogólnych zasad odpowiedzialności przebijającej. Dodatkowo, w samym wyroku *Bremer Vulkan* BGH wyraźnie wspomniał o odpowiedzialności jedyne go współnika za zobowiązania spółki, co również przemawia za koncepcją odpowiedzialności zewnętrznej wobec wierzycieli spółki⁵⁶⁰.

3.2.3. Wyrok w sprawie *L-Kosmetik*

W sprawie *L-Kosmetik*⁵⁶¹ Federalny Trybunał Sprawiedliwości nie dopatrył się, co prawda, spełnienia przesłanek odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki⁵⁶², uznał on jednak za stosowne wykorzystanie jej rozwinięcia swojego stanowiska na temat odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki.

W pkt b) tenoru wyroku BGH stwierdził, że odpowiedzialność za ubytek/utratę (*Ausfallhaftung*) z powodu ingerencji unicestwiającej egzystencję ponoszą również ci współnicy, którzy współdziałali przy unicestwieniu egzystencji spółki w ten sposób, że akceptowali (aprobowali) pozbawienie (wyprowadzenie ze) spółki majątku, nawet jeżeli sami niczego nie otrzymali w wyniku tej ingerencji⁵⁶³.

W uzasadnieniu wyroku BGH podkreślił, że odpowiedzialność współników (za ubytek/utratę, *Ausfallhaftung*) wchodzi w rachubę wtedy, kiedy przy pozbawianiu spółki

⁵⁵⁸ Zob. wyrok z dnia 17 czerwca 2001 r. w sprawie *Bremer Vulkan*, II ZR 178/99, pkt I.1 *in fine* uzasadnienia.

⁵⁵⁹ Zob. wyrok BGH z dnia 29 marca 1993 w sprawie *TBB*, II ZR 265/91, nb 28 uzasadnienia.

⁵⁶⁰ Zob. wyrok z dnia 17 czerwca 2001 r. w sprawie *Bremer Vulkan*, II ZR 178/99, pkt I.1 uzasadnienia. W doktrynie niemieckiej słusznie zwraca na to uwagę K. Wappler, *op. cit.*, s. 144, która przedstawia szerzej recepcję wyroku w sprawie *Bremer Vulkan* w doktrynie niemieckiego prawa spółek i porusza obszernie wszelkie sporne kwestie dyskutowane w literaturze przedmiotu po opublikowaniu tego orzeczenia.

⁵⁶¹ Wyrok BGH z dnia 25 lutego 2002 r. w sprawie *L-Kosmetik*, II ZR 196/00.

⁵⁶² Dlatego zbędne jest przedstawienie stanu faktycznego przedmiotowej sprawy.

⁵⁶³ Dosłowna treść tenoru b) wyroku w sprawie *L-Kosmetik* jest następująca: „Die Ausfallhaftung aus dem Gesichtspunkt des existenzvernichtenden Eingriffs (BGH, Urt. v. 17. September 2001 – II ZR 178/99, ZIP 2001, 1874, 1876) trifft auch diejenigen Mitgesellschafter, die, ohne selber etwas empfangen zu haben, durch ihr Einverständnis mit dem Vermögensabzug an der Existenzvernichtung der Gesellschaft mitgewirkt haben”.

składników majątkowych (majątku) nie respektowali oni w sposób odpowiedni nakazu utrzymania zdolności spółki do zaspokajania jej zobowiązań, a przez to doprowadzili do upadłości spółki. Odpowiedzialność taką ponoszą również ci wspólnicy, którzy przez swoją zgodę na pozbawienie spółki majątku (składników majątkowych) współdziałali przy unicestwieniu egzystencji spółki⁵⁶⁴. Zdaniem sądu, nie stanowi jednak zachowania prowadzącego do unicestwienia egzystencji spółki dokonanie wypłat, które zmniejszyły majątek spółki o 22%, a zarazem doprowadziły do zwiększenia stanu zadłużenia spółki w takim samym wymiarze. Ingerencji unicestwiającej egzystencję nie stanowi również próba przejęcia przez wspólnika tzw. grupy doradców, przy pomocy których działała spółka, skoro próba ta nie odniosła skutku, a w związku z tym trudno przyjąć, że wskutek samego podjęcia owej próby spółka miałaby utracić zdolność dystrybucji jej produktów, co w konsekwencji zagrażałoby jej dalszej egzystencji⁵⁶⁵. Z rozważań tych wynika jednak przynajmniej pośrednio, że o ile sama próba przejęcia personelu niezbędnego do prowadzenia działalności przez spółkę nie stanowi ingerencji unicestwiającej jej egzystencję, ingerencję taką może stanowić udane przejęcie owego personelu⁵⁶⁶.

Poza określeniem kręgu wspólników odpowiadających za unicestwienie egzystencji spółki i krótkim odniesieniem się do grup przypadków niemieszczących się w pojęciu ingerencji unicestwiającej egzystencję spółki BGH nie odniósł się ani do podstawy dogmatycznej tej odpowiedzialności, ani do jej charakteru jako odpowiedzialności zewnętrznej albo wewnętrznej.

3.2.4. Wyrok w sprawie *KBV*

Jak już wspomniano powyżej, w wyroku w sprawie *KBV*⁵⁶⁷ BGH stworzył teoretyczne podwaliny konstrukcji odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki, wyraźnie opowiadając się za koncepcją odpowiedzialności przebijającej jako teoretyczną podstawą tej odpowiedzialności. Wynika to jasno z tenoru przedmiotowego orzeczenia, a także z fragmentu uzasadnienia wyroku, które z uwagi na ich doniosłość wymagają ponownego przytoczenia⁵⁶⁸:

„Respektowanie przypisania majątku spółki w celu pierwszorzędного zaspokojenia wierzycieli spółki w okresie istnienia GmbH stanowi nieodzowny warunek dla korzystania z przywileju wyłączenia odpowiedzialności z § 13 ust. 2 GmbHG [niemiecka

⁵⁶⁴ Wyrok BGH z dnia 25 lutego 2002 r. w sprawie *L-Kosmetik*, II ZR 196/00, pkt 2 b) uzasadnienia.

⁵⁶⁵ *Ibidem*.

⁵⁶⁶ W doktrynie niemieckiej słusznie zwraca na to uwagę K. Wappler, *op. cit.*, s. 167.

⁵⁶⁷ Wyrok BGH z dnia 24 czerwca 2002 r. w sprawie *KBV*, II ZR 300/00.

⁵⁶⁸ Tenor i relewantny fragment przedmiotowego wyroku został już przytoczony przy okazji omawiania teoretycznych podstaw odpowiedzialności przebijającej w orzecznictwie niemieckim. Zob. rozdz. VI pkt 5 niniejszej rozprawy.

ustawa o spółkach z o.o.; przypomnienie P.M.W.]. Ingerencje wspólników w majątek spółki, które w sposób znaczący pomijają wynikający z owego przypisania celowego nakaz stosownego uwzględniania zachowania zdolności spółki do zaspokajania jej zobowiązań, stanowią zatem nadużycie formy prawnej GmbH (spółki z o.o.), które prowadzi do utraty przywileju wyłączenia odpowiedzialności [...]. Przy spełnieniu wymienionych powyżej przesłanek wierzyciele spółki są zatem zasadniczo uprawnieni do dochodzenia swoich wierzytelności poza postępowaniem upadłościowym, bezpośrednio przeciwko współdziałającym w ingerencjach w majątek spółki wspólnikom, o ile nie mogą uzyskać zaspokojenia z majątku spółki”⁵⁶⁹.

W uzasadnieniu cytowanego orzeczenia BGH stwierdził, co następuje:

„System ograniczonej do majątku spółki odpowiedzialności bazuje na niewypowiedzianym, jednak podstawowym dla prawa spółek kapitałowych założeniu, że majątek spółki potrzebny dla wykonywania zawartych w imieniu spółki zobowiązań musi pozostać w spółce w celu zaspokojenia jej wierzycieli i w związku z tym wyłączony jest spod uprawnień dyspozycyjnych wspólników, które w prawie spółki z o.o. są zresztą bardzo szerokie. Co prawda spółce z o.o. nie przysługuje wobec jej wspólników roszczenie o zapewnienie jej istnienia. Wspólnicy mogą zakończyć byt spółki zasadniczo w każdym momencie, czy to w ramach dobrowolnej likwidacji, czy też w ramach postępowania upadłościowego [...]. W każdym jednak przypadku zakończenie [działalności przez spółkę] powinno nastąpić w unormowanym postępowaniu, w którym wartości majątkowe spółki przeznaczone są w pierwszej kolejności dla zaspokojenia jej wierzycieli. W żadnym wypadku nie powinno być im [wspólnikom] dozwolone pozbawianie spółki jej majątku bez uwzględniania ustawowej funkcji spółki, jaką jest słuzenie jako podmiot odpowiedzialności zamiast wspólników, a poprzez to pozbawianie jej możliwości wykonania w całości, albo przynajmniej w części, jej zobowiązań. Wspólnikom przysługuje w ramach likwidacji [spółki], jak i poza nią, jedynie możliwość sięgnięcia do nadwyżki niepotrzebnej do wykonania zobowiązań spółki. Konieczność rozdzielenia majątku

⁵⁶⁹ Pełna treść tenoru wyroku jest następująca: „a) Die Respektierung der Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens zur vorrangigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger während der Lebensdauer der GmbH ist unabdingbare Voraussetzung für die Inanspruchnahme des Haftungsprivilegs des § 13 Abs. 2 GmbHG. Zugriffe der Gesellschafter auf das Gesellschaftsvermögen, welche die aufgrund dieser Zweckbindung gebotene angemessene Rücksichtnahme auf die Erhaltung der Fähigkeit der Gesellschaft zur Bedienung ihrer Verbindlichkeiten in einem ins Gewicht fallenden Maße vermissen lassen, stellen deshalb einen Mißbrauch der Rechtsform der GmbH dar, der zum Verlust des Haftungsprivilegs führt, soweit nicht der der GmbH durch den Eingriff insgesamt zugefügte Nachteil bereits nach §§ 30, 31 GmbHG ausgeglichen werden kann.

b) Bei Vorliegen der unter a genannten Voraussetzungen sind die Gesellschaftsgläubiger deshalb außerhalb des Insolvenzverfahrens grundsätzlich berechtigt, ihre Forderungen unmittelbar gegen die an den Eingriffen in das Gesellschaftsvermögen mitwirkenden Gesellschafter geltend zu machen, soweit sie von der Gesellschaft keine Befriedigung erlangen können (Ergänzung zu BGHZ 149, 10 – Bremer Vulkan – sowie BGH, Urt. v. 25. Februar 2002 – II ZR 196/00, ZIP 2002, 848)“.

spółki od pozostałego majątku wspólników i ściśle powiązanie tego pierwszego [majątku] w celu – pierwszorzędno [uprzywilejowanego] – zaspokojenia wierzycieli spółki istnieje podczas całego czasu trwania GmbH. Obydwie [te cechy] – wyodrębnienie [majątkowe] oraz powiązanie celowe [majątku] – stanowią nieodzowny warunek dla możliwości korzystania przez wspólników z ograniczenia ich odpowiedzialności do majątku spółki (powoływania się przez wspólników na wyłączenie ich odpowiedzialności). Wyłącznie to powiązanie rozdzielnosci majątkowej i związania majątkowego z jednej strony i ograniczenia odpowiedzialności z drugiej strony pozwalają uzasadnić przywilej braku odpowiedzialności z § 13 ust. 2 GmbHG. Jeżeli wspólnicy – pomijając nakaz uwzględniania związania celowego majątku spółki – pozbawiają spółkę wartości majątkowych poprzez jawne albo ukryte pobory i zakłócają poprzez to w istotny sposób zdolność spółki do wykonywania jej zobowiązań, stanowi to [...] nadużycie formy prawnej GmbH, które musi prowadzić do utraty przywileju [wyłączenia] odpowiedzialności, o ile wyrządzony spółce przez taką ingerencję uszczerbek nie może zostać w całości wyrównany na podstawie § 30, 31 GmbHG albo nie nastąpiło wystarczające wyrównanie w majątku spółki (w znaczeniu: spółka nie uzyskała w zamian za ingerencję wystarczającej rekompensaty). [...] To samo dotyczy tym bardziej wystąpienia w spółce stanu podbilansowego. Dlatego też wierzyciele muszą być zasadniczo uprawnieni poza postępowaniem upadłościowym, o ile nie mogą uzyskać od spółki zaspokojenia, do dochodzenia swoich roszczeń bezpośrednio przeciwko wspólnikom spółki [...]⁵⁷⁰.

Ingerencje unicestwiającej egzystencję spółki zostały opisane w niniejszym wyroku jako ingerencje wspólników w majątek spółki, które w sposób znaczący pomijają wynikający z przypisania celowego majątku spółki – jako masy majątkowej przeznaczonej do pierwszorzędno zaspokajania roszczeń wierzycieli – nakaz stosownego uwzględniania zachowania zdolności spółki do zaspokajania jej zobowiązań.

W przedmiotowej sprawie spółka z o.o. została pozbawiona wartości majątkowych przy wykorzystaniu mechanizmu tzw. sztafety spółek z o.o. (*GmbH-Stafette*).

Wspólnicy spółki Kindl Backwaren Vertriebs-GmbH (KBV) o kapitale zakładowym w wysokości 100 000,00 DM (marek niemieckich) – pozwany ad 2 (określany dalej dla ułatwienia również jako A), posiadający w spółce 40% udziałów, oraz pozwany ad 3, będący zarazem zarządcą spółki KBV (określany dalej dla ułatwienia również jako B), posiadający w spółce 60% udziałów, podjęli w dniu 27 grudnia 1995 r. uchwałę o zamknięciu zakładu produkcyjnego spółki, wypowiedzeniu z dniem 31 grudnia 1995 r. umowy najmu pomieszczeń fabrycznych i biurowych zawartej pomiędzy spółką KBV a pozwanym ad 2 (A) oraz o przejściu personelu spółki przez pozwaną ad 1 – spółkę,

⁵⁷⁰ Wyrok BGH z dnia 24 czerwca 2002 r. w sprawie KBV, II ZR 300/00, pkt 2 uzasadnienia (motywy rozstrzygnięcia).

której pozwany ad 2 (A) był zarządcą. W dniu 17 stycznia 1996 r. spółka KBV reprezentowana przez pozwanego ad 3 (B) jako jej zarządcę zawarła z pozwaną ad 1, reprezentowaną przez pozwanego ad 2 (A) jako jej zarządcę umowę, na podstawie której KBV przeniósł na pozwaną ad 1 w drodze cesji wszystkie posiadane przez nią na dzień 26 stycznia 1995 r. wierzytelności, których wartość sąd ustalił na kwotę 990 000,00 DM oraz przekazała jej cały swój majątek w postaci zapasu towarów, który po inwentaryzacji dokonanej na dzień 31 grudnia 1995 r. wyceniony został na 150 000,00 DM (wycena dokonana przez biegłego rewidenta na zlecenie pozwanego ad 3 (B) wykazała jednak, że wartość towarów przejętych przez pozwaną ad 1 wynosiła 215 000,00 DM). W zamian za to pozwana ad 1 przejęła zobowiązania spółki KBV na łączną kwotę 822 273,87 DM. Pośród tych zobowiązań nie znalazła się wierzytelność (roszczenie) powoda o zapłatę wynagrodzenia z tytułu wykonanej przez niego na rzecz spółki KBV umowy o dzieło w kwocie 82 175,92 DM, którego powód dochodził od wszystkich pozwanych na zasadach odpowiedzialności przebijającej, ewentualnie deliktowej – na podstawie § 826 BGB.

Dodać należy, że zarówno pozwany ad 2 (A), jak i pozwany ad 3 (B) byli jednocześnie współnikami pozwanej ad 1.

Jednocześnie ustalono, że poczynając od kwietnia 1995 r., od kiedy to rozpoczął się gwałtowny kryzys w spółce KBV, w tym nie była ona w stanie płacić czynszu najmu pozwanemu ad 2 (A) w wysokości 100 000,00 DM miesięcznie, współnicy spółki KBV zaczęli dokonywać we wzajemnym porozumieniu różne transakcje majątkowe pomiędzy spółką KBV a pozwanym ad 2 (A) jako jej wierzycielem. Między innymi dokonano sprzedaży na rzecz pozwanego ad 2 (A) środków trwałych, przy czym z roszczeniami z tytułu ceny sprzedaży potrącono roszczenia współnika-pozwanego ad 2 o zapłatę zaległego czynszu najmu oraz rat leasingowych za używanie środków trwałych w ramach zawartych między nim a spółką KBV umów leasingu. Pozwany ad 2 (A) sprzedał następnie (w dniu 1 sierpnia 1998 r.) nabyte od spółki KBV środki trwałe, a uzyskany z tego tytułu przychód zasilił jego majątek.

Na dzień 31 grudnia 1995 r. majątek spółki KBV wykazywał aktywa w kwocie 1 637 000,00 DM oraz pasywa w kwocie 5 477 000,00 DM, z czego 2 928 000,00 DM stanowiły pożyczki współników. Po uwzględnieniu kapitału zakładowego w wysokości 100 000,00 DM nadwyżka pasywów (łącznie z pożyczkami współników) nad aktywami wyniosła 3 839 000,00 DM.

W dniu 12 kwietnia 1996 r. sąd upadłościowy oddalił wniosek o ogłoszenie upadłości spółki KBV z powodu braku majątku niezbędnego do zaspokojenia kosztów postępowania upadłościowego (tzw. ubóstwo masy)⁵⁷¹.

W przedmiotowej sprawie „sztafeta spółek” polegała na pozbawieniu spółki KBV możliwości prowadzenia działalności w pomieszczeniach fabrycznych i biurowych oraz przeniesieniu należących do niej zasobów towarowych oraz całego jej personelu na inną spółkę (pozwaną ad 1) i kontynuowaniu działalności przez tę drugą spółkę.

Odnosząc się ściśle do ingerencji unicestwiającej egzystencję spółki, należy podkreślić, że BGH dopatrył się ingerencji na szkodę pozostałych wierzycieli spółki KBV w postaci zawartej pomiędzy spółką KBV (reprezentowaną przez pozwanego ad 3 (B), będącego zarazem wspólnikiem spółki pozwanej ad 1) a pozwaną ad 1 (spółką reprezentowaną przez pozwanego ad 2 (A), będącego wspólnikiem w obydwu spółkach) umowy z dnia 17 stycznia 1996 r. Wskutek tej umowy spółka KBV została pozbawiona składników majątkowych o łącznej wartości 382 000,00 DM (towarów o wartości 215 000,00 DM oraz wierzytelności po odjęciu zobowiązań w wysokości 167 000,00 DM)⁵⁷². Majątek ten został w wyniku tej czynności prawnej „wyprowadzony” ze spółki i nie mógł być dostępny dla pozostałych wierzycieli spółki w postępowaniu upadłościowym spółki KBV⁵⁷³. Dodatkowo BGH podkreślił, że z ingerencji tej skorzystali obydwaj pozwani ad 2 (A) oraz ad 3 (B) jako wspólnicy pozwanej ad 1⁵⁷⁴.

Drugą ingerencję stanowiło przeniesienie z majątku spółki KBV do majątku jej wspólnika, pozwanego ad 2 (A) środków trwałych, które nastąpiło bez spełnienia świadczenia ekwiwalentnego. Cena zapłaty nie została bowiem uregulowana ani gotówką ani przelewem. Zamiast tego dokonano potrącenia roszczenia o zapłatę z roszczeniem wspólnika o zapłatę czynszu. Potrącenie to nie było jednak, zdaniem BGH, dopuszczalne, ponieważ przysługujące mu roszczenia z tytułu umowy najmu i leasingu należało zakwalifikować jako zastępujące kapitał własny (podobnie jak dzieje się to w przypadku

⁵⁷¹ Powyższy stan faktyczny został przedstawiony na podstawie przedstawionego w wyroku stanu faktycznego (odpowiednik uzasadnienia faktycznego w orzeczeniach sądów polskich) oraz odnoszących się do niego fragmentów (właściwego) uzasadnienia wyroku (*Entscheidungsgründe* – motywy rozstrzygnięcia – odpowiednik uzasadnienia prawnego w orzeczeniach sądów polskich) w sprawie KBV.

⁵⁷² Wynika to z następującego wyliczenia: w zamian za wierzytelności w wysokości 990 000,00 DM oraz towary wartości 215 000,00 DM, których łączna wartość wynosi 1 205 000,00 DM, spółka pozwana ad 1 przejęła od spółki KBV dług wartości ok. 823 000,00. Po odjęciu od kwoty wierzytelności w wysokości 990 000,00 DM kwoty zobowiązań w wysokości 823 000,00 DM pozostaje kwota nadwyżki w wysokości 167 000,00 DM w postaci wierzytelności. Dodając do tej kwoty wartość towarów wycenionych na 215 000,00 DM dochodzimy do kwoty 382 000,00 DM, stanowiącej wartość składników majątkowych „wyprowadzonych” ze spółki KBV na szkodę jej wierzycieli, co wyraźnie stwierdził BGH rozpatrując stan faktyczny przedmiotowej sprawy pod kątem możliwości zastosowania, oprócz konstrukcji odpowiedzialności przebijającej, deliktowej podstawy odpowiedzialności wspólników wobec wierzycieli spółki z o.o. (na podstawie § 826 BGB).

⁵⁷³ Por. pkt 1 uzasadnienia wyroku w sprawie KBV.

⁵⁷⁴ Zob. pkt 1 uzasadnienia wyroku, akapit 4.

tw. pożyczki zastępującej kapitał⁵⁷⁵. Dlatego też sąd uznał, że pozwany ad 2 (A) jako wspólnik KBV został zaspokojony z majątku spółki w sposób uprzywilejowany, z przekrzywdzeniem wierzycieli spółki, mimo że nie przysługiwało mu egzekwowalne roszczenie wobec spółki (a to z uwagi na zakwalifikowanie jego wierzytelności jako zastępującej kapitał).

Przenosząc to na grunt definicji ingerencji unicestwiającej egzystencję spółki, należy podkreślić za BGH, że obydwaj wspólnicy spółki KBV przez dokonane przez nich w porozumieniu ingerencje w majątek spółki uniemożliwili przeprowadzenie wobec spółki postępowania (w domyśle likwidacyjnego albo upadłościowego), w ramach którego możliwe byłoby spieniężenie majątku spółki w celu zaspokojenia jej wierzycieli i doprowadzili spółkę do stanu ubóstwa masy, uniemożliwiającego wszczęcie postępowania upadłościowego. Zdaniem sądu, poprzez to wspólnicy „sami usunęli podstawy, na których opiera się ich prawo do powoływania się na ograniczenie ich odpowiedzialności do majątku spółki i w związku z tym odpowiadają oni wobec wierzycieli spółki osobiście i bezpośrednio za doznany przez nich ubytek [utrata ich roszczeń, P.M.W.]”⁵⁷⁶.

3.2.5. Wyrok w sprawie *Rheumaklinik*

Kolejnym rozstrzygnięciem niemieckiego Federalnego Trybunału Sprawiedliwości, w ramach którego sąd odniósł się do koncepcji odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki, była sprawa *Rheumaklinik*⁵⁷⁷.

Stan faktyczny, który legł u podstaw rozstrzygnięcia, podobnie jak w sprawie *KBV*, należy zaliczyć do grupy przypadków określanych mianem „sztafety spółek z o.o.”.

Co ciekawe, BGH, rozwijając w uzasadnieniu przedmiotowego wyroku koncepcję odpowiedzialności przebijającej, nie przyjął jednak za podstawę prawną odpowiedzialności konstrukcji odpowiedzialności przebijającej za unicestwienie egzystencji spółki, ponieważ za wystarczającą uznał deliktową podstawę odpowiedzialności na zasadzie § 826 BGB⁵⁷⁸. Dodatkowo BGH stwierdził, że § 826 BGB jako podstawa odpowiedzialności

⁵⁷⁵ Zob. pkt 1 uzasadnienia wyroku, akapit 3: „Auch durch diese Transaktion ist den Gläubigern der K. Zugriffsvermögen entzogen worden. War die K. nicht mehr in der Lage, ihren Verbindlichkeiten nachzukommen, hätten ihr die Beklagten zu 2 und 3 als ordentliche Kaufleute Eigenkapital zuführen müssen, statt ihre Liquidität durch Darlehen aufrechtzuerhalten (vgl. § 32 a Abs. 1 GmbHG), wie das nach dem Vortrag der Klägerin vom Beklagten zu 2 in Höhe von 1,2 Mio. DM getan worden ist. Befand sich die K., wie die Klägerin behauptet hat, in der Krise, kann nicht ausgeschlossen werden, daß die Mietpreis- und Leasingforderungen, die der Beklagte zu 2 gegen den Kaufpreis aus der Übernahme der Anlagegüter verrechnete, als Eigenkapitalersatz verhaftet waren. Unter einer solchen Voraussetzung war die Verrechnung unzulässig”.

⁵⁷⁶ Zob. pkt 2 uzasadnienia wyroku w sprawie *KBV in fine*: „Sie haben damit selber die Voraussetzungen beseitigt, auf denen ihr Recht zur Inanspruchnahme einer auf das Gesellschaftsvermögen beschränkten Haftung beruhte und haften deshalb den Gesellschaftsgläubigern für den Ausfall unmittelbar und persönlich”.

⁵⁷⁷ Wyrok BGH z dnia 20 września 2004 r. w sprawie *Rheumaklinik*, II ZR 302/02.

⁵⁷⁸ Zob. pkt 2 uzasadnienia wyroku w sprawie *Rheumaklinik*.

pozwala objąć tą odpowiedzialnością nie tylko wspólnika spółki z o.o., ale i spółkę-siostrę, na którą została przeniesiona działalność spółki z o.o. w ramach „sztafety”⁵⁷⁹.

Niemniej jednak zaprezentowane przez sąd w przedmiotowym rozstrzygnięciu rozważania są istotne również dla rozwoju koncepcji odpowiedzialności przebijającej za unicestwienie egzystencji spółki, dlatego wymagają przytoczenia.

I tak, w tenorze wyroku BGH stwierdził, co następuje:

„a) wspólnik spółki z o.o. i zdominowana przez niego spółka-siostra spółki z o.o. ponoszą w każdym razie odpowiedzialność odszkodowawczą wobec wierzycieli spółki na podstawie § 826 BGB, jeżeli pozbawiają spółki z o.o. w sposób planowy jej majątku i przenoszą go na spółkę-siostrę, aby w ten sposób udaremnić wierzycielom spółki dochodzenie roszczeń od spółki z o.o. [dosłownie: udaremnić wierzycielom spółki bezpośredni dostęp, objaśnienie P.M.W.] i poprzez to móc kontynuować dalszą działalność prowadzonego przez spółkę przedsiębiorstwa mimo powstałego zadłużenia [nie bacząc na powstałe zadłużenie].

b) To samo dotyczy sytuacji, kiedy spółka z o.o. w chwili podjęcia szkodzących jej czynności była już zadłużona, zadłużenie to zostaje jednak pogłębione z tym skutkiem, że sytuacja wierzycieli ulega pogorszeniu w porównaniu ze stanem, w którym szkodzące czynności nie miałyby miejsca”⁵⁸⁰.

W przedmiotowej sprawie działająca pod firmą „I.T.Z. E. GmbH Fachklinik für Rheumatologie” i prowadząca klinikę reumatologiczną spółka z o.o., zwana dalej dłużniczką, powstała wskutek tzw. wydzielenia z innej spółki (tzw. spółki przenoszącej – I.T.Z. E.-W. GmbH) na podstawie niemieckiej ustawy o przekształceniach (*Umwandlungsgesetz*, w skrócie: UmwG). Jej jedynym wspólnikiem została inna spółka z o.o. – pozwana ad 1. Ponieważ wobec spółki przenoszącej (*übertragende Gesellschaft*) wskutek problemów z płatnością czynszu najmu zostało wszczęte postępowanie upadłościowe, odbiło się to również na sytuacji spółki-dłużniczki, która na podstawie § 133 i 135 UmwG ponosiła solidarną odpowiedzialność ze spółką przenoszącą za zobowiązania spółki przenoszącej jako spółka wydzielona. Wynajmujący (spółka A. Fonds X KG, która nabyła nieruchomość od Pana F.M., a następnie wynajęła ją spółce przenoszącej), któremu spółka przenosząca zalegała z płatnością czynszu najmu, złożył dnia 17 grudnia

⁵⁷⁹ Por. *ibidem*.

⁵⁸⁰ Dosłowna treść tenoru wyroku w sprawie *Rheumaklinik* jest następująca:

„a) Der Gesellschafter einer GmbH und eine von ihm beherrschte Schwestergesellschaft der GmbH haften den Gesellschaftsgläubigern jedenfalls nach § 826 BGB auf Schadensersatz, wenn sie der GmbH planmäßig deren Vermögen entziehen und es auf die Schwestergesellschaft verlagern, um den Zugriff der Gesellschaftsgläubiger zu verhindern und auf diese Weise das von der Gesellschaft betriebene Unternehmen ohne Rücksicht auf die entstandenen Schulden fortführen zu können.

b) Das gilt auch dann, wenn die GmbH zum Zeitpunkt der schädigenden Handlungen schon überschuldet ist, diese Überschuldung aber noch vertieft wird mit der Folge, daß die Gläubiger schlechter dastehen als ohne die schädigenden Handlungen”.

1997 r. wniosek o ogłoszenie upadłości dłużniczki jako spółki wydzielonej odpowiadającej solidarnie ze spółką przenoszącą. Postanowienie o oddaleniu przedmiotowego wniosku zostało zaskarżone i sąd odwoławczy postanowieniem z dnia 7 kwietnia 1998 r. uchylił to postanowienie i przekazał sprawę sądowi rejonowemu do ponownego rozpoznania.

W tej sytuacji dnia 7 maja 1998 r. na polecenie Pana F.M., do którego należała na podstawie różnych powiązań cała grupa spółek⁵⁸¹ i najważniejsze składniki majątkowe, została założona nowa spółka z o.o. – pozwana ad 2, której jedynym wspólnikiem została pozwana ad 1, będąca, jak już wspomniano jednocześnie jedynym wspólnikiem spółki-dłużniczki. Firma nowej spółki-siostry różniła się tylko nieznacznie od firmy dłużniczki (Akutklinik zamiast Fachklinik), a na siedzibę firmy wybrano inną miejscowość. Następnie doszło do zmiany firmy spółki-córki – pozwanej ad 2 – oraz przeniesienia jej siedziby do tej samej miejscowości, w której znajdowała się siedziba spółki-dłużniczki. Umowa najmu nieruchomości, na której znajdował się budynek szpitalny, w którym dłużniczka prowadziła klinikę oraz umowy zaopatrzeniowe zawarte z dłużniczką zostały wypowiedziane (pierwsza przez wynajmującego – Pana F.M.; pozostałe umowy przez Panią H.G. działającą jako zarządca spółki K. GmbH, będącą stroną umów o zaopatrzenie, która to osoba była zarazem zarządcą spółki-dłużniczki). Po zwołanym przez Panią H.G. w roli zarządcy spółki-dłużniczki zebraniu pracowników wszyscy pracownicy spółki-dłużniczki rozwiązywali zawarte z nią umowy o pracę bez wypowiedzenia i zawarli nowe umowy o pracę ze spółką-siostrą – pozwaną ad 2. Poczynając od dnia 1 czerwca 1998 r., spółka siostra (pозwana ad 2) podjęła się ostatecznie prowadzenia kliniki, którą dotychczas prowadziła spółka-dłużniczka. Dopelnieniem „sztafety spółek z o.o.” było zawarcie w dniu 9 czerwca 1998 r. umowy dzierżawy dotyczącej ruchomości stanowiących środki trwałe pomiędzy spółką-dłużniczką a spółką-siostrą⁵⁸².

Ostatecznie, po przekazaniu sprawy do ponownego rozpoznania, dnia 1 lipca 1998 r. zostało wszczęte postępowanie upadłościowe przeciwko spółce-dłużniczej, która w międzyczasie zmieniła swoją firmą na Klinik W. GmbH, a powołany w tymże postępowaniu zarządca wystąpił jako powód z pozwem przeciwko pozwanym ad 1 (jedynemu wspólnikowi spółki-dłużniczki) oraz ad 2 (spółce-siostrze dłużniczki), żądając m.in. naprawienia wszelkich szkód przewyższających utratę przychodów związanych z prowadzeniem działalności medycznej przez spółkę-dłużniczkę, które powstały wskutek pozbawienia spółki-dłużniczki przedsiębiorstwa w postaci kliniki, a także późniejszego uniemożliwienia

⁵⁸¹ Pan F.M. posiadał do pewnego czasu wszystkie udziały w spółce z o.o. – pozwanej ad 1, a następnie przeniósł je na swoją żonę.

⁵⁸² Stan faktyczny sprawy został przedstawiony na podstawie uzasadnienia faktycznego wyroku.

przez pozwanych kontynuowania działalności medycznej przez spółkę-dłużniczkę w przeznaczonych do tego pomieszczeniach⁵⁸³.

W przedmiotowej sprawie nastąpiło przeniesienie działalności spółki ze spółki-dłużniczki na spółkę-siostrę, przejście całego personelu ze spółki-dłużniczki na spółkę-siostrę, a także przejęcie przez spółkę-siostrę w drodze stosownych umów całego majątku niezbędnego do prowadzenia kliniki. Wierzycielom spółki-dłużniczki pozostała jedynie spółka „wydmuszka” jako podmiot odpowiedzialny, podczas gdy cała rentowna działalność została przeniesiona na spółkę-siostrę, założoną wyłącznie w celu uniknięcia odpowiedzialności za zobowiązania spółki-dłużniczki.

Odnosząc się do tej sytuacji w uzasadnieniu wyroku BGH stwierdził ponownie, że wspólnicy spółki z o.o. nie są zobowiązani do prowadzenia jej przedsiębiorstwa w interesie wierzycieli spółki. Mogą oni nawet podjąć decyzję o zaprzestaniu działalności przez spółkę, tak aby umożliwić przejęcie prowadzenia przedsiębiorstwa spółki przez inną założoną wyłącznie w tym celu spółkę. Muszą oni jednak przestrzegać obowiązujących w prawie spółek reguł dotyczących likwidacji spółki. W szczególności nie mogą oni z pominięciem postępowania likwidacyjnego przenosić w sposób planowy majątku oraz szans gospodarczych (biznesowych) ze starej spółki na nową spółkę i przez to pozbawiać wierzycieli starej spółki funduszu odpowiedzialności. Takie postępowanie jest, zdaniem BGH, sprzeczne z poczuciem przyzwoitości wszystkich osób rozumujących w kategoriach sprawiedliwości i uczciwości i w związku z tym jest ono sprzeczne z dobrymi obyczajami⁵⁸⁴.

Zdaniem BGH, odpowiedzialność na podstawie § 826 BGB nie jest zależna od tego, czy spółka w chwili dokonania czynności szkodzących spełniała podstawy do ogłoszenia upadłości, czy też nie. Istotny jest sam fakt wyrządzenia szkody wierzycielom spółki, co może nastąpić również w przypadku występowania w spółce stanu zadłużenia, jeżeli dokonana czynność pogłębia ten stan i stawia wierzycieli spółki w gorszej sytuacji w porównaniu ze stanem sprzed dokonania czynności szkodzącej. W przedmiotowym stanie faktycznym BGH wyraźnie dopatrywał się takiego pogłębienia szkody wierzycieli: działalność przedsiębiorstwa spółki-dłużniczki była rentowna. Podstawy ogłoszenia upadłości spółki powstały tylko ze względu na jej solidarną odpowiedzialność wraz ze spółką przenoszącą na podstawie § 133 oraz 135 UmwG. Gdyby spółka-dłużniczka prowadziła dalej przedsiębiorstwo, mogłaby ona wygospodarować nadwyżkę, która mogłaby zostać przeznaczona na zaspokojenie wierzycieli spółki-dłużniczki⁵⁸⁵.

⁵⁸³ Por. część wstępna wyroku w sprawie *Rheumaklinik*.

⁵⁸⁴ Tak wyraźnie wyrok BGH z dnia 20 września 2004 r. w sprawie *Rheumaklinik*, II ZR 302/02, pkt 2 b) uzasadnienia prawnego wyroku.

⁵⁸⁵ Zob. *ibidem*, pkt 2 c) uzasadnienia prawnego wyroku.

Sąd stwierdził, że w ramach obowiązku naprawienia szkody jedyny wspólnik spółki-dłużniczki – pozwana spółka ad 1 oraz spółka-siostra (pозwana ad 2) obowiązane są przywrócić stan, który istniałby, gdyby nie zostały podjęte czynności wyrządzające szkodę. W tym (hipotetycznym, a zarazem pożądanym) stanie faktycznym, poczynając od 1 czerwca 1998 r., spółka mogłaby normalnie prowadzić działalność kliniczną i uzyskiwać wynagrodzenie za świadczone usługi medyczne, które po potrąceniu stosownych kosztów stanowiłoby dochód spółki. Ponadto nie powstałyby dodatkowe szkody związane z zaprzestaniem działalności przez spółkę⁵⁸⁶.

Wybranie przez BGH za podstawę odpowiedzialności § 826 BGB miało na celu, jak już wspomniano, rozszerzenie tej odpowiedzialności nie tylko na wspólnika spółki z o.o., ale i bezpośrednio na spółkę-siostrę jako współdłużniczkę solidarną. Nie można jednak zapomnieć, że BGH wspominał w przedmiotowym rozstrzygnięciu o konstrukcji odpowiedzialności przebijającej za unicestwienie egzystencji jako wchodzącej w rachubę podstawie odpowiedzialności⁵⁸⁷.

Tytułem komentarza można w tym miejscu jedynie nadmienić, że nawet przy przyjęciu, że koncepcja odpowiedzialności przebijającej za unicestwienie egzystencji spółki w swojej istocie nie jest ukierunkowana na pociąganie do odpowiedzialności podmiotów niebędących wspólnikami spółki z o.o., problem współodpowiedzialności tych podmiotów może zostać rozwiązany poprzez konstrukcję odpowiedzialności *in solidum*, w ramach której wspólnicy odpowiadaliby na podstawie koncepcji odpowiedzialności przebijającej, a pozostałe podmioty na podstawie odpowiedzialności deliktowej bądź innego rodzaju odpowiedzialności.

3.2.6. Wyrok w sprawie *Autovertragshändler*

W sprawie *Autovertragshändler*⁵⁸⁸ BGH powrócił na grunt koncepcji odpowiedzialności przebijającej za unicestwienie egzystencji spółki, rozwijając tę koncepcję i wyraźnie określając relacje roszczeń wierzycieli z tytułu unicestwienia egzystencji spółki do roszczeń spółki wobec wspólników na podstawie § 30 i n. GmbHG oraz umożliwiając wspólnikowi zwolnienie się z nieograniczonej odpowiedzialności wobec wierzycieli spółki, a także rozszerzając tę odpowiedzialność nie tylko na samych wspólników spółki z o.o., ale i na tzw. wspólników-wspólników, a więc wspólników pośrednich (wspólników posiadających udziały albo akcje w podmiocie będącym wspólnikiem spółki z o.o.).

⁵⁸⁶ Zob. *ibidem*, pkt 2 g) uzasadnienia prawnego wyroku.

⁵⁸⁷ Zob. *ibidem*, początek pkt 2 uzasadnienia prawnego wyroku.

⁵⁸⁸ Wyrok BGH z dnia 13 grudnia 2004 r. w sprawie *Autovertragshändler*, II ZR 206/02.

Stan faktyczny, który legł u podstaw rozstrzygnięcia BGH, można zaliczyć do grupy przypadków określanych mianem pozbawienia spółki z o.o. jej szans gospodarczych⁵⁸⁹. Ma on ponadto pewne cechy wspólne z grupą przypadków określanych mianem „sztafety spółek z o.o.”⁵⁹⁰. Wyczerpuje on również znamiona tzw. zimnej likwidacji spółki z o.o.⁵⁹¹

W przedmiotowej sprawie pozwany został wspólnik posiadający 50% udziałów w spółce Autohaus E. GmbH, będącej dealerem samochodów firmy BMW. Powodami byli wierzyciele spółki Autohaus F.Z. GmbH, która również była dealerem samochodów firmy BMW na tym samym obszarze. Na podstawie umowy z dnia 29 lipca 1996 r. spółka E. GmbH nabyła wszystkie udziały w spółce F.Z. GmbH. Pozwany, który był jedynym zarządcą spółki E. GmbH, został również jedynym zarządcą spółki F.Z. GmbH.

Pozbawienie spółki F.Z. szans gospodarczych przez pozwanego nastąpiło w ten sposób, że umowa dealerska wiążąca spółkę F.Z. GmbH ze spółką BMW AG do dnia 31 grudnia 1998 r., została przedwcześnie rozwiązana za porozumieniem stron z dniem 30 września 1996 r. Od tej pory spółka F.Z. GmbH nie mogła sprzedawać już nowych samochodów firmy BMW ani otrzymywać oryginalnych części zamiennych. Wszystkie znajdujące się w posiadaniu F.Z. GmbH nowe oraz używane pojazdy zostały w znacznej części przejęte przez spółkę E. GmbH, która przejęła również pracowników spółki F.Z., a także jej (bazę) klientów. Doprowadziło to w sposób naturalny do pogorszenia sytuacji finansowej spółki F.Z., wobec której z dniem 7 lipca 1998 r. zostało wszczęte postępowanie likwidacyjne, natomiast późniejszy wniosek o ogłoszenie upadłości tejże spółki został oddalony z powodu ubóstwa masy.

W oficjalnym tenorze wyroku w sprawie *Autovertragshändler* poprzedzonym wskazaniem podstawy prawnej w postaci § 13 ust. 2 GmbHG niemiecki Federalny Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, co następuje:

„a) Wspólnik spółki z o.o. nie jest zasadniczo zobowiązany wobec wierzycieli spółki do prowadzenia jej przedsiębiorstwa. Jeżeli chce on zakończyć działalność spółki, musi posłużyć się przewidzianym w tym celu przez ustawę postępowaniem. Jeżeli wbrew temu nie respektuje on powiązania celowego majątku spółki i pozbawia ją składników majątkowych, których potrzebuje ona do wykonania jej zobowiązań (tzw. ingerencja unicestwiająca egzystencję), może on odpowiadać osobiście za zobowiązania spółki.

b) Przesłanką nieograniczonej odpowiedzialności z tytułu ingerencji unicestwiającej egzystencję jest ponadto niemożliwość wyrównania wywołanego spółce uszczerbku

⁵⁸⁹ Por. rozdz. III pkt 2.11.

⁵⁹⁰ Por. rozdz. III pkt 2.8.

⁵⁹¹ Por. rozdz. III pkt 2.13.

na podstawie przepisów § 30 i n. GmbHG i brak wykazania [dosłownie: udowodnienia] przez wspólnika, że spółka – w porównaniu ze stanem majątkowym, który istniałby przy uczciwym postępowaniu wspólnika – doznała jedynie uszczerbku w ograniczonym rozmiarze, który podlega wyrównaniu jedynie w tychże granicach.

c) Odpowiedzialność za ingerencję unicestwiającą egzystencję ponosi również podmiot, który co prawda nie jest wspólnikiem GmbH, lecz wspólnikiem innej spółki, która z kolei jest wspólniczką GmbH (wspólnik-wspólnik), o ile może on wywierać dominujący wpływ na wspólniczkę⁵⁹².

W uzasadnieniu przedmiotowego wyroku BGH podtrzymał swoją dotychczasową linię orzeczniczą w zakresie odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki, podkreślając, że pozbawienie spółki składników majątkowych poprzez jawne lub ukryte wypłaty albo inne przesunięcia majątkowe, jeżeli wywołany tym uszczerbek nie jest wyrównany przez inne świadczenie na rzecz spółki, stanowi wyraz braku respektowania przez wspólników celowego przyporządkowania majątku spółki i naruszenie zasady wyłączenia odpowiedzialności wspólników. System wyłączenia odpowiedzialności wymaga bowiem od wspólników, aby nie sięgali oni do przekazanego spółce jako fundusz odpowiedzialności (*Haftungsfonds*) majątku. Jeżeli wspólnicy nie respektują tego systemu i doprowadzają spółkę do sytuacji, w której nie może ona wykonywać swoich zobowiązań albo wykonuje je w mniejszym stopniu, to nadużywają oni formę prawną GmbH i tracą zasadniczo uprawnienie do powoływania się na wyłączenie ich odpowiedzialności na podstawie § 13 ust. 2 GmbHG. Ingerencję w majątek spółki, przed którą chronić mają zasady odpowiedzialności za unicestwienie jej egzystencji, stanowi również, zdaniem BGH, występujące w przedmiotowej sprawie pozbawienie spółki szans gospodarczych w celu przeniesienia ich na wspólników spółki z o.o.⁵⁹³

⁵⁹² Dosłowna treść tenoru przedmiotowego wyroku jest następująca:

„a) Der GmbH-Gesellschafter ist den Gesellschaftsgläubigern gegenüber grundsätzlich nicht verpflichtet, das Gesellschaftsunternehmen fortzuführen. Will er die Unternehmenstätigkeit einstellen, muß er sich dabei aber des dafür im Gesetz vorgesehenen Verfahrens bedienen. Nimmt er dagegen auf die Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens keine Rücksicht und entzieht der Gesellschaft Vermögenswerte, die sie zur Erfüllung ihrer Verbindlichkeiten benötigt (sog. existenzvernichtender Eingriff), kann er für die Gesellschaftsschulden persönlich haften.

b) Die unbegrenzte Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs setzt weiter voraus, daß die der Gesellschaft zugefügten Nachteile nicht nach den Regeln der §§ 30 f. GmbHG ausgeglichen werden können und der Gesellschafter nicht nachweisen kann, daß der Gesellschaft im Vergleich zu der Vermögenslage bei einem redlichen Verhalten nur ein begrenzter – und dann in diesem Umfang auszugleichender – Nachteil entstanden ist.

c) Wegen existenzvernichtenden Eingriffs haftet auch derjenige, der zwar nicht an der GmbH, wohl aber an einer Gesellschaft beteiligt ist, die ihrerseits Gesellschafterin der GmbH ist (Gesellschafter-Gesellschafter), jedenfalls wenn er einen beherrschenden Einfluß auf die Gesellschafterin ausüben kann”.

⁵⁹³ Zob. wyrok BGH z dnia 13 grudnia 2004 r. w sprawie *Autovertragshändler*, II ZR 206/02, pkt II 1 uzasadnienia wyroku.

BGH przejął przy tym w ramach koncepcji odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki rozwiniętą na gruncie orzecznictwa dotyczącego przepisów o wnoszeniu i utrzymaniu kapitału zakładowego w spółce z o.o. konstrukcję odpowiedzialności tzw. wspólników-wspólników, a więc wspólników pośrednich. Mogą oni bowiem tak samo jak wspólnicy bezpośredni wywoływać wpływ na losy spółki, a ewentualne odsyłanie wierzycieli do możliwości zajęcia przysługujących bezpośrednio wspólnikowi roszczeń wobec wspólników pośrednich nie czyni w sposób wystarczający zadość potrzebom ochrony wierzycieli. BGH wyraźnie podkreślił, że przy poszukiwaniu podmiotu odpowiedzialnego nie można się opierać tylko na formalnoprawnej konstrukcji, lecz należy mieć na uwadze faktyczne możliwości oddziaływania danego podmiotu. Sprzeciwiałoby się bowiem zasadzie słuszności, gdyby podmiot, podejmujący (strategiczne) decyzje dotyczące szeregu spółek (np. w ramach struktury holdingowej), mógł zwolnić się od odpowiedzialności wobec wierzycieli, powołując się na jedynie pośrednie uczestnictwo w danej spółce. Jak obrazowo ujął to BGH: „kto zachowuje się jak wspólnik, musi również pozwolić, aby traktowano go jak wspólnika”⁵⁹⁴.

Jednocześnie BGH osłabił absolutny – jakby się mogło wydawać – charakter odpowiedzialności przebijającej, dopuszczając możliwość wykazania przez wspólnika, że spółka w porównaniu ze stanem majątkowym, który istniałby, gdyby ingerencji nie dokonano, poniosła jedynie ograniczony uszczerbek⁵⁹⁵. Innymi słowy, wspólnik może zwolnić się od nieograniczonej odpowiedzialności, jeżeli wykaże, że uszczerbek poniesiony przez spółkę jest mniejszy od kwoty dochodzonych przez wierzycieli roszczeń. Jak podkreślił BGH, okoliczność, że oddalono wniosek o ogłoszenie upadłości spółki z powodu ubóstwa masy nie wyłącza dopuszczalności przeprowadzenia przez wspólnika dowodu poniesienia przez spółkę mniejszego uszczerbku⁵⁹⁶.

Wreszcie BGH stwierdził, że nie jest wykluczona możliwość dochodzenia roszczeń na podstawie § 826 BGB⁵⁹⁷. Oznacza to uznanie dopuszczalności zbiegu roszczeń z tytułu odpowiedzialności przebijającej z roszczeniami deliktowymi.

BGH nie mógł jednak stwierdzić, czy w analizowanym stanie faktycznym uzasadniona jest odpowiedzialność pozwanego na podstawie koncepcji odpowiedzialności przebijającej za unicestwienie egzystencji spółki, ponieważ sąd odwoławczy nie poczynił ustaleń dotyczących tego, czy spółka otrzymała stosowne wynagrodzenie (inne

⁵⁹⁴ „Wer wie ein Gesellschafter handelt, muß sich auch wie ein Gesellschafter behandeln lassen”. Zob. pkt II 1 a) uzasadnienia wyroku.

⁵⁹⁵ Zob. pkt II 1 b) uzasadnienia wyroku.

⁵⁹⁶ Zob. *ibidem*.

⁵⁹⁷ Zob. *ibidem*.

świadczenie) tytułem wyrównania uszczerbku wywołanego ingerencją⁵⁹⁸. Dlatego też sprawa została przekazana sądowi odwoławczemu do ponownego rozpoznania⁵⁹⁹.

Podsumowując, należy stwierdzić, że BGH w sprawie *Autovertragshändler* podtrzymał swoje dotychczasowe orzecznictwo w zakresie odpowiedzialności przebijającej za unicestwienie egzystencji spółki, wyraźnie wskazując, że do grupy przypadków uzasadniających taką odpowiedzialność należy pozbawienie spółki szans gospodarczych. BGH, z jednej strony, rozszerzył zakres zastosowania tej konstrukcji odpowiedzialności przebijającej na tzw. wspólników pośrednich (wspólnik-wspólnik; *Gesellschafter-Gesellschafter*), z drugiej zaś strony osłabił tę konstrukcję (nieograniczonej – do tej pory – kwotowo odpowiedzialności), umożliwiając wykazanie przez wspólników mniejszego rozmiaru uszczerbku doznanego przez spółkę wskutek ingerencji. Wreszcie, co wynikało jednak już z wcześniejszych orzeczeń, BGH w sposób wyraźny zaznaczył, że odpowiedzialność przebijająca wspólników spółki z o.o. za unicestwienie egzystencji spółki wobec jej wierzycieli ma charakter subsydiarny wobec odpowiedzialności wspólników wobec spółki na podstawie przepisów o ochronie kapitału zakładowego (§ 30 i n. GmbHG).

3.2.7. Wyrok w sprawie *Handelsverteter*

Wyrok w sprawie *Handelsvertreter*⁶⁰⁰ stanowi ostateczne rozstrzygnięcie niemieckiego Federalnego Trybunału Sprawiedliwości oparte na konstrukcji odpowiedzialności przebijającej za unicestwienie egzystencji spółki. W tenorze i uzasadnieniu tego orzeczenia BGH nawiązał do swojej dotychczasowej linii orzeczniczej, uściślając jednocześnie ogólne przesłanki zastosowania koncepcji odpowiedzialności przebijającej, a także doprecyzowując wymogi pociągnięcia wspólników do odpowiedzialności przebijającej za unicestwienie egzystencji spółki przez pozbawienie spółki szans gospodarczych oraz zasobów majątkowych.

Stan faktyczny, który legł u podstaw rozstrzygnięcia sądu, przedstawiał się następująco.

Powód będący w latach 1979–1994 przedstawicielem handlowym spółki G. GmbH produkującej walizki i inne artykuły podróżne wystąpił z pozwem przeciwko będącemu osobą fizyczną pozwanemu ad 1, który posiadał 94% udziałów w spółce T. BV, będącej

⁵⁹⁸ W szczególności, zdaniem BGH, należało ustalić, czy uiszczanie spółce F.Z. GmbH przez spółkę E. GmbH prowizji w wysokości 2% za każdy sprzedany pojazd mogło zostać uznane za świadczenie ekwiwalentne wobec doznanego przez spółkę F.Z. GmbH uszczerbku, przy uwzględnieniu całokształtu okoliczności sprawy. Por. pkt II 1 b) uzasadnienia wyroku.

⁵⁹⁹ Wyrok BGH z dnia 13 grudnia 2004 r. w sprawie *Autovertragshändler*, II ZR 206/02, sentencja, 2 akapit rozstrzygnięcia prawnego.

⁶⁰⁰ Wyrok BGH z dnia 13 grudnia 2004 r. w sprawie *Handelsvertreter*, II ZR 256/02.

jedynym wspólnikiem spółki T. GmbH, która z kolei posiadała 53,44% udziałów w spółce G. GmbH. Pozwany ad 1 był zatem wspólnikiem pośrednim spółki G. GmbH. Spółka ta, poczynając od 1992 r. posiadała wymagalne roszczenia wobec swoich zagranicznych spółek-córek jako dystrybutorów jej towarów. Roszczenia te stale rosły, osiągając kwotę około 3,8 miliona DM. W kwietniu 1994 r. G. GmbH reprezentowana przez pozwanego ad 1 jako zarządcę sprzedała pozwanej ad 2 spółce H. GmbH cały swój stan magazynowy gotowych towarów za cenę 3,6 miliona DM oraz przeznaczone do produkcji towarów surowce za cenę 1,6 miliona DM. Zarówno towary, jak i surowce były przy tym przewłaszczone na zabezpieczenie na rzecz kredytującego spółkę G. GmbH banku. Obydwie umowy sprzedaży przewidywały dwuletni termin płatności za towary i surowce. Z ustaleń poczynionych przez orzekające w sprawie sądy wynikało również, że pozwana spółka H. GmbH przejęła od spółki G. GmbH jej system dystrybucji, a także bazę jej klientów. Dodać należy, że pozwany ad 1 był również wspólnikiem dominującym w pozwanej ad 2 spółce H. GmbH. Spółka pozwana ad 2 nie zapłaciła uzgodnionej w obydwu umowach ceny, a w dniu 1 grudnia 1995 r. została ogłoszona wobec niej upadłość. Wcześniej, dnia 14 lipca 1994 r. zostało wszczęte również postępowanie upadłościowe wobec spółki G. GmbH, które następnie zostało umorzone w maju 1999 r. z powodu ubóstwa masy upadłości.

W tenorze orzeczenia BGH stwierdził, co następuje:

„a) Prowadzący do osobistej odpowiedzialności wspólnika spółki z o.o. stan odpowiedzialności «ingerencji unicestwiającej egzystencję» nie obejmuje błędów menadżerskich przy prowadzeniu przedsiębiorstwa spółki, lecz wymaga wystąpienia celowej [świadomej] i służącej pozazakładowym [niezwiązanym z przedsiębiorstwem spółki] celom ingerencji wspólnika w majątek spółki.

b) Odpowiedzialność przebijająca wspólnika wobec wszystkich wierzycieli spółki z o.o. wymaga ingerencji w służący im fundusz odpowiedzialności spółki. Wyłączenie [z majątku spółki] przedmiotu zabezpieczenia [służącemu] pojedynczemu wierzycielowi nie jest wystarczające [jako przesłanka odpowiedzialności przebijającej]”⁶⁰¹.

W uzasadnieniu rozstrzygnięcia BGH przypomniał ponownie definicję ingerencji unicestwiającej egzystencję i wskazał na skutki prawne tej ingerencji, podkreślając relację tej odpowiedzialności do odpowiedzialności wyrównawczej z § 30 i n. GmbHG. Sąd

⁶⁰¹ Oryginalna treść tenoru jest następująca:

„a) Der zur persönlichen Haftung des GmbH-Gesellschafters führende Haftungstatbestand des «existenzvernichtenden Eingriffs» bezieht sich nicht auf Managementfehler bei dem Betrieb des Gesellschaftsunternehmens, sondern setzt einen gezielten, betriebsfremden Zwecken dienenden Eingriff des Gesellschafters in das Gesellschaftsvermögen voraus.

b) Eine Durchgriffshaftung des GmbH-Gesellschafters gegenüber sämtlichen Gläubigern setzt einen Eingriff in den zu ihrer Befriedigung dienenden Haftungsfonds der Gesellschaft voraus; der Entzug von Sicherungsgut eines einzelnen Gläubigers genügt dafür nicht”.

stwierdził mianowicie, że wspólnik spółki z o.o. odpowiada za zobowiązania spółki osobiście, jeżeli nie respektuje on przyporządkowania celowego majątku spółki i poprzez jawne lub ukryte wypłaty (pobory), następujące bez stosownego (ekwiwalentnego) wyrównania, pozbawia spółkę składników majątkowych, których potrzebuje ona do wykonywania jej zobowiązań. Jeżeli wspólnik ingeruje w powierzony spółce i stanowiący jej niezbędny fundusz odpowiedzialności majątek i doprowadza spółkę do stanu, w którym nie może ona wcale lub chociażby w mniejszym tylko stopniu wykonywać jej zobowiązań, nadużywa on formy prawnej GmbH. Wskutek tego traci on zasadniczo uprawnienie do powoływania się na wyłączenie odpowiedzialności z § 13 ust. 2 GmbHG, jeżeli łącznie wyrządzone spółce uszczerbki nie dadzą się skwantyfikować i w związku z tym nie jest możliwe ich wyrównanie na podstawie przepisów § 30 i 31 GmbHG⁶⁰². Ponadto BGH powtórzył swoje stanowisko w przedmiocie rozciągnięcia odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki na tzw. wspólnika-pośredniego, który poprzez – stanowiącą swego rodzaju łącznik – spółkę holdingową wpływa w sposób dominujący na spółkę z o.o.⁶⁰³

BGH wyraźnie wyłączył z zakresu uzasadniających odpowiedzialność ingerencji unicestwiających egzystencję spółki takie zachowania się wspólników, które stanowią jedynie wynik błędnych decyzji menadżerskich, a więc następują w wyniku błędnego zarządzania przedsiębiorstwem w szerokim tego słowa znaczeniu. Jedynie celowe i służące obcym z punktu widzenia przedsiębiorstwa spółki celom pozbawienie spółki składników majątkowych niezbędnych do zaspokajania zobowiązań spółki uzasadnia, zdaniem sądu, odpowiedzialność przebijającą wspólników⁶⁰⁴. W stanowiącej przedmiot rozstrzygnięcia sprawie takim błędem menadżerskim, nieuzasadniającym odpowiedzialności przebijającej, było spóźnione podjęcie decyzji o zaopatrywaniu w towary zagranicznych spółek-córek jako dystrybutorów jedynie po uprzednim uiszczeniu przez nie zapłaty za dostarczane towary⁶⁰⁵.

Ponadto, jak stwierdził BGH, odpowiedzialność przebijającą uzasadnia tylko taka ingerencja w majątek spółki, która pozbawia spółki składników majątkowych składających się na fundusz odpowiedzialności przeznaczony do zaspokojenia wszystkich wierzycieli spółki. Jeżeli natomiast ingerencja dotyczy tylko takich składników majątkowych, które stanowią przedmiot zabezpieczenia na rzecz konkretnego, pojedynczego wierzyciela, to narusza ona tylko jego interes, a nie interes ogółu wierzycieli. W takim przypadku to poszkodowany wierzyciel, a nie pozostali wierzyciele, będzie mógł dochodzić swoich roszczeń⁶⁰⁶.

⁶⁰² Tak wyraźnie *ibidem*, pkt III 1 uzasadnienia wyroku.

⁶⁰³ Zob. pkt III 2 a) uzasadnienia wyroku.

⁶⁰⁴ Zob. pkt III 2 b) uzasadnienia wyroku.

⁶⁰⁵ *Ibidem*.

⁶⁰⁶ Por. pkt III 2 c) uzasadnienia wyroku.

Odnosząc się bardziej szczegółowo do grupy przypadków uzasadniających odpowiedzialność przebijającą za unicestwienie egzystencji spółki, jaką stanowią przypadki pozbawienia spółki szans gospodarczych i zasobów w celu przeniesienia ich na inną spółką zdominowaną przez wspólnika⁶⁰⁷, BGH podkreślił, że za każdym razem należy badać, czy rzeczywiście istniały dające się wykorzystać szanse gospodarcze, których wykorzystanie umożliwiłoby korzystniejsze ukształtowanie sytuacji gospodarczej spółki z o.o. w sposób pozwalający na wykonanie przez spółkę jej zobowiązań. Jeżeli zostanie stwierdzona tego rodzaju ingerencja wspólnika, a więc ingerencja w realne szanse gospodarcze spółki, to będzie on ponosić, zdaniem BGH, nieograniczoną kwotowo odpowiedzialność za zobowiązania spółki, o ile: 1) wyrządzony spółce uszczerbek nie będzie mógł zostać wyrównany na podstawie przewidujących odpowiedzialność wyrównawczą przepisów § 30 i n. GmbHG oraz 2) jeżeli wspólnikowi nie uda się wykazać, że w porównaniu ze stanem majątkowym, który istniałby, gdyby wspólnik zachował się uczciwie, spółka poniosła jedynie ograniczony uszczerbek. W takim przypadku wspólnik będzie w stanie ograniczyć swoją odpowiedzialność do wysokości owego mniejszego, wykazanego przezeń uszczerbku. Przeprowadzeniu takiego dowodu nie stoi przy tym na przeszkodzie okoliczność, że w spółce wystąpił tzw. stan ubóstwa masy upadłości⁶⁰⁸.

Ponieważ sąd odwoławczy nie poczynił w stanowiącej przedmiot rozstrzygnięcia sprawie stosownych ustaleń dotyczących m.in. pozbawienia spółki G. GmbH jej szans gospodarczych, sprawa została przekazana temu sądowi do ponownego rozpoznania⁶⁰⁹.

3.2.8. Podsumowanie

Podsumowując rozwiniętą przez niemiecki Federalny Trybunał Sprawiedliwości w powołanych powyżej orzeczeniach koncepcję odpowiedzialności przebijającej za unicestwienie egzystencji spółki, należy stwierdzić, co następuje.

Wspólnicy spółki z o.o. odpowiadają za zobowiązania spółki wobec jej wierzycieli na zasadach odpowiedzialności przebijającej, a więc bezpośrednio wobec wierzycieli spółki, jeżeli dopuszczą się sami tzw. ingerencji unicestwiającej egzystencję spółki, która prowadzi do niewypłacalności (stanu zadłużenia), a w rezultacie do upadłości spółki (wyroki w sprawach *Bremer Vulkan*, *L-Kosmetik*, *KBV*), lub tę niewypłacalność (stan zadłużenia) pogłębia (wyrok w sprawie *Rheumaklinik*). Wspólnicy ponoszą odpowiedzialność wobec wierzycieli również wówczas, gdy, co prawda, nie dokonali sami

⁶⁰⁷ BGH podkreślił przy tym, nawiązując do swojego wyroku z tego samego dnia w sprawie *Autovertragshändler* oraz do swego wcześniejszego orzeczenia w sprawie *Rheumaklinik*, że w ramach tej grupy przypadków możliwa jest również odpowiedzialność deliktowa wspólników na podstawie § 826 BGB.

⁶⁰⁸ Zob. pkt IV uzasadnienia wyroku.

⁶⁰⁹ Zob. wyrok BGH z dnia 13 grudnia 2004 r. w sprawie *Handelsvertreter*, II ZR 256/02, sentencja, 2 akapit rozstrzygnięcia prawnego oraz pkt IV uzasadnienia wyroku.

przedmiotowej ingerencji, ale za to współdziałali przy unicestwieniu egzystencji spółki w ten sposób, że (biernie) akceptowali pozbawienie spółki majątku, nawet jeżeli sami nie otrzymali żadnej korzyści w związku z podjętą ingerencją (wyrok w sprawie *L-Kosmetik*). Odpowiedzialność za unicestwienie egzystencji spółki ponoszą zarówno wspólnicy bezpośrednio posiadający udziały w spółce z o.o., jak i tzw. wspólnicy-wspólnicy, a więc wspólnicy pośredni, którzy posiadają udziały w spółkach będących wspólnikami spółki z o.o., której egzystencja została unicestwiona (wyrok w sprawie *Autovertrags Händler*). Stopień pośredniego posiadania udziałów w spółce z o.o. może sięgać w głąb struktury holdingowej, tak że odpowiedzialność może ponosić nawet ten podmiot, który posiada udziały w spółce z o.o. za pośrednictwem innych spółek rozmieszczonych hierarchicznie w strukturze koncernowej (wyrok w sprawie *Handelsvertreter*).

Uzasadniającą odpowiedzialność przebijającą ingerencję unicestwiającą egzystencję spółki stanowi takie zachowanie się jej wspólników, które prowadzi do jawnego lub ukrytego pozbawienia spółki składników majątkowych potrzebnych do wykonywania przez spółkę całości lub części jej zobowiązań wobec wierzycieli (pozbawienie spółki zdolności do wykonywania jej zobowiązań), które to składniki składają się na fundusz odpowiedzialności przeznaczony – w ramach tzw. celowego przypisania bądź powiązania – w pierwszym rzędzie do zaspokojenia wierzycieli spółki, jeżeli ingerencja ta następuje z pominięciem przewidzianych prawem procedur: postępowania likwidacyjnego lub upadłościowego. Ingerencją unicestwiającą egzystencję spółki są również takie zachowania jej wspólników, które nie stanowią transferu majątkowego, ale w równym stopniu pozbawiają spółkę możliwości dalszego prowadzenia przez nią rentownej działalności, takie jak np. pozbawienie spółki personelu, przeniesienie działalności produkcyjnej lub handlowej na inny podmiot, wypowiedzenie istotnej dla spółki umowy, a nawet nieprzedłużenie umożliwiającej jej działalność umowy, czy też szerzej: pozbawienie spółki szans gospodarczych, jeżeli są one dokonywane z pominięciem zinstytucjonalizowanej procedury likwidacyjnej lub upadłościowej. Warunkiem odpowiedzialności przebijającej wspólników jest brak możliwości zrekompensowania poniesionego przez spółkę uszczerbku na podstawie przepisów o ochronie kapitału zakładowego przewidujących odpowiedzialność wyrównawczą wspólników wobec spółki (wyrok w sprawie *KBV*), a więc zwłaszcza wówczas, gdy dokonywane ingerencje nie dają się skwantyfikować (wyrok w sprawie *Handelsvertreter*), a więc pojedynczo wyodrębnić lub ująć księgowo. Kolejnym warunkiem odpowiedzialności jest nieotrzymanie przez spółkę od wspólnika w zamian za dokonanie ingerencji świadczenia ekwiwalentnego, stanowiącego środek rekompensaty za ingerencję (wyroki w sprawie *KBV* i *Handelsvertreter*). Wspólnik nie odpowiada za zobowiązania spółki, a jego zachowanie nie może zostać uznane za ingerencję unicestwiającą egzystencję spółki, jeżeli nosi ono znamiona jedynie błędu menadżerskiego

przy prowadzeniu przedsiębiorstwa spółki i nie da się w związku z tym zakwalifikować jako celową i służącą pozaspółkowym celom ingerencję w majątek spółki (wyrok w sprawie *Handelsvertreter*). Co ważne, wspólnicy mogą uniknąć nieograniczonej odpowiedzialności za zobowiązania spółki, jeżeli wykażą, że w porównaniu ze stanem, który by istniał, gdyby ingerencji nie dokonano, spółka poniosła ograniczony (mniejszy) uszczerbek od dochodzonej od wspólnika (wspólników) przez wierzyciela (wierzycieli) kwoty (wyrok w sprawie *Autovertragshändler*).

Zwłaszcza to ostatnie ograniczenie odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki z o.o. wobec jej wierzycieli, a wyrażone w przedostatnim orzeczeniu BGH dotyczącym konstrukcji odpowiedzialności przebijającej za nadużycie egzystencji spółki stanowi wyłom w klasycznej koncepcji odpowiedzialności przebijającej ujmowanej zarówno w dotychczasowym orzecznictwie BGH, jak i przez większość przedstawicieli doktryny niemieckiego prawa spółek jako odpowiedzialność o charakterze obiektywnym, a wręcz absolutnym.

3.3. Odpowiedzialność za unicestwienie egzystencji spółki w niemieckiej doktrynie

3.3.1. Uwagi wprowadzające – różnorodność poglądów na temat dogmatycznej podstawy odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki

Jak już wspomniano powyżej, do rozwoju koncepcji odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki w orzecznictwie niemieckiego Federalnego Trybunału Sprawiedliwości przyczyniły się w znacznym stopniu zaprezentowane w doktrynie niemieckiego prawa spółek rozważania ówczesnego Przewodniczącego II Senatu Cywilnego BGH Volkera Röhrichta⁶¹⁰.

Jednakże aż do wyroku w sprawie *KBV*⁶¹¹ niejasna, a w związku z tym szeroko dyskutowana w doktrynie, była podstawa prawna odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki i jej teoretycznoprawne uzasadnienie. Komentując orzeczenia w sprawie *TBB* oraz *Bremer Vulkan* wielu autorów próbowało przedstawić własny pogląd na temat właściwej teoretycznej i prawnej podstawy odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki.

I tak K. Schmidt – nawiązując do swoich wcześniejszych poglądów – opowiedział się za ukształtowaniem tej odpowiedzialności jako zależnej od winy odpowiedzialności

⁶¹⁰ Zob. V. Röhricht, *Die GmbH im Spannungsfeld zwischen wirtschaftlicher Dispositionsfreiheit ihrer Gesellschafter und Gläubigerschutz*, [w:] K. Geiß, K. Nehm, H.-E. Brandner, H. Hagen (Hrsg.), *Festschrift aus Anlaß des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof, Band I*, Carl Heymanns Verlag 2000, s. 83 i n. Szerzej pkt 3.1 niniejszego rozdziału.

⁶¹¹ Wyrok BGH z dnia 24 czerwca 2002 r. w sprawie *KBV*, II ZR 300/00.

wewnętrznej wspólników wobec spółki (*verschuldensabhängige Innenhaftung*) za doprowadzenie spółki do upadłości (*Insolvenzverursachungshaftung*). Podstawą tej odpowiedzialności odszkodowawczej za ingerencję unicestwiającą egzystencję spółki jest, zdaniem tego autora, szczególnie ustawowy stosunek prawny członkostwa istniejący między wspólnikiem a spółką. Treść obowiązków wspólnika wobec spółki wyznaczają zdaniem K. Schmidta obowiązki lojalności (*Treuepflichten*), a ustawową podstawę konkretyzacji obowiązków wspólnika mogą stanowić w szczególności przepisy niemieckiego kodeksu cywilnego dotyczące obowiązku ze stosunku zobowiązaniowego (*Pflicht aus dem Schuldverhältnis*) – § 280 i 282 BGB⁶¹². Podobny pogląd wyraził również P. Ulmer, który analizując orzeczenia w sprawach *TBB* oraz *Bremer Vulkan* uznał, że BGH oparł się na konstrukcji odpowiedzialności wewnętrznej wspólników za szkodę wyrządzoną spółce zależnej. Spółce, zdaniem autora, powinno przysługiwać odszkodowanie ograniczone do wysokości ubytku doznanego przez wierzycieli⁶¹³. Najbardziej przekonującą dogmatycznie podstawą odpowiedzialności za ingerencję unicestwiającą egzystencję spółki jest – według P. Ulmera – jej pojmowanie jako odpowiedzialności za naruszenie obowiązków lojalności albo bardziej neutralnie – jak to ujął sam autor – za naruszenie obowiązków ze stosunku szczególnego (powiązanie szczególnego) łączącego wspólnika ze spółką z o.o.⁶¹⁴

Jednocześnie zarówno P. Ulmer, jak i K. Schmidt odrzucili⁶¹⁵ inną wchodzącą w rachubę i forsowaną w niemieckiej doktrynie przez J. Wilhelma⁶¹⁶, a później również przez H. Altmeppena⁶¹⁷, dogmatyczną podstawę prawną odpowiedzialności za ingerencję unicestwiającą egzystencję spółki w postaci odpowiedzialności za naruszenie przez dominującego wspólnika jako tzw. quasi-zarządcy obowiązków staranności (odpowiedzialność wspólnika na podstawie analogicznie stosowanego § 43 GmbHG dotyczącego odpowiedzialności zarządcy), którą H. Altmeppen uzupełnił dodatkowo o możliwość dochodzenia roszczeń spółki przez jej wierzycieli na podstawie stosowanego analogicznie § 93 ust. 5 AktG⁶¹⁸. Ponadto P. Ulmer, sam będąc – jak wiadomo – zwolennikiem koncepcji odpowiedzialności przebijającej za materialne niedokapitalizowanie, odrzucił

⁶¹² Zob. K. Schmidt, *Gesellschafterhaftung und „Konzernhaftung“ bei der GmbH. Bemerkungen zum „Bremer Vulkan“-Urteil des BGH vom 17.9.2001*, NJW 2001, s. 3579–3580. Nie jest do końca jasne, jaka jest, zdaniem autora, relacja obowiązków lojalności do obowiązków wywodzonych ze znajdujących się wówczas w fazie projektu zmiany niemieckiego prawa zobowiązań paragrafów 280–282 BGB.

⁶¹³ P. Ulmer, *Von „TBB” zu „Bremer Vulkan” – Revolution oder Evolution?* ZIP 2001, s. 2028.

⁶¹⁴ *Ibidem*, s. 2027. Dosłownie: „Haftung des Alleingesellschafters wegen [...] Verstoßes gegen seine Pflichten aus der Sonderverbindung zur GmbH”.

⁶¹⁵ Zob. *ibidem*, s. 2024–2026; K. Schmidt, *Gesellschafterhaftung...*, s. 3580.

⁶¹⁶ Zob. J. Wilhelm, *Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person*, München 1981, s. 330 i n.

⁶¹⁷ H. Altmeppen, *Grundlegend Neues zum „qualifizierte faktischen” Konzern und zum Gläubigerschutz in der Einmann-GmbH. Zugleich Besprechung des Urteils des BGH vom 17.9.2001 – II ZR 178/99 „Bremer Vulkan”*, ZIP 2001, s. 1843 i n.

⁶¹⁸ *Ibidem*, s. 1845 i n.

również wyraźnie, przy okazji analizy orzeczeń w sprawach *TBB* oraz *Bremer Vulkan*, koncepcję odpowiedzialności przebijającej jako teoretycznej podstawy prawnej odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki⁶¹⁹.

Wyraźnie za ukształtowaniem odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki jako odpowiedzialności przebijającej opowiedział się natomiast G. Bitter, konsekwentnie rozwijając zaprezentowaną już w swojej rozprawie doktorskiej⁶²⁰ współczesną teorię celu normy i wskazując na teleologiczną redukcję § 13 ust. 2 GmbHG oraz analogiczne stosowanie § 128 HGB jako postawę prawną odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. i dopatrując się w orzeczeniu w sprawie *Bremer Vulkan* podwalin ogólnej odpowiedzialności za nadużycie (*allgemeine Missbrauchshaftung*)⁶²¹.

Wyrok w sprawie *KBV* nie doprowadził do ujednoczenia poglądów doktryny: część autorów, którzy już wcześniej byli zwolennikami koncepcji odpowiedzialności przebijającej za materialne niedokapitalizowanie spółki oraz pomieszanie majątków spółki i wspólnika, opowiedziało się za nową teoretyczną podstawą odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki w postaci odpowiedzialności przebijającej. I tak P. Ulmer zaaprobował wyrażoną w wyroku *KBV* koncepcję odpowiedzialności przebijającej za unicestwienie egzystencji spółki jako konsekwentny rozwój orzecznictwa prowadzący do stworzenia nowego stanu odpowiedzialności przebijającej o wyraźnych konturach. Autor ten jednocześnie podkreślił, że to nowe, oparte na konstrukcji przebiccia, ujęcie odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki nie będzie prowadzić do nadmiernego rozszerzenia odpowiedzialności wspólników spółek z o.o. z uwagi na wyrażone w tym orzeczeniu ograniczenia odpowiedzialności, chociażby w postaci jej subsydiarnego charakteru wobec reguł ochrony kapitału zakładowego (§ 30 GmbHG)⁶²². Przyjętą przez BGH koncepcję odpowiedzialności przebijającej zaaprobowali również M. Lutter oraz N.R. Banerjea, a także H. Wiedemann, uznając ją za przejaw teoretycznej koncepcji nadużycia instytucji (*Institutsmissbrauch*)⁶²³. Za przyjętą przez BGH koncepcją opowiedział się również G. Bitter, który od samego początku postulował oparcie

⁶¹⁹ Zob. P. Ulmer, *Von „TBB” ...*, s. 2026–2027.

⁶²⁰ Por. G. Bitter, *Konzernrechtliche...*

⁶²¹ Zob. G. Bitter, *Der Anfang vom Ende des „qualifiziert faktischen GmbH-Konzerns” – Ansätze einer allgemeinen Missbrauchshaftung in der Rechtsprechung des BGH*, WM 2001, s. 2133 i n.

⁶²² Zob. P. Ulmer, *Anmerkung zum KBV-Urteil*, JZ 2002, s. 1049 i n. Tym samym autor zmienił swoje stanowisko na temat odpowiedzialności za ingerencję unicestwiającą egzystencję spółki wyrażone jeszcze na gruncie orzeczeń w sprawach *TBB* oraz *Bremer Vulkan*. Zastanawiające jest, że autor ten uznał wyrok w sprawie *KBV* za przejaw konsekwentnego rozwoju orzecznictwa w kierunku odpowiedzialności przebijającej za unicestwienie egzystencji spółki, której to konsekwencji nie dopatrywał się we wcześniejszych orzeczeniach, mimo iż sam jest zwolennikiem odpowiedzialności przebijającej za materialne niedokapitalizowanie i z perspektywy P. Ulmera wydawać by się mogło, że te same argumenty przemawiają za taką samą podstawą odpowiedzialności w ramach różnych przypadków „przebiccia”.

⁶²³ Zob. M. Lutter, N.R. Banerjea, *op. cit.*, s. 402 i n., s. 440; H. Wiedemann, *Reflexionen...*, s. 283, 284.

konstrukcji odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki na koncepcji odpowiedzialności przebijającej⁶²⁴. Co więcej, autor ten konsekwentnie opowiada się za stosowaniem tej koncepcji jako dogmatycznej podstawy odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki⁶²⁵, mimo zmiany linii orzeczniczej BGH w tym zakresie, która zostanie przedstawiona w następnym rozdziale⁶²⁶.

Nie wszyscy przedstawiciele niemieckiej doktryny prawa spółek zaakceptowali rozwiniętą przez BGH w wyroku *KBV* i następujących po nim orzeczeniach koncepcję odpowiedzialności przebijającej za unicestwienie egzystencji spółki. J. Wilhelm, powołując się na rozwiniętą przez niego teorię, uznał, że dogmatyczną podstawą odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki powinna być odpowiedzialność ze szczególnego stosunku prawnego (*Haftung aus dem Sonderverhältnis*) na podstawie § 280, 311 ust. 2 oraz 241 ust. 2 BGB, a więc wewnętrzna odpowiedzialność współników wobec spółki za ingerencję w jej majątek, wzmocniona poprzez przyznanie wierzycielom prawa do dochodzenia roszczeń spółki na podstawie analogicznie stosowanych przepisów § 62 ust. 2, 93 ust. 5, 117 ust. 5, 309 ust. 4 oraz 327 ust. 4 AktG⁶²⁷. Na stosunek szczególnego powiązania jako podstawę odpowiedzialności współników wobec spółki zwraca uwagę również Ch. Osterloh-Konrad⁶²⁸, podtrzymując swoje stanowisko mimo zmiany linii orzeczniczej BGH dokonanej wyrokiem w sprawie *Trihotel*⁶²⁹. Natomiast, U. Haas, krytykując przyjętą przez BGH konstrukcję odpowiedzialności przebijającej opowiedział się za ukształtowaniem odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki jako zewnętrznej odpowiedzialności współników wobec wierzycieli spółki, jednakże opartej na podstawie deliktowej § 826 BGB, względnie § 823 ust. 2 BGB w powiązaniu z tzw. ustawą ochronną⁶³⁰.

Bardziej ogólną i zarazem przemyślaną krytykę rozwijanej przez BGH „jednolitej koncepcji odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki” przedstawił W. Schön, podkreślając, że pod pojęciem „unicestwienie egzystencji” należy rozumieć różnorodne stany faktyczne, z których każdy cechuje się odmiennymi przesłankami i podstawą prawną odpowiedzialności, pośród których można, co prawda, wymienić odpowiedzialność przebijającą, stanowiącą jednakże jeden z wielu rodzajów odpowiedzialności⁶³¹.

⁶²⁴ Zob. G. Bitter, *Der Anfang...*, s. 2133 i n.

⁶²⁵ Zob. G. Bitter, [w:] *Scholz. Kommentar...*, § 13, nb 152 i n. Stanowisko tego autora zostanie przedstawione szerzej w pkt 5.3.2 niniejszego rozdziału.

⁶²⁶ Zob. rozdz. VIII pkt 2.1.

⁶²⁷ Zob. J. Wilhelm, *Zurück...*, s. 175, 180.

⁶²⁸ Zob. Ch. Osterloh-Konrad, *op. cit.*, s. 275 i n.

⁶²⁹ Zob. rozdz. VIII pkt 2.1.1.

⁶³⁰ Zob. U. Haas, *Die Gesellschafterhaftung wegen „Existenzvernichtung”*, WM 2003, s. 1929, 1940. Takie stanowisko autora nie powinno dziwić, jeżeli uwzględni się, że BGH w różnych orzeczeniach, a także w sprawie *KBV* rozważał odpowiedzialność deliktową współników spółki z o.o. wobec jej wierzycieli stosownie do § 826 BGB jako alternatywną podstawę prawną odpowiedzialności.

⁶³¹ Por. W. Schön, *op. cit.*, ZHR 2004, s. 268, 296.

Krytyka koncepcji odpowiedzialności przebijającej za unicestwienie egzystencji spółki zostanie omówiona w następnym rozdziale. W kolejnym punkcie przedstawiono natomiast „klasyczne” ujęcie odpowiedzialności przebijającej za ingerencję unicestwiającą egzystencję spółki.

3.3.2. Odpowiedzialność przebijająca za unicestwienie egzystencji spółki w doktrynie niemieckiej

3.3.2.1. Zalety koncepcji odpowiedzialności przebijającej za unicestwienie egzystencji spółki

Zwolennicy konstrukcji odpowiedzialności przebijającej jako podstawy odpowiedzialności wspólników za unicestwienie egzystencji spółki z radością powitali odejście BGH od koncepcji odpowiedzialności w kwalifikowanym koncernie GmbH, która umożliwiała, co prawda, walkę z nadużyciami pozycji dominującej przez spółki-matki oraz z wyzyskiwaniem przez nie spółek zależnych, ale zawężenie zakresu jej zastosowania do struktur koncernowych było uważane za przypadkowe. Jak słusznie podkreślano, również poza strukturami koncernowymi wspólnicy nie respektują autonomii spółek z o.o., co wywołuje ujemne skutki szczególnie dla wierzycieli tychże spółek⁶³².

Dodatkowo podkreślano, że próba zwalczania omawianych nadużyć przy wykorzystaniu prawa deliktowego, a w szczególności normy wyrażonej w § 826 BGB, nie była czysta konstrukcyjnie. Wyrok w sprawie *KBV* uznano w związku z tym za przełomowy. Orzeczenie to stanowi, zdaniem zwolenników koncepcji odpowiedzialności przebijającej, powrót do rozwijania spójnej i zakorzenionej w prawie spółek figury – ogólnej normy przebicia (*allgemeine Durchgriffsnorm*)⁶³³.

Zdaniem M. Luttera oraz N.R. Banerjea’i, konstrukcja odpowiedzialności przebijającej przyjęta za podstawę odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. w orzeczeniu *KBV* stanowi przekonującą teoretycznie i dogmatycznie podstawę odpowiedzialności. Ingerencję unicestwiającą egzystencję spółki można bowiem konstrukcyjno-prawnie traktować jako niezgodne z celem normy przyznającej przywilej braku odpowiedzialności nadużycie osoby prawnej. Nie jest przy tym istotne, czy dogmatyczny akcent zostanie położony na nadużycie, czy też cel normy – w obydwu przypadkach do odpowiedzialności prowadzić ma sprzeczne z ustawą wykorzystanie spółki z o.o.⁶³⁴ Ponadto, związane z przyjęciem tej koncepcji ukształtowanie odpowiedzialności jako odpowiedzialności zewnętrznej znajduje swoje metodologiczne uzasadnienie w ustawie (§ 13 ust. 2 GmbHG), podczas gdy zwolennicy koncepcji odpowiedzialności wewnętrznej muszą często sięgać do fikcji

⁶³² Zob. M. Lutter, N.R. Banerjea, *op. cit.*, s. 407.

⁶³³ Tak należy rozumieć wywód przeprowadzony w *ibidem*, s. 408.

⁶³⁴ *Ibidem*, s. 412.

prawnych, chociażby w postaci „interesu własnego” spółki, która leży u podstaw odpowiedzialności wewnętrznej za naruszenie obowiązków lojalności⁶³⁵. Wreszcie, za wyborem koncepcji odpowiedzialności przebijającej i ukształtowaniem odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki jako zewnętrznej przemawiają względy praktyczne. Przyjęcie konstrukcji odpowiedzialności wewnętrznej za naruszenie obowiązków lojalności prowadziłyby do ukształtowania tej odpowiedzialności jako odpowiedzialności odszkodowawczej, który to skutek prawny jest nieadekwatny do stanów faktycznych określanych mianem ingerencji unicestwiającej spółkę. Nawet jeżeli z samego wyroku *KBV* nie wynika wprost, że warunkiem odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki jest niemożliwość wyizolowania poszczególnych ingerencji szkodzących spółce, to przecież często ustalenie pojedynczych ingerencji nie będzie możliwe. To samo dotyczy uzasadniającego odpowiedzialność odszkodowawczą związku przyczynowego. To z kolei prowadzi do praktycznej niemożliwości ustalenia wysokości szkody wyrządzonej spółce⁶³⁶. Dlatego też konstrukcja odpowiedzialności przebijającej prowadząca do odpowiedzialności zewnętrznej wspólników za zobowiązania spółki ma przewagę nad koncepcją odpowiedzialności wewnętrznej ukształtowanej jako odpowiedzialność odszkodowawcza za trudną do kwotowego określenia szkodę⁶³⁷.

Należy jeszcze raz podkreślić, że głównym powodem rozwinięcia koncepcji odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki – i poprzedzającej jej koncepcji odpowiedzialności w kwalifikowanym koncernie faktycznym – była potrzeba stworzenia zasad odpowiedzialności wspólników za ingerencje w szeroko rozumiany majątek spółki z o.o., których skutki nie dawały się zrekompensować przy pomocy bilansowo zorientowanych przepisów o ochronie kapitału zakładowego. Z jednej strony, przepisy § 30 i 31 GmbHG nie pozwalają na wyrównanie uszczerbku, który wywołują działania niezajdujące swego bilansowego odzwierciedlenia. Z drugiej zaś strony, przewidziana w tych przepisach odpowiedzialność wyrównawcza, sprowadzająca się do obowiązku zwrotu spółce świadczeń otrzymanych z naruszeniem reguł ochrony kapitału zakładowego, zawodzi w sytuacjach, w których wskutek „wyprowadzenia” ze spółki majątku, została spółce wyrządzona dalej idąca (tzw. następcza) szkoda⁶³⁸.

W doktrynie niemieckiego prawa spółek podkreśla się również, że konstrukcja odpowiedzialności przebijającej za unicestwienie egzystencji spółki ma także przewagę nad przepisami niemieckiego prawa upadłościowego o zaskarżaniu czynności upadłego

⁶³⁵ *Ibidem*.

⁶³⁶ Tak wyraźnie M. Lutter, N.R. Banerjea, *op. cit.*, s. 412–413. Szerzej na temat dalszych wad koncepcji odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki kształtujących tę odpowiedzialność jako odpowiedzialność wewnętrzną: *ibidem*, s. 413.

⁶³⁷ *Ibidem*.

⁶³⁸ Por. G. Bitter, [w:] *Scholz. Kommentar...*, § 13, nb 153.

(§ 129 i n. InsO). G. Bitter zauważa, że przepisy prawa upadłościowego są zorientowane na zwrot do masy upadłości świadczeń spełnionych na podstawie podlegających zaskarżeniu czynności prawnych, przy czym podmiotem zobowiązanym do zwrotu przedmiotu świadczenia jest jedynie jego odbiorca. Ponadto przepisy te znajdują zastosowanie tylko w przypadku wszczęcia postępowania upadłościowego, a jeżeli ogłoszenie upadłości nie nastąpi, zastosowanie znajdują jedynie ogólne normy *Anfechtungsgesetz*⁶³⁹, czyli ustawy o zaskarżaniu czynności prawnych dłużnika⁶⁴⁰.

3.3.2.2. Podstawy i przesłanki odpowiedzialności przebijającej za unicestwienie egzystencji spółki

Głównym orędownikiem konstrukcji odpowiedzialności przebijającej jako dogmatycznej podstawy odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki pozostaje, nawet mimo zmiany linii orzeczniczej BGH w tej kwestii, G. Bitter, dlatego to właśnie jego stanowisko wymaga szerszego przedstawienia. Jest to zasadne tym bardziej, że autor ten w sposób dokładny omawia podstawę prawną i przesłanki odpowiedzialności przebijającej za *Existenzvernichtung*.

3.3.2.2.1. Podmiotowy zakres odpowiedzialności

Dłużnikiem ponoszącym odpowiedzialność za unicestwienie egzystencji spółki jest podmiot, który poprzez swój faktyczny wpływ jest w stanie dokonać ingerencji unicestwiającej ingerencją spółki. Takimi podmiotami są przede wszystkim wspólnik lub wspólnicy spółki z o.o. W określonych okolicznościach dłużnikiem może być tzw. wspólnik pośredni, określanymi jako wspólnik-wspólnik (*Gesellschafter-Gesellschafter*), który wywołuje dominujący wpływ na spółkę-wnuczkę⁶⁴¹. Dłużnikami mogą być również wspólnicy, którzy nie otrzymawszy, co prawda, żadnych korzyści majątkowych wynikających z dokonanej ingerencji przez swoją zgodę na ową ingerencję współdziałali przy unicestwieniu egzystencji spółki⁶⁴².

Wierzycielem uprawnionym do dochodzenia od wspólnika (wspólników) spółki z o.o. roszczenia na podstawie konstrukcji odpowiedzialności przebijającej za unicestwienie egzystencji spółki powinien być, zdaniem G. Bittera, konsekwentnie broniącego koncepcji „przebicia”, wierzyciel spółki, który będzie dochodził wobec wspólnika (wspólników) przysługującego mu wobec spółki roszczenia, za które wspólnicy ponoszą

⁶³⁹ Gesetz über die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners außerhalb des Insolvenzverfahrens (Anfechtungsgesetz – AnfG) vom 5. Oktober 1994 (BGBl. I S. 2911 ze zm.) – niemiecka ustawa o zaskarżaniu czynności prawnych dłużnika poza postępowaniem upadłościowym (ustawa o zaskarżaniu). W skrócie: AnfG.

⁶⁴⁰ Zob. G. Bitter, [w:] *Scholz. Kommentar...*, § 13, nb 153.

⁶⁴¹ *Ibidem*, § 13, nb 157. Por. wyrok w sprawie *Autovertragshändler*.

⁶⁴² *Ibidem*. Por. wyrok w sprawie *L-Kosmetik*.

osobistą odpowiedzialność na podstawie § 128 HGB stosowanego w drodze analogii (zewnątrzna odpowiedzialność wspólników za zobowiązania spółki)⁶⁴³. Jednakże, zdaniem G. Bittera, dopuszczalna jest dyferencjacja wierzycieli i pozbawienie niektórych z nich uprawnień do dochodzenia roszczeń od wspólników. Roszczenia nie powinny bowiem przysługiwać takim wierzycielom, którzy nawiązując stosunki ze spółką znali jej sytuację i świadomie podjęli się ryzyka kontraktowania z nią, a dodatkowo mogli zabezpieczyć się przed związanym z tym ryzykiem. Niejako na drugim biegunie znajdują się wierzyciele deliktowi, których potrzeba ochrony jest wzmocniona, ponieważ inna jest podstawa ich roszczeń wobec spółki (ustawowy stosunek zobowiązaniowy) i nie wybrali oni sobie spółki jako dłużnika. A zatem G. Bitter dzieli wierzycieli spółki na dobrowolnych i niedobrowolnych i pozbawia tych pierwszych w określonych sytuacjach uprawnień do dochodzenia roszczeń wobec wspólników⁶⁴⁴.

3.3.2.2. Przesłanki stanu faktycznego uzasadniającego odpowiedzialność za unicestwienie egzystencji spółki – zakres przedmiotowy odpowiedzialności

Wspólnicy spółki z o.o. odpowiadają osobiście wobec jej wierzycieli, jeżeli nie respektują celowego związania majątku spółki i pozbawiają spółki w sposób jawny lub ukryty – oraz bez przekazania spółce stosownej rekompensaty (wyrównania) za ingerencję – wartości majątkowych, których spółka potrzebuje do wykonywania jej zobowiązań. Majątek spółki jest przy tym rozumiany szeroko, a więc obejmuje również wartości, które nie znajdują swojego bilansowego odzwierciedlenia, w związku z czym nie jest możliwa ochrona za pomocą reguł utrzymania kapitału zakładowego: ingerencja może dotyczyć również szans gospodarczych spółki, jej personelu, a także polegać na przeniesieniu produkcji na inny podmiot⁶⁴⁵.

⁶⁴³ G. Bitter opowiada się zatem konsekwentnie przeciwko przyjętej w najnowszym orzecznictwie BGH konstrukcji odpowiedzialności wspólników wobec spółki w stosunku wewnętrznym za ingerencję unicestwiającą egzystencję spółki. Autor ten krytykuje również inne alternatywne koncepcje odpowiedzialności przyznające wierzycielom spółki prawo do dochodzenia roszczeń spółki wobec wspólników (dochodzenia tych roszczeń za spółkę) w drodze analogicznego stosowania przepisów § 62 ust. 2, § 93 ust. 5, § 117 ust. 5, § 309 ust. 4 zd. 3 oraz § 317 ust. 4 AktG. Zob. szerzej: G. Bitter, [w:] *Scholz. Kommentar...*, § 13, nb 158–160 oraz 171. Nowa konstrukcja odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki z o.o. rozwinęta przez BGH zostanie przedstawiona w następnym rozdziale.

⁶⁴⁴ Zob. szerzej G. Bitter, *Der Anfang...*, s. 2140–2141. Podobnej, choć, wydawałoby się, bardziej restrykcyjnej dyferencjacji wierzycieli dokonują także M. Lutter, N.R. Banerjea, *op. cit.*, s. 431 i n., ponieważ dopuszczają oni dochodzenie roszczeń przez wierzycieli, którzy wiedzieli o ryzyku upadłości, ale nawiązali stosunek prawny ze spółką, znajdując się w sytuacji przymusowej (np. pracownicy spółki). Tego rodzaju wierzycieli należałoby jednak zakwalifikować jako wierzycieli niedobrowolnych stosownie do poglądów G. Bittera. Dodatkowo M. Lutter oraz N.R. Banerjea uzależniają dopuszczalność dyferencjacji wierzycieli od tego, czy wiedzieli oni o ingerencji. Zob. również uwagi poniżej.

⁶⁴⁵ *Ibidem*, § 13, nb 161.

Podając za orzecznictwem i doktryną przykłady ingerencji unicestwiających egzystencję spółki⁶⁴⁶, spośród których najważniejsze zostały w sposób wyczerpujący przedstawione w rozdziale III pkt 2.5–2.13 niniejszej pracy⁶⁴⁷, G. Bitter szczególną uwagę poświęca procederowi w postaci tzw. sztafety spółek, który polega na systematycznym przenoszeniu majątku spółki z o.o. na koncernową spółkę-siostrę, niezależną spółkę zewnętrzną albo inny podmiot zewnętrzny. Czynności takie dokonywane są poza postępowaniem likwidacyjnym albo upadłościowym, tak aby uniemożliwić wierzycielom spółki z o.o. sięgnięcie do wartości majątkowych spółki w ramach tych postępowań. Dlatego też często używa się do określenia takich zachowań pojęcia „zimnej likwidacji” spółki, a więc dokonanej z pominięciem przewidzianej prawem procedury likwidacyjnej albo upadłościowej. Powodem takich zachowań jest chęć osiągnięcia osobistych korzyści przez wspólników spółki z o.o. dokonujących lub współuczestniczących w takiej ingerencji: transfer następuje z majątku spółki do majątku prywatnego wspólnika albo do majątku utworzonej przez wspólników w tym celu nowej, kontrolowanej przez nich spółki („sztafeta spółek”). W takiej sytuacji to właśnie wspólnicy uzyskują bezpośrednio lub pośrednio korzyści majątkowe, podczas gdy wierzycielom spółki z o.o. pozostaje jedynie dochodzenie roszczeń od pozbawionej majątku spółki w późniejszym postępowaniu upadłościowym, o ile zostanie ono w ogóle otwarte. Prowadzi to do rzeczywistej utraty roszczeń przez wierzycieli⁶⁴⁸. Takie rozdzielenie aktywów spółki z o.o. od jej pasywów jest możliwe i dopuszczalne jedynie w ramach tzw. przeniesienia sanacyjnego (*übertragende Sanierung*) w ramach postępowania upadłościowego. Nie jest ono natomiast dopuszczalne na przedpolu upadłości ze szkodą dla wierzycieli⁶⁴⁹.

G. Bitter podkreśla ponadto potrzebę rozróżnienia w ramach zbiorczej grupy przypadków unicestwienia egzystencji spółki dwóch zasadniczych podgrup, dla których charakterystyczne jest różne podejście do podstawy odpowiedzialności: 1) unicestwienia egzystencji przez ingerencje oraz 2) spekulacji na koszt wierzycieli przez niewystarczające przejęcie ryzyka przez wspólników.

W ramach pierwszej podgrupy przypadków uzależnienie odpowiedzialności przebijającej za unicestwienie egzystencji spółki od ingerencji w majątek spółki jest zasadne, zdaniem autora, o tyle, o ile pojęcie „ingerencji” umożliwia odróżnienie zachowań skutkujących odpowiedzialnością wspólników od błędów w zarządzaniu (menadżerskich), które nie mają prowadzić do odpowiedzialności. Natomiast opowiedzenie się za potrzebą wyodrębnienia drugiej podgrupy – spekulacji na koszt wierzycieli – ma podkreślić konieczność obejmowania odpowiedzialnością za unicestwienie egzystencji

⁶⁴⁶ *Ibidem*, § 13, nb 166.

⁶⁴⁷ Zob. również rozdział VII pkt 1 niniejszego opracowania.

⁶⁴⁸ Zob. G. Bitter, [w:] *Scholz. Kommentar...*, § 13, nb 162.

⁶⁴⁹ *Ibidem*, § 13, nb 162.

spółki tych przypadków, w których wspólnicy spółki z o.o. przerzucają *de facto* w całości ryzyko działalności spółki na jej wierzycieli. Tak się dzieje, zdaniem autora, zarówno w przypadku nieadekwatnego wyposażenia spółki w kapitały własne, jak i w przypadku powierzenia spółce-córce prowadzenia szczególnie ryzykownych projektów, których skutki niepowodzenia w konsekwencji odbijają się negatywnie na wierzycielach tejże spółki. Sama konstrukcja spółki z o.o. jako formy prawnej o ograniczonej odpowiedzialności implikuje, co prawda, przerzucanie części ryzyka związanego z działalnością spółki oraz ryzyka upadłości spółki na jej wierzycieli. Nie powinno jednakże pozostać bez konsekwencji prawnych podejmowanie przez spółkę działalności ze znacznie zwiększonym prawdopodobieństwem upadłości⁶⁵⁰.

Obydwie podgrupy przypadków unicestwienia egzystencji spółki powinny skutkować zewnętrzną odpowiedzialnością wspólników spółki z o.o. wobec jej wierzycieli. Jednakże w ramach podgrupy spekulacji na koszt wierzycieli powinna być, zdaniem autora, dopuszczalna dyferencjacja wierzycieli na takich, którzy są w stanie „zabezpieczyć się” przed ryzykiem wynikającym z owej spekulacji, oraz takich, którzy takiej możliwości nie mają⁶⁵¹.

Wreszcie, G. Bitter podkreśla, że konieczną przesłanką odpowiedzialności przebijającej za unicestwienie egzystencji spółki jest to, aby zachowanie unicestwiające egzystencję spółki prowadziło do niewypłacalności lub stanu zadłużenia spółki (w znaczeniu podstaw ogłoszenia upadłości) albo do pogłębienia stanu niewypłacalności (zadłużenia). Innymi słowy: ingerencja musi być kauzalna dla niewypłacalności (stanu zadłużenia) spółki lub jej (jego) pogłębienia. Roszczenie z tytułu unicestwienia egzystencji spółki przysługuje również wtedy, kiedy stan niewypłacalności albo jego pogłębienie nastąpiły w okresie likwidacji spółki⁶⁵². W uproszczeniu można stwierdzić, że ingerencja unicestwiająca egzystencję spółki rodzi odpowiedzialność wspólników, jeżeli prowadzi ona do upadłości spółki albo jeżeli pogarsza sytuację spółki, wobec której spełnione już były podstawy do ogłoszenia jej upadłości.

Z tego wynika, że wspólnicy mogą uniknąć odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki, na co słusznie zwracają uwagę M. Lutter oraz W. Bayer, jeżeli przywrócą jej zdolność do zaspokajania zobowiązań wobec wierzycieli, np. przez podwyższenie kapitału zakładowego spółki, dopłaty, udzielenie pożyczki, a nawet zwrot pobranych świadczeń, jeżeli wystarczy to do przywrócenia wypłacalności spółki⁶⁵³.

⁶⁵⁰ *Ibidem*, § 13, nb 163.

⁶⁵¹ *Ibidem*, § 13, nb 164.

⁶⁵² *Ibidem*, § 13, nb 165. To ostatnie doprecyzowanie przesłanek odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki i objęcie nią również sytuacji, w których niewypłacalność nastąpiła w okresie likwidacji spółki zostało wyraźnie zaakceptowane przez BGH w wyroku z dnia 9 lutego 2009 r. w sprawie *Sanitary*, II ZR 292/07.

⁶⁵³ Zob. M. Lutter, W. Bayer, *op. cit.*, § 13, nb 38.

3.3.2.2.3. Obiektywny charakter odpowiedzialności

Zdaniem autora, odpowiedzialność przebijająca za unicestwienie egzystencji spółki z o.o. jest niezależna od winy. Brak wymogu zawinienia jako przesłanki tej odpowiedzialności wynika z przyjęcia jej charakteru jako odpowiedzialności za obiektywne nadużycie wyłączenia odpowiedzialności, które to nadużycie – poprzez zastosowanie teleologicznej redukcji wyłączającej odpowiedzialność normy § 13 ust. 2 GmbHG – prowadzi do zewnętrznej i bezpośredniej odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki wobec jej wierzycieli⁶⁵⁴.

3.3.2.2.4. Rozmiar (wysokość) odpowiedzialności

Odpowiedzialność przebijająca za unicestwienie egzystencji spółki nie podlega kwotowemu ograniczeniu, jak ma to miejsce w przypadku odpowiedzialności odszkodowawczej. W szczególności nie jest ona ograniczona do obowiązku przekazania masie upadłości sumy pieniężnej koniecznej do uzyskania przez wierzycieli spółki kwoty zaspokojenia, która istniałaby, gdyby wspólnicy nie zachowali się w sposób unicestwiający egzystencję spółki (tzw. szkoda kwotowa, *Quotenschaden*)⁶⁵⁵.

Przy przyjętej przez autora koncepcji odpowiedzialności przebijającej wspólnik spółki z o.o. zobowiązany jest – w ramach swojej osobistej i bezpośredniej odpowiedzialności do zaspokojenia roszczenia wierzyciela w całości, co stanowi konsekwencję stosowania do odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki § 128 HGB *per analogiam*⁶⁵⁶.

⁶⁵⁴ *Ibidem*, § 13, nb 167.

⁶⁵⁵ *Ibidem*, § 13, nb 169. W prawie upadłościowym posługujemy się w języku prawniczym pojęciem kwoty zaspokojenia, którą określa się procentowo w stosunku do sytuacji, gdyby roszczenia wierzycieli mogły być zaspokojone w pełnej wysokości, a ściślej: ustala się, w ilu procentach roszczenia wierzycieli mogą zostać zaspokojone przy danym stanie masy upadłości. I tak np. jeżeli ustalono, że w danym postępowaniu upadłościowym wierzyciele uzyskają 15% swoich wierzytelności – co w warunkach polskich postępowań upadłościowych byłoby i tak optymistyczną kwotą – kwota zaspokojenia wynosi 15%. Odpowiedzialność za szkodę kwotową sprowadza się do potrzeby ustalenia, jaka kwota zaspokojenia przypadłaby wierzycielom, gdyby wspólnicy nie dokonali ingerencji. Gdyby więc, w podanym przykładzie, kwota zaspokojenia w danym postępowaniu wynosiła np. 3%, a przy nieuwzględnieniu ingerencji moglibyśmy oczekiwać owych 15%, wspólnicy byłoby zobowiązani zwrócić do spółki, a ściślej do masy upadłości sumy pieniężne konieczne do wyrównania tak powstałej różnicy.

⁶⁵⁶ *Ibidem*, § 13, nb 171.

Krytyka koncepcji odpowiedzialności przebijającej w doktrynie i orzecznictwie niemieckim

1. Krytyka koncepcji odpowiedzialności przebijającej w niemieckiej doktrynie

1.1. Uwagi wprowadzające

Występujące w niemieckiej doktrynie stanowiska krytyczne wobec koncepcji odpowiedzialności przebijającej nie dają się łatwo pogrupować. Niemniej jednak analiza krytycznych wobec konstrukcji *Durchgriffshaftung* poglądów pozwala wyodrębnić spośród nich krytykę o charakterze ogólnym (krytykę ogólną) oraz krytykę odnoszącą się do poszczególnych grup przypadków odpowiedzialności przebijającej. Podział ten jednak, jak pokażą dalsze rozważania, nie jest rozłączny, ponieważ w ramach krytyki ogólnej występuje wiele odniesień do poszczególnych grup przypadków odpowiedzialności przebijającej, natomiast w ramach krytyki szczególnej, zwłaszcza krytyki konstrukcji odpowiedzialności przebijającej za unicestwienie egzystencji spółki, pojawiają się argumenty natury ogólnej.

W ramach krytyki ogólnej wyróżnić można przede wszystkim stanowiska, które, dostrzegając, co prawda, deficyty ochrony wierzycieli poprzez system kapitałowy i reguły ochronne obowiązujące w ramach tego systemu, negują jednak potrzebę sądowego rozwijania prawa w tym zakresie (*richterliche Rechtsfortbildung*), ponieważ brak jest ustawowej luki (*Gesetzeslücke*) w postaci – w tym przypadku – luki ochronnej (*Schutzlücke*), która uzasadniałaby tego rodzaju prawotwórstwo sądowe. Autorzy kwestionujący występowanie luki ochronnej podnoszą przede wszystkim argumenty natury metodologicznej (zwłaszcza U. Ehricke⁶⁵⁷) oraz konstytucyjnej (W. Nassall⁶⁵⁸) przeciwko koncepcji odpowiedzialności przebijającej. Natomiast inni autorzy podejmują się krytyki koncepcji odpowiedzialności przebijającej na płaszczyźnie dogmatycznej, podkreślając słabe punkty i niedoskonałość teorii *Durchgriffshaftung*. Poglądy tych autorów można z kolei podzielić na dwie podgrupy: ogólną krytykę dogmatyczną nieodnoszącą

⁶⁵⁷ U. Ehricke, *op. cit.*, s. 255 i n. Zob. uwagi poniżej.

⁶⁵⁸ W. Nassall, *Der existenzvernichtende Eingriff in die GmbH: Einwendungen aus verfassungs- und insolvenzrechtlicher Sicht*, ZIP 2003, s. 969 i n. Zob. uwagi poniżej.

się zasadniczo do metodologicznej zasadności i potrzeby rozwijania koncepcji przebicia oraz ogólną krytykę dogmatyczną, w ramach której uznaje się potrzebę sądowego rozwijania prawa (prawotwórstwa sądowego), jednakże w inny sposób niż poprzez koncepcję *Durchgriffshaftung* (tak reprezentatywnie H.Ch. Grigoleit⁶⁵⁹).

Krytyka poszczególnych grup przypadków odpowiedzialności przebijającej skoncentrowana jest natomiast na tych konkretnych przypadkach. Wielu autorów dostrzega potrzebę ochrony wierzycieli w poszczególnych przypadkach objętych zakresem zastosowania koncepcji odpowiedzialności przebijającej, jednak podważają oni zasadność tej koncepcji, podnosząc argumenty natury dogmatycznej. Zdaniem tych autorów, istnieje potrzeba ochrony wierzycieli w danych „przypadkach przebicia”, jednak powinna ona mieć inną podstawę dogmatyczną, którą stanowić mogą bądź to obowiązujące przepisy prawa cywilnego, bądź to rozwinięta prawotwórczo koncepcja odpowiedzialności odmienna od *Durchgriffshaftung*. W tym zakresie krytyka poszczególnych przypadków „przebicia” zbliża się do ogólnej krytyki dogmatycznej, a różnica pomiędzy szczególną a ogólną krytyką dogmatyczną sprowadza się do tego, że krytyka ogólna próbuje się zasadniczo oderwać od danej grupy przypadków i wskazać w sposób uogólniający na słabe punkty koncepcji „przebicia” jako takiej.

1.2. Ogólna krytyka koncepcji odpowiedzialności przebijającej

1.2.1. Krytyka odpowiedzialności przebijającej na płaszczyźnie metodologicznej – poglądy negujące występowanie luki ochronnej, która uzasadniałaby rozwijanie koncepcji *Durchgriffshaftung*

1.2.1.1. Metodologiczna krytyka odpowiedzialności przebijającej dotycząca klasycznej grupy przypadków tej odpowiedzialności

W doktrynie niemieckiej koncepcję odpowiedzialności przebijającej poddał gruntownej krytyce U. Ehricke⁶⁶⁰. Autor ten zwraca uwagę na to, że odpowiedzialność przebijająca wciąż stanowi niewyjaśniony w pełni fenomen prawny, który wywołuje kontrowersje nie tylko natury ogólnej, ale też rodzi wiele problemów przy omawianiu kwestii szczegółowych, a przy tym odpowiedzialności przebijającej przeciwstawiane są alternatywne rozwiązania mające swoje mniej lub bardziej ugruntowane podstawy dogmatyczne, chociażby w postaci odpowiedzialności deliktowej⁶⁶¹. Prowadzi to do niepewności, którą pogłębia jeszcze wielość koncepcji teoretycznych mających uzasadniać przebicie.

⁶⁵⁹ H.Ch. Grigoleit, *Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH*, München 2006. Zob. uwagi poniżej.

⁶⁶⁰ U. Ehricke, *op. cit.*, s. 255 i n.

⁶⁶¹ *Ibidem*, s. 262.

Dlatego też problematyka odpowiedzialności przebijającej należy do najtrudniejszych i najbardziej spornych zagadnień na styku prawa cywilnego i prawa spółek⁶⁶².

Zasługą U. Ehrlicke jest zwrócenie uwagi na to, że dotychczasowa dyskusja na temat odpowiedzialności przebijającej toczyła się do tej pory zasadniczo na dwóch płaszczyznach – płaszczyźnie dogmatycznej oraz płaszczyźnie stanu faktycznego – oraz próba przeniesienia dyskusji na trzeci poziom: płaszczyznę metodologiczną, która powinna być rozpatrywana w pierwszej kolejności, o czym wydaje się zapominać większość przedstawicieli doktryny prawa spółek⁶⁶³.

To właśnie na pierwszym, metodologicznym poziomie, należy się zastanowić, czy z punktu widzenia metodologii prawa dopuszczalne jest wprowadzanie do obowiązującego systemu prawnego instytucji odpowiedzialności przebijającej⁶⁶⁴.

Na drugim, dogmatycznym poziomie, a więc wyłącznie po ustaleniu metodologicznej dopuszczalności instytucji prawnej odpowiedzialności przebijającej, dopuszczalne jest poszukiwanie uzasadnienia oraz ukształtowania obowiązku ponoszenia przez współników odpowiedzialności za zobowiązania spółki z o.o. To właśnie na tej dogmatycznej płaszczyźnie można prowadzić rozważania, czy dopuszczalne jest zniesienie (uchylenie) wyłączenia odpowiedzialności w przypadku posłużenia się przez współników spółką z o.o. w sposób stanowiący nadużycie tej konstrukcji prawnej, przy czym zachodzić będzie potrzeba ustalenia, jakie okoliczności i w jaki sposób przypisywalne współnikom powinny prowadzić do tej odpowiedzialności. Na tej dogmatycznej płaszczyźnie należałoby ustalić, czy naprawdę potrzebna jest dodatkowa odpowiedzialność współników obok spółki z o.o. za jej zobowiązania, ukształtowana jako odpowiedzialność zewnętrzna wobec wierzycieli spółki. Wreszcie, należałoby się zastanowić, z jakim uzasadnieniem i na jakiej konkretnej podstawie prawnej taka odpowiedzialność miałaby bazować. To właśnie na tym dogmatycznym poziomie powinna nastąpić konfrontacja pomiędzy prezentowanymi w doktrynie różnymi koncepcjami teoretycznymi odpowiedzialności przebijającej⁶⁶⁵.

Dopiero na trzecim poziomie – płaszczyźnie stanu faktycznego – możliwe jest określenie poszczególnych grup przypadków dotyczących relacji pomiędzy współnikami i wierzycielami spółki uzasadniających zastosowanie konstrukcji odpowiedzialności przebijającej albo obowiązujących już reguł ustawowych. Płaszczyzna ta nabierze jednak znaczenia dopiero wówczas, jeżeli rozwiązane zostaną problemy na dwóch poprzednich płaszczyznach⁶⁶⁶.

⁶⁶² *Ibidem*, s. 267.

⁶⁶³ *Ibidem*, s. 270–272.

⁶⁶⁴ *Ibidem*, s. 271.

⁶⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶⁶ *Ibidem*, s. 272.

Jak podkreśla U. Ehrlicke, podczas dotychczasowej dyskusji na temat odpowiedzialności przebijającej doktryna skupiła się wyłącznie na płaszczyznach dogmatycznej i stanu faktycznego, zaniedbując prawie całkowicie płaszczyznę metodologiczną. Poruszano zatem kwestie, co do których nie do końca było wiadomo, czy istnieje podstawa ich omawiania z metodologicznego punktu widzenia. Zdaniem autora, wszystkie kontrowersje dotyczące odpowiedzialności przebijającej pozbawione byłyby znaczenia i straciłyby rację bytu, w przypadku ustalenia, że z punktu widzenia prawniczej nauki o metodzie koncepcja odpowiedzialności przebijającej jest nie do utrzymania. To, zdaniem autora, oczywiście zamknięcie się doktryny na kwestie metodologiczne budzi tym większe zdziwienie, jeżeli weźmie się pod uwagę podstawowy wymóg nauki prawa, zgodnie z którym przed wprowadzeniem jakiegokolwiek nieprzewidzianej przez ustawę instytucji prawnej, należy nabrać pewności odnośnie do jej metodologicznych podstaw, tak aby móc dokładnie określić jej zakres zastosowania. Zdaniem autora, niezależnie od tego, czy i w jaki sposób można dogmatycznie uzasadnić odpowiedzialność przebijającą, należy w pierwszej kolejności ustalić, czy konstrukcja odpowiedzialności przebijającej stanowi – w świetle zasad prawniczej nauki o metodzie – dopuszczalne rozwijanie prawa (*zulässige Rechtsfortbildung*)⁶⁶⁷.

U. Ehrlicke przypomina, jakie są wymogi tzw. rozwijania prawa w niemieckiej nauce o metodzie. Rozwijanie prawa *praeter legem* zakłada mianowicie występowanie luki ustawowej albo luki regulacyjnej. Sytuacja taka występuje wówczas, gdy porządek prawny rozumiany zarówno jako ustawy, jak i prawo zwyczajowe, nie zawiera norm mogących znaleźć zastosowanie do danego stanu faktycznego, a ta niepełność regulacyjna jest sprzeczna z planem ustawodawcy i niezamierzona (*ungewolltes Manko*)⁶⁶⁸. Należy przy tym odróżnić deficyt regulacyjny uzasadniający rozwijanie prawa od sfery indywidualnych lub zbiorowych wyobrażeń i postulatów o charakterze polityczno-prawnym. Przestrzeganie tego rozgraniczenia pozwala zapobiec sytuacjom, w których poczucie sprawiedliwości stanowiłoby podstawę do uprawiania prawotwórstwa poza ustawą (*extralegale Rechtsschöpfung*), co prowadziłoby do niepewności prawa i podważałoby kompetencję ustawodawcy do stanowienia prawa⁶⁶⁹. Autor przyznaje, że zarówno pojęcie luki z uwagi na jego wieloznaczność, jak i problematyka ustalania sprzeczności luki z porządkiem prawnym z uwagi na jej złożoność mogą wywoływać problemy, co prowadzi do rozróżniania za C.-W. Canarisem⁶⁷⁰ rozwijania prawa (prawotwórstwa)

⁶⁶⁷ *Ibidem*.

⁶⁶⁸ *Ibidem*, s. 273.

⁶⁶⁹ *Ibidem*.

⁶⁷⁰ C.-W. Canaris jest autorem jednej z najistotniejszych w niemieckiej nauce o metodzie monografii poświęconej lukom ustawowym. Zob. C.-W. Canaris, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, 2. Aufl., Berlin 1983.

w granicach ustawy (*gesetzesimmanente Rechtsfortbildung*) oraz rozwijania prawa przekraczającego ustawę (*gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung*). Niezależnie od powyższych rozróżnień należy jednak uznać, że występowanie luki jest wykluczone w sytuacji, „kiedy porządek prawny przy wykorzystaniu wszystkich metodycznych możliwości przewiduje regulację dla danego stanu faktycznego [dosłownie: ukształtowania przypadku]”⁶⁷¹.

Przenosząc powyższe rozważania na grunt problematyki odpowiedzialności przebijającej, należy, zdaniem autora, ustalić najpierw z metodologicznego punktu widzenia, czy w ustawie występuje wymagająca wypełnienia luka, która powinna zostać wypełniona za pomocą odpowiedzialności przebijającej, niezależnie od przyjętej dogmatycznej koncepcji tej odpowiedzialności⁶⁷². Innymi słowy: konstrukcja odpowiedzialności przebijającej będzie miała swoje uzasadnienie tylko wówczas, gdy przypadki, dla których ma ona znajdować zastosowanie, nie będą mogły zostać rozwiązane za pomocą obowiązujących już rozwiązań ustawowych. Jeżeli zatem ustawa przewiduje osobistą odpowiedzialność współników w przypadkach, dla których rozwiązania proponuje się koncepcję odpowiedzialności przebijającej, zbyteczne są jakiegokolwiek dalsze rozważania na temat tej koncepcji i niedopuszczalne jest rozwijanie prawa w tym zakresie⁶⁷³. Próba forsowania konstrukcji odpowiedzialności przebijającej w takich warunkach stanowiłaby prawotwórstwo *contra legem*, które jest dopuszczalne jedynie w wyjątkowej sytuacji „prawnego stanu wyjątkowego” związanego z nieudolnością ustawodawcy, której negatywnym skutkiem przeciwdziałać ma właśnie owe prawotwórstwo⁶⁷⁴.

Aby ustalić istnienie metodologicznej podstawy i zarazem zasadności rozwijania koncepcji odpowiedzialności przebijającej, U. Ehrlicke podejmuje się analizy klasycznych przypadków odpowiedzialności przebijającej. Badając poszczególne powoływane przez zwolenników koncepcji odpowiedzialności przebijającej przypadki w postaci materialnego niedokapitalizowania, pomieszania majątków spółki i współnika, pomieszania sfer spółki i współnika oraz nadużycia instytucji, autor ten dochodzi do wniosku, że w żadnym z nich nie występuje sprzeczna z planem luka regulacyjna w ustawie, którą należałoby metodologicznie wypełnić przy wykorzystaniu instytucji odpowiedzialności przebijającej. Z problemami, które próbuje się w doktrynie rozwiązywać za pomocą konstrukcji odpowiedzialności przebijającej, można się bowiem uporać przy wykorzystaniu obowiązujących już przepisów, a w szczególności regulującego odpowiedzialność

⁶⁷¹ *Ibidem*, s. 273: „In jedem Fall ist allerdings eine Lücke dort ausgeschlossen, wo die Rechtsordnung unter Ausschöpfung aller methodischen Möglichkeiten für die betreffende Fallgestaltung eine Regelung vorsieht”.

⁶⁷² *Ibidem*.

⁶⁷³ *Ibidem*, s. 274.

⁶⁷⁴ *Ibidem*, s. 275.

deliktową § 826 BGB⁶⁷⁵. Dlatego też, zdaniem autora, koncepcja przebicia nie ma racji bytu z metodologicznego punktu widzenia⁶⁷⁶.

Argumenty autora przemawiające przeciwko koncepcji odpowiedzialności przebijającej zostaną przedstawione podczas omawiania krytyki poszczególnych klasycznych przypadków odpowiedzialności przebijającej.

1.2.1.2. Metodologiczna, konstytucyjna i prawno-upadłościowa krytyka odpowiedzialności przebijającej w postaci odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki

W doktrynie niemieckiej koncepcję odpowiedzialności przebijającej za unicestwienie egzystencji spółki poddał metodologicznej i zarazem konstytucyjnej krytyce W. Nassall⁶⁷⁷. Autor ten podkreśla, że niemiecki Federalny Trybunał Sprawiedliwości, powołując się w wyroku *KBV* na obowiązywanie w prawie spółek kapitałowych niewypowiedzianego założenia, że „majątek spółki potrzebny dla wykonywania zawartych w imieniu spółki zobowiązań musi pozostać w spółce w celu zaspokojenia jej wierzycieli”, i wskazując, że jego przestrzeganie warunkuje możliwość powoływania się na przywilej wyłączenia odpowiedzialności⁶⁷⁸, dokonał niedopuszczalnego z metodologicznego i konstytucyjnego punktu widzenia zabiegu. Sąd uzupełnił bowiem ustanawiający wyłączenie odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki z o.o. przepis § 13 ust. 2 GmbHG o owo niepisane założenie i przyznał mu dodatkową (niepisaną) treść normatywną: wspólnicy nie odpowiadają osobiście za zobowiązania spółki z o.o., chyba że 1) przez jawne albo ukryte ingerencje pozbawiają spółki majątku albo wyrażają zgodę na taką ingerencję, 2) wyrządzony spółce skutek takiej ingerencji uszczerbek nie może zostać wyrównany w całości przy wykorzystaniu reguł ochrony kapitału wyrażonych w § 30 i 31 GmbHG albo spółce nie wyrównano tego uszczerbku w inny sposób, 3) spółka utraciła wskutek tej ingerencji w znacznym stopniu zdolność do pokrycia jej zobowiązań⁶⁷⁹. Nadanie przepisowi § 13 ust. 2 GmbHG takiego znaczenia przekracza granice wykładni i stanowi wyraz sądowego rozwijania prawa (*richterliche Rechtsfortbildung*). Zdaniem W. Nassalla, brak jest jednak podstaw do sądowego rozwijania prawa w omawianym przypadku.

Autor przypomniał, że zgodnie z art. 20 ust. 3 niemieckiej konstytucji sądowe rozwijanie prawa ma swoje granice w zasadzie związania sądów prawem i ustawą. Sędziego

⁶⁷⁵ *Ibidem*, s. 275–303.

⁶⁷⁶ *Ibidem*, s. 303–304. Podobnie co do zasady również I. Funke, *op. cit.*, § 13, nb 406 oraz 407 w odniesieniu do odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki. Na temat metodologicznej krytyki koncepcji odpowiedzialności przebijającej zob. szczegółowo następny podpunkt.

⁶⁷⁷ W. Nassall, *op. cit.*, s. 969 i n.

⁶⁷⁸ Zob. uzasadnienie wyroku w sprawie *KBV* cytowane w rozdz. VI pkt 5.

⁶⁷⁹ Zob. W. Nassall, *op. cit.*, s. 970.

wiąże dosłowne brzmienie, systematyka i cel wyczerpującej regulacji ustawowej. Jeżeli ustawodawca podjął jednoznaczną decyzję regulacyjną, sędzia nie może jej podważać na podstawie własnych wyobrażeń z zakresu polityki prawa i zastępować ustawy własnym orzeczeniem, aby osiągnąć efekt, którego nie udało się uzyskać parlamentowi. Rozwijanie prawa *praeter legem* wymaga starannego i konstytucyjnego uzasadnienia. Może ono mieć miejsce tylko w przypadku wystąpienia luki ustawowej, a więc w sytuacji początkowej albo następczej niepełności (niekompletności) ustawowego planu regulacyjnego⁶⁸⁰. Dokonując w wyroku *KBV* sądowego rozwijania prawa, BGH nie powołał się na występowanie pierwotnej albo następczej luki ustawowej. Zamiast tego popełnił on *petitio principii*: najpierw przyjął on obowiązywanie niepisanego założenia, zgodnie z którym w spółce powinien pozostać majątek potrzebny do zaspokojenia jej wierzycieli, aby następnie sprawdzić, czy system ochronny kapitału zakładowego stanowi wystarczający i wyczerpujący mechanizm ustawy do realizacji tego założenia, co wymaga jednak odwołania się właśnie do tego założenia, które zostało przecież dopiero co wykreowane przez BGH⁶⁸¹.

Zdaniem W. Nassalla, analiza historycznych materiałów ustawodawczych dotyczących spółki z o.o. nie pozwala przyjąć, jakoby występowała luka ustawowa wymagająca jej wypełnienia przez koncepcję odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki: system kapitału zakładowego ze szczegółowymi regułami dotyczącymi jego wnoszenia i utrzymania w spółce miał zapewnić wystarczającą ochronę wierzycielom spółki z o.o. Nic nie wskazuje na to, żeby pozostały majątek spółki, inny, niż ten który jest przeznaczony na pokrycie owego kapitału zakładowego, miał być traktowany podobnie⁶⁸². Nie można zatem twierdzić, że istnieje sprzeczna z planem ustawodawcy luka ustawowa, która uzasadniałaby ingerencję w postaci prawotwórstwa sądowego: kto nawiązuje stosunki handlowe ze spółką z o.o., wie od zawsze, że w sytuacji kryzysowej może co najwyżej sięgnąć do ujawnionego (upublicznionego) kapitału zakładowego spółki. Ponadto, zdaniem autora, kompleks regulacyjny niemieckiej ustawy o spółkach z o.o. stanowi regulacyjne ramy wykonywania zawodu w rozumieniu art. 12 ust. 1 zd. 2 niemieckiej konstytucji. Reguluje on bowiem przypadek wykonywania działalności gospodarczej z daleko idącą delegacją odpowiedzialności i związaną z tym ograniczoną odpowiedzialnością. W tej sytuacji ingerencja w te ramy regulacyjne w drodze prawotwórstwa sądowego rodzi pytanie dotyczące nie tyle pierwszeństwa, co nawet wyłączności ustawy: w podstawowych obszarach normatywnych, a zwłaszcza tych dotyczących wykonywania konstytucyjnych praw podstawowych, jedynym

⁶⁸⁰ *Ibidem*, s. 971.

⁶⁸¹ Por. *ibidem*.

⁶⁸² *Ibidem*.

podmiotem władnym podejmować istotne i wywołujące skutki prawne decyzje jest ustawodawca⁶⁸³.

Rozwijając swoje rozważania o braku luki regulacyjnej uzasadniającej kreowanie koncepcji odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki W. Nassall zwraca uwagę, że instytucja ta przesuwana jest z prawa spółek do prawa upadłościowego, skoro odnosi się ona do utraty przez spółkę z o.o. zdolności do wykonywania jej zobowiązań. Z tego wynika, że ingerencja unicestwiająca egzystencję spółki prowadzi do jej niewypłacalności lub stanu zadłużenia spółki. A zatem, zdaniem autora, to przede wszystkim w przepisach prawa upadłościowego powinno się poszukiwać mechanizmów ochronnych zapobiegających albo przeciwdziałających skutkom ingerencji unicestwiającej egzystencję spółki⁶⁸⁴.

Zdaniem W. Nassalla, prawno-upadłościowe instrumentarium zawarte zarówno w niemieckiej ustawie Prawo upadłościowe (*Insolvenzordnung*, w skrócie: InsO)⁶⁸⁵, jak i w ustawie o spółkach z o.o. (GmbHG) stwarza wystarczający mechanizm ochrony. Składa się on z dwóch elementów: elementu likwidacyjnego (*Liquidierungselement*) oraz elementu restytucyjnego (*Restitutionsselement*).

Element likwidacyjny w postaci § 64 ust. 1 GmbHG (obecnie § 15a ust. 1 InsO) nakłada na zarządców spółki z o.o. obowiązek złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości w ciągu trzech tygodni od wystąpienia podstaw ogłoszenia upadłości w postaci niewypłacalności lub stanu zadłużenia. Dokonanie ingerencji unicestwiającej egzystencję spółki prowadzić będzie z reguły do powstania stanu zadłużenia spółki na podstawie art. 19 ust. 2 InsO w związku z koniecznością badania stanu zadłużenia na podstawie wartości likwidacyjnych majątku spółki (w związku z ingerencją unicestwiającą egzystencję spółki nie będzie bowiem możliwe badanie stanu zadłużenia w celu ustalania podstaw ogłoszenia upadłości na podstawie wartości kontynuacyjnych przedsiębiorstwa)⁶⁸⁶. W takiej sytuacji zastosowanie przepisu § 64 ust. 1 GmbHG (obecnie § 15a ust. 1 InsO) spełni funkcję ochronną wobec wierzycieli, bo złożenie wniosku zapobiegnie dalszemu prowadzeniu działalności przez spółkę w warunkach niewypłacalności⁶⁸⁷.

Na element restytucyjny składają się natomiast przepisy o zaskarżaniu czynności upadłego przewidziane w § 133 i następnych InsO (*Insolvenzanfechtung*) oraz § 64 ust. 2 GmbHG (obecnie § 64 ust. 1 GmbHG) nakładający na zarządców spółki z o.o. obowiązek

⁶⁸³ *Ibidem*, s. 972.

⁶⁸⁴ Zob. *ibidem*.

⁶⁸⁵ Insolvenzordnung vom 5. Oktober 1994 (BGBl. I S. 2866 ze zm.) – niemiecka ordynacja w sprawie niewypłacalności (Prawo o niewypłacalności).

⁶⁸⁶ Por. W. Nassall, *op. cit.*, 973.

⁶⁸⁷ *Ibidem*, s. 973–974.

zwrotu spółce płatności dokonanych z jej majątku po wystąpieniu podstaw do ogłoszenia upadłości. Zdaniem W. Nassalla, przede wszystkim przepisy o zaskarżaniu czynności upadłego umożliwiają nie tylko odzyskanie do majątku spółki składników, które utraciła ona wskutek ingerencji unicestwiającej egzystencję, bądź ich wartości, ale również dają podstawę do przywrócenia korzystnych dla spółki sytuacji prawnych, skoro w niemieckim prawie upadłościowym możliwe jest zaskarżanie np. zaniechań w postaci rezygnacji z zawarcia korzystnej dla spółki umowy⁶⁸⁸.

Co prawda, W. Nassall, przyznaje, że instrumentarium prawno-upadłościowe nie przewiduje możliwości rekompensaty dalej idącej szkody i stwarza jedynie możliwość przywrócenia spółce utraconych przez nią składników majątkowych bądź ich równowartości, ale podkreśla zarazem, że obowiązek wyrównania spółce uszczerbku wynikającego z zaskarżalnej czynności obejmuje również równowartość pożytków (korzyści), które osoba otrzymująca przysporzenie uzyskała albo mogła uzyskać z danego składnika majątkowego⁶⁸⁹. Zdaniem autora, powinno to być zasadniczo wystarczające, ponieważ właśnie tymi korzyściami są zainteresowani współnicy dokonujący ingerencji bądź osoby z nimi powiązane. Natomiast to, czy wskutek ingerencji została wyrządzona dalej idąca szkoda, wymagałoby udowodnienia⁶⁹⁰.

Autor, co prawda, zdaje sobie sprawę również z tego, że nie we wszystkich przypadkach upadłościowy mechanizm ochronny z efektywnym zaskarżaniem czynności upadłego przez syndyka oraz dochodzeniem przez syndyka roszczeń od członków zarządu w trybie § 64 ust. 2 GmbHG (obecnie § 64 ust. 1 GmbHG) znajdzie swoje zastosowanie. Przeszkodą będzie zjawisko „ubóstwa” masy upadłości skutkujące oddalaniem wniosków o ogłoszenie upadłości albo umarzaniem już otwartych postępowań. Zdaniem autora, można próbować przeciwdziałać takim sytuacjom przyznając pomoc w zakresie kosztów procesowych z urzędu (*Prozesskostenhilfe*)⁶⁹¹.

Podsumowując, zdaniem autora, mechanizmy ochronne z zakresu prawa upadłościowego w wystarczający sposób chronią interesy wierzycieli spółki z o.o. bez konieczności rozwijania nowej koncepcji odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki w ramach prawotwórstwa sądowego. Dla takiego prawotwórstwa brak jest bowiem konstytucyjnej podstawy, a ponadto – na drugim poziomie argumentacji – istniejące regulacje prawne zawarte w InsO oraz GmbHG zapewniają wystarczającą ochronę.

⁶⁸⁸ Tak W. Nassall, *op. cit.*, s. 974.

⁶⁸⁹ *Ibidem*, s. 976.

⁶⁹⁰ *Ibidem*.

⁶⁹¹ *Ibidem*.

1.2.2. Krytyka koncepcji odpowiedzialności na płaszczyźnie dogmatycznej

1.2.2.1. Dogmatyczna krytyka odpowiedzialności przebijającej nieodnosząca się bezpośrednio do metodologicznej zasadności tej koncepcji

Dogmatycznej krytyki odpowiedzialności przebijającej podjął się w swojej habilitacji J. Wilhelm⁶⁹², poświęcając tej problematyce część swoich rozważań.

Autor ten zwrócił przede wszystkim uwagę na to, że teorie określane w niniejszej pracy jako właściwe teorie odpowiedzialności przebijającej nie różnią się zasadniczo od niewłaściwych teorii odpowiedzialności przebijającej⁶⁹³, ponieważ pozbawienie wspólników w ramach teorii niewłaściwych możliwości powołania się na wyłączenie odpowiedzialności stanowi w istocie pozbawienie ich możliwości powołania się na samodzielność osoby prawnej⁶⁹⁴.

J. Wilhelm zarzuca koncepcji odpowiedzialności przebijającej, niezależnie od przyjętej w jej ramach teorii (właściwa, czy niewłaściwa), że jest ona pozbawiona konturów, ponieważ wymaga ona dla swojego uzasadnienia powoływania się na możliwie największą liczbę pojedynczych przykładów z orzecznictwa, co czynią jej zwolennicy⁶⁹⁵. Z drugiej zaś strony, zwolennicy tej koncepcji dokonują często na podstawie danego, konkretnego rozstrzygnięcia daleko idących uogólnień, tworząc w ten sposób koncepcję „przebicia”. Autor zwraca uwagę na to, że taka praktyka rozwijania koncepcji odpowiedzialności przebijającej niesie ze sobą niebezpieczeństwo nadawania niemającym podstawy prawnej i wspartych jedynie na motywach „słusznościowych” i „sprawiedliwościowych” rozstrzygnięciom mocy swego rodzaju zasady prawnej, która wykracza poza dany stan faktyczny. A wszystko to dzieje się przy wykorzystaniu dowolnej, a niekiedy wręcz samowolnej argumentacji dokonywanej z punktu widzenia tak stworzonej koncepcji „przebicia”. W taki sposób przypadkowe rozstrzygnięcia „sprawiedliwościowe” nabierają znaczenia jako kształtujące rzekomo nową grupę przypadków odpowiedzialności przebijającej⁶⁹⁶. Innymi słowy: koncepcja odpowiedzialności przebijającej stwarza pole do nadawania przez jej zwolenników ich własnym przekonaniom „słusznościowym” i wyobrażeniom natury „sprawiedliwościowej”, niemającym żadnej podstawy prawnej, rangi nadrzędnej maksymy⁶⁹⁷.

J. Wilhelm zarzuca obiektywnej teorii nadużycia, teorii instytucjonalnej oraz teorii celu normy, które to teorie odnoszą się – w przeciwieństwie do subiektywnej teorii

⁶⁹² J. Wilhelm, *Rechtsform...*, München 1981.

⁶⁹³ Zob. rozdział V pkt 1 niniejszej pracy.

⁶⁹⁴ *Ibidem*, s. 289.

⁶⁹⁵ *Ibidem*, s. 301.

⁶⁹⁶ Tak w szczególności krytycznie w stosunku do poglądów zwolennika koncepcji odpowiedzialności przebijającej H. Wiedemanna, *Gesellschaftsrecht...*, s. 227. J. Wilhelm, *Rechtsform...*, s. 305.

⁶⁹⁷ *Ibidem*, s. 305.

nadużycia – do kryteriów obiektywnych, że ich podstawa dogmatyczna jest przez to słaba. Teorie te mogłyby mieć rację bytu, gdyby ustalenie owych obiektywnych kryteriów byłoby możliwe, a to stwarza problemy nawet samym zwolennikom obiektywnego charakteru odpowiedzialności przebijającej, czego dowodzi chociażby rozbudowane dogmatyczne uzasadnienie odpowiedzialności za materialne niedokapitalizowanie autorstwa P. Ulmera⁶⁹⁸.

Dodatkową słabość wykazują koncepcje celu normy, w tym teoria określana w niniejszej pracy jako współczesna teoria celu normy. Koncepcje te wykraczają bowiem poza stosowanie obowiązującego prawa, nawet przy wykorzystaniu metody celowościowej, i przechodzą na płaszczyznę polityki prawa i uwag *de lege ferenda*, co dobrze widać na przykładzie przypadków materialnego niedokapitalizowania. Przy wykorzystaniu teorii celu normy zwolennicy tej koncepcji chcą mianowicie np. stwierdzić, że w danym, konkretnym przypadku kapitał zakładowy spółki powinien zostać określony nie w minimalnej ustawowej wysokości, ale np. w wysokości dwukrotnie lub wielokrotnie wyższej. Zdaniem J. Wilhelma, tak stosowane teorie celu normy wskazują jedynie na to, że regulacja ustawowa spółki z o.o. jest niewystarczająca do ochrony wierzycieli spółki. Z tego jednak wynika jedynie, że zastosowanie się do przepisów ustawy o spółkach z o.o. (przez wniesienie minimalnego kapitału zakładowego) prowadzi to tego, że interesy wierzycieli nie są w pełni zaspokojone. Nie wynika z tego natomiast obowiązek do zachowań innych, niż te, które wyraźnie przewiduje sama regulacja, a tym bardziej nie może z tego wynikać osobista odpowiedzialność współników⁶⁹⁹.

Takie przejście przez koncepcje odpowiedzialności przebijającej z obszaru stosowania prawa w obszar polityki prawa prowadzi, zdaniem autora, do tego, że możliwe jest bardzo różnorodne ukształtowanie odpowiedzialności przebijającej, na co wskazują poglądy jej zwolenników wyrażone zwłaszcza przy okazji rozważań nad odpowiedzialnością za materialne niedokapitalizowanie. Możliwe jest bowiem wprowadzenie tej odpowiedzialności w przypadkach wyłącznie początkowego niedokapitalizowania, jak i w przypadkach następczego niedokapitalizowania. Pod względem podmiotowym odpowiedzialność ta może dotyczyć tylko tych współników, którzy wywierają na spółkę znaczący wpływ albo rozciągać się na szerszy krąg współników. Roszczenia mogą przysługiwać wszystkim wierzycielom albo spośród wierzycieli uprawnionych mogą zostać wyłączeni tzw. wielcy wierzyciele umowy. Odnośnie do zakresu (rozmiaru) odpowiedzialności, może być ona ukształtowana zarówno jako odpowiedzialność nieograniczona kwotowo, jak i odpowiedzialność ograniczona do kwoty różnicy między rzeczywistą a wymaganą – w świetle nauki o materialnym niedokapitalizowaniu – wysokością kapitału. Wreszcie,

⁶⁹⁸ *Ibidem*, s. 310–314.

⁶⁹⁹ *Ibidem*, s. 314.

odpowiedzialność przebijająca może zostać ukształtowana jako subsydiarna w podwójnym tego słowa znaczeniu: zarówno jako odpowiedzialność wtórna w stosunku do innych, zwyczajnych podstaw odpowiedzialności mających pierwszeństwo zastosowania przed odpowiedzialnością przebijającą, jak i odpowiedzialność subsydiarna w stosunku do spółki, uruchamiana po pociągnięciu spółki do odpowiedzialności pod warunkiem niewypłacalności albo zadłużenia spółki⁷⁰⁰.

Koncepcję odpowiedzialności przebijającej poddał również ogólnej krytyce o charakterze dogmatycznym W. Flume⁷⁰¹. Autor ten zwrócił w sposób zwięzły uwagę na to, że wspólne dla poszczególnych klasycznych grup przypadków odpowiedzialność przebijającej i teoretycznych podstaw tej odpowiedzialności, a w szczególności odpowiedzialności za materialne niedokapitalizowanie, jest to, że odnoszą się one w istocie do odpowiedzialności za zachowanie (*Verhaltenshaftung*) dominującego wspólnika. Do odpowiedzialności za zachowanie nie pasuje natomiast związany z zastosowaniem koncepcji przebicia w postaci (współczesnej⁷⁰²) teorii celu normy, skutek w postaci nieograniczonej odpowiedzialności wspólników na podstawie § 128 HGB⁷⁰³. Zdaniem autora, (współczesna) teoria celu normy nie prowadzi do zastosowania normy (*Normanwendung*), lecz sprowadza się do stanowienia normy (*Normsetzung*)⁷⁰⁴. Autor ten odnosi się zatem do rozwiniętego w doktrynie rozróżnienia między odpowiedzialnością za zachowanie (*Verhaltenshaftung*) a odpowiedzialnością za stan (*Zustandshaftung*)⁷⁰⁵, podnosząc zarazem zarzut o charakterze metodologicznym, nieodnoszący się, co prawda, do kwestii zasadności prawotwórstwa sądowego związanego z deficytami ochronnymi systemu kapitału zakładowego⁷⁰⁶.

⁷⁰⁰ *Ibidem*, s. 314–316.

⁷⁰¹ W. Flume, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Erster Band. Zweiter Teil. Die juristische Person*, Berlin 1983, s. 63 i n.

⁷⁰² Dodane przez P.M.W. w celu ułatwienia identyfikacji teorii celu normy, o której pisze autor, spośród istniejących koncepcji przebicia.

⁷⁰³ *Ibidem*, s. 84.

⁷⁰⁴ *Ibidem*.

⁷⁰⁵ Zob. szerzej uwagi w punkcie poniżej.

⁷⁰⁶ W. Flume stwierdza po prostu, że stosowanie koncepcji przebicia oznacza w istocie prawotwórstwo wykraczające poza „normalne” stosowanie normy. Natomiast z całokształtu wywodów tego autora wynika jednak, że za wystarczające do rozwiązania problemów w ramach poszczególnych grup „przebicia” uznaje on ogólne podstawy i teorie odpowiedzialności, takie jak odpowiedzialność deliktowa, odpowiedzialność za stworzenie pozoru osobistej odpowiedzialności, odpowiedzialność dominującego wspólnika za naruszenie obowiązku staranności itp. Dodatkowo autor ten podnosi, że odpowiedzialność za pomieszczenie majątku nie wymaga żadnego (szczególnego) uzasadnienia). Por. W. Flume, *op. cit.*, s. 85 i n.

1.2.2.2. Dogmatyczna krytyka odpowiedzialności przebijającej podkreślająca potrzebę sądowego rozwijania prawa, negująca jednak *Durchgriffshaftung* jako niewłaściwą koncepcję ochronną

Część autorów, dostrzegając deficyty ochronne systemu kapitału zakładowego, a nawet szerzej – również deficyty ochrony spółki i jej wierzycieli poprzez odpowiedzialność członków zarządu na podstawie § 64 GmbHG⁷⁰⁷, wskazuje zarazem na potrzebę sądowego rozwijania prawa przez stworzenie innych niż odpowiedzialność przebijająca koncepcji mających zaradzić tym deficytom⁷⁰⁸.

Na szczególną uwagę zasługuje argumentacja za potrzebą sądowego rozwijania prawa w zakresie odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. przedstawiona przez H.Ch. Grigoleita w jego rozprawie habilitacyjnej⁷⁰⁹. Autor ten zwraca uwagę na ściśle powiązanie problematyki sądowego rozwijania prawa w zakresie odpowiedzialności wspólników spółki z o.o., a więc ich odpowiedzialności poza systemem kapitału zakładowego, z zasadą wolności (swobody) dyspozycyjnej wspólników i jej granicami⁷¹⁰. Przepisy o wnoszeniu i utrzymaniu kapitału zakładowego określają bowiem wyraźnie, w jakich przypadkach wspólnicy spółki z o.o. odpowiadają wobec spółki. W szczególności regulują one odpowiedzialność wyrównawczą z tytułu zawyżenia wartości wkładów niepieniężnych (§ 9 GmbHG, którego przybliżonym odpowiednikiem jest art. 175 k.s.h.⁷¹¹) oraz z tytułu otrzymania wypłat stanowiących zwrot całości albo części wkładu, a także wypłat z majątku spółki potrzebnego do pełnego pokrycia kapitału zakładowego (§ 30 i n. GmbHG, których przybliżonym odpowiednikiem jest art. 198 w zw. z art. 189 k.s.h.). Dodatkowo wspólnicy spółki z o.o. mogą wywierać wpływ na prowadzenie spraw spółki, wydając zarządcom wiążące polecenia (§ 37 ust. 1 GmbHG, polski odpowiednik: art. 207 k.s.h.)⁷¹². Granicę tego wpływu wyznacza jedynie zakaz dokonywania nienależnych wypłat (§ 30 GmbHG, polski odpowiednik: art. 189 k.s.h.) oraz obowiązek zarządców złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości (dawny § 64 GmbHG,

⁷⁰⁷ Tak wyraźnie H.Ch. Grigoleit, *op. cit.*, s. 191.

⁷⁰⁸ Tak w szczególności *ibidem*, s. 183 i n.; W. Zöllner, *Gläubigerschutz durch Gesellschafterhaftung bei der GmbH*, [w:] B. Dauner-Lieb [et al.] (Hrsg.), *Festschrift für Horst Konzen zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen 2006, s. 999 i n.

⁷⁰⁹ H.Ch. Grigoleit, *op. cit.*, s. 183 i n.

⁷¹⁰ *Ibidem*, s. 184.

⁷¹¹ Ilekroć w nawiasie przywoływane są przepisy polskie, stanowiące odpowiednik regulacji niemieckiej, stanowi to dodatek własny autora niniejszej pracy, mający ułatwić orientację w regulacji niemieckiej.

⁷¹² W doktrynie niemieckiej kwestia ta nie wywołuje kontrowersji. Zob. reprezentatywnie na ten temat W. Zöllner, U. Noack, [w:] A. Baumbach, A. Hueck, *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, 20. Aufl., München 2013, § 37, nb 20. W doktrynie polskiej zwraca na to słusznie uwagę A. Szumański, [w:] S. Sołtyński (red.), *System Prawa Prywatnego. Tom 17A. Prawo spółek kapitałowych*, Warszawa 2015, s. 507–508. Należy jednak przyznać, że duża część doktryny, co podkreśla A. Szumański, reprezentuje pogląd, zgodnie z którym nie tylko w spółce akcyjnej, lecz również w spółce z o.o. obowiązuje zakaz wydawania wiążących poleceń członkom zarządu przez wspólników (zgromadzenie wspólników). Zob. *ibidem*, s. 508 i literatura powołana w przypisie 17.

obecnie § 15a InsO, polski odpowiednik: art. 21 ust. 2 w zw. z art. 21 ust. 1 p.u.). W tych granicach wspólnikom przysługuje swoboda decydowania o losach spółki i wpływania na jej zarządzanie, a także dysponowania jej majątkiem. Tym samym przepisy określające zakres swobody wspólników w zarządzaniu spółką i w dysponowaniu majątkiem spółki wyznaczają zarazem prawnopoztywne granice ich odpowiedzialności za wewnętrzny wpływ wspólników na spółkę (*gesellschaftsinterne Einflussnahme der Gesellschafter*). Jeżeli wspólnicy nie przekraczają przyznanej im swobody, nie ponoszą odpowiedzialności wobec spółki⁷¹³. Autor skupia się więc od samego początku na relacjach wewnętrznych między spółką a wspólnikami. Odnośnie do zewnętrznej odpowiedzialności wspólników stwierdza on jedynie, że § 13 ust. 2 GmbHG, wyrażający ogólną zasadę wyłączenia odpowiedzialności wspólników, wyłącza zaledwie generalną akcesoryjną odpowiedzialność wspólników za zobowiązania spółki⁷¹⁴. H.Ch. Grigoleit sugeruje zatem, że przepis ten nie wyklucza kształtowania odpowiedzialności wspólników jako odpowiedzialności wewnętrznej wobec spółki.

Ta koncentracja na odpowiedzialności wspólników za wywierany przez nich wpływ na spółkę rzutuje na całokształt poglądów autora na temat odpowiedzialności przebijającej. Autor ten bowiem, podkreślając występowanie deficytów ochronnych w systemie kapitału zakładowego, a także potrzebę ich usunięcia⁷¹⁵, próbuje przedstawić własne rozwiązanie tego złożonego problemu, podkreślając, że powinno ono mieć charakter (sądowego) rozwijania prawa (*Rechtsfortbildung*). Uznaje on, w przeciwieństwie do innych autorów, że brak normy statuującej odpowiedzialność wspólników za szkodliwe wywieranie przez nich wpływu na zarządzanie spółką (*schädigende Einflussnahme der Gesellschafter auf die Geschäftsführung*) nie stanowi rezygnacji regulacyjnej ustawodawcy prowadzącej do luki ustawowej, lecz oznacza jego negatywną wypowiedź w przedmiocie odpowiedzialności (*negative Haftungsanordnung*)⁷¹⁶. Dlatego też prawotwórstwo nie może polegać na wypełnianiu luki ochronnej, bo takowa nie występuje. Prawotwórczą odpowiedzialność wspólników należy natomiast, zdaniem autora, pojmować nie jako wypełnianie luki albo prawotwórstwo *praeter*, względnie *extra legem*, lecz jakotzw.korygująceustawęrozwijanieprawa(*gesetzeskorrigierendeRechtsfortbildung*)⁷¹⁷. Innymi słowy: należy jedynie skorygować zasadę swobody decyzyjnej (dyspozycyjnej) wspólników przez wprowadzenie odpowiedzialności wspólników korygującej ustawę (*gesetzeskorrigierende Gesellschafterhaftung*), a nie promować koncepcji odpowiedzialności, które będą sprzeciwiały się tej zasadzie i stanowiącego jej wyraz systemowi

⁷¹³ H.Ch. Grigoleit, *op. cit.*, s. 184–186.

⁷¹⁴ *Ibidem*, s. 185.

⁷¹⁵ *Ibidem*, s. 186–196.

⁷¹⁶ *Ibidem*, s. 185 oraz 186.

⁷¹⁷ *Ibidem*, s. 186.

odpowiedzialności współników ukształtowanemu jako system odpowiedzialności wewnętrznej⁷¹⁸.

Przed dokonaniem analizy koncepcji odpowiedzialności przebijającej jako jednej z prawotwórczych konstrukcji uzasadniających odpowiedzialność współników spółki z o.o. H.Ch. Grigoleit wskazał na kryteria i zarazem warunki brzegowe oraz zasady, które należy uwzględnić w ramach sądowego rozwijania prawa w zakresie odpowiedzialności współników spółki z o.o. Wyznaczają one, zdaniem autora, granice dopuszczalnego prawotwórstwa sądowego w zakresie uzupełniania regulacji dotyczącej odpowiedzialności współników spółki z o.o. i korygowania obowiązujących przepisów, tak aby przeciwdziałać deficytom kapitałowego systemu ochrony wierzycieli. Zasadami tymi są: 1) pierwszeństwo materialnoprawnego uzasadnienia odpowiedzialności współników w stosunku wewnętrznym zgodnie z zasadą „skanalizowania” odpowiedzialności⁷¹⁹, 2) pierwszeństwo odpowiedzialności za zachowanie, względnie odpowiedzialności na zasadzie winy⁷²⁰, 3) zakaz tworzenia w ramach sądowego rozwijania prawa stanów odpowiedzialności niezależnych od zamiaru poza stosunkami szczególnego powiązania⁷²¹ oraz 4) pierwszeństwo odpowiedzialności zgodnie z zasadą kauzalności, względnie odpowiedzialności odszkodowawczej⁷²².

Sformułowałszy powyższe zasady i kryteria, które należy stosować przy ocenie przydatności poszczególnych koncepcji odpowiedzialności współników spółki z o.o. H.Ch. Grigoleit poddał gruntownej krytyce koncepcję odpowiedzialności przebijającej.

Po pierwsze, autor zarzuca koncepcji *Durchgriffshaftung* jej semantyczną niespójność, krytykując w szczególności koncepcje określone w niniejszej rozprawie mianem właściwych teorii odpowiedzialności przebijającej, a więc teorie, które odwołują się do zasady rozdzielnosci i prowadzą w rezultacie do zanegowania prawnej odrębności spółki z o.o.⁷²³ H.Ch. Grigoleit zwraca uwagę na to, że odpowiedzialności współników nie stoi na przeszkodzie prawna samodzielność podmiotów i odrębność współników od spółki, lecz jedynie prawne ukształtowanie tej odpowiedzialności prowadzące do wyłączenia odpowiedzialności współników za zobowiązania spółki (*haftungsexklusive Ausgestaltung*)⁷²⁴. Autor przyznaje, co prawda, że problem ten został rozpoznany przez

⁷¹⁸ Tak właśnie należy rozumieć wywody autora wyrażone w skomplikowanej pod względem metodologicznym argumentacji.

⁷¹⁹ *Ibidem*, s. 197–198: „Der Vorrang der materiellen Begründung einer Haftung im Innenverhältnis nach dem Grundsatz der Haftungskanalisation”.

⁷²⁰ *Ibidem*, s. 198–199: „Der Vorrang der Verhaltens- bzw. Verschuldensverantwortlichkeit”.

⁷²¹ *Ibidem*, s. 199: „Das Verbot der rechtsfortbildenden Entwicklung von vorsatzunabhängigen Haftungstatbeständen außerhalb von Sonderverbindungen”.

⁷²² *Ibidem*, s. 199–200: „Der Vorrang der Verantwortlichkeit nach dem Kausalitätsprinzip bzw. der Schadensersatzhaftung”.

⁷²³ Zob. rozdz. V pkt 1.2.

⁷²⁴ H.Ch. Grigoleit, *op. cit.*, s. 240.

zwolenników *Durchgriffshaftung*, którzy skupili się w dalszym rozwoju tej koncepcji na uzasadnieniu odpowiedzialności w oderwaniu od zasady rozdzielności [rozwijając niewłaściwe koncepcje odpowiedzialności przebijającej; przypomnienie P.M.W.⁷²⁵]. Mimo to koncepcja odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki nadal określana jest mianem koncepcji „przebicia”, chociaż nie ma ona nic wspólnego z pierwotnym znaczeniem przypisywanym temu słowu, które w pierwszej kolejności sugeruje przecież pominięcie prawnej odrębności spółki z o.o. Tym samym do dziś doktryna posługuje się tym nieostrym pojęciem w celu określenia koncepcji mającej uzasadnić osobistą odpowiedzialność wspólników spółki z o.o.⁷²⁶

Po drugie, autor zarzuca koncepcji „przebicia” deficyty w zakresie uzasadnienia odpowiedzialności, a w szczególności rzekomą (jedyne) rezygnację z odpowiedzialności za zachowanie, względnie odpowiedzialności za zawinienie, w czym nawiązuje do przedstawionej powyżej krytyki autorstwa W. Flume⁷²⁷. Główną słabością współczesnych koncepcji *Durchgriffshaftung* jest bowiem ich rezygnacja z elementu subiektywnego w postaci powiązania tej odpowiedzialności z naruszeniem obowiązków i ukształtowanie jej jako odpowiedzialności za stan (sytuację; *Zustandshaftung*), dla której powstania wymagane jest (jedyne) występowanie łącznika osobowego w postaci pozycji wspólnika w spółce (*Gesellschafterstellung*). Natomiast stanem (*Zustand*) uzasadniającym ową odpowiedzialność jest w szczególności wykorzystanie spółki w sposób naruszający cele kapitałowych reguł ochronnych, co samo w sobie stanowi obiektywne nadużycie wyłączenia odpowiedzialności i uzasadnia „przebicie”⁷²⁸. Zdaniem H.Ch. Grigoleita, samo uchybienie – skutek szczególnych okoliczności – celom ochronnym kapitału zakładowego oraz skuteczność koncepcji „przebicia” wynikająca z minimalnych wymogów, które muszą być spełnione dla jej zastosowania, nie są jednak wystarczające do uzasadnienia odpowiedzialności wspólników. Zdaniem autora, przy odpowiedzialności przebijającej chodzi w istocie o odszkodowanie: poprzez „przebicie” ma być wyrównana szkoda, której doznają wierzyciele w sytuacji upadłości (niewypłacalności) spółki wskutek wykorzystania spółki w sposób sprzeczny z celem tej formy prawnej albo stanowiący nadużycie. Tego rodzaju odpowiedzialność odszkodowawcza wymaga jednak uzależnienia jej zarówno od winy, jak i od naruszenia obowiązków ciążących na wspólnikach⁷²⁹. Odpowiedzialność za stan (*Zustandshaftung*) oznaczająca nieograniczoną odpowiedzialność jest natomiast sprzeczna z ogólnymi zasadami odpowiedzialności prawa

⁷²⁵ Zob. rozdz. V pkt 1.3.

⁷²⁶ Por. H.Ch. Grigoleit, *op. cit.*, s. 241.

⁷²⁷ Zob. rozdz. VIII pkt 1.2.2.1.

⁷²⁸ Zob. H.Ch. Grigoleit, *op. cit.*, s. 241.

⁷²⁹ *Ibidem*. Tym samym H.Ch. Grigoleit przypisuje koncepcji przebicia w sposób uogólniający cechy, którym autorzy promujący tę koncepcję w jej „klasycznej” postaci stanowczo zaprzeczają.

cywilnego⁷³⁰. H.Ch. Grigoleit podnosi ponadto, że koncepcja redukcji teleologicznej nie stanowi przekonującego rozwiązania dogmatycznego, ponieważ nie jest ona w stanie w sposób przekonujący wyjaśnić, dlaczego wspólnik spółki z o.o. powinien odpowiadać za to, że określone okoliczności (określony stan, sytuacja) uniemożliwiły osiągnięcie celów ochronnych przyświecających systemowi kapitału zakładowego⁷³¹. Podobnie nieprzydatna jest, zdaniem autora, koncepcja odpowiedzialności za nadużycie prawa na podstawie § 242 BGB, ponieważ, zgodnie z dominującym w niemieckiej doktrynie poglądem, przepis ten nie stanowi zasadniczo samodzielnej podstawy dochodzenia roszczeń, a dodatkowo – analizując ukształtowanie wyłączenia odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. za zobowiązania spółki wyrażone w § 13 ust. 2 GmbHG – nie sposób uznać, aby między wspólnikami a wierzycielami spółki istniał jakikolwiek stosunek prawny. Dlatego też nie można z § 13 ust. 2 GmbHG wywodzić jakiegokolwiek prawa, które wykonują wspólnicy, a którego wykonywanie mogłoby zostać ograniczone. Zdaniem H.Ch. Grigoleita, stosowanie reguł nadużycia prawa w stosunku do wyłączenia odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki przesłania leżący u podstaw tego zabiegu cel, jakim w rzeczywistości nie jest ograniczenie prawa wspólników, lecz jedynie stworzenie podstawy dla roszczenia wierzycieli spółki. To z kolei powoduje, że w zakresie uzasadnienia *Durchgriffshaftung* przekroczone zostają funkcje § 242 BGB⁷³². Ukrywanie za fasadą obiektywnej i zorientowanej sytuacyjnie odpowiedzialności przebijającej wyobrażenia o leżącej w istocie u podstaw tej konstrukcji sankcji za zachowanie, przejawia się, zdaniem autora, chociażby w terminologii, którą posługują się zwolennicy tej koncepcji. I tak np. pojęcie „nadużycia instytucji (instytucjonalnego)” (*Institutsmissbrauch*) odwołuje się w sposób oczywisty do miernika w postaci prawidłowego zachowania się wspólnika (*Maßstab ordnungsgemäßen Gesellschafterverhaltens*). Zwolennikom teorii przebicia nie chodzi zatem o stanowiące nadużycie prawa powołanie się na wyłączenie odpowiedzialności w przypadku zajścia określonych okoliczności. Przeciwnie, stwierdzenie nadużycia (*Missbrauchsverdict*) następuje z chwilą powstania uzasadniającego odpowiedzialność stanu (sytuacji; *Zustand*) mieszczącego się w ramach poszczególnych przypadków „przebicia”, takich jak pomieszczenie majątku, materialne niedokapitalizowanie, unicestwienie egzystencji spółki. Dlatego też koncepcja przebicia w sposób oczywisty opiera się na odpowiedzialności za zachowanie wspólnika, nawet jeżeli przybiera ono postać zaniechania wywarcia wpływu (*unterlassene Einflussnahme*)⁷³³.

⁷³⁰ Tak stanowczo *ibidem*.

⁷³¹ *Ibidem*, s. 242.

⁷³² *Ibidem*.

⁷³³ *Ibidem*.

Po trzecie wreszcie, H.Ch. Grigoleit stwierdza, że zalety konstrukcji *Durchgriffshaftung* w postaci uniknięcia potrzeby wykazywania zamiaru jako podstawy odpowiedzialności, co jest charakterystyczne dla odpowiedzialności deliktowej na podstawie § 826 BGB jako odpowiedzialności za winę umyślną, oraz nieograniczony i zewnętrzny charakter odpowiedzialności przebijającej są jedynie pozorne. Koncepcja przebicia stanowi obejście obowiązujących w prawie cywilnym reguł w celu uproszczenia mechanizmu dochodzenia do odpowiedzialności wspólników. Powołanie się na określone grupy przypadków mających uzasadniać tę odpowiedzialność tylko pozornie odrywa tę odpowiedzialność od ciężących na wspólnikach obowiązków. W szczególności widać to na przykładzie odpowiedzialności za materialne niedokapitalizowanie. Samo wyposażenie spółki w kapitał rozpatrywane w sposób odizolowany nie pozostaje w żadnej relacji do ryzyka niewypłacalności (upadłości) spółki. Kapitały własne spółki mają o tyle znaczenie, o ile są one w stanie zamortyzować ryzyka związane z prowadzeniem spraw spółki. Dlatego też, zdaniem autora, odpowiedzialność za materialne niedokapitalizowanie należy w istocie traktować jako odpowiedzialność za nazbyt ryzykowne zarządzanie spółką. Z tego punktu widzenia każda decyzja z zakresu prowadzenia spraw spółki może rodzić odpowiedzialność lub prowadzić do jej uniknięcia. Przenosząc to na grunt odpowiedzialności wspólników, oznacza to, że elastyczna odpowiedzialność (troska) kapitałowa (*flexible Kapitalverantwortung*) pociąga za sobą ogólną odpowiedzialność za ich aktywne albo zaniechane wywieranie wpływu na prowadzenie spraw spółki (zarządzanie spółką). Konsekwentnie więc, wspólnicy mogą odpowiadać w konkretnym przypadku tylko za ich konkretny wpływ na zarządzanie spółką. Taka odpowiedzialność może być jednak skonstruowana, zdaniem autora, tylko na zasadzie winy. Koncepcja przebicia stanowi jednak uproszczenie w tym zakresie, bo posługując się rzekomo obiektywnymi kryteriami unika nie tylko problemów, które związane są konstruowaniem odpowiedzialności na podstawie § 826 BGB (odpowiedzialność za winę umyślną), lecz również unika trudu związanego z konstruowaniem odpowiedzialności za winę nieumyślną, która może zostać ukształtowana w drodze prawotwórstwa sądowego jedynie jako odpowiedzialność za naruszenie obowiązku wynikającego ze stosunku szczególnego powiązania (*Sonderverbindung*). Ta ostatnia odpowiedzialność może zaś zostać systemowo ukształtowana jedynie jako odpowiedzialność wewnętrzna w relacji między wspólnikami a spółką, czemu z kolei sprzeciwia się ukształtowanie odpowiedzialności przebijającej jako odpowiedzialności zewnętrznej⁷³⁴. Takie ukształtowanie tej odpowiedzialności jest również sprzeczne z obowiązującym w prawie spółki z o.o. „skanalizowaniem” odpowiedzialności wspólników i członków zarządu na korzyść spółki z o.o.

⁷³⁴ Do tego sprowadzają się wywody H.Ch. Grigoleita na temat relacji odpowiedzialności przebijającej do odpowiedzialności opartej na zasadzie winy. Por. *ibidem*, s. 245.

(*Haftungskanalisation zu Gunsten der GmbH*), tzn. skonstruowaniem jej jako odpowiedzialności wewnętrznej wobec spółki, czemu dają wyraz przepisy §§ 9, 30 i n., 43 oraz 64 ust. 2 GmbHG⁷³⁵ [obecnie § 64 zd. 1, 2 i 4 GmbHG; przypomnienie P.M.W.]. H. Ch. Grigoleit kwestionuje wreszcie ukształtowanie odpowiedzialności przebijającej jako odpowiedzialności kwotowo nieograniczonej. Co prawda, unika się dzięki temu problemów dowodowych i problemów związanych z obliczaniem odszkodowania, co czyni odpowiedzialność przebijającą skutecznym instrumentem ochronnym. Jednakże takie jej ukształtowanie sprzeczne jest z podstawową zasadą odpowiedzialności odszkodowawczej, jaką jest zasada kausalności. Zgodnie z tą zasadą odpowiedzialność powinna zależeć w zakresie jej powstania i wysokości od tego, czy i w jakim stopniu utrata roszczeń przez wierzycieli (*Ausfälle der Gläubiger*) jest spowodowana wywołującymi odpowiedzialność okolicznościami⁷³⁶. Tym samym autor konsekwentnie przypisuje odpowiedzialności przebijającej charakter „ukrytej” odpowiedzialności odszkodowawczej i przez to wykazuje jej wewnętrzną sprzeczność⁷³⁷, z którą to tezę na pewno nie zgodziliby się przedstawiciele koncepcji odpowiedzialności przebijającej⁷³⁸.

Podsumowując krytykę przedstawioną przez H.Ch. Grigoleita, należy stwierdzić, że, zdaniem tego autora, koncepcja odpowiedzialności przebijającej nie spełnia kryteriów wyznaczonych dla sądowego rozwijania prawa w zakresie odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. Stanowi ona w istocie rodzaj „ukrytej” odpowiedzialności odszkodowawczej za zachowanie wspólników (wywieranie przez nich wpływu na spółkę), stąd jej ukształtowanie jako odpowiedzialności za sytuację (stan), która jest niezależna od winy, zewnętrzna i nieograniczona, jest zabiegiem mającym tak naprawdę uprościć dochodzenie roszczeń przez wierzycieli spółki z o.o. wobec jej wspólników, niemającym ugruntowanej podstawy dogmatycznej.

⁷³⁵ *Ibidem*, s. 247. Należy jednak podkreślić, że H.Ch. Grigoleit pomija w tym miejscu ugruntowaną w niemieckim prawie spółek odpowiedzialność członków zarządu na podstawie dawnego § 64 ust. 1 GmbHG w zw. z § 823 ust. 2 BGB, a obecnie § 15a ust. 1 InsO w zw. z § 823 ust. 2 BGB.

⁷³⁶ *Ibidem*, s. 246.

⁷³⁷ *Ibidem*. Por. również *ibidem*, s. 241.

⁷³⁸ Autor wywodzi m.in. odszkodowawczy charakter odpowiedzialności przebijającej z tego, że również część zwolenników koncepcji odpowiedzialności przebijającej podnosi, iż między uzasadniającymi odpowiedzialność okolicznościami a upadłością spółki musi istnieć kausalny związek przyczynowy, a ten z kolei charakterystyczny jest, zdaniem autora, dla odpowiedzialności odszkodowawczej (*ibidem*, s. 246). Ponadto autor wywodzi swoją tezę o „ukrytym” charakterze *Durchgriffshaftung* jako odpowiedzialności odszkodowawczej z poglądów części autorów, którzy dopuszczali możliwość ograniczenia odpowiedzialności za materialne niedokapitalizowanie do wysokości kwoty potrzebnej do wyrównania deficytu kapitałowego.

1.2.2.3. Dogmatyczna krytyka odpowiedzialności przebijającej stwierdzająca występowanie luki ochronnej w systemie kapitału zakładowego, postulująca jednak zastosowanie ogólnych podstaw odpowiedzialności

Wielu autorów, dostrzegając deficyty ochronne systemu kapitałowego, stwierdza, co prawda, że w systemie ochrony wierzycieli spółki z o.o. w związku z owymi deficytami systemu kapitału zakładowego występuje luka ochronna, jednakże za wystarczające do jej wypełnienia uznają oni sięgnięcie do ogólnych podstaw odpowiedzialności⁷³⁹. Ponieważ ich poglądy zostały wyrażone przy okazji krytyki poszczególnych grup przypadków odpowiedzialności przebijającej, zostaną one przedstawione poniżej⁷⁴⁰. Różnica między tymi poglądami a poglądem U. Ehrlicke przedstawionym powyżej polega na tym, że autorzy ci nie podnoszą bezpośrednio argumentów natury metodologicznej, jednakże stosują podobne do proponowanych przez U. Ehrlicke metody rozwiązywania poszczególnych problemów przebicia.

1.3. Krytyka poszczególnych grup przypadków odpowiedzialności przebijającej

1.3.1. Krytyka odpowiedzialności przebijającej za materialne niedokapitalizowanie

Odpowiedzialność za materialne niedokapitalizowanie stanowi najczęściej krytykowaną grupę przypadków odpowiedzialności przebijającej.

Konstrukcji tej zarzuca się przede wszystkim całkowity brak dogmatycznego umocowania, wyrażający się w tym, że ustawodawca nie nałożył ani na wspólników spółki z o.o., ani na samą spółkę obowiązku wyposażenia spółki w kapitał odpowiadający planowanemu, czy też osiągniętemu w toku jej funkcjonowania rozmiarowi działalności spółki⁷⁴¹. Brak takiego ustawowego obowiązku stwierdzają zresztą sami, i to prominentni, przedstawiciele koncepcji odpowiedzialności przebijającej za materialne niedokapitalizowanie⁷⁴².

Zdaniem niektórych autorów, na niepowodzenie skazana jest również próba konstruowania pozaustawowego obowiązku na podstawie wywodzonej z prawa spółek odpowiedzialności za finansowanie spółki (*Finanzierungsverantwortung*), a to z uwagi na trudności zastosowania jej w praktyce⁷⁴³. W rzeczywistości nie jest bowiem możliwe,

⁷³⁹ Tak chociażby U. Haas, *Die Gesellschafterhaftung...*, s. 1929; podobnie zwracając uwagę na luki w bilansowym systemie ochrony kapitałowej M.-P. Weller, *Die Existenzvernichtungshaftung im modernisierten GmbH-Recht – eine Außenhaftung für Forderungsverteilung* (§ 826 BGB), DStR 2007, s. 1166 i n.

⁷⁴⁰ Zob. rozdz. VIII pkt 1.3.

⁷⁴¹ Por. I. Funke, *op. cit.*, § 13, nb 380.

⁷⁴² Zob. Hachenburg/Ulmer, *GmbHG*, Anh § 30, nb 1.

⁷⁴³ Tak. U. Ehrlicke, *op. cit.*, s. 283.

przy wykorzystaniu instrumentów ekonomicznych, określenie potrzeb kapitałowych spółki z o.o. odnoszących się do przedmiotu, zakresu i rozmiaru działalności konkretnej spółki i wyliczenie wymaganej dla niej kwoty kapitału własnego. Nauka ekonomii nie rozwinęła i nie jest w stanie rozwinąć w tym zakresie żadnej metody⁷⁴⁴. Brak takich kryteriów prowadzi w sposób oczywisty do niezmiernych trudności dowodowych związanych z wykazaniem przed sądem wystąpienia stanu faktycznego w postaci materialnego niedokapitalizowania⁷⁴⁵.

Dodatkowo, w doktrynie zwraca się uwagę, że nawet w przypadku kwalifikowanego niedokapitalizowania niezmiernie trudne jest jego ustalenie *ex ante*, natomiast pociąganie wspólnika spółki z o.o. z tytułu nienależytego wyposażenia spółki w kapitał własny na podstawie obliczeń dokonywanych dopiero *ex post* budzi poważne wątpliwości⁷⁴⁶.

Poza tym, nawet wśród samych zwolenników koncepcji odpowiedzialności przebijającej za materialne niedokapitalizowane sporne jest, jak uzasadnić tę odpowiedzialność wobec braku ustawowego obowiązku określonego powyżej, jakie powinny być przesłanki tej odpowiedzialności, a także jak należy ją ukształtować⁷⁴⁷. W szczególności niejasne jest, dlaczego zwolennicy tej koncepcji, z jednej strony, przyjmują, że wspólnik powinien odpowiadać na zasadzie obiektywnego nadużycia za obiektywnie występujący stan kwalifikowanego niedokapitalizowania, a więc w ramach tzw. *Zustandshaftung*⁷⁴⁸, a z drugiej strony, przy określaniu podmiotowych przesłanek tej odpowiedzialności, odnoszą się do kryterium przypisywalności stanu niedokapitalizowania danemu wspólnikowi, co jest przecież charakterystyczne dla odpowiedzialności opartej na zasadzie winy⁷⁴⁹.

W doktrynie zwraca się również uwagę na to, że po reformie niemieckiego prawa spółek z o.o. dokonanej ustawą z dnia 23 października 2008 r. o modernizacji prawa spółek z o.o. i zwalczaniu nadużyć uzasadnienie odpowiedzialności przebijającej za materialne niedokapitalizowanie napotyka na szczególne trudności⁷⁵⁰.

Z jednej strony, dopuszczenie możliwości założenia spółki przedsiębiorczej (*Unternehmersgesellschaft*)⁷⁵¹ jako odmiany spółki z o.o. z kapitałem zakładowym wy-

⁷⁴⁴ Por. I. Funke, *op. cit.*, § 13, nb 383, T. Raiser, [w:] P. Ulmer, M. Habersack, M. Winter (Hrsg.), *Gesetz...*, 2. Aufl., § 13, nb 141, U. Ehricke, *op. cit.*, s. 282, K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht...*, s. 240.

⁷⁴⁵ Por. T. Raiser, [w:] P. Ulmer, M. Habersack, M. Winter (Hrsg.), *Gesetz...*, 2. Aufl., § 13, nb 141.

⁷⁴⁶ Por. U. Ehricke, *op. cit.*, s. 282.

⁷⁴⁷ Por. I. Funke, *op. cit.*, § 13, nb 380 oraz 385.

⁷⁴⁸ Zob. *ibidem*, nb 385.

⁷⁴⁹ Por. *ibidem*, nb 390.

⁷⁵⁰ Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23. Oktober 2008, BGBl. 2008, Teil I, Nr 48, s. 2026 i n.

⁷⁵¹ Szerzej na temat tego podtypu niemieckiej spółki z o.o. zob. P.M. Wiórek, *Unternehmersgesellschaft...*, s. 722 i n.

noszącym 1 euro oznacza bowiem faktyczną rezygnację z minimalnego kapitału zakładowego⁷⁵². W takiej sytuacji, zdaniem niektórych autorów, nie można już dłużej uzasadniać ogólnej odpowiedzialności przebijającej wspólników za materialne niedokapitalizowanie na podstawie restryktywnie interpretowanego § 13 ust. 2 GmbHG⁷⁵³. Skoro nie ma już obowiązku wyposażenia spółki z o.o. w potrzebny do jej działalności minimalny kapitał zakładowy i wobec tego brak jest jakiegokolwiek normatywnej wskazówki odnośnie do wysokości wyposażenia spółki w kapitał własny, nie można już *a fortiori* domagać się wyposażenia spółki we „właściwy” kapitał⁷⁵⁴. Argumentacja ta nawiązuje do metodologicznej krytyki koncepcji odpowiedzialności przebijającej wyrażonej przez U. Ehrlicke. Odnosząc się ściśle do odpowiedzialności przebijającej za materialne niedokapitalizowanie i powołując się na wcześniejsze materiały ustawodawcze w postaci projektów reformy prawa spółek z o.o. z lat 70. i 80. ubiegłego wieku, autor ten wskazał wyraźnie na brak zamiaru ustawodawcy uregulowania tej kwestii, a to z uwagi na dostrzeżone trudności w ustalaniu wymaganego dla danej spółki wyposażenia w kapitał. Wprowadzenie takiej regulacji byłoby, zdaniem ustawodawcy⁷⁵⁵, niezgodne z zasadą bezpieczeństwa prawnego⁷⁵⁶. Zatem według U. Ehrlicke, brak jest ustawowej luki regulacyjnej, która uzasadniałaby sądowe rozwijanie prawa poprzez tworzenie koncepcji odpowiedzialności przebijającej za materialne niedokapitalizowanie⁷⁵⁷.

Z drugiej jednak strony, można równie dobrze argumentować, że w związku z obniżeniem wymogów dotyczących wyposażenia podtypu spółki z o.o., jakim jest *Unternehmersgesellschaft*, w kapitał zakładowy, konstrukcja odpowiedzialności za materialne niedokapitalizowanie zyska szczególnie na znaczeniu⁷⁵⁸, co wydaje się również potwierdzać stanowisko niemieckiej Rady Federalnej (*Bundesrat*) do rządowego projektu ustawy o modernizacji prawa spółek z o.o. i zwalczaniu nadużyć⁷⁵⁹, w którym stwierdzono, że rezygnacja z minimalnej kwoty kapitału zakładowego w przypadku spółki

⁷⁵² Zob. M. Lutter, W. Bayer, *op. cit.*, § 13, nb 23.

⁷⁵³ Tak obecnie, odstępując od swojego dotychczasowego stanowiska w tej kwestii, T. Raiser, [w:] P. Ulmer, M. Habersack, M. Winter (Hrsg.), *Gesetz...*, 2. Aufl., § 13, nb 142. Por. również krytyczne stanowisko L. Fastrich, *op. cit.*, § 13, nb 43.

⁷⁵⁴ Por. M. Lutter, W. Bayer, *op. cit.*, § 13, nb 23.

⁷⁵⁵ Stanowisko to spotkało się z silną krytyką doktryny niemieckiego prawa spółek. Zob. U. Ehrlicke, *op. cit.*, s. 285.

⁷⁵⁶ Zob. U. Ehrlicke, *op. cit.*, s. 284–285. W tym miejscu należy zwrócić uwagę na to, że reformując prawo spółek z o.o. w 2008 r. niemiecki ustawodawca świadomie zrezygnował z regulacji odpowiedzialności za materialne niedokapitalizowanie, co wynika z uzasadnienia rządowego projektu ustawy o modernizacji prawa spółek i zwalczaniu nadużyć (MoMiG). Zob. Bundesregierung, *Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)*, Deutscher Bundestag – 16. Wahlperiode, Drucksache 16/6140, s. 30: „Für das System des MoMiG ist jedenfalls das gezeichnete Stammkapital die Grenze, eine Unterkapitalisierungshaftung ist bewusst nicht vorgesehen”.

⁷⁵⁷ U. Ehrlicke, *op. cit.*, s. 285.

⁷⁵⁸ M. Lutter, W. Bayer, *op. cit.*, § 13, nb 23.

⁷⁵⁹ Zob. przypisy 750 i 756 powyżej.

przedsiębiorczej powinna zostać zrekompensovana innymi instrumentami ochrony z zakresu prawa spółek i prawa upadłościowego, a w szczególności przez zaostrenie prawnośpółkowej i deliktowej odpowiedzialności przebijającej zarządców i wspólników. Zdaniem Rady Federalnej, w celu wzmocnienia ochrony wierzycieli spółki z o.o. należy również rozważyć wprowadzenie odpowiedzialności wspólników za materialne niedokapitalizowanie spółki⁷⁶⁰.

Dodatkowo w doktrynie podkreśla się, że BGH, poza jednym wyjątkiem w sprawie osadników (*Siedler-Fall*)⁷⁶¹, zajmował i zajmuje krytyczne stanowisko odnośnie do koncepcji przebicia za materialne niedokapitalizowanie, preferując deliktową podstawę odpowiedzialności w postaci § 826 BGB⁷⁶². Tego typu podstawę odpowiedzialności uznaje za wystarczającą zwłaszcza U. Ehrlicke⁷⁶³.

1.3.2. Krytyka odpowiedzialności przebijającej za pomieszczenie majątków spółki i wspólnika

Jak już wyżej wspomniano, odpowiedzialność za pomieszczenie majątków spółki stanowi jedyną zasadniczo niekwestionowaną – zarówno w doktrynie, jak i w orzecznictwie⁷⁶⁴ – grupę przypadków odpowiedzialności przebijającej⁷⁶⁵. Niektórzy prominentni przedstawiciele niemieckiej doktryny z zakresu prawa spółek twierdzą wręcz, że odpowiedzialność wspólników za pomieszczenie majątków spółki i wspólnika nie wymaga żadnego (szczególnego) uzasadnienia, jednakże zakładają oni, że odpowiedzialność taka powinna kształtować się jako odpowiedzialność za zachowanie⁷⁶⁶.

Podobną argumentację przedstawia krytyczny wobec koncepcji odpowiedzialności przebijającej za pomieszczenie majątków spółki i wspólnika K. Schmidt. Autor ten jest zwolennikiem koncepcji zastosowania normy (*Normanwendungslehre*) i podkreśla, że poszczególne grupy przypadków, względnie stany faktyczne „przebicia” (*Durchgriffstatbestände*) i ich wystąpienie w danej sprawie nie uzasadniają same w sobie odpowiedzialności przebijającej. Przeciwnie, dla odpowiedzialności wspólników wymagane jest

⁷⁶⁰ Zob. Bundesrat, *Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)*, Deutscher Bundestag – 16. Wahlperiode, Drucksache 16/6140, s. 64.

⁷⁶¹ Zob. omówienie tego wyroku w rozdz. VI pkt 4 niniejszej pracy. Należy również pamiętać, że koncepcję odpowiedzialności przebijającej za materialne niedokapitalizowanie dopuścił również Federalny Sąd Społeczny (BSG). Zob. jw.

⁷⁶² Zob. I. Funke, *op. cit.*, § 13, nb 387, M. Lutter, W. Bayer, *op. cit.*, § 13, nb 22, L. Fastrich, *op. cit.*, § 13, nb 47.

⁷⁶³ U. Ehrlicke, *op. cit.*, s. 289.

⁷⁶⁴ I to nawet po odejściu przez BGH od koncepcji odpowiedzialności przebijającej za unicestwienie egzystencji spółki w wyroku w sprawie *Trihotel*.

⁷⁶⁵ Zob. rozdz. VII pkt 2.2.

⁷⁶⁶ Zob. W. Flume, *op. cit.*, s. 85 i n.

przypisanie stanu „przebicia” (*Durchgriffstatbestand*) danemu (konkretnemu) wspólnikowi, co skłania do akceptacji poglądu W. Flume, że odpowiedzialność taka powinna być odpowiedzialnością za zachowanie (*Verhaltenshaftung*). Dlatego też K. Schmidt stara się znaleźć dla każdego z przypadków przebicia właściwą podstawę prawną bazującą na przypisywalności wspólnikowi danego zachowania (*Verhaltenszurechnung*)⁷⁶⁷. Prowadzi to do konsekwentnego odrzucenia przez tego autora ogólnej koncepcji odpowiedzialności przebijającej jako podstawy odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. W przypadku odpowiedzialności za pomieszanie majątków odpowiedzialność wspólnika można wywieść jedynie ze szczególnego stosunku prawnego ze spółką z o.o. (*Sonderrechtsverhältnis zu der GmbH*), co oznacza, że odpowiedzialność taka może być jedynie odpowiedzialnością wewnętrzną wobec spółki opartą na zasadzie winy. Jednakże K. Schmidt stawia dodatkowy wymóg dla tego rodzaju odpowiedzialności wspólnika: może ona mieć miejsce tylko wówczas, jeżeli ze stosunku spółki można wywieść pozytywne obowiązki danego wspólnika w zakresie kontroli oraz zapobiegania zagrożeniom dla spółki. Odpowiedzialności takiej nie uzasadnia w każdym razie samo kapitałowe uczestnictwo w spółce w charakterze wspólnika mniejszościowego pozbawionego wpływu na losy spółki⁷⁶⁸.

Bardziej złożonej krytyce poddał koncepcję odpowiedzialności przebijającej za pomieszanie majątków spółki i wspólnika U. Ehrlicke. Autor ten zwraca uwagę przede wszystkim na to, że odpowiedzialność przebijająca za pomieszanie majątku stanowi w istocie odpowiedzialność za nieprawidłowe prowadzenie księgowości spółki z o.o., skoro z pomieszczeniem majątków ma się do czynienia głównie wtedy, kiedy za pomocą ksiąg rachunkowych spółki nie da się ustalić przepływów między majątkiem spółki a wspólnika ani określić przynależności poszczególnych składników do majątku spółki bądź wspólnika⁷⁶⁹. W związku z tym podstawy prawnej odpowiedzialności za pomieszanie majątków spółki i wspólnika należy szukać w przepisach dotyczących prowadzenia ksiąg rachunkowych i odpowiedzialności za naruszenie obowiązków z tym związanych. Przepisami tymi są zaś w przypadku spółki z o.o. § 238 HGB oraz §§ 42 i 42 GmbHG, które nakładają na zarządców spółki z o.o. obowiązek prawidłowego prowadzenia ksiąg rachunkowych, a także § 43 ust. 2 GmbHG, który nakłada na zarządców spółki z o.o. obowiązek naprawienia spółce szkody wywołanej niedopełnieniem nałożonych na nich obowiązków, w tym obowiązku zapewnienia prawidłowego prowadzenia rachunkowości⁷⁷⁰. Wobec przewidzianej przepisami prawa odpowiedzialności zarządców wobec spółki z o.o. za nieprawidłowe prowadzenie rachunkowości

⁷⁶⁷ Zob. K. Schmidt, *Zur Durchgriffsfestigkeit der GmbH*, ZIP 1994, s. 840.

⁷⁶⁸ Tak *ibidem*, s. 843.

⁷⁶⁹ U. Ehrlicke, *op. cit.*, s. 291–292.

⁷⁷⁰ *Ibidem*, s. 292.

brak jest zatem z metodologicznego punktu widzenia podstaw do tworzenia samodzielnego roszczenia wobec współników spółki z o.o. za pomieszczenie majątków na podstawie koncepcji odpowiedzialności przebijającej⁷⁷¹. Natomiast współnik spółki z o.o. może odpowiadać wobec spółki za pomieszczenie majątków spółki i współnika na podstawie odpowiedzialności deliktowej w ramach odpowiedzialności za podżeganie do naruszenia obowiązków zarządcy z zakresu rachunkowości w postaci wydawania wiążących poleceń (§§ 43 ust. 2 i 41 GmbHG oraz §§ 830 ust. 2, 840 ust. 1 oraz §§ 421 i n. BGB) albo jako tzw. faktyczny zarządca na podstawie § 43 ust. 2 w zw. z § 41 GmbHG stosowanych w drodze analogii⁷⁷². A zatem, zdaniem autora, w przeciwieństwie do odpowiedzialności przebijającej ukształtowanej jako niezależna od winy odpowiedzialność zewnętrzna współnika wobec wierzycieli spółki, w przypadku pomieszczenia majątków spółki i współnika w rachubę może wchodzić jedynie odpowiedzialność wewnętrzna współnika wobec spółki oparta na zasadzie winy i to tylko na podstawie deliktowej odpowiedzialności współnika jako podżegacza albo jako faktycznego zarządcy przez analogiczne zastosowanie do niego § 43 ust. 2 GmbHG⁷⁷³. Tylko w wyjątkowych wypadkach można rozważać, zdaniem U. Ehricke, osobistą i zewnętrzną odpowiedzialność współnika bezpośrednio wobec wierzycieli spółki, którzy dochodziliby swych roszczeń wobec współnika na podstawie deliktowej § 826 BGB albo § 823 ust. 2 BGB, o ile ziszczyłyby się przesłanki zastosowania tych przepisów⁷⁷⁴.

Natomiast M. Gehrlein, krytykując koncepcję odpowiedzialności przebijającej za pomieszczenie majątków spółki i współnika, przy której zastosowaniu pozostaje BGH nawet po zmianie swego orzecznictwa dotyczącego *Existenzvernichtungshaftung*, podnosi, że skoro po zmianie orzecznictwa BGH w przypadkach unicestwienia egzystencji spółki warunkiem odpowiedzialności jest stwierdzenie konkretnej szkody wynikającej z konkretnej ingerencji, to trudno uzasadnić nieograniczoną i zewnętrzną odpowiedzialność współników w przypadku uniemożliwienia kontroli nad majątkiem spółki towarzyszącej pomieszczeniu majątków. Takie uniemożliwienie kontroli majątkowej i funduszy kapitałowych spółki (odpowiadającego kapitału) prowadzi bowiem, zdaniem autora, jedynie do ingerencji w kapitał zakładowy, którym odpowiada spółka (*haftendes Stammkapital*), co nie uzasadnia nieograniczonej odpowiedzialności współników. Zamiast tego właściwsza wydaje się, zdaniem autora, deliktowa odpowiedzialność wewnętrzna współników wobec spółki na podstawie § 826 BGB. Niespójne jest bowiem preferowanie [po zmianie orzecznictwa dokonanej wyrokiem w sprawie *Trihotel*, przypomnienie P.M.W.⁷⁷⁵]

⁷⁷¹ *Ibidem*, s. 293.

⁷⁷² *Ibidem*.

⁷⁷³ *Ibidem*, s. 297 i 299.

⁷⁷⁴ *Ibidem*, s. 297.

⁷⁷⁵ Zob. omówienie tego wyroku poniżej: rozdz. VIII pkt 2.1.1.

wewnętrznej odpowiedzialności deliktowej wobec spółki w przypadku unicestwienia jej egzystencji i ograniczanie wysokości odszkodowania stosownie do intensywności tej ingerencji i jednocześnie przyjmowanie przez BGH nieograniczonej odpowiedzialności w przypadku, gdy pomieszczenie majątku dotyczy jedynie funduszków odpowiadających kapitałowi zakładowemu⁷⁷⁶.

1.3.3. Krytyka odpowiedzialności przebijającej za pomieszczenie sfer spółki i wspólnika

Jak już wspomniano wyżej, pomieszczenie sfer spółki i wspólnika⁷⁷⁷ mimo formalnego przyporządkowania takich zdarzeń do grupy przypadków odpowiedzialności przebijającej, nie jest uznawane nawet przez zwolenników koncepcji „przebicia” za stan faktyczny uzasadniający zastosowanie koncepcji odpowiedzialności przebijającej. W doktrynie przyjmuje się, że problemy związane z pomieszczeniem sfer spółki i wspólnika mogą zostać rozwiązane lepiej przy wykorzystaniu ogólnych przepisów z zakresu prawa cywilnego, np. przy wykorzystaniu reguł wykładni oświadczeń woli, zasad prawa firmowego, a zwłaszcza przez zastosowanie do tej grupy przypadków konstrukcji odpowiedzialności za stworzenie pozoru prawnego⁷⁷⁸. Rozwijając to stanowisko, U. Ehrlicke podkreśla, że w przypadku pomieszczenia sfer – w przeciwieństwie do niedokapitalizowania, a nawet pomieszczenia majątków spółki – osobą dotkniętą tym stanem faktycznym są wyłącznie indywidualni (konkretni) kontrahenci, którzy nie są w stanie dokładnie odróżnić, z kim konkretnie zawarli daną umowę albo z kim konkretnie pozostawali w kontaktach handlowych. Dlatego właśnie z powodu owej „indywidualności” skutków pomieszczenia sfer należy w każdym pojedynczym przypadku ustalić, w jaki sposób niejasne przyporządkowanie kontrahenta, niepewność co do jego osoby, oddziałuje na treść dokonanej czynności prawnej. Do ustalenia tych indywidualnych kwestii nadają się najlepiej ogólne instrumenty prawa cywilnego, zwłaszcza reguły wykładni oświadczeń woli i konstrukcja pozoru prawnego, nie zaś mająca w swojej istocie generalizujący charakter koncepcja odpowiedzialności przebijającej⁷⁷⁹.

⁷⁷⁶ Zob. M. Gehrlein, *Die Existenzvernichtungshaftung im Wandel der Rechtsprechung*, WM 2008, nr 17, s. 768.

⁷⁷⁷ Zob. rozdz. III pkt 2.4.

⁷⁷⁸ Tak zwłaszcza M. Lutter, W. Bayer, *op. cit.*, § 13, nb 24; G. Bitter, [w:] *Scholz. Kommentar...*, § 13, nb 137; L. Fastrich, *op. cit.*, § 13, nb 46. Por. również I. I. Funke, *op. cit.*, § 13, nb 380; K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht...*, s. 236. Zob. rozdz. VII pkt 2.3.

⁷⁷⁹ Por. U. Ehrlicke, *op. cit.*, s. 300.

1.3.4. Krytyka odpowiedzialności przebijającej za nadużycie instytucji

Konstrukcji odpowiedzialności przebijającej za nadużycie instytucji⁷⁸⁰ zarzuca się przede wszystkim, że niezmiernie trudno jest ustalić, czy i kiedy następuje przeniesienie ryzyka działalności gospodarczej przez współników na wierzycieli spółki z o.o. Nie wiadomo bowiem, jakie zachowanie i w jakim nasileniu miałyby o tym świadczyć. Dodatkowo, spółka z ograniczoną odpowiedzialnością jako forma prawna ma właśnie służyć prowadzeniu działalności gospodarczej związanej z ryzykiem, co ma sprzyjać wzrostowi innowacyjności w gospodarce⁷⁸¹. Konstrukcja tej spółki bazuje właśnie, co podkreśla U. Ehrlicke, na ograniczeniu odpowiedzialności oraz rozdzieleniu ryzyka. Wykorzystanie tego rozdzielenia ryzyka nie może być zatem rozumiane jako nadużycie instytucji, skoro właśnie po to została ona stworzona. Nie można bowiem postawić współnikom spółki z o.o. zarzutu, że prowadzą swoją aktywność gospodarczą przy wykorzystaniu spółki z o.o.⁷⁸². Zdaniem autora, współnicy mogą instrumentalizować spółkę tak długo, jak długo nie zaistnieją podstawy do jej rozwiązania. Jego zdaniem, brak jest w prawie zasady, zgodnie z którą w zamian za ponoszenie „złych ryzyk” przez spółkę z o.o., powinny jej zostać przyznane również tzw. dobre ryzyka. Pogląd ten wynika z reprezentowanego przez U. Ehrlicke, stanowiska, zgodnie z którym spółka z o.o. nie posiada interesu w wyrównaniu ryzyk związanych z jej działalnością, ponieważ nie istnieje coś takiego, jak samodzielny interes spółki. Interes spółki to, zdaniem autora, suma interesów jej współników⁷⁸³. Dlatego też nie można uznawać za nadużycie rozdziału ryzyka sytuacji, w której współnicy uzyskują w związku z prowadzoną działalnością zyski, a spółka straty. Autor formułuje dosadnie tezę, zgodnie z którą tak długo jak jest to dopuszczalne na podstawie przepisów o ochronie kapitału zakładowego, współnicy mogą – właśnie do granicy wyznaczonej tymi przepisami – „wykrwawić spółkę”⁷⁸⁴. Dopiero w ekstremalnie wyjątkowych przypadkach, w których współnik wykorzystuje formę spółki z o.o., aby świadomie szkodzić na rynku określonej osobie albo w których narusza on swoim zachowaniem zakaz zachowywania się w sposób sprzeczny w myśl zasady *venire contra factum proprium*, musi ponieść tego konsekwencje. W takiej sytuacji możliwą podstawą odpowiedzialności będzie, zdaniem autora, bądź to § 826 BGB (odpowiedzialność deliktowa), bądź to § 242 BGB (klauzula nadużycia prawa)⁷⁸⁵.

⁷⁸⁰ Zob. rozdz. VII pkt 2.4.

⁷⁸¹ Zob. U. Ehrlicke, *op. cit.*, s. 302.

⁷⁸² *Ibidem*.

⁷⁸³ *Ibidem*.

⁷⁸⁴ *Ibidem*, s. 303.

⁷⁸⁵ *Ibidem*.

1.3.5. Krytyka odpowiedzialności przebijającej za unicestwienie egzystencji spółki

Ze szczególnie silną krytyką w doktrynie spotkała się najmłodsza spośród grup przypadków *Durchgriffshaftung* koncepcja odpowiedzialności przebijającej za unicestwienie egzystencji spółki.

Krytyka ta dotyczyła przede wszystkim samego wyboru konstrukcji przebicia dla rozwiązywania przypadków unicestwienia egzystencji spółki. Powszechnie podnoszono jej „nadmierny” i „przesadny” charakter (*überschießender Charakter*), który związany był z obiektywnym i nieograniczonym charakterem tej odpowiedzialności, co niosło za sobą ryzyko zakwestionowania wyłączenia odpowiedzialności wspólników na podstawie § 13 ust. 2 GmbHG⁷⁸⁶.

Krytyka koncepcji odpowiedzialności przebijającej za unicestwienie egzystencji spółki dotyczyła również stopniowego modyfikowania tej koncepcji przez niemiecki Federalny Trybunał Sprawiedliwości w ramach sądowego rozwijania prawa i związanej z tym niespójności, a nawet wewnętrznej sprzeczności koncepcji⁷⁸⁷. W ramach modyfikowania tej koncepcji przez BGH następowało bowiem stopniowe odchodzenie od obiektywnego charakteru tej odpowiedzialności i podkreślanie roli elementów subiektywnych w zachowaniu wspólników spółki z o.o., skutkujące dopuszczeniem przez BGH możliwości ograniczenia odpowiedzialności wspólników. Takie stopniowe osłabianie obiektywnego charakteru koncepcji odpowiedzialności przebijającej zbliżało ją, zdaniem niektórych autorów, do zależnej od winy odpowiedzialności za zachowanie, która powinna być w związku z tym konsekwentnie ukształtowana bądź to jako odpowiedzialność deliktowa⁷⁸⁸, bądź to jako odpowiedzialność w ramach szczególnego stosunku prawnego (stosunku szczególnego powiązania, *Sonder(rechts)verbindung*)⁷⁸⁹.

⁷⁸⁶ Zob. M. Habersack, *Trihotel...*, s. 543; B. Dauner-Lieb, *Die Existenzvernichtungshaftung – Schluss...*, s. 2034 i n.; G. Wagner, *Existenzvernichtung als Deliktstatbestand – Einordnung, Ausgestaltung und Anknüpfung der Haftung wegen „existenzvernichtenden Eingriffs”*, [w:] A. Heldrich, J. Prölss, I. Koller, *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, Band II, München 2007, s. 473 i n.; W. Zöllner, *op. cit.*, s. 999 i n.; H.Ch. Grigoleit, *op. cit.*, s. 317 i n.

⁷⁸⁷ Tak w szczególności U. Haas, *Die Gesellschafterhaftung...*, s. 1940.

⁷⁸⁸ Tak przede wszystkim B. Dauner-Lieb, *Die Existenzvernichtungshaftung – Schluss...*, s. 2042; G. Wagner, *op. cit.*, s. 473 i n.; podobnie U. Haas, *Kapitalerhaltung, Insolvenzanfechtung, Schadensersatz und Existenzvernichtung – wann wächst zusammen, was zusammengehört?* ZIP 2006, s. 1381–1382; *ibidem*, *Die Gesellschafterhaftung...*, s. 1940–1941, Należy przy tym podkreślić, że wszyscy wymienieni autorzy opowiadali się za deliktową odpowiedzialnością wspólników wobec wierzycieli spółki na podstawie § 826 BGB, a więc odpowiedzialnością zewnętrzną.

⁷⁸⁹ Tak m.in. K. Schmidt, *GmbH-Reform auf Kosten der Geschäftsführer? Zum (Un-)Gleichgewicht zwischen Gesellschafterrisiko und Geschäftsführerrisiko im Entwurf eines MoMiG und in der BGH-Rechtsprechung*, GmbHR 2008, s. 457–458, nawiązując do swojego wcześniejszego postulatu zastąpienia odpowiedzialności przebijającej za materialne niedokapitalizowanie spółki odpowiedzialnością wewnętrzną wspólników wobec spółki z o.o. opartej na stosunku wewnętrznym (zob. K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht*, s. 243–244). Tak również wielu innych autorów, którzy starali się doprecyzować charakter przedmiotowego szczególnego stosunku prawnego.

Niespójność koncepcji przejawiała się w niezgodności konstrukcji odpowiedzialności przebijającej bazującej na odpowiednim stosowaniu § 128 i 129 HGB z koniecznością wykazania konkretnego naruszenia interesu wierzyciela. Ze stosowaniem § 128 HGB nie jest również zgodna przewidziana przez BGH możliwość zastosowania odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki tylko wówczas, gdy wierzyciele nie mogą zaspokoić się z majątku spółki (subsydiarność odpowiedzialności). Podnoszono także, że w ramach konstrukcji przebicia nie sposób uzasadnić ograniczenia odpowiedzialności współnika przez wykazanie przez niego, że w chwili dokonania ingerencji spółka znajdowała się już w trudnej sytuacji finansowej⁷⁹⁰, a dopuszczona wyrokiem BGH w sprawie *Autovertrags Händler*⁷⁹¹ możliwość wykazania przez współnika, że spółka w porównaniu ze stanem majątkowym, który istniałby przy prawidłowym postępowaniu współnika, doznała szkody jedynie w ograniczonym zakresie i ograniczenie odpowiedzialności współnika do różnicy między wysokością szkody istniejącej po ingerencji a szkodą, która zaistniałaby mimo prawidłowego postępowania współnika, nie pasuje do nieograniczonego charakteru odpowiedzialności przebijającej⁷⁹². Krytycznie oceniano również pozostałe aspekty subsydiarnego charakteru tej odpowiedzialności w stosunku do reguł ochrony kapitału zakładowego spółki z o.o. na podstawie § 30 i 31 GmbHG i problemy związane z różnym kierunkiem i zakresem podmiotowym ochrony wynikającym z tych dwóch uzupełniających się konstrukcji ochronnych⁷⁹³. Ponadto zwracano

Według W. Zöllnera podstawą odpowiedzialności wewnętrznej współników spółki z o.o. za unicestwienie jej egzystencji jest obowiązek uwzględniania przez współników spółki z o.o. przy podejmowaniu przez nich decyzji i podejmowaniu działań w spółce zakazu zagrażania zdolności spółki do wykonywania zobowiązań wobec jej wierzycieli. Obowiązek ten, zdaniem autora, nie ma swojego źródła w obowiązkach lojalności współników ani nie bazuje na istnieniu jakiegoś przednormatywnego interesu własnego spółki jako osoby prawnej (*vornormatives Eigeninteresse der juristischen Person*). Jest on natomiast korelatem zinstrumentalizowania spółki z o.o. jako instytucji ograniczającej/wyłączającej odpowiedzialność (*Korrelat der Instrumentalisierung der GmbH als haftungsbegrenzende Institution*; zob. W. Zöllner, *op. cit.*, s. 1021).

Natomiast H.Ch. Grigoleit wywodzi odpowiedzialność wewnętrzną współników za unicestwienie egzystencji spółki z obowiązku współników do „decentralnego dążenia do osiągnięcia zysku” (*Pflicht der Gesellschafter zur „dezentrale Gewinnverfolgung”*). Zob. H.Ch. Grigoleit, *op. cit.*, s. 321 i n.

Za ukształtowaniem odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki jako odpowiedzialności wewnętrznej w ramach członkowskiego stosunku szczególnego między spółką a współnikami na podstawie § 280 BGB opowiada się natomiast stanowczo – również po zmianie linii orzeczniczej przez BGH, który przyjął za podstawę odpowiedzialności wewnętrznej współników wobec spółki § 826 BGB (zob. poniżej) – Ch. Osterloh-Konrad. Zob. Ch. Osterloh-Konrad, *op. cit.*, s. 275 i n.

⁷⁹⁰ Takie zarzuty dotyczące niespójności koncepcji odpowiedzialności przebijającej za unicestwienie egzystencji spółki formułuje U. Haas, *Die Gesellschafterhaftung...*, s. 1940.

⁷⁹¹ Zob. rozdz. VII pkt 3.2.6 powyżej.

⁷⁹² Por. W. Goette, *Aus der neueren Rechtsprechung des BGH zum GmbH-Recht*, ZIP 2005, s. 1487.

⁷⁹³ Problem z zakresem podmiotowym ochrony polega na tym, że odpowiedzialność przebijająca za unicestwienie egzystencji spółki jest odpowiedzialnością zewnętrzną, podczas gdy odpowiedzialność na podstawie reguł utrzymania kapitału zakładowego jest wewnętrzną odpowiedzialnością wyrównawczą wobec spółki. W związku z tym brakuje w tej wzajemnej relacji podstaw odpowiedzialności wymaganej, zdaniem niektórych autorów, dla przyjęcia konstrukcji subsydiarności konkurencyjności roszczeń (aby można

uwagę na nieostrość użytych przez BGH pojęć określających przesłanki odpowiedzialności przebijającej za unicestwienie egzystencji spółki, zawężających tę odpowiedzialność do wyjątkowych sytuacji: sankcjonowane mają być bowiem tylko te ingerencje, które „w sposób znaczny” naruszają wynikające z celowego powiązania majątku spółki „nakazane stosowne” respektowanie zdolności spółki do zaspokajania jej zobowiązań. Zdaniem niektórych autorów, problemy może wywoływać ustalenie tych kryteriów zawężających odpowiedzialność, a dodatkowo mogą występować sytuacje graniczne, w których mimo nierespektowania zdolności solwencyjnej spółki wspólnicy będą mogli uniknąć odpowiedzialności dzięki przyjęciu, że nie mieściło się ono w pojęciu „nakazanego stosownego” respektowania. Podobne problemy może stwarzać ustalenie stopnia znacznosci naruszenia i możliwość uniknięcia odpowiedzialności w sytuacji, gdy ustalony zostanie

było mówić ściśle o subsydiarności roszczeń powinny one pozostawać w stosunku konkurencji, co nie jest m.in. możliwe w sytuacji, gdy przysługują one innym podmiotom). Ściśle rzecz ujmując, wierzyciele spółki z o.o. musieliby zatem zająć roszczenia wyrównawcze spółki przysługujące jej wobec wspólników na podstawie przysługującego im wobec spółki tytułu egzekucyjnego i dochodzić swoich dalej idących i przysługujących im wobec wspólników roszczeń na podstawie konstrukcji przebiccia tylko w wysokości nieznajdującej pokrycia w ramach roszczenia wyrównawczego. W praktyce byłoby to jednak niezmiernie trudne. Dlatego dopuszcza się występowanie wierzycieli ze swoimi roszczeniami w pełnej wysokości i kierowanie tych roszczeń bezpośrednio wobec wspólników.

W doktrynie zwraca się jednak zarazem uwagę na ryzyka związane z subsydiarnym charakterem odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki w stosunku do odpowiedzialności wyrównawczej na podstawie § 30 i 31 GmbHG, która to subsydiarność oznacza, że roszczenia z tytułu *Existenzvernichtung* przysługują, o ile nie jest możliwa rekompensata na podstawie owych roszczeń wyrównawczych. Są to, po pierwsze, ryzyko podniesienia przez wspólnika odpowiedniego zarzutu (np. wyrównania świadczenia spółce albo wskazania przez niego, że spółce nadal przysługuje wobec niego roszczenie wyrównawcze) i konieczności ograniczenia powództwa przez wierzyciela. Jeżeli wspólnik wykaże, że miały miejsce wypłaty objęte obowiązkiem wyrównawczym, a więc wykaże, że spółce przysługuje roszczenie wyrównawcze na podstawie § 31 GmbHG możliwe jest również to, że sąd nie dopuści do zmiany powództwa, lecz powództwo wierzyciela oddali i pouczy go jedynie o możliwości zajęcia przysługującego spółce na podstawie § 31 GmbHG roszczenia. Drugim ryzykiem jest możliwość pociągnięcia wspólnika do podwójnej odpowiedzialności w sytuacji, w której jeden z wierzycieli zająłby roszczenie wyrównawcze wobec spółki, a drugi dochodziłby od wspólnika bezpośrednio roszczenia na podstawie reguł odpowiedzialności przebijającej. Teoretycznie ryzyka takie nie powinny zaistnieć, z uwagi właśnie na subsydiarny charakter odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki względem odpowiedzialności wyrównawczej na podstawie § 30 i 31 GmbHG. Mianowicie w otwartym wobec spółki postępowaniu upadłościowym roszczeń wyrównawczych powinien dochodzić od wspólników syndyk. Istnienie tych roszczeń umożliwiłoby zasadniczo prowadzenie postępowania upadłościowego. Natomiast oddalenie wniosku o ogłoszenie upadłości albo umorzenie postępowania z powodu ubóstwa masy świadczyłoby z reguły o tym, że spółce nie przysługiwały roszczenia wyrównawcze (w przeciwnym razie postępowanie mogłoby się, zasadniczo toczyć). Nie jest jednak wykluczone, że pomimo tego, wspólnicy spółki z o.o. wykażą w postępowaniu z powództwa wierzyciela wytoczonego na podstawie *Existenzvernichtungshaftung*, że spółce przysługują względem nich wyłączające to roszczenie albo ograniczające jego zakres roszczenia wyrównawcze. Na ten temat w doktrynie niemieckiej zob. w szczególności B. Danuer-Lieb, *Die Existenzvernichtungshaftung – Schluss der Debatte?*, DStR 2006, s. 2040 oraz M. Lutter, N.R. Banerjea, *op. cit.*, s. 425–428.

brak „nakazanego stosownego” respektowania zdolności solwencyjnej spółki, jednakże nie będzie on miał znacznego charakteru⁷⁹⁴.

Dobrym podsumowaniem niespójności rozwiniętej przez BGH w następujących po sobie orzeczeniach koncepcji odpowiedzialności przebijającej za unicestwienie egzystencji spółki jest jej krótki opis – przedstawiony przez W. Goettego – jako konstrukcji odpowiedzialności bazującej pierwotnie na odpowiedzialności wewnętrznej na podstawie § 30 i 31 GmbHG, która może przekształcić się w przebijającą nieograniczoną odpowiedzialność zewnętrzną, aby następnie, po przeprowadzeniu stosownego dowodu przez pozwanego, stać się opartą na zasadzie winy odpowiedzialnością odszkodowawczą, a przy tym wierzyciel zachowuje cały czas możliwość skorzystania z alternatywnej do tej koncepcji możliwości dochodzenia swoich roszczeń od współnika na deliktowej podstawie § 826 BGB⁷⁹⁵.

1.4. Podsumowanie

Podsumowując krytyczne wobec koncepcji odpowiedzialności przebijającej stanowiska prezentowane w doktrynie, należy zwrócić uwagę na ich różnorodność i wielopłaszczyznowość. Krytyka „przebicia” następuje po pierwsze na płaszczyźnie metodologicznej, na której negowana jest w ogóle potrzeba rozwijania nie tylko koncepcji „przebicia”, ale również innych alternatywnych koncepcji dogmatycznych proponowanych przez poszczególnych przedstawicieli doktryny. W ramach krytyki metodologicznej podkreśla się brak występowania luki ustawowej uzasadniającej tworzenie szczególnych koncepcji dogmatycznych mających rozwiązywać problemy „przebicia” i podkreśla się, że wystarczające jest posłużenie się istniejącym instrumentarium prawnym. W ramach krytyki na płaszczyźnie dogmatycznej, którą można również nazwać ogólną krytyką dogmatyczną, podkreśla się natomiast występowanie ustawowej luki w zakresie ochrony wierzycieli spółek z o.o. Jednocześnie jednak zwraca się uwagę na słabe strony koncepcji „przebicia” i związane z nią ryzyka, proponując w zamian bądź to inne, mieszczące się w pojęciu rozwijania prawa (*Rechtsfortbildung*), dogmatyczne koncepcje mające służyć rozwiązaniu tzw. przypadków „przebicia”, bądź to odsyła się do innych możliwych podstaw prawnych odpowiedzialności współników znanych obowiązującemu

⁷⁹⁴ Zob. krytyczne uwagi na temat nieostrości przesłanek zawężających odpowiedzialność: B. Dauner-Lieb, *Die Existenzvernichtungshaftung – Schluss...*, s. 2039–2040. Por. również W. Goette, *Aus der neueren Rechtsprechung...*, s. 1487.

⁷⁹⁵ Zob. W. Goette, *Aus der neueren Rechtsprechung...*, s. 1487: „Auf den ersten Blick haben wir also eine Haftungskonstruktion – wenn der Gläubiger sich nicht auf den ausdrücklich für ebenfalls anwendbar erklärten § 826 BGB stützen will –, die mit einer Innenhaftung nach Maßgabe der §§ 30,31 GmbHG ansetzt, in eine durchgriffsrechtlich strukturierte unbeschränkte Außenhaftung umschlagen kann, um dann auf entsprechenden Nachweis des Beklagten in eine verschuldensabhängige Schadensersatzhaftung zu münden”.

prawa cywilnemu albo prawu spółek (w tym drugim wariancie dogmatyczna krytyka przebicia niewiele różni się od krytyki metodologicznej, a jedynym wyróżnikiem jest w zasadzie różnica poglądów na temat występowania ustawowej luki ochronnej). Wreszcie, niejako na najniższym poziomie, krytyka koncentruje się na poszczególnych grupach przypadków „przebicia”, negując bądź to potrzebę ich wyodrębnienia, co ma miejsce zwłaszcza w sytuacji pomieszczenia sfer spółki i wspólnika, bądź to szczegółowo przedstawiając słabe strony stosowania konstrukcji przebicia dla danej konkretnej grupy przypadków. Tego rodzaju krytyka zbliżona jest do ogólnej krytyki dogmatycznej. Należy bowiem podkreślić, że podział na poszczególne poziomy krytyki nie jest rozdzielny i poszczególne płaszczyzny krytyki przeplatają się ze sobą, o czym świadczy zwłaszcza krytyka poszczególnych grup przypadków odpowiedzialności przebijającej, w ramach której jako alternatywę dla koncepcji „przebicia” proponuje się zastosowanie innych znanych prawa cywilnemu podstaw odpowiedzialności, zwłaszcza w postaci odpowiedzialności deliktowej. Taką szczegółową dogmatyczną krytykę przebicia różni od dogmatycznej krytyki ogólnej jedynie koncentracja na danej, konkretnej grupie przypadków „przebicia”.

Abstrahując od różnego rodzaju płaszczyzn, na których formułowana jest krytyka koncepcji odpowiedzialności przebijającej, i różnego stopnia intensywności tej krytyki, należy zwrócić uwagę na wyrażaną przez niektórych autorów w ramach oceny konstrukcji „przebicia” – choć nie zawsze wyraźnie wyartykułowaną – ogólną obawę, że zastosowanie tej koncepcji uderza tak silnie w zasadę wyłączenia odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki, której wyraz stanowi § 13 ust. 2 GmbHG, że może doprowadzić nie tylko do destabilizacji formy prawnej spółki z o.o., lecz nawet do jej wyłączenia z obrotu jako atrakcyjnej formy prowadzenia działalności gospodarczej⁷⁹⁶.

2. Krytyka koncepcji odpowiedzialności przebijającej w niemieckim orzecznictwie

2.1. Rezygnacja przez BGH z koncepcji odpowiedzialności przebijającej za unicestwienie egzystencji spółki

2.1.1. Wyrok w sprawie *Trihotel*

W przełomowym wyroku z dnia 16 lipca 2007 r. w sprawie *Trihotel* niemiecki Federalny Trybunał Sprawiedliwości odstąpił od swojej dotychczasowej linii orzeczniczej z zakresu odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki rezygnując z koncepcji

⁷⁹⁶ W tym duchu w odniesieniu do koncepcji odpowiedzialności przebijającej za unicestwienie egzystencji spółki G. Wagner, *op. cit.*, s. 485.

odpowiedzialności przebijającej⁷⁹⁷. W tenorze przedmiotowego orzeczenia BGH stwierdza, co następuje:

„a) Utrzymuje się wymóg [nie odstępuje się od wymogu] określanej jako «odpowiedzialność za unicestwienie egzystencji» odpowiedzialności wspólnika za stanowiące nadużycie, prowadzące do upadłości GmbH albo ją pogłębiające i niepodlegające kompensacie ingerencje w majątek spółki służący powiązaniu celowemu dla uprzywilejowanego zaspokojenia wierzycieli spółki.

b) Senat odstępuje od dotychczasowej koncepcji samodzielnej figury odpowiedzialności, która nawiązuje do nadużycia formy prawnej i ukształtowana jest jako (zewnątrzna) odpowiedzialność przebijająca wspólnika wobec wierzycieli spółki, ale zaopatrzona jest w klauzulę subsydiarności w stosunku do §§ 30, 31 GmbHG. Zamiast tego wiąże on odpowiedzialność wspólnika za unicestwienie egzystencji ze stanowiącym nadużycie wyrządzeniem szkody powiązanemu celowo w interesie wierzycieli majątkowi spółki i przyporządkowuje ją – w postaci wewnętrznej odpowiedzialności odszkodowawczej wobec spółki – wyłącznie § 826 BGB jako szczególną grupę przypadków umyślnego wyrządzenia szkody w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami.

c) Roszczenia odszkodowawcze z tytułu odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji na podstawie § 826 BGB nie są subsydiarne w stosunku do roszczeń wyrównawczych z §§ 30, 31 GmbHG, co więcej, istnieje między nimi – o ile na siebie nachodzą [zazębiają się] – konkurencja podstaw prawnych⁷⁹⁸.

⁷⁹⁷ Wyrok BGH z dnia 16 lipca 2007 r. w sprawie *Trihotel*, II ZR 3/04. Przedstawianie stanu faktycznego, który legł u podstaw przedmiotowego rozstrzygnięcia, jest zbyt czułe, ponieważ BGH nie dopatrzył się, wbrew stanowisku sądu odwoławczego, wystąpienia w owym stanie faktycznym zachowań stanowiących ingerencje unicestwiające egzystencję spółki, wykorzystując jedynie tę sprawę jako okazję do zmiany swojej linii orzeczniczej. W tym miejscu można pokusić się o pozaprawną, a ściśle pozadogmatyczną uwagę, którą można co najwyżej zaliczyć do uwag z zakresu szeroko rozumianej socjologii prawa, że zmiana linii orzeczniczej dokonana przez BGH, podobnie zresztą jak szereg innych „przełomów” orzeczniczych, związana jest ściśle ze zmianą przewodniczącego II Senatu Cywilnego BGH. Podobnie jak Przewodniczący V. Röhricht odcisnął swoje piętno, nadając orzecznictwu BGH impuls w kierunku odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki ukształtowanej początkowo jako odpowiedzialność przebijająca, tak nowy Przewodniczący Senatu – Prof. Dr. W. Goette – jeden z krytyków dotychczasowej linii orzeczniczej – zaprezentował nową „odslonę” tej koncepcji.

⁷⁹⁸ Oryginalna treść tenoru wyroku w sprawie *Trihotel* jest następująca:

„a) An dem Erfordernis einer als «Existenzvernichtungshaftung» bezeichneten Haftung des Gesellschafters für missbräuchliche, zur Insolvenz der GmbH führende oder diese vertiefende kompensationslose Eingriffe in das der Zweckbindung zur vorrangigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger dienende Gesellschaftsvermögen wird festgehalten.

b) Der Senat gibt das bisherige Konzept einer eigenständigen Haftungsfigur, die an den Missbrauch der Rechtsform anknüpft und als Durchgriffs(außen)haftung des Gesellschafters gegenüber den Gesellschaftsgläubigern ausgestaltet, aber mit einer Subsidiaritäts-klausel im Verhältnis zu den §§ 30, 31 GmbHG versehen ist, auf. Stattdessen knüpft er die Existenzvernichtungshaftung des Gesellschafters an die missbräuchliche Schädigung des im Gläubigerinteresse zweckgebundenen Gesellschaftsvermögens an und ordnet sie – in Gestalt einer schadensersatzrechtlichen Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft – allein in § 826 BGB als eine besondere Fallgruppe der sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung ein.

Z powyższej sentencji wynika przede wszystkim potrzeba zachowania konstrukcji odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki, co Trybunał wyraźnie podkreśla w uzasadnieniu do przedmiotowego orzeczenia, wskazując na występowanie otwartej luki ochronnej pozostawionej przez system odpowiedzialności (*Haftungssystem*) zawarty w regulacji § 30 i 31 GmbHG i określając ten stan jako lukę w kapitałowym systemie ochronnym niemieckiej spółki z o.o.⁷⁹⁹ BGH zdecydował się jednakże na zmianę podstawy dogmatycznej tej konstrukcji, przyporządkowując w akcie prawotwórstwa sądowego (sądowego rozwijania prawa) konstrukcję *Existenzvernichtungshaftung* do reżimu odpowiedzialności deliktowej i zmieniając zarazem zakres podmiotowy tej odpowiedzialności poprzez ukształtowanie jej jako deliktowej odpowiedzialności wewnętrznej: wspólnika względem spółki z o.o.⁸⁰⁰

Dokonując tak gruntownej zmiany instytucji odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki, BGH przychylił się w dużym stopniu do głoszonej przez wielu przedstawicieli doktryny krytyki koncepcji odpowiedzialności przebijającej za unicestwienie egzystencji spółki⁸⁰¹, przyznając, że rozwijana przez ten sąd koncepcja przebicia cechowała się pewną niejednorodnością i dogmatyczną nieostrością, co prowadziło do niepewności odnośnie do jej praktycznego zastosowania⁸⁰². Sąd podkreślił złożoność i zmienność dotychczasowej koncepcji cechującej się subsydiarnym względem przepisów o utrzymaniu kapitału zakładowego charakterem odpowiedzialności przebijającej, która mogła w ostateczności przekształcić się w zależną od winy odpowiedzialność odszkodowawczą, jeżeli wspólnik wykaże, że przy należyтым postępowaniu wystąpiłaby mniejsza szkoda i dlatego należy ją wyrównać wierzycielom tylko w takim zakresie. Ten mechanizm został wprowadzony, jak podkreśla BGH, w celu złagodzenia pierwotnie nieograniczonego przebicia i zapobieżenia nadmiernej reakcji ze strony porządku prawnego (dosłownie: przereagowania)⁸⁰³. Federalny Trybunał Sprawiedliwości przyznał przy tym, że w swoim dotychczasowym orzecznictwie dopuszczał on konkurencyjną wobec przebicia podstawę prawną odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki w postaci odpowiedzialności deliktowej na podstawie § 826 BGB rozumianej jako deliktowa odpowiedzialność zewnętrzna wspólnika bezpośrednio wobec wierzycieli spółki z o.o. Wystarczające dla sądu było przyjęcie, że wierzyciele spółki doznali szkody

c) Schadensersatzansprüche aus Existenzvernichtungshaftung gemäß § 826 BGB sind gegenüber Erstattungsansprüchen aus §§ 31, 30 GmbHG nicht subsidiär; vielmehr besteht zwischen ihnen – soweit sie sich überschneiden – Anspruchsgrundlagenkonkurrenz⁷⁹⁹.

⁷⁹⁹ Tak wyraźnie wyrok BGH z dnia 16 lipca 2007 r. w sprawie *Trihotel*, II ZR 3/04, uzasadnienie, nb 16 oraz nb 24.

⁸⁰⁰ A nie jak dotychczas odpowiedzialności zewnętrznej wspólnika wobec wierzycieli spółki z o.o.

⁸⁰¹ Zob. wyrok BGH z dnia 16 lipca 2007 r. w sprawie *Trihotel*, II ZR 3/04, uzasadnienie, nb 19.

⁸⁰² *Ibidem*, nb 20.

⁸⁰³ *Ibidem*, nb 21.

wskutek ingerencji w majątek spółki, a szkoda sprowadza się do uszczuplenia masy (w domyśle: upadłościowej) i wobec tego dotyczy wszystkich wierzycieli⁸⁰⁴. Poprzez sądowno-prawotwórcze (*richterlicher Gestaltungsakt*) dogmatyczne ukształtowanie odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki jako szczególnej grupy przypadków w ramach ogólnej podstawy deliktowej z § 826 BGB i nadanie jej charakteru odpowiedzialności wewnętrznej wobec spółki BGH chciał uzyskać zbieżność tego reżimu odpowiedzialności z ustawową odpowiedzialnością wyrównawczą na podstawie przepisów o utrzymaniu kapitału zakładowego (§§ 30 i 31 GmbHG), która również (siłą rzeczy) jest odpowiedzialnością wewnętrzną⁸⁰⁵. Zdaniem BGH, w ten sposób została zamknięta w sposób zgodny systemowo luka w ochronie majątku spółki: odpowiedzialność odszkodowawcza za ingerencje w majątek spółki prowadzące do utraty jej wypłacalności sięga powyżej granicy kapitału zakładowego, do której chroniony jest majątek spółki poprzez przepisy o utrzymaniu kapitału zakładowego (§§ 30 i 31 GmbHG). Odpowiedzialność za unicestwienie egzystencji uzupełnia ustawowy system utrzymania kapitału zakładowego jako znacznie poza niego wykraczający zakaz sięgania do majątku spółki (dosłownie: pobierania z majątku spółki, *Entnahmesperre*)⁸⁰⁶. Koncepcja ta przewiduje bowiem sankcję odszkodowawczą za sprzeczne z dobrymi obyczajami, ponieważ wywołujące albo pogłębiające upadłość spółki, „samoobsługiwanie się” współnika z majątku spółki przed wierzycielami spółki⁸⁰⁷. Nowa koncepcja odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki stanowi więc, zdaniem BGH, „przedłużenie”⁸⁰⁸ systemu ochrony kapitałowej, pozwalające rekompensować rzeczywiście doznane przez spółkę szkody kolateralne⁸⁰⁹.

Sąd zmienił przy tym o 180 stopni swoje dotychczasowe stanowisko w zakresie podmiotowego zakresu odpowiedzialności, kładąc inaczej akcenty i uznając, że obiektem ochrony jest obecnie związany w interesie wierzycieli majątek spółki, nie zaś chronione przez fundusz ochronny (z perspektywy obecnie przyjętego modelu) jedynie „pośrednio” – tzn. w ramach pewnego refleksu – wierzytelności poszczególnych, względnie ogółu, wierzycieli⁸¹⁰. BGH uznał więc, że chociaż ingerencja dotyczy celowo związanego

⁸⁰⁴ *Ibidem*, nb 22 z powołaniem się na wyrok w sprawie *KBV* oraz *Rheumaklinik* (ten ostatni zwłaszcza w zakresie rozumienia szkody jako uszczuplenia masy i uznania w związku z tym za podmioty bezpośrednio poszkodowane wierzycieli spółki).

⁸⁰⁵ Zob. *ibidem*, nb 23, 28 i 32.

⁸⁰⁶ *Ibidem*, nb 28.

⁸⁰⁷ Zob. *ibidem*, nb 28 i 30.

⁸⁰⁸ *Ibidem*, nb 33.

⁸⁰⁹ *Ibidem*, nb 32.

⁸¹⁰ Zob. *ibidem*, nb 26: „Das Schutzmodell zur Lückenschließung hat an dem durch den Verstoß gegen diese Rücksichtnahmepflicht verletzten Schutzobjekt, d.h. an dem namentlich im Gläubigerinteresse gebundenen Gesellschaftsvermögen selbst – und nicht etwa bei den «mittelbar», d.h. reflexartig durch den Haftungsfonds geschützten Forderungen des einzelnen bzw. der Vielzahl der Gläubiger – anzusetzen”.

w interesie wierzycieli majątku spółki, bezpośrednio poszkodowana jest właśnie spółka, bo jej majątek doznaje uszczerbku, a wierzyciele pokrzywdzeni są ingerencją jedynie pośrednio. W związku z tym wierzycielowi spółki nie powinno zasadniczo przysługiwać bezpośrednio i konkurujące z roszczeniem spółki, a zarazem równorzędne z nim, roszczenie deliktowe w stosunku do wspólnika na podstawie § 826 BGB⁸¹¹. Tego rodzaju bezpośrednio roszczenie odszkodowawcze stałoby w sprzeczności z wyrażoną w przepisach o utrzymaniu kapitału zakładowego (§§ 30 i 31 GmbHG) zasadą mediatyzacji ochrony wierzycieli poprzez spółkę oraz „kanalizowania” chroniącej wierzycieli odpowiedzialności na korzyść spółki⁸¹². Należy w tym miejscu wyraźnie podkreślić rolę, jaką sobie przypisuje BGH w ramach sądowego rozwijania prawa: Trybunał, dążąc do uzyskania zbieżności z systemem odpowiedzialności wewnętrznej, na podstawie przepisów o utrzymaniu kapitału zakładowego „prawotwórczo” zadekretował, że § 826 BGB powinien być stosowany jako deliktowa podstawa odpowiedzialności wewnętrznej wobec spółki, a nie zewnętrznej wobec wierzycieli, pozbawiając w zasadzie tych ostatnich możliwości dochodzenia roszczeń wobec wspólników, która to możliwość była do tej pory stanowczo podkreślana, a niekiedy wręcz preferowana przez ten sam Trybunał⁸¹³. Na szczęście BGH nie wyklucza, co prawda, wyłącznie w wyjątkowych przypadkach, możliwości bezpośredniego dochodzenia przez wierzyciela spółki roszczenia odszkodowawczego wobec wspólnika na podstawie § 826 BGB, jednakże podany przez sąd przykład takiego wyjątkowego przypadku – w postaci pozbawienia spółki jej pozostałego majątku celowo w zamiarze szkodenia jednemu wierzycielowi, jaki spółce pozostał („wenn das

⁸¹¹ *Ibidem*, nb 33.

⁸¹² Tak wyraźnie BGH: „Ein Direktanspruch der Gläubiger stünde im Widerspruch zu dem in den Kapitalerhaltungsvorschriften der §§ 30, 31 GmbHG verwirklichten – bei der Existenzvernichtungshaftung zu beachtenden – Grundsatz, dass der Gläubigerschutz durch die Gesellschaft mediatisiert bzw. die gläubigerschützende Haftung zugunsten der Gesellschaft «kanalisiert» wird”. Zob. wyrok BGH z dnia 16 lipca 2007 r. w sprawie *Trihotel*, II ZR 3/04, uzasadnienie, nb 33.

⁸¹³ Dlatego też orzeczenie to spotkało się z tego względu z krytyką w doktrynie niemieckiego prawa spółek. Wyrazem tej krytyki jest trafne sformułowanie użyte przez B. Dauner-Lieb, która określiła dokonany przez BGH, jak sąd to sam określa, „sądowy akt kształtujący” (w znaczeniu prawotwórczy, *richterlicher Gestaltungsakt*) nie jako sądowe rozwijanie prawa (*Rechtsfortbildung*), lecz przeciwnie – jako sądowe „uwsteczniczenie prawa” (*Rechtsrückbildung*). Zob. B. Dauner-Lieb, *Die Existenzvernichtungshaftung als deliktische Innenhaftung gemäß § 826 BGB*, ZGR 2008, s. 43 i 46. Jeszcze dosadniej odniósł się do stosowanego przez BGH zabiegu prawotwórczego prowadzącego do wyparcia przez deliktowy przepis § 826 BGB, jako podstawy odpowiedzialności wewnętrznej wspólnika wobec spółki, jako bardziej właściwej (w relacjach wewnętrznych) podstawy odpowiedzialności w postaci wiążącego wspólnika ze spółką stosunku szczególnego powiązania (*Sonderverbindung als Haftungsgrundlage*) M.-P. Weller. Autor ten, nawiązując do wcześniejszego zdziwienia postawą BGH wyrażonego przez W. Zöllnera, sformułował wniosek nawiązujący do mitologii greckiej: „Vielleicht müssen wir den II. Senat mit Jupiter gleichsetzen und uns wissenschaftliches Folk mit einer Rinderherde”, co w tłumaczeniu na język polski oznacza: „może powinniśmy zrównać II Senat z Jowiszem a nas naukowy ludek ze stadem wołów”. Zob. M.-P. Weller, *Die Neuausrichtung der Existenzvernichtungshaftung durch den BGH und ihre Implikationen für die Praxis*, ZIP 2007, s. 1684.

Restvermögen der Gesellschaft gezielt zum Zwecke der Schädigung eines einzigen verbliebenen Gesellschaftsgläubigers «beiseitegeschafft» wird⁸¹⁴) – nie nastraja optymistycznie i świadczy o braku otwartości Trybunału w zakresie dopuszczalności bezpośredniego dochodzenia roszczeń przez wierzycieli spółki wobec jej wspólników. Co ciekawe, BGH zdaje sobie sprawę ze słabych stron rozwijanej przez niego na nowo koncepcji odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki, podkreślając, że również (a zarazem zwłaszcza) w przypadku tzw. ubóstwa masy wierzyciele spółki będą pozbawieni możliwości bezpośredniego dochodzenia roszczeń odszkodowawczych związanych z nieściągalnością ich wierzytelności. Stanowi to, zdaniem Trybunału, konsekwencję obowiązywania również w upadłości zasady rozdzielności spółki i wspólników, której sprzeciwiałoby się dopuszczenie możliwości bezpośredniego dochodzenia przez wierzycieli spółki roszczeń wobec jej wspólników⁸¹⁵. Zamiast tego wierzyciel spółki może na podstawie uzyskanego przeciwko spółce tytułu zająć i nabyć w drodze przelewu przysługujące spółce wobec wspólnika roszczenie i dopiero w taki sposób, przy wykorzystaniu takiego „obejścia” (*Umweg*) dochodzić roszczeń od wspólnika⁸¹⁶.

Odnosząc się bezpośrednio do rezygnacji z koncepcji „przebicia”, BGH podkreślił w sprawie *Trihotel*, że nie ma potrzeby stosowania jej jako sankcji za stanowiące nadużycie ingerencje w majątek spółki i pozbawiania wspólnika przywileju wyłączenia odpowiedzialności wobec wierzycieli spółki z powodu nadużycia formy prawnej spółki z o.o. Odpowiedzialność przebijająca jest bowiem koncepcją nieograniczonej odpowiedzialności zewnętrznej wobec wierzycieli na podstawie stosowanego w drodze analogii § 128 HGB. Taka konstrukcja w wielu wypadkach niesie jednak za sobą ryzyko wykroczenia poza cel ochrony i – wbrew zamiarowi ustawodawcy – zachwiania spółką z o.o.

⁸¹⁴ Wyrok BGH z dnia 16 lipca 2007 r. w sprawie *Trihotel*, II ZR 3/04, uzasadnienie, nb 33.

⁸¹⁵ Co prawda, nie sposób tego przyjąć, ale wydaje się, że posługując się takim sformułowaniem, BGH zdaje się nie rozróżniać dwóch odrębnych podstaw odpowiedzialności wspólników: w przypadku odpowiedzialności przebijającej przełamanie zasady rozdzielności spółki i wspólnika prowadzi do możliwości dochodzenia wobec wspólników przysługujących wierzycielom wobec spółki roszczeń. Natomiast w przypadku odpowiedzialności deliktowej mamy do czynienia z nowym, samoistnym i odrębnym od roszczenia wierzyciela wobec spółki, roszczeniem wierzyciela wobec wspólnika opartym na odrębnej podstawie deliktowej, które to roszczenie może różnić się – i to nawet znacznie – w swojej wysokości od roszczenia przysługującego wierzycielowi wobec spółki. Z obowiązywania zasady rozdzielności nie można bowiem w sposób sensowny dogmatycznie wywodzić generalnego zakazu dochodzenia roszczeń bezpośrednio wobec wspólników spółek kapitałowych, jeżeli oparte są one na samodzielnych podstawach prawnych.

⁸¹⁶ Tak wyraźnie odsyłając do przepisów o postępowaniu egzekucyjnym z wierzytelności BGH. Zob. wyrok BGH z dnia 16 lipca 2007 w sprawie *Trihotel*, II ZR 3/04, uzasadnienie, nb 36. Na szczęście, w wyroku w sprawie *Gamma* BGH wydaje się łagodzić swoje stanowisko w zakresie bezpośredniego dochodzenia roszczeń przez wierzycieli spółki wobec jej wspólników, jednak ujmując rzecz ściśle, nie dotyczy ono odpowiedzialności za ingerencję unicestwiającą spółkę, lecz odpowiedzialności deliktowej za przemilczenie wobec pracowników przenoszonych do innej spółki okoliczności, że ich roszczenia nie są zabezpieczone przed upadłością. Zob. uwagi w punkcie poniżej.

w jej posadach⁸¹⁷. Sankcja w postaci czystej (ścistej) odpowiedzialności za spowodowanie skutku w postaci unicestwienia egzystencji spółki nie stanowi, zdaniem sądu, właściwego sposobu na zamknięcie luki ochronnej, skoro ingerencja unicestwiająca egzystencję spółki stanowi w istocie zawinione naruszenie nałożonego na współników obowiązku respektowania celowego przeznaczenia majątku spółki dla uprzywilejowanego zaspokojenia jej wierzycieli⁸¹⁸. Dlatego też BGH próbował w swoich wcześniejszych orzeczeniach ograniczać absolutny charakter odpowiedzialności przebijającej za unicestwienie egzystencji spółki przez wprowadzenie jej subsydiarnego charakteru oraz dopuszczenie po stronie współników znanego z prawa deliktowego zarzutu nakazanego zachowania alternatywnego (*Einwand des gebotenen Alternativverhaltens*). Trybunał nie zrezygnował jednak w całości ze stosowania koncepcji „przebicia” w jej „klasycznym” i absolutnym ujęciu i wyraźnie potwierdził w wyroku *Trihotel* obowiązywanie reguł odpowiedzialności przebijającej dla grupy przypadków pomieszczenia majątków spółki i współnika⁸¹⁹.

Istotne jest zawarte w uzasadnieniu przedmiotowego orzeczenia stanowisko sądu dotyczące pojęcia nadużycia formy prawnej. Zdaniem BGH, stanowiąca nadużycie ingerencja w majątek spółki naruszająca zobowiązanie do respektowania celowego przeznaczenia majątku spółki do zaspokajania jej wierzycieli nie stanowi ani pojęciowo, ani funkcjonalnie nadużycia formy prawnej. Z takim nadużyciem ma się bowiem do czynienia jedynie tylko w przypadku wadliwego posługiwania się formą prawną i tylko podczas jej tworzenia albo przy czynieniu z niej użytku, a więc tylko przy dokonywaniu czynności prawnych (dosłownie: zawieraniu czynności, *Abschluss von Geschäften*)⁸²⁰.

2.1.2. Wyrok w sprawie *Gamma*

W swoim kolejnym wyroku dotyczącym koncepcji odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki w jej nowym, deliktowym ujęciu, który zapadł w sprawie *Gamma*⁸²¹, niemiecki Federalny Trybunał Sprawiedliwości potwierdził jej obowiązywanie w nowym kształcie, zakreślił granice przedmiotowe tej odpowiedzialności, wyłączając z zakresu jej zastosowania odpowiedzialność za materialne niedokapitalizowanie⁸²², a także – precyzując nieco swoje stanowisko w zakresie dopuszczalności dochodzenia

⁸¹⁷ Wyrok BGH z dnia 16 lipca 2007 r. w sprawie *Trihotel*, II ZR 3/04, uzasadnienie, nb 27.

⁸¹⁸ *Ibidem*, nb 31.

⁸¹⁹ *Ibidem*, nb 27.

⁸²⁰ *Ibidem*, nb 28.

⁸²¹ Wyrok BGH z dnia 28 kwietnia 2008 r. w sprawie *Gamma*, II ZR 264/06.

⁸²² Szerzej na temat wyłączenia odpowiedzialności za materialne niedokapitalizowanie spod zakresu zastosowania odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki zob. uzasadnienie przedmiotowego wyroku, nb 13. Natomiast stanowisko BGH na temat odpowiedzialności przebijającej za materialne niedokapitalizowanie prezentowane jest szerzej w pkt 2.2 poniżej.

przez wierzycieli spółki roszczeń wobec jej wspólników – wskazał na kolejny przypadek, w którym takie bezpośrednie dochodzenie roszczeń na podstawie deliktowej w ramach odpowiedzialności zewnętrznej jest możliwe. Stanowisko BGH w sposób zwięzły prezentuje tenor orzeczenia w sprawie *Gamma*:

„a) Przyporządkowana do zakresu zastosowania § 826 BGB jako szczególna grupa przypadków umyślnego wyrządzenia szkody w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami odpowiedzialność wspólnika za unicestwienie egzystencji wymaga wystąpienia [zakłada występowanie] niezrekompensowanej (nierekompensowalnej) «ingerencji» w powiązany celowo majątek spółki (BGHZ, 173,246 – TRIHOTEL). Nie jest temu równoważne zaniechanie wyposażenia spółki w odpowiedni [wystarczający, uzupełnienie P.M.W.] kapitał w znaczeniu «niedokapitalizowania» GmbH [...].

b) Nie ma podstaw dla ukonstytuowania ogólnej prawnośpółkowej – czy to zależnej, czy to nawet niezależnej od winy – odpowiedzialności wspólnika z powodu materialnego niedokapitalizowania w drodze sądowego rozwijania prawa przez sądy najwyższe, ponieważ w obecnie obowiązującym ustawowym systemie ustawy o spółkach z o.o. brak jest luki ustawowej. Pozostaje otwartą kwestia, czy i po spełnieniu jakich przesłanek wchodzi w rachubę osobista odpowiedzialność wspólnika z tego powodu na podstawie § 826 BGB.

c) Jeżeli wspólnik-zarządca [...] [spółki przejmującej], w porozumieniu z pozostałymi wspólnikami [spółki przejmującej], przemilcza wobec przejmowanych od wymagającego sanacji przedsiębiorstwa pracowników przy zawieraniu trójstronnych umów fakt [okoliczność], że należne [spółce przejmującej] od przekazującej [pracowników] spółki i przeznaczone na podwyższenie wynagrodzeń pracowników tzw. koszty remanencyjne nie są – zgodnie z praktyką branżową – zabezpieczone przed upadłością [spółki przekazującej pracowników], to ponoszą oni [wspólnicy] każdorazowo wobec poszczególnych pracowników osobistą odpowiedzialność odszkodowawczą w granicach negatywnego interesu z powodu wspólnego i sprzecznego z dobrymi obyczajami wyrządzenia szkody na podstawie §§ 826 i 830 BGB. W postępowaniu upadłościowym dotyczącym [...] [spółki przejmującej] syndyk nie jest uprawniony do dochodzenia w interesie masy tego rodzaju roszczeń deliktowych przysługujących indywidualnie pracownikom⁸²³.

⁸²³ Oryginalna treść tenoru wyroku w sprawie *Gamma* jest następująca:

„a) Die als besondere Fallgruppe der sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung in § 826 BGB einzuordnende Existenzvernichtungshaftung des Gesellschafters setzt einen kompensationslosen «Eingriff» in das im Gläubigerinteresse zweckgebundene Gesellschaftsvermögen der GmbH voraus (BGHZ 173, 246 – TRIHOTEL). Dem steht ein Unterlassen hinreichender Kapitalausstattung i. S. einer «Unterkapitalisierung» der GmbH (hier: einer Gesellschaft für Personalentwicklung und Qualifizierung – sog. BQG) nicht gleich.

b) Für die Statuierung einer allgemeinen gesellschaftsrechtlichen – verschuldensabhängigen oder gar verschuldensunabhängigen – Haftung des Gesellschafters wegen materieller Unterkapitalisierung im

Z perspektywy dalszego rozwoju koncepcji odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki ważne jest wskazanie przez BGH, że przez ingerencję uszczuplającą majątek spółki nie należy rozumieć ani – stanowiącego przedmiot rozstrzygnięcia w niniejszej sprawie – zaniechania zabezpieczenia przez spółkę przysługujących jej roszczeń, ani zaniechania wyposażenia spółki w wymagany – zgodnie z postulatami zwolenników odpowiedzialności za tzw. materialne niedokapitalizowanie – kapitał⁸²⁴. Z uwagi na to, że Trybunał chciał wyłączyć z zakresu przedmiotowego odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki odpowiedzialność za materialne niedokapitalizowanie, należy – jak się wydaje – powstrzymać się od dalej idących wniosków w postaci przyjęcia, że „ingerencja” może oznaczać wyłącznie aktywne działanie wspólników. Co prawda, przemawia za tym literalne rozumienie pojęcia „ingerencja”, nie jest jednak wykluczone, że obejmie nim również te uszczuplenia majątku spółki, które mogą przybrać postać zaniechań⁸²⁵.

2.1.3. Wyrok w sprawie *Sanitary*

W swoim trzecim wyroku dotyczącym odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki opartym na podstawie deliktowej, w sprawie *Sanitary*⁸²⁶, BHG potwierdził

Wege höchstrichterlicher Rechtsfortbildung ist bereits mangels einer im derzeitigen gesetzlichen System des GmbHG bestehenden Gesetzeslücke kein Raum. Ob und gegebenenfalls unter welchen Voraussetzungen unter diesem Aspekt eine persönliche Haftung des Gesellschafters nach § 826 BGB in Betracht kommt, bleibt offen.

c) Verschweigt der Gesellschafter-Geschäftsführer einer BQG im Einvernehmen mit seinen Mitgesellschaftern bei Abschluss der dreiseitigen Verträge den von dem sanierungsbedürftigen Unternehmen übernommenen Arbeitnehmern, dass die von der abgebenden Gesellschaft zur Aufstockung ihres Verdienstes geschuldeten sog. Remanenzkosten nicht – wie branchenüblich – gegen deren Insolvenz abgesichert sind, so haften sie den einzelnen Arbeitnehmern jeweils wegen gemeinschaftlicher sittenwidriger Schädigung gemäß §§ 826, 830 BGB persönlich auf Schadensersatz in Form des negativen Interesses. Im Insolvenzverfahren über das Vermögen der BQG ist der Insolvenzverwalter nicht zur Geltendmachung solcher den Arbeitnehmern individuell zustehenden Deliktsansprüche zugunsten der Masse befugt⁸²⁷.

⁸²⁴ Zob. szerzej: wyrok BGH z dnia 28 kwietnia 2008 w sprawie *Gamma*, II ZR 264/06, uzasadnienie, nb 13.

⁸²⁵ Należy jednak przyznać, że trudno sobie wyobrazić dokonanie przez wspólnika takiego zaniechania bez sprawowania przez niego jednocześnie funkcji zarządcy GmbH (tego rodzaju zaniechaniem mogłoby być doprowadzenie do przedawnienia przysługujących spółce roszczeń przez niepodjęcie się ich dochodzenia).

⁸²⁶ Wyrok BGH z dnia 9 lutego 2009 w sprawie *Sanitary*, II ZR 292/07. W stanie faktycznym leżącym u podstaw rozstrzygnięcia niezrekompensowana przez jedynego wspólnika ingerencja w majątek spółki polegała na procesowym udaremnieniu dochodzenia przez spółkę przysługującego jej wobec tegoż jedynego wspólnika roszczenia przez nadużycie swojej pozycji jako reprezentującego spółkę organu (wspólnik ten pełnił jednocześnie funkcję likwidatora spółki). Jako likwidator wspólnik ten wypowiedział mianowicie przed ostatnim terminem rozprawy pełnomocnictwo reprezentującemu spółkę adwokatowi, tak że w terminie rozprawy spółka nie była przez nikogo reprezentowana, w związku z czym został wydany wyrok zaoczny oddalający powództwo spółki przeciwko niemu jako wspólnikowi. Warto dodać, że proces ten pierwotnie był prowadzony przez spółkę, za którą działał syndyk, a dopiero po umorzeniu postępowania upadłościowego przez spółkę reprezentowaną przez jedynego wspólnika jako jej likwidatora.

obowiązywanie nowych zasad odpowiedzialności⁸²⁷, a ponadto stanowczo podkreślił, że obowiązują one również w stadium likwidacji niemieckiej spółki z o.o. Dodatkowo sąd stwierdził, że znajdująca zastosowanie w stadium likwidacji odpowiedzialność wspólnika za unicestwienie egzystencji spółki na podstawie § 826 BGB⁸²⁸ ma miejsce również bez konieczności spełnienia (mimo braku wystąpienia) dodatkowych kryteriów (przesłanek) w postaci wywołania albo pogłębienia niewypłacalności spółki⁸²⁹. Pełny tenor orzeczenia w sprawie *Sanitary* jest następujący:

„a) Odpowiedzialność wspólnika spółki z o.o. za unicestwienie egzystencji na podstawie § 826 BGB za stanowiące nadużycie, prowadzące do niewypłacalności spółki z o.o. albo ją pogłębiające ingerencje w przeznaczony (powiązany) celowo dla uprzywiłejowanego zaspokojenia wierzycieli spółki majątek spółki (por. BGHZ 173, 246 – TRIHOTEL) wchodzi w rachubę również w stadium likwidacji spółki (§§ 69 i n. GmbHG).

b) Uznana na gruncie odpowiedzialności na podstawie § 826 BGB za unicestwienie egzystencji prowadzącej działalność [funkcjonującej] spółki zasada usamodzielnionego interesu majątkowego obowiązuje tym bardziej dla spółki w likwidacji, w której § 73 ust. 1 i 2 GmbHG w sposób szczególny kładzie nacisk na utrzymanie majątku spółki w interesie wierzycieli. Spółce z o.o. w likwidacji może zatem przysługiwać własne (realizowane w ramach odpowiedzialności wewnętrznej) roszczenie przeciwko wspólnikowi na podstawie § 826 BGB już wówczas, gdy wspólnik ten naruszając § 73 ust. 1 GmbHG wyrządza w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami szkodę przyporządkowanemu (powiązanemu) celowo w interesie wierzycieli spółki majątkowi spółki, nawet jeżeli jednocześnie nie są spełnione szczególne «kryteria dodatkowe» w postaci wywołania albo pogłębienia niewypłacalności [spółki]”⁸³⁰.

⁸²⁷ Wyrok BGH z dnia 9 lutego 2009 r. w sprawie *Sanitary*, II ZR 292/07, uzasadnienie, nb 16.

⁸²⁸ Szerzej na ten temat: *ibidem*, nb 36–40.

⁸²⁹ *Ibidem*, nb 35.

⁸³⁰ Oryginalna treść tenoru wyroku w sprawie *Sanitary* jest następująca:

„a) Eine Existenzvernichtungshaftung des GmbH-Gesellschafters aus § 826 BGB für missbräuchliche, zur Insolvenz der GmbH führende oder diese vertiefende kompensationslose Eingriffe in das der Zweckbindung zur vorrangigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger dienende Gesellschaftsvermögen (vgl. BGHZ 173, 246 – TRIHOTEL) kommt auch im Stadium der Liquidation der Gesellschaft (§§ 69 ff. GmbHG) in Betracht.

b) Der für die Existenzvernichtungshaftung nach § 826 BGB bei der werbenden Gesellschaft anerkannte Grundsatz eines verselbständigten Vermögensinteresses gilt erst recht für eine Gesellschaft in Liquidation, für die § 73 Abs. 1 und 2 GmbHG den Erhalt des Gesellschaftsvermögens im Interesse der Gläubiger in besonderer Weise hervorhebt. Der Liquidationsgesellschaft kann daher ein eigener (Innenhaftungs-)Anspruch aus § 826 BGB gegen den Gesellschafter schon dann zustehen, wenn dieser unter Verstoß gegen § 73 Abs. 1 GmbHG in sitten-widriger Weise das im Interesse der Gesellschaftsgläubiger zweckgebundene Gesellschaftsvermögen schädigt, ohne dass zugleich die speziellen «Zusatzkriterien» einer Insolvenzverursachung oder – vertiefung erfüllt sind”.

2.2. Krytyka koncepcji odpowiedzialności przebijającej za materialne niedokapitalizowanie

We wspomnianym już wyroku w sprawie *Gamma*⁸³¹ niemiecki Federalny Trybunał Sprawiedliwości wypowiedział się przeciwko konstrukcji odpowiedzialności przebijającej za materialne niedokapitalizowanie spółki, nie wykluczając jednak takiej odpowiedzialności na podstawie deliktowej. W punkcie b) tenoru tego orzeczenia Trybunał stwierdził, co następuje:

„b) Nie ma podstaw dla ukonstytuowania ogólnej prawno spółkowej – czy to zależnej, czy to nawet niezależnej od winy – odpowiedzialności wspólnika z powodu materialnego niedokapitalizowania w drodze sądowego rozwijania prawa przez sądy najwyższe, ponieważ w obecnie obowiązującym ustawowym systemie ustawy o spółkach z o.o. brak jest luki ustawowej. Pozostaje otwartą kwestia, czy i po spełnieniu jakich przesłanek wchodzi w rachubę osobista odpowiedzialność wspólnika z tego powodu na podstawie § 826 BGB”⁸³².

W uzasadnieniu do tego orzeczenia BGH podkreślił, że odpowiedzialność wspólnika spółki z o.o. za niewystarczające wyposażenie spółki w majątek w postaci odpowiedzialności za materialne niedokapitalizowanie nie jest ani uregulowana ustawowo, ani nie stanowi ugruntowanej w ramach sądowego rozwijania prawa instytucji odpowiedzialności⁸³³. Mimo formułowanych przez przeważającą część doktryny prawa spółek różnorodnych postulatów wprowadzenia tego rodzaju odpowiedzialności ustawodawca niemiecki nie zdecydował się na uregulowanie odpowiedzialności za materialne niedokapitalizowanie ani w ramach dużej reformy prawa spółek z o.o. z 1980 r., ani w związku z reformą GmbHG dokonaną przez MoMiG. W materiałach ustawodawczych do reformy GmbHG z roku 1980 stwierdzono wyraźnie, że pociąganie wspólników spółki z o.o. do generalnej odpowiedzialności na postawie dokonywanego następczo wyliczenia (obliczenia) właściwego wyposażenia spółki w kapitały własne byłoby niezgodne z zasadą bezpieczeństwa prawa i mogłoby doprowadzić do zakwestionowania spółki z o.o. jako takiej⁸³⁴. Natomiast o krytycznym stanowisku ustawodawcy wobec doktrynalnych postulatów wprowadzenia odpowiedzialności przebijającej świadczy (niezrealizowany w ostateczności) nie tylko zamiar obniżenia kapitału zakładowego w GmbHG do 10 000 euro oraz dopuszczenie nowego podtypu spółki z o.o. w postaci spółki przedsiębiorczej

⁸³¹ Wyrok BGH z dnia 28 kwietnia 2008 r. w sprawie *Gamma*, II ZR 264/06.

⁸³² Treść tenoru w języku niemieckim cytowana jest w przypisie 823 powyżej.

⁸³³ Wyrok BGH z dnia 28 kwietnia 2008 r. w sprawie *Gamma*, II ZR 264/06, uzasadnienie, nb 17.

⁸³⁴ Zob. *ibidem*, nb 19, gdzie BGH cytuje stosowny fragment materiałów ustawodawczych z 1980 r.: „Aufgrund einer nachträglichen Berechnung über eine angemessene Eigenkapitalausstattung die Gesellschafter gegebenenfalls generell haften zu lassen, wäre mit dem Gebot der Rechtssicherheit nicht vereinbar und könnte letztlich die GmbH als solche in Frage stellen”. (BT-Drucks. 8/1347, S. 39).

(*Unternehmergesellschaft*), lecz również wyrażona w uzasadnieniu rządowego projektu ustawy MoMiG wyrażna rezygnacja z ustawowego uregulowania odpowiedzialności za niedokapitalizowanie⁸³⁵. Odnosząc się do stanowiska judykatury w przedmiocie odpowiedzialności przebijającej za materialne niedokapitalizowanie BGH podkreślił, że tego rodzaju instytucja odpowiedzialności nie wykształciła się w drodze sądowego rozwijania prawa, a wskazujące na taką możliwość orzecznictwo niemieckiego Federalnego Sądu Społecznego nie doprowadziło do wykształcenia ogólnie obowiązujących zasad tej odpowiedzialności. Ponadto BSG w późniejszych orzeczeniach odrzucił tego rodzaju podstawę odpowiedzialności⁸³⁶. Jak podkreśla BGH, również w jego własnym orzecznictwie nie rozwinęto ogólnej koncepcji odpowiedzialności przebijającej za materialne niedokapitalizowanie. Trybunał powołuje się, co prawda, na swoje wcześniejsze orzeczenia dotyczące odpowiedzialności przebijającej wspólników za niedokapitalizowanie spółki, a tak naprawdę na jedyne publikowane z tego zakresu orzeczenie w tzw. sprawie osadników (*Siedler-Fall*), jednak osłabia jego znaczenie, podkreślając, że orzecznictwo to nie doprowadziło do wykształcenia ugruntowanej i rozwijanej w ramach sądowego rozwijania prawa prawnośpółkowej figury odpowiedzialności przebijającej za materialne niedokapitalizowanie⁸³⁷. Zatem BGH, z jednej strony, dopuszcza stosowanie koncepcji „przebicia” w wyjątkowych przypadkach nadużywania osoby prawnej przez stojące za nią podmioty, z drugiej jednak strony podkreśla, że nie wykształciła się ugruntowana instytucja prawna odpowiedzialności przebijającej za materialne niedokapitalizowanie. Zamiast tego BGH nie wyklucza § 826 BGB jako możliwej do zastosowania deliktowej podstawy odpowiedzialności za materialne niedokapitalizowanie⁸³⁸.

Odnosząc się szczegółowiej do problematyki odpowiedzialności za materialne niedokapitalizowanie, BGH podkreśla w uzasadnieniu wyroku *Gamma*, że przy obecnym ukształtowaniu przepisów ustawy o spółkach z o.o. nakładanie na wspólników wykraczającej poza obowiązki wniesienia minimalnego kapitału zakładowego i jego utrzymania powinności finansowego wyposażenia spółki (*Finanzausstattungspflicht*) byłoby systemowo sprzeczne i doprowadziłoby do zakwestionowania istoty spółki z ograniczoną odpowiedzialnością jako formy spółki⁸³⁹. Wspólnik spółki z o.o. nie jest zasadniczo zobowiązany do zapewnienia spółce rosnącego bufora finansowego, jeżeli się okaże, że

⁸³⁵ Zob. *ibidem*, nb 20 z powołaniem się na stronę 66 uzasadnienia rządowego projektu ustawy MoMiG. Zob. szerzej oficjalna, opublikowana wersja uzasadnienia rządowego projektu ustawy MoMiG: Bundesregierung, *Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)*, Deutscher Bundestag, 16. Wahlperiode, Drucksache 16/6140, s. 30 i 64.

⁸³⁶ Zob. wyrok BGH z dnia 28 kwietnia 2008 r. w sprawie *Gamma*, II ZR 264/06, uzasadnienie, nb 21 i przywoływane tam orzeczenia BSG.

⁸³⁷ *Ibidem*, nb 21.

⁸³⁸ Tak wyraźnie: *ibidem*, nb 21 *in fine*.

⁸³⁹ *Ibidem*, nb 23.

w stosunku do swojej działalności została ona wyposażona w niewystarczający kapitał. Co więcej, wspólnik może, w ramach swojej zasadniczej swobody w zakresie decyzji dotyczących finansowania spółki, po rozpoznaniu sytuacji kryzysowej doprowadzić do likwidacji spółki w przeznaczonym do tego trybie ustawowym⁸⁴⁰. Z powodu braku występowania w obowiązującym systemie ustawy o spółkach z o.o. luki ustawowej nie ma zatem, zdaniem BGH, miejsca na kształtowanie w ramach sądowego rozwijania prawa ogólnej prawnospółkowej ogólnej – czy to zależnej, czy to nawet niezależnej od winy – odpowiedzialności wspólnika za materialne niedokapitalizowanie. Ponadto brak jest – ze względu na nieokreśloność „przesłanki niedokapitalizowania” i niewykształcenie abstrakcyjnych normatywnych kryteriów dotyczących odpowiedniego z punktu widzenia mikroekonomii wyposażenia spółki w potrzebny jej kapitał własny – niezawodnej i rzetelnej podstawy dla tego rodzaju odpowiedzialności przebijającej wspólnika⁸⁴¹.

Granice działań albo zaniechań wspólnika w zakresie finansowego wyposażenia spółki z o.o. stanowią natomiast przepisy o odpowiedzialności deliktowej, a w szczególności wynikający z § 826 BGB zakaz sprzecznego z dobrymi obyczajami umyślnego wyrządzania szkody wierzycielom spółki. Zdaniem BGB, pozostaje otwartą kwestia, czy w ramach stosowania § 826 BGB wykształci się odrębna podgrupa przypadków odpowiedzialności za materialne niedokapitalizowanie spółki z o.o., jak ma to miejsce w przypadku odpowiedzialności za materialne niedokapitalizowanie⁸⁴².

2.3. Krytyczna ocena zmiany linii orzeczniczej przez BGH

W wyroku *Trihotel* i następujących po nich orzeczeniach *Gamma* i *Sanitary* BGH nie tylko odstąpił od koncepcji odpowiedzialności przebijającej za unicestwienie egzystencji spółki i uznał za właściwszą deliktową podstawę odpowiedzialności za *Existenzvernichtung*, ale przede wszystkim zmienił podmiotowy zakres tej odpowiedzialności. Trybunał zrezygnował mianowicie z ukształtowania tej odpowiedzialności jako zewnętrznej odpowiedzialności wspólników wobec wierzycieli spółki, która zachowywała ten charakter niezależnie od wybranej podstawy odpowiedzialności: przebijającej, czy też deliktowej.

Zamiast tego, w ramach sądowego aktu prawotwórczego (*richterlicher Gestaltungsakt*) Federalny Trybunał Sprawiedliwości zadekretował, że od tej pory odpowiedzialność za unicestwienie egzystencji spółki stanowi odpowiedzialność wewnętrzną wspólników wobec samej spółki na podstawie § 826 BGB, a więc na podstawie deliktowej. Tym samym Trybunał pozbawił wierzycieli – tymże aktem prawotwórstwa sądowego –

⁸⁴⁰ *Ibidem*.

⁸⁴¹ *Ibidem*, nb 24.

⁸⁴² *Ibidem*, nb 25.

prawa do bezpośredniego dochodzenia roszczeń przeciwko spółce, a zarazem „rozsadził” i wyparł dotychczasowe pojmowanie podstaw odpowiedzialności w stosunkach wewnętrznych spółka–wspólnicy w ramach tzw. stosunku szczególnego powiązania (*Sonderverbindung*)⁸⁴³. Tego rodzaju przełom prawotwórczy spotkał się z silną krytyką doktryny z zakresu niemieckiego prawa spółek formułowaną zarówno przez zwolenników koncepcji odpowiedzialności przebijającej⁸⁴⁴, jak i zwolenników alternatywnych do niej podstaw odpowiedzialności – zarówno wewnętrznej w ramach tzw. *Sonderverbindung*⁸⁴⁵, jak i zewnętrznej na podstawie (deliktowej) § 826 albo § 823 ust. 2 BGB⁸⁴⁶. Przede wszystkim należy podnieść, że BGH – chcąc złagodzić zbyt rygorystyczne skutki zastosowania obiektywnej i absolutnej koncepcji odpowiedzialności przebijającej rozwiniętej w wyroku *KBV*⁸⁴⁷ – nadawał stopniowo odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki cechy odpowiedzialności odszkodowawczej z możliwością ekskulpacji po stronie

⁸⁴³ W sposób przekonujący zwraca na to uwagę B. Dauner-Lieb, *Die Existenzvernichtungshaftung als deliktische...*, s. 41–44, która zarazem zarzuca BGH, że zamiast sądowego rozwijania prawa dokonał on raczej uwstecznienia prawa (*Rechtsrückbildung*), a zmieniając kierunek odpowiedzialności deliktowej na podstawie § 826 BGB z zewnętrznej wobec wierzycieli na wewnętrzną wobec spółki, Trybunał dokonał, jej zdaniem, teleologicznej redukcji § 826 BGB. Zob. *ibidem*, s. 43 i 46 oraz 44.

⁸⁴⁴ Zob. G. Bitter, [w:] *Scholz. Kommentar...*, § 13, nb 156.

⁸⁴⁵ Zob. Ch. Osterloh-Konrad, *op. cit.*, s. 305. Nową koncepcję i podstawę odpowiedzialności rozwiniętą przez BGH w wyroku *Trihotel* krytykuje również G. Hönn, który jest zwolennikiem koncepcji odpowiedzialności wewnętrznej wspólników wobec spółki na podstawie wywiedzonego z systematyki i wartości wyrażonych w ustawie o spółkach z o.o., których przejawem są przede wszystkim przepisy o ochronie kapitału zakładowego, tzw. obowiązku dodatkowego odnoszącego się do osób trzecich (*drittbezogene Nebenpflicht*). Autor zadaje pytanie, jak Trybunał chce uzasadnić pozbawienie wierzycieli prawa bezpośredniego dochodzenia roszczeń przez zastosowany przezeń akt prawotwórczy i zastanawia się, czy w tym przypadku nie ma się do czynienia nawet z „wywłaszczeniem” wierzycieli. Zob. G. Hönn, *Roma locuta?...*, s. 771. Autor podkreśla, że swoim orzeczeniem BGH postawił na głowie dotychczasowe rozumienie deliktowej podstawy odpowiedzialności wspólników rozumianej jako odpowiedzialność zewnętrzna na podstawie § 826 BGB. Zob. szerzej *ibidem*, s. 776–777.

⁸⁴⁶ Zob. przede wszystkim M.-P. Weller, *Die Neuaustrichtung...*, s. 1684, którego mocna w słowach krytyka pod adresem BGH została przedstawiona powyżej w przyp. 808. Zob. również M. Schwab, *Die Neuauflage der Existenzvernichtungshaftung: Kein Ende der Debatte!* ZIP 2008, nr 8, s. 346; Dauner-Lieb, *Die Existenzvernichtungshaftung als deliktische...*, s. 43 i 46. Natomiast M. Habersack akceptuje ukształtowanie odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki jako wewnętrznej, postuluje jednakże, aby w przypadku „ubóstwa masy” i nieotwarcia postępowania upadłościowego możliwe było dochodzenie roszczeń bezpośrednio przez wierzycieli. Autor proponuje przy tym bądź to przyjęcie, że w przypadku „ubóstwa masy” powstaje własne roszczenie deliktowe poszkodowanych wierzycieli albo przyjęcia, że istnieje ono cały czas, a jedynie jest ono wypierane w toku postępowania upadłościowego przez roszczenie spółki. Autor rozważa również oparcie roszczeń wierzycieli na podstawie analogicznie stosowanych wymienionych przez niego przepisów AktG (§ 93 ust. 5, 117 ust. 5, 309 ust. 4 zd. 3, 317 ust. 4 AktG). Zob. M. Habersack, *Trihotel...*, s. 547–548. Zob. również E. Schanze, który podkreśla, że § 826 BGB wyraża ogólnie obowiązujący zakaz szkodenia, którego – w przypadku działań szkodzących podejmowanych przy wykorzystaniu spółek – nie można wyłączać w stosunku do poszczególnych (pojedynczych) wierzycieli, a więc nie można pozbawiać wierzycieli spółki możliwości dochodzenia roszczeń na podstawie tego przepisu. Zob. E. Schanze, *Gesellschafterhaftung für unlautere Einflussnahme nach § 826 BGB: Die Trihotel-Doktrin des BGH*, NZG 2007, s. 681.

⁸⁴⁷ Zob. rozdz. VII pkt 3.2.4.

wspólników, która była jednakże cały czas rozumiana jako odpowiedzialność zewnętrzna wobec wierzycieli⁸⁴⁸, aby później – dostrzegając swą własną niekonsekwencję – w wyroku *Trihotel* nadać jej charakter odpowiedzialności wewnętrznej i to opartej na podstawie deliktowej. BGH użył zatem generalnej klauzuli zawartej w § 826 BGB, a więc w przepisie zaliczanym do ogólnocywilistycznych instrumentów ochrony wierzycieli, do rozwiązywania problemów z zakresu prawa spółek o charakterze wewnątrzspółkowym, co stwierdził sam BGH, nadając odpowiedzialności charakter wewnętrzny. Przez tę zmianę podmiotu uprawnionego do dochodzenia roszczeń wobec wspólników spółki z o.o. i przyznanie tego uprawnienia spółce BGH, jak sam stwierdza, doprowadził do zbliżenia odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki do odpowiedzialności wyrównawczej i do zrealizowania zasady mediatyzacji ochrony wierzycieli przez spółkę oraz „kanalizowania” odpowiedzialności na korzyść spółki, co również ma służyć interesom jej wierzycieli⁸⁴⁹. Jednakże równie dobrze można było poprzestać na zewnętrznym charakterze tej odpowiedzialności, powołując się na występowanie w niemieckim prawie spółki z o.o. odpowiedzialności zewnętrznej członków zarządu spółki z o.o. wobec jej wierzycieli⁸⁵⁰. Co prawda, trzeba przyznać, że przez to „uwewnętrznienie” odpowiedzialności bardziej wyrazisty stał się charakter odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki jako sposobu na uzupełnienie otwartej luki ochronnej pozostawionej przez system ochrony kapitału zakładowego, której występowanie BGH podkreślił stanowczo w wyroku w sprawie *Trihotel*⁸⁵¹. A więc w zakresie, w jakim nie może nastąpić wyrównanie uszczerbku w majątku spółki w ramach odpowiedzialności wyrównawczej na podstawie § 30 i 31 GmbHG, w rachubę wchodzi odpowiedzialność odszkodowawcza za unicestwienie egzystencji spółki, która ma pokryć dalej idącą szkodę jako swego rodzaju „przedłużenie” ochrony kapitałowej⁸⁵². Jednakże występowanie owej luki nie oznacza, że jej wypełnienie musi nastąpić w kierunku wewnętrznym – w relacjach spółka–wspólnicy, zwłaszcza że wewnętrzna odpowiedzialność deliktowa wobec spółki ma tę słabą cechę, że konstrukcja ta nie sprawdzi się zasadniczo w częstych przypadkach

⁸⁴⁸ Zob. orzeczenia w sprawach *Rheumaklinik*, *Autovertragshändler* oraz *Handelsvertreter* omówione w rozdz. VII pkt 3.2.5–3.2.7.

⁸⁴⁹ Zob. wyrok BGH z dnia 16 lipca 2007 w sprawie *Trihotel*, II ZR 3/04, uzasadnienie, nb 16, 20, 24, 26, 28, 29, 31, 33 oraz 39.

⁸⁵⁰ W doktrynie niemieckiej nawet zwolennicy obowiązywania zasady odpowiedzialności wewnętrznej w ramach prawa spółki z o.o. zwracają uwagę na to, że doznaje ona wyjątków w postaci odpowiedzialności zewnętrznej wobec wierzycieli spółki, do której zalicza się przede wszystkim odpowiedzialność członków zarządu za spóźnione zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości spółki, odpowiedzialność wspólników za zobowiązania spółki z o.o. w organizacji, czyli tzw. przedspółki z o.o. (*Vor-GmbH*). Zob. U. Haas, *Die Gesellschaftsherhaftung...*, s. 1930–1931.

⁸⁵¹ Zob. wyrok BGH z dnia 16 lipca 2007 w sprawie *Trihotel*, II ZR 3/04, uzasadnienie, nb 29, 33.

⁸⁵² Tak wyraźnie wyrok BGH z dnia 16 lipca 2007 w sprawie *Trihotel*, II ZR 3/04, uzasadnienie, nb 33.

tw. ubóstwa masy, co przyznaje sam Trybunał⁸⁵³. Zawarte w uzasadnieniu wyroku w sprawie *Trihotel* wskazanie na możliwość zajęcia przez wierzycieli roszczeń spółki wobec wspólników i następnie dochodzenie ich bezpośrednio od wspólników⁸⁵⁴ jest teoretycznie zasadne, ale w praktyce korzystanie przez wierzycieli z tej możliwości wydaje się mało prawdopodobne z uwagi na znaczne zaangażowanie procesowe, którego wymaga ona od wierzycieli (konieczność prowadzenia dwóch procesów: najpierw przeciwko spółce, następnie przeciwko wspólnikowi⁸⁵⁵), a w sytuacji, w której spółka-dłużniczka została wykreślona już z rejestru handlowego – wręcz niemożliwe⁸⁵⁶.

⁸⁵³ *Ibidem*, nb 36. Na słabość wszelkich koncepcji preferujących ukształtowanie odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki jako odpowiedzialności wewnętrznej zwraca w doktrynie niemieckiej uwagę G. Wagner, *op. cit.*, s. 487–488.

⁸⁵⁴ *Ibidem*, nb 36.

⁸⁵⁵ Zwraca na to uwagę przede wszystkim M.P. Weller, *Die Existenzvernichtungshaftung...*, s. 1168. Szerzej na ten temat zob. K. Wappler, *op. cit.*, s. 338–339.

⁸⁵⁶ W przypadku wykreślenia spółki z rejestru handlowego jest mianowicie wątpliwe, czy w ogóle możliwe jest zajęcie przez wierzyciela i cesja na jego rzecz przysługującego spółce wobec wspólnika roszczenia, skoro postanowienie o zajęciu ma zostać doręczone nie tylko wspólnikowi jako tzw. dłużnikowi trzeciemu (*Drittschuldner*), ale i nieistniejącej już spółce jako właściwemu dłużnikowi, a niejasne jest, czy aby tego skutecznie dokonać wystarczające jest ustanowienie dla nieistniejącej spółki kuratora do doręczeń. Zob. szerzej na ten temat M. Schwab, *op. cit.*, s. 347–348.

**Część trzecia: Ochrona wierzycieli spółki z o.o.
poprzez odpowiedzialność przebijającą jej współ-
ników w doktrynie i judykaturze polskiej**

Rozdział IX

Koncepcje uznawane za odpowiednik teorii odpowiedzialności przebijającej w doktrynie polskiej

1. Uwagi wprowadzające

W doktrynie polskiej nie została rozwinięta koncepcja odpowiedzialności przebijającej na wzór przyjętej w niemieckiej doktrynie koncepcji *Durchgriffshaftung*. Problematyka odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. za jej zobowiązania wobec osób trzecich w drodze pominięcia zasady wyłączenia odpowiedzialności, a więc klasyczna problematyka „przebicia”, a nawet problematyka odpowiedzialności wspólników wobec osób trzecich albo samej spółki na podstawie ogólnych przepisów prawa, zwłaszcza na podstawie przepisów o czynach niedozwolonych, jest natomiast analizowana w ramach tematyki nadużycia prawa podmiotowego, ewentualnie nadużycia instytucji, w tym nadużycia osobowości prawnej, a także jest omawiana pod zbiorczym określeniem „nadużycia formy prawnej spółki”. Ostatnio pojawiła się również koncepcja nadużycia prawa do posługiwania się formą osoby prawnej jako szczególnej odmiany prawa podmiotowego.

Problematyka nadużycia formy prawnej spółki zakreślona jest w doktrynie polskiej szeroko i dotyczy ona wszelkich przypadków nadużycia, obejmując również nienależące do tematyki odpowiedzialności przebijającej przypadki tzw. przebicia przyporządkowującego, omawianego w Niemczech jako *Zurechnungsdurchgriff*⁸⁵⁷.

Jednakże w części doktryny polskiej zwraca się słusznie uwagę, że problematyka oraz instytucja nadużycia formy prawnej spółki łączy się integralnie z kwestią odpowiedzialności wspólników spółek kapitałowych, a analiza zagranicznej doktryny i orzecznictwa prowadzi do wniosku, że „istotą tej konstrukcji jest przede wszystkim uchylenie dobrodziejstwa, jakim jest dla wspólnika wyłączenie jego osobistej odpowiedzialności”⁸⁵⁸.

Takie zidentyfikowanie istoty odpowiedzialności przebijającej nie prowadzi jednak do poszukiwania w doktrynie polskiego prawa spółek, poza nielicznymi wyjątkami, konstrukcji prawnej uzasadniającej „przebicie” w klasycznym rozumieniu tego terminu.

⁸⁵⁷ Na temat rozróżnienia odpowiedzialności od przebicia przyporządkowującego zob. rozdz. IV pkt 3.1. powyżej.

⁸⁵⁸ M. Litwińska-Werner, [w:] A. Szajkowski (red.), *System Prawa Prywatnego. Tom 16. Prawo spółek osobowych*, wyd. 2, Warszawa 2016, s. 647 oraz 650 (cytowany fragment).

Zamiast tego proponuje się stosowanie do walki z nadużyciami osobowości prawnej, a przede wszystkim nadużyciami formy prawnej spółki, klasycznych, ogólnych podstaw odpowiedzialności, takich jak odpowiedzialność deliktowa.

Odnosząc się do samego pojęcia odpowiedzialności przebijającej, należy stwierdzić, że doktryna polska, co prawda, się nim posługuje, ale czyni to zasadniczo tylko w takim zakresie, w jakim odnosi się ona do dorobku doktryny i orzecznictwa zagranicznego⁸⁵⁹, a przede wszystkim niemieckiego, przedstawiając koncepcję *Durchgriffshaftung* i zestawiając ją z problematyką nadużycia prawa (podmiotowego), nadużycia osobowości prawnej, nadużycia formy prawnej spółki albo nadużycia prawa do posługiwania się formą osoby prawnej.

2. Koncepcja nadużycia formy (instytucji) prawnej spółki, koncepcja nadużycia osobowości prawnej

Jak już wyżej zasygnalizowano, problematyka odpowiedzialności współników spółki z o.o. stanowiąca przedmiot zainteresowania niemieckiej doktryny i orzecznictwa w ramach tzw. nauki o przebicu (*Durchgriffslehre*), omawiana jest w doktrynie polskiej pod hasłem nadużycia prawa podmiotowego, ewentualnie (i tutaj już następuje odwołanie się do pierwowzoru niemieckiego) pod hasłem nadużycia formy (instytucji) prawnej spółki albo nadużycia osobowości prawnej. Wynika to m.in. z dokonywanego przez przeważającą część przedstawicieli doktryny polskiej uproszczenia polegającego na utożsamieniu – a przynajmniej znacznym upodobnieniu – problematyki odpowiedzialności przebijającej z problematyką nadużycia prawa, czemu dali wyraz tacy prominentni autorzy, jak S. Sołtysiński⁸⁶⁰, A.W. Wiśniewski⁸⁶¹, a także m.in. J. Kraus, J. Modrzejewski oraz C. Wiśniewski⁸⁶². Tymczasem, jak zostanie wykazane w dalszej części pracy, niemiecka koncepcja odpowiedzialności przebijającej oraz polska koncepcja nadużycia formy prawnej spółki (nadużycia osobowości prawnej) nie stanowią ściśle swoich odpowiedników⁸⁶³.

⁸⁵⁹ Zob. chociażby O. Szejnert, „Odpowiedzialność przebijająca” i przesłanki jej stosowania w niemieckim prawie handlowym, „Palestra” 1997, nr 9–10, s. 124 i n. Wyjątek stanowi m.in. analiza problematyki odpowiedzialności przebijającej dokonane przez A. Opalskiego, który to autor konsekwentnie posługuje się właśnie pojęciem „odpowiedzialności przebijającej”. Zob. A. Opalski, *Prawo...*, s. 501 i n.

⁸⁶⁰ S. Sołtysiński, [w:] S. Sołtysiński [et al.] (red.), *Kodeks spółek handlowych. Tom III. Spółka akcyjna. Komentarz do artykułów 301–490*, wyd. 3, Warszawa 2013, art. 301, nb 33.

⁸⁶¹ A.W. Wiśniewski, *Prawo o spółkach. Podręcznik praktyczny. Tom 1. Wiadomości ogólne. Spółka cywilna*, wyd. 2, Warszawa 1998, s. 57.

⁸⁶² J. Kraus, J. Modrzejewski, C. Wiśniewski, *Odpowiedzialność współników oraz członków zarządu w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością za zobowiązania wobec osób trzecich w wybranych systemach prawnych*, „Radca Prawny” 1993, nr 6, s. 5.

⁸⁶³ Zob. rozdz. XII pkt 2.

Omawiając problematykę nadużycia formy prawnej spółki, A.W. Wiśniewski podkreśla, że „odrębność spółki jako organizacji i jako podmiotu prawa od jej wspólników i od osób działających jako jej organy niesie za sobą poważne zagrożenia dla bezpieczeństwa obrotu”⁸⁶⁴. Zagrożenia te wynikają z tego, że, co prawda, odrębność podmiotowa spółek od jej wspólników każe traktować odrębnie zobowiązania i majątek spółek od zobowiązań i majątku ich wspólników, jednakże ma ona często, podobnie jak odrębność interesów wspólników i spółek, charakter jedynie formalny. Źródłem powstania majątku spółki oraz zaciągania przez nie zobowiązań są bowiem „oświadczenia woli – wprawdzie formalnie odrębne, ale stanowiące przejaw jednej i tej samej «naturalnej woli» działającej osoby lub osób fizycznych, będących wspólnikami, a zarazem najczęściej reprezentujących spółkę”⁸⁶⁵.

S. Sołtysiński podkreśla, że „koncepcja nadużycia formy prawnej spółki służy rozwiązaniu problemów, jakie pojawiają się wówczas, gdy instytucja prawna spółki jest używana albo dla obejścia zakazów ustawowych [...], albo dla działania w sposób sprzeczny z zasadami współzycia społecznego na szkodę osób trzecich”, a pojęcie nadużycia formy prawnej spółki „obejmuje te wszystkie sytuacje, które uzasadniają interwencję sądu w interesie wierzycieli spółki polegające na odmowie respektowania niektórych przepisów traktujących spółkę jako niezależny (odrębny) podmiot od wspólnika (akcjonariusza)”⁸⁶⁶. Na aspekt obejścia prawa przy omawianiu koncepcji nadużycia formy spółki zwraca również uwagę S. Włodyka⁸⁶⁷.

⁸⁶⁴ A.W. Wiśniewski, *op. cit.*, s. 56.

⁸⁶⁵ *Ibidem*, s. 56.

⁸⁶⁶ S. Sołtysiński, [w:] S. Sołtysiński [et al.] (red.), *Kodeks...*, art. 301, nb 33.

⁸⁶⁷ Zob. S. Włodyka, [w:] S. Włodyka, *System Prawa Handlowego. Tom 2. Prawo spółek handlowych*, 2. wyd., Warszawa 2012, s. 79. Autor ten pojęcie nadużycia formy spółki odnosi do sytuacji, „gdy wprawdzie posłużenie się formą spółki w ogóle lub danym typem spółki nie jest prawnie wyraźnie zakazane, jednak forma ta została użyta w sposób sprzeczny z jej funkcją”. Zaraz potem S. Włodyka dodaje jednak, że „pojęcie to z jednej strony nawiązuje do instytucji obejścia prawa w ogóle, z drugiej jest ograniczone do fazy tworzenia spółki, nie obejmuje zatem przypadków obejścia prawa w działalności spółek”. Autor wydaje się zatem ograniczać pojęcie nadużycia formy spółki do przypadków nadużyć przy jej tworzeniu, o czym świadczą podane przez niego wchodzące w rachubę podstawy prawne dla sankcjonowania tych nadużyć, jakimi są art. 353¹ k.c. o swobodzie kontraktowania oraz art. 58 § 1 k.c. stanowiący o obejściu ustawy. S. Włodyka wyraźnie podkreśla, że omawiane przypadki nie mieszczą się w konstrukcji nadużycia prawa, wynikającej z art. 5 k.c. Autor rozważa natomiast inne podstawy prawne odpowiedzialności za nadużycie w postaci pozorności czynności prawnej i skargi pauliańskiej. Zob. *ibidem*, s. 79. Jednakże w swoich dalszych wywodach autor zwraca uwagę na przypadki nadużycia formy spółki w postaci pomijania osobowości prawnej (*disregarding corporate identity*) wskazując, że uzasadnione są one wówczas, gdy rozdzielenie między spółką a wspólnikami, akceptowana przez prawo w interesie wspólników jest wykorzystywana w złej wierze, w szczególności gdy „odrębna podmiotowość spółki jest wykorzystywana przez wspólników dla uniknięcia lub ograniczenia ich odpowiedzialności w sposób sprzeczny z prawem lub zasadami współzycia społecznego”. Jak sam autor podkreśla, „nadużycie – w tym sensie formy spółki powinno wywołać ten skutek, że skorzystanie przez przedsiębiorcę formy prawnej spółki, celem ograniczenia odpowiedzialności za zobowiązania związane z prowadzeniem przedsiębiorstwa spółkowego i łączące się z tym wyborem oddzielenie majątku osobistego wspólnika od majątku spółki nie będzie respektowane”. S. Włodyka uwagę

M. Litwińska-Werner zwraca uwagę na aksjologiczny i instrumentalny aspekt instytucji nadużycia formy prawnej, podkreślając, że służy ona zwalczaniu przypadków, „w których ma miejsce wykorzystanie spółki w celach wątpliwych z punktu widzenia założeń aksjologicznych, na których oparte powinno być tworzenie i funkcjonowanie tych podmiotów”. Natomiast w ujęciu instrumentalnym konstrukcja ta służyć ma przede wszystkim ochronie osób stojących na zewnątrz, poza stosunkiem spółki⁸⁶⁸.

Jak wskazuje A.W. Wiśniewski, „nadużycia poszczególnych aspektów odrębności spółki, czy to będzie jej odrębność majątkowa czy organizacyjna (przy spółkach osobowych), czy też osobowość prawna i ograniczona odpowiedzialność (przy spółkach kapitałowych) można niewątpliwie zakwalifikować jako szczególny przykład nadużycia prawa”⁸⁶⁹. Autor ten, zwracając uwagę na potrzebę znalezienia rozwiązania dla problemów związanych z nadużywaniem formy prawnej spółki, wyraża jednak wątpliwość, czy najlepszym wyjściem byłoby „powierzenie tego rozwiązania wyłącznie praktyce sądowej opartej na ogólnej konstrukcji nadużycia prawa (art. 5 k.c.)”⁸⁷⁰.

Podobne wątpliwości wyraża również S. Sołtysiński. Autor ten, co prawda, reprezentuje pogląd, że w wyjątkowych okolicznościach, wobec braku odrębnej regulacji, może być uzasadnione pominięcie prawnej odrębności spółki i pozbawienie podmiotów stojących za spółką korzyści związanych z wyłączeniem ich odpowiedzialności za zobowiązania spółki. Może się tak stać jednak jedynie wówczas, „gdy dochodzi do nadużycia instytucji spółki w sposób sprzeczny ze społeczno-gospodarczym celem odrębnej podmiotowości osób prawnych (art. 2 KSH w zw. z art. 5 i 354 KC)”, w szczególności gdy odrębna podmiotowość prawna spółki jest wykorzystywana do uniknięcia lub ograniczenia odpowiedzialności przez współników (akcjonariuszy) w sposób sprzeczny z prawem, zasadami współżycia społecznego lub społeczno-gospodarczym przeznaczeniem prawa⁸⁷¹. Tak jak A.W. Wiśniewski, S. Sołtysiński uważa jednak, że „interwencja judykatury nie może polegać wyłącznie na sięganiu do odpowiedników art. 5 KC (nadużycie prawa)”⁸⁷². Ponadto, zdaniem autora, klasyczna koncepcja nadużycia prawa nie nadaje się do osiągnięcia celu w postaci pozbawienia akcjonariusza (wspólnika) przywileju ograniczonej odpowiedzialności, ponieważ służy ona w zasadzie „wyłącznie jako instrument ochrony pozwanego, a nie jako podstawa do wytoczenia powództwa”⁸⁷².

na to, że „obowiązujące prawo [...], nie zawiera norm szczegółowych dla ochrony praw osób trzecich w takich przypadkach, w konsekwencji zachodzi konieczność do sięgnięcia do pewnych konstrukcji ogólnych” (*ibidem*, s. 81).

⁸⁶⁸ M. Litwińska-Werner, *op. cit.*, s. 642.

⁸⁶⁹ A.W. Wiśniewski, *op. cit.*, s. 57.

⁸⁷⁰ *Ibidem*, s. 58.

⁸⁷¹ S. Sołtysiński, [w:] S. Sołtysiński [*et al.*] (red.), *Kodeks...*, art. 301, nb 34–36.

⁸⁷² *Ibidem*, art. 304, nb 37.

Niejednolite stanowisko dotyczące możliwości posłużenia się art. 5 k.c. jako samodzielną podstawą dochodzenia roszczeń wobec współnika spółki kapitałowej zajmuje natomiast S. Włodyka, który z jednej strony, omawiając możliwe podstawy prawne odpowiedzialności spółki dominującej wobec wierzycieli spółki zależnej, stwierdza, że „możliwość oparcia się na konstrukcji nadużycia prawa (art. 5 k.c.) jest nad wyraz wątpliwa, chyba że jedynie w ujęciu, iż powoływanie się przez spółkę dominującą na prawną odrębność podmiotów zależnych stanowi nadużycie praw korporacyjnych”⁸⁷³. Z drugiej zaś strony, omawiając problematykę odpowiedzialności za pomieszanie sfer spółki i współnika, autor ten podkreśla, że „można bronić poglądu, że koncepcja «przekuwania balonu» («pominięcia osobowości prawnej») wynika z obowiązującej także w Polsce ogólnej zasady prawa prywatnego, a mianowicie zakazu nadużywania prawa. Zakaz ten ma charakter zakazu prawnego, stanowi więc element systemu obowiązującego prawa. W tym ujęciu konstrukcja pominięcia osobowości prawnej («przekucia balonu») stanowiłaby samodzielną podstawę prawną roszczeń wierzycieli spółki skierowanych przeciwko jej współnikowi, w przypadkach gdy brak jest dla tych roszczeń oparcia w wyraźnych przepisach prawa, zaś zachodzi brak rozdzielenia sfery spółki od sfery jej współników»⁸⁷⁴.

Konstrukcja nadużycia prawa podmiotowego (nadużycia formy prawnej spółki, nadużycia prawa do posługiwania się formą osoby prawnej) jako podstawa dogmatyczna dla odpowiedzialności współników za zobowiązania spółek kapitałowych spotkała się w doktrynie polskiej również ze zdecydowaną krytyką, która zostanie przedstawiona w dalszej części pracy⁸⁷⁵.

⁸⁷³ S. Włodyka, *Prawo...*, s. 210. W swoim innym opracowaniu autor ten omawiając przykład nadużycia formy spółki poprzez jej niedokapitalizowanie, który S. Włodyka określa mianem „niedokapitalizacji”, czyli „niedostatecznej kapitalizacji” wskazuje, że nie chodzi tutaj „o obejście prawa we właściwym tego słowa znaczeniu, a więc o zastosowanie art. 58 § 1 KC, ani o nadużycie prawa przy zastosowaniu art. 5 KC, lecz o utożsamienie współnika ze spółką w celu pozbawienia współnika lub spółki przywileju będącego konsekwencją istniejącej formalnie rozdzielenia pomiędzy spółką a współnikiem”. S. Włodyka używa zatem w tym przypadku przeznaczony do zupełnie innych celów konstrukcji „przebicia” przyporządkowanego (przez przypisanie) w celu osiągnięcia rezultatu w postaci odpowiedzialności przebijającej, skoro służyć to pozbawieniu współnika przywileju wyłączenia jego odpowiedzialności za zobowiązania spółki. Tego rodzaju próba uzyskania efektu przebicia zasługuje na krytykę ponieważ autor nie wskazuje na podstawę prawną odpowiedzialności, a jedynie, jak się wydaje, jest skłonny uzyskać efekt przebicia poprzez zastosowanie niewskazanych przez niego reguł wykładni przepisów. Jak wiadomo, w przypadku przebicia przyporządkowanego jego efekty uzyskuje się właśnie w drodze wykładni poprzez przypisanie cech współnika spółce i na odwrót, i w tym znaczeniu utożsamia się obydwa odrębne od siebie podmioty. Można by zgodzić się z poglądem S. Włodyki, gdyby przyjął, że dopuszcza on uzyskanie efektu w postaci odpowiedzialności przebijającej przy wykorzystaniu wykładni sensu largo w postaci niemieckiej koncepcji redukcji celowościowej, ewentualnie wykładni derogującej, o czym autor jednak nie wspomina. Zob. na ten temat rozważania w rozdz. XII pkt 3 niniejszej rozprawy. Zob. S. Włodyka, [w:] S. Włodyka, *System...*, s. 82–83.

⁸⁷⁴ Zob. *ibidem*, s. 84.

⁸⁷⁵ Zob. rozdz. XI pkt 1.

Mimo dominującego w polskiej doktrynie krytycznego, względnie – w wersji łagodnej – sceptycznego stanowiska wobec możliwości uznania koncepcji nadużycia prawa jako samodzielnej podstawy prawnej dla odpowiedzialności współników za zobowiązania spółki z o.o., poza ambiwalentnym stanowiskiem S. Włodyki przedstawionym powyżej, niektórzy autorzy wyraźnie opowiadają się za dopuszczeniem takiej samoistnej podstawy dochodzenia roszczeń.

S. Gurgul⁸⁷⁶ oraz Z. Jara⁸⁷⁷ są zdania, że „nadużycie formy prawnej spółki stanowi samodzielną podstawę roszczeń wierzycieli wobec współnika z tytułu czynności dokonanych formalnie przez samą spółkę bez potrzeby powoływania się na inne podstawy prawne tej odpowiedzialności [np. regulowane przepisami o czynach niedozwolonych lub odpowiedzialności kontraktowej [...]]”⁸⁷⁸. Żaden z autorów nie wskazuje przy tym wprost na art. 5 k.c. jako podstawę normatywną dla dochodzenia tych roszczeń. Warto przy tym podkreślić, że S. Gurgul, omawiając problematykę nadużycia formy prawnej spółki, posługuje się wyraźnie pojęciem „odpowiedzialności przebijającej” i jej przesłanek⁸⁷⁹. Podobny pogląd w odniesieniu do odpowiedzialności spółki dominującej za zobowiązania spółki zależnej w grupie spółek wyraziła również S. Kubsik⁸⁸⁰.

W doktrynie polskiej rozpoznaje się zatem problem i zarazem problematykę nadużycia formy prawnej spółki⁸⁸¹ oraz (szerzej) nadużycia osobowości prawnej, jednak nie towarzyszy temu zasadniczo – poza odosobnionym stanowiskiem Z. Jary oraz S. Gurgula – próba rozwinięcia tej koncepcji jako samoistnej podstawy prawnej odpowiedzialności współników (akcjonariuszy) wobec wierzycieli spółek kapitałowych⁸⁸².

⁸⁷⁶ S. Gurgul, *Odpowiedzialność współnika (akcjonariusza) za zobowiązania spółki kapitałowej w stosunku do jej wierzycieli*, MoP 2010, nr 20, s. 1149.

⁸⁷⁷ Z. Jara, [w:] Z. Jara (red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2014, art. 151, nb 46.

⁸⁷⁸ Tak wyraźnie Z. Jara, *ibidem*.

⁸⁷⁹ Por. S. Gurgul, *op. cit.*, s. 1149.

⁸⁸⁰ Zob. S. Kubsik, *Odpowiedzialność współników (akcjonariuszy) spółki kapitałowej za zobowiązania spółki w stosunku do jej wierzycieli na przykładzie grupy spółek*, PPH 2013, nr 8, s. 58. Zdaniem autorki, w obowiązującym stanie prawnym istnieje potrzeba do posłużenia się koncepcją pominięcia osobowości prawnej spółki zależnej, przy czym kwestią problematyczną pozostaje to, czy podstawą dla odpowiedzialności spółki dominującej za zobowiązania spółki zależnej z powodu nadużycia formy prawnej spółki zależnej powinna być koncepcja wzorowana na niemieckiej, względnie anglosaskiej, koncepcji odpowiedzialności przebijającej, którą należałoby traktować jako koncepcję autonomiczną (*sui generis*), czy też szeroko rozumiana „konstrukcja nadużycia prawa podmiotowego z art. 5 k.c.”.

⁸⁸¹ Pojęciem nadużycia formy prawnej spółki posługuje się również R. Siwik, *Reżim odpowiedzialności deliktowej jako instrument zwalczania nadużycia formy prawnej spółki*, [w:] M. Nesterowicz, *Czyny niedozwolone w prawie polskim i prawie porównawczym. Materiały IV Ogólnopolskiego Zjazdu Cywilistów. Toruń 24–25 czerwca 2011 r.*, Warszawa 2012, s. 449 i n.

⁸⁸² Brak wskazywania przez niektórych autorów wyraźnej podstawy dogmatycznej odpowiedzialności za nadużycie formy prawnej spółki, nadużycie osobowości prawnej – czego przykładem są m.in. przywołane wywoły S. Gurgula oraz Z. Jary – skłonił K. Pyzio, która podjęła się w swojej rozprawie doktorskiej próby klasyfikacji koncepcji nadużycia, do wydzielenia osobnej grupy w postaci koncepcji *sui generis* nadużycia formy prawnej spółki kapitałowej jako podstawy odpowiedzialności spółki dominującej za zobowiązania

Doktryna polska jest również bardzo ostrożna w przejmowaniu zagranicznych rozwiązań prawnych, w tym niemieckiej koncepcji odpowiedzialności przebijającej, na grunt prawa polskiego. Wyrazicielem takiego stanowiska jest przede wszystkim T. Targosz, który opisując i analizując w swojej rozprawie doktorskiej problematykę nadużycia osobowości prawnej nie podejmuje się, jak sam to podkreśla, próby opracowania na

spółek zależnych. Zob. K. Pyzio, *Odpowiedzialność spółki dominującej względem wierzycieli kapitałowych spółek zależnych*, Warszawa 2015, s. 105 i n. Cechą tego rodzaju koncepcji ma być właśnie to, że nie wskazuje ona na wyraźną dogmatyczną podstawę prawną odpowiedzialności współników odwołując się (rzekomo) jedynie do względów aksjologicznych. Takie ujęcie nadużycia ma być reprezentowane zarówno przez zwolenników, jak i przeciwników koncepcji nadużycia formy prawnej spółki jako podstawy odpowiedzialności. Wbrew stanowisku autorki należy jednak uznać, że nie ma podstaw do stosowania takiego odrębnego kryterium podziału, jakim jest brak wyraźnego wskazania podstawy prawnej odpowiedzialności, zwłaszcza że pośród tych autorów, którzy odwołują się do literatury niemieckiej, takich jak M. Litwińska-Werner, A. Opalski, T. Targosz oraz W. Popiołek, panuje, co prawda, pogląd, że w polskim prawie brak jest podstaw do przejścia tej koncepcji, jednakże autorzy ci wskazują wyraźnie na inne możliwe dogmatyczne podstawy odpowiedzialności współników, a zwłaszcza na podstawę deliktową (zob. chociażby M. Tofel, *Odpowiedzialność ex delicto współników spółki kapitałowej*, [w:] M. Modrzejewska (red.), *Prawo handlowe XXI wieku. Czas stabilizacji, ewolucji, czy rewolucji. Księga jubileuszowa Profesora Józefa Okolskiego*, Warszawa 2010, s. 1113 i n.), a zatem u tych autorów pojawia się dogmatyczna podstawa odpowiedzialności. Natomiast samo zanegowanie możliwości przejścia rozwiązań niemieckich nie oznacza przecież, że w niemieckiej doktrynie i orzecznictwie panuje wyłącznie słusznościowa koncepcja odpowiedzialności przebijającej pozbawiona jakiegokolwiek podstawy dogmatycznej, co m.in. miałoby skłaniać przywołanych powyżej przedstawicieli polskiej doktryny do jej odrzucenia. Wniosek o pozadogmatycznym i jedynie aksjologicznym charakterze niemieckiej koncepcji przebiccia, jaki wyciąga K. Pyzio na podstawie pobieżnej porównawczej analizy niemieckiej doktryny i orzecznictwa niemieckiego, jako błędny nie zasługuje na akceptację. Jak wskazano bowiem w niniejszej pracy, zarówno w doktrynie i orzecznictwie niemieckim obowiązują dwie dominujące koncepcje i zarazem podstawy dogmatyczne odpowiedzialności przebijającej współników spółek z o.o. za zobowiązania spółki w postaci nadużycia instytucjonalnego oraz redukcji teleologicznej. Nawet jeżeli BGH w niektórych orzeczeniach nie powołuje wyraźnej podstawy prawnej odpowiedzialności przebijającej, nie oznacza to, że ona nie istnieje. Niemieckie sądy, a zwłaszcza BGH, nie są zobowiązane podawać podstawy prawnej rozstrzygnięcia, zwłaszcza jeżeli stanowi ono przejaw sądowego rozwijania prawa. Jak zostanie wykazane w dalszej części pracy, tego rodzaju prawotwórstwo orzecznicze, polegające na stosowaniu wykładni *sensu largo* oraz odwoływaniu się do klauzul generalnych mieści się w pojęciu stosowania ustawy, a zatem ma swoje podwaliny dogmatyczne. Poza tym w licznych orzeczeniach BGH, stosując koncepcję odpowiedzialności przebijającej, wyraźnie wskazał na podstawę prawną odpowiedzialności współników, czego koronnym przykładem są wyroki z dnia 14 grudnia 1959 r. w sprawie II ZR 187/57 (§ 242 BGB jako podstawa odpowiedzialności, zob. rozdz. VI pkt 3) oraz z dnia 16 września 1985 r. sprawie *Autokran* (redukcja celowościowa § 13 ust. 2 GmbHG i analogiczne stosowanie § 128 HGB, zob. rozdz. VI pkt 4), a także wskazujące na zastosowanie koncepcji redukcji teleologicznej wyroki dotyczące unicestwienia egzystencji spółki oraz pomieszania majątków spółki i wspólnika (zob. rozdz. VI pkt 5 oraz VII pkt 2.2 i pkt 3.2). Wydaje się, że właśnie z uwagi na trudności w przejściu stosowanych w Niemczech podstaw odpowiedzialności, zwłaszcza nadużycia instytucjonalnego (bo koncepcja redukcji celowościowej jest nieznaną zdecydowanej większości autorów powołujących się na doktrynę niemiecką), niektórzy autorzy, omawiając problematykę nadużycia formy spółki, odnoszą się do aspektów aksjologicznych, wskazując zresztą na alternatywne podstawy odpowiedzialności współników (tak M. Litwińska-Werner, A. Opalski). Natomiast to, że zwolennicy koncepcji odpowiedzialności przebijającej jako samoistnej podstawy prawnej odpowiedzialności w prawie polskim nie wskazują wyraźnie na jej dogmatyczne zakotwiczenie, nie oznacza, że postulują oni rozwiązania *contra legem* (nie można bowiem wykluczyć, że „przyparci do muru” autorzy ci wskazyliby na jakąś podstawę odpowiedzialności, spośród których najbardziej prawdopodobną byłby art. 5 k.c. interpretowany w sposób ofensywny w duchu nadużycia instytucjonalnego, ale w tym momencie jest to poruszanie się w sferze dywagacji).

potrzeby prawa polskiego warunków dopuszczalności pomijania osobowości prawnej. Przeciwno takiemu przejęciu przemawia, zdaniem autora, to, że problematyka ta w ogóle nie zaistniała w polskiej nauce, „tak więc perspektywy praktycznego zastosowania takich propozycji nie byłyby obiecujące”. Ponadto autor podkreśla, że taka koncepcja powinna stanowić wyłącznie *ultima ratio*, a „pierwszeństwo należy przyznać «konwencjonalnym» rozwiązaniom”⁸⁸³. Jednakże autor sam podkreśla, że koncepcje przebicia, takie jak niemiecka *Durchgriffshaftung*, są korzystniejsze dla wierzycieli, ponieważ nie są one związane z takimi trudnościami dowodowymi, z jakimi wiąże się dochodzenie roszczeń na podstawie klasycznych reguł odpowiedzialności, a przede wszystkim na podstawie deliktowej⁸⁸⁴.

Sceptyczne nastawienie T. Targosza wobec koncepcji odpowiedzialności przebijającej wkomponowuje się w dominujące w doktrynie polskiej stanowisko. W literaturze przedmiotu zwraca się bowiem konsekwentnie uwagę na inne podstawy prawne i mechanizmy umożliwiające pozbawienie współnika (akcjonariusza) przywileju ograniczenia (wyłączenia) odpowiedzialności i respektowania odrębności jego osobistego majątku od majątku spółki. Zdaniem S. Sołtysińskiego, może to nastąpić „na drodze uznania pewnych czynności za sprzeczne z prawem (np. obejście prawa lub delikt), celowościowej wykładni przepisów (wykładni restryktywnej lub rozszerzającej) lub na odmowie traktowania spółki i akcjonariusza jako odrębnych podmiotów prawnych na podstawie innych niż nadużycie prawa podmiotowego konstrukcji prawnych [...]”⁸⁸⁵.

3. Koncepcja nadużycia prawa do posługiwania się formą osoby prawnej

W swojej rozprawie habilitacyjnej R. Szczepaniak⁸⁸⁶ podjął się próby „znalezienia uniwersalnego środka, za pomocą którego można by skutecznie przeciwdziałać oraz usuwać skutki nadużywania prawa do posługiwania się formą osoby prawnej”⁸⁸⁷. Przy czym, jak sam autor wskazuje, celem jego pracy „nie jest wypracowanie owego środka, lecz jedynie wskazanie jego przydatności i zaadaptowanie go [...]” do problemów związanych z nadużywaniem formy osoby prawnej⁸⁸⁸. Takim środkiem jest zasada zakazu nadużywania praw podmiotowych jako naczelna zasada systemu prawnego, która wykracza, daleko

⁸⁸³ T. Targosz, *Nadużycie...*, s. 233. Autor preferuje przy tym rozwiązywanie problemów przebicia przy wykorzystaniu deliktowej podstawy odpowiedzialności jako najbardziej obiecującej i najmniej kontrowersyjnej (*ibidem*, s. 233).

⁸⁸⁴ *Ibidem*, s. 240.

⁸⁸⁵ S. Sołtysiński, [w:] S. Sołtysiński [et al.] (red.), *Kodeks...*, art. 301, nb 37.

⁸⁸⁶ R. Szczepaniak, *Nadużycie prawa do posługiwania się formą osoby prawnej*, Toruń 2009.

⁸⁸⁷ *Ibidem*, s. 345.

⁸⁸⁸ *Ibidem*, s. 346.

poza zakres zastosowania art. 5 k.c. Dzięki tej zasadzie można, zdaniem autora, wyjaśnić różne kwestie związane z szeroko pojmowaną problematyką osobowości prawnej oraz prawem spółek, takie jak problem specjalnej zdolności prawnej osób prawnych, czy też obowiązki lojalności współnika wobec spółki i pozostałych współników. Jeżeli zaś w osobie prawnej dostrzeże się, co stanowczo postuluje autor, nie tylko podmiot, lecz również i przedmiot praw przysługujących innym podmiotom, a nawet instrument w rękach innych podmiotów⁸⁸⁹, zasada ta stanie się skutecznym „orężem w walce z nadużyciami formy osoby prawnej”⁸⁹⁰. Osoba prawna ma bowiem, zdaniem R. Szczepaniaka, dwoistą naturę: stanowi ona zarówno podmiot, jak i przedmiot prawa, a w związku z tym podmiotowość osób prawnych ma charakter instrumentalny. Służy ona „sprawnemu, efektywnemu korzystaniu z osoby prawnej jako instrumentu”⁸⁹¹. Osoba prawna jest zatem tworem celowym, a cel jest immanentnie wpisany w jej istotę⁸⁹².

R. Szczepaniak wychodzi z założenia, że „posługiwanie się formą osoby prawnej jest przykładem złożonej sytuacji prawnej, w ramach której ma miejsce korzystanie z określonych kompetencji, wolności i uprawnień”⁸⁹³. Autor uznaje taką złożoną sytuację prawną za prawo podmiotowe, powołując się m.in. na pogląd wyrażony przez M. Pyziak-Szafnicką, zgodnie z którym prawa podmiotowe mogą istnieć również poza ramami stosunku prawnego, do którego to wniosku prowadzi obserwacja sposobu korzystania z praw rzeczowych, a w szczególności z prawa własności⁸⁹⁴. A zatem dla przyjęcia istnienia prawa podmiotowego do posługiwania się formą osoby prawnej nie jest konieczne występowanie jakiegoś konkretnego stosunku prawnego (w domyśle: między współnikami a wierzycielami spółki, osoby prawnej)⁸⁹⁵. Dlatego też, zdaniem autora, z prawem jednostki do posłużenia się formą osoby prawnej sprzężone są określone powinności, nakazy i zakazy adresowane do innych podmiotów, nawet jeżeli nie łączy ich z daną jednostką stosunek prawny⁸⁹⁶. W związku z tym „[...]zarówno podmioty prywatne, jak i organy władzy publicznej są prawnie przymuszone respektować tę standardową

⁸⁸⁹ *Ibidem*, s. 351.

⁸⁹⁰ *Ibidem*, s. 346.

⁸⁹¹ *Ibidem*, s. 361.

⁸⁹² *Ibidem*, s. 42.

⁸⁹³ *Ibidem*, s. 346.

⁸⁹⁴ M. Pyziak-Szafnicka, *Prawo podmiotowe*, „Studia Prawa Prywatnego” 2006, z. 1, s. 68–69; R. Szczepaniak, *op. cit.*, s. 59–60.

⁸⁹⁵ R. Szczepaniak, *op. cit.*, s. 60.

⁸⁹⁶ Tak należy rozumieć wywód autora. Por. *ibidem*, s. 58–60. W tym miejscu należy podkreślić, że mimo iż autor cytuje poglądy M. Pyziak-Szafnickiej, która rozróżnia szerokie i wąskie ujęcie nadużycia prawa podmiotowego (*ibidem*, s. 151–152), nie korzysta on z okazji rozwinięcia w swojej pracy ujęcia szerokiego, które dawałoby podstawę do zastosowania konstrukcji nadużycia do zachowań ludzkich niestanowiących wykonywania praw podmiotowych. Zamiast tego autor konsekwentnie opowiada się za wąskim ujęciem nadużycia prawa podmiotowego, stwierdzając, że posługiwanie się formą osoby prawnej stanowi „czynienie użytku z prawa”.

sytuację prawną jednostki działającej w formie osoby prawnej⁸⁹⁷. Choć faktycznie mamy do czynienia, zdaniem R. Szczepaniaka, z działaniem jednostki, która to jednostka odnosi korzyści z tej działalności, to jednak kontrahenci osoby prawnej, którą posługuje się owa jednostka, nie mogą dochodzić z majątku osobistego jednostki „roszczeń związanych z działalnością prowadzoną w formie osoby prawnej”⁸⁹⁸.

Do ukształtowania prawa podmiotowego do posługiwania się formą osoby prawnej skłania autora również następujące przemyślenie: skoro wielu przedstawicieli zagranicznej i polskiej doktryny posługuje się pojęciem „nadużycia formy osoby prawnej”, „nadużycia osobowości prawnej lub odrębnej podmiotowości spółki”, „nadużycia figury prawnej osoby prawnej”, „nadużycia pozycji dominującej w spółce”, to w istocie kryje się za tym „trafne milczące założenie (intuicja), nie zawsze w wystarczającym stopniu uświadomione, iż chodzi o nadużycie pewnych określonych praw podmiotowych względnie nadużycie określonych kompetencji lub wolności”⁸⁹⁹.

Już z tego wywodu wynika jednak, że R. Szczepaniak nie upiera się kategorycznie przy konstrukcji prawa podmiotowego, jako punktu wyjścia do walki z nadużyciami osobowości prawnej. Autor daje temu wyraz również w stwierdzeniu, że nawet gdyby przyjąć, że opisywana przez niego „złożona sytuacja prawna nie jest przykładem klasycznego

⁸⁹⁷ *Ibidem*, s. 59.

⁸⁹⁸ *Ibidem*. Należy w tym miejscu zauważyć, że samo sformułowanie „roszczenia związane z działalnością prowadzoną w formie osoby prawnej” świadczy nie tylko o instrumentalizowaniu osobowości prawnej, za czym stanowczo opowiada się R. Szczepaniak, podkreślając, że osoba prawna jest tworem celowym. W tej „konwencji językowej”, aby posłużyć się zwrotem używanym przez samego autora (*ibidem*, s. 353, por. przypis 911 poniżej), wyrażone jest w istocie pomijanie odrębności osoby prawnej jako samodzielnego i niezależnego od współników podmiotu. Autor nie wspomina przecież o zobowiązaniach osoby prawnej, lecz o roszczeniach związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej (w domyśle) przez współnika w formie osoby prawnej. Idąc dalej, można by stwierdzić, że osoba prawna staje się nie tylko przedmiotem prawa, ale w istocie elementem prawa podmiotowego do prowadzenia działalności gospodarczej przez jej współnika. Podążając za uogólnieniami stosowanymi przez R. Szczepaniaka, można by bowiem mówić nie tylko o prawie podmiotowym do posługiwania się formą osoby prawnej, lecz właśnie prawie podmiotowym do prowadzenia działalności gospodarczej w dowolnej formie, w tym również w formie osoby prawnej. Należy również zauważyć, że wbrew temu, co wydaje się sugerować autor, kontrahenci spółki nie dlatego powstrzymują się z dochodzeniem roszczeń przysługującym im wobec spółki wobec jej współników, ponieważ uznają oni obowiązywanie skutecznego *erga omnes* prawa podmiotowego tychże współników do posługiwania się tą osobą, lecz dlatego, że dokonali oni czynności prawnej z odrębnym od współnika podmiotem, jakim jest owa spółka. Należy jednak podkreślić, że mimo instrumentalizowania osobowości prawnej jako tworzywa celowego R. Szczepaniak zastrzega, że nie może to prowadzić do „niekorzystnej dla bezpieczeństwa obrotu relatywizacji tego podmiotu” (*ibidem*, s. 65), a powoływanie się na zasadę zakazu nadużywania prawa podmiotowego i odstępstwo od zasady podmiotowej odrębności osoby prawnej następować powinno jedynie w wyjątkowych sytuacjach, które to stwierdzenie autor podnosi do rangi jednej z tez jego rozprawy (zob. *ibidem*, s. 17).

⁸⁹⁹ *Ibidem*, s. 13. Autor sprzeciwia się przy tym posługiwaniu się wymienionymi przez niego określeniami, zwłaszcza takimi jak „nadużycie osobowości prawnej”, stwierdzając, że używanie takich sformułowań jest wynikiem „swoistego błędu logicznego polegającego na przesunięciu kategoryalnym”, a zamiast nich zasadne jest wyłącznie posługiwanie się zwrotem „nadużycie prawa podmiotowego” (*ibidem*, s. 13 *in fine*).

prawa podmiotowego, to jednak jej natura jest do takiego prawa zbliżona”, a zatem należy do niej stosować przynajmniej w drodze analogii instytucję nadużycia prawa podmiotowego oraz dorobek nauki z tej dziedziny⁹⁰⁰. Autor najdobitniej relatywizuje swój pogląd o istnieniu prawa podmiotowego do posłużenia się formą osoby prawnej „przez stwierdzenie, że „możliwa jest także taka kwalifikacja owego analizowanego prawa, zgodnie z którą nie jest to klasyczne prawo podmiotowe, lecz quasi-prawo, będące kompleksem określonych wolności, kompetencji i uprawnień”⁹⁰¹.

Autor nie precyzuje ściśle zakresu prawa podmiotowego do posłużenia się formą osoby prawnej, jednak wskazuje, że może ono służyć do opisu bardzo złożonej sytuacji prawnej podmiotów korzystających z formy osoby prawnej, która wykracza poza uprawnienia korporacyjne i majątkowe realizowane przez wspólników spółki w relacjach wewnętrznych, obejmując również dodatkowe uprzywilejowania wspólników, takie jak wyłączenie ich odpowiedzialności za zobowiązania osoby prawnej oraz „możliwość ukrycia się za jej podmiotowością”⁹⁰². R. Szczepaniak, który w swojej rozprawie powołuje się przecież na dorobek doktryny i orzecznictwa niemieckiego, pomija przy tym relację tak skonstruowanego przez niego prawa podmiotowego do członkostwa wspólników w spółce, które w doktrynie niemieckiej również uważane jest za prawo podmiotowe⁹⁰³. Autor wspomina, co prawda, o obowiązkach lojalności wspólników spółek handlowych⁹⁰⁴, które przecież ściśle wiążą się z pojęciem członkostwa w spółce⁹⁰⁵ (o czym autor, niestety, wyraźnie nie wspomina), a także o wykonywaniu poszczególnych praw korporacyjnych w spółce, jednakże zamiast samemu podjąć się próby przeanalizowania i opisanego wzajemnej relacji między tymi prawami korporacyjnymi albo nadrzędnym wobec nich prawem podmiotowym w postaci członkostwa a postulowanym przez niego prawem podmiotowym do posługiwania się formą osoby prawnej, stwierdza on jedynie, że w dotychczasowych doktrynalnych rozważaniach na temat tychże praw trudno jest

⁹⁰⁰ *Ibidem*, s. 346. Zob. również *ibidem*, s. 73–74, 143 (autor wspomina o „kompleksie wolności kompetencji i uprawnień, który swoją naturą zbliżony jest do prawa podmiotowego”) Autor zwraca przy tym uwagę, że z takiego założenia wyszła przed laty niemiecka doktryna i orzecznictwo.

⁹⁰¹ *Ibidem*, s. 151. W innym miejscu swojej rozprawy autor nazywa ten kompleks określonych wolności, kompetencji i uprawnień *sui generis* prawem podmiotowym. Zob. *ibidem*, s. 153.

⁹⁰² *Ibidem*, s. 351–352.

⁹⁰³ Por. chociażby rozprawę habilitacyjną M. Habersacka: M. Habersack, *Die Mitgliedschaft – subjektives und „sonstiges” Recht*, Tübingen 1996.

⁹⁰⁴ Zob. R. Szczepaniak, *op. cit.*, s. 70, 246–247.

⁹⁰⁵ Na ten temat w doktrynie polskiej zob. P.M. Wiórek, *Obowiązek lojalności wspólników spółek kapitałowych*, [w:] W.J. Katner, U. Promińska (red.) *Prawo handlowe po przystąpieniu Polski do Unii Europejskiej*, Warszawa 2010, s. 327 i 328. Zob. również A. Opalski, *Obowiązek lojalności w spółkach kapitałowych*, KPP 2008, z. 2, s. 467 i n. Obszernie na temat obowiązków lojalności w spółkach handlowych zob. D. Opalska, *Obowiązek lojalności w spółkach kapitałowych*, Warszawa 2014.

uchwycić różnicę między nimi a prawem podmiotowym do posługiwania się formą osoby prawnej, którego istnienie autor sam zakłada⁹⁰⁶.

R. Szczepaniak ogranicza się jedynie do wyliczenia i to w sposób, jak się wydaje, niewyczerpujący uprawnień i kompetencji składających się na zespół wolności, kompetencji i uprawnień jednostki stanowiących jej złożoną sytuację prawną, którą nazywa on prawem podmiotowym do posługiwania się formą osoby prawnej, względnie quasi-prawem. Są to: wolność połączona z kompetencją do wykreowania formy osoby prawnej w drodze czynności prawnej w postaci zawarcia umowy założycielskiej, kompetencja połączona z wolnością do dokonania określonej czynności procesowej w postaci zgłoszenia osoby prawnej do właściwego rejestru sądowego, z którą sprzężony jest obowiązek organów państwa do dokonania rejestracji tego podmiotu, uprawnienie do powołania organów osoby prawnej, uprawnienie do wydawania wytycznych członkom organów, a także uprawnienie do ich odwołania. W skład tego prawa podmiotowego wchodzi również wolność, uprawnienie do decydowania o tym, jak długo osoba prawna ma istnieć, a także możliwość wyboru między założeniem osoby prawnej od podstaw a nabyciem jednostek uczestnictwa (udziałów albo akcji) w danym podmiocie⁹⁰⁷. W skład zespołu uprawnień wolności i kompetencji objętych zakresem postulowanego przez R. Szczepaniaka prawa podmiotowego wchodzi również prawa korporacyjne i prawa typu majątkowego. W skład tego prawa wchodzi wreszcie „ograniczenie odpowiedzialności oraz anonimowość, tj. możliwość ukrycia się za podmiotowość osoby prawnej”, które to korzyści stanowią, zdaniem autora, główny motyw posługiwania się przez współników formą prawną spółki⁹⁰⁸. Te wszystkie uprawnienia cząstkowe stanowią, zdaniem autora „składniki najogólniejszego prawa do posługiwania się formą osoby prawnej”, pełniąc niejednokrotnie „funkcję instrumentalną wobec prawa ogólnego”⁹⁰⁹.

Wskutek braku pogłębionej analizy w zakresie relacji kreowanego przez autora prawa podmiotowego do innych praw podmiotowych, w szczególności prawa członkostwa, a tak naprawdę pominięcie przez niego w jego wywodach istnienia tak ważnego prawa podmiotowego, jakim jest prawo członkostwa, oraz jedynie skrótowe stwierdzenie, że prawo podmiotowe do posługiwania się formą osoby prawnej ma szerszy zakres niż prawa wewnątrz korporacyjne⁹¹⁰, tezy te obarczone są, niestety, dogmatyczną niespójnością i nieprzejrzystością⁹¹¹. Autor po prostu zbyt uogólnia problemy korporacyjne,

⁹⁰⁶ *Ibidem*, s. 70.

⁹⁰⁷ *Ibidem*, s. 51.

⁹⁰⁸ *Ibidem*, s. 52.

⁹⁰⁹ *Ibidem*.

⁹¹⁰ *Ibidem*, s. 351–352.

⁹¹¹ Z tego też względu za nazbyt oddalone od dogmatycznej argumentacji w ramach prawa spółek wydają się oparte na występującym, co prawda, w doktrynie ekonomicznym pojmowaniu współnika spółki kapitałowej jako „właściciela spółki” poglądy autora, zgodnie z którymi do opisu sytuacji współnika spółki

pomija w swoich rozważaniach ugruntowane w prawie spółek instytucje prawne i „wrzuca” niejako dotychczas odrębnie rozpatrywane zagadnienia „do jednego worka” w postaci prawa podmiotowego do posługiwania się formą osoby prawnej, co samo w sobie nie przyczynia się do rozwiązania problemów z zakresu prawa spółek⁹¹². Niniejszej krytycznej oceny nie łagodzi okoliczność, że autor w dalszym toku swoich wywodów próbuje jeszcze – mimo wcześniejszego szerokiego zakreślenia zakresu kreowanego przez niego prawa podmiotowego obejmującego zarówno sferę stosunków wewnętrznych w spółce, jak i sferę wewnętrzną – dokonać rozróżnienia pomiędzy dostrzeganymi w sferze wewnętrznej poszczególnymi uprawnieniami współnika a dostrzeganym w ramach relacji zewnętrznych (*pro foro externo*) ogólnym prawem podmiotowym do posługiwania się spółką⁹¹³. Krytycznej oceny poglądów autora nie łagodzi również podjęta przez niego w jego rozważaniach na temat odpowiedzialności deliktowej próba powiązania obowiązków lojalności z prawem podmiotowym do posługiwania się formą osoby prawnej ograniczająca się do twierdzenia, że „naczelną zasadą zakazu nadużywania praw podmiotowych, a także względ na istotę spółki kapitałowej jako osoby prawnej wymuszają uznanie szerokiego celu obowiązków lojalności”, co w istocie sprowadza się do nadania im charakteru zewnętrznego („szerszego”, jak wspomina autor) i obowiązywania ich nie tylko w stosunkach wewnętrznych, lecz również w relacji między współnikami a wierzycielami (kontrahentami) spółki⁹¹⁴.

(kapitałowej) zasadne jest nawiązanie do prawa podmiotowego w postaci własności (por. R. Szczepaniak, *op. cit.*, s. 11, 352). Równie chybiona, aczkolwiek ciekawa jest próba porównania statusu osoby prawnej do statusu niewolnika w prawie rzymskim, który był uważany zarówno za podmiot, jak i przedmiot prawa (*ibidem*, s. 11 oraz 184). Wątpliwości związanych z koncepcją autora nie rozwiewa również bynajmniej podjęta przez niego próba potraktowania tworzonego przezeń nowego prawa podmiotowego jako nowej „konwencji językowej” wzbogacającej aparaturę pojęciową nauk prawnych właśnie poprzez wyróżnienie owego prawa podmiotowego (zob. *ibidem*, s. 353). Wbrew założeniom autora, należy bowiem uznać, że wprowadzenie nowej konwencji językowej w postaci prawa podmiotowego do posługiwania się formą osoby prawnej bez gruntownego metodologicznego i dogmatycznego zakotwiczenia tej konstrukcji nie przyczyni się samo w sobie do wykorzystania szerszego arsenału „środków wypracowanych przez naukę prawa cywilnego w walce z nadużyciami formy osoby prawnej” (por. *ibidem*, s. 353).

⁹¹² Przejmując stopień uogólnienia stosowany przez autora, można by wykreować dowolne prawo podmiotowe, na które składać się będą różne uprawnienia szczegółowe dotychczas rozpatrywane oddzielnie.

⁹¹³ *Ibidem*, s. 54–55. Mimo takiego rozróżnienia autor nie zmienia przecież swoich twierdzeń o szerokim, a więc obejmującym obydwie sfery (wewnętrzną i zewnętrzną), zakresie postulowanego przez niego „najogólniejszego” prawa podmiotowego.

⁹¹⁴ Por. R. Szczepaniak, *op. cit.*, s. 255–256. Aby nadać poglądom R. Szczepaniaka spójnego charakteru, należałoby przyjąć (oczywiście w pewnym uproszczeniu), czego nie wypowiada sam autor, że zasada zakazu nadużywania prawa do posługiwania się formą osoby prawnej obejmuje w stosunkach wewnętrznych zasadę lojalnego wykonywania prawa podmiotowego członkostwa współnika w spółce, a w stosunkach zewnętrznych zasadę lojalnego wykonywania prawa podmiotowego członkostwa współnika w spółce w interesie wierzycieli i kontrahentów spółki, w ramach to którego szerokiego ujęcia adresatami obowiązków lojalności współników spółek kapitałowych byłiby w stosunkach zewnętrznych również wierzyciele spółek kapitałowych, a w szczególności spółki z o.o. Tego rodzaju rozszerzenie obowiązków lojalności na zewnątrz w relacji wspólnicy-wierzyciele spółki jest dogmatycznie nieprawidłowe. Dalsza krytyka stanowiska R. Szczepaniaka w tym zakresie zawarta jest w rozdz. XIII pkt 2.1, przyp. 1308 poniżej.

Mimo tego rodzaju niedociągnięć, sam autor pozwala sobie na uwagę, że niedostrzeżenie przez innych autorów dwoistej natury osoby prawnej oraz prawa podmiotowego (do posługiwania się formą osoby prawnej) stanowi „błąd metodologiczny powodujący zubożenie naszego dyskursu prawniczego na tematy związane z funkcjonowaniem osób prawnych”⁹¹⁵.

Stworzywszy prawo podmiotowe do posłużenia się formą osoby prawnej, R. Szczepaniak podejmuje się próby zakreślenia dopuszczalnych granic wykonywania tego prawa przy wykorzystaniu koncepcji nadużycia prawa podmiotowego stosowanej przynajmniej *per analogiam*. Autor podkreśla zarazem, że „instytucja nadużycia prawa odwołuje się do kryteriów teleologicznych i do słuszności”, stanowiąc zarazem „jeden z najdonioślejszych i najdoskonalszych mechanizmów wprowadzania do systemu prawnego słuszności”. Dzięki temu można ją uznać za „główny i najbardziej uniwersalny mechanizm usuwania kolizji między *ius strictum* a słusznością”⁹¹⁶. Usuwanie tych kolizji powinno, zdaniem autora, następować w drodze stosowania tzw. prawa sędziowskiego rozumianego jako postawa sędziów, cechująca się „kreatywnością i aktywnością w poszukiwaniu instrumentów prawnych prowadzących do rozstrzygnięcia, które najlepiej respektuje podstawowe wartości systemu prawnego, takie jak słuszność oraz cel danej instytucji prawnej”, co bynajmniej nie oznacza dowolności i nieweryfikowalności rozstrzygnięć oraz braku odpowiedzialności za owe rozstrzygnięcia⁹¹⁷.

Mimo próby skonstruowania uniwersalnego środka w postaci wykraczającej poza zakres zastosowania art. 5 k.c. naczelnej zasady zakazu nadużycia prawa podmiotowego, której szczególnym rodzajem ma być zasada zakazu nadużywania prawa do posługiwania się formą osoby prawnej⁹¹⁸, R. Szczepaniak zwraca uwagę, że polska cywilistyka wyposażona jest w dodatkowe instrumenty mogące służyć jako „oręż w walce z nadużyciami formy osoby prawnej”, które nie zawsze występują w ustawodawstwach innych państw. Takimi instytucjami są, zdaniem autora, klauzula społeczno-gospodarczego przeznaczenia prawa, odpowiedzialność odszkodowawcza za czyny niedozwolone oparta na szerokiej formule deliktu, klauzula obejścia prawa, sankcja bezskuteczności względnej umowy na podstawie art. 59 k.c. oraz art. 647¹ k.c. chroniący podwykonawcę robót budowlanych⁹¹⁹. Autor wysuwa przy tym niepoparty pogłębioną analizą prawnoporównawczą⁹²⁰

⁹¹⁵ *Ibidem*, s. 361.

⁹¹⁶ R. Szczepaniak, *op. cit.*, s. 354. Takie ujęcie słuszności prowadzi, zdaniem autora, do konsekwentnego przyjęcia przezeń założeń teorii wewnętrznej nadużycia prawa (zob. *ibidem*, s. 349).

⁹¹⁷ *Ibidem*, s. 349–350, 356.

⁹¹⁸ Autor uznaje bowiem nadużycie formy osoby prawnej za szczególnie rodzaj nadużycia prawa podmiotowego. Por. *ibidem*, s. 75 i n.

⁹¹⁹ *Ibidem*, s. 356.

⁹²⁰ Należy jednak podkreślić, że sam autor przyznaje, że jego praca „nie jest przykładem typowo prawnokomparatystycznej dysertacji”, *ibidem*, s. 355.

wniosek, że ukształtowanie się instytucji *Durchgriff* w Niemczech oraz *piercing the corporate veil* w USA było przynajmniej częściowo wynikiem braku instrumentów podobnych do polskich rozwiązań instytucji prawnych⁹²¹. O ile teza ta może częściowo zasługiwać na aprobatę w odniesieniu do anglosaskiego systemu prawnego, o tyle jest ona chybiona w zakresie dotyczącym niemieckiego porządku prawnego dysponującego całą paletą rozwiązań odpowiadających instytucjom polskiego prawa cywilnego⁹²².

Z rozważań R. Szczepaniaka w nie do końca jasny sposób wynika, dlaczego należy rozwijać nadrzędną i wykraczającą poza ramy art. 5 k.c. generalną zasadę zakazu nadużywania prawa, a tym bardziej szczegółową zasadę zakazu nadużywania prawa do posługiwania się formą osoby prawnej, skoro w polskim systemie prawnym istnieją rozwiązania, które, jak się wydaje, zapewniają efekt ochronny podobny do tego, który w prawie niemieckim i anglosaskim uzyskuje się przy wykorzystaniu prawotwórczych koncepcji *Durchgriffshaftung* oraz *piercing the corporate veil*. Można by, co prawda, argumentować, że wymienione przez autora instrumenty stanowią przejaw obowiązywania tej naczelnej zasady polskiego systemu prawnego, nie jest jednak jasne, w jaki sposób i w jakich przypadkach powinny one być „wspomagane twórczo przez naczelną zasadę zakazu nadużycia praw”⁹²³.

Zamiast tego autor wskazuje jedynie, że działanie zasady zakazu nadużywania prawa podmiotowego „powinno wpływać na odpowiednie stosowanie, w tym także interpretację przepisów przyznających środki ochrony przed nadużyciami lub pozwalających eliminować skutki nadużycia prawa”, do których należą przepisy regulujące reżim odpowiedzialności deliktowej i kontraktowej, bezpodstawnego wzbogacenia oraz instytucji bezskuteczności względnej i inne przepisy⁹²⁴.

Autor nie uzasadnia również w sposób wyczerpujący, dlaczego mimo ogólnej przydatności obowiązujących w polskim prawie cywilnym, a zwłaszcza w prawie deliktowym, instrumentów walki z nadużyciami prawa do posługiwania się formą osoby prawnej zasadne jest wprowadzenie do polskiego prawa „generalnej regulacji mającej na celu przeciwdziałanie omawianym nadużyciom”, która byłaby „podstawą analogicznych konstrukcji do niemieckiej *Durchgriff* oraz anglosaskiej *Piercing the Corporate Veil*”⁹²⁵.

⁹²¹ *Ibidem*, s. 356–357.

⁹²² I to nawet, jeżeli się uwzględni różnice między niemiecką i polską regulacją z zakresu prawa czynów niedozwolonych.

⁹²³ Por. R. Szczepaniak, *op. cit.*, s. 357.

⁹²⁴ *Ibidem*, s. 182. Zdaniem autora, w niektórych przypadkach zasada ta powinna wymuszać wręcz stosowanie tych instytucji, co stanowi dosyć niejasne stwierdzenie zważywszy, że w przypadku istnienia danej podstawy prawnej roszczenia zbyteczne wydaje się „wymuszanie” zastosowania tejże podstawy.

⁹²⁵ *Ibidem*, s. 357.

Rozwijając te zastrzeżenia należy zwrócić uwagę na to, że autor poświęca wiele miejsca na rozważania na temat dopuszczalności uznania art. 5 k.c. za samodzielną podstawę dochodzenia roszczeń i przedstawia poglądy takich autorów jak, A. Kędzierska, S. Grzybowski oraz A. Malanowski, którzy opowiedzieli się za „zaczepnym” charakterem tego przepisu i skrytykowali dominujący w doktrynie pogląd o jedynie „obronnym” charakterze art. 5 k.c.⁹²⁶, a z jego wywodów wynika, że sympatyzuje z tymi poglądami. Podnosząc argumentację prawnoporównawczą, powołuje się on przy tym na śmiałość niemieckiej doktryny i orzecznictwa, które posługiwały się pojęciem nadużycia prawa, rozwijając koncepcję *Durchgriffshaftung*⁹²⁷.

Jednakże ostatecznie zajmuje on zachowawcze stanowisko, zwracając uwagę na opór dominującej części doktryny wobec uznania art. 5 k.c. za samodzielną podstawę dochodzenia roszczeń. W ramach tego stanowiska autor proponuje rozwiązanie pośrednie w postaci dwustopniowej metody, którą powinien posługiwać się sąd stosujący prawo.

Na pierwszym etapie sąd powinien ocenić zachowanie strony „z punktu widzenia kryteriów nadużycia prawa, a więc z punktu widzenia zasad współżycia społecznego oraz społeczno-gospodarczego przeznaczenia prawa” wykonywanego przez stronę i ustalić, czy nie stanowi ono jedynie iluzorycznego nadużycia prawa. Przez iluzoryczne nadużycie prawa autor rozumie sytuację, w której strona w rzeczywistości nie wykonuje prawa, bowiem prawo w istocie jej nie przysługuje, choć strona powołuje się na wykonywanie prawa. Do takiego wniosku będzie mogła doprowadzić sąd wykładnia przepisów, czy też wykładnia oświadczeń woli, w tym wykładnia umowy, która prowadzić będzie np. do wniosku, że strona nie tyle nadużywa prawa podmiotowego, co po prostu narusza zobowiązanie umowne (łamając np. umowny zakaz konkurencji, który w drodze wykładni uznamy za znajdujący zastosowanie do danego stanu faktycznego)⁹²⁸.

Dopiero gdy sąd rzeczywiście ustali, że nadużycie prawa ma miejsce, powinien on poszukiwać środków, za pomocą których nadużycie to można zwalczyć. Takimi środkami są, zdaniem R. Szczepaniaka, odpowiednio interpretowane i stosowane przepisy regulujące reżim odpowiedzialności deliktowej i kontraktowej, bezpodstawne wzbogacenie oraz bezskuteczność względna⁹²⁹. I to właśnie na tym etapie jest miejsce, zdaniem autora, na zastosowanie naczelnej zasady zakazu nadużycia prawa podmiotowego, która powinna wpływać na odpowiednie stosowanie powołanych przepisów, a niekiedy nawet wymuszać zastosowanie tych instytucji⁹³⁰, skłaniając zarazem sędziów do większego

⁹²⁶ Zob. R. Szczepaniak, *op. cit.*, s. 152 i n. i cytowana tam literatura.

⁹²⁷ *Ibidem*, s. 154 i 161.

⁹²⁸ *Ibidem*, s. 176–177.

⁹²⁹ *Ibidem*, s. 177.

⁹³⁰ *Ibidem*, s. 182. Autor powołuje się w tym miejscu na przywołane przez S. Grzybowski (S. Grzybowski, [w:] S. Grzybowski (red.), *System prawa cywilnego. Część ogólna. Tom I*, Wrocław, Warszawa, Kraków, Gdańsk, Łódź 1985, s. 274) przykłady orzeczeń, w których Sąd Najwyższy uwzględnił, opierając

poczucia odpowiedzialności za wydanie rozstrzygnięcia i kierowanie się w orzekaniu zasadą słuszności, tak aby wydawane przez sąd orzeczenie w sposób maksymalny odpowiadało „respektowanemu w społeczeństwie systemowi wartości”⁹³¹.

Jak wyraźnie przyznaje sam autor, zasada zakazu nadużywania prawa podmiotowego nie stanowi samodzielnej podstawy prawnej dochodzenia roszczeń, lecz jest zarazem aktywną podstawą ich dochodzenia. Opierając się na tej zasadzie ocenia się bowiem dane zachowanie jako bezprawne⁹³², co ma znaczenie przy dochodzeniu roszczeń na podstawie deliktowej, otwierając drogę do ich dochodzenia. Dodatkowo, zasada ta wpływa na kształt innych instytucji prawnych – takich jak reżim odpowiedzialności deliktowej lub kontraktowej, bezpodstawne wzbogacenie, bezskuteczność względna i inne – stanowiąc w koniunkcji z tymi instytucjami „podstawę nabycia praw podmiotowych, w tym w szczególności podnoszenia roszczeń”⁹³³.

Omawiając poszczególne podstawy odpowiedzialności, autor poświęca szczególną uwagę przepisom o odpowiedzialności deliktowej, podkreślając, że „instytucja nadużycia prawa podmiotowego ściśle wiąże się z reżimem odpowiedzialności deliktowej”. Co więcej, jego zdaniem, „reżim odpowiedzialności deliktowej jest emanacją instytucji nadużycia prawa”⁹³⁴, a „odpowiedzialność deliktowa wspomagana naczelną zasadą zakazu nadużywania praw podmiotowych urasta *de lege lata* do rangi głównego oręża w walce z nadużyciami prawa do posługiwania się formą osoby prawnej”⁹³⁵.

W świetle całokształtu rozważań autora, w tym uwag prawnoporównawczych, taka konkluzja pozostawia pewien niedosyt.

R. Szczepaniak poświęca bowiem wiele trudu i wiele miejsca w swojej rozprawie na opisanie zasady zakazu nadużywania prawa podmiotowego, prezentuje poglądy o możliwości uznania artykułu 5 k.c. za samodzielną podstawę prawną do dochodzenia roszczeń, aby w ostateczności dojść „jedynie” do wniosku, że nadużyciu prawa do posługiwania się formą osoby prawnej można przeciwdziałać przy wykorzystaniu obowiązujących już

się na art. 5 k.c., powództwa o naprawienie szkody, o dopuszczenie do pracy, czy też umorzenie egzekucji. W tym miejscu należy jednak podkreślić, że w każdym z tych przypadków, co wnika już z samego ich opisu, istniała właściwa i zarazem szczególna podstawa prawna do dochodzenia roszczenia.

⁹³¹ *Ibidem*, s. 183.

⁹³² Ten pogląd autora budzi poważne zastrzeżenie. W doktrynie polskiego prawa zobowiązań, mimo kontrowersji związanych z zakresem pojęcia bezprawności jako przesłanki odpowiedzialności (zob. M. Kaliński, [w:] A. Olejniczak (red.), *System Prawa...*, s. 60–61, nb 44), przyjmuje się (i jest to stanowisko dominujące), że bezprawne jest również takie zachowanie, które narusza zasady współżycia społecznego i nie odwołuje się przy tym do art. 5 k.c. jako podstawy prawnej dla przyjęcia, że nastąpiło naruszenie tych zasad. Zob. reprezentatywnie Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna*, wyd. 11, Warszawa 2014, s. 202, nb 500.

⁹³³ *Ibidem*, s. 185.

⁹³⁴ *Ibidem*, s. 238.

⁹³⁵ *Ibidem*, s. 241.

przepisów prawa „wspieranych” niejako przez ową zasadę, która wyjątkowo może stać się nawet swoistym katalizatorem do zastosowania tych przepisów.

Z całokształtu rozważań autora oraz z treści proponowanego przepisu wynika jednak, że autor zdaje sobie sprawę z deficytów ochronnych obowiązujących w prawie polskim instytucji prawnych jako instrumentów walki z nadużyciami prawa do posługiwania się formą osoby prawnej, w tym z deficytów ochronnych przepisów o czynach niedozwolonych⁹³⁶. Proponuje on bowiem wprowadzenie do polskiego porządku prawnego przepisu, który ma przynieść dodatkowe korzyści, „których nośnikiem jest instytucja Durchgriff/PCV, a więc bezpośrednio dochodzenia roszczeń oraz uniknięcie konieczności wykazywania wysokości szkody”⁹³⁷. Jednocześnie R. Szczepaniak podkreśla, że regulacja ta ma stanowić *ultima ratio* i przepis ten nie znajdowałby zastosowania, gdyby inne przepisy w dostatecznym stopniu chroniły interesy osób poszkodowanych nadużyciami, co oznacza, że w omawianych sytuacjach zachodziłyby jedynie pozorny zbieg przepisów⁹³⁸. Autor nie wskazuje jednak, w jaki sposób w praktyce miałyby następować unikanie konkurencyjnego stosowania mającego charakter klauzuli generalnej przepisu art. 36 k.c. w proponowanym brzmieniu oraz innych, szczególnych podstaw prawnych. Autor nie uwzględnia również tego, że w praktyce podmioty dochodzące swych roszczeń wobec współników spółek kapitałowych albo innych członków (uczestników) osób prawnych, będą z reguły powoływać się na różne podstawy prawne tej odpowiedzialności albo nawet rezygnować z podania jakiegokolwiek podstawy, pozostawiając sądowi wybór podstawy prawnej w celu rozstrzygnięcia w myśl zasady *da mihi factum, dabo tibi ius* i zgodnie z paremią *iura novit curia*.

Proponowane przez autora rozwiązanie prawne ma uwzględniać nie tylko przypadki odpowiedzialności przebijającej (*Durchgriffshaftung*), lecz również przypadki tzw. przebicia przyporządkowującego (*Zurechnungsdurchgriff*), a także przewidywać odpowiedzialność tzw. figurantów, przy czym autor opowiada się przeciwko zawarciu w tym przepisie chociażby przykładowego katalogu zachowań stanowiących nadużycie formy osoby prawnej⁹³⁹.

Treść rekomendowanego przez R. Szczepaniaka przepisu zawierającego klauzulę generalną podobną do art. 5 k.c. jest następująca:

⁹³⁶ Zob. w szczególności R. Szczepaniak, *op. cit.*, s. 273, w którym to miejscu autor zwraca uwagę na trudności związane z dochodzeniem roszczeń na deliktowej podstawie odpowiedzialności w związku z koniecznością wykazania przez pokrzywdzonego wierzyciela wszystkich przesłanek odpowiedzialności deliktowej (szkoda, w tym jej wysokość, czyn niedozwolony, związek przyczynowy między szkodą a czynem, a także wina sprawcy i jej stopień), co wynika z przepisu art. 6 k.c. o rozkładzie ciężaru dowodu.

⁹³⁷ *Ibidem*, s. 360.

⁹³⁸ *Ibidem*.

⁹³⁹ *Ibidem*, s. 359 i 360.

„Art. 36 k.c. § 1 Członek korporacji, wspólnik, założyciel, fundator, destynatariusz oraz członek władz nie mogą czynić użytku z formy osoby prawnej w sposób sprzeczny z zasadami współzycia społecznego lub ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem osoby prawnej.

§2 Podmiot w taki sposób czyniący użytek z formy osoby prawnej nie zasługuje na ochronę prawną. W szczególności nie może on odnieść korzyści z prawnej odrębności podmiotowej jego i osoby prawnej, a za działania, zaniechania i zobowiązania osoby prawnej odpowiada jak za swoje własne.

§ 3 Kto w celu obejścia powyższych paragrafów za zgodą innej osoby posługuje się imieniem lub nazwiskiem, nazwą lub firmą tej osoby, ponosi solidarnie z tą osobą odpowiedzialność na zasadach określonych w niniejszym artykule⁷⁹⁴⁰.

Podsumowując stanowisko R. Szczepaniaka i odnosząc jego tezy do omawianych w niniejszej pracy poglądów doktryny niemieckiej dotyczących *Durchgriffshaftung*, należy stwierdzić, że tak naprawdę dopiero na gruncie postulatów *de lege ferenda*, proponując wprowadzenie przedstawionej powyżej regulacji, autor nawiązuje do relacji między koncepcją nadużycia prawa podmiotowego do posługiwania się formą osoby prawnej a odpowiedzialnością przebijającą w jej klasycznym ujęciu, rozumianą jako bezpośrednia odpowiedzialność wspólników wobec wierzycieli spółki za jej zobowiązania.

W tym miejscu należy jedynie w uproszczeniu zasygnalizować, że z komparatystycznego punktu widzenia R. Szczepaniak przychylił się zasadniczo do poglądów autorów, którzy utożsamiają problematykę niemieckiej odpowiedzialności przebijającej z problematyką nadużycia prawa podmiotowego⁹⁴¹, stwierdzając zarazem, że problemy, które w Niemczech rozwiązywane są za pomocą konstrukcji *Durchgriffshaftung*, w Polsce mogą być rozwiązane z powodzeniem przy wykorzystaniu ogólnych instrumentów prawa cywilnego, zwłaszcza zaś przy pomocy odpowiedzialności deliktowej.

⁹⁴⁰ *Ibidem*, s. 361.

⁹⁴¹ Por. *ibidem*, s. 72, w którym to miejscu R. Szczepaniak cytuje poglądy J. Kraussa, J. Modrzejewskiego oraz C. Wiśniewskiego, *op. cit.*, s. 5.

Zastosowanie koncepcji nadużycia osobowości prawnej i nadużycia formy prawnej spółki w doktrynie i orzecznictwie polskim – grupy przypadków, przesłanki i zakres odpowiedzialności

1. Uwagi wprowadzające

Omawiając praktyczne zastosowanie koncepcji nadużycia osobowości prawnej lub nadużycia formy prawnej spółki w doktrynie polskiej, wymienia się w większości te same grupy przypadków, które w doktrynie niemieckiej stanowią przypadki uzasadniające zastosowanie konstrukcji odpowiedzialności przebijającej. Jest to zrozumiałe, ponieważ rozważaniom na temat problematyki nadużycia osobowości prawnej niemal zawsze towarzyszy odniesienie się do niemieckiej, a niekiedy i anglosaskiej, problematyki przebicia.

W przeważającej części doktryny problematyka nadużycia formy prawnej spółki kapitałowej jest wiązana z problematyką prawa koncernowego (holdingowego)⁹⁴². Jednakże niektórzy autorzy, podobnie jak w Niemczech, zwracają uwagę na to, że problemy uzasadniające pociągnięcie wspólników spółek kapitałowych, a w szczególności wspólników spółki z o.o., do odpowiedzialności wykraczają poza sferę powiązań holdingowych polegających z reguły na występowaniu grupy spółek poddanych jednolitego kierownictwu spółki-matki. Potrzeba ochrony wierzycieli pojawia się mianowicie również w każdej innej sytuacji, w której jedyny lub dominujący wspólnik – więc również osoba fizyczna, a nie tylko inna spółka – pełni faktyczną kontrolę nad spółką zależną, co sprawia, że powodujące szkodę działania spółki zależnej „są w rzeczywistości skutkiem decyzji takiego wspólnika, a nie autonomicznej decyzji spółki”⁹⁴³.

To powiązanie problematyki nadużycia osobowości prawnej z problematyką koncernową prowadzi do tego, że w doktrynie polskiej wymienia się nadal jako jeden ze stanów faktycznych, który można (w określonej sytuacji) zakwalifikować jako nadużycie

⁹⁴² Por. chociażby A. Karolak, *Prawne mechanizmy ochrony spółki córki oraz jej wierzycieli w strukturze holdingowej*, „Prawo Spółek” 2001, nr 5, s. 2 i n. W najnowszej literaturze zob. A. Opalski, *Prawo...*, s. 473 i n.

⁹⁴³ Zob. T. Targosz, *Odpowiedzialność wspólnika wobec wierzycieli spółki*, PPH 2003, nr 4, s. 24.

formy prawnej spółki dominację nad spółką⁹⁴⁴. Pozostałe grupy przypadków to: niedokapitalizowanie spółki, pomieszanie sfer bądź majątków spółki i wspólnika oraz ingerencja unicestwiająca egzystencję spółki.

Nieliczni autorzy, odnoszący się w swoich rozważaniach do dorobku doktryny niemieckiej, przedstawiają również ogólną typologię przypadków nadużycia formy prawnej osoby prawnej zaprezentowaną przez R. Sericka⁹⁴⁵, która została już przedstawiona w niniejszej pracy, w związku z czym nie będzie omawiana w niniejszym rozdziale⁹⁴⁶.

Znamienne jest, że część autorów, wymieniając grupy przypadków stanowiących nadużycie formy prawnej spółki z o.o., uznaje, że wynikają one z zawinionego zachowania się wspólnika spółki jednoosobowej, powołując się na takie zawężenie przypadków nadużycia w orzecznictwie niemieckim⁹⁴⁷. Pogląd taki nie znajduje jednak potwierdzenia w judykaturze i doktrynie niemieckiej. Niemiecka problematyka przebicia nie ogranicza się bowiem wyłącznie do jednoosobowych spółek z o.o., a ponadto przy klasycznym ujęciu odpowiedzialności przebijającej kwestia zawinienia wspólnika jest nieistotna z uwagi na obiektywny charakter tej odpowiedzialności.

W doktrynie polskiej nie poświęca się wiele miejsca problematyce przesłanek odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. wobec jej wierzycieli albo spółki w ramach poszczególnych grup przypadków nadużycia osobowości prawnej. Zamiast tego zwraca się uwagę na możliwe podstawy prawne odpowiedzialności, pośród których dominuje reżim odpowiedzialności deliktowej. Odmienną kwestią jest natomiast zagadnienie, czy w przypadku odpowiedzialności zewnętrznej wobec wierzycieli spółki, wspólnicy powinni odpowiadać wobec wszystkich jej wierzycieli, czy też wybranych ich kategorii. Wyraźnie za ograniczeniem odpowiedzialności wspólników jedynie wobec wierzycieli deliktowych spółki z o.o. (osoby prawnej) opowiada się T. Targosz, przedstawiając argumenty rozwijane w ramach ekonomicznej analizy prawa⁹⁴⁸.

⁹⁴⁴ Zob. T. Targosz, *Nadużycie...*, s. 236; A. Opalski, *Prawo...*, s. 503 i n. Szerzej na ten temat poniżej w rozdz. X pkt 2.3.

⁹⁴⁵ Por. R. Szczepaniak, *op. cit.*, s. 14–15; T. Targosz, *Nadużycie...*, s. 124.

⁹⁴⁶ Tym bardziej że, jak już wspomniano powyżej, zdecydowana większość przykładów podanych przez R. Sericka w ramach przedstawionych przez niego trzech ogólnych typów nadużycia dotyczy tzw. przebicia przyporządkowującego, a tylko jeden „klasycznej” odpowiedzialności przebijającej. Zob. rozdz. V pkt 2 powyżej.

⁹⁴⁷ Tak S. Sołtysiński, [w:] S. Sołtysiński [et al.] (red.), *Kodeks...*, art. 301, nb 40.

⁹⁴⁸ Zob. T. Targosz, *Nadużycie...*, s. 100, 238–239, 249–250. Zdaniem autora, „wierzyciele umowni nie zasługują na ochronę, jako że powinni zdawać sobie sprawę, z kim wchodzi w stosunki prawne, a jeśli mają wątpliwości odnośnie do wypłacalności tego podmiotu, czy też obawę przed ingerencjami wspólnika, mogą zapewnić sobie odpowiednie zabezpieczenie” (T. Targosz, *Nadużycie...*, s. 250).

2. Przypadki nadużycia formy prawnej spółki z o.o. w doktrynie polskiej

2.1. Niedokapitalizowanie spółki

Niedokapitalizowanie spółki z o.o. stanowi najszerzej omawianą w doktrynie polskiej grupę przypadków uzasadniających zastosowanie koncepcji nadużycia osobowości prawnej (nadużycia prawa do posługiwania się formą prawną spółki). W dużej mierze autorzy referują omawiając stany faktyczne niedokapitalizowania spółki poglądy wyrażane na ten temat w doktrynie niemieckiej (powołując się przede wszystkim na najobszerniejszy niemiecki podręcznik do niemieckiego prawa spółek autorstwa K. Schmidta)⁹⁴⁹, dlatego powtarzanie ich w tej części pracy jest zbyt częste. W tym miejscu należy jedynie podkreślić, że w doktrynie polskiej trafnie dokonuje się za doktryną niemiecką rozróżnienia między nominalnym a materialnym niedokapitalizowaniem spółki z o.o.⁹⁵⁰ Autorzy szczegółowiej przedstawiający problematykę niedokapitalizowania w doktrynie niemieckiej zwracają ponadto uwagę na wykształcone w niej pojęcie kwalifikowanego materialnego niedokapitalizowania autorstwa P. Ulmera⁹⁵¹.

W polskiej literaturze przedmiotu nie analizuje się w sposób szczegółowy przesłanek odpowiedzialności za materialne niedokapitalizowanie na gruncie prawa polskiego⁹⁵². Zamiast tego, w doktrynie zwraca się uwagę na możliwą podstawę prawną odpowiedzialności współników. Zdecydowana większość autorów wskazuje na reżim odpowiedzialności deliktowej i w nim poszukuje podstawy prawnej dla odpowiedzialności współników⁹⁵³, wskazując zwłaszcza na mający charakter klauzuli generalnej art. 415 k.c.⁹⁵⁴ S. Sołtysiński podkreśla przy tym, że przy ustalaniu *de lege lata* przesłanek bezpośredniej i nieograniczonej odpowiedzialności współnika wobec wierzycieli spółki⁹⁵⁵

⁹⁴⁹ Tak w szczególności M. Litwińska-Werner, *op. cit.*, s. 654–659; T. Targosz, *Odpowiedzialność...*, s. 27; *idem*, *Nadużycie...*, s. 257–258.

⁹⁵⁰ Por. M. Litwińska-Werner, *op. cit.*, s. 655; A. Opalski, *Problematyka...*, s. 17; T. Targosz, *Odpowiedzialność...*, s. 27.

⁹⁵¹ Zob. M. Mieciński, *Niedokapitalizowanie spółki z o.o. a wysokość kapitału zakładowego*, PPH 1998, nr 6, s. 15–16. O kwalifikowanym materialnym niedokapitalizowaniu wspomina również za K. Schmidtem M. Litwińska-Werner, *op. cit.*, s. 658.

⁹⁵² Próby szerszego omówienia przesłanek odpowiedzialności współników za niedokapitalizowanie spółki podjęła się w doktrynie polskiej M. Litwińska-Werner, *op. cit.*, s. 656–659.

⁹⁵³ Zob. T. Targosz, *Odpowiedzialność...*, s. 27–28; *idem*, *Nadużycie...*, s. 257–258; S. Sołtysiński, [w:] S. Sołtysiński [et al.] (red.), *Kodeks...*, art. 301, nb 44; A. Opalski, *Problematyka...*, s. 19; W. Popiołek, *Odpowiedzialność spółki dominującej za szkodę «pośrednią» wyrządzoną przez spółkę zależną*, [w:] A. Dańko-Roesler, A. Oleszko, R. Pastuszko (red.), *Rozprawy z prawa prywatnego oraz notarialnego. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Maksymilianowi Pazdanowi*, Warszawa 2014, s. 311.

⁹⁵⁴ Zob. T. Targosz, *Odpowiedzialność...*, s. 27–28; *idem*, *Nadużycie...*, s. 257–258.

⁹⁵⁵ Należy jednak podkreślić, że autor omawia przesłanki odpowiedzialności spółki dominującej wobec wierzycieli kontrolowanej przez nią spółki akcyjnej. Zob. S. Sołtysiński, [w:] S. Sołtysiński [et al.] (red.), *Kodeks...*, art. 301, nb 44.

należy zbadać konkretne okoliczności sprawy, do których należą m.in.: 1) rozmyślne lub przynajmniej nieumyślne działanie wspólnika na szkodę innych osób, 2) naruszenie przepisów prawa albo postanowień organizacyjnych umowy (statutu) przy podejmowaniu decyzji organów spółki lub naruszenie dobrych obyczajów kupieckich, 3) istnienie związku przyczynowego między bezprawnym i nagannym działaniem wspólnika a szkodą poniesioną przez osoby trzecie⁹⁵⁶. Odnosząc się do przesłanek odpowiedzialności deliktowej spółki dominującej za niedokapitalizowanie spółki zależnej, W. Popiołek zwraca uwagę na to, że jeżeli zachowanie spółki dominującej „będzie wypełniać znamiona deliktu (gdzie bezprawność polega na naruszeniu obowiązku lojalności wspólnika wobec spółki, zachowaniu niezgodnym z dobrymi obyczajami i zasadami współżycia społecznego), to będzie to delikt wobec spółki zależnej a nie, co do zasady, wobec jej wierzycieli”⁹⁵⁷. Autor ten opowiada się zatem za wewnętrzną odpowiedzialnością deliktową spółki dominującej wobec spółki zależnej za niedokapitalizowanie spółki.

Z kolei, A. Opalski, omawiając problematykę niedokapitalizowania, zwraca również uwagę na dwie dodatkowe podstawy odpowiedzialności wspólników spółki kapitałowej. Pierwsza podstawa odpowiedzialności dotyczy odpowiedzialności zewnętrznej wspólników wobec wierzycieli spółki kapitałowej. Autor wskazuje bowiem wyraźnie na możliwość pociągnięcia wspólnika do odpowiedzialności za niedokapitalizowanie spółki na podstawie przepisów o skardze pauliańskiej (art. 527 i n. k.c.), jeżeli możliwe jest wskazanie czynności prawnej, w wyniku której spółka stała się niewypłacalna bądź pogłębiła się jej niewypłacalność, a wspólnik uzyskał korzyść majątkową⁹⁵⁸. Ponadto autor wskazuje w sposób pośredni na inną możliwą podstawę odpowiedzialności, jaką jest wewnętrzna odpowiedzialność wspólników wobec spółki za naruszenie obowiązków lojalności⁹⁵⁹.

Szerszego omówienia przesłanek odpowiedzialności wspólników za niedokapitalizowanie spółki kapitałowej dokonała w doktrynie polskiej M. Litwińska-Werner,

⁹⁵⁶ *Ibidem*.

⁹⁵⁷ W. Popiołek, *op. cit.*, s. 311. Zarazem jednak autor rozważa – z powołaniem się na literaturę przedmiotu – możliwość odpowiedzialności kontraktowej wspólnika wobec spółki kapitałowej na zasadach ogólnych (art. 471 i nast. k.c.) ze względu na naruszenie przez wspólnika obowiązku lojalności, który obciąża wspólnika w ramach łączącego go ze spółką stosunku obligacyjnego. Zob. *ibidem*, s. 312.

⁹⁵⁸ A. Opalski, *Problematyka...*, s. 19. Autor ten uznaje skargę pauliańską za odległy surogat odpowiedzialności przebijającej i słusznie zwraca uwagę na to, że jej konstrukcja znajduje swoje rozwinięcie w prawie upadłościowym w postaci przepisów o bezskuteczności i zaskarżaniu czynności upadłego. Szerzej na ten temat A. Opalski, *Prawo...*, s. 517–518.

⁹⁵⁹ Wniosek ten dotyczący możliwej podstawy i kierunku odpowiedzialności (wewnętrzna wobec spółki) wynika z następującej wypowiedzi autora: „Jeżeli niedokapitalizowanie jest ewidentne i rażące, a w konsekwencji naraża spółkę na wysokie prawdopodobieństwo niewypłacalności, zaś wierzycieli na utratę roszczeń wobec spółki, to zaniechanie zapewnienia spółce dostatecznych funduszy należy ocenić jako sprzeczne z obowiązkiem lojalności spoczywającym na wspólnikach dominujących wobec spółki oraz dobrymi obyczajami i zasadami współżycia społecznego” (A. Opalski, *Problematyka...*, s. 18).

jednakże autorka nie analizowała tej problematyki na gruncie prawa polskiego, lecz podjęła się jedynie próby przedstawienia stanowiska niemieckiej doktryny i orzecznictwa w tym przedmiocie⁹⁶⁰. I tak, zakres podmiotowy roszczeń wierzycieli przeciwko współnikom spółek kapitałowych będzie zasadniczo różny w przypadku niedokapitalizowania pierwotnego, kiedy to roszczenia powinny przysługiwać przeciwko wszystkim współnikom uczestniczącym w tworzeniu spółki (tzw. wspólnicy założyciele), inny natomiast w przypadku niedokapitalizowania wtórnego. Przy niedokapitalizowaniu wtórnym należy bowiem rozważyć, czy podmiotami odpowiedzialnymi powinni być tylko wspólnicy (akcjonariusze) założyciele z wyłączeniem współników i akcjonariuszy, którzy przystąpili do spółki wskutek nabycia udziałów (akcji), czy po prostu wszyscy wspólnicy bez dzielenia współników na założycieli i współników (akcjonariuszy) nabywających udziały (akcje) bądź to w sposób pochodny (przy nabyciu udziałów/akcji na podstawie umowy sprzedaży), bądź to pierwotny (poprzez objęcie udziałów/akcji w podwyższonym kapitale zakładowym). Zdaniem autorki, należy opowiedzieć się za szerokim zakresem podmiotowym roszczenia, obejmującym wszystkich współników spółek kapitałowych⁹⁶¹. Odnosząc się do przesłanek osobistej odpowiedzialności współników, autorka rozważa, czy wystarczającą podstawą odpowiedzialności powinien być sam (obiektywny) stan niedokapitalizowania, czy też powinny w danym stanie faktycznym zaistnieć również inne okoliczności o charakterze subiektywnym. W konsekwencji autorka wyróżnia w doktrynie i orzecznictwie niemieckim nurt obiektywny i subiektywny. Co ciekawe, rozróżnienie przeprowadzone przez autorkę jest zasadniczo prawidłowe, jeżeli odnieść je do niemieckiej koncepcji odpowiedzialności przebijającej w jej historycznym rozwoju przy szczególnym uwzględnieniu koncepcji subiektywnego nadużycia prawa autorstwa R. Sericka, a także subiektywizacji przesłanek odpowiedzialności dokonywanych w najnowszym orzecznictwie niemieckiego BGH, co zostało omówione powyżej⁹⁶². Jednakże autorka nie analizuje opracowania R. Sericka, lecz dochodzi do sformułowanego przez nią wniosku, jak się wydaje, na podstawie cytowanego przez nią fragmentu podręcznika autorstwa K. Schmidta⁹⁶³. Autor ten jednakże konsekwentnie przeciwstawia koncepcji odpowiedzialności przebijającej ogólne koncepcje i podstawy odpowiedzialności, takie jak odpowiedzialność za wzbudzenie zaufania (*Vertrauenshaftung*) oraz odpowiedzialność odszkodowawczą (*Schadensersatzhaftung*), dla których charakterystyczny jest właśnie element subiektywny w postaci zawinienia (winy), i uważa, że preferować należy indywidualne podstawy odpowiedzialności od generalizującego rozwiązania w postaci

⁹⁶⁰ M. Litwińska-Werner, *op. cit.*, s. 656–659.

⁹⁶¹ *Ibidem*, s. 656–657.

⁹⁶² Zob. rozdz. V pkt 2, rozdz. VII pkt 3.2.8 oraz rozdz. VIII pkt 1.3.5.

⁹⁶³ Ewentualnie na podstawie innych opracowań, których jednakże autorka nie przywołuje w postaci przypisów, omawiając problematykę przesłanek odpowiedzialności za niedokapitalizowanie spółki.

przebiecia⁹⁶⁴. A zatem, wyróżniając obiektywny i subiektywny nurt odpowiedzialności za niedokapitalizowanie spółki, M. Litwińska-Werner w istocie nawiązuje do różnych dogmatycznych podstaw tej odpowiedzialności w postaci odpowiedzialności przebijającej *sensu stricto* oraz odpowiedzialności przebijającej *sensu largo* (opartej na ogólnych podstawach dogmatycznych odpowiedzialności, takich jak czyny niedozwolone). Pomijając powyższe zastrzeżenie, należy podkreślić, że autorka trafnie podnosi, iż obiektywizacja odpowiedzialności wspólników utrudnia ich sytuację prawną i pozbawia ich możliwości podnoszenia zarzutów o charakterze subiektywnym, które zwalniałyby ich z odpowiedzialności albo ich odpowiedzialność ograniczały⁹⁶⁵. Odnosząc się do kwestii, czy każde niedokapitalizowanie spółki, a więc każda dysproporcja między stanem finansowym spółki a prowadzoną przez nią działalnością, uzasadnia postawienie zarzutu nadużycia formy spółki, czy też konieczne jest dla tej odpowiedzialności wystąpienie rażącej dysproporcji, autorka opowiada się za tym drugim wariantem, który w doktrynie niemieckiej definiowany jest jako kwalifikowane materialne niedokapitalizowanie spółki⁹⁶⁶.

2.2. Pomieszanie sfer lub majątków spółki i wspólnika

W doktrynie polskiej problematykę pomieszania sfer lub majątków spółki i wspólnika⁹⁶⁷ przedstawia się łącznie, posługując się niekiedy za K. Schmidtem⁹⁶⁸ jedynie pojęciem pomieszania sfer i dzieląc je na rzeczowe (odpowiadające pomieszczeniu majątków) oraz podmiotowe („właściwe” pomieszanie sfer)⁹⁶⁹.

Część autorów ogranicza się wyłącznie do krótkiego przedstawienia problematyki pomieszania sfer rozumianej jako pomieszanie majątków i nie wskazuje na możliwość pociągnięcia wspólnika do odpowiedzialności za wywołanie stanu pomieszania majątków spółki i wspólnika, a tym samym nie wskazuje na możliwą podstawę prawną odpowiedzialności. Zamiast tego problematyka pomieszania majątków sprowadzana jest do możliwości pozbawienia wspólnika (akcjonariusza) w postępowaniu egzekucyjnym uprawnienia do korzystania z domniemań związanych z posiadaniem rzeczy⁹⁷⁰. Przykład uzasadniający utratę takiego uprawnienia przedstawia A. Wiśniewski. Dotyczy on

⁹⁶⁴ Zob. K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht...*, s. 242–243.

⁹⁶⁵ M. Litwińska-Werner, *op. cit.*, s. 658.

⁹⁶⁶ *Ibidem*, s. 658.

⁹⁶⁷ Opis stanów faktycznych zaliczanych do tych grup przypadków nadużycia formy prawnej spółki z o.o. (przypadków „przebiecia”) przedstawiono w rozdz. III pkt 2.2 oraz 2.4, a także w rozdz. VII pkt 2.2 oraz 2.3 powyżej.

⁹⁶⁸ Zob. K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht...*, s. 234 i 236.

⁹⁶⁹ Tak T. Targosz, *Odpowiedzialność...*, s. 24; M. Litwińska-Werner, *op. cit.*, s. 652–653; S. Gurgul, *Odpowiedzialność...*, s. 1148.

⁹⁷⁰ Tak S. Sołtysiński, [w:] S. Sołtysiński [et al.] (red.), *Kodeks...*, art. 301, nb 41; A.W. Wiśniewski, *op. cit.*, s. 56–57.

sytuacji, w której wspólnik (akcjonariusz) bez zachowania jakichkolwiek formalności przemieszcza niektóre rzeczy między majątkiem spółki a swoim majątkiem osobistym, tak że w chwili wszczęcia egzekucji przeciwko spółce znajdują się one w osobistym posiadaniu wspólnika, mimo że wcześniej służyły one do prowadzenia działalności przez spółkę, choć nie były formalnie zaksięgowane jako należące do spółki (wprowadzone do majątku spółki)⁹⁷¹. W takim to właśnie przypadku wspólnik nie powinien móc korzystać z domniemania prawa własności wynikającego z art. 341 k.c. i powoływać się na takie domniemanie⁹⁷². Przeciwno takiemu stanowisku wypowiedział się A. Opalski. Zdaniem autora, dyskusyjne jest, czy pomieszanie majątków spółki i wspólnika uzasadnia pozbawienie wspólnika prawa do korzystania z domniemań związanych z posiadaniem rzeczy w drodze powołania się na art. 5 k.c. Domniemania takie nie kreują bowiem prawa podmiotowego, a korzystanie z nich nie stanowi zatem korzystania z prawa podmiotowego, które mogłoby być nadużywane. Co prawda, prawa podmiotowe mogą stanowić przesłankę domniemania prawnego, „jednak domniemania nie stanowią praw podmiotowych jako takich”⁹⁷³.

Inni autorzy, powołując się na niemiecką praktykę orzeczniczą, dokonują rozróżnienia między „prostym” i „zinstytucjonalizowanym” pomieszczeniem majątków, którego efektem, a nawet celem jest „utrudnienie przejrzystości w relacjach majątkowych pomiędzy spółką a wspólnikiem”⁹⁷⁴. To właśnie w takich sytuacjach – zwłaszcza w przypadku „nieprzejrzystego” prowadzenia ksiąg rachunkowych, które prowadzą do tego, że „zabezpieczenie kapitałowe, z punktu widzenia interesu wierzycieli, pozostaje pod znakiem zapytania”⁹⁷⁵ – w judykaturze niemieckiej podejmowana jest próba poszukiwania samoistnej podstawy dla odpowiedzialności wspólników⁹⁷⁶.

W przypadku całkowitego pomieszczenia majątków, w których nie jest możliwe zidentyfikowanie, które składniki majątkowe należą do spółki, a które do wspólnika w doktrynie polskiej zwraca się uwagę na to, że zasada wyłączenia osobistej odpowiedzialności za zobowiązania spółki (art. 151 § 4 i art. 301 § 5 k.s.h.) „nie daje się poprawnie zastosować”. W takich przypadkach nie jest jednak uzasadnione sięganie do konstrukcji odpowiedzialności przebijającej, lecz przyznanie wierzycielom uprawnienia do zaspokojenia się w toku postępowania egzekucyjnego ze składników majątkowych znajdujących się zarówno w posiadaniu spółki, jak i wspólników. Gdyby w takiej sytuacji wspólnik podniósł powództwo ekscydencyjne na podstawie art. 841 k.p.c., sąd powinien

⁹⁷¹ Zob. A.W. Wiśniewski, *op. cit.*, s. 56–57.

⁹⁷² Zob. S. Sołtysiński, [w:] S. Sołtysiński [*et al.*] (red.), *Kodeks...*, art. 301, nb 41.

⁹⁷³ Zob. A. Opalski, *Problematyka...*, s. 20.

⁹⁷⁴ Zob. M. Litwińska-Werner, *op. cit.*, s. 653.

⁹⁷⁵ *Ibidem*, s. 653.

⁹⁷⁶ Por. *ibidem*, s. 653.

je oddalić, jeżeli wspólnik nie będzie mógł w stanie wykazać „praw do majątku, który uległ trwałemu «przemieszaniu» z majątkiem spółki”⁹⁷⁷.

Nieco inaczej rozpatruje problem pomieszania majątków spółki W. Popiołek. Zdaniem tego autora, jeżeli pomieszanie majątków „wobec niedopełnienia wymogów niezbędnych do przeniesienia danego aktywu z majątku spółki do majątku wspólnika, nie doprowadziło do zamierzonego skutku”, to składnik ten jest dostępny dla wierzycieli, a samej spółce przysługuje wobec wspólnika roszczenie odszkodowawcze albo z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia. Natomiast jeżeli transfer majątkowy był skuteczny, należy rozważyć kwestię, „czy został on dokonany ekwiwalentnie, z zachowaniem reguł ochrony majątku spółki (art. 198 i 350 k.s.h.)”⁹⁷⁸.

Natomiast w przypadku pomieszania sfer spółki i wspólnika w doktrynie polskiej rozważanych jest szereg samodzielnych podstaw odpowiedzialności alternatywnych do niemieckiej konstrukcji „przebicia”. Niezbędne jest wtedy raczej zidentyfikowanie rzeczywistej strony czynności prawnej. W przypadku stwierdzenia, że wytworzony został pozór dokonania czynności prawnej z innym podmiotem, w szczególności, z inną spółką należącą do danego zgrupowania spółek, możliwe jest pociągnięcie takiego podmiotu do odpowiedzialności odszkodowawczej na podstawie art. 415 k.c. z powodu nadużycia zaufania. Możliwa jest również odpowiedzialność takiego podmiotu z tytułu *culpa in contrahendo*. Ponadto, osoba trzecia może uchylić się na podstawie art. 84 albo 86 § 1 k.c. od skutków prawnych swego oświadczenia woli jako złożonego pod wpływem błędu co do treści czynności prawnej, ponieważ błąd co do osoby kontrahenta kwalifikowany jest również jako błąd co do treści czynności prawnej. Wreszcie, stosując reguły wykładni treści umowy można dokonać identyfikacji „właściwej” strony umowy i dochodzić wykonania zobowiązania bezpośrednio przeciwko podmiotowi, „który z uzasadnionych przyczyn może być poczytywany przez drugą stronę jako kontrahent, zwłaszcza gdy na odpowiednim etapie relacji kontraktowej nie podjął działań zmierzających do wyjaśnienia, że stroną czynności jest inna osoba”⁹⁷⁹. Jak słusznie podnosi bowiem A. Opalski, „niezawinione trudności w identyfikacji strony czynności nie powinny obciążać kontrahenta ani rodzić dla niego negatywnych następstw”⁹⁸⁰.

⁹⁷⁷ Tak. A. Opalski, *Problematyka...*, s. 20. Autor wskazuje przy tym, że zbliżone stanowisko zajęł niemiecki BGH w wyroku w sprawie *Autokran*. Należy jednak podkreślić, że w sprawie tej niemiecki Federalny Trybunał Sprawiedliwości wyraźnie opowiedział się za koncepcją odpowiedzialności przebijającej i za pociągnięciem wspólników spółki z o.o. do osobistej i nieograniczonej odpowiedzialności na podstawie stosowanych w drodze analogii przepisów o odpowiedzialności wspólników niemieckiej spółki jawnej (§ 105 i 128 HGB). Zob. rozdz. VI pkt 4 powyżej.

⁹⁷⁸ W. Popiołek, *op. cit.*, s. 312.

⁹⁷⁹ Zob. A. Opalski, *Problematyka...*, s. 19 i powołana tam literatura.

⁹⁸⁰ *Ibidem*, s. 19.

S. Gurgul, omawiając przypadek nadużycia formy prawnej spółki z o.o. w postaci pomieszczenia sfer spółki i współnika poprzez posługiwanie się w obrocie przez spółkę i współnika identycznym wyrażeniem „P. z siedzibą w W”, stanowiącym podstawowy człon firm obydwu przedsiębiorców (spółki i współnika), stwierdza, że „mogło to wprowadzać w błąd kontrahentów co do tego, z którym z podmiotów dokonywana jest dana czynność prawna” i przywołuje jako podstawę prawną odpowiedzialności współnika spółki z o.o. za jej zobowiązania art. 43³ § 1 i 2 k.c.⁹⁸¹ Przeciwno wykorzystaniu art. 43³ k.c., a także art. 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji⁹⁸², jako podstawy prawnej odpowiedzialności współnika wobec wierzycieli spółki opowiada się natomiast słusznie A. Opalski⁹⁸³. Autor ten podkreśla, że omawiane przepisy nakazują, co prawda, przedsiębiorcy posługiwanie się firmą odróżniającą się dostatecznie od firm innych przedsiębiorców (art. 43³ k.c.⁹⁸⁴) oraz zakazują oznaczania przedsiębiorstwa w sposób mogący wprowadzać klientów w błąd co do jego tożsamości (art. 5 u.z.n.k.). Przepisy te, co do zasady, nie stanowią jednak podstawy prawnej dochodzenia roszczeń wobec współnika przez kontrahentów spółki albo kontrahentów współnika. Roszczenia takie przysługują natomiast przedsiębiorcy, którego prawo do firmy zostało zagrożone albo naruszone (art. 43¹⁰ k.c.) lub naruszone czynem nieuczciwej konkurencji (art. 18 u.z.n.k.)⁹⁸⁵.

2.3. Opanowanie spółki, dominacja nad spółką

Omawiając problematykę nadużycia formy prawnej spółki kapitałowej, przedstawiciele doktryny polskiego prawa spółek podejmują rozważania dotyczące opanowania spółki bądź dominacji nad spółką jako grupy przypadków uzasadniającej osobistą odpowiedzialność współnika dominującego wobec spółki albo jej wierzycieli.

Podnosi się, że w ramach szerszej kategorii opanowania spółki można wyróżnić dwie podgrupy przypadków.

Pierwszą stanowią „klasyczne” relacje między spółką a współnikiem, w ramach których współnik, będący osobą fizyczną albo prawną, dopuszcza się nadmiernego i szkodliwego opanowania spółki, które to zachowanie powinno uzasadniać odpowiedzialność odszkodowawczą współnika wobec spółki⁹⁸⁶.

⁹⁸¹ Zob. S. Gurgul, *op. cit.*, s. 1149.

⁹⁸² Ustawa z dnia 16 kwietnia 1993 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (Dz.U. 2003, nr 153, poz. 1503 t.j. ze zm.). Dalej w skrócie jako: u.z.n.k.

⁹⁸³ Zob. A. Opalski, *Problematyka...*, s. 19.

⁹⁸⁴ Przepis ten stanowi wyraz obowiązującej w prawie firmowym zasady wyłączności.

⁹⁸⁵ Zob. A. Opalski, *Problematyka...*, s. 19.

⁹⁸⁶ Tak referując poglądy doktryny niemieckiej na temat opanowania spółki M. Litwińska-Werner, *op. cit.*, s. 653–654.

Drugą, o wiele szerzej dyskutowaną, podgrupę stanowią przypadki opanowania spółki w stosunkach koncernowych (holdingowych), w ramach których większościowy wspólnik bądź akcjonariusz dominuje nad należącą do zgrupowania spółką zależną i może wywierać na nią wpływ, który, co prawda, „przyczynia się do maksymalizacji korzyści osiąganych bezpośrednio przez wspólnika (transfer dochodów spółki, przejmowanie jej korporacyjnych szans, obciążanie spółki nieproporcjonalnym ryzykiem)” lub przez zgrupowanie pojmowane jako całość, lecz wywołuje zarazem „negatywne następstwa dla samej spółki bądź jej kontrahentów”⁹⁸⁷.

W doktrynie polskiej dominuje pogląd, że samo sprawowanie kontroli nad spółką (zależną) nie uzasadnia odpowiedzialności wspólnika dominującego (jedyne go wspólnika) za zobowiązania spółki. Wywieranie wpływu na spółkę zależną przez wspólnika dominującego może jednak w określonych sytuacjach rodzić jego odpowiedzialność odszkodowawczą wobec samej spółki (odpowiedzialność wewnętrzna) lub jej wierzycieli (odpowiedzialność zewnętrzna). Odpowiedzialność taką uzasadnia w szczególności umyślne działanie wspólnika na szkodę wierzycieli spółki polegające np. na wydawaniu w drodze uchwały zgromadzenia wspólników (walnego zgromadzenia) polecającej zarządowi spółki niewykonywanie zobowiązań spółki wobec jej wierzycieli, jak również wydawanie tego typu poleceń w sposób nieformalny z pogwałceniem reguł ustrojowych obowiązujących w spółce, a także doprowadzenie przez podmiot dominujący do upadłości spółki zależnej⁹⁸⁸.

2.4. Unicestwienie egzystencji spółki

Ostatnią grupę przypadków mogących stanowić podstawę odpowiedzialności z tytułu nadużycia formy prawnej spółki kapitałowej stanowi w doktrynie polskiej unicestwienie egzystencji spółki. Należy przy tym podkreślić, że przedstawiana jest ona przy okazji prezentacji dorobku doktryny i orzecznictwa niemieckiego, a jej omówienie nie zawsze uwzględnia całokształt rozwoju niemieckiego orzecznictwa dotyczącego *Existenzvernichtungshaftung*⁹⁸⁹. Autorzy przedstawiający problematykę niemieckiej odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki zasadniczo trafnie oddają jej istotę

⁹⁸⁷ Zob. A. Opalski, *Problematyka...*, s. 17.

⁹⁸⁸ Tak reprezentatywnie S. Sołtysiński, [w:] S. Sołtysiński [et al.] (red.), *Kodeks...*, art. 301, nb 42; A. Opalski, *Problematyka...*, s. 17.

⁹⁸⁹ Por. T. Targosz, *Nadużycie...*, s. 241–244. Wynika to z faktu, że część orzeczeń BGH dotyczących *Existenzvernichtungshaftung* została wydana po ukazaniu się polskich publikacji wspominających o tym rodzaju odpowiedzialności. O rozwoju odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki w kierunku odpowiedzialności deliktowej wspomina natomiast w sposób prawidłowy A. Opalski (A. Opalski, *Problematyka...*, s. 14, przyp. 28; szerzej: *idem*, *Prawo...*, s. 62–64. Nieprawidłowo przedstawia natomiast rozwój judykatury niemieckiej w tym zakresie M. Litwińska-Werner, *op. cit.*, s. 659–665 (zob. uwagi w tekście głównym pracy).

i ewoluowanie niemieckiego orzecznictwa w tym zakresie. Zastrzeżenia budzą mianowicie wnioski, jakie wyciąga M. Litwińska-Werner po analizie wyroku BGH w sprawie *KBV*. Autorka błędnie przyjmuje, że warunkiem zastosowania konstrukcji odpowiedzialności przebijającej za unicestwienie egzystencji spółki określonym w tymże wyroku jest dokonanie nieprawnej wypłaty na rzecz współnika, podczas gdy, jak sama autorka wskazuje, niemiecki Sąd Federalny zwrócił jedynie uwagę na subsydiarny charakter odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki wobec odpowiedzialności wyrównawczej na podstawie § 31 GmbHG, stwierdzając, że dopiero niemożliwość wyrównania uszczerbku w trybie tego przepisu daje podstawę do zastosowania konstrukcji *Existenzvernichtungshaftung*⁹⁹⁰. Natomiast istotą odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki zgodnie z orzecznictwem niemieckim jest właśnie możliwość wyrównania uszczerbku, jaki doznają wierzyciele (w świetle zaś nowego orzecznictwa – spółka) wskutek zachowań współników, które nie przybierają właśnie charakteru wypłat z majątku spółki, na co wskazuje zresztą stan faktyczny, który legł u podstaw rozstrzygnięcia BGH w sprawie *KBV*, a w którym miało miejsce m.in. przejście pracowników spółki przez inny podmiot⁹⁹¹. Podstawowy zarzut, jaki można postawić autorce w związku z omawianiem przez nią problematyki odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki, dotyczy jej stwierdzenia, że podstawą rozstrzygnięcia w sprawie *KBV*, „podobnie zresztą jak w innych przypadkach uznawanych za przypadki tzw. odpowiedzialności przebijającej, są [...] przepisy dotyczące odpowiedzialności deliktowej”⁹⁹². W uzasadnieniu wyroku w sprawie *KBV* BGH wyraźnie stwierdził, że w rachubę wchodzi zarówno odpowiedzialność współników na podstawie deliktowej (§ 826 BGB), jak i na samoistnej podstawie odpowiedzialności przebijającej (*Durchgriffshaftung*). Ponadto, jak już wspomniano powyżej przy okazji przedstawiana orzeczeń BGH dotyczących *Existenzvernichtungshaftung*, w tenorze wyroku w sprawie *Handelsvertreter* BGH wyraźnie wskazał na konstrukcję „przebicia” jako właściwą podstawę prawną odpowiedzialności współników spółki z o.o. za unicestwienie egzystencji spółki⁹⁹³. Gdyby było inaczej, niemiecki Federalny Trybunał Sprawiedliwości nie musiałby w sposób wyraźny odstępować od koncepcji odpowiedzialności przebijającej w wyroku w sprawie *Trihotel*⁹⁹⁴.

⁹⁹⁰ Zob. M. Litwińska-Werner, *op. cit.*, s. 661.

⁹⁹¹ Zob. omówienie stanu faktycznego w sprawie *KBV* w rozdz. VII pkt 3.2.4 powyżej.

⁹⁹² Tak wyraźnie błędnie M. Litwińska-Werner, *op. cit.*, s. 662.

⁹⁹³ Zob. rozdz. VII pkt 3.2.7 powyżej.

⁹⁹⁴ W związku z tym dalsza polemika autorki z tezami i uzasadnieniem wyroku w sprawie *Trihotel* (M. Litwińska-Werner, *op. cit.*, s. 664–665), w którym BGH wyraźnie odnosił się do koncepcji odpowiedzialności przebijającej i przeciwstawiał jej nowo rozwiniętą koncepcję odpowiedzialności deliktowej, a w ramach to której polemiki autorka podważa obecną argumentację BGH, wskazując na jej nieściśłość z perspektywy konstrukcji odpowiedzialności deliktowej jest bezprzedmiotowa. Autorka bowiem, jak już wspomniano, błędnie odczytuje dotychczasowe orzecznictwo BGH dotyczące odpowiedzialności za unice-

W doktrynie polskiej najbardziej prawidłowego i zarazem zwięzłego przedstawienia niemieckiej problematyki odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki w zestawieniu jej z problematyką odpowiedzialności wspólnika z tytułu naruszenia obowiązków lojalności w spółce z o.o. (wobec spółki lub pozostałych wspólników), a także niestanowiącą przedmiotu analizy w niniejszym opracowaniu problematyką koncernowej odpowiedzialności strukturalnej podmiotu dominującego uniezależnionej od winy i związku przyczynowego, w ramach której stosuje się *per analogiam* § 302 AktG, dokonał A. Opalski⁹⁹⁵. Autor ten wymienia zarazem charakterystyczne przykłady zachowań wspólnika zaliczanych do grupy przypadków unicestwienia egzystencji spółki w postaci pozbawiania spółki przynależnych jej szans korporacyjnych, przenoszenia zyskowych obszarów działalności na inne spółki oraz powodowania podejmowania przez nią szczególnie ryzykownej działalności, a także ograniczania obecności spółki na rynku⁹⁹⁶. Te same przykłady zachowań zaliczanych w Niemczech do grupy przypadków mieszczących się w pojęciu unicestwienia egzystencji spółki autor wymienia w swoim innym opracowaniu przy okazji omawiania problematyki dominacji nad spółką na gruncie prawa polskiego⁹⁹⁷, podkreślając, że w takich przypadkach możliwe jest pociągnięcie wspólników do odpowiedzialności odszkodowawczej wobec spółki lub jej wierzycieli⁹⁹⁸. Wynika to z faktu, że A. Opalski koncentruje się na zagadnieniu unicestwienia egzystencji spółki przy okazji omawiania problematyki odpowiedzialności podmiotów w zgrupowaniu spółek, traktując ten rodzaj odpowiedzialności jako jedną z możliwych podstaw odpowiedzialności podmiotu dominującego w zgrupowaniu spółek⁹⁹⁹, przyjmując z resztą słusznie, że większość stanów faktycznych mieszczących się w grupie przypadków unicestwienia egzystencji spółki, jak również innych przypadków nadużycia formy prawnej spółki kapitałowej, występuje w praktyce w strukturach koncernowych.

Przypadek zaliczany w niemieckiej doktrynie do grupy przypadków unicestwienia egzystencji spółki omawia również w swoim artykule A. Karolak¹⁰⁰⁰. Rozważając możliwość pociągnięcia spółki dominującej do odpowiedzialności za zobowiązania zależnej od niej spółki kapitałowej, zwraca on uwagę na deliktową podstawę odpowiedzialności, podkreślając że odpowiedzialność taka „musiałaby kształtować się w granicach

stwienie egzystencji spółki, zakładając, że oparte było ono od samego początku wyłącznie na deliktowej podstawie odpowiedzialności.

⁹⁹⁵ Zob. A. Opalski, *Prawo...*, s. 62–68.

⁹⁹⁶ *Ibidem*, s. 66.

⁹⁹⁷ Zob. punkt powyżej.

⁹⁹⁸ Zob. A. Opalski, *Problematyka...*, s. 17.

⁹⁹⁹ Por. podsumowanie rozważań autora na temat, jak on sam to określa, trójstopniowego modelu odpowiedzialności w niemieckich zgrupowaniach z udziałem zależnych spółek z o.o.: A. Opalski, *Prawo...*, s. 68.

¹⁰⁰⁰ A. Karolak, *op. cit.*, s. 9–10.

wyznaczonych ogólnymi zasadami prawa cywilnego¹⁰⁰¹. A zatem, mimo że mowa jest o odpowiedzialności za zobowiązania spółki, odpowiedzialność wspólnika byłaby odpowiedzialnością za czyn własny (delikt) wspólnika. Deliktową odpowiedzialność wspólnika uzasadnia w szczególności odbieranie przez niego spółce zależnej jej kontrahentów, co stanowi właśnie przypadek zaliczany w Niemczech do grupy przypadków unicestwienia egzystencji spółki, a także transfer kapitału ze spółki zależnej do spółki dominującej¹⁰⁰². Jeżeli następstwem takich działań będzie zubożenie spółki zależnej w stopniu uniemożliwiającym wykonywanie przez nią zaciągniętych zobowiązań, po stronie wierzycieli spółki zależnej powstanie szkoda, która powinna podlegać rekompensacie w drodze odpowiedzialności deliktowej wspólnika. Wymaga to wykazania przez wierzyciela poniesionej przez niego szkody (*damnum emergens* oraz *lucrum cessans*) przejawiającej się w niemożliwości wyegzekwowania od spółki zależnej należnego mu (na podstawie umowy zawartej ze spółką zależną) świadczenia, obiektywnego (bezprawność) oraz subiektywnego elementu winy (wina umyślna w postaci zamiaru bezpośredniego albo ewentualnego; wina nieumyślna w postaci lekkomyślności albo niedbalstwa) towarzyszącego zachowaniu się wspólnika (w postaci działania albo zaniechania) oraz związku przyczynowego między zawinionym zachowaniem wspólnika a szkodą wierzyciela. Związek ów będzie miał zwłaszcza miejsce właśnie wtedy, gdy skutek odebrania spółce kontrahentów przez wspólnika dominującego, nastąpi jej zubożenie i niemożliwość zaspokojenia wymagalnych zobowiązań¹⁰⁰³.

3. Zastosowanie koncepcji nadużycia osobowości prawnej w polskim orzecznictwie

Judykatura polska nie przejęła dyskutowanych w polskiej doktrynie koncepcji nadużycia osobowości prawnej albo nadużycia formy prawnej spółki z o.o. (kapitałowej) w stopniu pozwalającym na pogłębioną analizę tej problematyki w praktyce orzeczniczej. W przeciwieństwie do sądów niemieckich, sądy polskie nie wykazywały aktywności prawotwórczej w tym zakresie, co wynika zapewne z innego pojmowania w polskiej doktrynie (zwłaszcza w teorii oraz metodologii prawa) i judykaturze roli sądownictwa w procesie stosowania prawa.

Jak już wyżej wspomniano¹⁰⁰⁴, w polskiej doktrynie wyrażane jest odosobnione stanowisko, zgodnie z którym „nadużycie formy prawnej spółki stanowi samodzielną

¹⁰⁰¹ *Ibidem*, s. 10.

¹⁰⁰² *Ibidem*. Przypadek transferu majątku ze spółki zależnej do spółki dominującej w zależności od jego konkretnego ukształtowania również może stanowić zachowanie unicestwiające egzystencję spółki.

¹⁰⁰³ Zob. *ibidem*.

¹⁰⁰⁴ Zob. rozdz. IX pkt 2 powyżej.

podstawę roszczeń wierzycieli wobec współnika z tytułu czynności dokonanych formalnie przez samą spółkę bez potrzeby powoływania się na inne podstawy prawne tej odpowiedzialności [np. regulowane przepisami o czynach niedozwolonych lub odpowiedzialności kontraktowej [...]]¹⁰⁰⁵. Zdaniem Z. Jary, należy oczekiwać, że również polskie orzecznictwo będzie zmierzać w tym kierunku, a jako uzasadnienie dla tej tezy przywołuje on fragment uzasadnienia wyroku SN z dnia 24 listopada 2009 r. w sprawie V CSK 169/09¹⁰⁰⁶.

W uzasadnieniu przedmiotowego orzeczenia SN stwierdził na kanwie rozpatrywanej sprawy, że „nie ma podstaw do wyłączenia bezpośredniej, osobistej odpowiedzialności współnika spółki z ograniczoną odpowiedzialnością za szkody wyrządzone osobom trzecim. **Jest to jednak zawsze osobista odpowiedzialność współnika spółki kapitałowej za własne zawinione zachowanie wyrządzające szkodę osobom trzecim, a nie odpowiedzialność współnika za zobowiązania tych spółek** [pogrubienie P.M.W]”¹⁰⁰⁷.

Nie sposób zatem przywoływać tego orzeczenia jako przykładu zarysowującej się rzekomo w orzecznictwie sądów polskich tendencji do konstruowania samodzielnej podstawy prawnej odpowiedzialności współników spółki z o.o. niezależnej od innych podstaw prawnych odpowiedzialności, w szczególności odpowiedzialności deliktowej, jak czyni to Z. Jara. Wręcz przeciwnie. Wyrok SN stanowi wyraz konserwatywnego podejścia Sądu Najwyższego do problematyki nadużycia osobowości prawnej, do której odniósł się w przedmiotowej sprawie Sąd Okręgowy w W. jako sąd drugiej instancji. Należy zresztą podkreślić, że również Sąd Okręgowy, poszukując rozwiązań prawnych „odnoszących się do skutków takich relacji pomiędzy jednoosobową spółką a jej współnikiem, które prowadzą do pokrzywdzenia wierzycieli”¹⁰⁰⁸, uznał, że wchodzącą w rachubę podstawę prawną takiej odpowiedzialności stanowią przepisy o czynach niedozwolonych, a konkretnie art. 415 k.c.¹⁰⁰⁹ Sąd Najwyższy natomiast uznał za bardziej właściwą podstawę prawną odpowiedzialności współnika spółki z o.o. za czyn własny art. 416 k.c.¹⁰¹⁰

¹⁰⁰⁵ Tak wyraźnie Z. Jara, *op. cit.*, art. 151, nb 46. Wyrazicielem tego poglądu jest również S. Gurgul, *Odpowiedzialność...*, s. 1149.

¹⁰⁰⁶ LEX nr 627248.

¹⁰⁰⁷ Wyrok SN z dnia 24 listopada 2009 r., V CSK 169/09, uzasadnienie prawne, 3 akapit od końca.

¹⁰⁰⁸ Niestety, przedmiotowa sprawa nie pozwala na rzetelne przedstawienie jej stanu faktycznego, ponieważ Sąd Okręgowy orzekł o roszczeniu powoda, powołując się na okoliczności, które nie wynikały ani z twierdzeń pozwu, ani z dalszych twierdzeń powoda wyrażonych w toku postępowania, naruszając w związku z tym art. 321 § 1 k.p.c. przez orzekanie na podstawie okoliczności faktycznych nieobjętych twierdzeniami powoda. Jak podkreślił SN, do naruszenia tego przepisu dochodzi również wówczas, „gdy sąd drugiej instancji orzeka na podstawie przeprowadzonych z urzędu dowodów na okoliczności, które nie wchodziły w zakres podstawy faktycznej żądania powoda” (pkt 2 sentencji przedmiotowego wyroku).

¹⁰⁰⁹ Wyrok SN z dnia 24 listopada 2009 r., V CSK 169/09, uzasadnienie faktyczne, 5 akapit od góry.

¹⁰¹⁰ *Ibidem*, uzasadnienie prawne, 3 akapit od końca.

Do koncepcji nadużycia osobowości prawnej Sąd Najwyższy odniósł się bezpośrednio jeszcze w swoich orzeczeniach wydanych w Izbie Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych, a pośrednio w jednym orzeczeniu wydanym w Izbie Cywilnej.

W dwóch sprawach z zakresu prawa pracy, które zostały rozstrzygnięte przez SN wyrokiem z dnia 5 listopada 2013 r. (II PK 50/13) oraz wyrokiem z dnia 20 listopada 2013 r. (II PK 55/13), Sąd Najwyższy poczynił rozważania na temat problematyki nadużycia osobowości prawnej w zgrupowaniu spółek. W obydwu sprawach stan faktyczny był zbliżony, a rozważania prawne SN dotyczące nadużycia osobowości prawnej w zasadzie identyczne, dlatego też przedstawione zostanie w skrócie stanowisko SN wyrażone w pierwszym z tych orzeczeń – wyroku z dnia 5 listopada 2013r w sprawie II PK 50/13.

W przedmiotowej sprawie powodowie zostali zatrudnieni na stanowiskach ochroniarzy przez pozwaną spółkę DGP D. Grupa Polska sp. z o.o. w L. Jednocześnie zawarli oni w tym samym czasie z zależną od pozwanej i należącą do jej grupy kapitałowej spółką PU „G.-Z.” umowy zlecenia o świadczenie usług ochroniarskich. Składy osobowe obydwu spółek są takie same. Jedynie osoby wchodzące w ich skład mają przypisane odwrotne funkcje. Konstrukcja, jaka miała miejsce w tej strukturze koncernowej, sprowadzała się do tego, że powodowie świadczyli tożsame rodzajowo prace ochroniarskie formalnie na rzecz odrębnych podmiotów, przy czym regularny czas pracy zaliczany był na koniec okresu rozliczeniowego do czasu pracy obciążającego pozwanego jako pracodawcę, podczas gdy godziny nadliczbowe były zarachowywane na rzecz innej spółki z grupy w ramach zawartej z tą spółką umowy zlecenia. Sądy obydwu instancji uznały taką konstrukcję za nadużycie przewagi ekonomicznej strony pozwanej, a świadczenie tej samej rodzajowo pracy, jaką określono w umowach o pracę, w ramach umowy zlecenia stanowiło, zdaniem sądów, obejście przepisów prawa pracy o czasie pracy i wynagrodzeniu za pracę w godzinach nadliczbowych. Zdaniem SO „ukształtowanie przez pozwanego więzi prawnych stanowi nadużycie ekonomicznej przewagi nad pracownikami, a wykonywanie przez nich tej samej pracy po godzinach pracy w ramach umów cywilnoprawnych stanowi kontynuowanie stosunku pracy w godzinach nadliczbowych na rzecz pozwanej”¹⁰¹¹. W konsekwencji Sąd Okręgowy przyjął za Sądem Rejonowym, że umowy zlecenia zawarte z innymi spółkami należącymi do grupy były nieważne jako zawarte dla obejścia prawa (art. 58 § 1 k.c. w zw. z art. 300 k.p.), ponieważ wykraczały poza sferę swobody prowadzenia działalności gospodarczej. Równocześnie SO przywołał inną możliwą podstawę prawną swojego rozstrzygnięcia, odwołując się do koncepcji pracodawcy w znaczeniu ekonomicznym (kapitałowym), która,

¹⁰¹¹ Zob. wyrok SN z dnia 5 listopada 2013 r., II PK 50/13, uzasadnienie faktyczne.

zdaniem sądu, obowiązuje nie tylko w zakresie zbiorowego prawa pracy, lecz również w indywidualnym prawie pracy.

Sąd Najwyższy uznał, że zaskarżony skargą kasacyjną wyrok Sądu Okręgowego nie poddaje się kontroli z tego powodu, że „motywy w nim zawarte są motywami wynikającymi z dwóch nowych koncepcji teoretycznych, które wzajemnie się wykluczają”. SN uchylił zaskarżony wyrok i przekazał sprawę Sądowi Okręgowemu w Legnicy do ponownego rozpoznania, ponieważ SO podał dwie odmienne subsumpcje w celu uzasadnienia wyroku, powołując się przy tym na koncepcje „brawurowe w zakresie układania stosunków pracy w grupie kapitałowej i przepływów pracy między spółkami z grupy”¹⁰¹². W ramach pierwszej koncepcji, uznając umowy zlecenia za nieważne wskutek obejścia prawa SO nie ingeruje, jak słusznie stwierdza SN, w podmiotowość spółki z o.o. jako pracodawcy. W ramach drugiej zaś koncepcji ekonomicznego pracodawcy uznaje on w istocie za pracodawcę całą grupę kapitałową¹⁰¹³.

Sąd Najwyższy, przychylając się zasadniczo do pierwszej koncepcji, zauważył, że sądy obydwu instancji, mimo że wyraźnie tego nie wyartykułowały, sięgnęły w swoich rozstrzygnięciach do koncepcji nadużycia osobowości prawnej. Powołując się na monografię autorstwa T. Targosza oraz A. Opalskiego, SN stwierdził, że koncepcje nadużycia osobowości prawnej oraz pominięcia prawnej odrębności osób prawnych stanowią „wraz dezaprobaty dla przypadków, w których korzystanie ze swobody w kreowaniu osób prawnych prowadzi do szczególnie negatywnych konsekwencji dla uczestników obrotu” i zwrócił uwagę na to, że w polskich realiach prawnych „rozważania w tym zakresie dopiero się pojawiają”. W judykaturze z zakresu prawa pracy wskazuje się, jak podkreślił SN, na możliwość zastosowania tej koncepcji w celu wsparcia argumentacji o tzw. pracodawcy ekonomicznym w zbiorowym prawie pracy. Powołując się na wcześniejsze orzeczenie SN z dnia 3 czerwca 2008 r. w sprawie I PK 311/07, Sąd Najwyższy zwrócił uwagę, że w wyroku tym dostrzeżona została „możliwość uznania obowiązków rzekomo wykonywanych na rzecz dwóch podmiotów jako obowiązków wykonywania w ramach jednego stosunku pracy”¹⁰¹⁴. Działanie takie niesie ze sobą, zdaniem SN, wszystkie cechy tzw. przebicia przez przypisanie¹⁰¹⁵ (*Zurechnungsdurchgriff*), które w niniejszej pracy określane jest mianem „przybicia przyporządkowującego”. SN prawidłowo opisuje

¹⁰¹² *Ibidem*, uzasadnienie prawne.

¹⁰¹³ Sąd Najwyższy odnosi się z dużym sceptycyzmem do tego drugiego ujęcia, zwracając uwagę, że propozycje zgłaszane *de lege lata* w doktrynie, aby uznać holding jako swoistą jednostkę organizacyjną za pracodawcę w rozumieniu art. 3 § 1 k.p. budzą „niezwykle poważne zastrzeżenia konstrukcyjne i praktyczne”. Podstawową kwestią, która z procesowego punktu widzenia wymagałaby rozstrzygnięcia, jest ustalenie, jaki podmiot (podmioty) miałyby występować w procesie po stronie pozwanej. Zob. wyrok SN z dnia 5 listopada 2013 r., II PK 50/13, uzasadnienie faktyczne i prawne.

¹⁰¹⁴ *Ibidem*, uzasadnienie prawne.

¹⁰¹⁵ Tak dosłownie SN w cytowanym wyroku za A. Opalskim, *Prawo...*, s. 474 i n.

istotę przebicia przez przypisanie, polegającą na uznawaniu działania podejmowanego przez jeden podmiot za działania (w istocie) innego podmiotu. Jednocześnie Sąd odnosi się, choć nie w sposób bezpośredni, do koncepcji odpowiedzialności przebijającej (*Durchgriffshaftung*), wskazując na jej szczególną grupę przypadków w postaci pomieszania sfer w jej aspekcie podmiotowym oraz przedmiotowym. Zdaniem SN „oceny te nie prowadzą jeszcze do rozstrzygnięcia problemu w świetle polskich regulacji prawnych. O ile bowiem możliwe pozostaje, przy pomocy przedstawionych kryteriów, zidentyfikowanie stanu nadużycia osobowości prawnej, o tyle zasadniczą trudność stanowi dobór instrumentu prawnego, który miałby mu przeciwdziałać”¹⁰¹⁶.

Sąd Najwyższy, powołując się na A. Opalskiego, zwrócił uwagę, że w literaturze proponuje się w takich sytuacjach sięgnięcie do konstrukcji obejścia prawa (art. 58 § 1 k.c.) jako narzędzia zapobiegania nadużycia prawa w następstwie posłużenia się konstrukcją spółki i przyjął, że można uznać na podstawie tej normy za nieważne czynności prawne, które zostały dokonane w warunkach pomieszania sfer. Zdaniem SN, „w razie przyjęcia koncepcji nieważności czynności prawnych zawartych dla obejścia prawa, można łatwiej i skuteczniej osiągnąć efekt w postaci przypisania jednemu z podmiotów w grupie spółek zadań pracodawcy, a co za tym idzie, przypisania mu odpowiedzialności np. z tytułu wynagrodzenia za pracę w godzinach nadliczbowych”¹⁰¹⁷. Jak podkreśla SN, działanie takie może mieć charakter jedynie „wyjątkowy, ograniczony do określonego przypadku i uzasadniony jego okolicznościami”. Jak dalej wskazuje SN: „nie można bowiem co do zasady zakwestionować w obowiązującym stanie prawnym zasady prawnej odrębności – a także odpowiedzialności – poszczególnych spółek wchodzących w skład grupy. Można jednak, korzystając choćby z instytucji nieważności czynności prawnej ze względu na obejście prawa, niwelować przypadki skrajne, w których swoboda tworzenia tych podmiotów, a właściwie swoboda umów, które podmioty takie zawierają, jest nadużywana”¹⁰¹⁸.

Ostatecznie jednak Sąd Najwyższy nie posłużył się w przedmiotowej sprawie konstrukcją obejścia prawa, argumentując, że „nie chodzi tu o przypisanie spółkom zależnym od pozwanej chęci obejścia prawa, czy zawierania pozornych kontraktów, bowiem to nie te podmioty miały cel ekonomiczny w takim obejściu prawa czy fikcyjnym kształtowaniu wzajemnych relacji między pracownikami i pozwanym, lecz o ocenę stanu faktycznego, w którym *de facto* praca była wykonywana pod kierunkiem i na zlecenie pozwanego, przez niego była oceniana co do ilości i sumowana”. To właśnie pozwany, zdaniem SN, pełnił „stale funkcje kierownicze i nadzorcze wobec pracujących. Kwestią

¹⁰¹⁶ Tak wyraźnie wyrok SN z dnia 5 listopada 2013 r., II PK 50/13, uzasadnienie prawne.

¹⁰¹⁷ *Ibidem*.

¹⁰¹⁸ *Ibidem*.

natomiast techniczno-organizacyjną było «papierowe» przypisywanie tej pracy spółkom zależnym wówczas, gdy jej ilość przekraczała normalny czas pracy”. W konsekwencji Sąd Najwyższy uznał, że w przedmiotowym stanie faktycznym praca była cały czas wykonywana na rzecz pozwanego jako jednego pracodawcy w ramach tego samego – jednego – stosunku pracy, a zawarte umowy zlecenia nigdy nie zostały wypełnione konkretną treścią, ich charakter pozostał ramowy i jako takie nie rodziły stosunku obligacyjnego. Były one „nie tyle pozorne, co uśpione”¹⁰¹⁹.

Pomijając aspekt dogmatycznej poprawności konstrukcji „uśpionej” umowy zlecenia, można uznać, że Sąd Najwyższy w drodze poczynienia odpowiednich ustaleń faktycznych na podstawie całokształtu okoliczności sprawy oraz przez wykładnię treści umowy łączącej pracowników z pozwaną spółką-matką (przy uwzględnieniu treści i sposobu wykonywania umów zlecenia) dokonał właściwej identyfikacji strony czynności prawnej, a więc zrealizował w sposób prawidłowy mechanizm, który postuluje się w doktrynie do rozstrzygania problemów prawnych związanych z pomieszaniem sfer spółki i wspólnika¹⁰²⁰.

W kolejnej sprawie z zakresu prawa pracy rozstrzygniętej przez Sąd Najwyższy w Izbie Pracy Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych wyrokiem z dnia 18 września 2014 r. (III PK 136/13) powódka zatrudniona w spółce zależnej domagała się od pozwanej spółki dominującej zapłaty brakującej części odprawy w ramach wyrównania należnego, jej zdaniem, świadczenia. W ramach programu dobrowolnych odejść otrzymała bowiem ona od swego pracodawcy – Zakładu Remontowego działającego w formie spółki z o.o. odprawę w wysokości 18-miesięcznego wynagrodzenia zgodnie z obowiązującym w tym zakładzie Pakietem Gwarancji Pracowniczych oraz „Programem Dobrowolnych Odejść”, podczas gdy w spółce dominującej obowiązywały korzystniejsze zasady

¹⁰¹⁹ *Ibidem*. W konsekwencji SN sformułował następującą tezę: „Umowa zlecenia nie rodzi stosunku obligacyjnego, gdy nie są realizowane ani obowiązki zleceniodawcy, ani na jego rzecz obowiązki zleceniobiorcy a praca, o której mowa w tej umowie, jest realizowana w ramach stosunku pracy nawiązanego z innym podmiotem”. W kontekście wcześniejszych wywodów SN zawartych w uzasadnieniu omawianego wyroku można pokusić się o uwagę, że przynajmniej na płaszczyźnie werbalnej, określając umowy zlecenia jako „nie tyle pozorne, co uśpione”, nie tylko Sąd Okręgowy, ale i sam SN wydaje się żywić sympatię do „brawurowych” koncepcji.

¹⁰²⁰ Zob. rozdz. X pkt 2.2 powyżej. Por. również A. Opalski, *Problematyka...*, s. 19. Należy podnieść, że w przedmiotowej sprawie można dopatrzeć się niezawinionych przez pracowników trudności w identyfikacji strony czynności prawnej, ponieważ pracownicy nie mieli wpływu na przypisanie ich pracy bądź to na rzecz spółki-matki, bądź to na rzecz spółek od niej zależnych. Nawet jednak, gdyby przyjąć, że do przedmiotowej sprawy nie można zastosować różnych normatywnych koncepcji przyjmowanych w ramach grupy przypadków pomieszania sfer, czy to podmiotowego, czy to przedmiotowego, można uznać, że już same ustalenia faktyczne poczynione przez sąd pracy świadczyły o faktycznym wykonywaniu pracy na rzecz jednego pracodawcy w ramach tego samego (jedynego) stosunku pracy. Ustaleniu zatem podlegał zakres praw i obowiązków stron, a także czas pracy świadczonej w ramach jednego stosunku pracy łączącego pracowników z pozwaną spółką. Metoda zastosowana przez SN bliska jest zatem metodzie wykładni stosowanej w ramach tzw. przebiccia przyporządkowującego. Por. rozdz. IV pkt 3.1 powyżej.

przyznawania odpraw pieniężnych, w ramach których powódka, gdyby była tam zatrudniona, otrzymałaby odprawę 36-miesięczną. Sądy obydwu instancji oddaliły powództwo powódki, uznając, że w przedmiotowej sprawie nie została naruszona zasada równego traktowania pracowników, ponieważ sytuacja powódki nie była tożsama z sytuacją osób zatrudnionych w spółce dominującej, „gdyż Zakład Remontowy (spółka zależna) oraz spółka dominująca (strona pozwana) stanowiły dwa odrębne i niezależne od siebie podmioty prawne”. Każda z tych spółek była „odrębnym pracodawcą uprawnionym do różnicowania sytuacji prawnej podległych mu pracowników”¹⁰²¹.

Sąd Najwyższy uchylił zaskarżony przez powódkę wyrok Sądu Okręgowego i przekazał mu sprawę do ponownego rozpoznania, podnosząc, że w przedmiotowym stanie faktycznym „mogło dojść do nadużycia konstrukcji osobowości prawnej spółki dominującej, które spowodowało nieuzasadnione (nieusprawiedliwione) zróżnicowanie sytuacji prawnej między pracownikami zatrudnionymi w spółce dominującej a pracownikami spółek zależnych (w tym Zakładu Remontowego)”¹⁰²². Zakład Remontowy zatrudniający powódkę jako pracodawca pozostawał bowiem w ścisłej więzi ekonomiczno-organizacyjnej ze spółką dominującą, u której byli zatrudnieni pracownicy traktowani (w zakresie prawa odprawy) lepiej niż powódka. Dodatkowo Zakład Remontowy pierwotnie wchodził w skład przedsiębiorstwa spółki dominującej, następnie został wyodrębniony, utworzony jako samodzielna spółka i funkcjonował jako podmiot zależny od spółki dominującej, aby następnie po jego likwidacji, która nastąpiła po rozwiązaniu stosunku pracy z powódką, znowu stać się częścią składową spółki dominującej, która przejęła ten zakład pracy w trybie art. 23¹ k.p. Zakład Remontowy jako pracodawca powódki był jednostką powiązaną kapitałowo ze spółką dominującą i ekonomicznie uzależniony od niej, co przejawiało się w szczególności w tym, że pracownicy zakładu kwalifikujący się do uczestnictwa w „Programie Dobrowolnych Odejsć” „byli przez pracodawcę umieszczani na specjalnych imiennych listach, następnie kierowani do działu kadr spółki-matki (do podmiotu, który nie był ich pracodawcą), a tam oferowano im zawarcie porozumienia rozwiązującego stosunek pracy i wypłatę stosownej odprawy”¹⁰²³.

Odwołując się do koncepcji nadużycia osobowości prawnej, Sąd Najwyższy przywołał jego typowy przykład pomieszanie sfer w jego aspekcie rzeczowym i przedmiotowym oraz podkreślił, że „istota omawianej instytucji [...] na gruncie prawa pracy polega na tym, że rzeczywisty «właściciel» zakładu pracy doprowadza swoim działaniem (przekształcając odpowiednio struktury organizacyjne) do formalnego związania pracownika stosunkiem umownym z podmiotem od siebie uzależnionym i pozbawionym uprawnień

¹⁰²¹ Takie stanowisko wyraźnie sformułował Sąd Okręgowy jako sąd odwoławczy. Zob. wyrok SN z dnia 18 września 2014 r., III PK 136/13, uzasadnienie faktyczne.

¹⁰²² *Ibidem*, uzasadnienie prawne.

¹⁰²³ *Ibidem*.

«właścicielskich», co może prowadzić do obejścia prawa i uniknięcia zobowiązań pracowników”. Zdaniem SN, „korzystanie przez «właściciela» ze swobody w kreowaniu osób prawnych [...] niejednokrotnie prowadzi do negatywnych konsekwencji w stosunku do pozostałych uczestników obrotu prawnego, zwłaszcza wobec pracowników”. W przedmiotowej sprawie SN nie odniósł się jednak wyraźnie do kwestii, czy miało w niej miejsce nadużycie osobowości prawnej i obejście przepisów prawa pracy, stwierdzając, jak już wyżej wspomniano, że „mogło dojść do nadużycia konstrukcji osobowości prawnej spółki dominującej”.

Odnosząc się do skutków prawnych takiego nadużycia, SN podkreślił, że „w celu realizacji funkcji ochronnej prawa pracy [...] zachodzi konieczność doboru odpowiednich instrumentów prawnych, które będą skutecznie przeciwdziałać takim niepożądanym (a czasami wręcz patologicznym) zjawiskom”. Jak dalej stwierdził SN, „w aktualnym stanie prawnym nie są przewidziane żadne szczególne konstrukcje prawne przeciwdziałające nadużywaniu podmiotowości prawnej i pozwalające na pomijanie prawnej odrębności osób prawnych. Konieczna jest więc odpowiednia wykładnia obowiązujących przepisów pozwalająca – mimo braku możliwości kwestionowania zasady prawnej odrębności poszczególnych podmiotów wchodzących w skład tej samej grupy kapitałowej – na przeciwdziałanie skrajnym (wyjątkowym) przypadkom, w których jest nadużywana swoboda tworzenia tych podmiotów”¹⁰²⁴. Dlatego też SN w rozpoznawanej sprawie uznał, że „wystarczająca jest odpowiednia wykładnia przepisów równego traktowania pracowników, sprowadzająca się do przyjęcia, że w przypadku nadużycia przez spółkę dominującą konstrukcji osobowości prawnej, ocena naruszenia zasady równego traktowania w zatrudnieniu (art. 11² i art. 18 § 3 k.p.) może nastąpić przez porównanie sytuacji pracownika spółki zależnej będącej pracodawcą (art. 3 k.p.) z sytuacją pracowników spółki dominującej”¹⁰²⁵. W konsekwencji SN za zasadny uznał zarzut naruszenia przez pozwaną spółkę dominującą art. 11² k.p.¹⁰²⁶

Również w przedmiotowej sprawie SN posłużył się metodami wykładni, aby uzyskać efekt w postaci „przebicia”. Z jednej strony, powołując się na pomieszczenie sfer (w ujęciu podmiotowym), odniósł się zatem do należącej w Niemczech do klasycznych przypadków przebicia grupy odpowiedzialności przebijającej za pomieszczenie sfer spółki i wspólnika, z drugiej strony – można się dopatrzeć w działaniu SN zastosowania konstrukcji „przebicia przyporządkowującego” (przebicia przez przypisanie), które właśnie polega na przypisaniu jednemu podmiotowi cech i stanu wiedzy drugiego podmiotu,

¹⁰²⁴ *Ibidem*.

¹⁰²⁵ *Ibidem*.

¹⁰²⁶ W tym miejscu pominięte zostaną rozważania SN dotyczące kwestii legitymacji biernej po stronie pozwanej spółki dominującej, które to zagadnienie zostało w sposób wyczerpujący objaśnione w prezentowanym wyroku.

a w rezultacie przyporządkowanie skutków określonych zdarzeń prawnych do właściwego podmiotu¹⁰²⁷.

Wreszcie, w uzasadnieniu wyroku z dnia 29 kwietnia 2011 r. wydanego w sprawie I CSK 517/10 w Izbie Cywilnej Sąd Najwyższy odniósł się jedynie pośrednio do koncepcji nadużycia osobowości prawnej, powołując się na monografię autorstwa T. Targosza. Przedmiotowa sprawa dotyczyła postępowania o usunięcie niezgodności między stanem prawnym nieruchomości ujawnionym w księdze wieczystej a rzeczywistym stanem prawnym (art. 10 ustawy o księgach wieczystych i hipotece¹⁰²⁸). W orzeczeniu tym SN potwierdził i zaaprobował stanowisko doktryny, zgodnie z którym „w odniesieniu do rękojmi wiary publicznej ksiąg wieczystych przypisanie złej wiary jednemu wspólnikowi spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, będącemu osobą fizyczną i niepozostającym członkiem zarządu tej spółki, uprawnia do przypisaniu stanu złej wiary również samej spółce”. SN podkreślił zarazem, że „jako zasadę uznać należy, że zła wiara którejkolwiek z organów spółki musi pociągać za sobą uznanie złej wiary samej spółki”¹⁰²⁹. Ponieważ stanowiąca przedmiot zainteresowania Sądu konstrukcja nadużycia osobowości prawnej dotyczy nieobjętego analizą w niniejszej rozprawie tzw. przebicia przyporządkowującego (przebicia przez przypisanie; *Zurechnungsdurchgriff*), szersze omówienie tego wyroku nie jest konieczne.

¹⁰²⁷ Por. rozdz. IV pkt 3.1.

¹⁰²⁸ Ustawa z dnia 6 lipca 1982 r. o księgach wieczystych i hipotece, Dz.U. 2013, poz. 707 t.j. ze zm. Dalej w skrócie jako u.k.w.h.

¹⁰²⁹ Zob. Wyrok SN z dnia 29 kwietnia 2011 r., I CSK 517/10, uzasadnienie prawne, w którym SN wyraźnie powołał się na monografię T. Targosza, *Nadużycie...*, s. 178–179.

Krytyka koncepcji odpowiedzialności przebijającej, koncepcji nadużycia osobowości prawnej oraz nadużycia formy prawnej spółki w polskiej doktrynie i orzecznictwie

1. Krytyka ogólna

Jak już wspomniano powyżej, doktryna polskiego prawa spółek podchodzi z dużą ostrożnością, a nawet nieufnością do niemieckiej koncepcji odpowiedzialności przebijającej, wykazując duży sceptycyzm odnośnie do możliwości przejścia tej konstrukcji na grunt prawa polskiego. Za wyraziciela dominującego poglądu można uznać T. Targosza, który preferuje stosowanie „konwencjonalnych rozwiązań”, zamiast opracowywania na potrzeby prawa polskiego warunków dopuszczalności pomijania osobowości prawnej¹⁰³⁰.

Rozważając ewentualną możliwość przeniesienia konstrukcji nadużycia formy spółki na grunt prawa polskiego i przejścia rozwiązań obowiązujących w Niemczech oraz w systemie anglosaskim, M. Litwińska-Werner zwraca uwagę na to, że konstrukcje te „w wielu punktach prowadzą do zanegowania fundamentalnych zasad rządzących prawem spółek”. Dlatego też należy gruntownie zbadać, czy w świetle obowiązujących w polskim prawie regulacji istnieje konieczność sięgania do takich rozwiązań¹⁰³¹. Na płaszczyźnie ogólnej autorka stawia zagranicznym koncepcjom odpowiedzialności przebijającej, w tym rozwiązaniom niemieckim, zarzut, że operują one dość niejasnymi kryteriami i bazują na zróżnicowanych założeniach aksjologicznych, „co prowadzi do pewnej arbitralności rozstrzygnięć, dokonywanych przez sądy w odniesieniu do konkretnego przypadku, a nie generalnie”. Jak podkreśla autorka, „stosowane przesłanki odpowiedzialności, z istoty rzeczy dają dosyć duże możliwości ocenne, co prowadzi w efekcie także do nieprzewidywalności konkretnych rozstrzygnięć i nie pozwala na ustalenie jasnych przesłanek i granic odpowiedzialności”¹⁰³². M. Litwińska-Werner zwraca uwagę, że „prawo polskie przewiduje cały szereg «zabezpieczeń» dla wierzycieli w obu typach spółek” kapitałowych, spośród których szczególnie istotne są przepisy

¹⁰³⁰ Zob. T. Targosz, *Nadużycie...*, s. 233. Szerzej zob. rozdz. IX pkt 2 powyżej.

¹⁰³¹ M. Litwińska-Werner, *op. cit.*, s. 667.

¹⁰³² *Ibidem*, s. 671.

o odpowiedzialności członków zarządu, zwłaszcza art. 299 k.s.h. regulujący odpowiedzialność członków zarządu spółki z o.o. za zobowiązania spółki wobec jej wierzycieli. Zdaniem autorki ta „dominująca, jeśli chodzi o zakres podmiotowy odpowiedzialność członków organów – zwłaszcza zarządu, wydaje się uzasadniona, jako że to oni podejmują [...] najistotniejsze decyzje dotyczące funkcjonowania spółki.”¹⁰³³. Uważa ona, że odrębnie należy traktować stosunki koncernowe i przy kształtowaniu odpowiedzialności współników wobec wierzycieli spółek powinno się uwzględnić specyfikę układu powiązań pomiędzy podmiotami i zamierzone podporządkowanie jednego podmiotu drugiemu¹⁰³⁴. Swoistą przeciwwagą dla „czystej” problematyki dominacji stanowi tutaj „problem samoistnego interesu koncernu, mającego charakter nadrzędny w stosunku do relacji pomiędzy podmiotami tworzącymi dany układ zależności”¹⁰³⁵. W przypadkach koncernowych rozważyć można wprowadzenie regulacji autonomicznej uwzględniających ich specyfikę albo „«wkomponowanie» ich w przepisy regulujące funkcjonowanie podmiotów prawa cywilnego [...] z odwołaniem się do ogólnych reguł odpowiedzialności”¹⁰³⁶. Konkludując, M. Litwińska-Werner stwierdza, że „do przenoszenia na grunt polski konstrukcji odpowiedzialności przebijającej należy podchodzić z dużą ostrożnością, mając na uwadze problemy, z jakimi borykają się przede wszystkim sądy tych państw, w których podjęto się próby praktycznej weryfikacji tej koncepcji”¹⁰³⁷.

Ciekawej krytyce poddał zarówno koncepcję odpowiedzialności przebijającej, jak i koncepcję nadużycia prawa do posługiwania się formą osoby prawnej (autorstwa R. Szczepaniaka) A. Opalski. Krytyka ta jest zasługująca na szczególną uwagę, ze względu na jej przemyślane dogmatyczne uzasadnienie. Odnosząc się do koncepcji „nadużycia formy prawnej spółki”, A. Opalski podkreślił, że „nie może ona stanowić podstawy generalnego przypisania działań spółki kapitałowej jej współnikowi ani przypisania odpowiedzialności w oderwaniu od wykonywania określonego prawa podmiotowego”¹⁰³⁸. W kontekście omawianej w niniejszej pracy problematyki odpowiedzialności współników spółki z o.o. istotny jest aspekt tej krytyki odnoszący się właśnie do kwestii odpowiedzialności. Jak mianowicie podkreśla A. Opalski, „samego posłużenia się formą prawną spółki nie można kwalifikować w kategoriach wykonywania prawa podmiotowego”, a przywilej „braku odpowiedzialności współników za zobowiązania spółki należy rozpatrywać jedynie w kategoriach norm prawnych będących dla współników źródłem korzystnej sytuacji prawnej, nieustanawiających jednak prawa podmiotowego na

¹⁰³³ *Ibidem*, s. 673.

¹⁰³⁴ *Ibidem*, s. 673.

¹⁰³⁵ *Ibidem*, s. 670–671.

¹⁰³⁶ *Ibidem*, s. 674.

¹⁰³⁷ *Ibidem*.

¹⁰³⁸ Tak A. Opalski, *Problematyka...*, s. 13.

ich rzecz”¹⁰³⁹. Instytucja prawa podmiotowego zakłada, jak słusznie spostrzega A. Opalski, „korelatywne sprzężenie uprawnień przysługujących podmiotowi tego prawa z obowiązkami ciążącymi na pozostałych uczestnikach obrotu”, a prawo podmiotowe „wynika ze stosunku prawnego i istnieje wyłącznie w jego granicach”. Nie sposób jednak „skonstruować jakiegokolwiek obowiązku osób trzecich związanego z zasadą prawnej odrębności spółek kapitałowych i zasadą braku odpowiedzialności wspólników za zobowiązania tych spółek”. Zdaniem autora, posłużenia się formą prawną spółki nie można zatem zakwalifikować jako nadużycia prawa podmiotowego, lecz co najwyżej jako nadużycie prawa przedmiotowego – instytucji spółki. „Polskie prawo cywilne nie wypracowało jednak do tej pory konstrukcji nadużycia prawa przedmiotowego”¹⁰⁴⁰. Autor zwraca również uwagę na podkreślany powszechnie w doktrynie i judykaturze jedynie obronny charakter instytucji nadużycia prawa podmiotowego i niedopuszczalność oparcia roszczenia wyłącznie na fakcie nadużywania prawa podmiotowego przez przeciwnika¹⁰⁴¹. Tym samym autor krytycznie odnosi się do koncepcji R. Szczepaniaka w zakresie, w jakim ten określa prawo do posługiwania się formą osoby prawnej jako prawo podmiotowe¹⁰⁴². Autor krytykuje również propozycję R. Szczepaniaka, aby do nadużycia prawa do posługiwania się formą osoby prawnej stosować w drodze analogii instytucję nadużycia prawa podmiotowego na wypadek uznania, że nie stanowi ono prawa podmiotowego, lecz jedynie zbliżoną do niego więzkę wielu wolności, uprawnień i kompetencji. Zdaniem A. Opalskiego, analogia „nie powinna [...] być podstawą sięgania do instytucji wyjątkowej, jaką jest nadużycie prawa podmiotowego”¹⁰⁴³.

Krytyczne stanowisko A. Opalskiego wobec wykorzystywania koncepcji nadużycia prawa podmiotowego do walki z nadużyciami formy prawnej spółki podziela również W. Popiołek, który opowiada się przeciwko stosowaniu art. 5 k.c. jako podstawy prawnej odpowiedzialności spółki dominującej za zobowiązania spółki zależnej. Autor ten również podkreśla, że sytuacji prawnej wspólnika uczestniczącego w spółce nie można zakwalifikować jako prawa podmiotowego, m.in. z uwagi na brak stosunku prawnego między wspólnikami a osobami trzecimi, a co najwyżej za korzystną sytuację prawną, zwraca uwagę na defensywny charakter instytucji nadużycia prawa podmiotowego (art. 5 k.c. jako instrument obrony pozwanego) oraz dodaje, że nawet gdyby uznać zachowania wspólnika za nadużycie prawa podmiotowego, „to nie jest to jeszcze samo przez się wystarczające do skonstruowania podstawy materialnoprawnej odpowiedzialności spółki

¹⁰³⁹ *Ibidem*, s. 13.

¹⁰⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁰⁴¹ Zob. A. Opalski, *Problematyka...*, s. 13 i powołana tam literatura i orzecznictwo.

¹⁰⁴² A. Opalski zwraca również uwagę na przedstawiony powyżej problem „nachodzenia” kształtowanego przez R. Szczepaniaka ogólnego prawa podmiotowego do posługiwania się formą osoby prawnej na prawo podmiotowe w postaci członkostwa (por. *ibidem*, s. 14). Por. uwagi w rozdz. IX pkt 3 powyżej.

¹⁰⁴³ A. Opalski, *Problematyka...*, s. 14.

dominującej za szkodę wyrządzoną działaniem lub zaniechaniem spółki zależnej i wynikającego z takiej podstawy roszczenia”¹⁰⁴⁴.

Formułowana przez A. Opalskiego krytyka dopuszczalności pociągnięcia współników spółek kapitałowych do bezpośredniej odpowiedzialności wobec wierzycieli tychże spółek nie ogranicza się tylko do zanegowania koncepcji nadużycia prawa podmiotowego, ewentualnie prawa do posługiwania się formą osoby prawnej. Odnosząc się bezpośrednio do zagadnienia odpowiedzialności przebijającej współników i akcjonariuszy spółek kapitałowych, A. Opalski uznaje tę kwestię za problematyczną na gruncie prawa polskiego. Autor podkreśla, że przepisy art. 151 § 4 oraz art. 301 § 5 k.s.h., które wyłączają odpowiedzialność współników i akcjonariuszy za zobowiązania spółek kapitałowych, stanowią normy bezwzględnie obowiązujące. Zarzuty nadużycia formy prawnej spółki, obejścia prawa, a także odwołanie się do celowościowej wykładni przepisów, nie dają, jego zdaniem, „wystarczającej podstawy do uznania bezpośredniej odpowiedzialności współnika za zobowiązania spółki”, brak jest bowiem zasady czy normy prawnej, których interpretacja mogłaby prowadzić do uznania takiej odpowiedzialności¹⁰⁴⁵. Z jednej strony, te same argumenty, które zostały podniesione przy okazji krytyki koncepcji R. Szczepaniaka, przemawiają przeciwko uznaniu instytucji nadużycia prawa podmiotowego jako podstawy prawnej dla odpowiedzialności współników spółek kapitałowych, ponieważ „przywilej braku odpowiedzialności współników za zobowiązania spółki należy rozpatrywać jedynie w kategoriach normy prawnej, będącej dla współników źródłem korzystnej sytuacji prawnej, nieustanawiającej jednak prawa podmiotowego na ich rzecz”¹⁰⁴⁶. Z drugiej zaś strony, zdaniem A. Opalskiego, „celowościowa wykładnia zasady prawnej odrębności spółek kapitałowych oraz normy, zgodnie z którą wspólnicy nie odpowiadają za zobowiązania spółek kapitałowych, nie może doprowadzić do zanegowania tej zasady (normy)”¹⁰⁴⁷. Jak podkreśla autor, „[...] sięganie do *ratio legis* przepisu jest jedynie elementem kontrolującym i uzupełniającym wykładnię przeprowadzaną za pomocą innych metod. Nie można ustalać celu w sposób sprzeczny z jednoznacznym sensem przepisu. Przepis o jednoznacznym sensie sam wyznacza *ratio legis*, na której jest oparty. Odstępowanie od tej *ratio* byłoby naruszeniem zasady praworządności”.

¹⁰⁴⁴ Zob. W. Popiołek, *op. cit.*, s. 309–310. Autor nie rozwija jednak swojego stanowiska odnośnie do niewystarczalności art. 5 k.c. jako podstawy materialnoprawnej roszczenia w przypadku uznania, że mamy do czynienia z nadużycie prawa podmiotowego (pomijając oczywiście wcześniejszy argument o braku ofensywnego charakteru art. 5 k.c.).

¹⁰⁴⁵ A. Opalski, *Problematyka...*, s. 16.

¹⁰⁴⁶ *Ibidem*, s. 16.

¹⁰⁴⁷ *Ibidem*, s. 17. Należy w tym miejscu jedynie uściślić, że wykładni podlegają przepisy prawne, względnie tekst prawny, a nie normy. Por. reprezentatywnie w doktrynie polskiej M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, wyd. 6, Warszawa 2012, s. 47–48.

Tym samym, jak konkluduje autor, „zasady polskiego prawa cywilnego nie dają podstaw do przyjęcia odpowiedzialności przebijającej wspólników i akcjonariuszy spółek”¹⁰⁴⁸.

2. Krytyka poszczególnych grup przypadków odpowiedzialności przebijającej

W polskiej doktrynie krytyka poszczególnych grup przypadków odpowiedzialności przebijającej ma zasadniczo charakter „miękki” i ogranicza się do wskazania, że poszczególne przypadki uzasadniające w doktrynie niemieckiej zastosowanie konstrukcji przebiccia możliwe są do rozwiązania przy zastosowaniu ogólnych podstaw odpowiedzialności, zwłaszcza odpowiedzialności deliktowej.

Jedynie w przypadku materialnego niedokapitalizowania spotkać można w literaturze przedmiotu głosy stanowczo sprzeciwiające się zastosowaniu konstrukcji „przebiccia”, względnie nadużycia osobowości prawnej (również pominięcia prawnej odrębności spółek kapitałowych), do tej grupy przypadków.

W doktrynie podkreśla się mianowicie, że brak jest jakichkolwiek podstaw normatywnych dla tego rodzaju odpowiedzialności, ponieważ prawo polskie nie nakłada na wspólników obowiązku dostosowania wysokości kapitału zakładowego spółki do rozmiarów jej działalności, ani do finansowania jej w inny sposób¹⁰⁴⁹.

Nie ma w szczególności przepisów, które dawałyby podstawę do ustalania relacji między wielkością kapitałów własnych spółek kapitałowych a określonym w umowie przedmiotem działalności spółki. Określenie w umowie spółki przedmiotu jej działalności następuje często „na wyrost” i ma, jak podkreśla się w doktrynie, charakter uprawniający, nie zaś zobowiązujący¹⁰⁵⁰. Oznacza to, że w rzeczywistości spółka nie musi prowadzić rzeczywistej działalności w zakresie, jaki został określony w umowie spółki. Często decyduje o tym w ostateczności zarząd spółki, a wspólnicy jedynie „podejmują uchwały w tzw. momentach strategicznych”. O ile bowiem zobowiązania w ramach umowy spółki zaciągają wspólnicy, o tyle realizacja postanowień tej umowy następuje, zgodnie ze strukturą spółki i przyjętym podziałem kompetencji, przez zarząd¹⁰⁵¹. Dodatkowo sąd rejestrowy nie jest uprawniony na etapie zgłaszania spółki do Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego w ramach weryfikacji dokumentacyjnej oraz faktycznej do badania związku pomiędzy określoną w akcie założycielskim albo umowie spółki działalnością spółki a wysokością ustalonego w umowie spółki kapitału zakładowego¹⁰⁵².

¹⁰⁴⁸ *Ibidem*, s. 17.

¹⁰⁴⁹ Zob. W. Popiołek, *op. cit.*, s. 311.

¹⁰⁵⁰ Por. M. Mieciński, *op. cit.*, s. 16.

¹⁰⁵¹ Zob. M. Litwińska-Werner, *op. cit.*, s. 669.

¹⁰⁵² *Ibidem*, s. 438.

Na poparcie tej tezy przywołuje się w doktrynie uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 13 października 1988 r.¹⁰⁵³, w sentencji której SN wyraźnie stwierdził, że: „badanie przez sąd rejestrowy danych, wskazanych w umowie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością nie obejmuje oceny, czy kapitał zakładowej spółki wystarczy na zrealizowanie określonego umową przedmiotu działania i gwarantuje wypłacalność spółki”¹⁰⁵⁴. Dodatkowo w uzasadnieniu prawnym tej uchwały SN podkreślił, że „w dążeniu do skuteczności i efektywności gospodarowania nie można ujmować wagi spółek z ograniczoną odpowiedzialnością i ograniczać ich powstawania przez żądanie zgromadzenia kapitału zakładowego w kwocie wyższej od wymaganej art. 159 § 2 k.h. [obecnie art. 154 § 1 k.s.h., przypomnienie P.M.W.], to jest takiej, która według oceny sądu rejestrowego wystarczałaby na rozwój wskazanej w umowie działalności gospodarczej oraz na pokrycie przyszłych, bliżej nieokreślonych zobowiązań spółki”. Jak podkreślił SN, wierzyciele spółki z o.o. (kontrahenci) spółki chronieni są w wystarczający sposób poprzez zasadę jawności rejestru handlowego (obecnie Rejestru Przedsiębiorców) i akt rejestrowych, mogąc zapoznać się wysokością ustalonego w umowie danej spółki kapitału zakładowego poprzez pozyskanie odpisów z KRS oraz poprzez przeglądanie dokumentów stanowiących podstawę wpisu spółki do rejestru¹⁰⁵⁵.

Brak jest również przepisów, które dotyczyłyby relacji między wielkością kapitałów własnych spółki z o.o. (spółki akcyjnej) a prowadzoną przez nią faktyczną działalnością, w szczególności takich, które nakładałyby na wspólników obowiązek dopasowania wielkości kapitału zakładowego do realnej działalności spółki i przyznające spółce roszczenie wobec wspólników o podwyższenie kapitału zakładowego do wysokości niezbędnej ze względu na ekspansję działalności spółki. Nie da się zatem sformułować zasady proporcjonalności kapitału zakładowego do faktycznej działalności spółki. Przeciwno sformułowaniu takiej zasady przemawiają nie tylko sama konstrukcja spółki z ograniczoną odpowiedzialnością, ale i aksjologiczne podstawy jej dopuszczenia w systemie prawa handlowego¹⁰⁵⁶. Ideą przewodnią przyświecającą wprowadzeniu formy prawnej spółki z o.o. do obrotu prawnego było bowiem stworzenie mechanizmu kalkulacji ryzyka związanego z prowadzeniem działalności gospodarczej w formie spółki z o.o. i jego ocena *ex ante* przez ograniczenie ekonomicznej odpowiedzialności wspólników do wartości wkładów wniesionych do spółki. Nie zmienia tego faktu możliwość przewidzenia w umowie spółki obowiązku wnoszenia dopłat przez wspólników, ponieważ również i o tym decydują sami wspólnicy. W związku z powyższym, „uznanie

¹⁰⁵³ Uchwała SN z 13 października 1988 r., III CZP 72/88, LEX nr 695065.

¹⁰⁵⁴ Mimo że cytowane orzeczenie zostało wydane na gruncie obowiązującego wówczas kodeksu handlowego, zachowuje ono swoją aktualność w obecnym stanie prawnym.

¹⁰⁵⁵ Por. uzasadnienie prawne cytowanej uchwały.

¹⁰⁵⁶ Tak M. Mieciński, *op. cit.*, s. 19.

istnienia obowiązku wyposażenia spółki w kapitał zakładowy adekwatny do działalności faktycznie prowadzonej przez spółkę” nie znajduje aksjologicznego uzasadnienia w obowiązujących przepisach prawa¹⁰⁵⁷.

Podsumowując głosy krytyczne, należy stwierdzić, że w świetle obowiązujących przepisów brak jest jakichkolwiek regulacji nakładających na wspólników spółki z o.o. obowiązek wyposażenia spółki w kapitał zakładowy (w kapitały własne), który byłby adekwatny bądź do określonego w umowie przedmiotu działalności spółki, bądź do rzeczywiście prowadzonej przez nią działalności. A zatem nie sposób pociągać wspólników do osobistej odpowiedzialności za zobowiązania spółki w związku z naruszeniem takiego, nieistniejącego, obowiązku.

Odniesienie się do powyższej krytyki nastąpi w dalszej części niniejszej pracy.

¹⁰⁵⁷ *Ibidem*, s. 19.

**Część czwarta: Analiza prawnoporównawcza.
Uwagi i wnioski *de lege lata* oraz *de lege ferenda*
na temat koncepcji odpowiedzialności przebiega-
jącej na tle alternatywnych rozwiązań i podstaw
prawnych odpowiedzialności**

Analiza prawnoporównawcza odpowiedzialności przebijającej i odpowiedzialności za nadużycie formy prawnej spółki z o.o. w niemieckiej i polskiej doktrynie oraz judykaturze

1. Uwagi wprowadzające

Każda prawnoporównawcza analiza określonej instytucji prawnej, czy też (szerzej) problematyki prawnej w dwóch lub w większej liczbie porównywanych porządków prawnych nie może ograniczać się do zestawienia obowiązujących w poszczególnych państwach rozwiązań. Nie wystarczy również przedstawienie podobieństw i różnic pomiędzy dotyczącymi danej problematyki krajowymi regulacjami ustawowymi, dorobkiem orzecznictwa i poglądami doktryny. Nie jest nawet, zdaniem autora niniejszego opracowania, wystarczające – choć nad wyraz pożądane, a wręcz konieczne z perspektywy wymogów metodologicznych stawianych komparatystyce prawniczej – wyjście poza „trzon” omawianej problematyki i sięgnięcie do szerszego kontekstu, w którym dana regulacja obowiązuje, a dane problemy prawne są rozwiązywane. Aby analiza komparatystyczna miała sens wykraczający poza sam jej walor li tylko poznawczy¹⁰⁵⁸

¹⁰⁵⁸ A więc sprowadzający się jedynie do przedstawienia różnic między wcześniej opisanym rozwiązaniem zagranicznym a rozwiązaniem krajowym. Czasami zdarza się nawet, że tzw. komparatystyczne – w zamiarze autorów – opracowania nie zawierają nawet rzezonego elementu komparatystycznego, a więc porównawczego i ograniczają się do przedstawienia (często w sposób jedynie szczątkowy i na podstawie przestarzałej, a nawet nieaktualnej literatury przedmiotu) danej instytucji albo problematyki prawnej w obcym porządku prawnym bez jakiegokolwiek jej odniesienia do krajowego porządku prawnego. Trudno w takiej sytuacji mówić o analizie komparatystycznej, skoro nie zwraca się w tych opracowaniach uwagi chociażby na podobieństwa i różnice między omawianymi instytucjami prawnymi w różnych porządkach prawnych. Tego rodzaju opracowania mają co najwyżej walor poznawczy i umożliwiają osobom nieznanym danego języka obcego zapoznanie się z daną tematyką, co również zasługuje na pochwałę, zwłaszcza jeżeli stanowi ono naukowe omówienie danej instytucji na podstawie samodzielnie przeanalizowanej przez autora obcej literatury przedmiotu.

Dokonane w drugiej części niniejszego opracowania szczegółowe przedstawienie konstrukcji odpowiedzialności przebijającej w niemieckiej doktrynie i orzecznictwie pełnić ma zarówno funkcję poznawczą, jak i stanowić punkt wyjścia do analizy porównawczej tej koncepcji z koncepcją nadużycia formy spółki z o.o. omawianą w doktrynie polskiej. Walor poznawczy części drugiej niniejszej pracy sprowadza się do kompleksowego przedstawienia niemieckiej koncepcji odpowiedzialności przebijającej w ramach toczącej się dyskusji nad potrzebą ochrony wierzycieli spółki z o.o. i (szerzej) reformą struktury majątkowej tej spółki, w toku której wielu autorów odwoływało się właśnie do niemieckiej koncepcji „przebicia”, przywołując ją jako rozwiązanie godne do naśladowania. Walor komparatystyczny niniejszego opracowania ma się

i była naukowo pożyteczna, powinna być ona dokonywana poprzez nadanie porównywanym porządkom prawnym określonej perspektywy oraz wyznaczenie samej analizie określonego kierunku oraz celu. W przypadku porównywania danej instytucji prawnej, czy też problematyki, a nawet (w uproszczeniu) konkretnego problemu prawnego w dwóch porządkach prawnych, jeden z nich powinien być porządkiem wyjściowym, stanowiącym punkt odniesienia, drugi zaś porządek prawny powinien być porządkiem docelowym. Celem zaś analizy prawno-porównawczej powinna być odpowiedź na następujące pytania: Czy rozwiązania prawne przyjęte w porządku prawnym stanowiącym punkt odniesienia zasługują na ich przejście w porządku prawnym docelowym? Czy w ogóle istnieje potrzeba takiego przejścia? Jeżeli w porządku prawnym docelowym brak jest funkcjonalnie porównywalnych rozwiązań prawnych, jak w porządku wyjściowym, to czy możliwe jest bezpośrednie przejście zagranicznego rozwiązania na grunt krajowy? Jeśli bezpośrednie przejście danej konstrukcji nie jest możliwe, to czy możliwa jest taka modyfikacja istniejących rozwiązań krajowych, np. przez uwzględnienie dorobku doktryny i orzecznictwa zagranicznego przez krajową doktrynę i orzecznictwo w opracowaniach naukowych i w procesie stosowania przepisów prawa krajowego, która uwzględni godny do przejścia „dorobek” zagraniczny? Nie jest również wykluczone, że w wyniku analizy komparatystycznej i przez odwołanie się do porządku prawnego stanowiącego punkt odniesienia zostaną sformułowane postulaty *de lege ferenda* dotyczące odpowiednich zmian w ustawodawstwie krajowym (w docelowym porządku prawnym)¹⁰⁵⁹.

W niniejszym opracowaniu analiza komparatystyczna dotyczy konstrukcji odpowiedzialności przebijającej wspólników spółki z o.o., porządkiem prawnym stanowiącym punkt odniesienia jest porządek niemiecki, a porządkiem docelowym – polski porządek prawny. Z perspektywy rozważanych w ramach teorii komparatystyki prawniczej metod analizy prawno-porównawczej w niniejszym opracowaniu podjęto próbę kontekstowego i funkcjonalnego przedstawienia omawianej problematyki¹⁰⁶⁰.

Uwagi komparatystyczne zostały zawarte już w części trzeciej niniejszej pracy poświęconej problematyce odpowiedzialności przebijającej, a ściślej – problematyce nadużycia formy prawnej spółki, w doktrynie i orzecznictwie polskim. Omawiając poglądy

natomiast sprowadzać do zweryfikowania tej formułowanej w doktrynie polskiego prawa spółek przez niektórych autorów ogólnej hipotezy o (możliwej) przydatności konstrukcji odpowiedzialności przebijającej na gruncie prawa polskiego.

¹⁰⁵⁹ Z takimi postulatami mamy przecież do czynienia w ramach omawianego w niniejszej monografii projektu reformy struktury majątkowej spółki z o.o. Za wprowadzeniem do przepisów regulujących spółkę z o.o. tzw. testu wypłacalności przemawiać ma właśnie, zdaniem autorów projektu, analiza prawno-porównawczą testu wypłacalności obowiązującego w wybranych państwach systemu *common law*.

¹⁰⁶⁰ Na temat metod komparatystyki prawniczej, w tym funkcjonalnej oraz kontekstowej metody prawno-porównawczej zob. U. Kischel, *Rechtsvergleichung*, München 2015, s. 92 i n.

polskiej doktryny w tym zakresie, wskazywano tam bowiem na podstawowe różnice między wyrażanymi w niej stanowiskami a dorobkiem doktryny niemieckiej.

Celem niniejszego i kolejnego rozdziału jest natomiast nie tylko bardziej szczegółowe zwrócenie uwagi na różnice pomiędzy analizowanymi porządkami prawnymi, lecz przede wszystkim udzielenie odpowiedzi na pytanie dotyczące możliwości i potrzeby przejścia niemieckiej konstrukcji przebicia na grunt prawa polskiego. Dla ułatwienia i uproszczenia analizy dokonywana jest ona przy uwzględnieniu układu pracy i kolejności poruszanych w niej zagadnień.

2. Ogólne różnice między niemiecką konstrukcją *Durchgriffshaftung* a podejściem do odpowiedzialności przebijającej wspólników spółki z o.o. w polskiej doktrynie i orzecznictwie

Podczas gdy koncepcja odpowiedzialności przebijającej wspólników spółki z o.o. stanowi przedmiot zainteresowania niemieckiej doktryny i orzecznictwa od przeszło stu lat¹⁰⁶¹, a więc prawie od samego początku pojawienia się spółki z o.o. jako nowej formy podmiotowej w prawie spółek, doktryna polskiego prawa spółek przejawia zainteresowanie tą koncepcją od niedawna. Pierwsze poważniejsze monografie polskich autorów dotyczące tej problematyki datuje się na lata 2004¹⁰⁶² oraz 2009¹⁰⁶³, chociaż początków zainteresowania tą problematyką w doktrynie polskiej można dopatrywać się już w literaturze przedwojennej¹⁰⁶⁴. Koncepcja, a także zamiennie – konstrukcja odpowiedzialności przebijającej rozumianej właśnie jako „przebicie” zasłony korporacyjnej odnoszące się do odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. (albo szerzej: spółek kapitałowych) – omawiana jest w doktrynie polskiej głównie w związku z przedstawianiem dorobku niemieckiej doktryny i orzecznictwa, jak również doktryny i orzecznictwa USA w opracowaniach dotyczących nadużycia osobowości prawnej albo nadużycia formy prawnej spółki. Przy czym odpowiedzialność przebijająca stanowi w doktrynie polskiej jeden z elementów szerszej problematyki nadużycia prawa, nadużycia osobowości prawnej albo nadużycia formy prawnej spółki z o.o., a bardzo często jest wręcz utożsamiana z tą problematyką. Innymi słowy, tam, gdzie w doktrynie niemieckiej mowa jest o odpowiedzialności przebijającej, w doktrynie polskiej mówi się o nadużyciu formy prawnej spółki z o.o., nadużyciu osobowości prawnej albo

¹⁰⁶¹ Zob. chociażby omawiany w rozdz. VI pkt 2 wyrok niemieckiego Sądu Rzeszy z dnia 22 czerwca 1920 r.

¹⁰⁶² T. Targosz, *Nadużycie osobowości prawnej*, Kraków 2004.

¹⁰⁶³ R. Szczepaniak, *Nadużycie prawa do posługiwania się formą osoby prawnej*, Toruń 2009.

¹⁰⁶⁴ Zob. monografia autorstwa S. Buczkowskiego, *Ograniczona odpowiedzialność przedsiębiorcy. Studium prawno-handlowe*, Warszawa 1937, do której w wielu miejscach swojego opracowania odwołuje się R. Szczepaniak, *op. cit.*

nadużyciu prawa¹⁰⁶⁵, a tylko nieliczni autorzy omawiając problematykę nadużycia formy prawnej spółki z o.o. na gruncie prawa polskiego posługują się wyraźnie pojęciem odpowiedzialności przebijającej¹⁰⁶⁶.

Należy przy tym dobitnie podkreślić, że ani polska doktryna, ani orzecznictwo nie rozwinęły samodzielnej koncepcji odpowiedzialności przebijającej rozumianej jako zewnętrzna odpowiedzialność wspólników spółki z o.o. za zobowiązania spółki wobec jej wierzycieli mającej swoje źródło w prawie spółek (odpowiedzialność przebijająca *sensu stricto*)¹⁰⁶⁷.

Utożsamianie w doktrynie polskiej problematyki nadużycia osobowości prawnej, nadużycia formy prawnej spółki, a także nadużycia prawa (do posługiwania się formą osoby prawnej) zarówno z koncepcją odpowiedzialności przebijającej, jak i z problematyką przebicia przez przypisanie, prowadzi do tego, że w ramach omawiania problematyki nadużycia w zakresie dotyczącym odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. przedstawiane są (mniej więcej) te same grupy przypadków uzasadniających jej zastosowanie, które przedstawia się w doktrynie i orzecznictwie niemieckim jako grupy przypadków *Durchgriffshaftung*. Nadużycie formy prawnej spółki stanowi zatem w doktrynie polskiej raczej nadrzędne pojęcie scalające różne grupy przypadków, nie stanowi natomiast samoistnej podstawy prawnej odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. za jej zobowiązania.

Tymczasem, jak wynika z analizy doktryny i orzecznictwa niemieckiego, w niemieckim prawie spółek koncepcja albo teoria nadużycia (*Missbrauchslehre*) w postaci nadużycia instytucjonalnego stanowi przede wszystkim jedną z dwóch dominujących teoretycznych i dogmatycznych podstaw odpowiedzialności przebijającej (*Durchgriffshaftung*), a tylko sporadycznie niektórzy autorzy wymieniają pośród klasycznych grup przypadków uzasadniających „przebicie” przypadki w postaci nadużycia instytucji (*Institutsmissbrauch*), rozumiejąc je wówczas jako pojęcie nadrzędne określające daną grupę przypadków¹⁰⁶⁸. W różnych orzeczeniach BGH można spotkać się również z podwójnym rozumieniem nadużycia formy prawnej spółki – z jednej strony, jest ono rozumiane jako określone zachowanie się wspólnika, które uzasadnia jego odpowiedzialność wobec wierzycieli spółki albo wobec samej spółki w zależności od przyjętej dogmatycznej

¹⁰⁶⁵ Por. rozdz. IX pkt 1 i 2 powyżej.

¹⁰⁶⁶ Tak jedynie S. Gurgul, *op. cit.*, s. 1149, A. Opalski, *Problematyka...*, s. 17 oraz zasadniczo również S. Kubsik, *op. cit.*, s. 58, chociaż autorka ta, pisząc o odpowiedzialności wspólników (akcjonariuszy) kapitałowej spółki dominującej za zobowiązania spółki zależnej na gruncie prawa polskiego, kiedy posługuje się pojęciem odpowiedzialności przebijającej, czyni to, rozważając sięgnięcie do niemieckiej konstrukcji odpowiedzialności przebijającej (pojęciem tym autorka posługuje się zatem, rozważając obcą koncepcję, a nie nadaje mu autonomicznego na gruncie polskiego prawa spółek znaczenia).

¹⁰⁶⁷ Na temat tego pojęcia zob. rozdz. IV pkt 3.3 powyżej.

¹⁰⁶⁸ Zob. rozdz. VII pkt 2.4.

podstawy odpowiedzialności. Z drugiej zaś strony nadużycie w postaci nadużycia instytucjonalnego/instytucji rozumiane jest jako podstawa prawna odpowiedzialności współnika. Mimo tego podwójnego znaczenia pojęcia „nadużycia” można jednak zasadnie przyjąć, że zarówno w doktrynie, jak i orzecznictwie niemieckim koncepcja nadużycia, a ściślej teoria obiektywnego nadużycia¹⁰⁶⁹, stanowi przede wszystkim – obok współczesnej teorii celu normy (koncepcji redukcji teleologicznej¹⁰⁷⁰) – jedną z dwóch samodzielnych podstaw prawnych (metod) bezpośredniej odpowiedzialności współników wobec wierzycieli spółki z o.o. za jej zobowiązania mającej swoje źródło w prawie spółek, a więc stanowiącej przedmiot analizy w niniejszym opracowaniu tzw. właściwej odpowiedzialności przebijającej (odpowiedzialności przebijającej *sensu stricto*)¹⁰⁷¹.

Kolejną różnicą o charakterze ogólnym między pojmowaniem odpowiedzialności przebijającej w doktrynie i orzecznictwie niemieckim a podejściem polskiej doktryny do koncepcji nadużycia formy prawnej spółki z o.o. jest, jak już wyżej wspomniano¹⁰⁷², zasadnicze utożsamianie i łączenie tej problematyki w Polsce z problematyką prawa koncernowego. Tymczasem w Niemczech konstrukcja „przebicia” omawiana jest w doktrynie i rozpatrywana w orzecznictwie w oderwaniu od problematyki prawa koncernowego, czego silnym wyrazem jest zwłaszcza odejście w niemieckiej judykaturze od koncepcji odpowiedzialności w kwalifikowanym faktycznym koncernie GmbH na rzecz samodzielnej i oderwanej od przesłanek koncernowych koncepcji odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki¹⁰⁷³. Wraz ze zmianą orzecznictwa BGH i rozwinięciem koncepcji *Existenzvernichtungshaftung* w doktrynie niemieckiej przestano również wyodrębnić odpowiedzialność spółki dominującej w ramach „klasycznej” grupy przypadków odpowiedzialności przebijającej¹⁰⁷⁴. Stwierdzenie tej różnicy i podkreślenie zasadniczego oderwania się niemieckiej koncepcji odpowiedzialności przebijającej od problematyki koncernowej nie zmienia faktu, że koncepcja „przebicia” nabiera szczególnego znaczenia właśnie w stosunkach koncernowych, a bardzo duża liczba przypadków uzasadniających „przebicie” ma miejsce przede wszystkim w strukturach koncernowych/holdingowych, na co wskazuje zresztą wyodrębnienie pośród podgrup przypadków odpowiedzialności

¹⁰⁶⁹ Zob. rozdz. V pkt 3.

¹⁰⁷⁰ Zob. rozdz. V pkt 5.

¹⁰⁷¹ Zob. rozdz. IV pkt 3.3.

¹⁰⁷² Zob. rozdz. X pkt 1.

¹⁰⁷³ Por. rozdz. VII pkt 1 powyżej. W jednym z najnowszych komentarzy do niemieckiej ustawy o spółkach z o.o. S. Maul stanowczo podkreśla, że „konstelacje prawa koncernowego i udzielania poleceń nie należą do grupy przypadków przebicia”. Zob. S. Maul, [w:] M. Gehrlein, J. Ekkenga, S. Simon, *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Kommentar*, Carl Heymanns Verlag, Köln 2012, § 13, nb 26.

¹⁰⁷⁴ Por. rozdz. VII pkt 1 powyżej.

za unicestwienie egzystencji spółki ściśle koncernowych stanów faktycznych¹⁰⁷⁵. Słusznie zwraca na to uwagę w doktrynie polskiej A. Opalski, omawiając koncepcję *Existenzvernichtungshaftung* jako jedną z możliwych koncepcji odpowiedzialności podmiotu dominującego w zgrupowaniu spółek¹⁰⁷⁶. Nie oznacza to jednak, zdaniem autora niniejszego opracowania, że odpowiedzialności przebijającej i koncepcjom ją naśladowującym, ewentualnie innym alternatywnym do niej podstawom odpowiedzialności, należy nadawać jakiś specyficzny, koncernowy charakter.

Odnosząc się do szerszego kontekstu trzeba już w tym miejscu opracowania podkreślić, że koncepcja odpowiedzialności przebijającej wspólników spółki z o.o. nie jest zupełnie obca prawu polskiemu. Otóż w okresie od 17 maja 1993 r. do 1 stycznia 1998 r. obowiązywał art. 47 ust. 2 zd. 1 ustawy o zobowiązaniach podatkowych¹⁰⁷⁷, zgodnie z którym wspólnicy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (i komandytariusze) odpowiadali całym swoim majątkiem za zobowiązania spółki z tytułu podatków w takiej części, w jakiej mieli prawo uczestniczyć w podziale zysku. Rozpoznając wniosek Rzecznika Praw Obywatelskich o stwierdzenie niezgodności z zasadą demokratycznego państwa prawnego przepisu wprowadzającego tę regulację¹⁰⁷⁸, w którym Rzecznik zarzucił wprowadzanie do ustawy o zobowiązaniach podatkowych postanowień zmieniających istotę spółki z o.o. (i spółki komandytowej) poprzez wprowadzenie odpowiedzialności całym swoim majątkiem wspólników spółki z o.o. (i komandytariuszy), Trybunał Konstytucyjny w orzeczeniu z dnia 18 października 1994 r. w sprawie K 2/94¹⁰⁷⁹ stwierdził zgodność tej regulacji z przedmiotową zasadą konstytucyjną, dopuszczając tym samym ustawową modyfikację – w zakresie zobowiązań podatkowych – zasady wyłączenia odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. za zobowiązania spółki¹⁰⁸⁰.

¹⁰⁷⁵ Należą do nich przede wszystkim uczestnictwo w *cash pool* (zob. rozdz. III pkt 2.6) oraz spółka z o.o. „Kopciuszek” (zob. rozdz. III pkt 2.9), a także, zasadniczo, „sztafeta spółek” (zob. rozdz. III pkt 2.8).

¹⁰⁷⁶ Zob. rozdz. X pkt 2.4.

¹⁰⁷⁷ Ustawa z dnia 19 grudnia 1980 r. o zobowiązaniach podatkowych, Dz.U. 1980, nr 27, poz. 111 w brzmieniu nadanym jej ustawą z dnia 6 marca 1993 r. o zmianie niektórych ustaw regulujących zasady opodatkowania oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 1993, nr 28, poz. 127. Ustawa o zobowiązaniach podatkowych została z dniem 1 stycznia 1998 r. zastąpiona ustawą z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa, Dz.U. 1997, nr 137, poz. 926 z późn. zm., której przepisy o odpowiedzialności podatkowej osób trzecich nie przewidują już odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. za zaległości podatkowe spółki.

¹⁰⁷⁸ Art. 6 pkt 2 i art. 17 pkt 5 ustawy z dnia 6 marca 1993 r. o zmianie niektórych ustaw regulujących zasady opodatkowania oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 1993, nr 28, poz. 127.

¹⁰⁷⁹ OTK 1994/2/36. LEX nr 25215.

¹⁰⁸⁰ Trybunał podkreślił w uzasadnieniu prawnym swego orzeczenia różnicę między zobowiązaniami podatkowymi a pozostałymi zobowiązaniami spółki, a także różnicę między realizacją obowiązku podatkowego a sytuacją spółki w obrocie gospodarczym (zdaniem Trybunału obowiązków podatkowych nie można traktować jako elementu ryzyka gospodarczego), co czyni konstytucyjnie dopuszczalnym odrębną regulację odpowiedzialności wspólników w sferze podatkowej, która odbiega od wyłączającej odpowiedzialność wspólników regulacji kodeksu handlowego, nawet, jeżeli następstwem tego jest niespójność ustawodawstwa [którą Trybunał może jedynie stwierdzić i skierować stosowną sygnalizację do Sejmu RP]. Jednocześnie

3. Analiza prawnoporównawcza teoretyczno-dogmatycznych podstaw odpowiedzialności przebijającej i odpowiedzialności za nadużycie osobowości prawnej/formy prawnej spółki

3.1. Uwagi ogólne

Celem niniejszego podrozdziału nie jest powtarzanie zawartych w rozdziale V szczegółowych rozważań dotyczących teorii odpowiedzialności przebijającej w doktrynie i judykaturze niemieckiej i dokonanego w tym rozdziale usystematyzowania pojawiających się w niemieckiej literaturze przedmiotu różnorodnych koncepcji teoretycznych. Zamiast tego uwaga skupiona jest na kwestiach relewantnych z punktu widzenia zadań komparatystyki prawniczej, a w szczególności na problemach, które wydają się najistotniejsze z punktu widzenia polskiego porządku prawnego jako porządku docelowego.

Już pobieżna analiza porównawcza problematyki odpowiedzialności przebijającej w doktrynie o orzecznictwie niemieckim z koncepcją nadużycia osobowości prawnej w doktrynie polskiej wykazuje, że w Niemczech rozwinięto różnorodne koncepcje teoretyczne mające uzasadniać odpowiedzialność przebijającą i stanowić zarazem dogmatyczną podstawę prawną odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. za zobowiązania spółki, podczas gdy w Polsce stanowiąca odpowiednik problematyki przebicia problematyka nadużycia osobowości prawnej (nadużycia formy prawnej spółki) bazuje zasadniczo na jednej podstawie teoretyczno-dogmatycznej, jaką jest koncepcja nadużycia prawa (podmiotowego) względnie koncepcja nadużycia instytucji.

Podczas gdy w Niemczech dyskusja na temat teoretyczno-dogmatycznych podstaw odpowiedzialności przebijającej doprowadziła do wykształcenia i utrzymania się dwóch dominujących koncepcji – teorii obiektywnego nadużycia oraz teorii redukcji teleologicznej, które zostały przyjęte jako dogmatyczna podstawa rozstrzygnięć niemieckiego BGH¹⁰⁸¹, w Polsce rozważania doktryny prawa spółek koncentrowały się przede wszystkim nad dopuszczalnością rozwiązywania problemów nadużycia osobowości prawnej

Trybunał zwrócił jednak uwagę na to, że „istotą spółek kapitałowych jest zapewnienie uczestnikom tych spółek bezpieczeństwa w zakresie ich majątku osobistego wobec ryzyka wynikającego z działalności gospodarczej, takiego jak np. niewypłacalność bądź nierzetelność innych uczestników obrotu”, a także podkreślił, że „[...] ingerowanie w instytucje kodeksowe o podstawowym charakterze [...] może [...] utrudniać prowadzenie działalności gospodarczej i zniechęcać podmioty krajowe, a zwłaszcza zagraniczne do jej podejmowania” (uzasadnienie prawne orzeczenia).

¹⁰⁸¹ W tym miejscu więc nie można się zgodzić ze zbyt daleko idącą tezą postawioną przez O. Szejnert, jakoby odpowiedzialność przebijająca jako koncepcja rozwinięta przez orzecznictwo i piśmiennictwo nie miała jakiejkolwiek podstawy w przepisach prawa pozytywnego. Zob. O. Szejnert, *op. cit.*, s. 127. Można co najwyżej stwierdzić, że *Durchgriffshaftung* nie ma odrębnej dla niej, szczególnej podstawy prawnej odpowiedzialności, ale zarazem należy podkreślić, że zarówno doktryna, jak i sądy rozwijające tę koncepcję w drodze prawotwórstwa sądowego, wskazują dwie alternatywne podstawy dogmatyczne tej odpowiedzialności: art. 242 BGB albo art. 128 HGB w związku z redukcją celowościową § 13 ust. 2 GmbHG.

za pomocą konstrukcji nadużycia prawa na podstawie art. 5 k.c. Koncepcja redukcji teleologicznej (celowościowej) nie została natomiast przyjęta w sposób autonomiczny i systematyczny do dyskusji prowadzonej w doktrynie polskiego prawa spółek. Nie można uznać za jej omówienie, a tym bardziej doktrynalną implementację rozważań S. Sołtysińskiego¹⁰⁸² oraz A. Opalskiego¹⁰⁸³ na temat dopuszczalności wykładni celowościowej jako podstawy do przyjęcia odpowiedzialności przebijającej wspólników¹⁰⁸⁴.

3.2. Koncepcja nadużycia prawa (nadużycia instytucji)

3.2.1. Koncepcja nadużycia prawa (nadużycia instytucji) w doktrynie polskiej

Analizując toczącą się w doktrynie polskiej dyskusję na temat nadużycia formy (instytucji) prawnej spółki, nadużycia osobowości prawnej albo nadużycia prawa do posługiwania się formą osoby prawnej nie sposób oprzeć się wrażeniu, że zatrzymała się ona na dorobku niemieckiej doktryny z tego zakresu z lat 50., a przy uwzględnieniu drugiego wydania dzieła R. Sericka – z lat 80. ubiegłego wieku, o czym świadczy właśnie odwoływanie się przy przedstawianiu różnorodnych problemów przebicia – zarówno „przyporządkowującego” jak i odpowiedzialności przebijającej do zbiorczego pojęcia nadużycia. Dopiero następujące po słowie „nadużycie” wyrazy, takie jak: „osobowość prawna”, „forma (instytucja) prawna spółki”, „prawo do posługiwania się formą osoby prawnej” wydają się służyć podkreśleniu odrębności i samodzielności poglądów danego autora. Mimo tych różnic terminologicznych doktryna polska stara się, odwołując się do nadrzędnego pojęcia „nadużycia” jako swoistego wspólnego mianownika rozwiązać różne problemy, które w doktrynie niemieckiej rozwiązywane są za pomocą różnorodnych konstrukcji prawnych bez potrzeby odwoływania się do szeroko pojmowanej koncepcji, czy też teorii nadużycia.

¹⁰⁸² Zob. S. Sołtysiński, [w:] S. Sołtysiński [et al.] (red.), *Kodeks...*, art. 301, nb 37.

¹⁰⁸³ Zob. A. Opalski, *Problematyka...*, s. 17.

¹⁰⁸⁴ Nie można również uznać nawet za próbę podjęcia się omówienia koncepcji redukcji celowościowej krótkiej wzmianki o redukcji teleologicznej § 13 ust. 2 GmbHG w artykule O. Szejnert. Autorce, cytującej uwagi z niemieckiego komentarza do ustawy o spółkach z o.o., nie udało się bowiem przedstawić w sposób zrozumiały dla polskiego czytelnika tej koncepcji, a lektura stosownego fragmentu artykułu wprowadza wręcz czytelnika w błąd co do istoty tej podstawy dogmatycznej odpowiedzialności. Autorka bowiem wskazuje, że zadaniem zwolenników teorii celu normy „jest odnalezienie wspólnego mianownika dla stosowania *Durchgriff*”, a cel ten, zdaniem autorki, „formułowany jest jako teleologiczna redukcja § 13 ust. 2 [...] w oznaczone grupy przypadków, gdy odpowiedzialność ograniczona jest za pomocą omijania przepisów lub nadużywania ich w sposób sprzeczny z ich celem”. Zob. O. Szejnert, *op. cit.*, s. 125. Zamiast podejmować się karkołomnego zadania zinterpretowania poglądu autorki na temat zabiegu redukcji teleologicznej, należy w tym miejscu odesłać do omówienia tej koncepcji – oraz jej przybliżonego odpowiednika w polskiej metodologii prawniczej – w rozdz. XII pkt 3.3 poniżej.

Mimo tego, a może właśnie z tego powodu, doktryna polska nie jest w stanie zaproponować rozwiązania polegającego na uznaniu nadużycia osobowości prawnej, rozumianej chociażby jako nadużycie instytucji za samoistną dogmatyczną podstawę prawną odpowiedzialności przebijającej. Nawet A.W. Wiśniewski, według którego nadużycia poszczególnych aspektów odrębności spółki mogą być kwalifikowane jako szczególny przykład nadużycia prawa, powątpiewa, czy najlepszym sposobem na rozwiązanie problemów wynikających z tychże nadużyć byłoby „powierzenie tego rozwiązania wyłącznie praktyce sądowej opartej na ogólnej konstrukcji nadużycia prawa (art. 5 k.c.)”¹⁰⁸⁵ Takiego samego zdania jest również S. Sołtysiński, którego zdaniem „interwencja judykatury nie może polegać wyłącznie na sięganiu do odpowiedników art. 5 KC (nadużycie prawa)”¹⁰⁸⁶.

Zamiast tego niektórzy autorzy posługują się pojęciem nadużycia formy (instytucji) prawnej spółki albo nadużycia osobowości jako terminem charakteryzującym pewne stany (wywołane przez wspólników) albo same zachowania się wspólników, które uzasadniać mają ich odpowiedzialność wobec wierzycieli spółki albo samej spółki, jednakże odpowiedzialność ta następować ma na podstawie ogólnych reguł odpowiedzialności znanych prawu cywilnemu, a zwłaszcza na podstawie odpowiedzialności deliktowej. Taki pogląd reprezentuje zwłaszcza T. Targosz, który stwierdza, że pierwszeństwo przed sięgnięciem do koncepcji pomijania osobowości prawnej należy przyznać „konwencjonalnym rozwiązaniom” rozumianym właśnie jako ogólne podstawy odpowiedzialności, spośród których najmniej kontrowersyjna jest odpowiedzialność deliktowa¹⁰⁸⁷.

Jest to nawet na swój sposób konsekwentne, ponieważ pod zbiorczym pojęciem nadużycia formy prawnej spółki (nadużycia osobowości prawnej) można omówić różnorodne występujące w praktyce problemy, co przyczynia się do posiadającego wartość samą w sobie usystematyzowania problematyki „nadużycia” i łącznego omówienia różnych przypadków traktowanych jako „nadużycie”.

Jak już wyżej wspomniano¹⁰⁸⁸, w doktrynie polskiej jedynie S. Gurgul¹⁰⁸⁹ i Z. Jara¹⁰⁹⁰ opowiadają się wyraźnie za pojmowaniem nadużycia formy prawnej spółki za samodzielną podstawę prawną, odmienną od przepisów o czynach niedozwolonych lub odpowiedzialności kontraktowej. Nie odsyłają oni jednak do art. 5 k.c. jako dogmatycznej podstawy tej odpowiedzialności, a tym bardziej nie rozwijają w żaden sposób swojego stanowiska.

¹⁰⁸⁵ A.W. Wiśniewski, *op. cit.*, s. 58.

¹⁰⁸⁶ S. Sołtysiński, [w:] S. Sołtysiński [et al.] (red.), *Kodeks...*, art. 301, nb 34–37.

¹⁰⁸⁷ T. Targosz, *Nadużycie...*, s. 233.

¹⁰⁸⁸ Zob. rozdz. IX pkt 2.

¹⁰⁸⁹ S. Gurgul, *op. cit.*, s. 1149.

¹⁰⁹⁰ Z. Jara, *op. cit.*, art. 151, nb 46.

Wydawać by się wreszcie mogło, że podjęta przez R. Szczepaniaka próba rozwinięcia na gruncie prawa polskiego własnej koncepcji nadużycia prawa do posługiwania się formą osoby prawnej doprowadzi, jeśli nie do przełamania oporów doktryny polskiej w zakresie możliwości uznania art. 5 k.c. jako samodzielnej podstawy dochodzenia roszczeń, to przynajmniej od opowiedzenia się przez autora za taką możliwością, a więc wbrew oporom doktryny, i odwołania się do art. 5 k.c. jako ogólnej podstawy prawnej dla odpowiedzialności przebijającej wspólników spółki z o.o. za jej zobowiązania. Taką nadzieję mogło budzić dostrzeżenie przez autora możliwości szerokiego ujęcia nadużycia prawa podmiotowego i powołanie się w tym zakresie na uwagi poczynione przez M. Pyziak-Szafnicką¹⁰⁹¹, która to właśnie autorka ostatnio zwróciła uwagę na dwa możliwe ujęcia koncepcji nadużycia prawa podmiotowego w doktrynie polskiej: szerokie i wąskie. Zgodnie z szerokim ujęciem tej koncepcji, jak podkreśla autorka, wyrażony w art. 5 k.c. zakaz nadużywania prawa „można traktować jako normę legitymującą sędziego do dokonywania korekty obowiązujących przepisów prawa w każdym przypadku, gdy uzna wynik ich stosowania za niesłuszny, niesprawiedliwy”. Takie ujęcie nadużycia prawa podmiotowego pozwala na „realizację w każdym przypadku *ius aequum* kosztem *ius stricti*”¹⁰⁹². M. Pyziak-Szafnicka zwraca uwagę, że takie traktowanie instytucji nadużycia prawa podmiotowego jako przyznanego sędziemu przez ustawodawcę upoważnienia do dokonywania własnych ocen występowało jeszcze na gruncie art. 3 p.o.p.c.¹⁰⁹³ Oprócz przywołania poglądów przedstawionych przez M. Pyziak-Szafnicką dotyczących szerokiego ujęcia koncepcji nadużycia prawa podmiotowego R. Szczepaniak opowiedział się za potrzebą krytycznej analizy twierdzenia o wyłącznie obronnym charakterze instytucji nadużycia prawa i przedstawił poglądy autorów, którzy zarówno na gruncie obowiązywania art. 3 p.o.p.c.¹⁰⁹⁴, jak i już na gruncie obowiązywania art. 5 k.c.¹⁰⁹⁵ opowiedzieli się za tymi przepisami jako samoistną podstawą dogmatyczną dla dochodzenia roszczeń, a więc za „zaczepnym” charakterem instytucji nadużycia prawa podmiotowego. Mimo wyraźnej sympatii w stosunku do tych poglądów o „zaczepnym charakterze” art. 5 k.c. R. Szczepaniak nie opowiedział się za takim rozumieniem tego przepisu.

¹⁰⁹¹ Zob. R. Szczepaniak, *op. cit.*, s. 151.

¹⁰⁹² Zob. reprezentatywnie M. Pyziak-Szafnicka, [w:] M. Safjan (red.), *System...*, s. 887.

¹⁰⁹³ *Ibidem*, s. 887.

¹⁰⁹⁴ R. Szczepaniak, *op. cit.*, s. 156 z powołaniem się na stanowisko A. Kędzierskiej, *Glosa do orzeczenia SN z 25 kwietnia –7 maja 1955, IV CR 395/55*, PiP 1958, nr 3, s. 536 oraz S. Grzybowski, *Struktura i treść przepisów prawa cywilnego odsyłających do zasad współżycia społecznego*, „Studia Cywilistyczne” 1965, tom VI, s. 69 i n.

¹⁰⁹⁵ *Ibidem*, s. 157 z powołaniem się na stanowisko A. Malanowskiego, *Nadużycie prawa w pracowniczym stosunku pracy*, Warszawa 1972, s. 108–110 oraz 111–112.

Zamiast tego autor proponuje, aby w przypadku stwierdzenia, że nadużycie prawa rzeczywiście ma miejsce, sąd powinien poszukiwać rozwiązania danego problemu przy wykorzystaniu ogólnych podstaw prawnych, takich jak przepisy o odpowiedzialności deliktowej, kontraktowej, bezpodstawnym wzbogaceniu oraz bezskuteczności względnej¹⁰⁹⁶. Natomiast nadrzędna zasada zakazu nadużywania prawa podmiotowego ma wpływać na odpowiednie stosowanie tychże przepisów, a nawet wymuszać zastosowanie tych instytucji¹⁰⁹⁷, z których szczególne znaczenie ma odpowiedzialność deliktowa, a która stanowi „emanację instytucji nadużycia prawa”¹⁰⁹⁸. Rozwijając zawartą powyżej krytykę koncepcji R. Szczepaniaka¹⁰⁹⁹, należy spostrzec, że osiągnęła ona zbyt daleko idący – w stosunku do oczekiwań związanych z tytułem jego rozprawy – stopień uogólnienia. Jego koncepcja nie różni się pod względem jej zakresu przedmiotowego od problematyki nadużycia osobowości prawnej omawianej przez T. Targosza i przedstawianych tam przypadków „przebicia”, a dodatkowa wartość przywoływanej przez R. Szczepaniaka zasady zakazu nadużywania prawa podmiotowego jest znikoma, poza jej walorem systematyzującym, który już dawno został wykorzystany w doktrynie niemieckiego prawa cywilnego. Otóż w doktrynie niemieckiej występuje już systematyzujące pojęcie nadrzędne w postaci niedopuszczalnego wykonywania prawa (*unzulässige Rechtsausübung*) obejmujące zbiorczo trzy różnorodne regulacje: 1) wynikający z § 226 BGB zakaz szykany (*das Schikaneverbot*), którego praktyczna przydatność jest znikoma z uwagi na niezmiernie wąski zakres zastosowania tego przepisu 2) zakaz wykonywania prawa wyrządzającego szkodę w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami wynikający z deliktowego przepisu § 826 BGB (*Verbot sittenwidrig schädigender Rechtsausübung*) oraz 3) niedopuszczalne wykonywanie prawa na podstawie zawierającego klauzulę generalną dobrej wiary (*Treu und Glauben*) przepisu § 242 BGB, który mimo umiejscowienia go w ogólnych przepisach BGB dotyczących zobowiązań ma charakter nadrzędnej i wykraczającej poza prawo zobowiązań klauzuli generalnej zakazu nadużywania prawa (podmiotowego), pozycji prawnych oraz instytucji¹¹⁰⁰. To właśnie ten przepis służy jako narzędzie przeciwdziałania instytucjonalnemu nadużyciu prawa (*institutioneller Rechtsmißbrauch*) oraz indywidualnemu nadużyciu prawa (*individueller Rechtsmißbrauch*)¹¹⁰¹. Nawet jednak w Niemczech, poszczególne kompleksy regulacyjne w postaci zawierających klauzule generalne przepisów § 242 BGB oraz § 826 BGB, w ramach których wyróżnia się liczne grupy przypadków ich

¹⁰⁹⁶ R. Szczepaniak, *op. cit.*, s. 177.

¹⁰⁹⁷ *Ibidem*, s. 182.

¹⁰⁹⁸ *Ibidem*, s. 238.

¹⁰⁹⁹ Zob. rozdz. IX pkt 3.

¹¹⁰⁰ Tak reprezentatywnie w doktrynie niemieckiej z powołaniem się na niemiecką judykaturę K. Larenz, M. Wolf, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9. Aufl., München 2004, s. 282–291.

¹¹⁰¹ *Ibidem*, s. 284.

zastosowania, nie przenikają się w ten sposób, że z jednego przepisu wywodzi się nadrzędną zasadę, która wpływa na stosowanie drugiego przepisu, jak chciałby to uczynić na gruncie prawa polskiego R. Szczepaniak. W prawie niemieckim może się natomiast zdarzyć, i zdarza się, o czym świadczą orzeczenia BGH dotyczące odpowiedzialności przebijającej, że dany stan faktyczny spełnia przesłanki zastosowania zarówno przepisu § 242 BGB, jak i § 826 BGB. Między tymi przepisami istnieje jednak zasadnicza różnica, poza innymi różnicami wynikającymi z różnych przesłanek zastosowania tych przepisów. Do przyjęcia nadużycia prawa w rozumieniu § 242 BGB wystarczy wystąpienie okoliczności, w świetle których wykonywanie prawa w danym celu albo w danym czasie należy uznać za obiektywnie niedopuszczalne ze względów prawno-etycznych¹¹⁰². Natomiast warunkiem odpowiedzialności odszkodowawczej na podstawie § 826 BGB jest występowanie po stronie sprawcy czynu niedozwolonego winy umyślnej w postaci zamiaru bezpośredniego albo ewentualnego¹¹⁰³.

Podsumowując, należy stwierdzić, że w polskiej doktrynie prawa spółek żaden z autorów nie opowiedział się stanowczo za możliwością powołania się na art. 5 k.c. jako samoistną podstawę prawną odpowiedzialności przebijającej wspólników spółki z o.o.

Takie stanowisko polskiej doktryny kontrastuje z prawno-porównawczego punktu widzenia z pojmowaniem nadużycia prawa podmiotowego oraz nadużycia instytucji w doktrynie i orzecznictwie niemieckim.

3.2.2. Koncepcja nadużycia prawa (nadużycia instytucji) w doktrynie i orzecznictwie niemieckim

Jak już wykazano powyżej¹¹⁰⁴, w doktrynie niemieckiego prawa spółek wielu autorów – poczynając od R. Sericka, który sam będąc zwolennikiem koncepcji subiektywnego nadużycia uważał, że koncepcja nadużycia prawa, której normatywnym wyrazem jest § 242 BGB, powinna znajdować zastosowanie do nadużycia instytucjonalnego¹¹⁰⁵ – opowiadało się za uznaniem koncepcji nadużycia prawa albo nadużycia instytucji (instytucjonalnego) jako podstawy prawnej odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. Przy

¹¹⁰² *Ibidem*, s. 285. Na tle zastosowania § 242 BGB nie budzi zatem obecnie wątpliwości, że w niemieckim prawie cywilnym obowiązuje obiektywna teoria nadużycia.

¹¹⁰³ Zob. *ibidem*, s. 283 i 285, a także wyraźne brzmienie przepisu § 826 BGB: „Wer in einer gegen gute Sitten verstößenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet” (dosłownie: „Kto wyrządza innemu umyślnie szkodę w sposób naruszający dobre obyczaje, obowiązany jest do naprawienia szkody innemu”).

¹¹⁰⁴ Zob. rozdz. V pkt 2 i 3.

¹¹⁰⁵ Zob. R. Serick, *op. cit.*, s. 23–24, przyp. 4 i jego znamienne stwierdzenie: „Zwar befaßt sich die Lehre vom Rechtsmißbrauch nur mit dem Mißbrauch subjektiver Rechte. [...] Dasselbe muß aber auch für den Mißbrauch der Rechtsfigur der juristischen Person gelten”.

tym większość autorów opowiadała się za koncepcją obiektywnego nadużycia¹¹⁰⁶ oraz posiadającą ze swej istoty zobiektywizowany charakter teorią instytucjonalną¹¹⁰⁷ jako podstawą prawną odpowiedzialności bez potrzeby odwoływania się do kryteriów subiektywnych, a w szczególności bez potrzeby wykazywania winy (i to winy umyślnej) po stronie współnika, co ma miejsce w przypadku powoływania się w walce z nadużyciami formy spółki z o.o. na deliktową podstawę odpowiedzialności z § 826 BGB¹¹⁰⁸. Spośród tych autorów O. Kuhn w sposób wyraźny wskazał na § 242 BGB jako podstawę odpowiedzialności przebijającej współników spółki z o.o. za jej zobowiązania¹¹⁰⁹.

Również niemiecki BGH w swoich wczesnych orzeczeniach z lat 50. ubiegłego stulecia wyraźnie opowiedział się za obiektywną teorią nadużycia (wyrok z dnia 30 stycznia 1956 r., II ZR 168/54 oraz wyrok z dnia 29 listopada 1956 r., II ZR 156/55)¹¹¹⁰, natomiast w uzasadnieniu wyroku z dnia 14 grudnia 1959 r. (II ZR 187/57)¹¹¹¹ wyraźnie odniósł się do § 242 BGB jako możliwej podstawy odpowiedzialności jedynego współnika spółki z o.o. za jej zobowiązania, o ile powołanie się na formalną odrębność współnika od spółki sprzeciwia się obiektywnie celowi porządku prawnego, a figura prawna osoby prawnej jest nadużywana w sposób naruszający § 826 albo § 242 BGB¹¹¹². Swoje stanowisko BGH podtrzymał w dotyczącym wpisanego stowarzyszenia (*eingetragener Verein*) wyroku z dnia 8 lipca 1970 r. w sprawie VIII ZR 28/69 – w tzw. sprawie osadników (*Siedler-Fall*). Jak już wspomniano powyżej, w wyroku tym niemiecki Federalny Trybunał Sprawiedliwości, powołując się na teorię obiektywnego nadużycia dopuścił możliwość pociągnięcia do osobistej odpowiedzialności członków stowarzyszenia za jego zobowiązania na podstawie § 242 BGB, odwołując się do zawartej w tym przepisie klauzuli dobrej wiary (*Treu und Glauben*)¹¹¹³.

3.2.3. Różnice w podejściu doktryny niemieckiej i polskiej do koncepcji nadużycia prawa (instytucji)

Z perspektywy komparatystycznej jest niezmiernie intrygujące, dlaczego podejście polskiej doktryny różni się diametralnie od stanowiska niemieckiej doktryny i judykatury w zakresie dopuszczalności powoływania się na koncepcję nadużycia prawa/instytucji jako podstawę prawną odpowiedzialności współników spółki z o.o. za jej zobowiązania

¹¹⁰⁶ Zob. stanowisko G. Kuhna przedstawione w rozdz. V pkt 3.

¹¹⁰⁷ Zob. stanowisko R. Reinhardta przedstawione w rozdz. V pkt 3.

¹¹⁰⁸ Tak wyraźnie G. Kuhn, *op. cit.*, s. 362.

¹¹⁰⁹ O. Kuhn, *op. cit.*, s. 211. Stanowisko tego autora zostało przedstawione szerzej w rozdz. V pkt 3.

¹¹¹⁰ Zob. rozdz. VI pkt 3.

¹¹¹¹ Zob. *ibidem*.

¹¹¹² Wyrok BGH z dnia 14 grudnia 1959 r. w sprawie II ZR 187/57, nb 30.

¹¹¹³ Zob. rozdz. VI pkt 4.

i czy jest teoretycznie możliwa próba przejęcia niemieckiego podejścia do koncepcji nadużycia na grunt polskiego porządku prawnego.

Różnicę pomiędzy podejściem polskiej doktryny prawa spółek do koncepcji nadużycia prawa jako podstawy dogmatycznej odpowiedzialności przebijającej a stanowiskiem doktryny niemieckiej w tej kwestii wyjaśnia najlepiej zestawienie dominującej w polskiej literaturze przedmiotu krytyki tego rozwiązania z podstawowymi doktrynalnymi założeniami niemieckiego prawa cywilnego.

Wyrazicielem tych krytycznych poglądów w doktrynie polskiego prawa spółek jest A. Opalski, który odnosząc się do koncepcji R. Szczepaniaka, stanowczo stwierdził, na co zwrócono już uwagę w rozdziale XI niniejszej pracy, że koncepcja nadużycia formy prawnej spółki nie może stanowić „podstawy generalnego przypisania działań spółki kapitałowej jej wspólnikowi ani przypisania odpowiedzialności w oderwaniu od wykonywania określonego prawa podmiotowego”¹¹¹⁴. Autor ten podkreśla, że „samego posłużenia się formą prawną spółki nie można kwalifikować w kategoriach wykonywania prawa podmiotowego”, a przywilej „braku odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki należy rozpatrywać jedynie w kategoriach norm prawnych będących dla wspólników źródłem korzystnej sytuacji prawnej, nieustanawiających jednak prawa podmiotowego na ich rzecz”¹¹¹⁵. A. Opalski słusznie zwraca uwagę na to, że instytucja prawa podmiotowego zakłada „korelatywne sprzężenie uprawnień przysługujących podmiotowi tego prawa z obowiązkami ciążącymi na pozostałych uczestnikach obrotu”, a prawo podmiotowe „wynika ze stosunku prawnego i istnieje wyłącznie w jego granicach”. Przyznać również należy rację dalszym wywodom autora, który podkreśla, że nie można „skonstruować jakiegokolwiek obowiązku osób trzecich związanego z zasadą prawnej odrębności spółek kapitałowych i zasadą braku odpowiedzialności wspólników za zobowiązania tych spółek”. Wobec tego nie sposób zakwalifikować posłużenia się formą prawną spółki jako nadużycia prawa podmiotowego. Co najwyżej taką sytuację można uznać za nadużycie prawa przedmiotowego, jednakże prawo polskie nie wypracowało do tej pory takiej konstrukcji¹¹¹⁶. Dodatkowo, A. Opalski zwraca uwagę na dominujący w polskiej doktrynie i judykaturze pogląd o jedynie obronnym charakterze instytucji nadużycia prawa podmiotowego i niedopuszczalności oparcia roszczenia na fakcie nadużycia prawa podmiotowego przez przeciwnika¹¹¹⁷.

W prawie niemieckim odpowiednikiem art. 5 k.c. jest § 242 BGB, zgodnie z którym „dłużnik zobowiązany jest spełnić świadczenie, jak tego wymaga zasada dobrej

¹¹¹⁴ Tak A. Opalski, *Problematyka...*, s. 13.

¹¹¹⁵ *Ibidem*, s. 13.

¹¹¹⁶ *Ibidem*.

¹¹¹⁷ Zob. *ibidem*, i powołana tam literatura i orzecznictwo.

wiary przy uwzględnieniu zwyczajów panujących w obrocie”¹¹¹⁸. Mimo umiejscowienia tego przepisu w księdze drugiej BGB dotyczącej zobowiązań w części ogólnej zobowiązań dotyczącej treści stosunków zobowiązaniowych, znaczenie tego artykułu wykracza poza niemieckie prawo zobowiązań i kodeks cywilny¹¹¹⁹. Jak podkreśla się w literaturze przedmiotu, zarówno orzecznictwo, jak i doktryna wywiodły z § 242 BGB obowiązującą w całym systemie prawnym zasadę, zgodnie z którą każdy przy wykonywaniu swoich praw i obowiązków powinien postępować zgodnie z zasadami dobrej wiary. U podstaw tego przypisu leży bowiem myśl przewodnia, że każdemu prawu wyznaczone są wewnętrznie społeczno-etyczne granice¹¹²⁰.

Jak już wspomniano, § 242 BGB znajduje zastosowanie również poza prawem zobowiązań, a w doktrynie powszechnie przyjmuje się, że stosuje się go do każdego prawnego powiązania szczególnego (*jede rechtliche Sonderverbindung*) i ustanawia on nie tylko obowiązki po stronie dłużnika, lecz również po stronie wierzyciela, ograniczając go w wykonywaniu jego praw¹¹²¹. Pojęcie prawnego powiązania szczególnego jest jednak rozumiane bardzo szeroko: wystarcza jakikolwiek kwalifikowany kontakt społeczny¹¹²². I właśnie w tym miejscu pojawia się zasadnicza różnica pomiędzy pojmowaniem nadużycia prawa w doktrynie polskiej a niemieckiej. W doktrynie niemieckiej przyjmuje się bowiem, że § 242 BGB i wynikający z niego zakaz nadużywania prawa dotyczą nie tylko praw podmiotowych, roszczeń i uprawnień kształtujących, lecz również wszelkich pozycji prawnych (*Rechtspositionen*), takich np. jak zarzuty (*Einwendungen und Einreden*)¹¹²³, a nawet instytucji prawnych (*Rechtsinstitute*) i norm prawnych (*Rechtsnormen*)¹¹²⁴. Szczególnie istotne jest rozróżnienie w doktrynie niemieckiej między nadużyciem indywidualnym (*individueller Rechtsmissbrauch*) a nadużyciem instytucjonalnym (*institutioneller Rechtsmissbrauch*). Nadużycie instytucjonalne występuje wówczas, gdy z prawa albo pozycji prawnej czyniony jest użytek w sposób

¹¹¹⁸ „§ 242 BGB Leistung nach Treu und Glauben. Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern”. Należy jednak spoznać, że pod względem systematycznym i ściśle formalnym przepis ten odpowiada art. 354 k.c. Jednakże nabrał on znaczenia równoważnego z art. 5 k.c. z uwagi na to, że w niemieckim kodeksie cywilnym brak jest w części ogólnej przepisu stanowiącego odpowiednik art. 5 k.c.

¹¹¹⁹ Wyrażona w tym przepisie zasada dobrej wiary obowiązuje poza prawem prywatnym również w prawie publicznym, natomiast sam przepis § 242 BGB z uwagi na jego prywatnoprawny charakter jest wówczas stosowany odpowiednio. Por. Ch. Grüneberg, *op. cit.*, § 242, nb 3.

¹¹²⁰ Tak reprezentatywnie w doktrynie niemieckiej *ibidem*, § 242, nb 1.

¹¹²¹ Zob. K. Larenz, M. Wolf, *op. cit.*, s. 284.

¹¹²² Zob.: Ch. Grüneberg, *op. cit.*, § 242, nb 5: „Dieser Begriff ist aber im § 242 im weitesten Sinn zu verstehen. Es genügt jeder qualifizierte soziale Kontakt”.

¹¹²³ Zob. K. Larenz, M. Wolf, *op. cit.*, s. 284.

¹¹²⁴ Tak wyraźnie w najbardziej poczytnym komentarzu do niemieckiego kodeksu cywilnego Ch. Grüneberg, *op. cit.*, § 242, nb 40: „Der Grundsatz von Treu und Glauben als Gebot der Redlichkeit und allgemeine Schranke der Rechtsausübung beschränkt aber nicht nur subjektive Rechte, sondern auch Rechtsinstitute und Rechtsnormen”.

sprzeczny z ich obiektywnym sensem i celem¹¹²⁵. W takim przypadku wyrażony w § 242 BGB zakaz nadużywania prawa, a w tym wypadku instytucji, prowadzi do tego, że wynikające (pozornie) z danej instytucji prawnej albo normy prawnej skutki prawne muszą ustąpić (nie zasługują na uwzględnienie), jeżeli prowadzą one do rezultatów sprzecznych z zasadą dobrej wiary¹¹²⁶. Z nadużyciem indywidualnym mamy natomiast do czynienia wtedy, gdy prawo wykonywane jest, co prawda, jeszcze w granicach wyznaczonych przez obiektywny cel danej normy albo instytucji prawnej, jednakże uprawniony poprzez swoje zachowanie narusza w sposób sprzeczny z zasadami dobrej wiary interes innego podmiotu, np. naruszając jego zaufanie¹¹²⁷.

Z uwagi na charakter wyrażonej w § 242 BGB zasady dobrej wiary jako klauzuli generalnej nie jest możliwe, jak podkreśla się w doktrynie niemieckiej, wyczerpujące określenie, jakie zachowania naruszają tę zasadę. Dlatego też w praktyce orzeczniczej, w ramach sądowego rozwijania prawa, wykształciły się poszczególne grupy przypadków (*Fallgruppen*) uznawanych za sprzeczne z zasadą dobrej wiary wykonywanie prawa (nadużycie prawa)¹¹²⁸. W ramach podgrupy przypadków nadużycia instytucjonalnego w doktrynie niemieckiej nadal wymienia się problematykę nadużycia formy prawnej osoby prawnej i odpowiedzialności przebijającej¹¹²⁹, chociaż zgodnie z najnowszym orzecznictwem BGH przedstawionym powyżej możliwość odpowiedzialności przebijającej wspólników spółki z o.o. zawęża się do grupy przypadków pomieszania majątku spółki i wspólnika¹¹³⁰.

Będący odpowiednikiem polskiego art. 5 k.c. § 242 BGB stanowi zatem nadal podstawę do pociągania wspólników niemieckiej spółki z o.o. za jej zobowiązania w ramach

¹¹²⁵ Zob. K. Larenz, M. Wolf, *op. cit.*, s. 284: „Ein institutioneller Rechtsmißbrauch liegt vor, wenn von Rechten und Rechtspositionen ein ihrem objektiven Sinn und Zweck widersprechender Gebrauch gemacht wird”.

¹¹²⁶ Zob. Ch. Grüneberg, *op. cit.*, § 242, nb 40 i powołane tam orzecznictwo. Odnosząc się do nadużycia instytucjonalnego autor ten stwierdza: „Bei ihm geht es darum, dass sich aus einem Rechtsinstitut oder einer Rechtsnorm (scheinbar) ergebenden Rechtsfolgen unter Umständen zurücktreten müssen, wenn sie zu einem mit Treu und Glauben unvereinbaren, schlechthin untragbaren Ergebnis führen”.

¹¹²⁷ Zob. K. Larenz, M. Wolf, *op. cit.*, s. 284. Jako przykład takiego indywidualnego nadużycia prawa autorzy podają powoływanie się przez stronę umowy na jej nieważność z uwagi na niespełnienie wymogu odnośnie do formy czynności prawnej (brak formy aktu notarialnego przy umowie sprzedaży nieruchomości): co prawda, powołanie się na nieważność umowy z tego powodu nie sprzeciwia się obiektywnemu celowi przepisów o formie czynności prawnych, jednakże w indywidualnych okolicznościach konkretnego przypadku może uchodzić za nadużycie, zwłaszcza jeżeli nieważność czynności prawnej z powodu niezachowania wymaganej prawem formy dla tej czynności została wywołana przez obeznanego w prawie sprzedawcę i przez to naruszone zostało zaufanie niezorientowanego prawnie kupującego, który zaufał sprzedawcy i był przekonany o ważności umowy (*ibidem*, s. 284–285).

¹¹²⁸ Zob. K. Larenz, M. Wolf, *op. cit.*, s. 285 i n.; Ch. Grüneberg, [w:] Palandt. *Bürgerliches Gesetzbuch...*, § 242, nb 40, 42–107.

¹¹²⁹ Zob. Ch. Grüneberg, *op. cit.*, § 242, nb 40 i 71.

¹¹³⁰ Zob. J. Ellenberger, [w:] Palandt. *Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar*, 74. Aufl., München 2015, Einf v § 21, nb 12–13.

odpowiedzialności przebijającej za nadużycie instytucjonalne, a przynajmniej za jedną z możliwych dogmatycznych podstaw tej odpowiedzialności (obok tzw. redukcji teleologicznej) – choć zasadniczo przyjmuje się w doktrynie, że przepis ten nie może stanowić samoistnej podstawy prawnej dochodzenia roszczeń¹¹³¹ – bez wywoływania nadmiernych obaw o rozchwianie systemu niemieckiego prawa spółek. Wydaje się to możliwe dlatego, że § 242 BGB uznawany jest za wyjątkową podstawę prawną walki z nadużyciami prawa i instytucji, która wchodzi w rachubę tylko wówczas, gdy brak jest możliwości skorzystania z innej podstawy prawnej albo regulacji szczególnej¹¹³². Dodatkowo w doktrynie niemieckiej powszechnie przyjmuje się, że § 242 BGB wyznacza granice wykonywania prawa tam, gdzie prowadziłoby ono do nieakceptowalnych i sprzecznych z prawem i sprawiedliwością rezultatów. Paragraf ten nie stanowi natomiast upoważnienia dla ogólnej judykatury sprawiedliwościowej (*allgemeine Billigkeitsjustiz*) i nie uprawnia on sędziego do zastępowania w konkretnym przypadku wynikających z umowy albo ustawy skutków prawnych rzekomo sprawiedliwszymi albo właściwszymi skutkami (rozwiązaniami)¹¹³³.

To zestawienie instytucji nadużycia prawa w doktrynie polskiej i niemieckiej pokazuje, że tę ostatnią, podobnie jak niemiecką judykaturę cechuje większa elastyczność w zakresie rozumienia i stosowania zasady zakazu nadużywania prawa/instytucji, właśnie przez przyjęcie, że odnoszący się dosłownie do warunków spełnienia świadczenia przepis stanowi wyraz ogólnej zasady ograniczającej nie tylko korzystanie z praw podmiotowych, lecz również z instytucji prawnych i norm prawnych, a nawet – posługując się sformułowaniem użytym w doktrynie polskiej przez A. Opalskiego – korzystnych sytuacji prawnych. Rozwiązanie przyjęte w doktrynie niemieckiej wydaje się zatem dopuszczać szerokie ujęciem nadużycia prawa, o którym wspomina M. Pyziak-Szafnicka, z tym jednak zastrzeżeniem, że nie jest ono równoznaczne z delegacją do stanowienia przez sądy prawa sędziowskiego w ramach sprawiedliwościowej korekty obowiązujących przepisów. Nadużycie instytucjonalne bazuje w swojej istocie na kryteriach obiektywnych, co ma ułatwić stosowanie zasady zakazu nadużywania prawa. Oczywiście, w praktyce granica między dopuszczalnym powoływaniem się na koncepcję nadużycia instytucjonalnego a niedopuszczalnym stanowieniem prawa przez sądy może być płynna. Należy jednak wyrazić nadzieję, że tak jak to ma miejsce w niemieckiej praktyce orzeczniczej, również w polskiej judykaturze stosowanie koncepcji nadużycia

¹¹³¹ Por. Ch. Grüneberg, *op. cit.*, § 242, nb 21, a zatem również w doktrynie i sądownictwie niemieckim odmawia się § 242 BGB zasadniczo „zaczepnego” charakteru, podobnie jak czyni to przeważająca część polskiej doktryny w odniesieniu do art. 5 k.c.

¹¹³² Por. *ibidem*, § 242, nb 38.

¹¹³³ Tak wyraźnie *ibidem*, § 242, nb 2.

instytucjonalnego, gdyby zdecydować się na przejęcie rozwiązania niemieckiego, nie powinno prowadzić do niepewności prawa.

3.2.4. O dopuszczalności przejęcia niemieckiej koncepcji nadużycia instytucjonalnego w prawie polskim z komparatystycznego punktu widzenia

Powyższe rozważania prowadzą do wniosku, że nie ma przeszkód z komparatystycznego punktu widzenia, aby koncepcja nadużycia instytucjonalnego (nadużycia instytucji) została przeniesiona na grunt prawa polskiego przy uwzględnieniu jej wyjątkowego charakteru¹¹³⁴. Pod względem funkcjonalnym obydwie porządki prawne – polski i niemiecki – są do siebie zbliżone, jeżeli spojrzeć na omawiane instytucje prawa cywilnego. Brak jest fundamentalnych różnic w praktyce orzeczniczej i sposobie stosowania prawa przez polskich i niemieckich prawników-praktyków, a doktryna polskiego prawa spółek i prawa cywilnego od lat inspirowana jest – bez taniego naśladowania – rozwiązaniami niemieckimi. Oczywiście, należy mieć na uwadze zasadniczo większą elastyczność sądów niemieckich w ramach tzw. sądowego rozwijania prawa (*richterliche Rechtsfortbildung*), o którym będzie mowa szerzej w dalszej części pracy, ale należy podkreślić, że odbywa się ono głównie na poziomie niemieckiego Federalnego Trybunału Sprawiedliwości, co zasadniczo zapewnia jednolitość praktyki orzeczniczej. W tym miejscu nie sposób jest zaproponować wszystkich możliwych kryteriów budowania w doktrynie polskiej koncepcji nadużycia instytucjonalnego, a w szczególności koncepcji nadużycia formy prawnej spółki z o.o. Na trudności związane z ustaleniem dokładnych podstaw i szczegółowych przesłanek tej odpowiedzialności zwracali już autorzy będący zwolennikami stosowania w niemieckim prawie spółek § 242 BGB jako podstawy prawnej odpowiedzialności wspólników¹¹³⁵.

Mimo tych trudności i mimo konserwatywnego podejścia do instytucji nadużycia prawa w doktrynie polskiej, które zasługuje jak najbardziej na szacunek, ponieważ wynika ono z dążenia do zapewnienia pewności prawa i bezpieczeństwa obrotu, doktryna polskiego prawa spółek powinna, zdaniem autora niniejszej rozprawy, być otwarta na koncepcję nadużycia instytucjonalnego i traktować ją (być może) jako ostateczny „wentyl bezpieczeństwa”, a nie wybryk stanowiący swoiste przesunięcie kategoriale. Taką możliwość powinno się przynajmniej rozważyć do czasu ustawowego uregulowania odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. za jej zobowiązania w ściśle określonych przypadkach, o ile taka regulacja zostanie uznana za pożądaną i gwarantującą

¹¹³⁴ Na potrzebę rozważenia dopuszczalności przejęcia koncepcji nadużycia instytucjonalnego na gruncie polskiego prawa spółek autor niniejszej rozprawy zwracał już uwagę w swoim wcześniejszym opracowaniu. Por. P.M. Wiórek, *Kilka uwag...*, s. 239 i n.

¹¹³⁵ Zob. przede wszystkim O. Kuhn, *op. cit.*, s. 211–212.

bezpieczeństwo obrotu¹¹³⁶. Postulat ten jest zgłaszany z zastrzeżeniem, że nie jest możliwe opowiedzenie się za inną teoretyczną podstawą odpowiedzialności przebijającej na gruncie *legis latae*, o czym poniżej.

3.3. Współczesna teoria celu normy – koncepcja redukcji teleologicznej

3.3.1. Uwagi wstępne

Stanowiąca współczesną teorię celu normy koncepcja redukcji teleologicznej stanowi drugą najczęściej powoływaną w doktrynie i orzecznictwie niemieckim podstawę odpowiedzialności przebijającej. O ile przedstawiciele doktryny niemieckiego prawa spółek – przede wszystkim U. Immenga, E. Rehbinder, P. Ulmer, G. Bitter¹¹³⁷ – opowiadają się za tą koncepcją bezpośrednio i wyraźnie ją nazywają, o tyle w orzecznictwie BGH odwołanie się do koncepcji redukcji teleologicznej następuje w dwojaki sposób. Mianowicie w dwóch orzeczeniach BGH wyraźnie zastosował mechanizm celowościowej redukcji normy wyrażonej w przepisie § 13 ust. 2 GmbHG wskazując na podstawę prawną odpowiedzialności wspólników, jaką jest analogicznie stosowany § 128 HGB, przy jednoczesnym stwierdzeniu, że następuje to z uwagi na nadużycie formy prawnej spółki z o.o. (tak zwłaszcza wyrok w sprawie *Autokran*¹¹³⁸ oraz wyrok BGH w sprawie II ZR 178/03 dotyczący pomieszczenia majątków spółki i wspólnika¹¹³⁹). Natomiast w wyrokach w sprawie *KBV*¹¹⁴⁰, *Autovertrags Händler*¹¹⁴¹ oraz *Handelsvertreter*¹¹⁴² BGH stwierdził, że ingerencja wspólników w majątek spółki unicestwiająca jej egzystencję stanowi nadużycie formy prawnej GmbH skutkujące utratą przywileju wyłączenia odpowiedzialności wspólnika za zobowiązania spółki, zwracając jednocześnie uwagę na cel i warunki zastosowania normy wyrażonej w przepisie § 13 ust. 2 GmbHG. Nieodzownym warunkiem zastosowania tego przepisu jest, zdaniem BGH, respektowanie przypisania majątku spółki w celu pierwszorzędnego zaspokojenia wierzycieli spółki w okresie istnienia GmbH¹¹⁴³. To odniesienie się przez niemiecki Federalny Trybunał

¹¹³⁶ Zob. rozważania na ten temat w dalszej części pracy.

¹¹³⁷ Zob. rozdz. V pkt 5.

¹¹³⁸ Zob. rozdz. VI pkt 4.

¹¹³⁹ Zob. rozdz. VI pkt 5 oraz rozdz. VII pkt 2.2.

¹¹⁴⁰ Zob. rozdz. VI pkt 5 oraz rozdz. VII pkt 3.2.4.

¹¹⁴¹ Zob. rozdz. VII pkt 3.2.6.

¹¹⁴² Zob. rozdz. VII pkt 3.2.7.

¹¹⁴³ Zob. lit. a) tenoru wyroku BGH z dnia 24 czerwca 2002 r. w sprawie *KBV*, II ZR 300/00: „a) Die Respektierung der Zweckbindung des Gesellschaftsvermögens zur vorrangigen Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger während der Lebensdauer der GmbH ist unabdingbare Voraussetzung für die Inanspruchnahme des Haftungsprivilegs des § 13 Abs. 2 GmbHG. Zugriffe der Gesellschafter auf das Gesellschaftsvermögen, welche die aufgrund dieser Zweckbindung gebotene angemessene Rücksichtnahme auf die Erhaltung der Fähigkeit der Gesellschaft zur Bedienung ihrer Verbindlichkeiten in einem ins Gewicht fallenden Maße vermissen lassen, stellen deshalb einen Mißbrauch der Rechtsform der GmbH dar, der

Sprawiedliwości w wyrokach *KBV*, *Autovertragshändler* oraz *Handelsvertreter* do niepisanych warunków zastosowania normy stanowi wyraźne nawiązanie do konstrukcji redukcji teleologicznej, choć BGH nie wskazuje bezpośrednio na (możliwą) podstawę dogmatyczną odpowiedzialności wspólników spółki z o.o., jak czyni to w wyrokach *Autokran* oraz w wyroku w sprawie II ZR 178/03.

Koncepcja redukcji teleologicznej jako współczesna teoria celu normy została już przedstawiona przy okazji omawiania teoretyczno-dogmatycznych podstaw odpowiedzialności przebijającej w doktrynie niemieckiego prawa spółek i jej prezentacja nastąpiła właśnie w takim zakresie, w jakim doktryna prawa spółek się do niej odnosi. W tym miejscu należy wskazać, że nie prowadzi ona do negowania zasady rozdzielności spółki od wspólnika (*Trennungsprinzip*), tak jak to przypisuje się teorii obiektywnego nadużycia i teorii instytucjonalnej¹¹⁴⁴, a w związku z tym ma tę zaletę, że nie skupia się na poszukiwaniu wewnętrznych granic instytucji osobowości prawnej, co wywołuje, jak podkreśla U. Immenga, pewne dogmatyczne wątpliwości dotyczące koncepcji nadużycia: mający charakter prawo-ograniczający § 242 BGB używany jest, jakkolwiek dopuszcza to sporadycznie doktryna i orzecznictwo, w celu ustanowienia prawa w postaci roszczenia przeciwko wspólnikowi spółki z o.o.¹¹⁴⁵. Zamiast tego koncepcja redukcji celowościowej skupia się na samym przepisie § 13 ust. 2 GmbHG statuującym zasadę wyłączenia odpowiedzialności wspólników spółki z o.o., a jej użycie prowadzi do niestosowania tego przepisu w określonych okolicznościach. Jeżeli wspólnicy spółki z o.o. nie respektują celu normy wyrażonej w przepisie § 13 ust. 2 GmbHG, pomijając związek wyrażonej w tym przepisie zasady wyłączenia odpowiedzialności: z regułami dotyczącymi tworzenia i utrzymania kapitału zakładowego (w przypadku odpowiedzialności przebijającej za materialne niedokapitalizowanie spółki), z rozdzielnością majątków spółki i wspólnika (w przypadku odpowiedzialności przebijającej za pomieszczenie majątków) albo z obowiązkiem respektowania przez wspólników przeznaczenia majątku spółki w celu pierwszorzędnego zaspokojenia wierzycieli spółki w okresie jej istnienia (w przypadku odpowiedzialności przebijającej za unicestwienie egzystencji spółki), norma ta nie znajduje zastosowania i wspólnicy ponoszą osobistą odpowiedzialność za zobowiązania spółki. Redukcja teleologiczna prowadzi zatem do niezastosowania wyrażonej w przepisie § 13 ust. 2 GmbHG normy do stanów faktycznych, do których nie

zum Verlust des Haftungsprivilegs führt, soweit nicht der der GmbH durch den Eingriff insgesamt zugefügte Nachteil bereits nach §§ 30, 31 GmbHG ausgeglichen werden kann”.

¹¹⁴⁴ Zob. rozdz. V pkt 1.1, 1.2 (o tzw. właściwych teoriach odpowiedzialności przebijającej) oraz 1.3 (o tzw. niewłaściwych teoriach odpowiedzialności przebijającej). Należy jednak podkreślić, że mimo odwoływania się do zasady rozdzielności i teoretycznego negowania jej na potrzeby odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. autorzy tacy jak R. Reinhardt i O. Kuhn, czy dopuszczają możliwość występowania odpowiedzialności wspólnika obok samej spółki (zob. rozdz. V pkt 3).

¹¹⁴⁵ Stanowisko U. Immengi zostało przedstawione szerzej w rozdz. V pkt 3.

pasuje ona z uwagi na jej cel, natomiast powstała w ten sposób pustka zostaje zamknięta – jak obrazowo to ujmuje E. Rehbinder – przez zastosowanie normy wypełniającej¹¹⁴⁶, którą jest w przypadku odpowiedzialności przebijającej stosowany w drodze analogii § 128 HGB dotyczący odpowiedzialności wspólników spółki jawnej za zobowiązania tejże spółki¹¹⁴⁷. Jak podkreślił to dobitnie w doktrynie niemieckiego prawa spółek G. Bitter, redukcja teleologiczna umożliwia sędziemu niezastosowanie wyrażonej w § 13 ust. 2 GmbHG normy prawnej wbrew gramatycznej wykładni przepisu¹¹⁴⁸.

3.3.2. Efekt zastosowania redukcji teleologicznej do wyłączającego odpowiedzialność wspólników niemieckiej spółki z o.o. § 13 ust. 2 GmbHG

Posługując się prawidłowo niemiecką terminologią metodologiczną, o czym poniżej, należy stwierdzić, że redukcja celowościowa stanowi zabieg z zakresu sądowego rozwijania prawa (*richterliche Rechtsfortbildung*), będącego kontynuacją wykładni (*Auslegung*), w jego podstawowej odmianie, a więc rozwijania prawa w granicach ustawy (*gesetzesimmanente Rechtsfortbildung*). Zabieg ten służy wypełnieniu tzw. ukrytej luki ustawowej przez dodanie brakującego ograniczenia (stosowania przepisu) i prowadzi w odniesieniu do § 13 ust. 2 GmbHG do dopisania wyinterpretowanej z tego przepisu normie prawnej nieobjętego treścią przepisu – i przez to niemożliwego do wyinterpretowania w ramach wykładni językowej – dodatkowego ograniczenia albo warunku jego zastosowania. Zabieg redukcji teleologicznej prowadzi zatem do ustalenia obowiązującego w danym konkretnym przypadku normy o treści uzupełnionej o brakujące ograniczenie: „Za zobowiązania spółki odpowiada wobec jej wierzycieli wyłącznie jej majątek [takie jest dosłowne brzmienie przepisu § 13 ust. 2 GmbHG, przypomnienie P.M.W.]. Nie dotyczy to sytuacji, w której [i tu pojawia się pominięte przez ustawodawcę ograniczenie]: wspólnicy spółki nie przestrzegają zasady rozdzielności majątku spółki i wspólnika (odpowiedzialność za pomieszanie majątków), nie respektują reguł dotyczących tworzenia i utrzymania kapitału zakładowego (odpowiedzialność za materialne niedokapitalizowanie) albo nie respektują przeznaczenia majątku spółki w celu pierwszorzędnego zaspokojenia wierzycieli spółki w okresie jej istnienia (odpowiedzialność za unicestwienie egzystencji spółki)”. W postaci warunkowej norma ta brzmiałaby natomiast w następujący sposób: „Za zobowiązania spółki odpowiada wobec jej wierzycieli wyłącznie jej majątek pod warunkiem przestrzegania przez wspólników zasady rozdzielności majątku, respektowania reguł dotyczących tworzenia i utrzymywania kapitału zakładowego oraz

¹¹⁴⁶ Zob. E. Rehbinder, *op. cit.*, s. 580. Szerzej na ten temat zob. rozdz. V pkt 5.

¹¹⁴⁷ Zob. Hachenburg/Ulmer, *GmbHG*, § 13, nb 52; G. Bitter, [w:] *Scholz. Kommentar...*, § 13, nb 126, *idem*, *Konzernrechtliche...*, s. 98–100 oraz I. Funke, *op. cit.*, § 13, nb 346. Szerzej na ten temat zob. rozdz. V pkt 5.

¹¹⁴⁸ G. Bitter, [w:] *Scholz. Kommentar...*, § 13, nb 127.

respektowania przez nich przeznaczenia majątku spółki w celu pierwszorzędnego zaspokojenia wierzycieli spółki w okresie jej istnienia”.

Taki rezultat wykładni przepisu § 13 ust. 2 GmbHG może budzić poważne wątpliwości z perspektywy polskiego prawa spółek, co potwierdza przedstawione powyżej krytyczne stanowisko wyrażone przez A. Opalskiego, który opowiada się stanowczo przeciwko doprowadzeniu do osobistej odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. w drodze celowościowej wykładni przepisów art. 151 § 4 k.s.h. oraz art. 301 § 5 k.s.h.¹¹⁴⁹ Dlatego celowe jest obszerniejsze przedstawienie stosowanego w niemieckiej praktyce orzeczniczej zabiegu redukcji celowościowej.

3.3.3. Istota redukcji teleologicznej w niemieckiej nauce o metodzie prawniczej (*juristische Methodenlehre*)

W niemieckiej metodologii prawniczej, podobnie jak w polskiej, odróżnia się wykładnię *sensu stricto*, rozumianą jako interpretacja przepisów prawa zgodnie z dyrektywami wykładni językowej (gramatycznej), systemowo-logicznej, historycznej (subiektywnej) oraz obiektywno-teleologicznej (celowościowej), czy też funkcjonalnej od wykładni *sensu largo*, obejmującej w metodologii niemieckiej, austriackiej i szwajcarskiej również tzw. uzupełniające rozwijanie prawa (*die ergänzende Rechtsfortbildung*) o charakterze prawotwórczym w postaci analogii (*Analogie*), redukcji albo restrykcji teleologicznej (*teleologische Reduktion/Restriktion*) oraz stosowania ogólnych zasad prawa (*Anwendung allgemeiner Rechtsgrundsätze*)¹¹⁵⁰. Uzupełniające rozwijanie prawa jest nazywane w niemieckiej metodologii również rozwijaniem prawa w granicach ustawy (dosłownie: rozwijanie prawa ustawowo immanentne, *gesetzesimmanente Rechtsfortbildung*)¹¹⁵¹. W polskiej doktrynie i metodologii prawniczej w ramach wykładni *sensu largo* (wykładni prawa w szerokim sensie) uwzględnia się natomiast oprócz interpretacji przepisów prawa (wykładni prawa w ścisłym znaczeniu)

¹¹⁴⁹ Zob. rozdz. XI pkt 1.

¹¹⁵⁰ Por. przede wszystkim podstawowy krótki podręcznik z zakresu metodologii prawa niemieckiego i austriackiego autorstwa F. Bydlińskiego: F. Bydliński, *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*, Wien 2012, s. 26–75 (dotyczący wykładni *sensu stricto*) oraz s. 76–102 (dotyczący uzupełniającego rozwijania prawa), s. 93–102 (dotyczący stosowania ogólnych zasad prawa). W doktrynie polskiej w sposób prawidłowy opisał obowiązujące w metodologii niemieckojęzycznych porządków prawnych dyrektywy z zakresu „rozwijania prawa” L. Morawski, nazywając je słusznie dyrektywami odstępstwa od sensu językowego i podkreślając, że w krajach niemieckojęzycznych świadectwem ich akceptacji jest powszechnie uznawane w jurysprudencji niemieckiej odróżnienie wykładni w konwencjonalnym tego słowa znaczeniu rozumianej jako ustalanie znaczenia przepisu w granicach jego możliwego sensu językowego (*Auslegung, Interpretation*), od wykładni która wykracza poza możliwe granice językowe przepisu i tym sposobem zawiera w sobie elementy twórcze. Z tego też powodu ten ostatni typ wykładni zwykle się nazywać „rozwijaniem prawa” (*Rechtsfortbildung*). Zob. L. Morawski, *Zasady...*, s. 84.

¹¹⁵¹ Tak K. Larenz, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 2. Aufl., Berlin Heidelberg New York 1992, s. 258.

„czynności polegające na wywnioskowywaniu z norm odtworzonych z tekstu prawnego innych norm”, co następuje przy wykorzystaniu reguł inferencyjnych, do których zalicza się również wnioskowanie z *analogii legis*¹¹⁵², której również przypisuje się prawotwórczy charakter¹¹⁵³. Dokonywanego w polskiej metodologii prawniczej różnienia między wykładnią *sensu stricto* a *sensu largo* nie można jednak w pełni utożsamiać z podziałem dokonywanym w doktrynie i metodologii krajów niemieckojęzycznych, a to z tego względu, że sprowadza się ono do rozróżnienia problemów interpretacyjnych polegających na odtwarzaniu norm z przepisów (wykładnia *sensu stricto*) od omawianych w ramach wykładni *sensu largo* (oprócz tychże problemów interpretacyjnych) problemów walidacyjnych związanych z kwalifikowaniem norm jako obowiązujących albo nieobowiązujących¹¹⁵⁴. Na przeszkodzie w utożsamianiu owego podziału wykładni na wykładnię w ujęciu węższym i szerokim w doktrynie polskiej i niemieckiej stoi właśnie objęcie pojęciem wykładni *sensu largo* w doktrynie niemieckiej, austriackiej i szwajcarskiej, a ściśle pojęciem uzupełniającego rozwijania prawa, zabiegu redukcji celowościowej, który zasadniczo trudno uznać za zabieg walidacyjny¹¹⁵⁵.

Zabieg redukcji celowościowej służy mianowicie, podobnie, jak wnioskowanie z analogii wypełnianiu przez sądy w procesie stosowania prawa luki ustawowej i stanowi razem z analogią kontynuację wykładni *sensu stricto*, a więc interpretacji. Stąd mowa jest o sądowym rozwijaniu prawa (*richterliche Rechtsfortbildung*)¹¹⁵⁶. Przez analogię i redukcję teleologiczną wypełnieniu podlega luka ustawowa (*Gesetzeslücke*), rozumiana bądź to jako luka normatywna, luka w normie (*Normlücke*)¹¹⁵⁷ bądź jako luka regulacyjna (*Regelungslücke*)¹¹⁵⁸. Obydwa rodzaje luki ustawowej są lukami w systemie

¹¹⁵² Tak reprezentatywnie w doktrynie polskiej M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, wyd. 6, Warszawa 2012, s. 44–45.

¹¹⁵³ Tak reprezentatywnie Z. Radwański, M. Zieliński, [w:] M. Safjan (red.), *System Prawa Prywatnego. Tom I. Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2012, s. 491. Na temat rozróżnienia wykładni *sensu stricto* od wykładni *sensu largo* zob. również L. Morawski, *Zasady...*, s. 23–24. Z odróżnieniem wykładni *sensu stricto* i *sensu largo* wiąże się, na co zwraca uwagę L. Morawski, bardzo ważna dyrektywa interpretacyjna zwana zasadą pierwszeństwa wykładni *sensu stricto*. Zob. *ibidem*, s. 23.

¹¹⁵⁴ Por. M. Zieliński, *Wykładnia...*, s. 46.

¹¹⁵⁵ Zob. uwagi poniżej.

¹¹⁵⁶ Zob. K. Larenz, *op. cit.*, s. 254.

¹¹⁵⁷ Luka w normie (*Normlücke*) występuje wówczas, jeżeli jakaś norma ustawowa nie może w ogóle zostać zastosowana bez dodania do niej dalszego postanowienia, którego brak jest w ustawie. Tego rodzaju luki występują bardzo rzadko, a jeden z takich przykładów stanowi przepis § 904 zd. 2 BGB, który stanowi o tym, że właściciel, który nie może zakazać oddziaływaniu na jego własność na podstawie § 904 zd. 1 BGB, może żądać wyrównania wynikającej z tego szkody, ale nie określa, kto jest zobowiązany do naprawienia szkody. Problem ten należy rozstrzygnąć przez wypełnienie powstałej luki, zwłaszcza w tych sytuacjach, w których podmiot oddziałujący na własność jest innym podmiotem niż ten, który odnosi korzyści z takiego oddziaływania. Zob. *ibidem*, s. 260.

¹¹⁵⁸ W większości przypadków luk ustawowych ma się do czynienia z lukami regulacyjnymi (*Regelungslücken*), a więc sytuacjami, w których brak jest nie jednego z członów normy, lecz występuje całkowity

regulacyjnym ustawy. Innymi słowy, luka ustawowa oznacza „sprzeczną z planem (ustawodawcy) niepełność, niekompletność” ustawy (*planwidrige Unvollständigkeit des Gesetzes*)¹¹⁵⁹, co należy odróżnić od luki politycznoprawnej, sprowadzającej się do tego, że dana regulacja ustawowa nie odpowiada oczekiwaniom politycznoprawnym¹¹⁶⁰, które uzasadniają postulaty *legis ferendae*¹¹⁶¹.

O ile jednak w przypadkach uzasadniających stosowanie *analogii legis* mamy do czynienia z tzw. luką otwartą (*offene Lücke*) polegającą na tym, że ustawa nie zawiera dla danego stanu faktycznego lub poszczególnej grupy przypadków reguły, która znajdowałaby do nich zastosowanie, mimo że zgodnie z teleologią ustawy taka reguła powinna obowiązywać¹¹⁶², o tyle w przypadkach, w których stosuje się redukcję celowościową, mamy do czynienia ze stanem faktycznym lub grupami przypadków, co do których ustawa przewiduje – zgodnie z jej wykładnią językową – mającą do nich zastosowanie regułę, która jednak nie pasuje – zgodnie z celem i sensem ustawy – do danego stanu faktycznego i nie powinna znaleźć w danym przypadku, grupie przypadków (z owych celowościowych względów) zastosowania¹¹⁶³. W takiej sytuacji reguła ustawowa wymaga jej ograniczenia, które, co prawda, nie wynika z ustawy i nie jest objęte treścią normy wyinterpretowanej za pomocą dyrektyw wykładni *sensu stricto*, jednak to ograniczenie uzasadnione jest celem i sensem ustawy. Brak tego ograniczenia lub wyłączenia stosowania danego przepisu stanowi również „lukę” w znaczeniu przyjmowanym w niemieckiej metodologii prawa¹¹⁶⁴. Tego rodzaju luka określana jest w metodologii prawniczej w niemieckojęzycznych porządkach prawnych jako luka ukryta (*verdeckte Lücke*)¹¹⁶⁵ albo luka wyjątku (*Ausnahmelücke*)¹¹⁶⁶.

W przypadku luki „ukrytej” względy celowościowe wymagają w takiej sytuacji uwzględnienia szczególnych okoliczności danego przypadku i niejako „dopisania” do treści wyinterpretowanej z przepisu normy prawnej owego ograniczenia.

O ile zatem wypełnienie luki otwartej następuje przez zastosowanie *analogii legis* i przeniesienia obowiązującej dla stanu faktycznego A reguły na nieuregulowany w ustawie, ale „podobny” do tego stanu stan faktyczny B¹¹⁶⁷ (w drodze tzw. analogii

brak uregulowania danej kwestii: ustawa nie zawiera reguł do rozstrzygnięcia kwestii, która zgodnie z zamiarem ustawodawcy powinna zostać uregulowana. Zob. *ibidem*, s. 260.

¹¹⁵⁹ *Ibidem*, s. 261.

¹¹⁶⁰ *Ibidem*, s. 262.

¹¹⁶¹ To rozróżnienie wydaje się najbliższe odpowiadać znanemu polskiej metodologii prawa podziałowi luk na luki konstrukcyjne i aksjologiczne, pozorne. Zob. Z. Radwański, M. Zieliński, [w:] M. Safjan (red.), *System...*, s. 491.

¹¹⁶² Zob. K. Larenz, *op. cit.*, s. 265.

¹¹⁶³ *Ibidem*, s. 265.

¹¹⁶⁴ Por. K. Larenz, *op. cit.*, s. 258 i 265: „Die Lücke besteht hier in dem Fehlen einer Einschränkung”.

¹¹⁶⁵ *Ibidem*, s. 279.

¹¹⁶⁶ Zob. E.A. Kramer, *Juristische Methodenlehre*, 2. Aufl., Wien 2005, s. 170–172 i 192 i n.

¹¹⁶⁷ *Ibidem*, s. 269.

pojedynczej, *Einzelanalogie*, stosowana jest zatem odpowiednio do nieuregulowanego ustawą stanu faktycznego pojedyncza norma ustawowa), a w przypadku *analogii iuris*, określanej w doktrynie niemieckiej jako *Gesamtanalogie*, stosuje się do danego stanu faktycznego ogólną zasadę prawną (*allgemeiner Rechtsgrundsatz*) pozyskaną z wielu ustawowych postanowień, które dla różnych stanów faktycznych przewidują podobne skutki prawne¹¹⁶⁸; o tyle w przypadku luki „ukrytej” wypełnienie luki następuje poprzez dodanie brakującego ograniczenia w drodze redukcji teleologicznej¹¹⁶⁹. Jak słusznie zatem zwraca uwagę przedstawiciel szwajcarskiej metodologii prawniczej E.A. Kramer, w przypadku wypełniania otwartych luk ustawowych w drodze analogii mamy do czynienia z prawotwórstwem *praeter verba sed secundum rationem legis*, natomiast w przypadku wypełniania luk ukrytych, luk wyjątku, z prawotwórstwem – *contra verba sed secundum rationem legis*, ponieważ jasny, ale w porównaniu z celem ustawy zbyt szeroko ujęty sens słowny normy zostaje zredukowany do zakresu zastosowania, który odpowiada *ratio legis*¹¹⁷⁰.

Takiego dopisania wyjątku (ograniczenia) i odejścia od wyraźnej i ustalonej za pomocą wykładni językowej treści normy, jakkolwiek jest to zabieg prawotwórczy mieszczący się ramach wykładni *sensu largo*, nie można, ściśle rzecz ujmując, zakwalifikować jako zabiegu inferencyjnego polegającego na wywnioskowaniu z wyinterpretowanej w drodze klasycznych metod wykładni normy innej normy i uznania jej za wiążącą. Natomiast wypełnienie luki „ukrytej” w drodze redukcji celowościowej stanowi zabieg walidacyjny w tym sensie, że prowadzi do uznania za obowiązującą normę, która w swojej treści odbiega od normy, którą ustaliłoby się stosując jedynie zabiegi interpretacyjne w ramach wykładni *sensu stricto*. Możliwe jest jednak zapatrywanie przeciwne i takie rozumienie zabiegu redukcji teleologicznej, zgodnie z którym dopisanie do normy wyinterpretowanej w ramach „klasycznych” dyrektyw wykładni normy ograniczającej następuje w drodze wywnioskowania jej z innej normy, a raczej z zespołu norm, z których wynika cel ustawy, na który powołuje się interpretator, stosując zabieg redukcji celowościowej.

Przechodząc do bardziej szczegółowego omówienia zabiegu redukcji celowościowej, należy dobitnie podkreślić jego związek z występowaniem „ukrytej” luki ustawowej. Oznacza ona, jak już wyżej wspomniano, że „ustawowa reguła wymaga wbrew jej dosłownemu znaczeniu (brzmieniu) ograniczenia, które uzasadnione jest immanentną

¹¹⁶⁸ *Ibidem*, s. 271–272, co skłania zresztą niektórych przedstawicieli niemieckiej teorii prawa do uznania, że w przypadku analogii *iuris* (*Rechts-* albo *Gesamtanalogie*) nie ma się do czynienia w ogóle z analogią, lecz z zabiegiem indukcji. Zob. *ibidem*, s. 272 i przywołane tam stanowisko C.-W. Canarisa zawarte w jego monografii *op. cit.*, s. 97 i n.

¹¹⁶⁹ *Ibidem*, s. 265.

¹¹⁷⁰ Zob. E.A. Kramer, *op. cit.*, s. 193.

teleologią ustawy, co jednak nie znajduje wyrazu w samym jej tekście¹¹⁷¹. Wypełnienie takiej luki następuje przez dodanie owego, a wynikającego z celu ustawy, ograniczenia (wyjątku). Ponieważ w ten sposób zawarta w ustawie reguła, która zgodnie z jej dosłownym i jednoznacznym brzmieniem jest zbyt szeroko sformułowana, ulega sprowadzeniu i zredukowaniu do wynikającego z sensu i celu ustawy właściwego jej zakresu zastosowania, zabieg ten nazywany jest teleologiczną redukcją albo restrykcją¹¹⁷².

Od strony technicznej mechanizm zastosowania teleologicznej redukcji sprowadza się do dopisania do normy prawnej wyinterpretowanej w drodze wykładni dodatkowej cechy, ograniczenia, wyjątku: w postaci zwrotu „to nie dotyczy”¹¹⁷³ albo podobnego, co zostało przedstawione powyżej na przykładzie teleologicznej redukcji § 13 ust. 2 GmbHG.

Czołowy przedstawiciel niemieckiej metodologii prawa K. Larenz – który to właśnie autor nadał zabiegowi wypełniania ukrytej luki nazwę teleologicznej redukcji, którą posługują się obecnie wszyscy przedstawiciele niemieckiej metodologii prawa¹¹⁷⁴ – wskazuje w sposób szczególnie interesujący na różnice i podobieństwa między wypełnianiem luki ustawowej w drodze analogii *legis* i *iuris* a wypełnianiem jej w drodze redukcji celowościowej. Zdaniem tego autora, uzasadnieniem stosowania analogii jest sprawiedliwosciowy nakaz równego traktowania równorzędnych (podobnych) przypadków zgodnie z miarodajnymi kryteriami wartościującymi. Natomiast stosowanie redukcji teleologicznej znajduje swoje uzasadnienie w sprawiedliwosciowym nakazie nierównego traktowania odmiennych (od siebie) przypadków i wynikającej z tego nakazu konieczności dokonania stosownych zróżnicowań. Potrzeba różnicowania może wynikać bądź to z sensu i celu samej podlegającej zawężeniu (ograniczeniu) normy bądź to z nadrzędnego celu innej (w domyśle: nadrzędnej) normy, który inaczej nie zostałby osiągnięty, bądź to wreszcie może ona wynikać z „natury rzeczy” albo z nadrzędnej dla danej grupy przypadków immanentnej ustawie zasady prawnej¹¹⁷⁵.

Zabieg redukcji celowościowej różni się od wykładni zawężającej dokonywanej w ramach wykładni *sensu stricto*. W krajach niemieckojęzycznych, podobnie jak w Polsce, granica możliwego dosłownego znaczenia (brzmienia) przepisu stanowi zarazem granicę wykładni¹¹⁷⁶ dokonywanej za pomocą językowych, systemowych, funkcjonalnych i celowościowych reguł wykładni. W ramach interpretacji przepisu prawa

¹¹⁷¹ Tak dosłownie K. Larenz, *op. cit.*, s. 279.

¹¹⁷² Tak *ibidem*, s. 279.

¹¹⁷³ Zob. H.-F. Brandenburg, *Die teleologische Reduktion. Grundlagen und Erscheinungsformen der auslegungsunterschreitenden Gesetzesbeschränkung im Privatrecht*, Göttingen 1983, s. 39.

¹¹⁷⁴ Zob. *ibidem*, s. 29.

¹¹⁷⁵ Zob. K. Larenz, *op. cit.*, s. 280.

¹¹⁷⁶ Zob. reprezentatywnie: R. Zippelius, *Juristische Methodenlehre*, 11. Aufl., München 2012, s. 39: „Die Grenze des möglichen Wortsinnes ist auch die Grenze der Auslegung”.

(wykładni *sensu stricto*) zakres zastosowania normy podlega zawężeniu przez przyjęcie węższego, zamiast możliwego szerszego, znaczenia językowego. Natomiast redukcja teleologiczna wykracza poza wyraźne brzmienie przepisu i dosłowny sens wyinterpretowanej z niego za pomocą „klasycznych” dyrektyw wykładni normy. W przypadku redukcji celowościowej zakres zastosowania normy zostaje zatem zawężony przez dodanie normy ograniczającej¹¹⁷⁷. Jeszcze bardziej obrazowo różnice między redukcją celowościową a wykładnią zawężającą ze względu na rezultat przedstawia E.A. Kramer: przy wykładni restrykcyjnej (zawężającej) chodzi o to, aby nie subsumować „neutralnych kandydatów”, przypisanych „obszarowi pojęciowemu” dosłownego znaczenia (*sensu*) normy. Natomiast redukcja celowościowa posuwa się o krok dalej: „pozytywni kandydaci”, którzy należą do „rdzenia pojęciowego” danej normy, nie podlegają subsumpcji, ponieważ nie znajdują oni oparcia w *ratio legis*¹¹⁷⁸.

Oczywiście w konkretnym przypadku wątpliwości może wywoływać to, czy mamy do czynienia z redukcją celowościową w ramach sądowego rozwijania prawa, czy też z wykładnią zawężającą ze względu na jej rezultat¹¹⁷⁹.

Istnieje jednak ścisły związek między klasycznymi regułami wykładni, a zwłaszcza wykładnią celowościową, a prawotwórczym zabiegiem w postaci redukcji teleologicznej. Otóż ustalanie *ratio legis*, czyli celu ustawy, które uzasadniają następnie zastosowanie redukcji celowościowej, następuje w drodze wykładni historycznej lub celowościowej, przy czym cele te mają charakter obiektywny¹¹⁸⁰.

W metodologii niemieckiej podaje się różne przykłady stosowania zabiegu redukcji teleologicznej, z których dwa zasługują na przedstawienie po to, aby unaocznic praktyczne aspekty posługiwania się w orzecznictwie sądowych w ramach sądowego rozwijania prawa tą prawotwórczą metodą. Najbardziej wyrazisty przykład stosowania tego zabiegu stanowi redukcja teleologiczna § 181 BGB dotyczącego czynności prawnych z samym sobą. Przepis ten, stanowiący odpowiednik art. 108 k.c., stanowi dosłownie, że: „Przedstawiciel nie może, o ile nie uzyskał na to odmiennej zgody, dokonywać z sobą czynności prawnej w imieniu własnym albo jako przedstawiciel osoby trzeciej, chyba że

¹¹⁷⁷ K. Larenz, *op. cit.*, s. 279.

¹¹⁷⁸ E.A. Kramer, *op. cit.*, s. 193, przyp. 596. Przedstawiając przywołane powyżej i ubrane w rzymskie paremie rozróżnienie między stosowaniem analogii a redukcją teleologiczną, autor stwierdza: „Aus dieser Definition ergibt sich unmittelbar die Abgrenzung zur restriktiven Interpretation, bei der es [...] darum geht, «neutrale Kandidaten», die dem «Begriffshof» des Wortsinns einer Norm zuzuordnen sind, nicht zu subsumieren. Die teleologische Reduktion geht einen Schritt weiter: Es werden «positive Kandidaten», die zum «Begriffskern» der in Frage stehenden Norm gehören, nicht subsumiert, weil sie von der *ratio legis* nicht gedeckt sind”.

¹¹⁷⁹ K. Larenz, *op. cit.*, s. 279.

¹¹⁸⁰ Zob. H.-F. Brandenburg, *op. cit.*, s. 66.

czynność prawna sprowadza się wyłącznie do wykonania zobowiązania”¹¹⁸¹. BGH stosuje w swoim orzecznictwie redukcję teleologiczną tego przepisu dla tych przypadków czynności prawnych z samym sobą dokonywanych przez ustawowego przedstawiciela, która stosownie do jej natury przynosi wyłącznie korzyść mocodawcy, co w szczególności dotyczy darowizn dokonywanych przez przedstawicieli ustawowych dla ich podopiecznych nieposiadających zdolności do czynności prawnych, które to darowizny przyjmuje jednocześnie przedstawiciel ustawowy w imieniu mocodawcy. Dosłowne brzmienie § 181 BGB przemawia przeciwko ważności takiej czynności prawnej, ponieważ w przypadku przedstawicielstwa ustawowego nie wchodzi w rachubę zgoda mocodawcy na dokonanie czynności, a ponadto czynność prawna nie sprowadza się wyłącznie do wykonania zobowiązania przedstawiciela. Nieważność czynności prawnej w takich przypadkach jest bezzasadna¹¹⁸². Co więcej, sprzeciwia się ona ustawowemu celowi § 181 BGB, ponieważ stawia mocodawcę w niekorzystnej sytuacji. A przecież celem ustawy jest przede wszystkim zapobieganie kolizji interesów i ochrona mocodawcy przed dokonywaniem działającego w jego imieniu przedstawiciela jako drugiej strony czynności prawnej czynności, które przynosiłyby korzyść przedstawicielowi, natomiast były niekorzystne dla mocodawcy. Treść § 181 BGB nie uwzględnia tego, czy w danym, konkretnym przypadku naruszone są interesy mocodawcy czy nie. Ze względów bezpieczeństwa prawnego, m.in. w celu uniknięcia trudności dowodowych, stworzona została ogólna i abstrakcyjna reguła, zgodnie z którą czynność prawna z samym sobą, poza określonymi w § 181 BGB wyjątkami jest nieważna. Stosowanie przez sądy zabiegu redukcji celowościowej umożliwi uniknięcie wynikającego z zastosowania § 181 BGB skutku nieważności czynności prawnej w sytuacji, gdy czynność prawna przynosi jedynie korzyść dla mocodawcy. Dopisanie takiego ograniczenia, wyjątku do treści normy wyinterpretowanej z § 181 BGB jest zatem nie tylko konieczne, aby zrealizować cel tej regulacji, jakim jest ochrona mocodawcy, ale również zasadne z punktu widzenia bezpieczeństwa prawnego: stosując § 181 BGB o wiele łatwiej jest odpowiedzieć na pytanie, czy czynność prawna przynosi jedynie korzyść dla mocodawcy, niż w każdym pojedynczym przypadku rozstrzygać kolizję interesów między przedstawicielem a mocodawcą, i ustalać stan zagrożenia przez daną czynność prawną interesom mocodawcy. Wynikająca ze stosowania redukcji celowościowej niepewność prawna jest zatem nie większa niż ta, która występuje przy „klasycznych” zabiegach interpretacyjnych. W niemieckiej doktrynie przyjmuje się zatem, że redukcja teleologiczna § 181 BGB dokonywana w przedstawionych powyżej granicach jest nie tylko dopuszczalna,

¹¹⁸¹ „§ 181 Insihgeschäft. Ein Vertreter kann, soweit nicht ein anderes ihm gestattet ist, im Namen des Vertretenen mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten ein Rechtsgeschäft nicht vornehmen, es sei denn, dass das Rechtsgeschäft ausschließlich in der Erfüllung einer Verbindlichkeit besteht”.

¹¹⁸² Zob. K. Larenz, *op. cit.*, s. 280.

lecz również nakazana w celu uniknięcia rezultatów stosowania tego przepisu, które są sprzeczne z celem ustawy¹¹⁸³.

Drugi przykład zastosowania teleologicznej redukcji przywoływany najczęściej w podręcznikach do metodologii prawniczej dotyczy § 400 BGB, który to przepis zgodnie z jego dosłownym brzmieniem zakazuje przelewu wierzytelności, które nie mogą być przedmiotem zastawu. Niemiecki Federalny Trybunał Sprawiedliwości dopuścił w drodze teleologicznej redukcji wyjątek od tego zakazu, uznając, że doznaje on ograniczenia (wyjątku) w przypadku cesji przez uprawnionego na rzecz osoby trzeciej (najczęściej jego pracodawcy) przysługujących uprawnionemu przeciwko sprawcy szkody wypadkowych roszczeń rentowych, jeżeli cesjonariusz, nie będąc do tego zobowiązany, zabezpieczając interesy cedenta, zagwarantuje mu stosowne kwoty (odpowiadające wysokością należnej od sprawcy reńcie). W takim przypadku przelew wierzytelności jest skuteczny wbrew jednoznaczному dosłownemu brzmieniu § 400 BGB, jeżeli następuje po otrzymaniu przez uprawnionego stosownej płatności albo nawet przed jej dokonaniem, jeżeli następuje pod warunkiem jej dokonania¹¹⁸⁴.

Jak wynika z powyższych przykładów, metoda redukcji celowościowej jest ugruntowana w procesie stosowania prawa. Posługiwanie się nią nie może jednak prowadzić do dowolności i być wykorzystane do wydawania orzeczeń mających zadośćuczynić często subiektywnemu poczuciu sprawiedliwości sędziego i innych uczestników obrotu prawnego. K. Larenz zwraca uwagę na to, że tak jak z ustawy może wynikać zakaz stosowania analogii, co ma miejsce wtedy, gdy regulacja ustawowa jest wyczerpująca i co uprawnia do stosowania argumentu *a contrario*, tak można mieć do czynienia z zakazem redukcji celowościowej. Ma to miejsce wówczas, gdy nadrzędny interes zapewnienia bezpieczeństwa prawnego nakazuje ściśle przestrzeganie (stosowanie) jednoznacznej normy. W obydwu przypadkach ustalenie takiego zakazu następuje w drodze wykładni¹¹⁸⁵. Również przedstawiciel austriackiej metodologii prawniczej F. Bydlinski zwraca uwagę na potrzebę ostrożnego posługiwania się zabiegiem redukcji celowościowej. W swoim podręczniku ostrzega on przed tym, aby „pod przykrywką redukcji teleologicznej nie stosować w rzeczywistości uwzględniającej «wszystkie okoliczności konkretnego przypadku» czyściej jurysprudencji sprawiedliwościowej, która doprowadzić może wkrótce do zniesienia przedmiotowej [danej] reguły. Wręcz przeciwnie, konieczne jest wykazanie, że z przewidzianych przez ustawę skutków prawnych należy wyłączyć dającą się abstrakcyjnie opisać grupę przypadków”¹¹⁸⁶. Jak słusznie podkreśla H.-F. Brandenburg, autor rozprawy

¹¹⁸³ *Ibidem*, s. 281.

¹¹⁸⁴ Zob. szerzej K. Larenz, *op. cit.*, s. 282.

¹¹⁸⁵ *Ibidem*, s. 280.

¹¹⁸⁶ Zob. F. Bydlinski, *op. cit.*, s. 91: „Weiter ist darauf zu achten, dass nicht unter dem Deckmantel einer teleologischen Reduktion in Wahrheit «alle Umstände des Einzelfalles» berücksichtigende bloße

doktorskiej poświęconej redukcji teleologicznej, granicę dopuszczalności stosowania tej metody wyznacza sytuacja, w której sędzia zamiast precyzować istniejące normy w sposób zgodny z normą albo ustawą (*norm- oder gesetzesimmanent*) i ograniczać je w sposób odpowiadający celowi ustawy podejmuje się korygowania ustawy wbrew leżącym u jej podstaw wartościom i ocenom, a nawet ją deroguje. Redukcja celowościowa jest zatem niedopuszczalna wtedy, gdy sędzia, podążając za własnymi ocenami, zrywa z sędziowskim związaniem ustawą. Jest ona natomiast dopuszczalna, jeżeli to związanie z ustawą i celowe z nią powiązanie jest zachowane mimo zastosowania zabiegu redukcji celowościowej¹¹⁸⁷.

Należy jednak pamiętać, że w wyjątkowych przypadkach zarówno doktryna, jak i orzecznictwo niemieckie dopuszczają sądowe rozwijanie prawa *contra legem* (*gesetzesübersteigende Rechtsfortbildung*), za którym w szczególności opowiada się K. Larenz¹¹⁸⁸. Możliwe jest zatem rozstrzygnięcie danego zagadnienia prawnego przez sąd wbrew wyraźnemu celowi ustawy¹¹⁸⁹.

3.3.4. Brak akceptacji dla metody (zbliżonej do) redukcji teleologicznej w doktrynie polskiego prawa spółek a dopuszczalność odstępstwa od sensu językowego przepisu w polskiej metodologii prawniczej

Jak już wspomniano powyżej¹¹⁹⁰, w doktrynie polskiego prawa spółek brak jest akceptacji dla zastosowania zabiegu zbliżonego do redukcji teleologicznej w celu pociągnięcia wspólników spółek kapitałowych do odpowiedzialności. Jak podkreśla A. Opalski, nie jest możliwe doprowadzenie do bezpośredniej odpowiedzialności wspólnika za zobowiązania spółki za pomocą wykładni celowościowej przepisów, ponieważ brak jest zasady czy normy prawnej, której interpretacja mogłaby prowadzić do uznania takiej odpowiedzialności¹¹⁹¹. Zdaniem A. Opalskiego, celowościowa wykładnia przepisów wyłączających odpowiedzialność wspólników spółek kapitałowych nie może prowadzić

Billigkeitsjurisprudenz betrieben wird, die die betreffende Regel alsbald überhaupt auflöst. Vielmehr muss nachzuweisen sein, dass eine ganze, abstrakt umschreibbare Fallgruppe aus der angeordneten Rechtsfolge herauszunehmen ist". Szerzej na temat warunków stosowania zabiegu teleologicznej redukcji zob. H.-F. Brandenburg, *op. cit.*, s. 55 i n.

¹¹⁸⁷ Zob. szerzej: H.-F. Brandenburg, *op. cit.*, s. 71.

¹¹⁸⁸ Zob. K. Larenz, *op. cit.*, s. 301 i n. Obszernie na temat prawa sędziowskiego wykraczającego poza ustawę (*gesetzesübersteigendes Richterrecht*) zob.: E.A. Kramer, *op. cit.*, s. 207 i n. Zob. również B. Rütters, Ch. Fischer, A. Birk, *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*, 6. Aufl., München 2011, s. 546–566. W podręczniku tym rozwijanie prawa w granicach ustawy określane jest jako stosowanie prawa w obszarze luki (*Rechtsanwendung im Lückenbereich*), natomiast rozwijanie prawa wykraczające poza ustawę jako „sędziowskie odstępstwo od ustawy” (*richterliche Gesetzesabweichung*).

¹¹⁸⁹ Problematyka sądowego prawotwórstwa *contra legem*, aczkolwiek niezmiernie ciekawa, wykracza poza ramy niniejszego opracowania i poza niniejszą wzmianką nie będzie stanowić przedmiotu dalszej analizy.

¹¹⁹⁰ Zob. rozdz. XI pkt 1.

¹¹⁹¹ Zob. A. Opalski, *Problematyka...*, s. 16.

do zanegowania zasady prawnej odrębności spółek kapitałowych, z której to wyłączenie odpowiedzialności wynika¹¹⁹². Odwołując się do ogólnych reguł wykładni, autor podkreśla, że „[...] sięganie do *ratio legis* przepisu jest jedynie elementem kontrolującym i uzupełniającym wykładnię przeprowadzaną za pomocą innych metod. Nie można ustalać celu w sposób sprzeczny z jednoznacznym sensem przepisu. Przepis o jednoznacznym sensie sam wyznacza *ratio legis*, na której jest oparty. Odstępowanie od tej *ratio* byłoby naruszeniem zasady praworządności”¹¹⁹³.

Aby należycie zrozumieć pogląd wyrażony przez A. Opalskiego, należy odnieść się do dorobku polskiej teorii prawa i metodologii prawniczej, prezentując, uznane w niniejszym opracowaniu za reprezentatywne, poglądy L. Morawskiego. Omawiając zakaz wykładni prawotwórczej rozumianej jako tworzenie prawa przez sądy w drodze interpretacji przepisów prawnych, L. Morawski zwraca uwagę, na to, że nie wyklucza to wykładni twórczej, w ramach której możliwe jest nawet odstępianie od oczywistego i jednoznacznego sensu językowego przepisu. Przejawem wykładni twórczej są również tolerowana przez prawo wykładnia rozszerzająca oraz analogia, które prowadzą, jak podkreśla autor, do kreacji nowych norm¹¹⁹⁴.

Wykładnia twórcza jest jednak dopuszczalna „tylko w wyjątkowych sytuacjach i to w sytuacjach określonych przez same dyrektywy wykładni tzw. dyrektywy odstępstwa od sensu językowego przepisu”¹¹⁹⁵. W każdym zaś innym przypadku, „gdy wykładnia twórcza przepisów prawnych nie znajduje legitymacji w akceptowanych dyrektywach wykładni, stanowi ona niedopuszczalną wykładnię *contra legem*, a tym samym – złamanie zakazu prawotwórstwa przez sądy”¹¹⁹⁶.

Odnosząc się do tej problematyki, Sąd Najwyższy stwierdził w uzasadnieniu uchwały siedmiu sędziów z dnia 1 marca 2007 r. w sprawie III CZP 94/06, co następuje: „Zastosowanie wykładni, w której interpretator odchodzi od sensu językowego przepisu, może być uzasadnione tylko w wyjątkowych okolicznościach, ponieważ adresaci norm prawnych mają prawo polegać na tym, co ustawodawca w przepisie rzeczywiście wyraził, a nie na tym, co chciał uczynić lub co uczyniłby, gdyby znał nowe lub inne okoliczności. Reguły odstępstwa od jasnego i oczywistego sensu językowego wynikającego z brzmienia przepisu wymagają szczególnej ostrożności przy ich stosowaniu i zobowiązują do wskazania ważnych racji mających uzasadniać odstępstwo od wyniku poprawnemu przeprowadzonej wykładni językowej. W konsekwencji, odejście od jasnego,

¹¹⁹² *Ibidem*, s. 17.

¹¹⁹³ *Ibidem*.

¹¹⁹⁴ *Ibidem*, s. 22.

¹¹⁹⁵ *Ibidem*.

¹¹⁹⁶ Zob. L. Morawski, *Zasady...*, s. 22 oraz 86 i powołana tam uchwała SN z dnia 1 marca 2007 r. w sprawie III CZP 94/06.

jednoznacznego sensu przepisu z naruszeniem wskazanych reguł powoduje dokonanie wykładni prawotwórczej, będącej przykładem wykładni *contra legem*¹¹⁹⁷.

Dyrektywy odstępstwa od sensu językowego przepisu należą do tzw. dyrektyw preferencji, które to reguły służą rozwiązywaniu konfliktów różnych dyrektyw wykładni. W praktyce najistotniejszy jest problem rozstrzygania konfliktów między dyrektywami wykładni językowej, systemowej i funkcjonalnej¹¹⁹⁸. Właśnie rozstrzyganiu tego rodzaju kolizji interpretacyjnej służą dyrektywy odstępstwa od sensu językowego przepisu. Odstępstwo takie jest dopuszczalne w wyjątkowych sytuacjach, w których wykładnia językowa prowadziłaby do absurdalnych konsekwencji (zakaz wykładni *ad absurdum*), byłaby „rażąco sprzeczna z Konstytucją, czy powszechnie akceptowanymi zasadami sprawiedliwości”¹¹⁹⁹. Interpretatorowi wolno również odstąpić od wyraźnego sensu językowego przepisu w sytuacji oczywistego błędu legislacyjnego¹²⁰⁰. Wyraźnie podkreślił to SN w uchwale z dnia 20 czerwca 2007 r., w sprawie III CZP 50/07¹²⁰¹, którą przywołuje L. Morawski, omawiając dyrektywy odstępstwa od sensu językowego przepisu. W orzeczeniu tym SN stwierdził, że „odstępstwo od jasnego i oczywistego sensu przepisu wyznaczonego jego jednoznacznym brzmieniem mogą uzasadniać szczególnie istotne i doniosłe racje prawne, społeczne lub ekonomiczne, a jeśli takie nie zachodzą, to interpretator powinien oprzeć się na wykładni językowej”¹²⁰². W innym powołanym przez autora orzeczeniu – postanowieniu z dnia 29 września 2004 r. w sprawie I KZP 18/04¹²⁰³, Sąd Najwyższy stwierdził, że „odstąpienie od ścisłej wykładni językowej i posłużenie się wykładnią funkcjonalną jest nieodzowne, gdy ustalenie znaczenia przepisu ze względu na jego kontekst językowy prowadzi do skutków niezamierzonych oraz niezgodnych z celami instytucji, którą określa interpretowany przepis”¹²⁰⁴. Jak podkreśla L. Morawski, „uzasadnienie reguły, która pozwala odstąpić od sensu językowego przepisu, gdy pozostaje on w rażącym konflikcie z *ratio legis* interpretowanego przepisu jest [...] takie same, jak w przypadku wykładni, która prowadzi do rażąco niesprawiedliwych orzeczeń”¹²⁰⁵.

Podsumowując rozważania na temat dopuszczalności odstępstwa od sensu językowego przepisu, należy przedstawić za L. Morawskim grupy przypadków, w których takie odstępstwo jest dopuszczalne. Jest to możliwe:

¹¹⁹⁷ LEX nr 231007.

¹¹⁹⁸ Zob. L. Morawski, *Zasady wykładni prawa*, wyd. 2, Toruń 2010, s. 71.

¹¹⁹⁹ Zob. *ibidem*, s. 21–22, 27.

¹²⁰⁰ Zob. *ibidem*, s. 87–88 i podane tam przykłady.

¹²⁰¹ LEX nr 270437.

¹²⁰² Na temat dyrektyw odstępstwa od sensu językowego przepisu zob. szerzej L. Morawski, *op. cit.*, s. 83 i n.

¹²⁰³ LEX nr 124997.

¹²⁰⁴ Zob. cytowana uchwała, oraz L. Morawski, *op. cit.*, s. 90.

¹²⁰⁵ *Ibidem*, s. 90.

- 1) „w przypadku, gdy sens językowy jest ewidentnie sprzeczny z fundamentalnymi wartościami konstytucyjnymi, a z istotnych powodów uchylenie przepisu byłoby w danym momencie niemożliwe lub niecelowe,
- 2) w przypadku, gdy wykładnia językowa prowadzi do rozstrzygnięcia, które w świetle powszechnie akceptowanych wartości musi być uznane za rażąco niesłuszne, niesprawiedliwe, nieracjonalne lub niweczące *ratio legis* interpretowanego przepisu,
- 3) w sytuacji, gdy wykładnia językowa prowadzi *ad absurdum*,
- 4) w sytuacji oczywistego błędu legislacyjnego”¹²⁰⁶.

Z powyższych wywodów wynika, że polska metodologia prawa i orzecznictwo nie zamykają drogi do tego typu interpretacji, choć podkreśla się w niej wyjątkowość takiego zabiegu. Należy również zwrócić uwagę na to, że również doktryna polskiego prawa cywilnego nie wyklucza takiego wyniku wykładni, w ramach którego ustalono, że „ze względu na pozajęzykowe dyrektywy wykładni przepis nie ma doniosłości normatywnej, mimo że w świetle wykładni językowej należałoby mu takie znaczenie przypisać”. Taki wynik wykładni określany jest wykładnią derogującą¹²⁰⁷.

Zestawiając prezentowane w metodologii prawa stanowisko z poglądem wyrażonym przez A. Opalskiego na gruncie polskiego prawa spółek, należy stwierdzić, że cały problem sprowadza się do tego, czy przyjmie się, że *ratio legis* Kodeksu spółek handlowych – ustalone na podstawie interpretacji przepisów o wnoszeniu i ochronie kapitału zakładowego, czy też na podstawie ogólnych zasad, które można wywieść z całokształtu regulacji zawartej w Kodeksie – uzasadnia zastosowanie wykładni derogującej na podstawie dyrektywy odstępstwa od sensu językowego przepisu przedstawionej powyżej, czy też uzna się, że tego rodzaju argumentacja i taki zabieg są niedopuszczalne.

3.3.5. O podobieństwie niemieckiej koncepcji redukcji teleologicznej do wykładni dokonywanej zgodnie z dyrektywami odstępstwa od sensu językowego przepisu – uwagi komparatystyczne

Przedstawione powyżej rozważania na temat dyrektyw odstępstwa od sensu językowego przepisu pozwalają postawić ostrożną tezę, że należący do sądowego rozwijania prawa, a zatem mieszczący się w ramach wykładni *sensu largo*, zabieg redukcji teleologicznej, znajduje swój odpowiednik w polskiej metodologii prawniczej w należących do tzw. dyrektyw preferencji¹²⁰⁸ – służących rozstrzygnięciu konfliktów między dyrektywami wykładni językowej, systemowej i funkcjonalnej – dyrektywach odstępstwa językowego przepisu, których stosowanie prowadzi w istocie do tzw. wykładni prawotwórczej.

¹²⁰⁶ Zob. *ibidem*, s. 87–88.

¹²⁰⁷ Zob. Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo cywilne – część ogólna*, wyd. 11, Warszawa 2011, s. 71.

¹²⁰⁸ Zob. L. Morawski, *op. cit.*, s. 71.

Różnica między redukcją teleologiczną należącą (zgodnie z niemiecką metodologią) do wykładni *sensu largo* a odstępstwem od sensu językowego przepisu, na podstawie dyrektyw należących formalnie (zgodnie z polską metodologią) do dyrektyw wykładni *sensu stricto*, wydaje się sprowadzać do ich (właśnie) formalnego umiejscowienia, podczas gdy rezultat ich stosowania jest zasadniczo tożsamy. W niemieckiej teorii prawa i praktyce orzeczniczej nie budzi bowiem wątpliwości, że teleologiczna redukcja stanowi zabieg z zakresu mieszczącego się w granicach ustawy sądowego stosowania prawa (*gesetzesimmanente Rechtsfortbildung*), a zatem, zgodnie z cytowaną paremią, wykładnię (*sensu largo*) *contra verba sed secundum rationem legis*, a więc w istocie wykładnię stanowiącą odstępstwo od sensu językowego przepisu, jednakże po wykorzystaniu już „klasycznych” reguł interpretacji *sensu stricto*. Natomiast polska praktyka orzecznicza i metodologia, dopuszczając odstępstwo od sensu językowego przepisu, uznaje, że nie stanowi to wykładni *contra legem*, o ile jest to uzasadnione *ratio legis* lub szerzej – jest to uzasadnione dyrektywami odstępstwa od sensu językowego przepisu¹²⁰⁹, a zatem wydaje się pozostawać nadal w granicach wykładni *sensu stricto* (skoro odwołuje się do obowiązujących w jej ramach dyrektyw preferencji). Innymi słowy: w metodologii niemieckiej odstępstwo od sensu językowego przepisu wykracza poza granicę wykładni *sensu stricto*, natomiast w metodologii polskiej stanowi ono realizację dyrektyw preferencji w postaci dyrektyw odstępstwa od sensu językowego przepisu, o ile jest ono oczywiście (zgodnie z tymi dyrektywami) dopuszczalne. Odnosząc się do tej ostatniej kwestii, należy przytoczyć niezmiernie ważne stanowisko wyrażone przez Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 16 marca 2007 r. w sprawie III CZP 9/07, w którym stwierdzono, co następuje: „Wprawdzie w polskim prawie nie ma przepisu upoważniającego sąd do niestosowania przepisu, którego zastosowanie byłoby nieracjonalne lub niesłuszne, ale w orzecznictwie i doktrynie dopuszcza się w drodze wykładni celowościowej korygowanie wyników, do jakich prowadzi wykładnia językowa”¹²¹⁰. Jak podkreśla L. Morawski, w takiej sytuacji odstępstwo „nawet od jasnego sensu językowego przepisu w żadnym razie nie może być uznane za wykładnię *contra legem*”¹²¹¹. A zatem, zgodnie

¹²⁰⁹ Zob. reprezentatywnie *ibidem*, s. 22, 84 i 85 i powołane tam orzeczenia SN.

¹²¹⁰ Uchwała SN z dnia 16 marca 2007 r., III CZP 9/07, LEX nr 230979.

¹²¹¹ Tak L. Morawski, *op. cit.*, s. 85. Z. Radwański i M. Zieliński zwracają uwagę na podwójne znaczenie pojęcia wykładni *contra legem* w kontekście wyników wykładni. Według jednego z możliwych znaczeń pojęcie to oznacza wykładnię, której wynik jest odmienny od wyniku uzyskanego na bazie reguł językowych. Drugie znaczenie tego pojęcia odnosi się do zgodności przeprowadzanej interpretacji z obowiązującymi, powszechnie akceptowanymi w kulturze regułami wykładni, które są znane zarówno interpretatorowi, jak i wysławiającemu normy w przepisach ustawodawcy. Aby zapewnić korespondencję między normą wysłowioną w przepisie a nomą z niego odtworzoną, interpretacja nie może być zatem dowolna. Na tym założeniu opiera się podział na interpretację *secundum legem*, *praeter legem* oraz *contra legem*. Wykładnia *secundum legem* to interpretacja, która dochowuje osadzonych w kulturze reguł interpretacyjnych, przy czym obejmuje ona zarówno wykładnię *sensu stricto*, jak i *sensu largo*, przy wykorzystaniu reguł inferencyjnych, w tym analogii *legis* w celu wypełnienia luki konstrukcyjnej. Wykroczenie poza te

z regułami preferencji w postaci dyrektyw odstępstwa od sensu językowego przepisu możliwe jest (przynajmniej teoretycznie) niezastosowanie obowiązującego przepisu, co odpowiada rezultatowi uzyskiwanemu w metodologii niemieckiej przy wykorzystaniu redukcji celowościowej.

Druga, mniej dostrzegalna różnica między redukcją celowościową a wykładnią dokonywaną zgodnie z dyrektywami odstępstwa od sensu językowego przepisu jest pochodną umiejscowienia tych reguł na różnych etapach wykładni: *sensu stricto*, w przypadku polskiego rozwiązania, i *sensu largo*, w przypadku rozwiązania niemieckiego. Otóż wydaje się, że mimo podkreślania zarówno w niemieckiej, jak i polskiej doktrynie oraz metodologii granic w stosowaniu obydwu zabiegów i zastrzeżenia, że nie mogą one służyć uprawianiu jurysprudencji sprawiedliwościowej, to w przypadku wykładni odstupującej od jednoznacznego sensu językowego przepisu podkreśla się wyraźnie jej wyjątkowy charakter, podczas gdy w przypadku redukcji celowościowej stanowi ona, jak się wydaje, normalny zabieg na drugim etapie wykładni (wykładni *sensu largo*), czyli na etapie sądowego rozwijania prawa. Po prostu, jeżeli wymaga tego cel ustawy, odstępuje się w niemieckiej praktyce orzeczniczej od dosłownego znaczenia wyinterpretowanej za pomocą klasycznych reguł interpretacyjnych normy prawnej i dopisuje się do niej dodatkowe zawężający jej zastosowanie, tak aby w pełni osiągnąć cel ustawy – *ratio legis*.

Mając na uwadze przedstawione powyżej podobieństwa rezultatów osiągniętych przy wykorzystaniu zabiegu redukcji teleologicznej w niemieckiej praktyce orzeczniczej i wykładni przepisów zgodnie z dyrektywami odstępstwa od sensu językowego przepisu stosowanej w orzecznictwie sądów polskich, należy uznać z komparatystycznego punktu widzenia, że nie ma zasadniczo potrzeby przejmowania na grunt prawa polskiego niemieckiej koncepcji redukcji teleologicznej. Należy jednak podkreślić, że uwaga ta dotyczy tych zabiegów wykładni przepisów zgodnie z dyrektywami odstępstwa od sensu językowego, które prowadzą w rezultacie do zawężenia zakresu zastosowania danej normy prawnej, a ściśle do dopisania do owej normy wyjątku ograniczającego, a nawet wyłączającego jej zastosowanie w danym przypadku, na którą to możliwość

reguły należy uznać za wykładnię *praeter legem*. Natomiast, przy takim ujęciu problematyki, wykładnia *contra legem* obejmuje „takie przypadki interpretacji przepisów, które zasadałyby się na niedochowaniu którejs z zaakceptowanych kulturowo reguł interpretacyjnych”. Zob. również Z. Radwański, M. Zieliński, [w:] M. Safjan (red.), *System...*, s. 533–535. Podobnie również na temat wieloznaczności pojęcia wykładni *contra legem* L. Morawski, *op. cit.*, s. 94–95, przy czym autor ten zwraca uwagę na to, że pojęcie wykładni *praeter legem* pokrywa się z wykładnią rozszerzającą. Natomiast autor ten podkreśla, że z perspektywy pierwszeństwa wykładni językowej wykładnia *secundum legem* oznacza wykładnię zgodną z sensem językowym przepisu, a wykładnia *contra legem* interpretację niezgodną z tym sensem. Jednak jak dodaje L. Morawski: „w tych [...] sytuacjach, w których prawo wymaga odstąpienia od sensu językowego, na przykład wtedy, gdy prowadzi on *ad absurdum* lub jest rażąco niesprawiedliwy, wykładnią *contra legem* będzie rzecz jasna wykładnia, która poprzestaje na sensie językowym przepisu”. Z przywołanego przykładu wynika, że rozumienie pojęcia wykładni *contra legem*, należy odnieść do zgodności wyniku tejże interpretacji z powszechnie obowiązującymi regułami interpretacyjnymi.

wskazuje cytowane powyżej orzeczenie SN z dnia 16 marca 2007 r. w sprawie III CZP 9/07. Dyrektywy odstępstwa od sensu językowego przepisu mogą przecież równie dobrze prowadzić do rozszerzenia zakresu zastosowani danej normy prawnej, co jest przeciwnie zabiegowi redukcji celowościowej w metodologii niemieckiej. W tym sensie zakres zastosowania wykładni odstępującej od sensu językowego przepisu w polskiej metodologii prawniczej jest szerszy od zakresu zastosowania redukcji teleologicznej.

Mimo owych podobieństw w osiągniętych rezultatach i zasadniczego braku potrzeby implementowania na gruncie prawa polskiego zabiegu redukcji celowościowej nie sposób zaprzeczyć, że terminologiczne odniesienie się w ramach dyrektyw odstępstwa od sensu językowego przepisu do pojęcia redukcji teleologicznej, na wypadek jego przyjęcia, miałoby walor porządkujący i ułatwiałoby klasyfikację zabiegów dokonywanych w ramach wykładni zgodnej z tymi regułami. Koncepcja redukcji teleologicznej jest bowiem na tyle klarowna i spójna teoretycznie, a także praktycznie ugruntowana, że terminologiczne odniesienie się do niej w polskiej metodologii prawa, mogłoby przyczynić się do lepszego zrozumienia i przez to większej akceptowalności dokonywanych przez sądy polskie zabiegów odstępowania od sensu językowego przepisu i dostarczyć tym sądom teoretycznego oręża do ich precyzyjniejszego uzasadniania.

Niezależnie od ewentualnej recepcji na grunt prawa polskiego zabiegu redukcji teleologicznej za zasadne należy uznać wykorzystanie dorobku niemieckiej doktryny i praktyki orzeczniczej w procesie stosowania przez sądy polskie dyrektyw preferencji, jakimi są dyrektywy odstępstwa od sensu językowego przepisu, do czego powinna przyczynić się komparatystyka prawnicza z zakresu metodologii prawniczej¹²¹².

3.4. Wybór właściwej podstawy dogmatycznej odpowiedzialności. Nadużycie instytucjonalne czy redukcja teleologiczna/odstępstwo od sensu językowego przepisu?

Jak wykazano powyżej, w doktrynie i orzecznictwie niemieckim występują dwie możliwe podstawy dogmatyczne odpowiedzialności przebijającej współników spółki z o.o. Analiza prawnoporównawcza prowadzi do wniosku, że zasadniczo można by podjąć się próby przyjęcia koncepcji nadużycia instytucjonalnego na grunt prawa polskiego. Musiałoby się to jednak wiązać z przełamaniem zakorzenionego w doktrynie i orzecznictwie stanowiska o niedopuszczalności takiej konstrukcji. Więcej szans na powodzenie wydaje się zatem mieć postulat zastosowania w określonych sytuacjach koncepcji redukcji teleologicznej, której odpowiednik w polskiej metodologii prawa stanowi wykładnia dokonywana przy wykorzystaniu reguł odstępstwa od sensu językowego przepisu.

¹²¹² Przeprowadzona w niniejszej pracy analiza metody redukcji teleologicznej stanowi jedynie drobny i bardzo skromny przyczynek do rozwoju tego rodzaju badań komparatystycznych.

Zakładając jednak, że potencjalnie wchodziłyby w rachubę obydwie podstawy dogmatyczne odpowiedzialności przebijającej, warto zastanowić się nad kwestią wzajemnej relacji tych podstaw wobec siebie i odpowiedzieć sobie na pytanie, czy istnieją jakieś reguły preferencji nakazujące stosowanie jednej podstawy przed drugą, czy też mogą być one stosowane zamiennie, a nawet przeplatać się ze sobą, na co wydawałoby się wskazywać przywołane powyżej orzecznictwo BGH, zgodnie z którym nadużycie formy prawnej spółki z o.o. uzasadnia zastosowanie teleologicznej redukcji § 13 ust. 2 GmbHG¹²¹³.

Tymczasem, jak wynika z analizy doktryny i orzecznictwa niemieckiego, w niemieckim prawie spółek koncepcja albo teoria nadużycia (*Missbrauchslehre*) stanowi przede wszystkim jedną z dwóch dominujących teoretycznych i dogmatycznych podstaw odpowiedzialności przebijającej (*Durchgriffshaftung*), a tylko sporadycznie niektórzy autorzy wymieniają pośród klasycznych grup przypadków uzasadniających „przebicie” przypadki w postaci tzw. nadużycia instytucji (*Institutsmisbrauch*)¹²¹⁴. Innymi słowy, w doktrynie i orzecznictwie niemieckim koncepcja nadużycia, a ściślej teoria obiektywnego nadużycia¹²¹⁵, stanowi obok współczesnej teorii celu normy (koncepcji redukcji teleologicznej¹²¹⁶) jedną z dwóch samodzielnych podstaw prawnych (metod) bezpośredniej odpowiedzialności współników wobec wierzycieli spółki z o.o. za jej zobowiązania mającej swoje źródło w prawie spółek, a więc stanowiącej przedmiot analizy w niniejszym opracowaniu tzw. właściwej odpowiedzialności przebijającej (odpowiedzialności przebijającej *sensu stricto*)¹²¹⁷.

Aby rozwiązać wszelkie wątpliwości w tym zakresie, należy zatem na wstępie różnić stany faktyczne i grupy przypadków określane w doktrynie o orzecznictwie niemieckim, a zwłaszcza w doktrynie polskiej, zbiorczym określeniem nadużycie formy prawnej spółki z o.o. od konsekwencji, skutków prawnych, jakie się w związku z ich zaistnieniem wywodzi. Konsekwencją prawną wystąpienia tzw. przypadków „przebicia” jest zastosowanie odpowiedzialności przebijającej (w zakresie, w jakim opowiadamy się za tym rodzajem odpowiedzialności), której z kolei podstawą dogmatyczną jest albo nadużycie instytucjonalne na podstawie § 242 BGB albo redukcja teleologiczna § 13 ust. 2 GmbHG prowadząca do analogicznego stosowania do odpowiedzialności współników spółki z o.o. § 128 HGB¹²¹⁸. To między tymi dogmatycznymi podstawami

¹²¹³ Zob. rozdz. XII 3.3.1 powyżej.

¹²¹⁴ Zob. rozdz. VII pkt 2.4.

¹²¹⁵ Zob. rozdz. V pkt 3.

¹²¹⁶ Zob. rozdz. V pkt 5.

¹²¹⁷ Zob. rozdz. IV pkt 3.3.

¹²¹⁸ Niezależnie od tego, zarówno w doktrynie i orzecznictwie niemieckim, jak i polskim, krytycy konstrukcji przebicia postulują stosowanie do przypadków nadużycia formy spółki/przypadków przebicia

odpowiedzialności może zachodzić ewentualna relacja uzasadniająca wybór między jedną a drugą podstawą prawną w określonych okolicznościach.

Metodologia niemiecka milczy zasadniczo na temat wzajemnych relacji nadużycia instytucjonalnego do redukcji celowościowej. W austriackiej, niemieckiej i szwajcarskiej metodologii prawa rozważana jest natomiast wzajemna relacja między redukcją celowościową a nadużyciem prawa. E.A. Kramer podkreśla, że koncepcja redukcji teleologicznej służy wypełnianiu luk „wyjątków” (*Ausnahmelücken*), określanych również w doktrynie niemieckiej jako luki „ukryte”, bazując na założeniu, że „dająca się opisać abstrakcyjnie grupa przypadków, wbrew dosłownemu brzmieniu ustawy, nie jest objęta jej podstawowymi wartościami i celami”¹²¹⁹. Wyinterpretowana z przepisu norma prawna zostaje zatem niezastosowana do określonej grupy przypadków wbrew dosłownemu brzmieniu przepisu, a także brzmieniu normy wyinterpretowanej zgodnie z „klasycznymi” regułami wykładni. Natomiast instytucja nadużycia prawa służy, jak podkreśla autor, do sprawiedliwościowej korekty pojedynczego przypadku (*einzelfallbezogene Billigkeitskorrektur mit Hilfe des Rechtsmissbrauchsverbots*), a więc znajduje zastosowanie w jednostkowej sytuacji, w której z uwagi na szczególne okoliczności danego przypadku, brak jest wystarczających podstaw do zastosowania generalizującej konstrukcji redukcji teleologicznej, a brak zastosowania instytucji nadużycia prawa prowadziłby do całkowicie niesprawiedliwych rezultatów rażąco naruszających poczucie sprawiedliwości¹²²⁰. Instytucja nadużycia prawa stanowi zatem w stosunku do redukcji teleologicznej swego rodzaju „wyjście awaryjne” („*Notausgang*”) i pomaga tam, gdzie brak jest podstaw do zastosowania redukcji celowościowej¹²²¹.

To rozróżnienie między nadużyciem prawa a redukcją teleologiczną wydaje się jednak przede wszystkim przydatne w przypadku omawianego powyżej tzw. nadużycia indywidualnego (*individueller Rechtsmissbrauch*), kiedy to prawo jest wykonywane w granicach wyznaczonych przez obiektywny cel danej normy albo instytucji prawnej, jednakże uprawniony narusza swoim zachowaniem – w sposób sprzeczny z zasadami współżycia społecznego – zasady dobrej wiary. Natomiast w przypadku nadużycia instytucjonalnego (*institutioneller Rechtsmissbrauch*) mamy do czynienia z sytuacją, gdy z prawa albo pozycji prawnej czyniony jest użytek w sposób sprzeczny z ich obiektywnym sensem i celem¹²²². To odwołanie się do celu i sensu prawa, pozycji oraz instytucji prawnej, który ustalany jest obiektywnie – w sposób podobny do ustalania celu ustawy

innych dogmatycznych podstaw odpowiedzialności, zwłaszcza deliktowej, na co wielokrotnie zwracano uwagę w niniejszej pracy i co stanowić będzie jeszcze przedmiot dalszych rozważań.

¹²¹⁹ Zob. E.A. Kramer, *op. cit.*, s. 201.

¹²²⁰ *Ibidem*, s. 201.

¹²²¹ *Ibidem*, s. 201–202.

¹²²² Zob. uwagi w rozdz. XII pkt 3.2.3 powyżej.

przy wykorzystaniu konstrukcji redukcji celowościowej – wydaje się zbliżać przesłanki zastosowania instytucji nadużycia instytucjonalnego do przesłanek zastosowania redukcji teleologicznej¹²²³, tym bardziej że również przy nadużyciu instytucjonalnym wyodrębnia się w doktrynie i orzecznictwie grupy przypadków (*Fallgruppen*) uzasadniające zastosowanie tej konstrukcji¹²²⁴. A zatem wydaje się, że to, jaką konstrukcją przyjmuje się w doktrynie i orzecznictwie niemieckim, zależy raczej od preferencji metodologicznych autora i sądu stosującego prawo. Natomiast, jak już wyżej wspomniano, z perspektywy stanowiska doktryny i orzecznictwa polskiego wydaje się, że większe szanse na przejście i zastosowanie ma konstrukcja redukcji teleologicznej¹²²⁵, a ściśle: jej polski odpowiednik w postaci wykładni zgodnej z dyrektywami odstępstwa od sensu językowego przepisu.

Konieczność wyboru dogmatycznej postawy odpowiedzialności przebijającej zakualizuje się jednak dopiero wówczas, jeżeli przyjmie się, że istnieje potrzeba do zastosowania tej koncepcji na gruncie prawa polskiego z uwagi na to, że inne instrumenty prawne nie są w stanie zapewnić ochrony wierzycieli spółki z o.o., które to zagadnienie stanowi przedmiot dalszej analizy.

4. Analiza prawnoporównawcza zastosowania koncepcji odpowiedzialności przebijającej i koncepcji nadużycia osobowości prawnej/formy prawnej spółki – grupy przypadków, przesłanki i zakres odpowiedzialności

4.1. Uwagi wstępne

Ze swej istoty analiza prawnoporównawcza dotycząca zastosowania koncepcji odpowiedzialności przebijającej w doktrynie i orzecznictwie niemieckim i stanowiącej jej niedokładny odpowiednik koncepcji nadużycia osobowości prawnej (formy prawnej spółki) w doktrynie i judykaturze polskiej nie będzie zbyt obszerna. O ile w doktrynie niemieckiej *Durchgriffshaftung* stanowi szeroko dyskutowaną koncepcję, znajdującą

¹²²³ Na podobieństwo obydwu teorii: współczesnej teorii celu normy oraz koncepcji nadużycia instytucjonalnego zwraca w niemieckiej doktrynie uwagę m.in. N.R. Banerjea, który podkreśla, że wspólny jest im nie tylko rezultat, do którego prowadzą, a więc pozbawienie współników przywileju braku odpowiedzialności za zobowiązania spółki, lecz również odwoływanie się przez obydwie teorie do celu normy oraz celu instytucji. Dlatego też, zdaniem autora obydwie teorie są zasadniczo wymienne. Zob. R.N. Banerjea, *Haftungsfragen in Fällen materieller Unterkapitalisierung und im qualifizierten faktischen Konzern*, ZIP 1999, nr 28, s. 1158.

¹²²⁴ Zob. rozdz. XII pkt 3.2.3. powyżej.

¹²²⁵ Do podobnego wniosku dochodzi w doktrynie niemieckiej R.N. Banerjea, który zwraca uwagę na to, że przewagą teorii celu normy jest to, że orientuje się ona bardziej na samą spółkę, podczas gdy teoria instytucjonalna odnosi się również do aspektów ogólnogospodarczych. Zob. R.N. Banerjea, *op. cit.*, s. 1158.

swoje zastosowanie praktyczne, o tyle w doktrynie polskiej zdecydowana większość autorów uważa, że koncepcja odpowiedzialności przebijającej nie nadaje się zasadniczo do przejścia w prawie polskim z uwagi na trudności, a wręcz niemożliwość jej teoretycznego uzasadnienia i dogmatycznego zakotwiczenia¹²²⁶. Dodatkowo w doktrynie polskiej podkreśla się, że przed koncepcją „przebicia”, która powinna stanowić wyłącznie *ultima ratio*, pierwszeństwo należy przyznać konwencjonalnym rozwiązaniom, a więc klasycznym podstawom odpowiedzialności¹²²⁷. Przy tym w literaturze przedmiotu rozważa się zastosowanie owych konwencjonalnych rozwiązań – zwłaszcza odpowiedzialności deliktowej – do grup przypadków, które w Niemczech stanowią przypadki „przebicia”. Już ta podstawowa różnica między pozytywnym podejściem doktryny i judykatury niemieckiej do odpowiedzialności przebijającej a sceptycznym, a niekiedy wręcz niechętnym stanowiskiem doktryny polskiej do tej problematyki i skupieniem się na konwencjonalnym rozwiązywaniu przypadków „przebicia”, które stanowią w doktrynie polskiej grupy przypadków uzasadniających zastosowanie szeroko rozumianej teorii nadużycia osobowości prawnej, ogranicza możliwość wyciągania wniosków prawnoporównawczych dotyczących zdatości przejścia koncepcji odpowiedzialności przebijającej na grunt prawa polskiego w zakresie stosowania jej do poszczególnych przypadków nadużycia formy spółki z o.o. Problem sprowadza się bowiem do podstawowego pytania, czy w prawie polskim możliwe jest opracowanie teoretycznej i dogmatycznej podstawy odpowiedzialności przebijającej, co zasadniczo neguje polska doktryna z zakresu prawa spółek, które to stanowisko krytyczne, jak wykazały uwagi i wnioski dotyczące teoretycznej i dogmatycznej podstawy tej odpowiedzialności zawarte w niniejszym rozdziale, nie zasługuje na aprobatę.

Mając powyższe na uwadze, analiza prawnoporównawcza zawarta w tej części rozprawy nie będzie rozbudowana i ograniczy się do przedstawienia podstawowych różnic i podobieństw w zakresie stosowania obydwu omawianych koncepcji w doktrynie i judykaturze niemieckiej oraz polskiej, natomiast w zakresie, w jakim w prawie polskim istnieją rozwiązania funkcjonalnie zbliżone pod względem ochronnym do koncepcji odpowiedzialności przebijającej, zostanie zwrócona na to szczególna uwaga¹²²⁸. Natomiast kolejny rozdział poświęcony uwagom i wnioskom *de lege lata* oraz *de lege ferenda* dotyczącym możliwości i potrzebie sięgnięcia do konstrukcji odpowiedzialności przebijającej lub konstrukcji alternatywnej w tych sytuacjach, określanych jako grupy przypadków

¹²²⁶ Zob. zwłaszcza A. Opalski, *Problematyka...*, s. 13. Stanowisko tego autora zostało przedstawione w rozdz. XI pkt 1.

¹²²⁷ Tak zwłaszcza T. Targosz, *Nadużycie...*, s. 233. Stanowisko tego autora zostało przedstawione w rozdz. IX pkt 2.

¹²²⁸ Zob. pkt 4.3 poniżej.

odpowiedzialności przebijającej, które wymagają ochrony wierzycieli spółki z o.o., również będzie zawierać rozważania o charakterze komparatystycznym.

4.2. „Klasyczne” przypadki „przebicia” i nadużycia osobowości prawnej/formy prawnej spółki

W odniesieniu do klasycznych grup przypadków odpowiedzialności przebijającej doktryna niemiecka rozwinęła szczegółowe przesłanki odpowiedzialności przebijającej za materialne kwalifikowane niedokapitalizowanie spółki z o.o. Zostały one sformułowane przez wybitny autorytet z zakresu niemieckiego prawa spółek – Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Petera Ulmera. Są nimi: 1) kwalifikowane materialne niedokapitalizowanie spółki, 2) adekwatny związek przyczynowy między niedokapitalizowaniem a stanem niewypłacalności, w ramach której to przesłanki autor proponuje odwrócenie ciężaru dowodu przy następczym niedokapitalizowaniu, kiedy to wspólnicy, dopuszczając do dalszego istnienia spółki, spekulują na koszt wierzycieli¹²²⁹, 3) możliwość przypisania niedokapitalizowania poszczególnym wspólnikom (o charakterze obiektywnym, a nie subiektywnym) oraz 4) upadłość spółki z o.o.¹²³⁰ Natomiast w zakresie skutków prawnych odpowiedzialność za kwalifikowane materialne niedokapitalizowanie jest osobistą odpowiedzialnością wspólników spółki z o.o. za doznaną przez wierzycieli spółki utratę ich roszczeń, która nie jest ograniczoną kwotowo odpowiedzialnością odszkodowawczą, w ramach której odszkodowanie jest obliczane zgodnie z metodą dyferencyjną (różnicową), lecz jest to odpowiedzialność za zobowiązania spółki na podstawie stosowanego analogicznie § 128 HGH, a wspólnicy odpowiadają za zobowiązania spółki jako dłużnicy solidarni¹²³¹.

Koncepcja odpowiedzialności przebijającej za materialne niedokapitalizowanie znalazła swoje potwierdzenie również w jednym wyroku niemieckiego Federalnego Trybunału Sprawiedliwości, dotyczącym jednakże nie spółki z o.o., lecz tzw. wpisanego (zarejestrowanego) stowarzyszenia (*eingetragener Verein*) w sprawie VIII ZR 28/69 (tzw. sprawa osadników – *Siedler-Fall*)¹²³², a także w dotyczącym spółki z o.o. wyroku Federalnego Sądu Społecznego (*Bundessozialgericht*) w sprawie 7 RAr 20/82¹²³³. W obydwu

¹²²⁹ Wówczas to na wspólnikach powinien ciążyć ciężar dowodu w zakresie wykazania braku związku przyczynowego między niedokapitalizowaniem a niewypłacalnością spółki. Ponadto wspólnicy powinni również udowodnić, że niezwłocznie zaprzestali działalności przez spółkę po zaistnieniu zewnętrznych i niestanowiących pierwotnego niedokapitalizowania przyczyn poniesionych strat albo że podjęli niezwłocznie rokujące powodzenie działania sanacyjne. Tak Hachenburg/Ulmer, *GmbHG*, Anh § 30, nb 59.

¹²³⁰ Zob. Omówienie koncepcji P. Ulmera zawarte w rozdz. VII pkt 2.1.1.

¹²³¹ *Ibidem*.

¹²³² Zob. omówienie tego orzeczenia w rozdz. VII pkt 2.1.2.

¹²³³ Zob. omówienie tego orzeczenia w rozdz. VII pkt 2.1.2.

tych wyrokach sądy szczegółowo uzasadniły zastosowanie konstrukcji „przebicia”, nie podejmując się jednak próby rozwijania przesłanek tej odpowiedzialności.

Inaczej przedstawia się natomiast sytuacja w przypadku drugiej grupy klasycznych przypadków odpowiedzialności przebijającej w postaci pomieszania majątków spółki i wspólnika. O ile bowiem doktryna niemieckiego prawa spółek nie rozwinęła szczegółowych przesłanek tej odpowiedzialności, skupiając się w sposób ogólny na przedstawieniu sytuacji, świadczących o pomieszczeniu sfer majątkowych mających uzasadniać „przebicie”, zwracając szczególnie uwagę na towarzyszącą owej konfuzji nieprzejrzystość w zakresie prowadzenia ksiąg rachunkowych, o tyle w wyroku z dnia 14 października 2005 r. w sprawie II ZR 178/03 Federalny Trybunał Sprawiedliwości odniósł się do (przynajmniej jednej) przesłanki *Durchgriffshaftung* za pomieszczenie majątków w postaci przypisywalności tej odpowiedzialności. BGH uznał mianowicie, że jest to odpowiedzialność za zachowanie (*Verhaltenshaftung*), a nie stan (*Zustandshaftung*), podkreślając, że odpowiedzialność na zasadzie przebicia ponosi tylko ten wspólnik, który ze względu na wywierany przez niego – jako jedynego albo większościowego wspólnika – wpływ na spółkę odpowiada za stan pomieszania¹²³⁴. Jak podkreślono już przy okazji omawiania tego orzeczenia, tak określona przesłanka przypisywalności pomieszania majątków poszczególnym wspólnikom może podlegać obiektywizacji, podobnie jak ma to miejsce w przypadku przesłanki przypisywalności odpowiedzialności za materialne niedokapitalizowanie, którą opisuje P. Ulmer¹²³⁵. Odnośnie do zakresu tej odpowiedzialności należy uznać, że powołując się na stosowany analogicznie § 128 HGB jako podstawę odpowiedzialności wspólników, BGH opowiedział się za osobistą odpowiedzialnością wspólników wobec wierzycieli spółki za jej zobowiązania, i to w pełnej wysokości niezaspokojonych przez spółkę roszczeń¹²³⁶.

W doktrynie niemieckiej niektórzy autorzy omawiają nadużycie instytucji/institucjonalne jako odrębną grupę przypadków odpowiedzialności przebijającej, przy czym, jak zwrócono na to uwagę przy okazji przedstawienia tej grupy przypadków, stanowi ona raczej próbę przeniesienia na grunt praktyki teoretyczno-dogmatycznej koncepcji nadużycia instytucjonalnego jako podstawy prawnej odpowiedzialności wspólników spółki z o.o.¹²³⁷

Natomiast odnośnie do grupy przypadków w postaci pomieszania sfer spółki i wspólnika w doktrynie niemieckiej panuje obecnie zgoda co do tego, że nie uzasadniają one stosowania koncepcji odpowiedzialności przebijającej, a związane z nimi problemy

¹²³⁴ Zob. omówienie tego orzeczenia w rozdz. VII pkt 2.2.

¹²³⁵ Zob. uwagi w rozdz. VII pkt 2.2.

¹²³⁶ Zob. *ibidem*.

¹²³⁷ Zob. rozdz. VII pkt 2.4.

nadają się do rozwiązania za pomocą ogólnych podstaw odpowiedzialności znanych prawa cywilnemu¹²³⁸.

W odniesieniu do pomieszania sfer spółki i wspólnika podobne stanowisko zajmuje również doktryna polska¹²³⁹.

Odnosnie do pozostałych klasycznych grup przypadków odpowiedzialności przebijającej w doktrynie polskiej poświęca się najwięcej uwagi materialnemu niedokapitalizowaniu, a problematyka pomieszania majątków spółki i wspólnika stanowi mniej kontrowersyjny przedmiot rozważań. Należy przy tym podkreślić, że przypadki odpowiedzialności przebijającej omawiane są w doktrynie polskiej głównie w kontekście koncernowego umiejscowienia tej problematyki, o czym dobitnie świadczy poświęcanie osobnej uwagi dodatkowej grupie przypadków w postaci dominacji nad spółką¹²⁴⁰. Jak już wyżej wspomniano, sprowadzenie problematyki odpowiedzialności przebijającej do relacji w ramach zgrupowania spółek nie jest uzasadnione, aczkolwiek należy przyznać, że najwięcej problemów „przebicia” aktualizuje się w relacjach holdingowych lub koncernowych.

Przedstawiając problematykę materialnego niedokapitalizowania spółki oraz pomieszania majątków spółki i wspólnika, doktryna polska bazuje głównie na dorobku doktryny niemieckiej, a w mniejszym zakresie anglosaskiej¹²⁴¹. Przy tym w doktrynie polskiej, jak już wyżej wspomniano, dominuje stanowisko krytyczne wobec koncepcji przebicia¹²⁴², a w związku z tym omawiane są alternatywne do tej koncepcji podstawy prawne odpowiedzialności za materialne niedokapitalizowanie spółki, pośród których dominuje odpowiedzialność deliktowa na podstawie art. 415 k.c.¹²⁴³, przybierająca postać zarówno odpowiedzialności zewnętrznej wobec wierzycieli spółki¹²⁴⁴, jak i wewnętrznej wobec samej spółki¹²⁴⁵. Natomiast przy omawianiu przypadków pomieszania majątków spółki i wspólnika doktryna polska – negując odpowiedzialność przebijającą

¹²³⁸ Zob. rozdz. VII pkt 2.3.

¹²³⁹ Zob. trafną argumentację i przykłady możliwych do zastosowania podstaw prawnych odpowiedzialności za pomieszanie sfer w prawie polskim przedstawione A. Opalskiego, a omówione w rozdz. X pkt 2.2.

¹²⁴⁰ Zob. rozdz. X pkt 1 oraz pkt 2.3.

¹²⁴¹ Zob. rozdz. X pkt 1 oraz pkt 2.1 i 2.2.

¹²⁴² Jak już wyżej wspomniano, jedynie S. Gurgul oraz Z. Jara dopuszczają możliwość stosowania koncepcji nadużycia formy prawnej spółki jako samodzielnej podstawy prawnej odpowiedzialności wspólników wobec wierzycieli spółki z o.o. Zob. Z. Jara, *op. cit.*, art. 151, nb 46; S. Gurgul, *Odpowiedzialność...*, s. 1149. Na ten temat zob. rozdz. IX pkt 2 oraz rozdz. X pkt 3.

¹²⁴³ A. Opalski, *Problematyka...*, s. 18 i 19 wskazuje również na możliwość zastosowania w przypadku materialnego niedokapitalizowania spółki skargi pauliańskiej, a także rozważa możliwość odpowiedzialności wewnętrznej wspólników wobec spółki z powodu naruszenia obowiązków lojalności. Zob. rozdz. X pkt 2.1 poniżej.

¹²⁴⁴ Tak S. Sołtysiński, [w:] S. Sołtysiński [et al.] (red.), *Kodeks...*, art. 301, nb 44. Zob. rozdz. X pkt 2.1.

¹²⁴⁵ Tak W. Popiołek, *op. cit.*, s. 311. Zob. rozdz. X pkt 2.1.

– wskazuje, że problemy z nimi związane zaktualizują się w toku postępowania egzekucyjnego, a pomieszczenie majątków będzie z reguły prowadzić do prowadzenia przez wierzycieli egzekucji wobec składników majątkowych znajdujących się zarówno w posiadaniu spółki, jak i wspólników, których powództwa ekscydencyjne na podstawie art. 841 k.p.c. będą oddalane, jeżeli nie będą oni w stanie wykazać praw do ich składników majątkowych pomieszanych z majątkiem spółki¹²⁴⁶.

Jak już wspomniano powyżej¹²⁴⁷, orzecznictwo sądów polskich cechuje jeszcze większy niż ma to miejsce w przypadku polskiej doktryny sceptycyzm wobec koncepcji odpowiedzialności za nadużycie formy prawnej spółki. Sądom znane są, co prawda, poglądy doktryny na temat nadużycia osobowości prawnej albo formy prawnej spółki z o.o., jednakże traktowane są one, na co wyraźnie zwrócił uwagę Sąd Najwyższy w uzasadnieniu wyroku z dnia 5 listopada 2013 r. w sprawie II PK 50/13, jako dopiero co pojawiające się rozważania, a więc, jak należy rozumieć, swego rodzaju „nowinki” z perspektywy praktyki orzeczniczej. Większość spośród małej liczby orzeczeń odnoszących się do problematyki nadużycia osobowości prawnej dotyczy tzw. przebicia przyporządkowanego (przebicia przez przypisanie), które nie stanowi przedmiotu analizy niniejszej rozprawy. Natomiast w jedynym wyroku dotyczącym w istocie możliwości zastosowania konstrukcji przebicia – wyroku z dnia 24 listopada 2009 r. w sprawie V CSK 169/09 – Sąd Najwyższy, co prawda, opowiedział się za dopuszczalnością bezpośredniej, osobistej odpowiedzialności wspólnika spółki z ograniczoną odpowiedzialnością za szkody wyrządzone osobom trzecim. Jednakże SN stanowczo podkreślił, że „jest to jednak zawsze osobista odpowiedzialność wspólnika spółki kapitałowej za własne zawinione zachowanie wyrządzające szkodę osobom trzecim, a nie odpowiedzialność wspólnika za zobowiązania tych spółek”¹²⁴⁸.

4.3. Problematyka odpowiedzialności przebijającej za unicestwienie egzystencji spółki i jej odpowiednika w doktrynie polskiej

4.3.1. Aspekt ogólny – podstawowe podobieństwa i różnice między ujęciem koncepcji odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki w doktrynie niemieckiej i polskiej

Z prawnoporównawczego punktu widzenia, po szczegółowym przedstawieniu problematyki odpowiedzialności przebijającej za unicestwienie egzystencji spółki w doktrynie i orzecznictwie niemieckim, zawartym w rozdziale VII pkt 3 niniejszej rozprawy, oraz po prezentacji występujących w polskim piśmiennictwie odniesień do tej podstawy

¹²⁴⁶ Tak A. Opalski, *Problematyka...*, s. 20. Zob. rozdz. X pkt 2.2.

¹²⁴⁷ Zob. rozdz. X pkt 3.

¹²⁴⁸ Wyrok SN z dnia 24 listopada 2009 r., V CSK 169/09, uzasadnienie prawne, 3 akapit od końca.

odpowiedzialności i próby jej interpretacji, możliwe jest w pierwszej kolejności określenie stopnia recepcji tej koncepcji w doktrynie polskiego prawa spółek. Należy przede wszystkim stwierdzić, że w doktrynie polskiej wskazuje się na koncepcję odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki właśnie przy okazji omawiania dorobku doktryny i orzecznictwa niemieckiego, przy czym, jak już wspomniano powyżej¹²⁴⁹, za nieprawidłowe należy uznać przedstawienie tej koncepcji i próbę jej interpretacji dokonane przez M. Litwińską-Werner. Natomiast prawidłowo odniósł się do tej koncepcji, przedstawiając w sposób skrótowy charakterystyczne dla niej podgrupy przypadków, A. Opalski, skupiając się jednakże na niej przy okazji omawiania odpowiedzialności podmiotu dominującego w zgrupowaniu spółek, choć zgodnie z głównym założeniem *Existenzvernichtungshaftung* koncepcja ta rozwijana jest właśnie w oderwaniu od problematyki koncernowej¹²⁵⁰. Obejmuje ona, co prawda, również odpowiedzialność w ramach zgrupowania spółek, a duża liczba przypadków uzasadniających tę odpowiedzialność, a może nawet większość z nich wynika właśnie z ingerencji w funkcjonowanie spółki zależnej dokonywanej przez spółkę dominującą¹²⁵¹, jednakże, jak zostało już wykazane powyżej, stan w postaci uczestnictwa spółek w zgrupowaniu spółek nie stanowi ani jakiegoś odrębnego i relewantnego z punktu widzenia koncepcji *Existenzvernichtungshaftung* koniecznego do uwzględnienia zjawiska, ani dodatkowej przesłanki wpływającej na takie, czy inne zastosowanie tej koncepcji, z zastrzeżeniem omówionej poniżej możliwości pociągnięcia do odpowiedzialności współnika pośredniego oraz spółki-siostry.

Dodatkowo należy stwierdzić, że w doktrynie polskiej, z uwagi na skrótowe omawianie problematyki odpowiedzialności za unicestwienia egzystencji spółki nie zwraca się szczegółowo uwagi na zakres podmiotowy i zasięg tej odpowiedzialności, uzyskiwany przy zastosowaniu tej koncepcji. Natomiast, jak już wspomniano powyżej, w doktrynie niemieckiej i orzecznictwie zwraca się uwagę na to, że *Existenzvernichtungshaftung* dotyczy zarówno tzw. współnika-wspólnika, czyli współnika pośredniego¹²⁵², a więc podmiotu będącego współnikiem uczestniczącej w „unicestwionej” spółce z o.o. jako współnik innej spółki¹²⁵³, jak i spółki-siostry¹²⁵⁴ takiej spółki z o.o. Zwłaszcza w odniesieniu do

¹²⁴⁹ Zob. rozdz. X pkt 2.4.

¹²⁵⁰ Zob. szczególne rozważania zawarte w rozdz. VII pkt 3.

¹²⁵¹ Świadczy o tym chociażby wyraźne wyodrębnienie w ramach podgrupy przypadków odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki stanów faktycznych ściśle koncernowych, takich jak: uczestnictwo w *cash pool* (zob. rozdz. III pkt 2.6) oraz spółka z o.o. „Kopciuszek” (zob. rozdz. III pkt 2.9), a także, zasadniczo, „sztafeta spółek” (zob. rozdz. III pkt 2.8).

¹²⁵² Zob. wyrok BGH w sprawie *Autovertrags Händler* omówiony powyżej w rozdz. VII pkt 3.2.6, a także rozważania na temat podmiotowego zakresu odpowiedzialności z tytułu *Existenzvernichtungshaftung* w doktrynie niemieckiej zawarte w rozdz. VII pkt 3.3.2.2.1.

¹²⁵³ Na przykład spółka z o.o., której współnikiem jest osoba fizyczna, jest jedynym lub większościovym współnikiem w spółce z o.o., której egzystencja została unicestwiona. W takim przypadku współnikiem pośrednim jest owa osoba fizyczna.

¹²⁵⁴ Zob. wyrok w sprawie *Rheumaklinik* omówiony powyżej w rozdz. VII pkt 3.2.5.

odpowiedzialności spółki-siostry należy uznać, że pod względem dogmatycznym, nie ma się w takim przypadku do czynienia z „przebicciem” i redukcją celowościową § 13 ust. 2 GmbHG, który to przepis, jak wiadomo, wyłącza odpowiedzialność wspólników spółki z o.o., lecz z rozszerzeniem odpowiedzialności przebijającej na podmiot niezwiązany bezpośrednio ze spółką z o.o. Tego rodzaju „przebiccie” można by nazwać – w przeciwieństwie do klasycznego, wertykalnego „przebiccia” – „przebicciem” horyzontalnym. Jednakże, jak wynika wyraźnie z wyroku w sprawie *Rheumaklinik*, efekt „przebiccia” na spółkę-siostrę nie jest uzyskiwany przez zastosowanie konstrukcji odpowiedzialności przebijającej, lecz poprzez odpowiedzialność deliktową na podstawie § 826 BGB¹²⁵⁵.

4.3.2. Aspekt szczególny – odpowiedzialność członków zarządu spółki z o.o. na podstawie art. 299 k.s.h. jako rozwiązanie funkcjonalnie zbliżone do koncepcji *Existenzvernichtungshaftung*

Z prawnoporównawczej perspektywy o charakterze funkcjonalnym rozwijanie koncepcji odpowiedzialności przebijającej w niemieckim prawie spółek oraz rozwijanie niezależnie od niej, a zarazem równolegle z nią, koncepcji odpowiedzialności deliktowej wspólników spółki z o.o. wobec wierzycieli tejże spółki oraz wielu innych alternatywnych koncepcji mających uzasadniać odpowiedzialność wspólników zarówno wobec wierzycieli spółki (bezpośrednia ochrona wierzycieli), jak i samej spółki (pośrednia ochrona wierzycieli) świadczy o tym, że niemieckiemu prawu spółek i prawu cywilnemu bliższy jest model ochrony wierzycieli spółki z o.o. poprzez odpowiedzialność jej wspólników, tymczasem w państwach, takich jak Anglia i Francja, preferowany jest model ochrony wierzycieli poprzez odpowiedzialność zarządców spółki z o.o.¹²⁵⁶ Regulację

¹²⁵⁵ Zob. *ibidem*.

¹²⁵⁶ Zob. H. Hirte, *Reform des gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes*, [w:] Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), *Verhandlungen des sechsundsechzigsten Deutschen Juristentages, Stuttgart 2006, Band II/1 (Sitzungsberichte – Referate und Beschlüsse)*, München 2006, s. P 29–31 i n. Por. również uwagi o charakterze prawnoporównawczym zawarte w rozprawie habilitacyjnej A. Schalla, który zwraca uwagę na to, że zarówno we Francji, jak i w Wielkiej Brytanii ochrona wierzycieli jest realizowana w prawie cywilnym przez odpowiedzialność „wyjściową”/„przy wyjściu” zarządców (*Exithaftung*) i wyraźnie podkreśla, że prawo angielskie w pierwszym rzędzie obciąża odpowiedzialnością zarządców, a nie wspólników spółki z o.o. We Francji tego wyrazem jest odpowiedzialność na podstawie *action en comblement du passif*, a w Wielkiej Brytanii odpowiedzialność za *wrongful trading*. Zob. A. Schall, *Kapitalgesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz. Grund und Grenzen der Haftungsbeschränkung nach Kapitaldebatte, MoMiG und Trihotel*, München 2009, s. 251 i n. (Anglia) oraz s. 272 i n. (Francja). Należy jednak podkreślić, że odpowiedzialność wspólników za unicestwienie egzystencji spółki należy również rodzajowo do odpowiedzialności „na wyjściu” (*Exithaftung*). Tego rodzaju instrumenty ochrony wierzycieli określane są mianem następczej ochrony wierzycieli, ochroną wierzycieli *ex post*, ewentualnie ochroną represyjną w przeciwieństwie do prewencyjnych instrumentów ochrony wierzycieli, nazywanych również instrumentami ochrony *ex ante*, ewentualnie ochroną uprzednią wierzycieli. Na temat tego podziału instrumentów ochrony wierzycieli zob. U. Haas, *Reform...*, s. E 17. Problematyce ochrony następczej wierzycieli poświęcone są w Niemczech również odrębne monografie. Zob. przykładowo F. Haug, *Ex-post-Gläubigerschutz in der private company limited by shares*, Sipplingen 2009.

polskiego prawa spółek należy zaliczyć z całą pewnością do tego drugiego modelu, o czym świadczy najdobitniej przepis art. 299 k.s.h. wraz z przebogatym orzecznictwem rozwiniętym na kanwie jego stosowania w praktyce prawa spółek¹²⁵⁷. Należy jednak pamiętać, że niemieckie prawo spółek również zawiera regulację dotyczącą zewnętrznej odpowiedzialności zarządców wobec wierzycieli spółki z o.o. – § 15a ust. 1 InsO w zw. z § 823 ust. 2 BGB (dawniej § 64 ust. 1 GmbHG w zw. z § 823 ust. 2 BGB)¹²⁵⁸.

Poza tym ogólnym prawoporównawczym spostrzeżeniem o charakterze funkcjonalnym należy podkreślić inne, a zarazem bliższe funkcjonalne podobieństwo między odpowiedzialnością członków zarządu na podstawie art. 299 k.s.h. a niemiecką odpowiedzialnością wspólników za unicestwienie egzystencji spółki, na które nie zwracano do tej pory uwagi w doktrynie polskiej. Sprowadza się ono do podobnego uzasadnienia zastosowania obydwu podstaw odpowiedzialności, którym jest w regulacji polskiej chęć przeciwdziałania i zapobieżenia skutkom tzw. faktycznej likwidacji spółki z o.o., a w doktrynie i orzecznictwie niemieckim – tzw. zimnej likwidacji (*kalte Liquidation*).

W uzasadnieniu do projektu ustawy o spółkach z ograniczoną odpowiedzialnością przyjętym przez Kolegium Uchwalające Komisji Kodyfikacyjnej w dniu 26 listopada 1931 r. podkreślono w sposób szczególny potrzebę wprowadzenia do polskiej regulacji dotyczącej spółek z o.o. przepisu regulującego odpowiedzialność członków zarządu za zobowiązania spółki z o.o. Przepisem tym był początkowo art. 128 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 października 1933 r. – Prawo o spółkach z ograniczoną odpowiedzialnością¹²⁵⁹, zastąpiony następnie przez art. 298 rozporządzenia Prezydenta Rzeczypospolitej z dnia 27 czerwca 1934 r. – Kodeks Handlowy¹²⁶⁰, a którego odpowiednikiem jest obecnie art. 299 k.s.h.

We wspomnianym uzasadnieniu podkreśla się mianowicie, że: „doświadczenie wykazało, iż niestety, nader częste są przypadki, że spółka z ograniczoną odpowiedzialnością ulega **likwidacji faktycznej** [pogrubienie P.M.W.] bez zachowania jakichkolwiek przepisów, mających chronić wierzycieli. Jest bodaj codziennem zjawiskiem, że wierzyciel, uzyskawszy wyrok przeciwko spółce, nie ma żadnej możliwości wykonania go z tej

¹²⁵⁷ W sposób obszerny i szczegółowy, ze szczególnym uwzględnieniem orzecznictwa SN. omawia problematykę odpowiedzialności członków zarządu na podstawie art. 299 k.s.h., a także art. 21 ust. 3 p.u. K. Osajda w swojej rozprawie habilitacyjnej. Zob. K. Osajda, *Niewypłacalność spółki z o.o. Odpowiedzialność członków zarządu wobec jej wierzycieli*, Warszawa 2014.

¹²⁵⁸ Zob. reprezentatywnie na temat *Insolvenzverschleppungshaftung* po reformie MoMiG, a więc na podstawie § 15a InsO w zw. z § 823 ust. 2 BGB: U. Haas, [w:] A. Baumbach, A. Hueck, *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, 20. Aufl., München 2013, § 64, nb 109 i n., a także D. Kleindiek, [w:] G. Kreft (Hrsg.), *Heidelberger Kommentar – Insolvenzordnung*, 6. Aufl., wyd. C.F. Müller, Ulm 2011, § 15a. Na tle dawnego stanu prawnego zob. M. Habersack, *Trihotel...*, s. 543.

¹²⁵⁹ Dz.U. Nr 82, poz. 602. Zgodnie z pierwotną numeracją przepisów projektu tejże ustawy był to art. 127 projektu.

¹²⁶⁰ Dz.U. Nr 57, poz. 502 ze zm.

prostej przyczyny, że spółka w rzeczywistości nie istnieje. Często nawet nie posiada ona już żadnego biura; jeżeli zaś je ma, to jakiegokolwiek majątku, przedstawiającego jakąś wartość znaleźć nie można – został on już zlikwidowany. [...] Podobny stan rzeczy w sposób zdecydowany przyczynia się do podważania zaufania do spółek tego rodzaju, zmniejszając tem samem i ich zdolność kredytową”¹²⁶¹.

W doktrynie polskiej na owo uzasadnienie wprowadzenia do polskiego prawa spółek regulacji art. 299 k.s.h. zwrócili uwagę m.in. A. Kidyba¹²⁶² oraz K. Osajda¹²⁶³.

Natomiast w niemieckim prawie spółek wyróżnia się pośród przypadków uzasadniających odpowiedzialność za unicestwienie egzystencji spółki tzw. zimną likwidację (*kalte Liquidation*)¹²⁶⁴, określaną również jako „wygaszanie” (*Auslaufenlassen*) spółki z o.o.¹²⁶⁵ Polega ona właśnie na wygaszeniu działalności spółki i faktycznym zaprzestaniu prowadzenia przez nią działalności bez wszczynania wymaganej prawem spółek procedury likwidacyjnej, z czym związane jest m.in. pozbawienie spółki personelu, przeniesienie określonych pól produkcji na inną spółkę, wypowiedanie umów umożliwiających prowadzenie działalności przez spółkę, a przez to pozbawianie jej tzw. szans korporacyjnych. Wszystkie te działania prowadzą do oczywistego pogorszenia sytuacji prawnej wierzycieli spółki, którzy w związku z faktycznym wygaszeniem działalności spółki nie są objęci ochroną, jaką dawałoby im postępowanie likwidacyjne¹²⁶⁶. Należy przy tym pamiętać, że w przypadku prawidłowo wszczętego postępowania likwidacyjnego spółki z o.o. możliwe jest zaspokojenie roszczeń wierzycieli w pełnej wysokości.

Oprócz „zimnej likwidacji” rozumianej jako jedna z grup przypadków uzasadniających *Existenzvernichtungshaftung*, *kalte Liquidation* funkcjonuje w doktrynie niemieckiego prawa spółek jako dodatkowy argument dogmatyczny mający uzasadniać zastosowanie koncepcji nadużycia instytucjonalnego lub koncepcji redukcji teleologicznej w przypadku unicestwienia egzystencji spółki. Za pomysłodawcę owego dodatkowego dogmatycznego wzmocnienia koncepcji odpowiedzialności przebijającej za unicestwienie egzystencji spółki uznawany jest W. Goette, sędzia BGH, który – omawiając orzeczenia niemieckiego Federalnego Trybunału Sprawiedliwości wydane po przełomowym wyroku w sprawie TBB – rozwinął koncepcję V. Röhricha i podkreślił, że uzasadnieniem odpowiedzialności współników spółki z o.o. za unicestwienie egzystencji

¹²⁶¹ Projekt ustawy o spółkach z ograniczoną odpowiedzialnością przyjęty przez Kolegium Uchwalające Komisji Kodyfikacyjnej w dn. 26 listopada 1931. Uzasadnienie w opracowaniu referenta głównego projektu, Prof. Adama Chelmońskiego, Komisja Kodyfikacyjna, Sekcja Prawa Handlowego, Tom I, z. 4, Warszawa 1932, s. 61.

¹²⁶² A. Kidyba, *op. cit.*, art. 299, pkt 1.

¹²⁶³ K. Osajda, *Niewypłacalność*... s. 114 i 580.

¹²⁶⁴ Zob. rozdz. III pkt 2.13, rozdz. VII pkt 1., pkt 3.1.3 oraz pkt 3.3.2.2.2.

¹²⁶⁵ Zob. rozdz. III pkt 2.13.

¹²⁶⁶ Zob. *ibidem*.

spółki jest nieprzestrzeganie przez nich przepisów o likwidacji spółki z o.o. W. Goette zwrócił ponadto uwagę na to, że sytuacja unicestwienia egzystencji spółki nie stanowi sytuacji specyficznie koncernowej, co uzasadnia rozwój oderwanej od prawa zgrupowań spółek koncepcji *Existenzvernichtungshaftung*¹²⁶⁷. Ściśle rzecz ujmując, na związek między unicestwieniem egzystencji spółki a nieprzestrzeganiem przepisów o likwidacji spółki z o.o. zwrócił wcześniej uwagę V. Röhricht, powołując się na rozważania M. Wintera o „zimnej likwidacji”, a W. Goette postawił jedynie kropkę nad „i”, przedstawiając swoje „likwidacyjne” uzasadnienie odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji¹²⁶⁸. Pogląd W. Goettego, poparli również tacy znamienici autorzy, jak D. Kleindiek, U. Haas oraz M. Schwab, którzy uznają, że odpowiedzialność za unicestwienie egzystencji spółki jest sankcją za nieuporządkowaną likwidację (likwidację sprzeczną z porządkiem [prawnym], *ordnungswidrige Liquidation*)¹²⁶⁹ lub bardziej szczegółowo – odpowiedzialnością za naruszenie przepisów o postępowaniu likwidacyjnym, a dokładnie mającego charakter ochronny względem wierzycieli przepisu § 73 ust. 1 GmbHG¹²⁷⁰. Należy przy tym podkreślić, że wszyscy ci autorzy opowiadają się przeciwko ukształtowaniu odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki jako odpowiedzialności przebijającej, preferując deliktową podstawę tej odpowiedzialności rozumianej jako odpowiedzialność zewnętrzna wspólników (bezpośrednio) wobec wierzycieli spółki z o.o. Przy tym D. Kleindiek w sposób ogólny wskazuje na § 823 ust. 2 oraz § 826 BGB¹²⁷¹ jako, jak się należy domyślać, alternatywne podstawy odpowiedzialności, natomiast U. Haas oraz M. Schwab precyzują, że jest to odpowiedzialność na podstawie § 823 ust. 2 BGB w zw.

¹²⁶⁷ W. Goette, *Haftung im qualifiziert faktischen GmbH-Konzern – Verbleibende Relevanz nach dem TBB-Urteil? – Rechtsprechungsbericht*, [w:] P. Ulmer (Hrsg.), *Haftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern – Verbleibende Relevanz nach dem TBB-Urteil?*, Abhandlungen aus dem gesamten Bürgerlichen Recht, Handelsrecht und Wirtschaft, Beihefte der ZHR, Heft Nr. 70, Heidelberg 2002, s. 22–23. Autor ten stwierdził, że rozpatrując szczegółowo przypadki odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki, dochodzi się do wniosku, że nie stanowią one reakcji na specyficzną koncernową sytuację. W takich przypadkach powinno się sankcjonować to, że jedyny wspólnik albo wielu działających w porozumieniu wspólników spółki z o.o. nie dokonali likwidacji spółki w przepisany ustawowo sposób, a w szczególności przejęli od spółki składniki majątkowe i wykorzystali je do własnych celów, zamiast umożliwić uprzywilejowane zaspokojenie wierzycieli spółki w ramach postępowania likwidacyjnego, o ile majątek spółki na to pozwala. Jeżeli uświadomi się sobie, że – w oderwaniu od jakiegokolwiek sytuacji koncernowej – chodzi o to, aby nie zezwalać wspólnikom na naruszanie dla ich własnej korzyści przepisów o postępowaniu likwidacyjnym, zrozumiałe i akceptowalne staje się rozwiązanie w postaci specjalnej odpowiedzialności przebijającej za unicestwienie egzystencji spółki zaproponowane przez V. Röhrichta. Odpowiedzialność ta stanowi, zdaniem W. Goettego, trzeci filar obok przepisów o wnoszeniu i utrzymaniu kapitału zakładowego, którego nie wolno naruszać wspólnikom spółki z o.o., jeżeli chcą oni korzystać z wyłączenia odpowiedzialności na podstawie § 13 ust. 2 GmbHG.

¹²⁶⁸ Zob. przedstawienie koncepcji V. Röhrichta powyżej w rozdz. VII pkt 3.1.

¹²⁶⁹ Tak wyraźnie D. Kleindiek, *Ordnungswidrige...*, s. 276 i n. oraz s. 299–301.

¹²⁷⁰ Zob. U. Haas, *Die Gesellschafterhaftung...*, s. 1929 i n., s. 1933–1935 oraz 1940; M. Schwab, *op. cit.*, s. 341 i n., s. 345–347.

¹²⁷¹ D. Kleindiek, *Ordnungswidrige...*, s. 310.

z § 73 ust. 1 GmbHG¹²⁷², a M. Schwab uściśla, że § 73 ust. 1 GmbHG jest stosowany w drodze analogii¹²⁷³.

Pomijając podobne uzasadnienie dla niemieckiej odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki oraz polskiej odpowiedzialności członków zarządu na podstawie art. 299 k.s.h., obydwa reżimy odpowiedzialności różnią się w sposób bardzo istotny od siebie. Odpowiedzialność za unicestwienie egzystencji spółki stanowi bowiem odpowiedzialność za wywołanie/spowodowanie niewypłacalności spółki z o.o. (*Insolvenzverursachung*)¹²⁷⁴, podczas gdy członkowie zarządu odpowiadają – w istocie – na podstawie art. 299 k.s.h. za spóźnione złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości¹²⁷⁵, co w doktrynie i orzecznictwie niemieckim określa się dosłownie mianem „przewleczenia”/„przecignięcia” niewypłacalności (*Insolvenzverschleppung*)^{1276, 1277}.

Na relacje odpowiedzialności za wywołanie niewypłacalności spółki z o.o. do odpowiedzialności za niezgłoszenia we właściwym czasie wniosku o ogłoszenie upadłości spółki zwrócona zostanie szczególna uwaga w następnym rozdziale¹²⁷⁸.

¹²⁷² U. Haas, *Die Gesellschafterhaftung*..., s. 1940; M. Schwab, *op. cit.*, s. 346. O analogicznym stosowaniu § 73 ust. 1 GmbHG w przypadku unicestwienia egzystencji spółki wspomina wyraźnie M. Schwab.

¹²⁷³ M. Schwab, *op. cit.*, s. 349.

¹²⁷⁴ Na temat kwalifikacji odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki jako odpowiedzialności za spowodowanie niewypłacalności zob. przede wszystkim K. Schmidt, *Gesellschafterhaftung*..., s. 3580. Zob. również B. Dauner-Lieb, *Die Existenzvernichtungshaftung – Schluss*..., s. 2038, która uznaje *Existenzvernichtungshaftung* za odpowiedzialność za wywołanie, względnie pogłębienie niewypłacalności (*Insolvenzverursachungs-*, bzw. *Insolvenzvertiefungshaftung*). M. Schwab, *op. cit.*, s. 344, używa natomiast na oznaczenie tej odpowiedzialności określenia *Insolvenzbegründungshaftung*, które również należy przetłumaczyć jako odpowiedzialność za wywołanie upadłości.

¹²⁷⁵ W doktrynie polskiej por. K. Osajda, *Niewypłacalność*..., s. 135 i 581, który słusznie zwraca uwagę na wieloskładnikowy charakter zdarzenia wyrządzającego szkodę przy ujęciu odpowiedzialności z art. 299 k.s.h. jako odpowiedzialności odszkodowawczej. Na owo zdarzenie składają się mianowicie: istnienie niespłaconych długów spółki z o.o., bezskuteczność egzekucji z majątku spółki oraz niezgłoszenie we właściwym czasie wniosku o ogłoszenie upadłości spółki (K. Osajda, *Niewypłacalność*..., s. 135). Nie zmienia to faktu, że w zestawieniu z odpowiedzialnością za unicestwienie egzystencji spółki odpowiedzialność na podstawie art. 299 k.s.h. uznać należy za odpowiedzialność za spóźnione zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości.

¹²⁷⁶ Na temat *Insolvenzverschleppungshaftung* na podstawie § 15a InsO w zw. z § 823 ust. 2 BGB zob. reprezentatywnie i szczegółowo U. Haas, [w:] A. Baumbach, A. Hueck, *op. cit.*, § 64, nb 109 i n., a także D. Kleindiek, [w:] G. Kreft (Hrsg.), *Heidelberger Kommentar*..., § 15a.

¹²⁷⁷ Na temat relacji *Insolvenzverschleppungshaftung* do *Insolvenzverursachungshaftung* w doktrynie niemieckiej zob. przede wszystkim K. Schmidt, *Konkursverschleppungshaftung und Konkursverursachungshaftung*, ZIP 1988, s. 1497 i n., a także M. Schwab, *op. cit.*, s. 344–345 oraz M. Habersack, *Trihotel*..., s. 543.

¹²⁷⁸ Zob. rozdz. XIII pkt 2.5.

5. Analiza prawnoporównawcza krytyki koncepcji odpowiedzialności przebijającej oraz koncepcji nadużycia osobowości prawnej, nadużycia formy prawnej spółki w doktrynie polskiej

Krytyka koncepcji odpowiedzialności przebijającej w doktrynie i orzecznictwie niemieckim jest o wiele bardziej rozbudowana, szczegółowa, a także wielopłaszczyznowa w porównaniu z krytyką tej koncepcji, a także koncepcji nadużycia osobowości prawnej (nadużycia formy prawnej spółki) w doktrynie polskiej. Wynika to przede wszystkim z tego powodu, że doktryna polska nie rozwinęła koncepcji nadużycia formy prawnej spółki z o.o., która w prowadziłaby do rezultatów zbliżonych do *Durchgriffshaftung*, a w szczególności przewidującej skutek w postaci przebiccia, a wręcz przeciwnie. Stąd też krytyka koncepcji nadużycia osobowości prawnej potwierdza niejako w sposób ogólny niedopuszczalność tej konstrukcji i ma charakter krytyki ogólnej. Natomiast w Niemczech koncepcja odpowiedzialności przebijającej stanowi rozwiniętą doktrynalnie i stosowaną w orzecznictwie podstawę odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. wobec jej wierzycieli. Dlatego też oprócz krytyki o charakterze metodologicznym, podważającej zarówno potrzebę, jak i dopuszczalność stosowania *Durchgriffshaftung*, w doktrynie niemieckiego prawa spółek rozwinęła się szczegółowa krytyka tej koncepcji. W ramach tej krytyki proponowane są rozwiązania tzw. przypadków „przebiccia” zarówno przy wykorzystaniu klasycznych instrumentów ochronnych znanych prawa cywilnemu, a w szczególności przez odpowiedzialność deliktową wspólników (o charakterze wewnętrznym wobec spółki albo zewnętrznym wobec wierzycieli), jak też za pomocą nowych i alternatywnych do *Durchgriffshaftung* koncepcji odpowiedzialności o charakterze prawotwórczym. Krytyka koncepcji odpowiedzialności przebijającej znalazła swój wyraz również w orzecznictwie niemieckiego Federalnego Trybunału Sprawiedliwości. Doprowadziła ona do znacznej redukcji akceptowanych przez BGH przypadków zastosowania tej koncepcji – obecnie *Durchgriffshaftung* dopuszczalna jest jedynie w przypadku pomieszczenia majątku spółki i wspólnika (*Vermögensvermischung*).

Aby uniknąć zbędnych powtórzeń, bardziej szczegółowe odniesienie się do krytyki koncepcji odpowiedzialności przebijającej nastąpi w następnym rozdziale, w którym zostaną przedstawione uwagi i wnioski dotyczące możliwości zastosowania koncepcji odpowiedzialności przebijającej w prawie polskim, a także propozycja normatywnego rozwiązania przypadków „przebiccia”.

6. Najważniejsze uwagi i wnioski wynikające z analizy prawno-porównawczej

Analiza prawno-porównawcza pokazała, że odpowiedzialność przebijająca stanowi o wiele bardziej rozwiniętą w doktrynie i orzecznictwie z zakresu niemieckiego prawa spółek koncepcję niż jej polski odpowiednik w postaci koncepcji nadużycia osobowości prawnej/ nadużycia formy prawnej spółki. Przy czym zdecydowana większość przedstawicieli doktryny polskiej, a także orzecznictwo (jednolicie), nie dopuszcza rozwiązania w postaci odpowiedzialności wspólników za zobowiązania spółki na podstawie konstrukcji „przebicia”, które funkcjonuje w niemieckim prawie spółek. Wynika to z powszechnego przekonania, że w prawie polskim brak jest dogmatycznej podstawy dla konstrukcji zbliżonej do odpowiedzialności przebijającej, a w szczególności dominującego poglądu, że nie może stanowić takiej podstawy art. 5 k.c., ewentualnie wywodzona z niego szerszej ogólnej zasady zakazu nadużywania prawa, w tym prawa do posługiwania się formą osoby prawnej, którą to koncepcję próbował rozwinąć R. Szczepaniak¹²⁷⁹. Temu zakwestionowaniu istnienia dogmatycznej podstawy dla odpowiedzialności przebijającej wspólników spółki z o.o. wobec jej wierzycieli towarzyszy przekonanie, a nawet można pokusić się o stwierdzenie, że owa negacja wynika wręcz z przekonania, że koncepcja odpowiedzialności przebijającej nie zaistniała – jak należy rozumieć w wystarczający dla jej recepcji sposób – w polskiej nauce, a perspektywy jej praktycznego zastosowania „nie byłyby obiecujące” i w związku z tym „pierwszeństwo należy przyznać «konwencjonalnym» rozwiązaniom”¹²⁸⁰.

Tymczasem, jak wykazała analiza prawno-porównawcza teoretyczno-dogmatycznych podstaw odpowiedzialności przebijającej w doktrynie i orzecznictwie niemieckim i potencjalnych teoretyczno-dogmatycznych podstaw odpowiedzialności za nadużycie formy prawnej spółki z o.o. w prawie polskim, nie ma – zasadniczo – przeszkód do przejęcia koncepcji „przebicia” na grunt prawa polskiego.

Takie przejęcie byłoby mianowicie możliwe poprzez rozwinięcie w polskim prawie spółek koncepcji nadużycia instytucjonalnego lub zastosowanie do przypadków „przebicia” wykładni dokonywanej zgodnie z dyrektywami odstępstwa od sensu językowego przepisu, która stanowi odpowiednik koncepcji redukcji teleologicznej. Dopuszczalne wydaje się również przejęcie na grunt polskiej metodologii prawa koncepcji redukcji teleologicznej w przypadku, gdyby się uznało, że zabieg w postaci wykładni

¹²⁷⁹ Należy jednak pamiętać, że autor ten w ostateczności nie opowiedział się za stosowaniem art. 5 k.c. jako podstawy prawnej odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. wobec jej wierzycieli. Zob. omówienie i krytyka poglądów tego autora w rozdz. IX pkt 3.

¹²⁸⁰ Tak T. Targosz, *Nadużycie...*, s. 233.

dokonywanej zgodnie z dyrektywami odstępstwa od sensu językowego przepisu jest niewystarczający z metodologicznego punktu widzenia¹²⁸¹.

Pozostałe różnice pomiędzy koncepcją odpowiedzialności przebijającej a koncepcją nadużycia formy prawnej spółki i zastosowaniem obydwu koncepcji odpowiednio w doktrynie i orzecznictwie niemieckim oraz doktrynie i orzecznictwie polskim są prostą konsekwencją praktycznego stosowania koncepcji „przebicia” w prawie niemieckim i negatywnego stosunku do niej w doktrynie polskiej. Z uwagi na rzeczywiste zastosowanie koncepcji „przebicia” w praktyce prawa spółek w doktrynie i orzecznictwie niemieckim poświęca się jej prostu więcej uwagi niż w doktrynie i orzecznictwie polskim.

Doktryna niemiecka rozwinęła więcej przypadków zastosowania koncepcji odpowiedzialności przebijającej, zwłaszcza jeżeli się uwzględni podgrupę przypadków odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki, i w sposób bardziej szczegółowy skupiła się na rozwinięciu przesłanek tej odpowiedzialności niż miało to miejsce w doktrynie polskiej. Przy tym doktryna polska, omawiając problematykę nadużycia formy prawnej spółki z o.o., przejmując, w szczątkowym, co prawda, zakresie, dorobek doktryny niemieckiej, a także anglosaskiej.

Tak samo nie powinno dziwić, że krytyka koncepcji odpowiedzialności przebijającej jest bardziej rozwinięta w Niemczech niż krytyka odpowiedzialności za nadużycie osobowości prawnej w Polsce oraz że w doktrynie niemieckiej zaproponowano więcej rozwiązań alternatywnych niż w doktrynie polskiej.

W tym miejscu należy podkreślić, że mimo zmiany linii orzeczniczej niemieckiego Federalnego Trybunału Sprawiedliwości dotyczącej odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki, koncepcja odpowiedzialności przebijającej nadal ma swoich zwolenników w doktrynie niemieckiego prawa spółek, a sam BGH wyraźnie dopuszcza tę konstrukcję w przypadku pomieszania majątków spółki i wspólnika.

Podkreślić również należy, że BGH podtrzymuje swoje stanowisko o występowaniu luki ochronnej w systemie ochrony wierzycieli spółki z o.o. stwierdzając, że system kapitału zakładowego oraz reguły dotyczące jego wnoszenia do spółki z o.o. i jego utrzymania nie zapewniają wystarczającej ochrony wierzycielom spółki, co uzasadnia przede wszystkim dalsze stosowanie i rozwój koncepcji odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki, ukształtowanej, co prawda, w ramach stosowanego przez BGH prawotwórstwa sądowego jako deliktowa odpowiedzialność wspólników o charakterze wewnętrznym, a więc wobec samej spółki z o.o., a nie jak do tej pory zewnętrzna odpowiedzialność przebijająca, ewentualnie deliktowa¹²⁸², wobec wierzycieli spółki z o.o.

¹²⁸¹ Zob. szerzej rozdz. XII pkt 3.

¹²⁸² W tym miejscu należy jedynie przypomnieć, że BGH w wielu swoich orzeczeniach, a przede wszystkim w wyroku w sprawie *KBV*, dopuścił stosowanie jako podstawy prawnej odpowiedzialności wspólników

Ponieważ zarówno doktryna i orzecznictwo niemieckie, jak i doktryna polska stwierdzają występowanie deficytów ochronnych w kapitałowym systemie ochrony wierzycieli spółki z o.o. – o czym w przypadku doktryny polskiej dobitnie świadczy omawianie poszczególnych przypadków „przebicia”, nawet jeżeli proponuje się ich rozwiązanie przy wykorzystaniu ogólnocywilistycznych instrumentów prawnych, a także postulaty wprowadzenia do polskiego prawa spółek testu wypłacalności oraz przedstawione w rozdziale I niniejszej rozprawy postulaty ochrony wierzycieli spółki z o.o. przez osobistą odpowiedzialność jej wspólników – zasadna jest dalsza analiza dotycząca potrzeby i możliwości przejęcia na grunt prawa polskiego koncepcji odpowiedzialności przebijającej (rozumianej jako potrzeba posłużenia się tą konstrukcją), ewentualnie wprowadzenia regulacji prawnej, która służyłaby rozwiązywaniu w sposób optymalny różnorodnych przypadków uzasadniających odpowiedzialność wspólników spółki z o.o. wobec jej wierzycieli.

Należy przy tym podkreślić, że z prawno porównawczego punktu widzenia nie można w żadnym razie podnieść zarzutu, że polski system ochrony wierzycieli jest bardziej rozbudowany, co czyni zbędnym stosowanie konstrukcji przebicia lub zbliżonych do niej, ze względu na osiągnięte rezultaty, podstaw prawnych odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. W szczególności argumentem przemawiającym przeciwko rozwijaniu koncepcji dotyczących odpowiedzialności wspólników nie może być to, że prawo polskie przewiduje instrument ochrony wierzycieli w postaci odpowiedzialności członków zarządu spółki z o.o. wobec jej wierzycieli na podstawie art. 299 k.s.h. oraz art. 21 ust. 3 p.u. Tego rodzaju instrumenty ochrony znane są bowiem również prawu niemieckiemu, co nie stoi na przeszkodzie w rozwijaniu koncepcji odpowiedzialności przebijającej oraz alternatywnych do niej podstaw odpowiedzialności wspólników¹²⁸³.

Zasadne jest również ograniczenie przedmiotowej analizy do odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. wobec jej wierzycieli bez rozszerzania jej na odpowiedzialność akcjonariuszy wobec wierzycieli spółki akcyjnej. Wynika to nie tylko z wyższego stopnia ochrony wierzycieli zapewnianego przez prawo akcyjne, na co w doktrynie

wobec wierzycieli spółki z o.o. obok odpowiedzialności przebijającej również odpowiedzialności deliktowej na podstawie § 826 BGB.

¹²⁸³ W doktrynie niemieckiej zwraca na to uwagę w szczególności M. Habersack, omawiając relacje odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki do odpowiedzialności zarządców GmbH wobec wierzycieli spółki za spóźnione zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości i uznając, że odpowiedzialność wspólników ma wobec odpowiedzialności zarządców charakter flankujący. Zob. M. Habersack, *Trihotel*..., s. 543. Dlatego za niesłuszny należy uznać pogląd wyrażony w doktrynie polskiej przez K. Osajdę, jakoby niemieckie prawo nie przewidywało regulacji dotyczącej odpowiedzialności członków zarządu zbliżonej do regulacji polskiej, co autora prowadzi do błędnego wniosku o braku komplementarności odpowiedzialności przebijającej do subsydiarnej odpowiedzialności członków zarządu. Zob. K. Osajda, *Odpowiedzialność cywilna członków zarządu za zobowiązania spółki z o.o.*, Warszawa 2008, s. 245–246.

niemieckiej zwraca uwagę m.in. B. Dauner-Lieb¹²⁸⁴, a o czym świadczy chociażby wyższa wysokość minimalnego kapitału zakładowego w spółce akcyjnej, ale przede wszystkim z większej możliwości wpływu wspólników spółki z o.o. na zarząd tejże spółki, przejawiającej się możliwością wydawania członkom zarządu wiążących poleceń przez wspólników, co nie jest możliwe w spółce akcyjnej z uwagi na zagwarantowaną przez art. 375¹ k.s.h. (w prawie polskim) oraz wynikającą z całokształtu przepisów dotyczących zarządu spółki akcyjnej, a więc § 76 i n. AktG (w prawie niemieckim)¹²⁸⁵, niezależność członków zarządu spółki akcyjnej od jej akcjonariuszy, na co w doktrynie niemieckiego prawa spółek zwraca uwagę przede wszystkim V. Röhrich¹²⁸⁶.

Względy prawoporównawcze przemawiają wreszcie przeciwko utożsamianiu problematyki „przebicia” z relacjami koncernowymi i prawem zgrupowań spółek, co czynią różni przedstawiciele doktryny polskiej. Co prawda, duża liczba przypadków uzasadniających zastosowanie koncepcji odpowiedzialności przebijającej i rozwiązań do niej alternatywnych ma miejsce przede wszystkim w strukturach koncernowych, czy też holdingowych, jednakże nie uzasadnia to rozwijania rozwiązań odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. wobec jej wierzycieli, które miałyby uwzględniać specyfikę relacji koncernowych¹²⁸⁷. Wystarczające wydaje się w tym zakresie dokonane w doktrynie i orzecznictwie niemieckim zaliczenie do grup przypadków odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki poszczególnych, koncernowo-specyficznych sytuacji¹²⁸⁸.

¹²⁸⁴ Zob. B. Dauner-Lieb, *Die Existenzvernichtungshaftung – Schluss...*, s. 2036.

¹²⁸⁵ O niezależności zarządu niemieckiej spółki akcyjnej świadczy w szczególności § 76 ust. 1 oraz § 82 ust. 2 AktG. Szerzej na ten temat zob. T. Drygala, M. Staake, S. Szalai, *op. cit.*, s. 416.

¹²⁸⁶ Zob. rozdz. VII pkt 3.1.2.

¹²⁸⁷ Jak już zostało wykazane powyżej, orzecznictwo niemieckie oderwało konstrukcję odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki od problematyki koncernowej. Trafnie podsumowuje tę tendencję orzeczniczą Ch. Osterloh-Konrad, *op. cit.*, s. 277: „Auch außerhalb des Konzerns gibt es Gesellschafter, die «ihre» Gesellschaft zu Lasten der Gläubiger bewusst schädigen”. Na uniezależnienie się problematyki odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki od problematyki koncernowej zwracają również uwagę. M. Lutter i N.R. Banerjea. Zob. M. Lutter, N.R. Banerjea, *op. cit.*, s. 407: „Denn auch jenseits von Konzernsachverhalten gibt es Gesellschafter, die die Autonomie ihrer Gesellschaft nicht respektieren, und das dann eben zu Lasten der Gläubiger”.

¹²⁸⁸ Jak już wyżej wspomniano, należą do nich przede wszystkim uczestnictwo w *cash pool* (zob. rozdz. III pkt 2.6) oraz spółka z o.o. „Kopciuszek” (zob. rozdz. III pkt 2.9), a także, zasadniczo, „sztafeta spółek” (zob. rozdz. III pkt 2.8).

Uwagi i wnioski *de lege lata* na temat koncepcji odpowiedzialności przebijającej w stosunku do alternatywnych rozwiązań i podstaw prawnych odpowiedzialności

1. Potrzeba prawnego rozwiązywania przypadków „przebicia”/problemów nadużycia formy prawnej spółki z o.o.

Przepisy o ochronie kapitału zakładowego nie zapewniają pełnej ochrony wierzycielom spółki z o.o.¹²⁸⁹ W jednym ze swoich najnowszych orzeczeń dotyczących odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki – w wyroku w sprawie *Trihotel* – niemiecki Federalny Trybunał Sprawiedliwości określił te deficyty jako „lukę w ochronie majątku spółki poza granicą kapitału zakładowego wynikającą z wąskiego zakresu zastosowania przepisów § 30 i 31 GmbHG”¹²⁹⁰, a także skrótowo jako „pozostawioną [otwartą] przez system odpowiedzialności §§ 30, 31 GmbHG lukę ochronną”¹²⁹¹. Dlatego też w doktrynie niemieckiego prawa spółek i w niemieckiej judykaturze została rozwinięta koncepcja odpowiedzialności przebijającej wspólników spółki z o.o. za jej zobowiązania, a także zwraca się uwagę na inne podstawy prawne odpowiedzialności wspólników wobec wierzycieli spółki, właśnie z uwagi na istnienie owej luki ochronnej. Również w doktrynie polskiego prawa spółek postuluje się wzmocnienie ochrony wierzycieli spółki z o.o. poprzez osobistą odpowiedzialność jej wspólników¹²⁹². Zarówno w doktrynie i orzecznictwie niemieckim, jak i w doktrynie polskiej, wymienia się przypadki uzasadniające ochronę wierzycieli spółki z o.o. nieobjęte ochroną poprzez system kapitału zakładowego (zob. rozdz. III niniejszej rozprawy).

Wszystkie te grupy przypadków stały się przedmiotem zainteresowania doktryny prawa spółek na długo przed reformą niemieckiego prawa spółki GmbH dokonanego ustawą MoMiG i wprowadzeniem odmiany GmbH w postaci spółki przedsiębiorczej (*Unternehmergesellschaft*) z minimalnym kapitałem zakładowym wynoszącym 1 euro

¹²⁸⁹ Zob. rozdz. II niniejszej rozprawy poświęcony deficytom ochronnym systemu kapitału zakładowego.

¹²⁹⁰ Zob. wyrok BGH z dnia 16 lipca 2007 r. w sprawie *Trihotel*, II ZR 3/04, uzasadnienie, nb 28, gdzie mowa jest o „Schutzlücke für das Gesellschaftsvermögen [...] jenseits der Stammkapitalgrenze”.

¹²⁹¹ Zob. *ibidem*, uzasadnienie, nb 16, gdzie mowa jest o „einer durch das Haftungssystem der §§ 30,31 GmbHG offen gelassenen Schutzlücke”.

¹²⁹² Zob. rozdz. I pkt 1.

oraz obniżeniem do 5000 zł minimalnego kapitału zakładowego w polskiej spółce z o.o. oraz przedstawieniem propozycji reformy struktury majątkowej spółki z o.o.

Te wprowadzone i planowane reformy wywołują dodatkowo potrzebę wzmocnienia ochrony wierzycieli spółki z o.o. i nie niweluje jej nawet proponowane wprowadzenie do polskiego prawa spółki z o.o. testu wypłacalności jako instrumentu ochrony wierzycieli. Jak zostało bowiem wykazane powyżej, również test wypłacalności nie wypełnia luki ochronnej w dotychczasowym, kapitałowym, systemie ochrony wierzycieli, nawet jeżeli ochronę tę uzupełnia i poprawia¹²⁹³.

Jak zwrócono na to uwagę w niemieckiej doktrynie jeszcze przed reformą MoMiG, rezygnacja z minimalnego kapitału zakładowego oznaczać będzie konieczność zwalczania w inny sposób skłonności wspólników do ryzyka, chociażby przez rozszerzenie spółkowej odpowiedzialności przebijającej i odpowiedzialności deliktowej oraz osobistej odpowiedzialności zarządców¹²⁹⁴. Już na etapie wprowadzania reformy MoMiG w życie jeden z autorytetów niemieckiego prawa spółek T. Raiser stwierdził natomiast, że wzmacnianie ochrony wierzycieli przez przepisy nakładające dodatkowe obowiązki na zarządców GmbH i zwiększanie ich odpowiedzialności (co w istocie nastąpiło przez rozszerzenie obowiązków zarządców i ich odpowiedzialności przez nadanie § 64 GmbHG nowego brzmienia¹²⁹⁵) uczyni koniecznym dalsze stosowanie konstrukcji odpowiedzialności przebijającej wspólników GmbH. Wymaga tego, zdaniem autora, struktura niemieckiej spółki z o.o. i panujący w niej układ sił (panujące w niej stosunki). T. Raiser formułuje zatem tezę o potrzebie zachowania pewnej równowagi w systemie ochronnym wierzycieli spółki z o.o. i sprzeciwia się przerzucaniu odpowiedzialności na jedną tylko grupę podmiotów (w tym przypadku zarządców spółki). Dodatkowym argumentem za dalszym stosowaniem koncepcji odpowiedzialności przebijającej jest, zdaniem autora, dokonywane reformą MoMiG obniżenie kapitału zakładowego spółki z o.o., które – co należy przypomnieć – nastąpiło w ostateczności tylko w przypadku odmiany spółki z o.o., jaką jest *Unternehmersgesellschaft*, oraz obniżenie minimalnej

¹²⁹³ Zob. rozdz. III pkt 3. W tym miejscu można zresztą pokusić się o drobną uwagę prawnoporównawczą: koncepcja odpowiedzialności przebijającej rozwinęła się przecież bardzo silnie w amerykańskim prawie spółek, mimo że od lat funkcjonuje w nim instrument ochrony wierzycieli w postaci testu wypłacalności.

¹²⁹⁴ Zob. H. Eidenmüller, B. Grunewald, U. Noack, *op. cit.*, s. 31. Por. również G. Hönn, *Roma locuta...*, s. 771. W podobnym kierunku zmiernają wnioski U. Haasa zawarte w jego opinii dotyczącej prawnospółkowej reformy ochrony wierzycieli. Zob. U. Haas, *Reform...*, s. E 127, choć autor ten wyraża zarazem obawę, że rozbudowanie odpowiedzialności wspólników albo wzmocnienie pozycji zarządców wobec wspólników (jako alternatywnego do odpowiedzialności wspólników instrumentu ochrony wierzycieli) byłoby sprzeczne z interesami wspólników spółki z o.o. i czyniło tę formę mało atrakcyjną. A to z kolei groziłoby ucieczką od tej formy organizacyjnoprawnej do innych form spółek, w tym spółek zagranicznych.

¹²⁹⁵ W doktrynie polskiej na temat zwiększenia odpowiedzialności zarządców niemieckiej spółki z o.o. przez wprowadzenie ich odpowiedzialności za wypłaty prowadzące do upadłości GmbH zob. P.M. Wiórek, *Odpowiedzialność...*, s. 689 i n.

wartości wkładu do kwot, które nie mają praktycznego znaczenia z punktu widzenia ochrony wierzycieli¹²⁹⁶.

W doktrynie polskiej postulaty rozwinięcia koncepcji odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. są formułowane mimo funkcjonowania w polskim prawie spółek mechanizmu ochrony wierzycieli w postaci odpowiedzialności członków zarządu spółki z o.o. na podstawie art. 299 k.s.h. oraz obowiązywania przepisu art. 21 ust. 3 p.u., co wydaje się potwierdzać przywołaną powyżej tezę T. Raisera o potrzebie równomiernego obciążania odpowiedzialnością zarówno członków zarządu, jak i wspólników spółki z o.o.

A zatem rozstrzygnięcia wymaga nie kwestia, czy wzmacniać ochronę wierzycieli spółki z o.o., lecz zagadnienie, w jaki sposób to osiągnąć, a w szczególności, zgodnie z tematyką niniejszej rozprawy, czy wzmocnienie tej ochrony powinno nastąpić przez przejście na grunt polskiego prawa spółek koncepcji odpowiedzialności przebijającej, czy też wystarczające jest sięgnięcie do obowiązujących w prawie polskim rozwiązań prawnych.

Aby móc rozstrzygnąć powyższy problem, należy przedstawić w skrócie alternatywne wobec koncepcji odpowiedzialności przebijającej rozwiązania prawne i podstawy prawne odpowiedzialności.

Dopiero po ich omówieniu i odniesieniu ich do poszczególnych grup przypadków odpowiedzialności przebijającej (przypadków nadużycia formy prawnej spółki z o.o.) – z pominięciem przypadków pomieszania sfer spółki i wspólnika¹²⁹⁷ – oraz porównaniu tych rozwiązań z koncepcją odpowiedzialności przebijającej możliwa będzie odpowiedź na zasadnicze pytanie postawione w doktrynie niemieckiej przez U. Ehricke. A pytanie to dotyczy metodologicznej dopuszczalności prawotwórczego rozwijania koncepcji odpowiedzialności przebijającej przy uwzględnieniu całokształtu regulacji prawnej, która może być wykorzystana w celu ochrony wierzycieli spółki z o.o.¹²⁹⁸ Rozwój tej koncepcji jest bowiem – podążając za argumentacją U. Ehricke – dopuszczalny tylko w przypadku występowania luki regulacyjnej (ustawowej) polegającej na tym, że ustawodawca w sposób niezamierzony (i wbrew własnemu planowi ustawodawczemu) nie wprowadził do

¹²⁹⁶ Zob. T. Raiser, *Durchgriffshaftung nach der Reform des GmbH-Rechts*, [w:] P. Hommelhoff, P. Rautert, K. Schmidt, *Festschrift für Hans-Joachim Priester zum 70. Geburtstag*, Köln 2007, s. 632.

¹²⁹⁷ Jak zostało wykazane powyżej, pomieszanie sfer spółki i wspólnika nie jest uważane obecnie nawet przez zwolenników koncepcji odpowiedzialności przebijającej za uzasadniającą zastosowanie tej koncepcji grupę przypadków „przebicia”. Problemy związane z pomieszczeniem sfer spółki i wspólnika z powodzeniem można bowiem rozwiązać przy wykorzystaniu obowiązującego instrumentarium prawnego. Zob. rozdz. III pkt 2.4, rozdz. VII pkt 2.3. Dlatego też należy zgodzić się z krytyką tej grupy przypadków formułowaną w doktrynie niemieckiej (rozdz. VIII pkt 1.3.3) oraz opisem tej grupy przypadków w doktrynie polskiej, w ramach którego kwestionowana jest potrzeba uznawania jej za grupę przypadków „przebicia” (zob. rozdz. X pkt 2.2).

¹²⁹⁸ Zob. rozdz. VIII pkt 1.2.1.1.

prawa spółek określonych przepisów chroniących wierzycieli i brak jest możliwości rozwiązania związanych z tym problemów przy wykorzystaniu ogólnych podstaw odpowiedzialności lub innych obowiązujących przepisów z zakresu prawa cywilnego, prawa spółek, czy też prawa upadłościowego¹²⁹⁹. W tym miejscu należy się bowiem zastanowić, czy stwierdzone przez niemiecki Federalny Trybunał Sprawiedliwości występowanie luki ochronnej związanej z deficytami systemu kapitału zakładowego oznacza zarazem występowanie luki ustawowej albo regulacyjnej w znaczeniu metodologii prawa, skoro Trybunał wypełnił ją właśnie, jego zdaniem, przez zastosowanie – w ramach sądowego aktu prawotwórczego – deliktowego przepisu § 826 BGB jako podstawy prawnej odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki¹³⁰⁰.

W wyniku tej analizy może się jednak okazać, że instrumenty ochronne znane prawu cywilnemu, spółek i upadłościowemu (rozpatrywane z osobna lub razem wzięte) zapewniają, co prawda, ochronę wierzycielom spółki z o.o., jednakże ochrona ta nie jest tak efektywna, jak ta, którą zapewnia koncepcja odpowiedzialności przebijającej. Wówczas nadal pozostanie otwartą kwestia występowania luki regulacyjnej (ustawowej) w systemie ochrony wierzycieli. Jeżeli bowiem dostępne instrumenty ochrony wierzycieli są nieefektywne i w praktyce trudne, a wręcz niemożliwe do zastosowania, zasadne jest zastosowanie, ewentualnie wprowadzenie rozwiązania niwelującego te niedoskonałości regulacyjne. Wówczas rozstrzygnięcia będzie wymagała właśnie kwestia, czy ochrony wierzycieli należy poszukiwać *de lege lata* poprzez rozwinięcie koncepcji odpowiedzialności przebijającej, czy też należałoby postulować *de lege ferenda* wprowadzenie do ustawodawstwa polskiego stosownej regulacji.

¹²⁹⁹ Zdaniem U. Ehricke, występowanie luki jest bowiem wykluczone w sytuacji, „kiedy porządek prawny przy wykorzystaniu wszystkich metodycznych możliwości przewiduje regulację dla danego stanu faktycznego (dosłownie: ukształtowania przypadku)”. Zob. U. Ehricke, *op. cit.*, s. 273 oraz rozdz. VIII pkt 1.2.1.1 powyżej. W tym miejscu należy zauważyć, że U. Ehricke krytykuje rozwijanie w doktrynie poszczególnych grup przypadków odpowiedzialności przebijającej i dogmatyczne uzasadnianie zastosowania *Durchgriffshaftung* w tychże przypadkach bez rozważenia metodologicznej dopuszczalności takiego zabiegu, aby samemu następnie odnieść się właśnie do tych przypadków i przy zastosowaniu swego rodzaju metody indukcyjnej dowieść niedopuszczalności metodologicznej stosowania do nich koncepcji odpowiedzialności przebijającej. U. Ehricke czyni to, wskazując na możliwość zastosowania do poszczególnych przypadków przebicia innych podstaw odpowiedzialności. Zob. uwagi U. Ehricke zaprezentowane w rozdziale VIII pkt 1.3, poświęconym krytyce poszczególnych grup przypadków odpowiedzialności przebijającej.

¹³⁰⁰ Tego rodzaju rozumienie luki ochronnej zaprezentowane przez BGH kłóci się z pojmowaniem luki regulacyjnej przez U. Ehricke, chyba że uznamy, że prawotwórcze wypełnienie owej luki ochronnej przez Trybunał sprowadza się do nadania odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki – mocą prawotwórczego aktu sądowego – nowego kierunku, a więc zmiany jej charakteru z odpowiedzialności zewnętrznej (wobec wierzycieli) na wewnętrzną (wobec spółki) i to właśnie na owej podstawie deliktowej, która do tej pory uzasadniała odpowiedzialność zewnętrzną wspólników wobec wierzycieli spółki.

2. Rozwiązania prawne i podstawy prawne odpowiedzialności alternatywne w stosunku do koncepcji odpowiedzialności przebijającej

2.1. Odpowiedzialność wspólników za naruszenie obowiązków lojalności

Jak już wyżej wspomniano, część przedstawicieli doktryny niemieckiego prawa spółek zwracała uwagę, że właściwą podstawą prawną odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki jest odpowiedzialność wspólników za naruszenie obowiązków lojalności¹³⁰¹. Wynika to z ich przekonania, że odpowiedzialność wspólników powinna być zależna od winy i mieć charakter wewnętrzny, a więc wspólnicy powinni odpowiadać wobec spółki (*verschuldensabhängige Innenhaftung*). Jednym z najważniejszych orędowników tej podstawy odpowiedzialności jest K. Schmidt, który podkreślał, że treść obowiązków wspólnika względem spółki wyznaczają obowiązki lojalności (*Treuepflichten*), których naruszenie stanowi zachowanie się wspólnika prowadzące do unicestwienia egzystencji spółki, przy czym autor ten jako dogmatyczną podstawę pociągnięcia wspólnika do odpowiedzialności za naruszenie tych obowiązków podawał § 280 i 282 BGB dotyczące obowiązków ze stosunku zobowiązaniowego (*Pflicht aus dem Schuldverhältnis*)¹³⁰². Obecnie autor ten, omawiając problematykę odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji nie odnosi się do obowiązków lojalności, lecz postuluje ukształtowanie tej odpowiedzialności bezpośrednio jako odpowiedzialności w ramach szczególnego stosunku prawnego (stosunku szczególnego powiązania, *Sonder(rechts)verbindung*)¹³⁰³. Jednocześnie autor ten opowiada się za posłużeniem się tą podstawą odpowiedzialności zamiast konstrukcją odpowiedzialności przebijającej w przypadku materialnego niedokapitalizowania spółki¹³⁰⁴, a także w przypadku pomieszczenia majątków spółki i wspólnika¹³⁰⁵.

Ta rezygnacja z koncepcji odpowiedzialności za naruszenie obowiązków lojalności jako rozwiązania mającego zastąpić konstrukcję odpowiedzialności przebijającej przez dotychczasowych jej zwolenników nie powinna dziwić, jeżeli uwzględni się dominujące w doktrynie niemieckiego prawa spółek stanowisko na temat wzajemnej relacji

¹³⁰¹ Zob. rozdz. VII pkt 3.3.1.

¹³⁰² Zob. K. Schmidt, *Gesellschafterhaftung*..., s. 3579–3580.

¹³⁰³ Zob. K. Schmidt, *GmbH-Reform*..., s. 457–458 nawiązując do swojego wcześniejszego postulatu zastąpienia odpowiedzialności przebijającej odpowiedzialnością wewnętrzną wspólników wobec spółki z o.o. opartej na stosunku wewnętrznym.

¹³⁰⁴ Zob. K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht*..., s. 243–244.

¹³⁰⁵ Zob. K. Schmidt, *Zur Durchgriffsfestigkeit*..., s. 843. Szerzej na ten temat zob. rozdz. VIII pkt 1.3.2.

odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki do odpowiedzialności za naruszenie obowiązków lojalności.

Otóż potrzeba zastosowania koncepcji odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki, niezależnie od tego, na jakiej dogmatycznej i teoretycznej podstawie się tę odpowiedzialność oprze, istnieje właśnie wówczas, gdy nie jest możliwe powołanie się na obowiązki lojalności i ich naruszenie, na co zwrócono już uwagę powyżej¹³⁰⁶. Możliwość powołania się na naruszenie obowiązków lojalności istnieje mianowicie w wieloosobowych spółkach kapitałowych, a przede wszystkim w spółkach z o.o., w których stosunkowo silna jest pozycja wspólników mniejszościowych, a przynajmniej wówczas, gdy realne jest wykonywanie praw mniejszości i w których realizowana jest zasada równego traktowania wspólników. Wówczas stosowne roszczenia są dochodzone z reguły przez wspólników mniejszościowych w interesie spółki, choć nie jest wykluczone dochodzenie tych roszczeń przez samą spółkę. Przez uruchamianą dzięki realizacji tychże roszczeń odpowiedzialność wewnętrzną w sposób pośredni chronieni są również wierzyciele spółki^{1307, 1308}.

¹³⁰⁶ Zob. rozdz. VII pkt 1.

¹³⁰⁷ W szerszym kontekście regulacyjnym zwraca na to uwagę w doktrynie niemieckiego prawa spółek M. Habersack, *Trihotel...*, s. 536: „Für die mehrgliedrige GmbH, mithin für die GmbH mit zwei oder mehr Gesellschaftern, von denen einer ohne Billigung durch die anderen der GmbH Vermögen entzieht, kann nämlich nach wie vor von der Existenz weitreichender Treupflichten eines jeden Gesellschafters gegenüber der GmbH und seinen Mitgesellschaftern sowie von der Bindung der Gesellschaft an den Gleichbehandlungsgrundsatz ausgegangen werden; hinzu kommen die Stimmverbote des § 47 Abs. 4 GmbHG und das höchstrichterlich anerkannte Wettbewerbsverbot des dominierenden Gesellschafters. Dieses Korsett von Verhaltensge- und -verboten, das seine prozedurale Ergänzung in schlagkräftigen Teilhabe- und Kontrollrechten, darunter insbesondere den nahezu schrankenlosen Informationsrechten aus § 51a GmbHG, findet, sorgt ersichtlich nicht nur für einen Schutz der Mitgesellschafter im Allgemeinen und der Minderheitsgesellschafter im Besonderen; die allseitige Bindung an den Gesellschaftszweck begründet vielmehr zugleich einen reflexartigen Gläubigerschutz [podkreślenie P.M.W.], indem sie auch jenseits der Auszahlungsverbote des § 30 Abs. 1 und 2 GmbHG und der Regeln über den Kapitalersatz den nicht abgestimmten Zugriff auf das Gesellschaftsvermögen limitiert”.

¹³⁰⁸ W związku z tym, że odpowiedzialność za naruszenie obowiązków lojalności jest odpowiedzialnością wewnętrzną realizowaną w relacji spółka-wspólnicy, ewentualnie wspólnik-wspólnik, a wierzyciele spółki chronieni są przez obowiązki jedynie pośrednio, w ramach pewnego reflexu (*reflexartig*), na co zwraca m.in. uwagę M. Habersack (zob. przypis powyżej), nie sposób zgodzić się z poglądem R. Szczepaniaka, który stwierdza, że „obowiązek lojalności powinien być rozumiany szeroko, tzn. że ma on na celu również ochronę kontrahentów i wierzycieli spółki”, a kontrahenci i wierzyciele spółki są beneficjentami owego szerszego obowiązku lojalności. Autor ten podkreśla również, że „im bardziej spółka staje się formą prowadzenia działalności przez konkretnego przedsiębiorcę, a tym samym w mniejszym stopniu z punktu widzenia gospodarczego pełni funkcję podmiotu, tym bardziej powinno akcentować się obowiązek lojalności dominującego wspólnika również wobec kontrahentów spółki i jej wierzycieli” (zob. R. Szczepaniak, *op. cit.*, s. 256).

Stanowisko R. Szczepaniaka jest dogmatycznie nieprawidłowe i nieuzasadnione. Z faktu, że obowiązki lojalności chronią również – co należy podkreślić – w sposób pośredni wierzycieli spółki, nie można bowiem wywodzić szerokiego obowiązywania tych obowiązków w relacjach między wspólnikami a wierzycielami spółki. Należy bowiem podkreślić, że między wierzycielami a wspólnikami spółki z o.o. nie istnieje żaden stosunek prawny uzasadniający obowiązywanie – kwalifikowanych przecież z uwagi na ich naturę – obowiązków lojalności między wspólnikami a wierzycielami spółki. Nie sposób zatem na podstawie owych

Natomiast dopiero w sytuacjach, w których sięgnięcie do konstrukcji odpowiedzialności za naruszenie obowiązków lojalności nie jest możliwe, a więc w przypadku spółek jednoosobowych oraz spółek wieloosobowych, w których większość wspólników zgodnie współdziała, zasadne jest sięgnięcie właśnie do koncepcji odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki¹³⁰⁹. Stanowisko to znajduje swoje uzasadnienie w poglądach wielu przedstawicieli doktryny niemieckiego prawa spółek, którzy podnoszą, że w przypadku jednoosobowych spółek z o.o. oraz spółek z o.o. wieloosobowych, w których wspólnicy zgodnie współdziałają, obowiązki lojalności wspólników wobec spółki i ich egzekwowanie są fikcją¹³¹⁰ albo, po prostu, nie obowiązują¹³¹¹. Nie sprzeciwia się to jednak budowaniu koncepcji odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki bazującej na założeniu, że spółka z o.o. ma odrębny od interesów działających w porozumieniu wspólników albo interesu jedynego wspólnika interes własny w utrzymaniu jej egzystencji i zachowania przez spółkę zdolności do zaspokojenia jej zobowiązań, który to interes wyznacza nieprzekraczalne granice uprawnieniom tychże wspólników/wspólnika, co jednak nie wyklucza ich uprawnienia do podjęcia decyzji o zaprzestaniu działalności przez spółkę i jej likwidacji w przewidzianym do tego trybie¹³¹².

„szerszych obowiązków lojalności” kreować roszczeń wierzycieli wobec spółki. Jeżeli już chciałoby się dogmatycznie uzasadnić roszczenie wierzycieli spółki z o.o. wobec jej wspólników, taką podstawę mogłaby stanowić właśnie koncepcja odpowiedzialności przebijającej omawiana w niniejszej rozprawie, ewentualnie odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną czynem niedozwolonym.

¹³⁰⁹ Tak reprezentatywnie: M. Lutter, W. Bayer, *op. cit.*, § 13, nb 18. Tak również G. Bitter, [w:] *Scholz. Kommentar...*, § 13, nb 125–126; M. Habersack, *Trihotel...*, s. 535–536; Ch. Osterloh-Konrad, *op. cit.*, s. 287 i n. W odniesieniu do koncepcji odpowiedzialności przebijającej jako pierwszy zwrócił uwagę na zakres podmiotowy tej odpowiedzialności i wskazał, że dotyczy ona wspólnika większościowego oraz działającej w porozumieniu większości wspólników, V. Röhricht, którego koncepcja została szczegółowo przedstawiona w rozdz. VII pkt 3.1.

¹³¹⁰ Zob. H. Wiedemann, *Reflexionen...*, s. 291; U. Haas, *Reform...*, s. E 102 i n.; T. Jacob, *Konzeption der Existenzvernichtungshaftung vor dem Hintergrund des MoMiG-Entwurfs*, GmbHR 2007, nr 15, s. 799. Krytycznie do odpowiedzialności za naruszenie obowiązków lojalności jako podstawy odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki odniósł się również G. Wagner, *op. cit.*, s. 486.

¹³¹¹ Tak W. Zöllner, *op. cit.*, s. 1010–1011. Autor ten stwierdza, że prawnośpółkowe obowiązki lojalności przestają obowiązywać wtedy, kiedy wspólnicy są zgodni, ponieważ wówczas nie istnieje potrzeba ochrony zaufania między wspólnikami, czemu właśnie służą obowiązki lojalności. W doktrynie polskiego prawa spółek również zwraca się uwagę na to, że konflikt interesów między spółką jednoosobową i jej wspólnikiem jest wykluczony z definicji, a przynajmniej nie powinien mieć miejsca. To samo dotyczy sytuacji w tzw. atypowej spółce jednoosobowej, w której wspólnicy mniejszościowi są w istocie figurantami podstawionymi przez wspólnika większościowego. Zob. R. Szczepaniak, *op. cit.*, s. 255 i przywołana tam literatura.

¹³¹² Zob. rozważania V. Röhrichta przytoczone w rozdz. VII pkt 3.1.4. Warto przy tej okazji zauważyć, że stanowisko V. Röhrichta, które znalazło swój wyraz w orzecznictwie BGH dotyczącym odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki jest tylko pozornie sprzeczne z dominującym w niemieckiej doktrynie poglądem o niewystępowaniu obowiązków lojalności w relacji pomiędzy jedynym wspólnikiem spółki z o.o. a jego spółką, w ramach którego podkreśla się brak odrębnego od interesu wspólnika interesu spółki. Zob. na ten temat U. Haas, *Reform...*, s. E 102–103. Sprzeczność tę usuwa zgodność poglądów przeciwników występowania obowiązków lojalności w spółkach jednoosobowych oraz V. Röhrichta co do tego, że wspólnikom przysługuje niezaprzeczalnie prawo do zmiany celu i przedmiotu przedsiębiorstwa spółki,

Podsumowując, należy stwierdzić, koncepcja odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki została rozwinięta jako samodzielna i niezależna konstrukcja, która ma zastosowanie zasadniczo właśnie wówczas, gdy nie jest możliwe skorzystanie z pośredniej ochrony wierzycieli spółki z o.o. przy wykorzystaniu (instytucji) obowiązków lojalności. A zatem dodatkowe sięganie do odpowiedzialności za naruszenie obowiązków lojalności jako podstawy prawnej odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki jest sprzeczne z tym fundamentalnym założeniem tej koncepcji.

Nie jest również możliwe posłużenie się odpowiedzialnością za nadużycie obowiązków lojalności jako podstawą prawną odpowiedzialności za materialne niedokapitalizowanie spółki. W obowiązującym prawie spółek, zarówno niemieckim, jak i polskim, nie można bowiem wywieść z obowiązków lojalności wspólników wobec spółki ogólnego obowiązku wspólników zaopatrzenia spółki w odpowiedni majątek albo obowiązku finansowania spółki¹³¹³.

Obowiązki lojalności nie mogą stanowić również w żaden sposób podstawy odpowiedzialności za pomieszczenie majątków spółki i wspólnika, a to z uwagi na wewnętrzny charakter odpowiedzialności za naruszenie obowiązków lojalności, podczas gdy odpowiedzialność za pomieszczenie majątków jest relewantna i znajduje swoje uzasadnienie zasadniczo jedynie w relacjach zewnętrznych między spółką i wspólnikami po jednej stronie a wierzycielami (jako podmiotami znajdującymi się poza stosunkiem spółki) po drugiej stronie¹³¹⁴.

a także do jej rozwiązania i likwidacji. Interes spółki, o którym wspomina V. Röhricht, stanowi zatem element koncepcji prawnej bazującej na konieczności przestrzegania przez wspólników całokształtu obowiązujących przepisów prawa spółek i wynikającego z nich, a w szczególności z przepisów o postępowaniu likwidacyjnym, zakazu „zimnej likwidacji” spółki.

W sposób przekonujący w doktrynie niemieckiej godzi obydwie przeciwstawne poglądy na temat występowania bądź nie samodzielnego interesu spółki wobec interesów jej wierzycieli W. Zöllner. Autor ten podkreśla, co istotne, że podobnie jak interes wspólnika nie sięga dalej od konkretnej woli ogółu wspólników, a obowiązek lojalności (*Treuepflicht*) wspólnika wobec spółki stanowi również pewne pojęcie zbiorcze oznaczające konieczność respektowania powiązanych w celu spółki i uosobionych jako interes spółki wspólnych interesów wspólników. Takie pojmowanie interesu spółki nie sprzeciwia się jednak, zdaniem autora, w konstruowaniu obowiązku dbałości wspólników o spółkę (a dokładnie obowiązku honorowania, uwzględniania [interesu] spółki, *Rücksichtspflicht*), również w interesie wierzycieli, który nie może być ograniczony poprzez *consensus* wspólników albo wolę jednego wspólnika spółki z o.o. Obowiązek taki nie wynika bowiem z umowy spółki, ani z zaufania, jakim darzą się między sobą wspólnicy, dlatego nie należy nazywać go obowiązkiem lojalności. Zdaniem autora, można by mówić w pewnym sensie o zaufaniu ogółu co do tego, że wspólnicy nie będą szkodzić majątkowi spółki na niekorzyść jej wierzycieli. Tego rodzaju zaufanie nie jest jednak ukształtowanym prywatnoautonomicznie zaufaniem, lecz zaufaniem wymuszonym przez ustawodawcę poprzez umożliwienie wspólnikom ograniczenia ich odpowiedzialności. Zob. W. Zöllner, *op. cit.*, s. 1011.

¹³¹³ Tak słusznie w doktrynie niemieckiej L. Fastrich, *op. cit.*, § 13, nb 55 i 21.

¹³¹⁴ Dlatego nie sposób zgodzić się z krytyką koncepcji odpowiedzialności przebijającej za pomieszczenie majątków spółki i wspólnika autorstwa K. Schmidta, który poszukuje rozwiązania tych problemów „przebić” przy wykorzystaniu konstrukcji odpowiedzialności wewnętrznej w ramach szczególnego stosunku

Niezależnie od powyższych uwag należy stwierdzić, że słabością odpowiedzialności za naruszenie obowiązków lojalności w porównaniu z koncepcją odpowiedzialności przebijającej jest wewnętrzny charakter tej odpowiedzialności¹³¹⁵.

2.2. Odpowiedzialność wspólników za naruszenie obowiązków ze stosunku szczególnego powiązania

Jak już wyżej wspomniano¹³¹⁶, część przedstawicieli doktryny niemieckiego prawa spółek proponuje, aby przypadki „przebicia” i związane z nimi problemy rozwiązywać przy wykorzystaniu koncepcji odpowiedzialności wspólnika wobec spółki, a więc odpowiedzialności wewnętrznej, za naruszenie obowiązków ze stosunku zobowiązaniowego (*Pflicht aus dem Schuldverhältnis*)¹³¹⁷, zwanego również szczególnym stosunkiem prawnym (*Sonderrechtsverhältnis*)¹³¹⁸, szczególnym powiązaniem prawnym (*Sonderrechtsverbindung*)¹³¹⁹ albo po prostu szczególnym powiązaniem (*Sonderverbindung*)¹³²⁰, a określanego w niniejszej rozprawie jednolicie – stosunkiem szczególnego powiązania¹³²¹.

Koncepcja ta stanowi swego rodzaju surogat wobec koncepcji odpowiedzialności za naruszenie obowiązków lojalności i służy, zdaniem jej zwolenników, przede wszystkim jako dogmatyczna podstawa odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki. Wydaje się bowiem, że autorzy będący zwolennikami obowiązywania stosunku szczególnego powiązania między spółką a wspólnikiem chcą przez tę konstrukcję uniknąć problemów wynikających z przedstawionej powyżej niemożliwości powoływania się na naruszenie obowiązków lojalności w spółkach jednoosobowych i wieloosobowych spółkach z o.o., w których wspólnicy zgodnie działają na szkodę spółki i jej wierzycieli, doprowadzając do unicestwienia egzystencji spółki. Zresztą czołowa zwolenniczka tej koncepcji, Ch. Osterloh-Konrad, wskazuje pośrednio na tę funkcję stosunku

prawnego wspólnika do spółki z o.o. (*Sonderrechtsverhältnis zur GmbH*). Zob. na ten temat K. Schmidt, *Zur Durchgriffsfestigkeit...*, s. 843 oraz rozdz. VIII pkt 1.3.2.

¹³¹⁵ Krytykując próbę rozwiązania problemów unicestwienia egzystencji spółki przy pomocy obowiązków lojalności U. Haas zwraca uwagę właśnie na to, że odpowiedzialność za naruszenie obowiązków lojalności ma charakter wewnętrzny i służy naprawieniu szkody wyrządzonej spółce, podczas gdy w przypadku odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki chroniony jest jedynie interes wierzycieli w uzyskaniu zaspokojenia ich roszczeń. Zob. U. Haas, *Die Gesellschafterhaftung...*, s. 1939.

¹³¹⁶ Zob. rozdz. VII pkt 3.3.1 oraz pkt 2.1 powyżej.

¹³¹⁷ Zob. K. Schmidt, *Gesellschafterhaftung...*, s. 3580.

¹³¹⁸ Zob. K. Schmidt, *Zur Durchgriffsfestigkeit...*, s. 840; K. Schmidt, *Gesellschafterhaftung...*, s. 3580.

¹³¹⁹ Zob. *ibidem*.

¹³²⁰ Zob. B. Dauner-Lieb, *Die Existenzvernichtungshaftung als deliktische...*, s. 40.

¹³²¹ Zwolennikiem tej koncepcji odpowiedzialności poza Ch. Osterloh-Konrad oraz K. Schmidtem, których poglądy zostaną przedstawione poniżej, jest m.in. J. Vetter, który postuluje stosowanie jej jako dogmatycznej postawy odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki. Zob. J. Vetter, *Die neue dogmatische Grundlage des BGH zur Existenzvernichtungshaftung*, BB 2007, nr 37, s. 1970.

szczególnego powiązania, doprecyzowując, że tym stosunkiem jest stosunek członkostwa w spółce i określa go jako prawno-członkowskie szczególne powiązanie (*mitglied-schaftliche Sonderverbindung*)¹³²². Autorka podkreśla, że zaletą odpowiedzialności na podstawie § 280 ust. 1 BGB w porównaniu z odpowiedzialnością deliktową na podstawie § 826 BGB są mniejsze wymagania stawiane stronie podmiotowej i ułatwienia dowodowe [w postaci przerzucenia ciężaru dowodu na współników w zakresie braku winy, co wynika z treści § 280 ust. 1 BGB, przypomnienie P.M.W.]¹³²³. Odpowiedzialność na podstawie § 826 BGB wymaga bowiem wykazania winy umyślnej współnika, podczas gdy w przypadku odpowiedzialności na podstawie § 280 ust. 1 w zw. z § 276 BGB wystarczy wykazanie lekkomyślności współnika, choć autorka uważa, że w przypadku „zimnej” likwidacji pociągnięcie współników spółki z o.o. do odpowiedzialności będzie wymagało wykazania ich winy umyślnej¹³²⁴.

Zdaniem tej autorki, wierzyciele spółki z o.o. nie mogą oczekiwać, że jej wspólnicy będą szanować sferę majątkową spółki, tak jakby był to majątek obcej względem nich osoby trzeciej, a przepisy o stosunkowo niskim minimalnym kapitale zakładowym nie pozwalają im również oczekiwać, że wspólnicy wyposażą spółkę w kapitał odpowiedni do rozmiaru działalności spółki. Natomiast wierzyciele spółki mogą słusznie wychodzić z założenia, że wspólnicy spółki z o.o. posłużą się przewidzianym ustawowo postępowaniem, jeżeli zechcą oni spółkę rozwiązać. Dlatego, zdaniem Ch. Osterloh-Konrad, w rachubę wchodzi roszczenie na podstawie § 280 ust. 1 BGB z powodu naruszenia specyficznych obowiązków współników (a nie członków zarządu). Mianowicie, jeżeli przyjmiemy, że zakaz ingerencji unicestwiającej ingerencją spółki, rozumiany jako zakaz „zimnej” likwidacji, chroni pierwotnie spółkę jako samodzielny podmiot prawa, tak że ewentualne roszczenie odszkodowawcze powinno przysługiwać jej, a nie wierzycielom spółki, nic nie stoi na przeszkodzie do zastosowania § 280 ust. 1 BGB jako podstawy prawnej odpowiedzialności współników wobec spółki. Dlatego też niezadowolający jest wybór przez BGH w wyroku w sprawie *Trihotel* § 826 BGB jako podstawy odpowiedzialności wewnętrznej współników wobec spółki¹³²⁵.

Jak już wyżej wspomniano, w doktrynie niemieckiego prawa spółek za wyparciem koncepcji odpowiedzialności przebijającej przez koncepcję odpowiedzialności ze

¹³²² Zob. Ch. Osterloh-Konrad, *op. cit.*, s. 290 i n.

¹³²³ *Ibidem*, s. 293.

¹³²⁴ *Ibidem*, s. 295. Autorka argumentuje bowiem, że tylko celowa ingerencja współników w majątek spółki, przy której wspólnicy godzą się na wystąpienie w spółce stanu niewypłacalności, a więc działanie współników w zamiarze ewentualnym unicestwienia egzystencji spółki, uzasadnia zrównanie takiego zachowania współników z wymaganą – w normalnym trybie – do likwidacji spółki uchwałą (zgromadzenia) współników o rozwiązaniu spółki. W związku z powyższym różnica w stosunku do § 826 BGB w praktyce prowadzi się odmiennego rozłożenia ciężaru dowodu.

¹³²⁵ Zob. *ibidem*, s. 291.

stosunku szczególnego powiązania zarówno w przypadku odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki¹³²⁶, jak i w przypadku odpowiedzialności za materialne niedokapitalizowanie¹³²⁷ oraz odpowiedzialności za pomieszanie majątków spółki i wspólników¹³²⁸, opowiada się konsekwentnie jeden z autorytetów niemieckiego prawa spółek – K. Schmidt. Autor ten podkreśla mianowicie, że wystąpienie stanu „przebicia” (*Durchgriffstatbestand*) nie uzasadnia jeszcze samo w sobie odpowiedzialności przebijającej. Przeciwnie, wymagane dla niej jest przypisanie stanu „przebicia” konkretnemu wspólnikowi, co najlepiej osiągnąć w ramach opartej na zasadzie winy wewnątrzspółkowej odpowiedzialności (*Verschuldens-Innenhaftung*) za zachowanie (*Verhaltenshaftung*) poprzez powołanie jako podstawy prawnej odpowiedzialności stosunku szczególnego powiązania wspólnika ze spółką¹³²⁹. Pogląd tego autora jest zbieżny w ugruntowanym w doktrynie niemieckiej przekonaniem, że w prawie spółki z o.o. dominuje zasada zależnej od winy odpowiedzialności wewnętrznej i mediatyzacji oraz „kanalizowania” ochrony wierzycieli poprzez spółkę¹³³⁰.

O ile w przypadku odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki dogmatycznie dopuszczalne jest rozważanie odpowiedzialności wewnętrznej wspólników wobec spółki z o.o. przy założeniu, że zakaz „zimnej” likwidacji chroni spółkę z o.o. jako podmiot prawa¹³³¹ (choć należy podkreślić, że równie przekonujące jest przyjęcie, że przepisy o postępowaniu likwidacyjnym służą w istocie zabezpieczeniu interesów wierzycieli spółki i w związku z tym możliwe jest konstruowanie odpowiedzialności za

¹³²⁶ Zob. pkt 2.1 powyżej oraz rozdz. VII pkt 3.3.1.

¹³²⁷ Zob. K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht...*, s. 243–244.

¹³²⁸ Zob. K. Schmidt, *Zur Durchgriffsfestigkeit...*, s. 843. Szerzej na ten temat zob. rozdz. VIII pkt 1.3.2.

¹³²⁹ Zob. *ibidem*, s. 840; *idem*, *Gesellschafterhaftung...*, s. 3580.

¹³³⁰ Zob. krytykę odpowiedzialności przebijającej autorstwa H.Ch. Grigoleita opisaną rozdz. VIII pkt 1.2.2.2. W ramach tej krytyki autor ten wskazuje – rozwijając w istocie stanowisko K. Schmidta – na rządzące prawem spółki z o.o. zasady kształtowania odpowiedzialności jej wspólników, do których należą: 1) pierwszeństwo materialnoprawnego uzasadnienia odpowiedzialności wspólników w stosunku wewnętrznym zgodnie z zasadą „skanalizowania” odpowiedzialności, 2) pierwszeństwo odpowiedzialności za zachowanie, względnie odpowiedzialności na zasadzie winy, 3) zakaz tworzenia w ramach sądowego rozwijania prawa stanów odpowiedzialności niezależnych od zamiaru poza stosunkami szczególnego powiązania oraz 4) pierwszeństwo odpowiedzialności zgodnie z zasadą kauzalności, względnie odpowiedzialności odszkodowawczej. Na temat (zasady) wewnętrznej odpowiedzialności jako konsekwencji skoncentrowania w osobie prawnej z ograniczoną odpowiedzialnością praw i obowiązków oraz funkcjonowania osoby prawnej jako instytucji służącej zrównoważeniu interesów różnych grup osobowych – wspólników i wierzycieli zob. również. K. Osterloh-Konrad, *op. cit.*, s. 289–290.

Cytowane w tekście głównym stanowisko na temat mediatyzacji i „kanalizowania” ochrony wierzyciela przez spółkę wyraził BGH w orzeczeniu w sprawie *Trihotel*. Zob. wyrok BGH z dnia 16 lipca 2007 r. w sprawie *Trihotel*, II ZR 3/04, uzasadnienie, nb 33. Zob. również omówienie tego orzeczenia w rozdz. VIII pkt 2.1.1.

¹³³¹ Por. K. Osterloh-Konrad, *op. cit.*, s. 290, której pogląd został przedstawiony powyżej.

unicestwienie egzystencji spółki jako odpowiedzialności wewnętrznej)¹³³², o tyle nie wydaje się zasadne uznawanie stosunku szczególnego powiązania jako podstawy prawnej odpowiedzialności za pomieszczenie majątków spółki i wspólnika oraz za materialne niedokapitalizowanie.

Jak już wyżej wspomniano, odpowiedzialność za pomieszczenie majątków spółki i wspólnika jest relewantna i znajduje swoje uzasadnienie w relacjach zewnętrznych między spółką i wspólnikami po jednej stronie a wierzycielami (jako podmiotami znajdującymi się poza stosunkiem spółki) po drugiej stronie¹³³³. Należy przy tym uznać, że problemy wynikające z pomieszczenia majątków spółki i wspólnika powinny być rozwiązywane tam, gdzie się one głównie przejawiają, a więc w tym przypadku „przebicia” – w relacjach zewnętrznych wspólnik/wspólnicy–wierzyciele spółki. Ponadto trudno sobie wyobrazić w praktyce dochodzenie przez spółkę odszkodowania wobec wspólnika za szkodę wyrządzoną pomieszczeniem majątków, zwłaszcza w spółce jednoosobowej. Nawet przy założeniu, że roszczenia takiego dochodziłby za spółkę syndyk w postępowaniu upadłościowym, trudno sobie wyobrazić, w jaki sposób miałby on tę szkodę obliczyć, jeżeli z powodu nieprowadzenia księgowości spółki nie byłby możliwe w praktyce wykazanie wysokości doznanej przez spółkę szkody.

Wydaje się również, że stosunek szczególnego powiązania nie nadaje się jako podstawa odpowiedzialności za materialne niedokapitalizowanie. K. Schmidt uzasadnia tego rodzaju odpowiedzialność podnosząc, że jej podstawą w ramach stosunku szczególnego jest odpowiedzialność za finansowanie spółki. Jak stwierdza autor: „Kto jako wspólnik zakłada spółkę, albo kontynuuje jej działalność, zamiast ją zlikwidować, bez wyposażenia spółki w wystarczające kapitały własne albo w inny sposób wyrządza jej szkodę zagrażającą jej egzystencji, ten podlega obowiązującej w interesie wszystkich wierzycieli odpowiedzialności za zawinienie”¹³³⁴. Wbrew stanowisku autora nie można jednak wywieść z obowiązujących przepisów prawa spółek obowiązku finansowania spółki¹³³⁵, zwłaszcza jeżeli miałby on uzasadniać odpowiedzialność wspólnika wobec spółki. W szczególności sama spółka nie ma w stosunku wewnętrznym wobec wspólnika roszczenia o wyposażenie jej we właściwy kapitał, a przecież coś takiego zakłada

¹³³² Konsekwencją takiego pojmowania celu ochronnego § 73 ust. 1 GmbHG są zaprezentowane powyżej poglądy D. Kleindieka, U. Haasa oraz M. Schwaba, którzy opowiadają się za ukształtowaniem odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki jako odpowiedzialności zewnętrznej na podstawie deliktowej § 823 ust. 2 BGB. Zob. rozdz. XII pkt 4.3.2.

¹³³³ Zob. pkt 2.1 powyżej.

¹³³⁴ Zob. K. Schmidt, *Gesellschaftsrecht...*, s. 243–244: „Grundlage ist die [...] Finanzierungsverantwortung. Wer als Gesellschafter die Gesellschaft ohne hinreichendes Eigenkapital gründet oder sie, statt sie zu liquidieren, fortführt oder ihr sonst existenzgefährdende Schäden zufügt, unterliegt dieser im Interesse aller Gläubiger begründeten Verschuldenshaftung”.

¹³³⁵ Tak słusznie w doktrynie niemieckiej L. Fastrich, *op. cit.*, § 13, nb 55 i 21.

koncepcja odpowiedzialności w ramach szczególnego powiązania, jako rodzaj odpowiedzialności kontraktowej.

Przywoływany jako podstawa odpowiedzialności § 280 ust. 1 BGB stanowi mianowicie, co następuje: „Jeżeli dłużnik narusza obowiązek ze stosunku zobowiązaniowego, wierzyciel może żądać naprawienia powstającej z tego szkody, chyba że dłużnik nie odpowiada za naruszenie obowiązku”¹³³⁶.

W związku z rozwijaną w doktrynie polskiego prawa spółek instytucją obowiązków lojalności wspólników spółek kapitałowych nie wydaje się zasadne i konieczne przejmowanie koncepcji odpowiedzialności za naruszenie obowiązków ze stosunku szczególnego powiązania, która z uwagi na treść powoływanego jako podstawa dogmatyczna tej konstrukcji przepisu § 280 ust. 1 BGB ma bardzo ogólny charakter, ponieważ przepis ten zawarty jest w części BGB, stanowiącej odpowiednik części ogólnej zobowiązań k.c. A więc przepis ten dotyczy zarówno umownych, jak i ustawowych stosunków zobowiązaniowych (w tym m.in. wynikających z czynów niedozwolonych¹³³⁷), chociaż w swoim brzmieniu zbliżony jest do treści art. 471 k.c. regulującego odpowiedzialność kontraktową. Jednakże należy podkreślić, że w ramach koncepcji odpowiedzialności za naruszenie szczególnego stosunku powiązania nie budzi wątpliwości, że między wierzycielem-spółką a dłużnikiem-wspólnikiem istnieje już stosunek zobowiązaniowy o szczególnym charakterze, z którego wynikają określone obowiązki wspólników względem spółki. Jak jednak podkreślają sami zwolennicy tej prawnośpółkowej koncepcji odpowiedzialności, co należy w istocie uznać za jej słabość, warunkiem pociągnięcia dłużnika do odpowiedzialności za naruszenie stosunku szczególnego powiązania jest konieczność uprzedniego ustalenia wynikających z danego powiązania szczególnego obowiązków¹³³⁸. To z kolei ma zapobiegać, w przypadku prawnośpółkowej odpowiedzialności w ramach stosunku szczególnego, nadmiernemu rozrostowi odpowiedzialności za szkody wyrządzone majątkowi spółki przez powoływanie się na lekkomyślność wspólników, co w doktrynie niemieckiej podkreśla

¹³³⁶ § 280 ust. 1 BGB brzmi dosłownie następująco: „Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen. Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat”.

¹³³⁷ Zob. reprezentatywnie Ch. Grüneberg, *op. cit.*, § 280, nb 5–11. W przypadku popełnienia czynu niedozwolonego zastosowanie § 280 ust. 1 BGB będzie miało miejsce np. wówczas, gdy podczas naprawiania szkody wyrządzonej czynem niedozwolonym nastąpi wyrządzenie dodatkowej szkody (np. sprawca szkody naprawiając wyrwaną przez niego wycieraczkę w samochodzie poszkodowanego porysuje lakier na masce naprawianego samochodu).

¹³³⁸ W tym miejscu należy spostrzec, że aby sięgnąć na gruncie prawa polskiego do ogólnej kontraktowej podstawy odpowiedzialności, a także ogólnej deliktowej podstawy odpowiedzialności, nie jest wymagane konstruowanie poszczególnych grup przypadków tej odpowiedzialności, a zwłaszcza z powołaniem się na szczególny charakter danego stosunku zobowiązaniowego i specyficzne obowiązki jego stron, jak ma to w istocie miejsce w doktrynie niemieckiej w przypadku odpowiedzialności w ramach szczególnego powiązania.

K. Schmidt¹³³⁹. Konkretyzacja i dokładne opisanie obowiązków współników wobec spółki, a nawet, jak podnosi się w niemieckiej doktrynie, ich wąskie zakreślenie oznacza bowiem w istocie, że aby naruszyć te obowiązki, współnicy muszą działać w porozumieniu, co zakłada zasadniczo działanie współników w porozumieniu w zamiarze wywołania określonego skutku, a więc zachowanie umyślne, na co w przypadku odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki zwraca uwagę K. Osterloh-Konrad¹³⁴⁰. Tym samym proponowana w doktrynie niemieckiej koncepcja odpowiedzialności w ramach stosunku szczególnego powiązania, mimo że zawarta w § 280 ust. 1 BGB podstawa prawna tej odpowiedzialności obejmuje wszystkie stopnie winy, zawiera swego rodzaju samoograniczenie w zakresie możliwości powoływania się na winę nieumyślną¹³⁴¹. Pozwala to na sformułowanie wniosku, że jedyną zaletą tej podstawy prawnej odpowiedzialności w porównaniu z wewnętrzną odpowiedzialnością współników wobec spółki na deliktowej podstawie § 826 BGB, który to przepis wymaga występowania po stronie współnika winy umyślnej, jest to, że jako odpowiedzialność o szczególnym charakterze nawiązującym do stosunku członkostwa bardziej pasuje ona do rozwiązywania problemów prawnospółkowych niż odpowiedzialność deliktowa. Również to samoograniczanie się koncepcji odpowiedzialności w ramach szczególnego powiązania współnika ze spółką przemawia przeciwko przejmowaniu tej koncepcji – z jej samoograniczającym charakterem – na grunt polskiego prawa spółek.

Niezależnie od krytyki możliwości zastosowania koncepcji stosunku szczególnego powiązania w przypadkach niedokapitalizowania spółki oraz pomieszczenia majątków spółki i współników oraz słabych stron tej koncepcji wynikających z jej samoograniczającego się charakteru, nie jest wykluczone rozwinięcie w doktrynie polskiego prawa spółek porównywalnej do niej koncepcji odpowiedzialności współników za unicestwienie egzystencji spółki na podstawie art. 471 k.c. Jak słusznie zauważa bowiem A. Opalski, „stosunek korporacyjny łączący spółkę ze współnikiem jest stosunkiem zobowiązaniowym”¹³⁴², a zatem zastosowanie art. 471 k.c. jako dogmatycznej podstawy odpowiedzialności wchodzi jak najbardziej w rachubę. Jednakże w przypadku odpowiedzialności za

¹³³⁹ Zob. K. Schmidt, *Gesellschafterhaftung...*, s. 3580.

¹³⁴⁰ Zob. Ch. Osterloh-Konrad, *op. cit.*, s. 295, której pogląd został przedstawiony powyżej.

¹³⁴¹ W doktrynie niemieckiej takiemu samoograniczaniu się koncepcji odpowiedzialności ze stosunku szczególnego sprzeciwia się W. Zöllner, który powołując się na § 276 BGB, opowiada się za odpowiedzialnością współników za unicestwienie egzystencji spółki wówczas, gdy można im zarzucić – przy działaniu wyrządzającym szkodę majątkowi spółki – naruszenie nakazanych obowiązków staranności, a więc w przypadku ich lekkomyślności. Zob. W. Zöllner, *op. cit.*, s. 1018. Również B. Dauner-Lieb jest zdania, że w ramach prywatnoautonomicznego powiązania szczególnego odpowiedzialność za wyrządzenie szkody majątkowej uzasadnia nawet lekkomyślne naruszenie obowiązku. Zob. B. Dauner-Lieb, *Die Existenzvernichtungshaftung als deliktische...*, s. 40: „Im Rahmen einer solchen privatautonomen Sonderverbindung soll bereits eine fahrlässige Pflichtverletzung eine Haftung für Vermögensschäden begründen (§§ 280 Abs. 1, 276 BGB)”.

¹³⁴² A. Opalski, *Prawo...*, s. 511.

unicestwienie egzystencji spółki nie należy jej wiązać – ze względów wskazanych powyżej przy okazji krytyki koncepcji odpowiedzialności za naruszenie obowiązków lojalności – z problematyką naruszenia tychże obowiązków, jak sugeruje to A. Opalski odnosząc się w sposób ogólny do art. 471 k.c. jako podstawy dochodzenia roszczeń odszkodowawczych za naruszenie obowiązków lojalności¹³⁴³. W tym kontekście szukanie innego – niż naruszenie obowiązków lojalności – uzasadnienia dla stosowania art. 471 k.c. do odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji wymagałoby właśnie stworzenia koncepcji analogicznej do stosunku szczególnego powiązania. Jedynym jednakże celem takowej koncepcji byłoby, co należy podkreślić, rozwiązanie teoretycznoprawnego i dogmatycznego problemu związanego z tym, że w spółkach jednoosobowych i wieloosobowych spółkach z o.o., w których większość wspólników działa zgodnie i niemożliwe jest wykonywanie praw mniejszości, brak jest możliwości powoływania się na naruszenie obowiązków lojalności¹³⁴⁴.

2.3. Inne (prawotwórcze) koncepcje wewnętrznej odpowiedzialności wspólników wobec spółki

Rozwijane w doktrynie niemieckiej koncepcje odpowiedzialności wewnętrznej alternatywne zarówno do koncepcji odpowiedzialności przebijającej, jak i do koncepcji odpowiedzialności wewnętrznej za naruszenie obowiązków lojalności albo obowiązków ze stosunku szczególnego powiązania, cechuje w większości przypadków ich prawotwórczy charakter¹³⁴⁵. W ramach tych koncepcji poszukiwana jest podstawa prawna dla odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki.

Należą do nich wspomniane już w niniejszej rozprawie koncepcje J. Wilhelma, H. Altmepena, W. Zöllnera, H.Ch. Grigoleita oraz G. Hönna.

J. Wilhelm¹³⁴⁶ oraz H. Altmeppen¹³⁴⁷ uznają, że dogmatyczną podstawą prawną odpowiedzialności za ingerencję unicestwiającą egzystencję spółki powinna być odpowiedzialność dominującego wspólnika jako tzw. quasi-zarządcy za naruszenie przez niego obowiązków staranności (odpowiedzialność wspólnika na podstawie analogicznie stosowanego § 43 GmbHG dotyczącego odpowiedzialności zarządcy), którą H. Altmeppen uzupełnia dodatkowo o możliwość dochodzenia roszczeń spółki przez jej wierzycieli na podstawie stosowanego analogicznie § 93 ust. 5 AktG¹³⁴⁸ w ramach tzw.

¹³⁴³ *Ibidem*, s. 511.

¹³⁴⁴ Zob. uwagi w punkcie powyżej.

¹³⁴⁵ Jedynie przedstawioną poniżej koncepcję W. Zöllnera można uznać za odmianę koncepcji odpowiedzialności za naruszenie obowiązku ze stosunku szczególnego powiązania.

¹³⁴⁶ Zob. J. Wilhelm, *Rechtsform...*, s. 330 i n.

¹³⁴⁷ H. Altmeppen, *Grundlegend...*, s. 1843 i n.

¹³⁴⁸ *Ibidem*, s. 1845 i n.

Gläubigerverfolgungsrecht (prawa dochodzenia roszczeń przez wierzycieli)¹³⁴⁹. Koncepcja tych autorów nie jest jednoznaczna z koncepcją odpowiedzialności współnika jako zarządcy faktycznego, ponieważ nie odwołuje się do stypizowanych w doktrynie cech tej odpowiedzialności, lecz po prostu uznaje, że współnik ingerujący w spółkę powinien być traktowany jak quasi-zarządca.

Według W. Zöllnera podstawą odpowiedzialności wewnętrznej współników spółki z o.o. za unicestwienie jej egzystencji jest natomiast obowiązek uwzględniania (*Rücksichtspflicht*) przez współników spółki z o.o. przy podejmowaniu przez nich decyzji i podejmowaniu działań w spółce zakazu zagrażania zdolności spółki do wykonywania zobowiązań wobec jej wierzycieli. Obowiązek ten, zdaniem autora, nie ma swojego źródła w obowiązkach lojalności współników ani nie bazuje na istnieniu jakiegoś przednormatywnego interesu własnego spółki jako osoby prawnej (*vornormatives Eigeninteresse der juristischen Person*). Jest on natomiast korelatem zinstrumentalizowania spółki z o.o. jako instytucji ograniczającej/wyłączającej odpowiedzialność (*Korrelat der Instrumentalisierung der GmbH als haftungsbegrenzende Institution*)¹³⁵⁰. Należy uznać, że koncepcja tego autora jest obrazowym opisem celu zastosowania koncepcji odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki, jakim jest ochrona wierzycieli spółki (bezpośrednia albo pośrednia, w zależności od przyjętej koncepcji), choć autor opowiada się za odpowiedzialnością wewnętrzną wobec spółki, a więc ochroną pośrednią wierzycieli. Mimo że autor nie odnosi się do koncepcji odpowiedzialności w ramach stosunku szczególnego powiązania, należy uznać, że jego pogląd stanowi swoiste rozwinięcie tej koncepcji poprzez konkretyzację i opisanie obowiązku ciążącego na współnikach wobec spółki w ramach ich wewnętrznych relacji. Za takim umiejscowieniem poglądów autora przemawia to, że przy określaniu subiektywnych przesłanek tej odpowiedzialności wskazuje on na § 276 BGB przewidujący odpowiedzialność zarówno za winę umyślną, jak i nieumyślną, który to przepis jest powoływany, obok § 280 ust. 1 BGB jako podstawa odpowiedzialności przez zwolenników odpowiedzialności za naruszenie obowiązków ze szczególnego powiązania¹³⁵¹.

Nawiązując do W. Zöllnera, G. Hönn rozwija własną koncepcję odpowiedzialności wewnętrznej współników wobec spółki, dopatrując się podstaw odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki w wywiedzionym z systematyki i całokształtu wartości

¹³⁴⁹ Uprawnienie do dochodzenia roszczeń spółki akcyjnej wobec jej akcjonariuszy przez wierzycieli (*Gläubigerverfolgungsrecht*) nie będzie omawiane szerzej w niniejszej rozprawie jako ewentualny i możliwy do przejścia instrument ochrony wierzycieli spółki z o.o. Zob. na ten temat rozdz. XIV pkt 3, przyp. 1658.

¹³⁵⁰ Tak W. Zöllner, *op. cit.*, s. 1021.

¹³⁵¹ *Ibidem*, s. 1021. Zob. również przypis 1312 powyżej, gdzie przedstawiono poglądy tego autora na temat relacji obowiązku uwzględniania interesu spółki (*Rücksichtspflicht*) do obowiązku lojalności (*Treuepflicht*).

wyrażonych w ustawie o spółkach z o.o., a w szczególności z przepisów o utrzymaniu/zachowaniu kapitału zakładowego, obowiązku dodatkowego wspólników, który to obowiązek odnosi się do osób trzecich i jest skierowany na osoby trzecie (*drittbezogene Nebenpflicht*), a ściśle na wierzycieli (*gläubigerbezogene Nebenpflicht*). Obowiązek ten stanowi niejako dopełnienie i uzupełnienie reguł ochrony kapitału zakładowego spółki wyrażonych w § 30 i 31 GmbHG, a jego treścią jest respektowanie celowego związania majątku spółki w interesie wierzycieli spółki i zaniechania działań dokonywanych w interesie własnym wspólnika na szkodę majątku spółki, a prowadzących do niewypłacalności lub pogłębienia niewypłacalności spółki, co w ostateczności prowadzi do szkody po stronie wierzycieli spółki¹³⁵². Autor rozwija swoją koncepcję obowiązku dodatkowego w celu wypełnienia, jego zdaniem, oczywistej luki ustawowej polegającej na niezamierzonym nieuwzględnieniu przez ustawodawcę możliwości wyrządzenia przez wspólników szkód kolateralnych (następczych) będących następstwem wypłat z majątku spółki, co stanowi funkcjonalny deficyt § 30 i 21 GmbHG¹³⁵³. Zdaniem G. Hönn, odpowiedzialność za naruszenie obowiązku dodatkowego stanowi wewnętrzną odpowiedzialność wobec spółki opartą na zasadzie winy, przy czym dogmatyczną podstawę tej odpowiedzialności stanowi § 280 ust. 1 BGB, a odpowiedzialność ta powinna mieć miejsce również w przypadku winy nieumyślnej, w tym w postaci niedbalstwa¹³⁵⁴. A zatem koncepcja G. Hönn, podobnie jak koncepcja W. Zöllnera, również stanowi rozwinięcie koncepcji odpowiedzialności za naruszenie obowiązku ze stosunku szczególnego powiązania poprzez określenie obowiązku ciężącego na wspólnikach wobec spółki w ramach ich wewnętrznych relacji jako uzupełniającego reguły ochrony kapitału zakładowego obowiązku dodatkowego wywodzonego z systematyki GmbHG i wartości, na których ta ustawa się opiera.

Wreszcie, najbardziej skomplikowaną koncepcję wewnętrznej odpowiedzialności wspólników wobec spółki stanowiącą również rozwinięcie koncepcji odpowiedzialności w ramach stosunku szczególnego powiązania stworzył w ramach (i na potrzeby) swej rozprawy habilitacyjnej H.Ch. Grigoleit. Autor ten wywodzi odpowiedzialność wewnętrzną wspólników za unicestwienie egzystencji spółki z obowiązku wspólników do „decentralnego dążenia do osiągnięcia zysku” („*Pflicht der Gesellschafter zur dezentrale Gewinnverfolgung*”)¹³⁵⁵. Przy czym, o ile pojęcie dążenia do osiągnięcia zysku jako swoista konkretyzacja obowiązku lojalności wspólników do wspierania celu spółki (*Zweckförderungspflicht*)¹³⁵⁶ oraz charakter tego obowiązku jako obowiązku chroniące-

¹³⁵² G. Hönn, *Roma locuta...*, s. 777.

¹³⁵³ Zob. szerzej *ibidem*, s. 776–778, a w szczególności s. 777.

¹³⁵⁴ *Ibidem*, s. 777.

¹³⁵⁵ Zob. H.Ch. Grigoleit, *op. cit.*, s. 321 i n.

¹³⁵⁶ *Ibidem*, s. 289 i n. oraz s. 317 i n.

go w istocie wierzycieli¹³⁵⁷ nie budzą większych zastrzeżeń, zwłaszcza z perspektywy doktryny niemieckiego prawa spółek, o tyle wątpliwości może wywoływać – w kontekście rozważań o relacji odpowiedzialności za naruszenie obowiązków lojalności do odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki – właśnie nawiązywanie przez autora do koncepcji obowiązku ze stosunku szczególnego powiązania i łączenie go z obowiązkami lojalności. Ponadto pewne problemy semantyczne wywołuje posługiwanie się przez autora przymiotnikiem „decentralny” i „decentralne dążenie do osiągnięcia zysku” („*dezentrale Gewinnverfolgung*”). Wydawałoby się bowiem, że dążenie do osiągnięcia zysku w ramach spółki jako skupiska pewnej zbiorowości powinno być uznawane za centralne, podczas gdy indywidualna chęć zysku po stronie wspólnika miałaby w odniesieniu do owego generalnego, wspólnego dążenia charakter centralny. Tymczasem sam autor wyjaśnia, że to właśnie zamiar osiągnięcia zysku przez wspólnika (udziałowca) ma charakter centralny i wspólnik dąży w ramach niego do pomnożenia swojego majątku prywatnego albo innego majątku szczególnego, podczas gdy w przypadku spółki mamy do czynienia z decentralnym dążeniem do zysku na korzyść majątku spółki (*dezentrale Gewinnverfolgung zu Gunsten des Gesellschaftsvermögens*)¹³⁵⁸. W innym miejscu swojej rozprawy autor wyraźnie opisuje decentralne – z punktu widzenia wspólników – osiąganie zysku przez przedsiębiorstwo spółki¹³⁵⁹. W przypadku naruszenia przez wspólnika obowiązku do „decentralnego dążenia do osiągania zysku” ponosi on wobec spółki odpowiedzialność wewnętrzną zależną od winy na podstawie § 280 ust. 1 i ust. 3 oraz § 283 BGB¹³⁶⁰, przy czym odpowiedzialność ta obejmuje wszelkie postacie winy, w tym winę nieumyślną (§ 276 BGB) w postaci lekkomyślności i niedbalstwa, ponieważ brak jest podstaw do uprzywilejowywania wspólników przez ograniczanie ich odpowiedzialności tylko za winę umyślną i rażące niedbalstwo¹³⁶¹.

Wszystkie przedstawione powyżej koncepcje odpowiedzialności wewnętrznej, z wyjątkiem koncepcji J. Wilhelma i H. Altmepena, stanowią w istocie mniej lub bardziej twórcze rozwinięcie koncepcji odpowiedzialności wewnętrznej za naruszenie obowiązków ze stosunku szczególnego powiązania, dlatego też aktualne pozostają uwagi krytyczne przedstawione przy okazji omawiania tej ostatniej koncepcji.

Z uwagi na prawotwórczy charakter tych koncepcji i okoliczność, że w istocie stanowią one teoretycznoprawne wariacje na temat odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki utrzymane w tej samej tonacji, nie ma ani praktycznej, ani teoretycznej potrzeby przyjmowania ich na grunt prawa polskiego, chociaż wydają się one

¹³⁵⁷ *Ibidem*, s. 317 i n.

¹³⁵⁸ *Ibidem*, s. 322.

¹³⁵⁹ *Ibidem*, s. 323.

¹³⁶⁰ *Ibidem*, s. 479.

¹³⁶¹ *Ibidem*, s. 475.

przydatne o tyle, o ile starają się wyjaśnić z różnych, choć zbliżonych do siebie perspektyw, istotę odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki.

2.4. Akcja pauliańska oraz bezskuteczność i zaskarżanie czynności upadłego

Skarga pauliańska uważana jest w polskiej doktrynie z zakresu prawa spółek jako jedna z alternatywnych w stosunku do odpowiedzialności przebijającej podstaw odpowiedzialności współników jako osób trzecich w rozumieniu przepisów o akcji pauliańskiej. Skoro bowiem określona czynność prawna zostanie uznana za bezskuteczną w stosunku do wierzyciela spółki, współnik jako osoba trzecia będzie obowiązany znosić egzekucję kierowaną przeciwko składnikom majątkowym należącym formalnie do niego. W tym sensie można mówić, że współnik odpowiada wobec wierzycieli na podstawie przepisów o skardze pauliańskiej.

Przy tym należy podkreślić, że w doktrynie polskiej uwaga skupiona jest głównie na samej akcji pauliańskiej¹³⁶², która uważana jest za odległy surogat odpowiedzialności przebijającej¹³⁶³, a tylko niejako na marginesie dostrzega się, zresztą jak najbardziej słusznie, że konstrukcja skargi pauliańskiej znajduje swoje rozwinięcie w prawie upadłościowym w postaci przepisów o bezskuteczności i zaskarżaniu czynności upadłego¹³⁶⁴.

Natomiast w doktrynie z zakresu niemieckiego prawa spółek jako alternatywę dla odpowiedzialności przebijającej za unicestwienie egzystencji spółki rozważa się właśnie przepisy prawa upadłościowego o zaskarżaniu czynności upadłego (*Insolvenzanfechtung*)¹³⁶⁵.

Należy stanowczo podkreślić, że skarga pauliańska oraz przepisy o bezskuteczności i zaskarżaniu czynności upadłego mogą być rozpatrywane jako alternatywa właśnie dla odpowiedzialności przebijającej za unicestwienie egzystencji spółki, ponieważ dotyczą one czynności prawnych rozporządzających powodujących uszczuplenie majątku dłużnika na korzyść osób trzecich, przy czym za czynności prawne rozporządzające należy rozumieć zbycie, zrzeczenie się i obciążenie, w tym zwolnienie z długu¹³⁶⁶. Przepisy o bezskuteczności czynności upadłego dotyczą także czynności procesowych powodujących zmniejszenie się majątku dłużnika prowadzące do jego niewypłacalności

¹³⁶² Tak A. Opalski, *Problematyka...*, s. 19, który dopuszcza skargę pauliańską jako podstawę odpowiedzialności współników wobec wierzycieli spółki kapitałowej za niedokapitalizowanie spółki. Stanowisko tego autora zostało przedstawione w rozdz. X pkt 2.1. Zob. również R. Szczepaniak, *op. cit.*, s. 297 i n.

¹³⁶³ Tak A. Opalski, *Prawo...*, s. 517.

¹³⁶⁴ Szerzej na ten temat *ibidem*, s. 517–518.

¹³⁶⁵ Zob. przede wszystkim W. Nassall, *op. cit.*, s. 969 i n.

¹³⁶⁶ Tak słusznie na gruncie obowiązywania przepisów o bezskuteczności i zaskarżaniu czynności upadłego S. Gurgul, *Prawo upadłościowe*, [w:] S. Gurgul, *Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, wyd. 10, Warszawa 2015, art. 127, nb 4.

(w całości lub w części), takich jak uznanie powództwa, ugoda, zrzeczenie się roszczenia¹³⁶⁷.

Proponowane przez A. Opalskiego¹³⁶⁸ zastosowanie skargi pauliańskiej w przypadku niedokapitalizowania spółki kapitałowej można uznać za dopuszczalne tylko wówczas, gdy uzna się niedokapitalizowanie za rodzaj ingerencji unicestwiającej majątek spółki, co jednak wydaje się nieprawidłowe, ponieważ zaciera różnice pomiędzy obiema grupami przypadków „przebicia”. Niedokapitalizowanie oznacza bowiem zaniechanie wyposażenia spółki w wymagany kapitał własny, czy to na początku jej działalności, czy też w trakcie. Nie stanowi ono zatem konstrukcyjnie czynności prawnej rozporządzającej, co uzasadniałoby zastosowanie przepisów o akcji pauliańskiej. Poza tym w doktrynie prawa cywilnego sporne jest również to, czy skarga pauliańska może mieć zastosowanie w przypadkach zaniechania dokonania czynności prawnej¹³⁶⁹, zwłaszcza jeżeli weźmie się pod uwagę to, że w wówczas nie mamy do czynienia z czynnością prawną¹³⁷⁰. Nieco inaczej przedstawia się sytuacja w przypadku bezskuteczności czynności upadłego. W doktrynie prawa upadłościowego znamienici jej przedstawiciele – S. Gurgul oraz R. Adamus – wyrażają bowiem stanowisko o dopuszczalności uznania za bezskuteczne zaniechania dokonania czynności prawnej¹³⁷¹. Natomiast dopuszczalność zaskarżania zaniechania dokonania czynności prawnej w ramach *Insolvenzanfechtung* (zaskarżania czynności upadłego) jest bezsporna w niemieckim prawie upadłościowym z uwagi na wyraźne brzmienie przepisu § 129 ust. 2 InsO, zgodnie z którym zaniechanie jest równorzędne z czynnością prawną¹³⁷².

Odnosząc się do dopuszczalności zastosowania akcji pauliańskiej w przypadku niedokapitalizowania spółki, należy, podsumowując, stwierdzić, że czym innym jest ingerencja uszczuplająca majątek spółki, a czym innym kontynuowanie działalności przez

¹³⁶⁷ *Ibidem*, art. 127, nb 4.

¹³⁶⁸ Zob. A. Opalski, *Problematyka...*, s. 19.

¹³⁶⁹ Zob. A. Janiak, [w:] A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania – część ogólna*, LEX/el. 2014, art. 527, nb 23 i powołana tam literatura.

¹³⁷⁰ Z tego to powodu A. Janiak opowiada się przeciwko dopuszczalności stosowania skargi pauliańskiej w przypadku zaniechania dokonania czynności prawnej. Zob. A. Janiak, *op. cit.*, art. 527, nb 23.

¹³⁷¹ Tak w odniesieniu do bezskuteczności czynności procesowych S. Gurgul, *Prawo upadłościowe...*, art. 127, nb 4, który jako przykład czynności bezskutecznej podaje – z powołaniem się na uchwałę Sądu Najwyższego z dnia 11 października 1980 r. w sprawie III CZP 37/80 – „zaniechanie dokonania czynności prawnej powodującej zwiększenie majątku dłużnika lub zapobiegającej jego zmniejszeniu, jeżeli skutek tego zaniechania był objęty wolą dłużnika, np. gdy dłużnik, mimo że istnieją ku temu podstawy, nie żąda ustalenia ustania obowiązku alimentacyjnego”. R. Adamus, powołując się m.in. na pogląd J. Korzonka, podkreśla, że za bezskuteczne należy uznać nie tylko akty o charakterze działania pozytywnego (czynnego), ale również zaniechania. Zob. R. Adamus, *Bezskuteczność i zaskarżanie czynności upadłego. Komentarz*. Warszawa 2010, art. 127, nb 3.

¹³⁷² § 127 ust. 1 InsO brzmi następująco: „Eine Unterlassung steht einer Rechtshandlung gleich”. Na treść tego przepisu zwraca słusznie uwagę R. Adamus omawiając problematykę bezskuteczności zaniechania. Zob. R. Adamus, *op. cit.*, art. 127, nb 3.

niedokapitalizowaną spółkę w sytuacji, w której nie ma ona wystarczających kapitałów własnych, nawet jeśli ten brak jest wynikiem ingerencji w jej majątek. W związku z tym, w przypadku przedstawionym przez A. Opalskiego powinno się raczej mówić o unicestwieniu egzystencji spółki.

Rozważając przydatność stosowania przepisów o skardze pauliańskiej oraz bezskuteczności i zaskarżaniu czynności upadłego do rozwiązywania problemów „przebięcia”, należy pamiętać o tym, że przepisy o bezskuteczności i zaskarżaniu czynności upadłego mają szerszy zakres zastosowania niż akcja pauliańska¹³⁷³. Dodatkowo należy podkreślić, że przewidziana w prawie upadłościowym możliwość dochodzenia roszczeń z akcji pauliańskiej przez syndyka masy upadłości – na podstawie art. 131 i n. p.u. – stanowi jedyną w praktyce realną szansę na zasilenie masy upadłości składnikami majątkowymi i zaspokojenie ogółu wierzycieli. Syndyk w ramach swych uprawnień i obowiązków ma bowiem wgląd w dokumentację i księgowość upadłego i jest w stanie rozpoznać na podstawie tej dokumentacji czynności prawne dłużnika dokonane z pokrzywdzeniem wierzycieli. Poza postępowaniem upadłościowym wierzyciele indywidualni dłużnika mają natomiast bardzo ograniczoną możliwość poczynienia takich ustaleń, co czyni „koleksową” skargę pauliańską mniej skutecznym instrumentem ochrony wierzycieli niż ma to miejsce w przypadku jej „upadłościowego” wariantu.

Dlatego też w praktyce w interesie wierzycieli leży otwarcie postępowania upadłościowego, ponieważ wówczas powstaje możliwość zbadania sytuacji finansowej upadłej spółki i dokonywanych w ramach jej działalności transferów majątkowych i poszukiwania w dokumentach i księgach rachunkowych upadłego dowodów dokonania czynności obarczonych bezskutecznością z mocy prawa, co do których może zostać stwierdzona ich bezskuteczność na mocy postanowienia sędziego komisarza albo zaskarżalnych „upadłościową” skargą pauliańską. Poczynienie tego rodzaju ustaleń należy zresztą do podstawowych obowiązków syndyka. Czasami dopiero stwierdzenie dokonania takich czynności umożliwi w ogóle prowadzenie postępowania upadłościowego, ponieważ wówczas realna staje się możliwość zasilenia masy upadłości przez odzyskanie utraczonych na podstawie bezskutecznych lub zaskarżalnych czynności składników majątkowych lub ich równowartości.

Jeżeli stosownych ustaleń nie uda się dokonać syndykowi i postępowanie upadłościowe zostanie umorzone z powodu ubóstwa masy, korzystanie przez wierzycieli ze skargi pauliańskiej po zakończeniu postępowania upadłościowego nie ma – w praktyce

¹³⁷³ Ramy niniejszej rozprawy nie pozwalają na szersze omówienie problematyki bezskuteczności i zaskarżania czynności upadłego. Zostanie ona zaprezentowana jedynie w takim zakresie, jaki jest niezbędny do odróżnienia tego instrumentu ochrony wierzycieli od odpowiedzialności przebijającej.

– zasadniczo najmniejszego sensu¹³⁷⁴, zwłaszcza w sytuacji, gdy spółka zostanie już wykreślona z Rejestru Przedsiębiorców Krajowego Rejestru Sądowego¹³⁷⁵, ponieważ realizacja roszczeń ze skargi pauliańskiej w postępowaniu egzekucyjnym wymaga istnienia dłużnika egzekwowanego, którym jest w tym przypadku spółka z o.o. To samo dotyczy będzie sytuacji, w której postępowanie w ogóle nie zostanie wszczęte, w związku z tym, że wskutek ubóstwa masy sąd oddali wniosek o ogłoszenie upadłości spółki na podstawie art. 13 p.u. i w związku z tym spółka zostanie wykreślona z Rejestru Przedsiębiorców KRS¹³⁷⁶. Dopiero posiadając tytuł wykonawczy przeciwko dłużnikowi oraz uzyskany w wyniku wytoczenia powództwa ze skargi pauliańskiej wyrok o uznaniu za bezskuteczną określonej czynności prawnej dłużnika dokonanej z pokrzywdzeniem wierzycieli (wyrok uwzględniający skargę pauliańską) opatrzony stwierdzeniem prawomocności można w ramach postępowania egzekucyjnego prowadzonego przeciwko dłużnikowi (a nie osobie trzeciej!) uzyskać zajęcie i zaspokojenie ze składnika majątkowego nabytego wskutek bezskutecznej czynności prawnej, a znajdującego się w majątku osoby trzeciej (wspólnika)¹³⁷⁷. Dlatego też warunkiem dla dochodzenia roszczeń ze skargi pauliańskiej przeciwko wspólnikowi jako osobie trzeciej jest istnienie spółki.

¹³⁷⁴ Jeżeli syndyk nie ustalił podstaw do zaskarżania czynności upadłego (przy założeniu, że syndyk pełni swoje obowiązki z należytą starannością), tym bardziej nie będzie możliwe ich ustalenie przez wierzyciela indywidualnego. Można sobie jednak wyobrazić sytuację, w której indywidualny wierzyciel będzie dysponował szczególną wiedzą o transakcjach dokonywanych przez dłużnika, niedostępną dla syndyka, a dokonywanie tych transakcji przez upadłego nie będzie ujawnione w dokumentacji upadłego. W takim jednak przypadku wierzyciel powinien ujawnić takie informacje syndykowi. Nie jest jednak wykluczone, że wierzyciel ów, licząc np. na umorzenie postępowania upadłościowego z powodu ubóstwa masy, nie przekaże stosownej informacji syndykowi i po umorzeniu postępowania skieruje przeciwko osobie trzeciej powództwo oparte na skardze pauliańskiej.

¹³⁷⁵ Co w takim przypadku nastąpi w trybie art. 25a ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (Dz.U. 2015, poz. 1142 t.j. ze zm.). Dalej w skrócie jako: u.k.r.s.

¹³⁷⁶ Zob. art. 25a ust. 1 pkt 2 u.k.r.s. Aby uniknąć oddalenia wniosku o ogłoszenie upadłości z powodu ubóstwa masy, zalecane byłoby zabezpieczenie majątku dłużnika w ramach postępowania w przedmiocie ogłoszenia upadłości przez ustanowienie tymczasowego nadzorca sądowego na podstawie art. 38 ust. 1 p.u., który powinien zostać zobowiązany przez sąd na podstawie art. 38 ust. 3 p.u. do ustalenia, w ramach badania rodzaju i wartości majątku dłużnika, do którego składników jak najbardziej należą roszczenia z akcji pauliańskiej, czy istnieją podstawy do zaskarżenia czynności prawnych upadłego oraz czy istnieją podstawy do stwierdzenia bezskuteczności z mocy prawa określonych czynności dłużnika.

¹³⁷⁷ Zob. postanowienie SN z 12 grudnia 2012 r. w sprawie III CZP 79/12, LEX nr 1294218:

„1. Podstawy odpowiedzialności osoby trzeciej, która uzyskała korzyść na skutek czynności uznanej w wyniku skargi pauliańskiej za bezskuteczną, wyjaśnia teoria obligacyjna. Osoba trzecia uznawana jest za materialnoprawnie zobowiązaną względem wierzyciela pauliańskiego. Jej obowiązek polega na znoszeniu egzekucji skierowanej do przedmiotu znajdującego się w jej majątku i ma źródło bezpośrednio w przepisach ustawy. Aktywuje go uwzględnienie skargi pauliańskiej, wobec czego za zbędne uważa się zgłaszanie w powództwie pauliańskim żądania nakazania osobie trzeciej znoszenia egzekucji z przedmiotu zaskarżonej czynności. Wierzyciel pauliański, chcąc uzyskać zaspokojenie z przedmiotu, który wszedł do majątku osoby trzeciej, powinien legitymować się tytułem wykonawczym przeciwko dłużnikowi i wyrokiem uwzględniającym powództwo pauliańskie.

2. Nie jest możliwe prowadzenie egzekucji z majątku osoby trzeciej bez uprawnień do egzekucji z majątku własnego dłużnika. Wyrok uwzględniający powództwo o uznanie czynności prawnej za

Niezależnie od powyższych rozważań, w porównaniu z odpowiedzialnością przebijającą za unicestwienie egzystencji spółki możliwość wykorzystania przepisów o bezskuteczności i zaskarżania czynności upadłego w przypadkach „przebicia” w postaci unicestwienia egzystencji spółki wydaje się ograniczona z tego względu, że na gruncie prawa polskiego nie można ich zasadniczo¹³⁷⁸ stosować do czynności faktycznych, które mogą mieć miejsce w ramach ingerencji unicestwiającej egzystencję spółki. W literaturze komentarzowej przywoływany jest, co prawda, wyrok SN z dnia 16 lutego 1998 r. w sprawie II CKN 599/97, w którym sąd stwierdził, co następuje:

„Artykuł 54 § 1 PrUp stanowi, że bezskuteczne są w stosunku do masy upadłości czynności prawne pod tytułem darmym, zdziałane przez upadłego w ciągu roku przed złożeniem wniosku o ogłoszenie upadłości. Z przepisu tego, przy zastosowaniu argumentu *a maiori ad minus*, wynika, że tym bardziej bezskuteczne są, w okolicznościach opisanych w tym przepisie, czynności faktyczne (bez tytułu prawnego) świadczenia darmego”.

Wyrok ten jest jednak krytykowany w doktrynie. S. Gurgul podnosi, że „czynności (zdarzenia) faktyczne z istoty swej nie mogą być uznane za bezskuteczne, bo «fakty (rzeczy) są tym, czym są, i na tym koniec» (zob. B. Russel, *Vagueness*, „*Australasian Journal of Psychology and Philosophy*” 1923)”¹³⁷⁹. Z kolei P. Zimmermann, zwraca uwagę, że Sąd Najwyższy w kolejnym orzeczeniu – uchwale z dnia 7 kwietnia 2005 r. w sprawie II CK 592/04 – zmienił swoje stanowisko, wskazując, że „przedmiotem dochodzenia bezskuteczności w ramach art. 54 § 1 prawa upadłościowego nie mogą być

bezskuteczną ma charakter kształtujący. Łącznie z tytułem wykonawczym przeciwko dłużnikowi stanowi podstawę umożliwiającą wierzycielowi sięgnięcie do znajdującego się w majątku osoby trzeciej przedmiotu, który wyszedł z majątku dłużnika w następstwie krzywdzącej czynności prawnej uznanej za bezskuteczną wobec tego wierzyciela. Egzekucja prowadzona jest przeciwko dłużnikowi. W jej toku komornik zajmuje przedmiot należący do osoby trzeciej, który – na skutek ubezskutecznienia w stosunku do wierzyciela czynności prawnej wprowadzającej ten przedmiot do majątku tej osoby – traktowany jest w toku egzekucji tak, jakby pozostawał nadal w majątku dłużnika. W ten sposób zapewniona jest realizacja przewidzianego w art. 532 k.c. uprawnienia wierzyciela pauliańskiego do pierwszeństwa przed wierzycielami osoby trzeciej w dochodzeniu zaspokojenia z przedmiotów majątkowych, które wskutek czynności uznanej za bezskuteczną wyszły z majątku dłużnika albo do niego nie weszły”.

¹³⁷⁸ Należy mianowicie zwrócić uwagę, że art. 127 ust. 1 oraz art. 128 ust. 1 p.u. stanowią wyraźnie o czynnościach prawnych upadłego, podczas gdy zgodnie z art. 127 ust. 3 p.u. bezskuteczne są również zabezpieczenie i zapłata długu niewymagalnego dokonane przez upadłego w terminie dwóch miesięcy przed dniem złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości. O ile jeszcze zabezpieczenie długu jest czynnością prawną, o tyle zapłata długu stanowi czynność faktyczną prowadzącą do wykonania istniejącego już zobowiązania, które wynika z dokonania określonej czynności prawnej.

¹³⁷⁹ Zob. S. Gurgul, *Prawo upadłościowe...*, art. 127, nb 3. Odnosząc się do krytyki S. Gurgula, należy stwierdzić, że jest ona zasadna w kontekście wyraźnego brzmienia przepisu art. 127 ust. 1 oraz art. 128 ust. 1 p.u., które dotyczą czynności prawnych. Natomiast, jak już wyżej wskazano, ustawodawca może uznać określone czynności faktyczne za bezskuteczne, jak ma to miejsce w przypadku art. 127 ust. 3 p.u. Dodatkowo, wreszcie, z użytego w ustawie zwrotu może wynikać szerokie rozumienie czynności prawnej, jak ma to miejsce w niemieckim prawie upadłościowym, o czym poniżej.

czynności faktyczne, a jedynie czynności prawne”¹³⁸⁰. Stanowisko SN spotkało się z aprobatą w doktrynie.

Natomiast w niemieckiej doktrynie i orzecznictwie z zakresu prawa upadłościowego przyjmuje się szerokie rozumienie pojęcia czynności prawnej (*Rechtshandlung*) użytego w § 129 InsO. Obejmuje ono nie tylko oświadczenia woli jako składniki czynności prawnych¹³⁸¹, lecz również czynności podobne do czynności prawnych (*rechtsgeschäftsähnliche Handlungen*) i akty realne (*Realakte*), a więc czynności (zachowania) wywołujące skutki prawnorzeczowe, a także inne czynności¹³⁸². W tym szerokim ujęciu do kategorii czynności prawnych należą np.: ponaglenia, odroczenia terminów płatności, ściągnięcie środków z rachunku bankowego albo zezwolenie na obciążenie rachunku, przyznanie praw poboru, wprowadzenie rzeczy do najmowanych pomieszczeń, blokada rachunku, uczynienia stanowiącego przedmiot cesji roszczenia pełnowartościowym („dowartościowanie” roszczenia) przez dokonanie dostawy albo spełnienie świadczenia, „dowartościowanie” prawa zastawu poprzez zasilenie zajętego konta¹³⁸³. W ramach mieszczących się w pojęciu czynności prawnej tzw. aktów realnych wymienia się dodatkowo (oprócz wymienionych już aktów w postaci „dowartościowania” wierzytelności i wniesienia rzeczy do najmowanego pomieszczenia, co skutkuje przecież powstaniem ustawowego prawa zastawu) nakłady na cudzą rzecz, połączenie, pomieszanie i przetworzenie rzeczy, a także czynności stanowiące wykonanie umowy, takie jak: wykonanie dzieła, wydanie rzeczy sprzedanej oraz świadczenie/wykonanie usługi¹³⁸⁴. Mimo tak szerokiego rozumienia czynności prawnych przepisy o zaskarżaniu czynności upadłego nie znajdują zastosowania do niektórych przypadków ingerencji unicestwiającej spółkę, takich jak ingerencje w jej szanse gospodarcze. W doktrynie niemieckiego prawa upadłościowego podkreśla się bowiem, że niekorzystanie z szans gospodarczych (*Nichtwahrnehmung von Erwerbchancen*) nie stanowi uszczuplenia majątku, lecz uniemożliwia jedynie jego pomnożenie¹³⁸⁵.

¹³⁸⁰ Zob. P. Zimmerman, *Prawo upadłościowe*, [w:] P. Zimmerman, *Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, wyd. 4, Warszawa 2015, art. 127, nb 5.

¹³⁸¹ „Willenserklärungen als Bestandteile von Rechtsgeschäften”. Zob. G. Kreft, [w:] G. Kreft (Hrsg.), *Heidelberger Kommentar – Insolvenzordnung*, 6. Aufl., wyd. C.F. Müller, Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg 2011, § 129, nb 12. Przy okazji należy podkreślić, że w prawie niemieckim istnieje wiele wyrazów używanych do określenia czynności prawnej, które posiadają inną intensywność znaczeniową. Na przykład, pojęcie *Rechtsgeschäft* ma węższy zakres znaczeniowy niż *Rechtshandlung*, chociaż obydwa odpowiadają mniej więcej polskiemu pojęciu „czynność prawna”.

¹³⁸² K. Reischl, *Insolvenzrecht*, 3. Aufl., C.F. Müller, Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg 2014, s. 212. Jak podkreśla autor, przez czynność prawną w szerokim znaczeniu tego pojęcia rozumie się każde świadome zachowanie, które wywołuje skutki prawne, niezależnie od tego, czy chciano te skutki wywołać, czy nie. Istotne jest jedynie to, czy skutek tego zachowania mogła nastąpić zmiana majątku dłużnika na niekorzyść wierzycieli.

¹³⁸³ *Ibidem*, s. 212.

¹³⁸⁴ Zob. G. Kreft, *op. cit.*, § 129, nb 12.

¹³⁸⁵ Zob. szerzej *ibidem*, § 129, nb 22.

Ponadto należy stwierdzić, że w porównaniu z odpowiedzialnością przebijającą skarga pauliańska stanowi trudniejszy w zastosowaniu instrument ochrony wierzycieli, a to z uwagi na konieczność udowodnienia przez wierzyciela nie tylko dokonania przez dłużnika czynności prawnej ze świadomością pokrzywdzenia wierzycieli (choć wystarczy, aby dłużnik takie pokrzywdzenie przewidywał w granicach ewentualności¹³⁸⁶, a dodatkowo wierzyciel może korzystać zarówno z domniemań faktycznych, jak i domniemania prawnego z art. 529 k.c.¹³⁸⁷), lecz również działania osoby trzeciej w złej wierze, co jednak jest ułatwione dzięki domniemaniu prawnemu wynikającemu z art. 527 § 3 oraz § 4 k.c.¹³⁸⁸

Najistotniejszą różnicą pomiędzy odpowiedzialnością za unicestwienie egzystencji spółki a realizacją w postępowaniu upadłościowym bezskuteczności i zaskarżania czynności upadłego, a także domagania się uznania czynności prawnej za bezskuteczną w drodze skargi pauliańskiej poza postępowaniem upadłościowym jest to, że przepisy prawa upadłościowego umożliwiają jedynie zwrot „wyprowadzonego” z majątku dłużnika składnika majątkowego lub jego równowartości do masy upadłości, a kodeksowe przepisy o skardze pauliańskiej umożliwiają wierzycielowi zaspokojenie się z tego składnika z majątku osoby trzeciej, i nie dają możliwości wyrównania dalej idącej szkody, która wynika z pozbawienia spółki danego składnika. Natomiast odpowiedzialność przebijająca chroni w większym stopniu interesy wierzycieli spółki, ponieważ współnicy odpowiadają wobec nich za jej zobowiązania. Również odpowiedzialność za unicestwienie egzystencji spółki dochodzona na podstawie deliktowej prowadzi do wyrównania pełnej szkody wynikającej z ingerencji unicestwiającej egzystencję spółki¹³⁸⁹.

Mając powyższe na uwadze, należy uznać, że koncepcja odpowiedzialności przebijającej zapewnia większą ochronę wierzycielom niż działające niejako punktowo przepisy o bezskuteczności i zaskarżaniu czynności upadłego zawarte w prawie upadłościowym oraz kodeksowe przepisy o skardze pauliańskiej.

2.5. Odpowiedzialność członków zarządu na podstawie art. 299 k.s.h.

Jak już wyżej wspomniano, uregulowanie w art. 299 k.s.h. odpowiedzialności członków zarządu wobec wierzycieli spółki z o.o. oraz w art. 21 ust. 3 w zw. z art. 21 ust. 2 p.u. odpowiedzialności piastunów organów osób prawnych za niezłożenie w terminie wniosku

¹³⁸⁶ Zob. A. Janiak, *op. cit.*, art. 527, nb 37 i powołane tam orzecznictwo.

¹³⁸⁷ Zob. *ibidem*, nb 40.

¹³⁸⁸ Zob. *ibidem*, nb 43 i 48. Należy również pamiętać o ułatwieniu wynikającym z art. 528 k.c. w przypadku uzyskania przez osobę trzecią korzyści majątkowej nieodpłatnie, kiedy to wierzyciel nie musi wykazywać złej wiary osoby trzeciej.

¹³⁸⁹ Zob. na ten temat poniżej.

o ogłoszenie upadłości spółki z o.o. (art. 299 k.s.h.)¹³⁹⁰ lub osoby prawnej (art. 21 ust. 3 p.u.), nie czyni zbyteczną regulacji przewidującej odpowiedzialność wspólników spółki z o.o. wobec jej wierzycieli.

W doktrynie niemieckiej podkreśla się wyraźnie, że odpowiedzialność wspólników GmbH wobec jej wierzycieli za unicestwienie egzystencji spółki ma charakter uzupełniający i flankujący wobec zewnętrznej odpowiedzialności zarządców GmbH w stosunku do wierzycieli tej spółki¹³⁹¹.

Dodatkowo należy podkreślić, że odpowiedzialność przebijająca wspólników spółki z o.o. wobec jej wierzycieli odnosi się do innych podstaw odpowiedzialności i inne są jej przesłanki, nawet w przypadku zbliżonej funkcjonalnie do odpowiedzialności członków zarządu z art. 299 k.s.h. odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki¹³⁹². O ile bowiem odpowiedzialność członków zarządu jest odpowiedzialnością za „przewleczenie” (stanu) niewypłacalności (*Insolvenzverschleppung*), a więc za niezłożenie w terminie wniosku o ogłoszenie upadłości, mimo powstania takiego obowiązku w związku z powstaniem niewypłacalności spółki, o tyle odpowiedzialność za unicestwienie egzystencji spółki jest odpowiedzialnością za wywołanie (stanu) niewypłacalności (*Insolvenzverursachung*)¹³⁹³.

Zastanawiając się nad relacją obydwu rodzajów odpowiedzialności, można wyobrazić sobie sytuację, w której wspólnicy spółki z o.o. doprowadzą do unicestwienia egzystencji spółki, np. przez pozbawienie jej środka trwałego w postaci maszyny produkcyjnej umożliwiającej prowadzenie przez spółkę jej działalności produkcyjnej, pozbawią

¹³⁹⁰ Należy jednak pamiętać, że w przypadku art. 299 k.s.h., na co słusznie zwraca uwagę K. Osajda, nie można w sposób tak jednoznaczny, jak w przypadku art. 21 ust. 3 p.u., stwierdzić, że przewiduje on odpowiedzialność za spóźnione złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości. K. Osajda zwraca bowiem uwagę, że o ile w przypadku bezskuteczności egzekucji przeciwko spółce z o.o. członek zarządu może zwolnić się z odpowiedzialności przez wykazanie, że we właściwym czasie złożony został wniosek o ogłoszenie upadłości spółki, to obowiązek zgłoszenia wniosku wynika jedynie pośrednio z art. 299 k.s.h. (wynika on mianowicie z art. 21 ust. 2 p.u., przypomnienie P.M.W.). Dlatego, jak słusznie podkreśla autor, „specyfika polskiej regulacji zagadnienia odpowiedzialności członków zarządu spółki z o.o. wobec wierzycieli spółki na wypadek jej niewypłacalności nie wyraża się przez samo istnienie art. 299 k.s.h., lecz przez wprowadzenie w jednym systemie prawnym dwóch modeli regulacji prawnej tej kwestii, dających wierzycielom spółki alternatywę co do wyboru reżimu prawnego dochodzenia zaspokojenia członków zarządu niewypłacalnej spółki z o.o.” Zob. K. Osajda, *Niewypłacalność...*, s. 581.

¹³⁹¹ Zob. M. Habersack, *Trihotel...*, s. 543. Zob. na ten temat rozdz. XII pkt 6. Szerzej na temat relacji odpowiedzialności wspólników za unicestwienie egzystencji spółki do odpowiedzialności członków zarządu za niezłożenie w terminie wniosku o ogłoszenie upadłości zob. rozdz. XII pkt 4.3.2. W związku z powyższym za niesłuszny należy uznać pogląd wyrażony w doktrynie polskiej przez K. Osajdę, jakoby niemieckie prawo nie przewidywało regulacji dotyczącej odpowiedzialności członków zarządu zbliżonej do regulacji polskiej, co autora prowadzi do błędnego wniosku o braku komplementarności odpowiedzialności przebijającej do subsydiarnej odpowiedzialności członków zarządu. Zob. K. Osajda, *Odpowiedzialność cywilna...*, s. 245–246.

¹³⁹² Na temat funkcjonalnych podobieństw między tymi dwoma rodzajami odpowiedzialności zob. rozdz. XII pkt 4.3.2.

¹³⁹³ Zob. rozdz. XII pkt 4.3.2 i powołana tam literatura przedmiotu.

spółkę jej szans gospodarczych, przenosząc określone obszary produkcji na wspólnika lub inną spółkę, najczęściej również założoną przez wspólników, co doprowadzi do niewypłacalności spółki. Jeżeli wówczas członkowie zarządu złożą we właściwym czasie wnioski o ogłoszenie upadłości spółki – a wystarczy, że złożą go zgodnie z art. 21 ust. 2 p.u. w terminie 30 dni od dnia, w którym wystąpiła podstawa do ogłoszenia upadłości¹³⁹⁴ – nie będą oni ponosić odpowiedzialności ani na podstawie art. 299 k.s.h. ani art. 21 ust. 3 p.u., mimo że sytuacja wierzycieli uległa pogorszeniu i doznali oni uszczerbku majątkowego. W związku z ingerencją unicestwiającą egzystencję spółki wierzyciele poniosą bowiem z reguły szkodę polegającą na częściowym, albo nawet całkowitym, niezaspokojeniu ich roszczeń wobec spółki z o.o. Dlatego zasadne jest, aby za wyrządzenie takiego uszczerbku majątkowego odpowiadały te osoby, które do tej szkody doprowadziły, a więc wspólnicy spółki z o.o. i to właśnie wtedy, kiedy wierzyciele nie będą mogli uzyskać rekompensaty z powodu zmniejszenia się wartości ich wierzytelności wobec spółki poprzez osobistą odpowiedzialność członków zarządu za spóźnione złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości.

2.6. Odpowiedzialność wspólników jako faktycznych członków zarządu

Odpowiedzialność wspólników jako faktycznych członków zarządu wobec wierzycieli spółki jest pochodną właściwej odpowiedzialności członków zarządu.

Aby taka odpowiedzialność miała miejsce wspólnicy spółki z o.o. muszą – w największym uproszczeniu – postępować tak, jak członkowie zarządu spółki z o.o. W takich sytuacjach to właśnie wspólnicy (choć mogą to być również osoby spoza spółki) jako faktyczni członkowie zarządu kierują losami spółki, a formalnie powołane na stanowisko członków zarządu osoby są jedynie figurantami, czy też ja to się określa w zagranicznej literaturze przedmiotu – marionetkami w rękach faktycznych zarządców¹³⁹⁵.

Odpowiedzialność wspólników jako faktycznych członków zarządu wobec wierzycieli spółki na podstawie art. 299 k.s.h. lub art. 21 ust. 3 p.u. stosowanych analogicznie nie jest jednak *de lege lata* dopuszczalna na gruncie prawa polskiego, mimo że stanowi ona przedmiot coraz większego zainteresowania polskiej doktryny prawa spółek, a jej uregulowanie w prawie spółek jest wysoce pożądane¹³⁹⁶. Natomiast dopuszczalna

¹³⁹⁴ W przypadku niewypłacalności *sensu stricto*, którą jest zgodnie z art. 11 ust. 1 p.u. utrata przez dłużnika zdolności do wykonywania swoich wymagalnych zobowiązań pieniężnych, z domniemania wyrażonego w art. 11 ust. 1a p.u. wynika, że dłużnika uważa się za niewypłacalnego w rozumieniu art. 11 ust. 1 p.u., jeżeli opóźnienie w wykonywaniu zobowiązań pieniężnych przekracza trzy miesiące.

¹³⁹⁵ Zob. M. Habersack, D.A. Verse, *Wrongful Trading – Grundlage einer europäischen Insolvenzverschleppungshaftung?*, „Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht”, 168 (2004), s. 190–191.

¹³⁹⁶ Na temat wieloznaczności pojęcia faktycznego członka zarządu spółki z o.o. oraz niedopuszczalności konstrukcji odpowiedzialności faktycznego członka zarządu *sensu stricto*, a więc takiego wspólnika, którego nie łączy ze spółką – np. skutek wadliwego powołania na stanowisko członka zarządu – nawet

jest wewnętrzna odpowiedzialność wspólników będących faktycznymi zarządcami wobec spółki na podstawie stosowanych analogicznie przepisów art. 198 § 1 oraz art. 293 k.s.h.¹³⁹⁷

2.7. Deliktowa odpowiedzialność odszkodowawcza

2.7.1. Uwagi wprowadzające

Odpowiedzialność deliktowa uważana jest zarówno w doktrynie niemieckiej, jak i polskiej za najważniejszą alternatywę wobec odpowiedzialności przebijającej, przy czym w doktrynie niemieckiego prawa spółek i orzecznictwie sądowym stanowiła ona przez długi czas i stanowi do dziś podstawę odpowiedzialności przywoływaną równolegle obok konstrukcji „przebicia” jako podstawa prawna odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. wobec jej wierzycieli¹³⁹⁸. Natomiast w doktrynie polskiej odpowiedzialność deliktowa uznawana jest za najważniejszą – a według niektórych autorów jedyną¹³⁹⁹ – podstawę dochodzenia roszczeń w przypadkach „przebicia” z uwagi na dominujący pogląd o niedopuszczalności stosowania w polskim prawie spółek koncepcji odpowiedzialności przebijającej.

Przedstawienie problematyki odpowiedzialności deliktowej jako alternatywnej wobec odpowiedzialności przebijającej podstawy prawnej odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. nastąpi w zakresie niezbędnym do określenia różnic między tymi dwiema podstawami odpowiedzialności, przy czym uwaga skupiać się będzie głównie na regulacji polskiej. Regulacja niemieckiego prawa deliktowego zostanie przedstawiona jedynie szczerunkowo, w takim zakresie, w jakim będzie to potrzebne, aby wykazać podstawowe różnice między rozwiązaniami polskimi a niemieckimi.

wadliwy stosunek organizacyjny, na gruncie obowiązujących przepisów polskiego prawa spółek i prawa upadłościowego zob. szczegółowo P.M. Wiórek, *Ochrona wierzycieli spółki z o.o. poprzez konstrukcję faktycznego członka zarządu*, [w:] J. Frąckowiak (red.), *Osiemdziesiąt lat polskiego prawa handlowego*, „Przeгляд Prawa i Administracji”, Tom CI, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2015, s. 255 i n., a w szczególności s. 263–265.

¹³⁹⁷ Na temat szerszego uzasadnienia tego stanowiska zob. P.M. Wiórek, *Ochrona...*, s. 265–267.

¹³⁹⁸ Dlatego też w kontekście omawiania problematyki odpowiedzialności przebijającej w porównaniu jej z odpowiedzialnością deliktową za nietrafny należy uznać pogląd wyrażony przez P. Węza, jakoby „na gruncie niemieckiej praktyki koncernowej dochodzenie roszczeń w ramach koncepcji «przebicia»” odbywało się „najczęściej na zasadach odpowiedzialności deliktowej”. Zob. P. Wąż, *Szkoda wyrządzona przez spółkę dominującą wierzycielom spółki zależnej*, PS 2008, nr 5, s. 3. Jak już wielokrotnie podkreślono w niniejszej rozprawie, obydwie koncepcje stanowią niezależne od siebie podstawy odpowiedzialności, choć, co trzeba przyznać, w szerokim znaczeniu pojęcia „odpowiedzialność przebijająca” używanym czasami w doktrynie mieści się również odpowiedzialność deliktowa.

¹³⁹⁹ Tak W. Popiołek, *op. cit.*, s. 312–313.

2.7.2. Przesłanki deliktowej odpowiedzialności odszkodowawczej i ciężar dowodu

W doktrynie polskiego prawa spółek podkreśla się, że o ile roszczenia spółki wobec wspólników „wynikają ze stosunku korporacyjnego i są ukształtowane bądź na szczególnych zasadach prawa spółek (art. 198 i 350 KSH) bądź na ogólnych podstawach prawa zobowiązań, przewidzianych na wypadek nienależytego wykonania zobowiązania (art. 471 KC)”, o tyle roszczenia wierzycieli spółki przeciwko wspólnikom są roszczeniami deliktowymi¹⁴⁰⁰. Nie można jednak wykluczyć odpowiedzialności deliktowej wspólników wobec spółki z o.o., a więc odpowiedzialności wewnętrznej, co zresztą zostało wyraźnie potwierdzone w najnowszym orzecznictwie BGH dotyczącym odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki i jest przyjmowane również w doktrynie polskiego prawa spółek¹⁴⁰¹.

Jako prawna podstawa odpowiedzialności wspólników wobec wierzycieli spółki z o.o. wymieniany jest przede wszystkim art. 415 k.c.¹⁴⁰², chociaż w przypadku wspólników będących osobami prawnymi lub jednostkami organizacyjnymi w rozumieniu art. 33¹ k.c. zastosowanie powinien znajdować art. 416 k.c.¹⁴⁰³ W rachubę wchodzi również odpowiedzialność deliktowa wspólników na podstawie art. 422 k.c. jako podżegaczy, pomocników i korzystających ze szkody¹⁴⁰⁴, a także odpowiedzialność zwierzchnika za podwładnego na podstawie art. 430 k.c.¹⁴⁰⁵ Należy przy tym stanowczo podkreślić, że odpowiedzialność deliktowa stanowi samoistną podstawę odpowiedzialności spółnika wobec wierzycieli spółki z o.o. za wyrządzenie im szkody poprzez dokonanie czynu niedozwolonego i w związku z tym nie oznacza przebicia zasłony korporacyjnej, jak ma to miejsce w przypadku odpowiedzialności przebijającej, w ramach której wspólnicy odpowiadają za zobowiązania spółki. Dzięki zastosowaniu odpowiedzialności deliktowej można jednak uzyskać efekt zbliżony do odpowiedzialności przebijającej, ponieważ również w tym przypadku następuje „swoiste «pominięcie» spółki jako ogniwa pośredniego między wspólnikiem a wierzycielem”, które jednak ma swoją samodzielną podstawę w przepisach o czynach niedozwolonych¹⁴⁰⁶.

¹⁴⁰⁰ Tak. A. Opalski, *Prawo...*, s. 511.

¹⁴⁰¹ Tak wyraźnie *ibidem*, s. 514. Zob. również rozważania w pkt 2.7.3 poniżej.

¹⁴⁰² Zob. T. Targosz, *Nadużycie...*, s. 256 i n.; R. Szczepaniak, *op. cit.*, s. 237 i n.; W. Popiołek, *op. cit.*, s. 313 i n.; A. Opalski, *Prawo...*, s. 511 i n.; K. Pyzio, *op. cit.*, s. 135 i n.

¹⁴⁰³ Słusznie zwraca na to uwagę K. Pyzio, *ibidem*.

¹⁴⁰⁴ Zob. T. Targosz, *Nadużycie...*, s. 256 i n.; R. Szczepaniak, *op. cit.*, s. 266 i n.; A. Opalski, *Prawo...*, s. 511 i n.; K. Pyzio, *op. cit.*, s. 162 i n. Szerzej o odpowiedzialności spółki dominującej jako podmiotu, który świadomie skorzystał z wyrządzonej (przez spółkę zależną) drugiemu (wierzycielowi spółki zależnej) szkody na podstawie art. 422 k.c. zob. S. Włodyka, [w:] S. Włodyka, *System...*, s. 1568–1569.

¹⁴⁰⁵ Zob. R. Szczepaniak, *op. cit.*, s. 258 i n.; K. Pyzio, *op. cit.*, s. 164–169.

¹⁴⁰⁶ Tak słusznie A. Opalski, *Prawo...*, s. 511.

W niniejszych rozważaniach uwaga poświęcona zostanie art. 415 k.c. jako najważniejszej spośród wymienionych powyżej deliktowej podstawie odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. wobec jej wierzycieli¹⁴⁰⁷.

Przesłankami deliktowej odpowiedzialności odszkodowawczej na podstawie art. 415 k.c. są:

- 1) powstanie szkody poniesionej przez wierzyciela jako poszkodowanego,
- 2) (adekwatny) związek przyczynowy między szkodą a zdarzeniem ją wywołującym,
- 3) zdarzenie wywołujące szkodę w postaci zawinionego i bezprawnego zachowania się wspólnika jako sprawcy szkody¹⁴⁰⁸.

Ciężar wykazania wszystkich tych przesłanek odpowiedzialności, a przede wszystkim zaistnienia i wysokości szkody poniesionej przez wierzyciela, zgodnie z ogólną regułą rozkładu ciężaru dowodu zawartą art. 6 k.c., spoczywa na wierzycielu jako poszkodowanym¹⁴⁰⁹.

Wierzyciel spółki z o.o. dochodzący od wspólników spółki z o.o. roszczenia odszkodowawczego musi zatem wykazać przede wszystkim fakt wystąpienia zdarzenia należącego do grupy przypadków „przebicia”, takiego jak materialne niedokapitalizowanie spółki, pomieszczenie majątków spółki i wspólnika lub ingerencji unicestwiającej spółkę.

W przypadku pomieszczenia majątków spółki i wspólnika oraz ingerencji unicestwiającej egzystencję spółki zachowanie się wspólnika będzie miało postać działania. Natomiast w przypadku niedokapitalizowania spółki można rozważać dwa warianty: zaniechanie wyposażenia spółki z o.o. w kapitały własne odpowiednie (wymagane) dla prowadzonej przez nią działalności gospodarczej lub zaniechanie wyposażenia spółki w wymagany kapitał po powstaniu stanu materialnego niedokapitalizowania, ewentualnie działanie w postaci kontynuowania działalności przez spółkę (zgody na kontynuowanie takiej działalności, nakazania kontynuowania działalności) w sytuacji zaistniałego materialnego niedokapitalizowania.

Aby możliwe było pociągnięcie wspólnika/wspólników spółki z o.o. do odpowiedzialności deliktowej, wymagane jest również wykazanie bezprawności zachowania się wspólnika/wspólników oraz wystąpienia po stronie wspólnika/wspólników winy.

¹⁴⁰⁷ Na temat przesłanek odpowiedzialności na podstawie art. 416 k.c. zob. skrótowo R. Siwik, *op. cit.*, s. 463. Szerzej na ten temat K. Pyzio, *op. cit.*, s. 135 i n.

¹⁴⁰⁸ Zob. Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania...*, s. 211, nb 526; W. Dubis, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, 6. wyd., Warszawa 2014, art. 415, nb 5.

¹⁴⁰⁹ Zob. reprezentatywnie w doktrynie polskiej M. Kaliński, [w:] A. Olejniczak (red.), *System Prawa...*, s. 176–178, nb 152–155; Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania...*, s. 211, nb 526–527.

Jak podkreśla się w doktrynie prawa cywilnego, bezprawność czynu „stanowi jego kwalifikację przedmiotową, podjętą na podstawie konfrontacji zewnętrznego zachowania się człowieka z porządkiem prawnym”¹⁴¹⁰. W zależności od przyjętej koncepcji, bezprawność ujmowana jest jako odrębna od winy przesłanka odpowiedzialności, bądź też jako obiektywny element winy¹⁴¹¹. Pod pojęciem bezprawności rozumie się zarówno naruszenie wyrażonych w przepisach prawa zakazów lub nakazów adresowanych do ogółu, jak i naruszenie zasad współżycia społecznego¹⁴¹². W. Popiołek stwierdza, że zasady współżycia społecznego wyznaczają m.in. ramy swobodnego postępowania uczestników obrotu, a zachowania naruszające te zasady są bezprawne¹⁴¹³. To właśnie naruszenie zasad współżycia społecznego będzie najczęściej przywoływane przez wierzycieli dochodzących roszczeń odszkodowawczych na podstawie deliktowej. Jak zwraca na to słusznie uwagę A. Opalski, „doprowadzając do rażącego niedokapitalizowania spółki [...] wspólnik nie narusza wyraźnego ustawowego zakazu”, jednakże takie zachowanie może być uznane za naruszenie zasad współżycia społecznego¹⁴¹⁴. Za naruszenie zasad współżycia społecznego należy uznać, zdaniem tego autora, również przejmowanie przez wspólnika korporacyjnych szans spółki¹⁴¹⁵. W. Popiołek, odnosząc pojęcie bezprawności do stosunków koncernowych, stwierdza, że sprzeczne z zasadami współżycia społecznego wyznaczającymi ramy swobodnego postępowania uczestników obrotu jest w szczególności wywieranie wpływu przez spółkę dominującą na interesy spółki zależnej, które prowadzi do jej niewypłacalności¹⁴¹⁶. W istocie, wszystkie przypadki „przebięcia” mogą być rozpatrywane w kategorii naruszenia zasad współżycia społecznego, co potwierdza zresztą doświadczenie niemieckiej doktryny i judykatury, w której jako alternatywna podstawa prawna w stosunku do odpowiedzialności przebijającej od lat funkcjonuje § 826 BGB regulujący odpowiedzialność deliktową za umyślne wyrządzenie szkody w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami (*sittenwidrige vorsätzliche Schädigung*).

Aby wykazać bezprawność czynu wspólnika, nie jest konieczne, aby jego zachowanie było skierowane przeciwko konkretnemu wierzycielowi. Jak podkreśla się bowiem

¹⁴¹⁰ Zob. *ibidem*, s. 205, nb 508.

¹⁴¹¹ Por. M. Kaliński, [w:] A. Olejniczak (red.), *System Prawa...*, s. 63, nb 45. Szerzej na ten temat W. Dubis, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks...*, art. 415, nb 6.

¹⁴¹² *Ibidem*, s. 202, nb 500; Zob. również A. Opalski, *Prawo...*, s. 512; W. Popiołek, *op. cit.*, s. 313. Stanowisko, zgodnie z którym naruszenie zasad współżycia społecznego jako naruszenie normy powszechnie obowiązującej oznacza bezprawność zachowania, dominuje w doktrynie polskiej (zob. W. Popiołek, *op. cit.*, s. 313), chociaż reprezentowany jest również pogląd temu przeciwny. Na temat kontrowersji związanych z zakresem pojęcia bezprawności zob. M. Kaliński, [w:] A. Olejniczak (red.), *System Prawa...*, s. 60–61, nb 44.

¹⁴¹³ W. Popiołek, *op. cit.*, s. 321.

¹⁴¹⁴ Zob. A. Opalski, *Prawo...*, s. 514.

¹⁴¹⁵ *Ibidem*, s. 514.

¹⁴¹⁶ W. Popiołek, *op. cit.*, s. 321.

w doktrynie i orzecznictwie, do przyjęcia bezprawności wymagane jest, aby naruszenie miało za przedmiot normę postępowania skierowaną na ochronę grupy jednostek, do której należy poszkodowany, a więc w tym przypadku wierzycieli¹⁴¹⁷. Poszukując normy prawnej skierowanej na ochronę wierzycieli spółki z o.o., można ją właśnie wywieść z zasad współżycia społecznego jako klauzuli generalnej. Jak wskazuje się bowiem w doktrynie, „z klauzul generalnych wynikają [...] niepisane normy dotyczące zachowania się w celu ochrony określonych interesów”¹⁴¹⁸.

Wierzyciel, dochodząc roszczeń odszkodowawczych od współnika/wspólników spółki z o.o., na podstawie art. 415 k.c. musi wykazać również jego/ich winę. Pojęcie winy odnosi się do sfery zjawisk/przeżyć psychicznych sprawcy i dlatego stanowi o stronie podmiotowej jego zachowania¹⁴¹⁹. Sprowadza się ona do ujemnej oceny działania lub zaniechania sprawcy czynu niedozwolonego i – zgodnie z dominującą w doktrynie prawa karnego i cywilnego normatywną koncepcją winy – jej istotę stanowi możliwość postawienia sprawcy zarzutu złamania zewnętrznych reguł postępowania, a więc zachowania się w sposób bezprawny¹⁴²⁰. W prawie cywilnym wyróżnia się, podobnie jak w prawie karnym, dwie postaci winy: umyślną i nieumyślną, a w ramach winy umyślnej dwa stopnie winy: zamiar bezpośredni (*dolus directus*) i zamiar ewentualny (*dolus eventualis*). Natomiast odmiennie od prawa karnego, w którym wyróżnia się dwa stopnie, a ściślej dwie odmiany winy nieumyślnej w postaci świadomej nieumyślności i nieświadomej nieumyślności, który to podział zastąpił dawny podział winy nieumyślnej na dwa stopnie lekkomyślności i niedbalstwa¹⁴²¹, w prawie cywilnym wina nieumyślna sprowadza się do niedbalstwa¹⁴²². Pojęcie niedbalstwa wiąże się z niezachowaniem przez sprawcę należytej staranności wymaganej w stosunkach danego rodzaju, a miernik należytej staranności ustala się na podstawie art. 355 k.c.¹⁴²³ Jak podkreśla się w doktrynie prawa cywilnego, „zarzut niedbalstwa będzie uzasadniony

¹⁴¹⁷ Zob. M. Kaliński, [w:] A. Olejniczak (red.), *System Prawa...*, s. 61, nb 45; *idem*, *Szkoda na mieniu i jej naprawienie*, wyd. 2, Warszawa 2011. Wyrażona w ten sposób tzw. zasada bezprawności względnej uważana jest za podstawę odpowiedzialności zarówno na zasadzie bezprawności, jak i na zasadzie winy. Zob. *ibidem*, s. 61, nb 45.

¹⁴¹⁸ *Ibidem*, s. 63, nb 45. Rozwijając tę tezę w kontekście rozważań o bezprawności względnej, M. Kaliński stwierdza, co następuje: „Jeżeli zachowaniem sprawczym naruszono zasady współżycia społecznego, należy ustalić, czy w konkretnej sytuacji naruszenie to zrealizowało niebezpieczeństwo, ku którego zapobieżeniu one zmierzają” (*ibidem*, s. 63, nb 45).

¹⁴¹⁹ Zob. Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania...*, s. 205, nb 508 i 509.

¹⁴²⁰ Por. W. Dubis, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks...*, art. 415, nb 17.

¹⁴²¹ Zob. szczegółowe omówienie problematyki winy nieumyślnej w prawie karnym: J. Giezek, [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, wyd. 2, Warszawa 2012, art. 9, nb 21–40.

¹⁴²² Zob. W. Dubis, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks...*, art. 415, nb 17. Przepisy kodeksu cywilnego nie posługują się samym pojęciem niedbalstwa, lecz używają określenia „rażące niedbalstwo” do określenia kwalifikowanego stopnia winy nieumyślnej. Zob. art. 757, 777 § 1, 788 § 1 i 3, 791 § 2, 801 § 1 i 3, 818 § 3, 826 § 3, 827 § 1, 849 § 2, 852, 855 § 4, 859⁸ § 2 oraz art. 891 § 1 k.c.

¹⁴²³ Zob. Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania...*, s. 208, nb 515.

wtedy, gdy dany sprawca szkody zachował się w sposób odbiegający od modelu wzorcowego, abstrakcyjnie ustalonego¹⁴²⁴.

W przypadku dochodzenia przez wierzycieli spółki roszczeń deliktowych odszkodowawczych od jej współników sporne jest, czy wystarczające jest, że wierzyciel udowodni chociażby najmniejsze zawinienie po stronie współnika, co jest wystarczające przy dochodzeniu roszczeń z art. 415 k.c.¹⁴²⁵, za czym opowiada się m.in. A. Karolak¹⁴²⁶, czy też wymagane jest wykazanie przez wierzyciela winy umyślnej współnika w związku z obowiązywaniem zasady ograniczenia indemnizacji do bezpośrednio poszkodowanego¹⁴²⁷.

Kolejną przesłanką odpowiedzialności deliktowej współnika spółki z o.o., którą obowiązany jest wykazać wierzyciel dochodzący roszczenia odszkodowawczego, jest poniesienie przez wierzyciela szkody. Doktryna prawa spółek w sposób różnorodny definiuje pojęcie szkody w przypadkach „przebicia”. I tak W. Popiołek, nawiązując do S. Włodyki, stwierdza, że „szkoda może [...] przybrać postać uszczerbku, jaki wierzyciel spółki [...] poniósł w następstwie niewykonania przez nią zobowiązania”¹⁴²⁸. S. Włodyka ponadto podkreśla, że poza szkodą w postaci niewykonania zobowiązania przez spółkę, wierzyciel może dochodzić naprawienia dalej idącej szkody, a ujmując to słowami autora: wszystkiego, „czego można domagać się w przypadku deliktowej odpowiedzialności dłużnika”¹⁴²⁹. Natomiast A. Opalski odnosząc się do szkody wierzycieli spółki poniesionej wskutek niedokapitalizowania spółki przez jej współników, określa ją jako utratę roszczeń przez wierzycieli i wiąże z niewypłacalnością spółki, opisując stan niedokapitalizowania uzasadniający dochodzenie odszkodowania jako doprowadzenie przez

¹⁴²⁴ Szerzej na ten temat zob. Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania...*, s. 208, nb 515. Na temat modelu starannego działania zob. również W. Dubis, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks...*, art. 415, nb 18.

¹⁴²⁵ Zob. W. Dubis, [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks...*, art. 415, nb 17.

¹⁴²⁶ Zob. A. Karolak, *op. cit.*, s. 10. Tak należy rozumieć wywód autora, który stwierdza, że wierzyciel dochodzący roszczeń deliktowych obowiązany jest wykazać subiektywny element winy, a więc winę umyślną w postaci zamiaru bezpośredniego albo ewentualnego, bądź winę nieumyślną w postaci lekkomyślności albo niedbalstwa.

¹⁴²⁷ Tak na gruncie prawa spółek przede wszystkim A. Opalski, *Prawo...*, s. 512–513 z powołaniem się na dominujący w tym względzie w doktrynie prawa cywilnego pogląd. Szerzej na ten temat zob. pkt 2.7.3 poniżej.

¹⁴²⁸ W. Popiołek, *op. cit.*, s. 313. Podobnie K. Pyzio, *op. cit.*, s. 136, przy czym autorka – nawiązując wyraźnie do W. Popiołka – dodaje, że wierzyciel może ponieść szkodę również wskutek nienależytego wykonania zobowiązania przez spółkę zależną, co jednak bardziej pasowałoby do odpowiedzialności spółki dominującej na podstawie kontraktowej. Dodatkowo należy podkreślić, że skoro w doktrynie prawa spółek przyjmuje się, o czym poniżej, że szkoda po stronie wierzyciela powstaje dopiero wówczas, gdy wykaże on brak możliwości zaspokojenia z majątku spółki w postępowaniu egzekucyjnym albo upadłościowym, trudno wiązać ten stan z nienależytym wykonaniem zobowiązania przez spółkę. Natomiast P. Wąż, nawiązując do S. Włodyki, określa szkodę jako następstwo nieuzyskania przez wierzyciela przysługującego mu od spółki świadczenia (z reguły pieniężnego). Zob. P. Wąż, *op. cit.*, s. 4.

¹⁴²⁹ Zob. S. Włodyka, *Prawo...*, s. 208; *idem*, [w:] S. Włodyka, *System...*, s. 1573.

wspólników do „sytuacji, w której zobowiązania spółki wobec wierzycieli nie mogą być realnie wykonywane ze względu na udostępnienie spółce rażąco niewystarczających funduszy, co skutkuje niewypłacalnością i ogłoszeniem upadłości spółki, a ostatecznie utratą roszczeń przez wierzycieli”¹⁴³⁰.

W doktrynie podkreśla się, że „wykazanie faktu powstania szkody nie powinno [...] nastroczać większych trudności”¹⁴³¹. Jednakże nie wystarczy wykazanie przez wierzyciela samego niewykonania zobowiązania przez spółkę. S. Włodyka zwraca uwagę na to, że szkoda po stronie wierzyciela będzie miała miejsce dopiero wówczas, gdy wystąpi ostateczna niemożliwość zaspokojenia się z majątku spółki w toku postępowania egzekucyjnego albo upadłościowego. Wówczas szkodą po stronie wierzyciela będzie „różnica pomiędzy jego należnością a tym, co udało się ściągnąć w drodze egzekucji singularnej lub uniwersalnej”¹⁴³².

Wreszcie wierzyciel powinien wykazać adekwatny związek przyczynowy pomiędzy szkodą a zachowaniem się współnika jako sprawcy szkody¹⁴³³.

2.7.3. Problematyka podmiotowego zakresu odpowiedzialności odszkodowawczej – zasada ograniczenia indemnizacji do bezpośrednio poszkodowanego a koncepcja dochodzenia roszczeń deliktowych przez pośrednio poszkodowanych

2.7.3.1. Problematyka podmiotowego zakresu odpowiedzialności odszkodowawczej w doktrynie polskiej

W doktrynie prawa spółek A. Opalski zwraca uwagę na to, że „odpowiedzialność odszkodowawcza współnika wobec wierzycieli spółki jest w prawie polskim dopuszczalna tylko w wąskich granicach, ze względu na zasadę ograniczenia indemnizacji do bezpośrednio poszkodowanego”¹⁴³⁴. Autor powołuje się przy tym na dominujące w tym względzie stanowisko doktryny cywilistycznej i orzecznictwa, które neguje dopuszczalność dochodzenia odszkodowania z tytułu tzw. szkody pośredniej¹⁴³⁵.

¹⁴³⁰ A. Opalski, *Prawo...*, s. 512.

¹⁴³¹ Tak. S. Włodyka, *Prawo...*, s. 209.

¹⁴³² *Ibidem*, s. 209.

¹⁴³³ Por. S. Włodyka, *Prawo...*, s. 208; K. Pyzio, *op. cit.*, s. 136, 160–161. Jak podkreśla A. Karolak, omawiając odpowiedzialność współników za odebranie spółce jej kontrahentów, który to przypadek należy zaliczyć – zgodnie z nazewnictwem przyjętym w doktrynie i orzecznictwie niemieckim – do grupy przypadków unicestwienia egzystencji spółki, związek przyczynowy wystąpi wówczas, gdy skutek takiej ingerencji nastąpi zubożenie spółki i niemożliwość zaspokojenia przez nią jej wymagalnych zobowiązań. Szerzej na temat związku przyczynowego w ogólności i adekwatnego związku przyczynowego zob. M. Kaliński, [w:] A. Olejniczak (red.), *System Prawa...*, s. 127–153, nb 99–123.

¹⁴³⁴ A. Opalski, *Prawo...*, s. 513.

¹⁴³⁵ *Ibidem*, s. 513. Również Z. Banaszczyk uznaje, że art. 415 k.c. stanowi – zgodnie z wciąż dominującym poglądem – dogmatyczną podstawę ograniczenia zakresu podmiotowego odpowiedzialności do bezpośrednio poszkodowanego, a to ze względu na użyte w tym przepisie kryterium wyrządzenia szkody

Omawiając obowiązywanie powyższej zasady w stosunku odszkodowawczym¹⁴³⁶ na gruncie polskiego prawa cywilnego, M. Kaliński podkreśla, przywołując argumenty doktryny i miarodajne orzecznictwo, że poszkodowanym może być wyłącznie ten, „przeciwko komu bezpośrednio było skierowane zdarzenie szkodzące”¹⁴³⁷. Zdaniem autora, wiąże się to z wymaganiem bezprawności szkody rozumianej jako bezprawność względna, z czego wynika, że „poszkodowanym w znaczeniu prawnym jest tylko ten podmiot, którego interes podlega ochronie przez normę prawa przedmiotowego”¹⁴³⁸. W prawie polskim brak jest natomiast generalnej normy prawa przedmiotowego, która chroniłaby „wszelkie interesy pośrednio poszkodowanych dotknięte naruszeniem wskutek zdarzenia szkodzącego”¹⁴³⁹.

Za podmiotowym ograniczeniem odpowiedzialności z tytułu czynów niedozwolonych i możliwością dochodzenia roszczeń odszkodowawczych jedynie przez bezpośrednio poszkodowanego przemawia, zdaniem M. Kalińskiego, również dosłowne brzmienie art. 415 k.c., w którym to przepisie mowa jest o wyrządzeniu szkody „drugiemu”, a nie jak we francuskim pierwowzorze tego przepisu – art. 1382 francuskiego kodeksu cywilnego – o wyrządzeniu szkody „komukolwiek” (*altrui*)¹⁴⁴⁰.

M. Kaliński zwraca jednak uwagę na to, że od powyższej zasady podmiotowego ograniczenia indemnizacji zachodzi tylko jeden wyjątek o charakterze ogólnym. Mianowicie, sprawca szkody obowiązany jest do jej rekompensaty wobec podmiotu poszkodowanego w sposób pośredni, jeżeli działał on z zamiarem wyrządzenia szkody właśnie temu poszkodowanemu, a więc zachowanie sprawcze cechował tzw. *animus laedendi*¹⁴⁴¹. Jak wyjaśnia autor, wynika to z obowiązywania zasady bezwzględnej odpowiedzialności za winę umyślną, a zamiar wyrządzenia szkody stanowi dalej idącą postać strony podmiotowej czynu niż wina umyślna¹⁴⁴². Natomiast P. Machnikowski wyjaśnia, że w przypadku uniemożliwienia dłużnikowi spełnienia świadczenia szkoda powstaje przede wszystkim w majątku dłużnika, a zatem w takim przypadku wierzyciel owego

„drugiemu”, a nie „komukolwiek”. Zob. Z. Banaszczyk, [w:] K. Pietrzykowski, *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz do art. 1–449¹⁰*, wyd. 8, Warszawa 2015, art. 415, nb 27. Szerzej na ten temat poniżej.

¹⁴³⁶ Obowiązywanie tej zasady potwierdza również Z. Banaszczyk, *ibidem*, nb 29, który uznaje za niesłuszne wyrażane w doktrynie i orzecznictwie stanowisko o dopuszczalności dochodzenia roszczeń odszkodowawczych na podstawie art. 415 k.c. przez wszelkich poszkodowanych, a więc również podmioty poszkodowane pośrednio.

¹⁴³⁷ M. Kaliński, [w:] A. Olejniczak (red.), *System Prawa...*, s. 40, nb 28.

¹⁴³⁸ *Ibidem*.

¹⁴³⁹ *Ibidem*.

¹⁴⁴⁰ *Ibidem*, s. 42, nb 28.

¹⁴⁴¹ *Ibidem*, s. 40–41, nb 28 i przywołana tam literatura.

¹⁴⁴² *Ibidem*, s. 41, nb 28. Jak podkreśla Z. Banaszczyk, *op. cit.*, art. 415, nb 25, zasada bezwzględnej odpowiedzialności za winę umyślną znajduje swój wyraz m.in. w art. 422, 441 § 3 oraz art. 473 § 2 k.c., a także w art. 34 ust. 2 p.u.

dłużnika ponosi szkodę jedynie pośrednio¹⁴⁴³. Nie oznacza to jednak, zdaniem autora, niedopuszczalności odpowiedzialności deliktowej za tzw. naruszenie wierzycelności. Odpowiedzialność taka jest dopuszczalna, jeżeli zachowanie osoby trzeciej jest skierowane na wyrządzenie szkody wierzycielowi w stosunku obligacyjnym. Wówczas „bezprawność tego zachowania nie polega na naruszeniu wierzycelności (której osoba trzecia nie ma obowiązku nie naruszać), ale na sprzeczności z zasadami współżycia społecznego, która jest cechą każdego zachowania podejmowanego w zamiarze wyrządzenia szkody innej osobie”¹⁴⁴⁴. Odnosząc się do strony podmiotowej takiego deliktu, P. Machnikowski zwraca uwagę, że część autorów pisze w tym kontekście jedynie o winie, inni wymagają zaś umyślności (zamiaru, działania kierunkowego). Zdaniem autora, poprawny jest wyłącznie ten drugi pogląd. Jak podkreśla autor, „konstrukcja deliktowego naruszenia wierzycelności może [...] opierać się wyłącznie na negatywnej ocenie działania osoby naruszającej ze względu na cel tego działania (świadome dążenie do wyrządzenia szkody innej osobie). Oznacza to, że pierwszą przesłanką tej odpowiedzialności jest wiedza o prawie przysługującym wierzycielowi. Drugą przesłanką jest to, by działanie sprawcy miało jako swój główny lub wyłączny cel uniemożliwienie realizacji tego prawa ze szkodą dla wierzyciela. Jeżeli działanie godzące w wierzycelność podejmowane jest w innym celu (np. dla własnej korzyści, w ramach dozwolonej walki konkurencyjnej), nie stanowi ono deliktu¹⁴⁴⁵. P. Machnikowski podnosi, że na rzecz tej koncepcji przemawia jej zgodność z reprezentatywnym dla prawodawstw europejskich modelem ochrony zawartym w art. VI-2:211 DCFR¹⁴⁴⁶. Autor sam zwraca uwagę na to, że jego stanowisko na temat ochrony wierzycelności koresponduje z zaprezentowanym przez M. Kalińskiego i innych autorów¹⁴⁴⁷ poglądem dopuszczającym wyjątek od zasady nie-naprawiania uszczerbków pośrednich, zgodnie z którym uszczerbek doznany przez podmiot poszkodowany pośrednio podlega naprawieniu tylko wówczas, gdy sprawca działał w zamiarze wyrządzenia szkody temu właśnie podmiotowi¹⁴⁴⁸.

Już w tym miejscu rozważań należy podkreślić, że takie zakreślenie, zgodnie z dominującym poglądem w doktrynie, pozaustawowego wyjątku od zasady ograniczenia

¹⁴⁴³ P. Machnikowski, [w:] A. Olejniczak (red.), *System Prawa Prywatnego. Tom 6. Prawo zobowiązań – część ogólna*, 2. wyd., Warszawa 2014, s. 406, nb 26.

¹⁴⁴⁴ *Ibidem*, s. 407–408, nb 26.

¹⁴⁴⁵ *Ibidem*, s. 408, nb 26.

¹⁴⁴⁶ *Ibidem*.

¹⁴⁴⁷ P. Machnikowski przywołuje przy tym stanowisko W. Czachórskiego, który powołując się na stanowisko wyrażone w doktrynie francuskiej m.in. przez J. Carbonniera, stwierdził, że odstępstwo od zasady ograniczenia indemnizacji do bezpośrednio poszkodowanego jest dopuszczalne tylko wyjątkowo w razie umyślności działania sprawcy w celu szkodenia, „co ma za sobą racje życiowe”. Zob. W. Czachórski, [w:] Z. Radwański (red.), *System prawa cywilnego. Tom III, cz. 1. Prawo zobowiązań – część ogólna*, Wrocław 1981, s. 534.

¹⁴⁴⁸ *Ibidem*, s. 408, nb 26.

indemnizacji do bezpośrednio poszkodowanego oznacza istotne ograniczenie możliwości zastosowania art. 415 k.c. w celu ochrony wierzycieli spółki z o.o. Skoro bowiem, przenosząc omawianą kwestię na grunt problematyki prawa spółek, warunkiem pociągnięcia współnika do odpowiedzialności deliktowej wobec wierzycieli spółki jest to, aby jego działanie miało za swój główny lub wyłączny cel uniemożliwienie wierzycielom realizacji ich roszczeń wobec spółki, to nie jest możliwe popełnienie takiego czynu niedozwolonego umyślnie w zamiarze ewentualnym. W rachubę wchodzi zatem jedynie działanie współnika jako sprawcy w zamiarze bezpośrednim, i to w celu wyrządzenia szkody wierzycielom spółki, a więc w zamiarze, który – stosując terminologię używaną w prawie karnym – można określić jako *dolus directus coloratus* (zamiar bezpośredni kierunkowy, zabarwiony, a więc cechujący się dodatkowym celem, czy też motywem)¹⁴⁴⁹. Przy takim natężeniu winy umyślnej współnika jako sprawcy rodzi się pytanie, czy poszkodowanych zachowaniem współnika wierzycieli można w ogóle traktować jako poszkodowanych pośrednio¹⁴⁵⁰, a nie powinno się raczej przyjąć, że są oni wówczas poszkodowani bezpośrednio. Potwierdzeniem zasadności takiego pytania jest niemiecka praktyka orzecznicza, a w szczególności wyrok w sprawie *KBV*, w którym niemiecki Federalny Trybunał Sprawiedliwości nie wykluczył możliwości dochodzenia roszczeń przez wierzycieli spółki z o.o. bezpośrednio wobec jej współników oprócz odpowiedzialności przebijającej również na podstawie deliktowej § 826 BGB.

Powołując się na obowiązywanie zasady ograniczenia indemnizacji do bezpośrednio poszkodowanego, A. Opalski stwierdza, że jeżeli w następstwie działań współnika zostanie wywołana szkoda w majątku spółki, to uprawnioną do dochodzenia roszczeń odszkodowawczych będzie z reguły wyłącznie spółka, jako poszkodowana bezpośrednio, a nie jej wierzyciele jako poszkodowani pośrednio. Będzie to miało miejsce w szczególności w przypadku niedokapitalizowania spółki, pozbawiania jej szans gospodarczych albo wydawania przez współnika poleceń szkodzących spółce wbrew zasadom współzycia społecznego. Natomiast wierzyciele jako poszkodowani pośrednio będą mieli prawo do dochodzenia roszczeń odszkodowawczych – zgodnie z powołanym powyżej wyjątkiem od zasady ograniczenia indemnizacji szkody do bezpośrednio poszkodowanego – wówczas, gdy np. współnik dominujący wyda zarządowi spółki zależnej

¹⁴⁴⁹ Na temat tzw. celowościowej odmiany zamiaru przy przestępstwach zaliczanych do tzw. celowościowej odmiany przestępstw kierunkowych zob. przykładowo M. Królikowski, [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.) *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz do art. 1–31*, wyd. 3, Warszawa 2015, art. 9, nb 25.

¹⁴⁵⁰ Ten problem dostrzega słusznie P. Machnikowski, który podkreśla, że w takim przypadku sprawca działa z zamiarem wyrządzenia szkody w majątku osoby trzeciej jedynie za pośrednictwem czyjegoś majątku. Zob. P. Machnikowski, *op. cit.*, s. 409, nb 26.

polecenie niewykonania umowy łączącej spółkę zależną z kontrahentem¹⁴⁵¹. Autor zdaje sobie sprawę z pogorszenia sytuacji wierzycieli spółki związanej z obowiązywaniem tej zasady, jednakże podnosi zarazem, że eliminuje ona przynajmniej konkurencję roszczeń spółki i jej wierzycieli, a przez to zapobiega sytuacji, w której – gdyby przyjąć dopuszczalność rekompensaty szkody pośredniej – wspólnik byłby zobowiązany do naprawienia szkody dwukrotnie: „wobec spółki oraz odrębnie wobec jej wierzycieli”, czego, zdaniem autora, nie można zaakceptować¹⁴⁵².

Spora grupa przedstawicieli doktryny prawa spółek kwestionuje obowiązywanie zasady ograniczenia indemnizacji do bezpośrednio poszkodowanego i uznaje, że brak jest w polskim prawie deliktowym podstaw do pozbawienia wierzycieli spółki z o.o. jako poszkodowanych pośrednio możliwości dochodzenia roszczeń odszkodowawczych przeciwko jej wspólnikom¹⁴⁵³. Przedstawiają oni wiele argumentów mających przemawiać za dopuszczalnością rekompensaty tak rozumianej przez nich szkody pośredniej¹⁴⁵⁴.

Zdaniem W. Popiołka, którego stanowisko należy uznać za reprezentatywne dla wspomnianej grupy autorów, „poglądy o braku podstaw do przypisania sprawcy odpowiedzialności za «szkodę pośrednią» nie są [...] zasadne”¹⁴⁵⁵. Rozróżnienie na szkodę pośrednią i bezpośrednią nie ma bowiem swojej podstawy normatywnej w prawie polskim i bazuje jedynie na stanowisku orzecznictwa albo na pojmowaniu przez poszczególne autorów pojęcia szkody pośredniej¹⁴⁵⁶. Autor wskazuje na wieloznaczność pojęć

¹⁴⁵¹ Zob. A. Opalski, *Prawo...*, s. 513–514. Tak samo A. Opalski, A.W. Wiśniewski, [w:] A. Opalski (red.), *Kodeks spółek handlowych. Tom III A. Spółka akcyjna. Komentarz do art. 301–392*, Warszawa 2015, art. 1, nb 90.

¹⁴⁵² *Ibidem*, s. 514. Na to takie ryzyko zwraca również uwagę P. Machnikowski, *op. cit.*, s. 406, nb 26.

¹⁴⁵³ Zob. T. Targosz, *Nadużycie...*, s. 255–256; R. Szczepaniak, *op. cit.*, s. 253–254; K. Osajda, *Odpowiedzialność cywilna...*, s. 235; M. Tofel, *op. cit.*, s. 1125; W. Popiołek, *op. cit.*, s. 305 i n.; K. Pyzio, *op. cit.*, s. 140–146.

¹⁴⁵⁴ Pogląd o dopuszczalności rekompensaty tzw. szkody pośredniej reprezentuje również wielu przedstawicieli doktryny prawa cywilnego. Szerzej na temat tej problematyki zob. B. Lackoroński, *Odpowiedzialność cywilna za pośrednie naruszenia dóbr*, Warszawa 2013.

¹⁴⁵⁵ W. Popiołek, *op. cit.*, s. 316.

¹⁴⁵⁶ *Ibidem*. Zob. na ten temat również M. Kaliński, [w:] A. Olejniczak (red.), *System Prawa...*, s. 112–113, nb 88. W. Popiołek neguje jednocześnie przywoływaną w doktrynie cywilistycznej zasadność konstrukcji bezprawności względnej, zgodnie z którą zachowanie sprawcy podmiotu ponoszącego odpowiedzialność deliktową musi być skierowane przeciwko poszkodowanemu, „co oznacza, że sprawca ponosi odpowiedzialność tylko wobec tych podmiotów, przeciwko którym bezpośrednio skierowane było jego działanie”, a więc konstrukcję, z której wywodzi się – w istocie – obowiązywanie zasady ograniczenia indemnizacji do bezpośrednio poszkodowanego. Autor powołuje się przy tym na odrzucenie tej konstrukcji w doktrynie francuskiej, która obecnie stoi na stanowisku, że za bezprawny należy uznawać każdy czyn naruszający normę postępowania, a stanowisko przeciwne nie tylko nie ma normatywnej podstawy, lecz również prowadzi do podważenia pewności prawa. Zob. W. Popiołek, *op. cit.*, s. 314–315, w tym s. 315, przyp. 53. Szerzej na temat pojęcia bezprawności względnej zob. M. Kaliński, [w:] A. Olejniczak (red.), *System Prawa...*, s. 61–64, nb 45.

„szkoda pośrednia” i „szkoda bezpośrednia”¹⁴⁵⁷, zwracając jednocześnie uwagę na najczęściej przywoływane w doktrynie i orzecznictwie ich rozróżnienie posługujące się uproszczonym kryterium podmiotowym. Zgodnie z tym ujęciem „szkodą bezpośrednią jest uszczerbek występujący u podmiotu, przeciwko któremu skierowane było działanie sprawcze, a szkodą pośrednią jest uszczerbek doznany przez osobę trzecią”¹⁴⁵⁸. W związku z tym za poszkodowanego pośrednio należy uznać podmiot, „przeciwko któremu nie było skierowane działanie sprawcze, a uszczerbek w dobrze tego podmiotu nie powstał jako bezpośredni skutek zdarzenia szkodzącego, lecz stanowi uboczną, właśnie pośrednią, konsekwencję szkody, która wystąpiła w majątku poszkodowanego bezpośrednio”¹⁴⁵⁹. Stanowisko takie, jak podkreśla W. Popiołek, znalazło swoje potwierdzenie w orzecznictwie Sądu Najwyższego, który dodatkowo argumentuje, że jeżeli ustawodawca odstępuje od pojmowania szkody jako szkody bezpośredniej, wprowadza w tym celu szczególną regulację, której przykładem są przede wszystkim przepisy szczególne art. 446 § 2 i § 3 k.c.¹⁴⁶⁰ Zdaniem autora, wbrew stanowisku Sądu Najwyższego nie można jednak uznać, że art. 446 k.c. wprowadza „wyjątek od ogólnej zasady niedopuszczalności żądania ochrony przez bezpośrednio poszkodowanego”, lecz należy przyjąć, że szczególny charakter roszczeń określonych w tym przepisie wymaga odrębnej regulacji w zakresie dochodzenia odszkodowania przez osoby bliskie wobec poszkodowanego bezpośrednio¹⁴⁶¹.

W. Popiołek krytykuje również powoływanie się na brzmienie art. 415 k.c. w celu uzasadnienia obowiązywania zasady ograniczenia indemnizacji do bezpośrednio poszkodowanego. Zdaniem autora, posłużenie się w tym przepisie wyrazem „drugiemu”, a nie jak we francuskim odpowiedniku tego przepisu – art. 1382 francuskiego k.c. – „komukolwiek” nie oznacza zamiaru zawężenia kręgu poszkodowanych do poszkodowanych

¹⁴⁵⁷ *Ibidem*, s. 317.

¹⁴⁵⁸ *Ibidem*.

¹⁴⁵⁹ Zob. *ibidem*, s. 317–318 i powołana tam literatura.

¹⁴⁶⁰ Zob. W. Popiołek, *op. cit.*, s. 317 i przywołane tam orzecznictwo SN. Obowiązywanie zasady ograniczenia indemnizacji do bezpośrednio poszkodowanego znajduje swoje potwierdzenie również w orzecznictwie sądów powszechnych. Zob. zwłaszcza wyrok Sądu Apelacyjnego w Katowicach z dnia 28 czerwca 2011 r. w sprawie I ACa 307/11, LEX nr 1102907, którego tenor jest następujący: „Z istoty odpowiedzialności opartej na przepisie art. 415 k.c. wynika, że czyn niedozwolony powinien być skierowany bezpośrednio przeciwko osobie, która dochodzi naprawienia szkody”.

¹⁴⁶¹ *Ibidem*, s. 318. Szerzej na ten temat zob. B. Lackoroński, *Odpowiedzialność cywilna...*, s. 111–125. Podobnie argumentuje B. Lackoroński, odnosząc się do przepisów art. 441 § 3, art. 427, art. 429 oraz art. 431 § 1 k.c., które również regulują w istocie odpowiedzialność za pośrednie naruszenie dobra na zasadzie winy, wprowadzając określone modyfikacje ułatwiające „realizację funkcji roszczenia o naprawienie szkody”. W związku z tym przepisów tych nie należy uznawać za wyjątki od rzekomej ogólnej zasady odpowiedzialności odszkodowawczej wyłącznie wobec poszkodowanych w wyniku bezpośrednich naruszeń ich dóbr. Zob. szerzej B. Lackoroński, *Odpowiedzialność cywilna...*, s. 197–200.

bezpośrednio, ponieważ służy on jedynie przeciwstawieniu poszkodowanego od sprawcy i oznacza tyle, co „inny”¹⁴⁶².

Konsekwentnie negując konstrukcję bezskuteczności względnej, W. Popiołek zwraca uwagę przede wszystkim na to, że nie rozstrzyga ona o tym, jakie przesłanki decydują w konkretnych okolicznościach o zakwalifikowaniu działania sprawcy jako skierowanego przeciwko określonemu podmiotowi¹⁴⁶³. Rozwijając krytykę tej konstrukcji, autor podkreśla, że bezprawność oznacza „obiektywną nieprawidłowość postępowania” i sprzeczność zachowania sprawcy z szeroko rozumiany porządkiem prawnym¹⁴⁶⁴. Zachowanie jest zatem bezprawne dlatego, „że narusza nakazy lub zakazy, a nie dlatego, że jest skierowane przeciwko określonym podmiotom bądź narusza interesy konkretnych podmiotów”. Jak podkreśla autor, „nie można ograniczać możliwości uzyskania kompensaty szkód tylko do tych przypadków, do których ustawodawca przewidział możliwość określonego zachowania szkodzącego i ustanowił normę zakazującą go”¹⁴⁶⁵. Powołując się na wybrane orzeczenia Sądu Najwyższego W. Popiołek stwierdza, że „to, czy dany poszkodowany bezprawnym i zawinionym zachowaniem sprawcy może domagać się od niego naprawienia szkody, zależy tylko od tego, czy pozostaje ona w adekwatnym związku przyczynowym z tym działaniem sprawcy”¹⁴⁶⁶. Zdaniem autora, adekwatny związek przyczynowy, a ściśle adekwatność następstw zachowania sprawczego, decyduje również o rozmiarze szkody podlegającej naprawieniu: „uszczerbek, jaki by on nie był («bezpośredni» czy «pośredni») podlega naprawieniu, o ile mieści się w tak ustalonym zakresie”¹⁴⁶⁷. Dlatego też autor stwierdza, że w aktualnym stanie prawnym ograniczenie odpowiedzialności spółki dominującej za szkodę wyrządzoną wierzycielowi spółki zależnej możliwe jest co do zasady tylko w przypadku braku adekwatnego związku przyczynowego między zachowaniem spółki dominującej a szkodą, tzn. wówczas, gdy „szkoda po stronie wierzyciela spółki zależnej nie jest skutkiem, nawet ubocznym, bezprawnego działania spółki dominującej”¹⁴⁶⁸. A zatem, zdaniem W. Popiołka, jeżeli spełnione są przesłanki odpowiedzialności deliktowej w postaci bezprawnego i zawinionego zachowania sprawcy, którego skutkiem (normalnym następstwem) jest szkoda, „to każdy – bezpośrednio i pośrednio poszkodowany – ma własne roszczenie,

¹⁴⁶² *Ibidem*, s. 318. Z kolei B. Lackoroński, który w sposób bardzo szczegółowy analizuje problematykę pojęciową art. 415 k.c. dochodzi do wniosku, że słowo „drugiemu” użyte w tym przepisie ma znaczenie zbliżone do słowa „komukolwiek”. Zob. B. Lackoroński, *Odpowiedzialność cywilna...*, s. 194–197.

¹⁴⁶³ *Ibidem*, s. 320. Autor podkreśla ponadto, że konstrukcja bezprawności względnej jest zagadnieniem odrębnym od zagadnienia szkody pośredniej i wobec niego wstępnym, ponieważ „skutek czynu w postaci tak czy inaczej rozumianej szkody nie może przesądzać o jej bezprawności”.

¹⁴⁶⁴ *Ibidem*, s. 318.

¹⁴⁶⁵ *Ibidem*, s. 319.

¹⁴⁶⁶ W. Popiołek, *op. cit.*, s. 319.

¹⁴⁶⁷ *Ibidem*.

¹⁴⁶⁸ *Ibidem*.

którego treść sprowadza się do przywrócenia stanu sprzed działania szkodzącego”. Naprawieniu podlega zatem „każda szkoda, która pozostaje w normalnym związku przyczynowym z bezprawnym zachowaniem sprawcy”¹⁴⁶⁹.

Odnosząc się do przesłanki odpowiedzialności deliktowej na podstawie art. 415 k.c. w postaci winy sprawcy szkody, W. Popiołek podkreślił, że w polskim prawie deliktowym brak jest podstaw „do uzależniania odpowiedzialności sprawcy od określonego stopnia winy”, a zatem jeżeli „szkoda pośrednia stanowi «normalne» następstwo bezprawnego zachowania sprawcy, może on dochodzić naprawienia szkody, nawet jeżeli sprawcy można przypisać tylko najniższy stopień winy”¹⁴⁷⁰.

Przedstawiając swoją argumentację przemawiającą za dopuszczalnością rekompensaty szkody pośredniej i dochodzeniem roszczeń odszkodowawczych wobec spółki dominującej przez wierzycieli spółki zależnej, która jest aktualna również w oderwaniu od problematyki koncernowej, W. Popiołek powołuje się na jedno z najnowszych orzeczeń Sądu Najwyższego dotyczące tej problematyki. W swoim wyroku z dnia 22 czerwca 2012 r. w sprawie V CSK 282/11, SN stwierdził mianowicie, co następuje:

„I. Odszkodowaniu podlega nie tylko szkoda bezpośrednia, lecz także tzw. szkoda pośrednia, jeżeli pozostaje w normalnym związku przyczynowym z bezprawnym zachowaniem sprawcy (art. 361 § 1 KC).

II. Konstrukcja tzw. bezprawności względnej nasuwa uzasadnione zastrzeżenia, ponieważ wkracza w sferę powiązań kauzalnych, właściwą dla badania przesłanki związku przyczynowego między zdarzeniem sprawczym a szkodą. Trudno też pogodzić tę konstrukcję z pojmowaniem bezprawności w rozumieniu art. 415 KC jako zachowanie naruszające powszechnie obowiązujące reguły postępowania wyznaczone przez nakazy i zakazy. Nie bez znaczenia pozostaje wreszcie okoliczność, że ustawodawca nie rozróżnił szkody bezpośredniej i pośredniej, w zależności od tego czy została lub nie została nakierowana na określoną osobę. Dlatego też bardziej przekonujące jest stanowisko, że naprawieniu podlega każda szkoda, która pozostaje w normalnym związku przyczynowym z bezprawnym zachowaniem sprawcy”.

Krytykę obowiązywania zasady ograniczenia indemnizacji do bezpośrednio poszkodowanego wyrażoną przez W. Popiołka należy uzupełnić o stanowisko K. Pyzio, która, odnosząc się do obawy wyrażonej przez A. Opalskiego, dotyczącej ryzyka podwójnej rekompensaty szkody na rzecz dwóch różnych podmiotów: spółki i wspólnika, podkreśla (rozwijając stwierdzenie W. Popiołka przedstawione powyżej), że twierdzenie o podwójnym naprawieniu szkody nie jest prawidłowe. Szkoda poniesiona przez spółkę jest bowiem, zdaniem autorki, uszczerbkiem odrębnym od szkody poniesionej przez jej

¹⁴⁶⁹ *Ibidem*, s. 320.

¹⁴⁷⁰ *Ibidem*, s. 322.

wierzycieli. Roszczenia o naprawienie tych szkód mają zatem charakter rozłączny, a ponadto przysługują podmiotom odrębnym, mającym rozdzielny majątek. Tym samym, zdaniem K. Pyzio, „nie ma podstaw do ich utożsamiania jedynie z uwagi na okoliczność, iż szkody te powstały na skutek tego samego zdarzenia”¹⁴⁷¹.

Należy zwrócić jeszcze uwagę na krytykę podmiotowego ograniczenia indemnizacji odwołującą się do obowiązujących przepisów Konstytucji RP. Zdaniem B. Lackorońskiego, „różnicowanie sytuacji prawnej poszkodowanych z uwagi na sposób naruszenia ich dóbr, z którego wynikła szkoda” wywołuje wątpliwości co do dopuszczalności takiego zabiegu „z punktu widzenia zasady równości wynikającej z art. 32 ust. 1 Konstytucji RP oraz zasady równej ochrony praw majątkowych wynikającej z art. 64 ust. 2 Konstytucji RP”¹⁴⁷². Analizując problematykę dopuszczalności rekompensaty szkody pośredniej z perspektywy norm konstytucyjnych, autor ten dochodzi do wniosku, że „w związku z istotnymi zastrzeżeniami wynikającymi z zasad konstytucyjnych, próba wprowadzenia podmiotowego ograniczenia odpowiedzialności odszkodowawczej na ogólnych podstawach wyłącznie wobec poszkodowanych w wyniku bezpośredniego naruszenia dóbr poprzez zawężenie zakresu pojęcia «poszkodowany» lub «szkody» jest niedopuszczalna”¹⁴⁷³.

W doktrynie prawa cywilnego w celu uzasadnienia dopuszczalności rekompensaty szkody pośredniej przytacza się wreszcie argument natury celowościowej w postaci rozwoju stosunków społeczno-gospodarczych oraz ekspansji techniki, co ma przemawiać za tym, aby wzrostowi ryzyka doznawania szkód wskutek owego rozwoju towarzyszyło korespondujące z tym wzrostem rozszerzenie prawa do rekompensaty szkody na wypadek ziszczenia się tego ryzyka, również poprzez poszerzenie kręgu uprawnionych do odszkodowania poszkodowanych¹⁴⁷⁴.

Stanowisko reprezentowane przez zwolenników dopuszczalności rekompensaty tak rozumianej szkody pośredniej jest krytykowane przez autorów, którzy bronią obowiązywania zasady ograniczenia indemnizacji do bezpośrednio poszkodowanego. M. Kaliński zwraca uwagę na to, że obowiązywanie szczególnej regulacji w postaci

¹⁴⁷¹ Zob. K. Pyzio, *op. cit.*, s. 146.

¹⁴⁷² Zob. B. Lackoroński, *Odpowiedzialność cywilna...*, s. 163–166.

¹⁴⁷³ *Ibidem*, s. 165–166. Ponadto autor ten stwierdza, że podmiotowe ograniczenie indemnizacji narusza również konstytucyjną zasadę odpowiedzialności władzy publicznej za sprzeczne z prawem jej wykonywanie, która jest wyrażona w art. 77 ust. 1 Konstytucji RP, a który to przepis na oznaczenie wierzyciela używa słowo „każdy”. Zob. B. Lackoroński, *Odpowiedzialność za tzw. szkody pośrednie w polskim prawie cywilnym*, [w:] J. Jastrzębski (red.), *Odpowiedzialność odszkodowawcza*, Warszawa 2007, s. 144. Szerzej na temat odpowiedzialności odszkodowawczej podmiotów wykonujących władzę publiczną za szkodę pośrednią *idem*, *Odpowiedzialność cywilna...*, s. 201 i n., a zwłaszcza s. 227.

¹⁴⁷⁴ Tak L. Stecki, *Problematyka odpowiedzialności za szkodę pośrednią*, [w:] S. Sołtyński (red.) *Problemy kodyfikacji prawa cywilnego (studia i rozprawy). Księga pamiątkowa ku czci profesora Zbigniewa Radwańskiego*, Poznań 1990, s. 299 i n., którego pogląd przywołują M. Kaliński, [w:] A. Olejniczak (red.), *System Prawa...*, s. 41, nb 28 oraz Z. Banaszczyk, *op. cit.*, art. 415, nb 28.

art. 446 § 2 i 3 k.c. stanowi istotny argument dogmatyczny przemawiający za obowiązywaniem ograniczenia indemnizacji, który nie jest brany pod uwagę w tych orzeczeniach SN, w których dopuszcza się rekompensatę szkody pośredniej¹⁴⁷⁵. Pomijając jednak argumenty o charakterze dogmatycznym (obowiązywanie art. 446 § 2 i 3 k.c., treść art. 415 k.c.), przeciwko rozszerzeniu kręgu podmiotów uprawnionych do odszkodowania na osoby pośrednio poszkodowane przemawiają również, zdaniem autora, racje celowościowe. Gdyby poprzestać jedynie na kryterium adekwatnego związku przyczynowego jako wyznacznika kręgu poszkodowanych, doprowadziłoby to do zalewu sądów powództwami odszkodowawczymi kierowanymi przeciwko podmiotom, którym można przypisać pierwotne zdarzenie szkodzące¹⁴⁷⁶. Dlatego też zasadny jest postulat uwzględnienia wyłącznie związku przyczynowego między zdarzeniem szkodzącym a naruszeniami doznanymi przez bezpośrednio poszkodowanego, a więc podmiotu, przeciwko któremu było skierowane zdarzenie szkodzące. Tylko w ten sposób można zapobiec nadmiernemu rozszerzaniu kręgu następstw szkodowych objętych indemnizacją¹⁴⁷⁷. M. Kaliński podkreśla walor humanitarny ograniczenia zakresu indemnizacji do bezpośrednio poszkodowanego w postaci ograniczenia „zakresu obciążenia dłużnika roszczeniami różnych podmiotów”. Argumentację tę rozwija, jak już wyżej wspomniano, A. Opalski, podnosząc, że dopuszczenie rekompensaty szkody pośredniej prowadzi do obarczenia współnika spółki ryzykiem naprawienia szkody dwukrotnie: raz wobec spółki, drugi raz wobec jej wierzycieli¹⁴⁷⁸. M. Kaliński zwraca również uwagę na to, że postulat uznania adekwatnego związku przyczynowego za wystarczający wyznacznik kręgu podmiotów poszkodowanych i stwierdzenie, że ryzyko odpowiedzialności za następstwa zdarzenia szkodzącego określone z zastosowaniem ustawowych kryteriów przyczynowości powinno obciążać sprawcę, były formułowane w doktrynie jedynie jako postulaty *de lege ferenda*, a nie wnioski *de lege lata*¹⁴⁷⁹. Na zakończenie swojej argumentacji przemawiającej za zasadnością obowiązywania zasady ograniczenia indemnizacji do bezpośrednio poszkodowanego, M. Kaliński podaje klasyczny w doktrynie niemieckiej przykład czynu niedozwolonego w postaci uszkodzenia ciała śpiewaczki operowej w wypadku komunikacyjnym i stwierdza, że poszkodowanym w znaczeniu prawnym jest wyłącznie śpiewaczka, a nie zatrudniająca ją przedsiębiorstwo operowe, „choć niewątpliwie między zdarzeniem szkodzącym a uszczerbkiem pracodawcy śpiewaczki zachodzi adekwatne powiązanie przyczynowe”¹⁴⁸⁰.

¹⁴⁷⁵ M. Kaliński, [w:] A. Olejniczak (red.), *System Prawa...*, s. 41 i 42, nb 28.

¹⁴⁷⁶ *Ibidem*, s. 41, nb 28.

¹⁴⁷⁷ Por. *ibidem*.

¹⁴⁷⁸ A. Opalski, *Prawo...*, s. 514.

¹⁴⁷⁹ Zob. M. Kaliński, [w:] A. Olejniczak (red.), *System Prawa...*, s. 41, nb 28.

¹⁴⁸⁰ *Ibidem*, s. 42, nb 28.

Przedstawiając obydwą konkurujące ze sobą poglądy na temat zakresu podmiotowego indemnizacji, Z. Banaszczyk stwierdza, że prawidłowe jest stanowisko zwolenników obowiązywania zasady ograniczenia indemnizacji do bezpośrednio poszkodowanego¹⁴⁸¹. Zdaniem autora, przywoływane na potwierdzenie obowiązywania tej zasady argumenty wymagają do pewnego stopnia korekty, ponieważ art. 415 k.c. rzeczywiście nie zawiera w swej treści żadnych ograniczeń. Jednakże, jak podkreśla autor, „odpowiedzialność odszkodowawcza stanowi wyjątek od zasady, że poszkodowany sam ponosi ujemne następstwa wyrządzonego mu uszczerbku, gdyż ustanawia prawny obowiązek naprawienia szkody przez inny podmiot”. Zdaniem autora, należy zatem przyjąć, że chociaż art. 415 nie ustanawia, co prawda, podmiotowego ograniczenia odpowiedzialności za czyn bezprawny, to jednak formułuje on „szczególną dla tego reżimu odpowiedzialności metodę oznaczenia podmiotów, którym przysługują roszczenia, w tym w zakresie kryterium bezpośredniego poszkodowania przez czyn niedozwolony”¹⁴⁸².

2.7.3.2. Problematyka podmiotowego zakresu odpowiedzialności odszkodowawczej w doktrynie niemieckiej

Odnosząc przedstawioną powyżej różnicę poglądów doktryny polskiej oraz stanowiska orzecznictwa sądów polskich odnośnie do podmiotowego zakresu rekompensaty szkody i warunków dopuszczalności dochodzenia deliktowych roszczeń odszkodowawczych przez wierzycieli spółki z o.o. wobec jej wspólników do stanowiska niemieckiej doktryny i orzecznictwa w tej kwestii, należy stwierdzić, że również w Niemczech brak jest jednolitości poglądów w tym zakresie.

Niemieckie prawo deliktowe, jak wiadomo¹⁴⁸³, nie jest zbudowane na generalnej formule deliktu, tak jak prawo polskie, czy francuskie, ale nie przejęło również kazuistycznego modelu deliktowego wywodzącego się z prawa rzymskiego. Zamiast tego ustawodawca niemiecki zdecydował się na rozwiązanie pośrednie, w ramach którego uregulowane są, jak określa się to w doktrynie niemieckiej, trzy podstawowe ogólne deliktowe stany faktyczne (*drei allgemeine Deliktstatbestände, Grundtatbestände*), określone w przepisach § 823 ust. 1, § 823 ust. 2 oraz § 826 BGB, a dodatkowo – niejako w uzupełnieniu tej ogólnej regulacji – inne szczegółowe przepisy regulują pojedyncze deliktowe stany faktyczne (*Einzeltatbestände*) i precyzują warunki odpowiedzialności w tych szczegółowych sytuacjach¹⁴⁸⁴.

¹⁴⁸¹ Z. Banaszczyk, *op. cit.*, art. 415, nb 29.

¹⁴⁸² *Ibidem*.

¹⁴⁸³ W doktrynie polskiej na specyfikę niemieckiego prawa deliktowego zwraca uwagę P. Machnikowski, *op. cit.*, s. 381–382, nb 17.

¹⁴⁸⁴ Zob. H. Kötz, G. Wagner, *Deliktsrecht*, München 2010, s. 45–46.

I tak, § 823 ust. 1 BGB stanowi, co następuje: „Kto umyślnie lub przez niedbalstwo narusza bezprawnie cudze życie, ciało, zdrowie, wolność, własność albo inne prawo¹⁴⁸⁵, jest zobowiązany do naprawienia powstałej przez to szkody”.

Natomiast zgodnie z § 823 ust. 2 zd. 1 BGB „Taki sam obowiązek spoczywa na tym, kto narusza ustawę służącą ochronie innej osoby”.

Wreszcie, § 826 BGB określa, że „Kto umyślnie wyrządził innej osobie szkodę w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami, jest zobowiązany ją naprawić”¹⁴⁸⁶.

Przepis § 826 BGB zawiera klauzulę generalną dobrych obyczajów, w związku z czym nazywany jest w doktrynie niemieckiej w uproszczeniu¹⁴⁸⁷ deliktową klauzulą generalną (*deliktrechtliche Generalklausel*) i służy on „wychwytywaniu” stanów faktycznych nieobjętych pozostałymi przepisami deliktowymi, wypełniając w ten sposób luki ochronne w systemie deliktowym¹⁴⁸⁸.

Ideą przewodnią wprowadzenia owych trzech gatunkowych stanów faktycznych (*drei Gattungstatbestände*) zamiast pierwotnie rozważanej przez niemieckiego ustawodawcę trzyczęściowej klauzuli generalnej była chęć ograniczenia odpowiedzialności za

¹⁴⁸⁵ W związku z wymienieniem tzw. innych praw zaraz po własności, przez inne prawa rozumie się w doktrynie i orzecznictwie niemieckim prawa, które mają charakter zbliżony do własności i powinny być szanowane przez każdego, tak jak zdrowie, życie, wolność, a więc prawa o charakterze wyłącznym (*Ausschließlichkeitscharakter*), a więc w szczególności prawa absolutne (*absolute Rechte*) – prawa bezwzględne. Nie należą do nich tzw. prawa z wierzytelności/prawa wierzycielskie (*Forderungsrechte*), a więc prawa o charakterze względnym, które zobowiązują tylko określone osoby. Do praw absolutnych zalicza się przede wszystkim prawa rzeczowe, ekspektatywy, posiadanie, prawa na dobrach niematerialnych z zakresu własności przemysłowej (z patentów, znaków towarowych, wzorów użytkowych) oraz prawa autorskie, prawa wynikające ze stosunków rodzinnych, takie np. jak prawo opieki rodzicielskiej, prawo do wykonywania działalności zawodowej, gospodarczej i w ramach stosunku pracy, prawa członkowskie w spółkach i innych podmiotach zbiorowych, a także tzw. ogólne prawo osobowości. Zob. reprezentatywnie w doktrynie niemieckiej H. Sprau, [w:] Palandt. *Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar*, 71. Aufl., München 2012, § 823, nb 11–22. Przenosząc to na grunt prawa polskiego, należy stwierdzić, że ochronie deliktowej na podstawie § 823 ust. 1 BGB podlegają w prawie niemieckim prawa podmiotowe bezwzględne (na temat tego podziału praw podmiotowych zob. reprezentatywnie Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo cywilne...*, s. 91–94, nb 203–209).

¹⁴⁸⁶ Tłumaczenie przepisów za P. Machnikowskim, *op. cit.*, s. 382, nb 17. Oryginalne brzmienie tych przepisów jest następujące:

„§ 823 Schadensersatzpflicht. (1) Wer vorsätzlich oder fahrlässig das Leben, den Körper, die Gesundheit, die Freiheit, das Eigentum oder ein sonstiges Recht eines anderen widerrechtlich verletzt, ist dem anderen zum Ersatz des daraus entstehenden Schadens verpflichtet.

(2) Die gleiche Verpflichtung trifft denjenigen, welcher gegen ein den Schutz eines anderen bezwecktes Gesetz verstößt. Ist nach dem Inhalt des Gesetzes ein Verstoß gegen dieses auch ohne Verschulden möglich, so tritt die Ersatzpflicht nur im Falle des Verschuldens ein [...].

§ 826 Sittenwidrige vorsätzliche Schädigung. Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet”.

¹⁴⁸⁷ Należy bowiem pamiętać, że klauzula generalna to „zwrot niedookreślony zawarty w przepisie prawnym oznaczający pewne wartości lub oceny funkcjonujące w jakiejś grupie społecznej, do których odsyła ów przepis przez nakaz uwzględniania ich przy ustalaniu stanu faktycznego podpadającego pod daną normę”. Tak Z. Radwański, A. Olejniczak, *Prawo cywilne...*, s. 45, nb 95. A więc klauzulą generalną nie jest sam przepis.

¹⁴⁸⁸ Zob. H. Sprau, *op. cit.*, 74. Aufl., München 2015, § 826, nb 1.

nieumyślne – w formie niedbalstwa – naruszenie ogólnych interesów osobowości (*allgemeine Persönlichkeitsinteressen*) oraz czystych interesów majątkowych (*reine Vermögensinteressen*)¹⁴⁸⁹.

W związku z takim ukształtowaniem niemieckiego prawa deliktowego, a w szczególności z brzmieniem § 823 ust. 2 BGB, który można wręcz uznać za przepis ucieleśniający ideę bezprawności względnej i który uznawany jest za podstawę prawną obowiązywania tej koncepcji¹⁴⁹⁰, nie powinno zaskakiwać, że w doktrynie niemieckiej powszechnie przyjmuje się obowiązywanie zasady ograniczenia indemnizacji do bezpośrednio poszkodowanego¹⁴⁹¹.

Od powyższej zasady istnieją jednak wyjątki. Dotyczą one po pierwsze sytuacji, w których ustawodawca wyraźnie przewidział możliwość uzyskania rekompensaty przez poszkodowane pośrednio osoby bliskie wobec bezpośrednio pokrzywdzonego (§ 844 BGB oraz § 845 BGB)¹⁴⁹². Po drugie, na gruncie obowiązywania § 826 BGB – a więc zasadniczo odmiennie niż w doktrynie polskiej przy okazji omawiania odpowiedzialności sprawcy szkody wobec pośrednio poszkodowanego, jeżeli sprawca działa z tzw. *animus laedendi* – przyjmuje się, że poszkodowany pośrednio również jest uprawniony do dochodzenia roszczeń od sprawcy czynu niedozwolonego, jeżeli świadomość sprawcy i jego wola wyrządzenia szkody przynajmniej warunkowo odnoszą się do pośrednio poszkodowanego i to wyrządzenie szkody następuje wbrew dobrym obyczajom również w relacji sprawca–pośrednio poszkodowany¹⁴⁹³.

¹⁴⁸⁹ Zob. szerzej H. Kötz, G. Wagner, *op. cit.*, s. 46–48. Przez czyste interesy majątkowe rozumie się w niemieckiej doktrynie uszczerbki majątkowe, które nie stanowią szkody będącej następstwem naruszenia dobra prawnego. Natomiast przez niematerialne interesy osobowości rozumie się niewymienione w § 823 ust. 1 BGB, a więc inne niż ciało, zdrowie, życie i wolność, interesy psychiczne. Zob. *ibidem*, s. 47. Należy jednak pamiętać o dokonany przez orzecznictwo sądów niemieckich, a przede wszystkim BGH, w drodze prawotwórstwa sądowego rozszerzeniu ochrony deliktowej na tzw. ogólne prawo osobowości (*allgemeines Persönlichkeitsrecht*). Zob. *ibidem*, s. 48–49.

¹⁴⁹⁰ Zwraca na to uwagę w doktrynie polskiej B. Lackoroński, *Odpowiedzialność cywilna...*, s. 151.

¹⁴⁹¹ Przy omawianiu poszczególnych przepisów deliktowych w doktrynie niemieckiego prawa cywilnego podkreśla się, że poszkodowanym jest podmiot bezpośrednio dotknięty czynem niedozwolonym. Zob. A. Spickhoff, [w:] A. Spickhoff (red.), Soergel. *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Band 12. Schuldrecht 10. §§ 823–853, ProdHG, UmweltHG*, Stuttgart 2005, § 823, nb 147. I tak, w odniesieniu do § 823 BGB stwierdza się, że uprawnionym do odszkodowania jest zasadniczo jedynie dotknięty bezpośrednio jako osoba, której chronione prawo albo dobro prawne zostało naruszone. Podobnie w odniesieniu do § 826 BGB H. Kötz i G. Wagner zwracają uwagę na to, że ustawodawca formułując ten przepis chciał skanalizować roszczenia odszkodowawcze do podmiotów bezpośrednio dotkniętych, a więc do osób, których dobro prawne zostało naruszone. Przy tym autorzy podają jako przykład bezpośrednio poszkodowanego osobę, która doznała uszczerbku na swoim ciele, co z kolei powoduje negatywne skutki majątkowe u osób trzecich jako pośrednio poszkodowanych, a w szczególności u członków rodziny poszkodowanego bezpośrednio. Zob. H. Kötz, G. Wagner, *op. cit.*, s. 105, nb 256.

¹⁴⁹² Na ten temat por. A. Spickhoff, *op. cit.*, § 823, nb 147.

¹⁴⁹³ Zob. H. Sprau, *op. cit.*, 74. Aufl., München 2015, § 826, nb 12.

Należy jednak podkreślić, że uznanie danej osoby za pośrednio albo bezpośrednio poszkodowaną zależy w doktrynie niemieckiej często od tego, jak jest ukształtowany zakres ochronny danej normy (*Schutzbereich der Norm*), a czasami nawet od tego, jak ten zakres jest pojmowany przez podmiot stosujący prawo, co sprowadza się w istocie do odpowiedniego położenia akcentu przy ustalaniu celu normy. Dopiero co powyżej zwrócono uwagę na to, że sprawca ponosi na podstawie § 826 BGB odpowiedzialność również wobec pośrednio poszkodowanego, jeżeli wobec niego spełnione są przesłanki zastosowania tego przepisu. W doktrynie niemieckiego prawa spółek J. Oechsler zwraca jednak uwagę na to, że o szkodzie pośredniej można mówić zasadniczo tylko w odniesieniu do zakresu zastosowania danej normy ustanawiającej odpowiedzialność (*Haftungsnorm*). Jeżeli zatem ktoś doznaje szkody, która nie podlega rekompensacie zgodnie z przesłankami stanu faktycznego danej normy, należy go uznać za pośrednio poszkodowanego. *A contrario* należy zatem uznać za bezpośrednio poszkodowanych w rozumieniu § 826 BGB właśnie te osoby, które uznały naruszenia ich dobra prawnego, które mieści się w dyspozycji normy. A z tym mamy do czynienia właśnie wtedy, kiedy naruszenie dobra prawnego objęte jest zamiarem sprawcy¹⁴⁹⁴. Tym samym J. Oechsler uznaje, że to zamiar wyrządzenia szkody (w znaczeniu winy umyślnej) pełni funkcję rozgraniczającą przy uznawaniu danego podmiotu za bezpośrednio, czy pośrednio poszkodowanego¹⁴⁹⁵, przy czym, jak wynika z powyższych rozważań autora, uprawnionym do odszkodowania jest właśnie bezpośrednio poszkodowany.

Dobrym przykładem wpływu celu ochronnego normy na pojmowanie danej osoby jako pośrednio albo bezpośrednio poszkodowanego jest również przywołany przez M. Kalińskiego – choć w sposób niepełny, a przez to nieodzwierciedlający złożoności sytuacji prawnej w odniesieniu do podmiotowego zakresu odpowiedzialności odszkodowawczej – *kazus śpiewaczki operowej*¹⁴⁹⁶.

Śpiewaczce operowej, która doznała obrażenia ciała wskutek wypadku, przysługują roszczenia odszkodowawcze wobec kierowcy samochodu jako sprawcy szkody na podstawie § 823 ust. 1 BGB, który jak wiadomo dotyczy m.in. odpowiedzialności deliktowej za uszkodzenie ciała. W takim przypadku śpiewaczka operowa jest pokrzywdzona bezpośrednio. Przedsiębiorstwo operowe, które doznało szkody z powodu utraconych korzyści związanych z odwołaniem przedstawienia operowego, jest podmiotem pokrzywdzonym pośrednio. Nie może ono jednak dochodzić odszkodowania od kierowcy jako sprawcy szkody, ponieważ doznało ono uszczerbku w swoim majątku, a ten nie jest

¹⁴⁹⁴ Zob. J. Oechsler, [w:] *J. von Staudingers. Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse. § 826–829; ProdHaftG (Unerlaubte Handlungen 2, Produkthaftung)*, Berlin 2009, § 826, nb 105.

¹⁴⁹⁵ *Ibidem*, § 826, nb 105.

¹⁴⁹⁶ Zob. M. Kaliński, [w:] A. Olejniczak (red.), *System Prawa...*, s. 42, nb 28.

chroniony dyspozycją przepisu § 823 ust. 1 BGB. Ponadto przedsiębiorstwu operowemu nie służą również roszczenia odszkodowawcze wobec kierowcy na podstawie § 823 ust. 2 BGB ani § 826 BGB. Natomiast ciekawie przedstawia się sytuacja, gdyby w przywołanym przykładzie mąż śpiewaczki widział całe to zdarzenie i na widok wypadku doznał załamania nerwowego, ponosząc z tego powodu stosowne koszty leczenia. Wówczas i on byłby uprawniony do odszkodowania jako pokrzywdzony bezpośrednio, ponieważ również w jego osobie ziściła się dyspozycja § 823 ust. 1 BGB, bo doznał on uszczerbku na swoim zdrowiu¹⁴⁹⁷.

Takie rozwiązanie przypadku i rozumienie pojęcia poszkodowanego pośrednio oraz bezpośrednio wynika z tego, że, zgodnie z dominującym poglądem niemieckiej doktryny, uprawnionym do odszkodowania jest ten poszkodowany, w którego osobie ziściły się przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej (dosłownie: przesłanki roszczenia odszkodowawczego; *Voraussetzungen eines Schadensersatzanspruchs*). Jest on pokrzywdzony bezpośrednio (*unmittelbar Geschädigter*). Natomiast odszkodowanie nie przysługuje z reguły poszkodowanemu pośrednio (*mittelbar Geschädigter*), czyli temu, kto wskutek naruszenia prawa albo dobra prawnie chronionego pokrzywdzonego bezpośrednio również doznaje szkody, jednakże w jego osobie nie ziścił się stan faktyczny uprawniający do dochodzenia odszkodowania¹⁴⁹⁸.

O ile zrozumiałe są wyjątki ustawowe, na podstawie których dopuszczalna jest rekompensata szkody pośredniej w niemieckim prawie deliktowym (§ 844 i § 845 BGB), ponieważ przepisy te umożliwiają rekompensatę uszczerbku majątkowego poniesionego przez osoby bliskie poszkodowanego bezpośrednio, którego dobra prawnie chronione w postaci życia, zdrowia lub wolności zostały naruszone, o tyle pewne wątpliwości może wywoływać uznawanie za bezpośrednio poszkodowanego również tej osoby, która nie była w istocie bezpośrednio dotknięta działaniem sprawcy szkody.

Dlatego też niektórzy przedstawiciele doktryny niemieckiej unikają określania poszkodowanego w takich przypadkach mianem poszkodowanego pośrednio albo bezpośrednio, lecz jedynie zwracają uwagę na to, że jeżeli działanie sprawcze powoduje naruszenie określonego dobra danej osoby chronionego prawem przez § 823 ust. 1 BGB, co jednocześnie pociąga za sobą naruszenie takiego samego prawnie chronionego dobra innej osoby, to wówczas tego rodzaju pośrednie wywołanie skutku w postaci naruszenia

¹⁴⁹⁷ Kazus śpiewaczki został przedstawiony i zmodyfikowany na podstawie przypadku aktora teatralnego przedstawionego w jednym z najważniejszych podręczników do ogólnej części niemieckiego prawa zobowiązań. Zob. H. Brox, W.-D. Walker, *Allgemeines Schuldrecht*, 36. Aufl., München 2012, s. 316–317 oraz 322–323.

¹⁴⁹⁸ Zob. H. Brox, W.-D. Walker, *op. cit.*, s. 323, nb 13.

dobra w rozumieniu § 823 ust. 1 BGB jest wystarczające dla powstania roszczeń odszkodowawczych osoby w ten sposób poszkodowanej¹⁴⁹⁹.

Natomiast na gruncie zastosowania § 826 BGB – chcąc uniknąć konieczności określania danego podmiotu jako poszkodowanego bezpośrednio albo pośrednio – zwraca się uwagę na to, że uprawnionym do odszkodowania na podstawie tego przepisu jest ten, kto doznał szkody wskutek umyślnego i sprzecznego z dobrymi obyczajami zachowania sprawcy. W związku z tym, w zakresie zastosowania § 826 BGB, inaczej niż ma to miejsce w przypadku § 823 ust. 1 BGB, nie jest relewantne to, czy wywołanie szkody nastąpiło w sposób bezpośredni, czy też pośredni¹⁵⁰⁰.

Odnosząc to stanowisko do odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki, G. Hönn stwierdza, że w przypadku szkody spółki ma się do czynienia ze szkodą bezpośrednią, a w przypadku szkody wierzycieli spółki – ze szkodą pośrednią. Jednakże przy stosowaniu § 826 BGB to rozróżnienie jest bez znaczenia. Dla dochodzenia roszczeń odszkodowawczych z § 826 BGB przez poszkodowanego istotne jest mianowicie jedynie to, że to właśnie w jego osobie ziściły się wszystkie przesłanki zastosowania tego przepisu¹⁵⁰¹. Dlatego też jak najbardziej dopuszczalne jest dochodzenie roszczeń odszkodowawczych na podstawie § 826 BGB od współników spółki, nie tylko przez spółkę, lecz również przez jej wierzycieli (z zastrzeżeniem § 92 InsO), jeżeli wspólnicy wyrazili im w sposób umyślny i spreczny z dobrymi obyczajami szkodę¹⁵⁰².

Stanowisko przedstawione przez G. Hönn – a także przedstawione powyżej różnorodne określanie podmiotu uprawnionego do rekompensaty na podstawie § 826 BGB bądź to jako pośrednio, bądź to jako bezpośrednio poszkodowanego – pozwala zrozumieć, dlaczego niemiecki Federalny Trybunał Sprawiedliwości w wyroku w sprawie *KBV* stwierdził, że wierzycielom spółki z o.o. przysługują roszczenia bezpośrednio wobec współników spółki z o.o. w związku z unicestwieniem egzystencji spółki, które mogą być dochodzone nie tylko na podstawie konstrukcji odpowiedzialności przebijającej, lecz również deliktowej podstawie § 826 BGB¹⁵⁰³, a już w wyroku w sprawie *Trihotel* akcentował, że uprawnioną do dochodzenia roszczeń odszkodowawczych na podstawie § 826 BGB za unicestwienie egzystencji spółki jest spółka z o.o. jako poszkodowana bezpośrednio, ponieważ przedmiotem ochrony jest związany celowo w interesie wierzycieli majątek

¹⁴⁹⁹ Zob. A. Spickhoff, *op. cit.*, § 823, nb 148.

¹⁵⁰⁰ Zob. G. Hönn, [w:] A. Spickhoff (red.), Soergel. *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Band 12. Schuldrecht 10. §§ 823–853, ProdHG, UmweltHG*, Stuttgart 2005, § 826, nb 74.

¹⁵⁰¹ Zob. G. Hönn, *Roma locuta...*, s. 771.

¹⁵⁰² *Ibidem*, s. 778.

¹⁵⁰³ Wyrok BGH z dnia 24 czerwca 2002 r. w sprawie *KBV*, II ZR 300/00, teza b) tenoru oraz pkt 1 i 2 uzasadnienia.

spółki, a wierzyciele spółki są chronieni jedynie pośrednio i w drodze refleksu¹⁵⁰⁴. Nie jest natomiast zrozumiałe i nie zasługuje na akceptację uznanie przez BGH w wyroku w sprawie *Trihotel*, że to wyłącznie spółka jest uprawniona do dochodzenia roszczeń odszkodowawczych wobec współników na podstawie § 826 BGB i pozbawienie tego prawa wierzycieli¹⁵⁰⁵. Ta zmiana stanowiska BGH w kwestii podmiotu uznawanego za bezpośrednio poszkodowany ingerencją prowadzącą do unicestwienia egzystencji spółki pokazuje również, że o zakresie podmiotowym rekompensaty decyduje często odpowiednio zaakcentowanie celu ochronnego normy (raz zbiorowość wierzycieli, innym razem majątek spółki służący mediatyzacji ochrony wierzycieli, w związku z czym to spółka jest pokrzywdzoną).

Przy okazji omawiania § 826 BGB jako deliktowej podstawy odpowiedzialności współników spółki z o.o. wobec jej wierzycieli za unicestwienie egzystencji spółki zwraca się w doktrynie niemieckiej uwagę również na to, że można ją przyporządkować do podgrupy objętych zakresem zastosowania § 826 BGB przypadków w postaci odpowiedzialności zewnętrznej za uniemożliwienie realizacji roszczeń (*Außenhaftung für Forderungsverteilung*)¹⁵⁰⁶. Problematyka ta odpowiada dyskutowanemu w doktrynie polskiej i przedstawionemu powyżej przy okazji omawiania stanowiska P. Machnikowskiego na temat dopuszczalności rekompensaty szkody pośredniej w kontekście ochrony praw względnych (wierzytelności).

Kończąc uwagi poświęcone podmiotowemu zakresowi odpowiedzialności, należy wreszcie zwrócić uwagę na rozważaną w doktrynie niemieckiego prawa spółek deliktową podstawę odpowiedzialności (zewnętrznej) współników wobec jej wierzycieli, jaką jest § 823 ust. 2 BGB w zw. z § 73 ust. 1 GmbHG stosowanym, zdaniem M. Schwaba, analogicznie¹⁵⁰⁷, która ma tę zaletę w porównaniu z § 826 BGB, że w jej ramach przy dochodzeniu roszczeń odszkodowawczych wystarczy wykazanie najmniejszego stopnia winy sprawcy, a więc niedbalstwa¹⁵⁰⁸, i to w jego najlżejszej formie w postaci

¹⁵⁰⁴ Wyrok BGH z dnia 16 lipca 2007 w sprawie II ZR 3/04 – *Trihotel*, uzasadnienie, nb 26 i 33.

¹⁵⁰⁵ Krytyczna ocena zmiany linii orzeczniczej przez BGH i zastąpienia zewnętrznej odpowiedzialności współników na podstawie konstrukcji odpowiedzialności przebijającej bądź deliktowej wewnętrzną odpowiedzialnością deliktową została przedstawiona w rozdz. VIII pkt 2.3.

¹⁵⁰⁶ Zob. M.-P. Weller, *Die Existenzvernichtungshaftung...*, s. 1166 i n.

¹⁵⁰⁷ Zwolennikami tej podstawy odpowiedzialności są D. Kleindiek, U. Haas oraz M. Schwab. Poglądy tych autorów w tej kwestii zostały przedstawione w rozdz. XII pkt 4.3.2.

¹⁵⁰⁸ Szerzej na ten temat M. Schwab, *op. cit.*, s. 348–349. Wynika to z § 823 ust. 2 zd. 2 BGB, zgodnie z którym, jeżeli z treści ustawy (ochronnej) wynika, że jej naruszenie może nastąpić również w sposób niezawiniony, wówczas odpowiedzialność odszkodowawcza powstaje tylko w przypadku zawinienia (*ibidem*, s. 348), a także z odwołania się w treści § 823 ust. 2 BGB do ust. 1 tego przepisu, który wyraźnie stanowi o winie umyślnej oraz niedbalstwie. Ponadto należy mieć na uwadze to, że w przy ustalaniu miernika staranności oraz stopnia niedbalstwa stosuje się § 276 BGB zawarty w przepisach ogólnych BGB dotyczących zobowiązań (ściśle rzecz ujmując w dziale dotyczącym treści stosunków zobowiązaniowych, tytule dotyczącym obowiązku świadczenia). Zgodnie z § 276 ust. 2 BGB niedbale zachowuje się ten, kto nie dochowuje staranności wymaganej w obrocie („*Fahrlässig handelt, wer die im Verkehr erforderliche Sorgfalt*“).

tw. nieświadomego niedbalstwa¹⁵⁰⁹. W tym przypadku podstawą odpowiedzialności jest naruszenie zachowaniem współnika stanowiącym ingerencję unicestwiającą egzystencję spółki ustawy służącej ochronie innych osób. Przy czym przez ustawę w rozumieniu § 823 ust. 2 BGB rozumie się nie ustawę w znaczeniu formalnym, lecz każdą normę prawną zawartą w akcie prawotwórczym (ustawie, rozporządzeniu), a także w zbiorowym porozumieniu pracy, prawie zwyczajowym, a nawet normy (regulacje) odnoszące się do konkretnego jednostkowe zawarte w akcie administracyjnym wydanym na podstawie normy upoważniającej (np. dodatkowe postanowienia w decyzji o pozwoleniu na budowę nakładające na stronę postępowania określone obowiązki)¹⁵¹⁰. Taką normą służącą ochronie określonego kręgu osób, w tym przypadku wierzycieli, jako tzw. adresatów ochrony (*Schutzadressaten*), jest zdaniem M. Schwaba, D. Kleindieka oraz U. Haasa § 73 ust. 1 GmbHG, zgodnie z którym podział majątku pozostałego po likwidacji spółki między współników nie może nastąpić przed spłatą albo zabezpieczeniem długów spółki i nie wcześniej niż przed upływem roku od dnia, w którym wezwano wierzycieli w trybie § 65 ust. 2 GmbHG do zgłoszenia ich wierzytelności wobec spółki¹⁵¹¹. Ta podstawa odpowiedzialności jest niezmiernie ciekawa z perspektywy toczącej się w doktrynie polskiej dyskusji na temat zakresu podmiotowego odpowiedzialności odszkodowawczej. Otóż przepis § 823 ust. 2 BGB – stanowiący, jak już wyżej wspomniano, podstawę prawną obowiązywania koncepcji bezprawności względnej, z której wywodzi się, w uproszczeniu, zasadę ograniczenia odpowiedzialności do bezpośrednio poszkodowanego – w powiązaniu z § 73 ust. 1 GmbHG jako tzw. ustawą ochronną uprawnia wierzyciela spółki jako bezpośrednio (sic!) poszkodowanego do dochodzenia deliktowych roszczeń odszkodowawczych przeciwko współnikowi. Wspólnik, ingerując w egzystencję spółki, narusza bowiem normę postępowania skierowaną na ochronę grupy jednostek (wierzycieli), do której należy poszkodowany wierzyciel.

außer Acht lässt”). Szerzej na ten temat zob. H. Sprau, [w:] *op. cit.*, 71. Aufl., München 2012, § 823, nb 42–44. Na temat niedbalstwa w ogólności oraz stopni niedbalstwa w postaci niedbalstwa świadomego i nieświadomego zob. Ch. Grüneberg, *op. cit.*, § 276, nb 12–23.

¹⁵⁰⁹ Na temat niedbalstwa w ogólności oraz stopni niedbalstwa w postaci niedbalstwa świadomego i nieświadomego zob. *ibidem*, § 276, nb 12–23.

¹⁵¹⁰ Zob. na ten temat H. Sprau, *op. cit.*, 71. Aufl., München 2012, § 823, nb 56a.

¹⁵¹¹ Dosłowne brzmienie § 71 ust. 1 GmbHG jest następujące: „Die Verteilung darf nicht vor Tilgung oder Sicherstellung der Schulden der Gesellschaft und nicht vor Ablauf eines Jahres seit dem Tage vorgenommen werden, an welchem die Aufforderung an die Gläubiger (§ 65 Abs. 2) in den Gesellschaftsblättern erfolgt ist”. Odpowiednikiem tego przepisu w prawie polskim jest art. 286 § 1 k.s.h.

2.7.3.3. Próba kompromisowego podejścia do problematyki podmiotowego zakresu odpowiedzialności odszkodowawczej bazująca na rozwiązaniach przyjętych w doktrynie niemieckiej

Przenosząc powyższe uwagi na temat podmiotowego zakresu odpowiedzialności deliktowej, rozumianej jako alternatywa wobec odpowiedzialności przebijającej w doktrynie i orzecznictwie niemieckim na grunt prawa polskiego, należy stwierdzić, że mogą one okazać się przydatne przy rozwiązywaniu problemów „przebicia”.

Po pierwsze należy stwierdzić, że posługując się § 826 BGB jako podstawą odpowiedzialności współników wobec wierzycieli spółki za wyrządzoną im czynem niedozwolonym szkodę uzyskuje się ten sam efekt, jak w przypadku posłużenia się art. 415 k.c. jako podstawą odpowiedzialności za zachowanie sprawcze współnika nacechowane zamiarem wyrządzenia szkody wierzycielom (*animus laedendi*), jako grupie osób, do której należy wierzyciel jako poszkodowany.

Jednakże w przeciwieństwie do doktryny polskiej dla przyjęcia odpowiedzialności współników wobec spółki z o.o. wobec jej wierzycieli jako pośrednio poszkodowanych wystarczające jest w prawie niemieckim wykazanie, że współnik działał umyślnie w zamiarze ewentualnym wyrządzenia szkody wierzycielom/wierzycielowi, ponieważ § 826 BGB reguluje odpowiedzialność za winę umyślną we wszystkich jej postaciach (zamiaru bezpośredniego i ewentualnego). Przy czym zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem niemieckiej doktryny zamiar, o którym mowa w tym przepisie, musi odnosić się również do szkody (wszystkich jej następstw) i obejmować powstanie wszystkich pojedynczych pozycji szkody (*einzelne Schadenspositionen*), choć sprawca nie musi przewidzieć przebiegu całego łańcucha przyczynowego ani dokładnego rozmiaru szkody¹⁵¹².

Wydaje się, że wbrew dominującemu w tej kwestii pogładowi doktryny polskiej, w związku z brakiem wyraźnego ustawowego ograniczenia w tym zakresie, powinno się dopuścić w prawie polskim na wzór niemiecki rekompensatę szkody pośrednio poszkodowanego w przypadku winy umyślnej sprawcy w obydwu jej postaciach, bez konieczności zawężania jej do kwalifikowanej formy w postaci *animus laedendi*. Skoro w doktrynie polskiej przyjmuje się, że sprzeczność z zasadami współżycia społecznego jest cechą każdego zachowania podejmowanego w zamiarze wyrządzenia szkody innej osobie¹⁵¹³, to nie wydaje się, aby w przypadku zachowania współnika nacechowanego winą umyślną wyrządzenia szkody wierzycielom spółki, pozbawiać ich możliwości

¹⁵¹² Zob. J. Oechsler, [w:] J. von Staudingers. *Kommentar...*, § 826, nb 75 i n.; H. Sprau, *op. cit.*, 74. Aufl., München 2015, § 826, nb 10–11. H. Sprau wyjaśnia przy tym, że do przyjęcia występowania zamiaru wystarcza, że sprawca najpóźniej w momencie wystąpienia szkody przewiduje rodzaj i kierunek szkody i jej następstwa (element kognytywny) i chce wyrządzenia szkody (zamiar bezpośredni) albo godzi się na jej wyrządzenie (zamiar ewentualny), co stanowi element woluntatywny zamiaru. Zob. *ibidem*, nb 11.

¹⁵¹³ Zob. P. Machnikowski, *op. cit.*, s. 408, nb 26 i powołana tam literatura.

dochodzenia roszczeń odszkodowawczych tylko dlatego, że współnik działał w zamiarze ewentualnym wyrządzenia im szkody. W doktrynie niemieckiej przyjmuje się na gruncie § 826 BGB, że zakres ochronny tego przepisu jest w sposób istotny ograniczany właśnie przez zamiar wyrządzenia szkody rozumiany jako wina umyślna we wszystkich jej postaciach. Podkreśla się jednocześnie, że właśnie dlatego, że obiektywne przesłanki zastosowania § 826 BGB w postaci zachowania sprawcy w sposób sprzeczny z dobrymi obyczajami są szeroko ujęte, odpowiedzialność sprawcy zależy od zakresu zamiaru (w znaczeniu: okoliczności i następstw szkody, które on obejmuje)¹⁵¹⁴.

Za rezygnacją z wymogu występowania po stronie podmiotowej sprawcy czynu niedozwolonego *animus laedendi* w przypadku uszkodzenia przez współników spółki z o.o. jej wierzycielom jako poszkodowanym pośrednio¹⁵¹⁵ przemawia również specyfika prawa spółki z o.o. i relacji współnik–spółka z o.o.–wierzyciel/wierzyciele spółki. W tym miejscu można by bowiem odwrócić argument podniesiony w wyroku BGH w sprawie *Trihotel*, a dotyczący zasady mediatyzacji ochrony wierzycieli przez spółkę z o.o. Skoro spółka z o.o. jest ogniwnem pośrednim i swoistym buforem mającym ustrzec współników przed osobistą odpowiedzialnością wobec wierzycieli spółki, a majątek spółki stanowi swoisty przedmiotowy substrat osobistej odpowiedzialności współników i rezerwuuar, do którego mogą sięgać wierzyciele spółki, to czyn niedozwolony współnika skierowany bezpośrednio przeciwko spółce jako owemu buforowi, a w istocie przeciwko jej majątkowi, stanowi pośrednie naruszenie interesów jej wierzycieli, mogące prowadzić do ich szkody pośredniej.

Należy podkreślić, że współnicy spółki z o.o. zdają sobie doskonale sprawę z takiego charakteru tej formy organizacyjnoprawnej, tworząc spółkę z o.o. lub do niej przystępując właśnie w celu wyłączenia swojej osobistej odpowiedzialności wobec wierzycieli spółki i ograniczenia swojego ryzyka gospodarczego do wysokości wniesionych do spółki wkładów na pokrycie kapitału zakładowego. Z reguły nie są oni pasywnymi inwestorami, jak ma to miejsce w przypadku spółki akcyjnej, lecz aktywnie wpływają na losy założonej przez nich spółki z o.o., wydając w wielu przypadkach wiążące polecenia zarządowi spółki.

Rozpatrując to zagadnienie z perspektywy problematyki ochrony wiarygodności jako praw względnych, wypada zauważyć, że współnicy działający na szkodę spółki z o.o. (bepośrednio) i jej wierzycieli (pośrednio) nie są „zwykłymi” osobami trzecimi

¹⁵¹⁴ A więc sprawca może ponosić odpowiedzialność za szkodę pośrednią, jeżeli godził się na jej wyrządzenie, natomiast w innej sytuacji może być zwolniony z odpowiedzialności za szkodę bezpośrednią, której nie był świadomy podczas swojego zachowania sprawczego. Szerzej na ten temat zob. J. Oechsler, [w:] J. von Staudingers. *Kommentar...*, § 826, nb 77.

¹⁵¹⁵ Przy założeniu, zgodnie z dominującym poglądem, że współnik wyrządza bezpośrednio szkodę spółce i jej majątkowi, a jej wierzycielom jedynie pośrednio. Por. A. Opalski, *Prawo...*, s. 514.

stojącymi poza stosunkiem obligacyjnym łączącym spółkę jako dłużnika z jej wierzycielami. Mimo, że nie wiąże ich z wierzycielami, przed popełnieniem deliktu, stosunek obligacyjny, to ze względu na to, że uczestniczą oni w spółce, cechuje ich specyficzna bliskość do wierzycieli spółki, rozumianych jako ogół podmiotów uprawnionych do pierwszorzędnego zaspokojenia się z majątku spółki na wypadek jej likwidacji i upadłości, właśnie przed owymi współnikami. Właśnie z uwagi na tę specyfikę można zarazem uznać, że wierzyciele spółki nie odnoszą, jak ma to miejsce w „klasycznych” przypadkach ochrony wiarygodności, korzyści z majątku spółki jako dłużnika wyłącznie pośrednio, a więc za pośrednictwem świadczenia spółki jako dłużnika. W przypadku likwidacji i upadłości spółki z o.o. nabywają oni bowiem szczególne uprawnienie wobec majątku spółki (choć oczywiście nie jest to majątek wierzycieli), polegające właśnie na możliwości zaspokojenia się z niego z pierwszeństwem przed współnikami spółki.

Jeżeli zatem czyn niedozwolony został popełniony umyślnie, to wydaje się, że z uwagi na owo powiązanie interesów spółki i interesów jej wierzycieli, powinno być dopuszczalne wykazanie nie tylko zamiaru bezpośredniego współników, lecz również zamiaru ewentualnego, polegającego na tym, że współnicy, wyrządzając szkodę spółce, godzili się również – w ramach zamiaru ewentualnego – na naruszenie interesów jej wierzycieli i na wyrządzenie im szkody.

Odnosząc się do kwestii, jakiego rodzaju poszkodowanym – bezpośrednio czy pośrednio – jest wierzyciel spółki z o.o., można stwierdzić za G. Hönnem, że w przypadku winy umyślnej sprawcy nie jest istotne, czy uznamy poszkodowanego wierzyciela za pośrednio, czy bezpośrednio poszkodowanego. Istotne jest natomiast, że w danym stanie faktycznym wszystkie przesłanki odpowiedzialności odszkodowawczej na podstawie art. 415 k.c. za zachowanie noszące znamiona winy umyślnej w postaci bezpośredniego albo ewentualnego zamiaru wyrządzenia szkody

Art. 415 k.c. albo art. 416 k.c. mogłyby stanowić podstawę odpowiedzialności deliktowej za czyn własny na zasadzie winy umyślnej przede wszystkim w przypadkach materialnego niedokapitalizowania spółki¹⁵¹⁶ oraz pomieszania majątków spółki

¹⁵¹⁶ W doktrynie niemieckiego prawa spółek odpowiedzialność deliktowa na podstawie § 826 BGB jest często wskazywana jako podstawa odpowiedzialności za materialne niedokapitalizowanie zarówno przez przeciwników koncepcji odpowiedzialności przebijającej, jak i jej zwolenników, którzy nie wykluczają odpowiedzialności deliktowej jako konkurencyjnej i równoległej do *Durchgriffshaftung* dogmatycznej podstawy odpowiedzialności. Zob. I. Funke, *op. cit.*, § 13, nb 388; A. Pentz, *op. cit.*, § 13, nb 151; G. Bitter, [w:] *Scholz. Kommentar...*, § 13, nb 105 i n.; L. Fastrich, *op. cit.*, § 13, nb 50; T. Raiser, [w:] P. Ulmer, M. Habersack, M. Winter (Hrsg.), *Gesetz...*, 2. Aufl., § 13, nb 143 i n.; H. Altmeppen objaśnia stronę podmiotową czynu niedozwolonego w postaci materialnego niedokapitalizowania spółki podnosząc, odpowiedzialność deliktowa powinna współników powinna mieć miejsce wówczas, gdy ci mając świadomość ewidentnego zagrożenia interesom wierzycieli, jakie stwarza wybrana przez nich konstelacja ich niewystarczającego dokapitalizowania spółki, spekulują na koszt wierzycieli. Zob. H. Altmeppen, *Zur vorsätzlichen Gläubigerschädigung, Existenzvernichtung und materiellen Unterkapitalisierung in der GmbH*, ZIP 2008, nr 27,

i wspólników¹⁵¹⁷, która mogłaby być alternatywą do odpowiedzialności przebijającej, ewentualnie konkurencyjną wobec niej dogmatyczną podstawą odpowiedzialności (w zależności od przyjmowanego stanowiska odnośnie do dopuszczalności stosowania konstrukcji „przebicia” w polskim prawie spółek).

Możliwe byłoby zastosowanie tej podstawy odpowiedzialności również w przypadkach unicestwienia egzystencji spółki, ponieważ czyn niedozwolony w postaci ingerencji unicestwiającej egzystencję spółki prowadzi do jej niewypłacalności, a przez to stanowi naruszenie praw względnych (wierzycielności) wierzycieli spółki. Jednakże w przypadkach unicestwienia egzystencji spółki należałoby rozważyć również drugą możliwość i posłużyć się art. 415 k.c. jako podstawą odpowiedzialności za szkodę bezpośrednią przez przyjęcie, że czyn niedozwolony wspólnika narusza w sposób bezpośredni interesy wierzycieli.

W tym celu wymagane byłoby przejście na grunt prawa polskiego koncepcji odpowiedzialności deliktowej wspólników wobec wierzycieli spółki zaprezentowanej przez D. Kleindieka, U. Haasa oraz M. Schwaba, która mogłaby stanowić rozwiązanie kompromisowe akceptowane zarówno przez zwolenników rekompensaty tzw. szkody pośredniej, jak również przez przedstawicieli dominującego w doktrynie stanowiska broniącego koncepcji bezprawności względnej i obowiązywania zasady ograniczenia indemnizacji do bezpośrednio poszkodowanego. Jeżeli bowiem uznamy, że w przypadku ingerencji unicestwiającej egzystencję spółki, ma się do czynienia z naruszeniem normy art. 286 § 1 k.s.h. jako przepisu prawa mającego za przedmiot ochronę wierzycieli spółki z o.o., który wyraża normę postępowania skierowaną na ochronę grupy jednostek, jaką są wierzyciele, to wówczas można uznać, że czyn taki, jako bezprawny (względnie), uzasadnia odpowiedzialność deliktową na podstawie art. 415 k.c., o ile spełnione są pozostałe przesłanki tej odpowiedzialności. Przy czym wówczas do użycia odpowiedzialności wspólników wystarczające byłoby wykazanie ich winy nieumyślnej, co stanowi zarazem istotną zaletę tej koncepcji odpowiedzialności.

s. 1206. Na powiązanie materialnego niedokapitalizowania ze spekulacją na koszt wierzycieli zwracał już uwagę P. Ulmer, którego pogląd w tym zakresie został przedstawiony powyżej w rozdz. VII pkt 2.1.1.

Podobnie w omówionym powyżej w rozdz. VIII pkt 2.2 wyroku w sprawie *Gamma* BGH wyraźnie dopuścił § 826 BGB jako podstawę odpowiedzialności za materialne niedokapitalizowanie spółki z o.o. wskazując, że granicę działań albo zaniechań wspólnika w zakresie finansowego wyposażenia spółki z o.o. stanowią przepisy o odpowiedzialności deliktowej, a w szczególności wynikający z § 826 BGB zakaz sprzecznego z dobrymi obyczajami umyślnego wyrządzenia szkody.

¹⁵¹⁷ Należy jednak pamiętać, że w wielu przypadkach alternatywną, a nawet bardziej właściwą podstawą odpowiedzialności deliktowej wspólnika za pomieszczenie majątków spółki i wspólnika może okazać się art. 422 k.c., jeżeli ustali się, że wspólnik poprzez wiążące polecenia podlegał członków zarządu do naruszania przepisów o rachunkowości, co w ostateczności doprowadziło do niemożliwości ustalenia przynależności poszczególnych składników do majątku spółki i odróżnienia ich od składników majątku wspólnika. Na tę podstawę odpowiedzialności zwraca uwagę w niemieckiej doktrynie U. Ehrlicke, *op. cit.*, s. 293. Pogląd tego autora został przedstawiony w rozdz. VIII pkt 1.3.2.

Jedynym pozostającym wówczas mankamentem takiego dychotomicznego ukształtowania podstaw odpowiedzialności deliktowej wspólników wobec wierzycieli spółki byłaby kwestia ryzyka ponoszenia przez wspólników podwójnej odpowiedzialności: z jednej strony wobec spółki, z drugiej wobec jej wierzycieli¹⁵¹⁸.

Odnosząc się do tego zarzutu, należy podnieść, po pierwsze, że takie samo ryzyko grozi zasadniczo również przy przyjęciu koncepcji odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną pośrednio wierzycielom spółki przez działanie wspólnika cechujące się winą umyślną w postaci *animus laedendi*. Również wówczas należy przyjąć, że działanie sprawcze wyrządza szkodę nie tylko wierzycielom spółki, lecz również spółce, która doznaje uszczerbku majątkowego. Nie sposób bowiem przyjąć, że sam kierunkowy zamiar wspólnika wyrządzenia szkody wierzycielom spółki za pośrednictwem uszkodzenia majątkowi spółki uchyla możliwość przyjęcia, że szkoda nastąpiła również w majątku spółki.

Po drugie, odpowiedzialność wspólników w przypadkach „przebicia” uruchamiana jest w sytuacji upadłości spółki, a wówczas to spółka z o.o., a ściśle syndyk masy upadłości będzie dochodzić roszczeń z tytułu wyrządzonej spółce deliktem szkody, której pochodną jest szkoda poniesiona przez wierzyciela. Z perspektywy wierzycieli zaś byłoby nieopłacalne ponoszenie kosztów i ryzyka procesowego w sytuacji, gdy część poniesionej przez nich szkody zostałaby zrekompensowana pośrednio poprzez świadczenie odszkodowawcze do majątku spółki, a następnie (w uproszczeniu) spełnione wierzycielom w ramach podziału funduszy masy upadłości. Dopiero w sytuacji niemożliwości uzyskania pełnej rekompensaty, wierzyciele z reguły zwróciliby się ze swoimi roszczeniami do wspólników. Ale wówczas nie następowałaby podwójna rekompensata odszkodowania, lecz jedynie tej części szkody poniesionej przez wierzycieli, która nie została zrekompensowana poprzez likwidację szkody spółki z o.o.

Po trzecie, w przypadku tzw. ubóstwa masy upadłości, odszkodowanie byłoby dochodzone wyłącznie przez wierzycieli spółki, a nie przez samą spółkę, która zresztą podlegałaby wykreśleniu z Rejestru Przedsiębiorców KRS na warunkach określonych w u.k.r.s. Po czwarte wreszcie, wspólnik, który naprawiłby szkodę spółce albo jej wierzycielowi, byłby w sposób oczywisty uprawniony do podniesienia zarzutu zrekompensowania szkody drugiemu z pokrzywdzonych z powołaniem się na pochodny charakter szkody doznanej przez wierzycieli w stosunku do szkody poniesionej przez spółkę – przy założeniu, że szkoda powstała zarówno w majątku spółki, jak i w majątkach jej wierzycieli, a szkoda wierzycieli niejako „zawiera się” w szkodzie spółki¹⁵¹⁹ – i z powołaniem się na

¹⁵¹⁸ Zob. P. Machnikowski, *op. cit.*, s. 406, nb 26; A. Opalski, *Prawo...*, s. 514.

¹⁵¹⁹ W tym miejscu należy odnieść się krytycznie do poglądu K. Pyzio, która kategorycznie stwierdza, że szkoda poniesiona przez spółkę jest uszczerbkiem odrębnym od szkody poniesionej przez jej wierzycieli. Zob. K. Pyzio, *op. cit.*, s. 146. Należy, co prawda, zgodzić się z autorką, że roszczenia o naprawienie szkody

zakaz dwukrotnego pokrycia wyrządzonej szkody, który wynika pośrednio z zasady pełnej kompensacji, a którego wyrazem w prawie cywilnym jest przede wszystkim paremia *ne quis ex damno suo lucrum faciat*¹⁵²⁰.

2.7.4. Zalety i wady deliktowej odpowiedzialności odszkodowawczej w porównaniu z odpowiedzialnością przebijającą

2.7.4.1. Zalety odpowiedzialności deliktowej

Podstawową zaletą odpowiedzialności deliktowej w porównaniu z odpowiedzialnością przebijającą jest to, że stanowi ona ugruntowaną ogólnocywilistyczną podstawę odpowiedzialności odszkodowawczej i jest wyraźnie uregulowana przepisami prawa. W doktrynie niemieckiej, po zmianie linii orzeczniczej przez BGH i oparciu odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki na podstawie deliktowej, wyrażony został nawet pogląd, że *Existenzvernichtungshaftung* znalazła wreszcie swoją dogmatyczną ojczyznę¹⁵²¹, a odpowiedzialność za unicestwienie egzystencji spółki została wyprowadzona z mroków trudnego do zrozumienia prawa sędziowskiego na światło dzienne pisanego porządku prawnego (*aus dem Dunkel des schwer fassbaren Richterrechts and das Tageslicht der geschriebenen Rechtsordnung*)¹⁵²². Przyczynia się to do zwiększenia bezpieczeństwa obrotu prawnego, a także samych współników spółki z o.o.¹⁵²³

bezpośredniej wyrządzonej spółce i pośredniej wyrządzonej współnikom przysługują odrębnym podmiotom, mającym rozdzielny majątek (zob. *ibidem*, s. 146 oraz s. 182–183), ponieważ jest to oczywiste. W tym sensie roszczenia te mają charakter rozłączny. Wbrew sugestii autorki, roszczenia te nie są z utożsamiane z tego powodu, że szkody powstały na skutek tego samego zdarzenia, względnie tej samej sekwencji zdarzeń (*ibidem*, s. 146). Z istoty problematyki szkody pośredniej i jej relacji do szkody bezpośredniej wynika to, że powstają one wskutek tego samego zdarzenia. Nie można jednak pomijać szczególnego powiązania między szkodą doznaną przez spółkę w jej majątku a szkodą doznaną przez jej wierzycieli, która sprowadza się w sposób oczywisty do niemożliwości zaspokojenia się z owego właśnie majątku spółki. Tym samym w sytuacji, gdy szkoda bezpośrednia polega na uszczupleniu majątku spółki albo szerzej, jak ma to miejsce w przypadku unicestwienia egzystencji spółki, na pozbawieniu spółki zdolności do zaspokajania jej zobowiązań wobec jej wierzycieli, można uznać, że szkoda poniesiona przez wierzycieli zawiera się, przynajmniej w określonym zakresie, w szkodzie poniesionej przez spółkę, mając wobec niej charakter pochodny.

¹⁵²⁰ Paremia ta wyraża, co prawda, zakaz bogacenia się poszkodowanego na własnej szkodzie, lecz z uwagi na to, że wynika ona z zasady pełnej rekompensaty posługuje się nią – z perspektywy dłużnika – do wyrażenia zakazu dwukrotnego pokrycia wyrządzonej szkody. Por. J. Szwaja [*et al.*], [w:] J. Szwaja (red.), *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2012, art. 18, nb 123. Paremią tą posłużył się SN w uchwale z dnia 10 lipca 2008 r. w sprawie III CZP 62/08, LEX Nr 396257.

¹⁵²¹ Tak K. Wappler, *op. cit.*, s. 335, przywołując autorów będących wyrazicielami tego poglądu.

¹⁵²² Tak M. Gehrlein, *op. cit.*, s. 767:

¹⁵²³ Por. K. Wappler, *op. cit.*, s. 335, choć autorka podkreśla, że tej zalety nie należy przeceniać z uwagi na konieczność rozwinięcia w ramach § 826 BGB nowej grupy przypadków odpowiedzialności za sprzeczne z dobrymi obyczajami umyślne wyrządzenie szkody (skoro, jak należy przypomnieć, w orzecznictwie niemieckim ukształtowaną ją jako wewnątrzspółkową odpowiedzialność deliktową).

W przypadku odpowiedzialności deliktowej wobec spółki unika się kolizji z przepisami o ochronie kapitału zakładowego, z uwagi na wewnętrzny charakter odpowiedzialności w obydwu przypadkach, co podkreślił BGH w wyroku w sprawie *Trihotel*, zwracając uwagę, że odpowiedzialność deliktowa uzupełnia odpowiedzialność z § 30 i § 31 GmbHG¹⁵²⁴, pozbywając odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki jej subsydiarnego charakteru wobec reguł ochrony kapitału zakładowego¹⁵²⁵. Inaczej przedstawia się sytuacja w przypadku dopuszczalnej na gruncie prawa polskiego deliktowej odpowiedzialności zewnętrznej wspólników wobec wierzycieli. Ich roszczenia będą pozostawać w kolizji z roszczeniami wyrównawczymi spółki na podstawie art. 198 k.s.h., jednakże kolizję tę można rozwiązać, co zostanie omówione w dalszej części rozprawy.

W doktrynie niemieckiej zwraca się również uwagę na przewagę odpowiedzialności deliktowej za unicestwienie egzystencji spółki nad odpowiedzialnością przebijającą z perspektywy prawa europejskiego i swobody przedsiębiorczości. Otóż zastosowanie tej podstawy odpowiedzialności wobec spółek zagranicznych, a w szczególności pozornych spółek zagranicznych, w ramach statutu deliktowego nie powinno budzić zasadniczo zastrzeżeń – w świetle linii orzeczniczej Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej zapoczątkowanej wyrokami w sprawie *Centros*, *Überseering* oraz *Inspire Art* – w porównaniu z prawospółkowym statutem odpowiedzialności przebijającej, której zastosowanie wobec spółek zagranicznych może zostać uznane za naruszenie swobody przedsiębiorczości¹⁵²⁶. Jednakże w niemieckiej literaturze przedmiotu zwraca się również uwagę na to, że z perspektywy swobody przedsiębiorczości problematyczne może okazać się ukształtowanie odpowiedzialności deliktowej przez BGH jako odpowiedzialności wewnętrznej o charakterze – w istocie – prawospółkowym. Mniejsze wątpliwości budziłoby zatem uznanie jej za odpowiedzialność zewnętrzną wobec wierzycieli, przy większym zaakcentowaniu, a najmniej kontrowersji – zakotwiczenie jej w prawie upadłościowym i podanie jej statutowi upadłościowemu¹⁵²⁷.

Dodatkowo można przewrotnie stwierdzić, że przedstawione poniżej wady odpowiedzialności deliktowej na gruncie obowiązujących przepisów, w tym przede wszystkim art. 415 i 416 k.c., prowadzące do tego, że w praktyce przydatność tych przepisów jako podstawy prawnej odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. wobec jej wierzycieli jest

¹⁵²⁴ Zob. wyrok BGH z dnia 16 lipca 2007 r. w sprawie *Trihotel*, II ZR 3/04, uzasadnienie nb 32 i 33.

¹⁵²⁵ Obecnie istnieć będzie jedynie konkurencja podstaw prawnych przy dochodzeniu roszczeń spółki wobec wspólników w ramach odpowiedzialności wewnętrznej z tytułu czynów niedozwolonych i wyrównawczej na podstawie § 30 i § 31 GmbHG. Zob. wyrok BGH z dnia 16 lipca 2007 r. w sprawie *Trihotel*, II ZR 3/04, uzasadnienie nb 40.

¹⁵²⁶ Zob. G. Hönn, *Roma locuta...*, s. 770 i przywołana tam literatura. Szerzej na ten temat zob. Ch. Osterloh-Konrad, *op. cit.*, s. 298 i n.

¹⁵²⁷ Zob. M. Gehrlein, *op. cit.*, s. 769. Szerzej na ten temat E. Schanze, *op. cit.*, s. 686 i n.

wysoce wątpliwa, stanowią jej podstawową zaletę. Jej stosowanie nie grozi bowiem „rozsadzeniem” konstrukcji spółki z o.o. albo – jak ujął to niemiecki Federalny Trybunał Sprawiedliwości w wyroku w sprawie *Trihotel* – zachwianiem się spółki z o.o. jako formy organizacyjnoprawnej w jej posadach¹⁵²⁸, skoro korzystanie z tej podstawy prawnej jest utrudnione z uwagi na opisane poniżej trudności dowodowe przy dochodzeniu roszczeń na podstawie art. 415 k.c., a ponadto wierzyciele spółki z o.o. jako poszkodowani pośrednio (zgodnie z dominującym poglądem doktryny) mogą dochodzić roszczeń odszkodowawczych wobec wspólników spółki z o.o. tylko w wyjątkowych sytuacjach, która to problematyka również zostanie szczegółowo omówiona poniżej.

2.7.4.2. Wady odpowiedzialności deliktowej

Istotną wadą odpowiedzialności deliktowej jako powszechnie postulowanego w doktrynie polskiej instrumentu ochrony wierzycieli spółki z o.o. w przypadkach „przebiccia” jest ograniczona możliwość jako podstawy prawnej dochodzenia roszczeń przez wierzycieli spółki przeciwko wspólnikom. Wynika to z obowiązkiwania w polskim prawie deliktowym – zgodnie z dominującym poglądem doktryny – zasady ograniczenia indemnizacji do bezpośrednio poszkodowanego. Postulat rezygnacji z tej zasady na rzecz nieograniczonej dopuszczalności rekompensaty szkody pośredniej, w ramach której granice zakresu podmiotowego rekompensaty wyznaczone są jedynie przez adekwatność związku przyczynowego wydaje się zbyt daleko idący. Pewnym ułatwieniem w stosowaniu tej podstawy odpowiedzialności byłoby złagodzenie zasady rekompensaty szkody wyłącznie przez poszkodowanego bezpośrednio przez rozszerzenie wyjątku od niej i dopuszczenie dochodzenia roszczeń odszkodowawczych przez poszkodowanych pośrednio wierzycieli spółki w sytuacji, w której sprawca-wspólnik działał w zamiarze bezpośrednim albo ewentualnym wyrządzenia im szkody i wobec wierzycieli jako grupy (albo konkretnego wierzyciela) ziściły się wszystkie pozostałe przesłanki odpowiedzialności deliktowej. Propozycja takiego kompromisowego rozwiązania została przedstawiona powyżej.

Nawet gdyby uporać się z przedstawionym powyżej problemem podmiotowego zakresu odpowiedzialności, nie rozwiązuje to podstawowego problemu związanego z dochodzeniem przez wierzycieli spółki rekompensaty wobec jej wspólników na podstawie deliktowej. Są nim mianowicie trudności dowodowe związane z dochodzeniem roszczeń odszkodowawczych, na które powszechnie zwraca się uwagę w literaturze przedmiotu.

O ile część autorów w sposób ogólny omawia to, że ciężar wykazania przesłanek odpowiedzialności deliktowej spoczywa na wierzycielach, a sprostanie temu wymogowi

¹⁵²⁸ Zob. wyrok BGH z dnia 16 lipca 2007 r. w sprawie *Trihotel*, II ZR 3/04, uzasadnienie nb 27.

nie będzie łatwe¹⁵²⁹, o tyle pozostali zwracają uwagę na szczególne trudności związane z wykazaniem winy po stronie współnika, a także samego zdarzenia wyrządzającego szkodę. Odnosząc się do odpowiedzialności spółki dominującej, P. Wąż stwierdza, że z uwagi na „brak dostępu do istotnych dokumentów źródłowych (np. informatyczny system księgowy, protokoły zgromadzenia współników, umowy zawierane z kontrahentami, itp.), wierzyciel będzie miał nie lada problem w procesie dowodowym”, zwłaszcza że „proces «drenażu» spółki zależnej może być długotrwały, a mechanizm poszczególnych działań mających walor szkodliwości nie będzie zawsze na tyle czytelny, aby w sposób jednoznaczny uzasadniał zarzut działania na szkodę spółki zależnej i jej wierzycieli”¹⁵³⁰. A. Opalski, który odnosi się również do relacji koncernowych, zwraca dodatkowo uwagę na trudności dowodowe przy ustalaniu winy w postaci *animus laedendi* i związku przyczynowego (a zatem w sposób oczywisty również zdarzenia wyrządzającego szkodę, o którym autor, co prawda, nie wspomina), związane z tym, że współnik wywiera często nieformalny wpływ na spółkę¹⁵³¹. Na problemy z wykazaniem związku przyczynowego między zachowaniem się spółki dominującej a niewykonaniem lub nie należywym wykonaniem zobowiązania przez podmiot zależny zwraca również uwagę S. Włodyka¹⁵³². Autor ten formułuje zarazem najbardziej pesymistycznie brzmiącą w doktrynie polskiej tezę dotyczącą dochodzenia przez wierzycieli roszczeń odszkodowawczych wobec współników spółki kapitałowej na podstawie odpowiedzialności deliktowej. Zdaniem S. Włodyki, „w praktyce [...] prawie nigdy nie uda się udowodnić przesłanek koniecznych dla jej zaistnienia”¹⁵³³.

Mając na uwadze pogorszenie sytuacji wierzycieli związane z obowiązywaniem zasady ograniczenia indemnizacji do bezpośrednio poszkodowanego oraz wspomniane powyżej trudności dowodowe przy dochodzeniu roszczeń na podstawie deliktowej A. Opalski stwierdza, że nie można przeceniać „znaczenia roszczeń odszkodowawczych przysługujących wierzycielom spółek zależnych przeciwko ich współnikom dominującym” i że „nie stanowią one realnego surogatu [...] odpowiedzialności przebijającej”¹⁵³⁴.

¹⁵²⁹ Tak W. Popiołek, *op. cit.*, s. 321. W sposób ogólny na trudności dowodowe z wykazaniem przesłanek odpowiedzialności deliktowej zwraca uwagę również R. Szczepaniak, *op. cit.*, s. 248.

¹⁵³⁰ P. Wąż, *op. cit.*, s. 4.

¹⁵³¹ Por. A. Opalski, *Prawo...*, s. 515. Tak również K. Pyzio, *op. cit.*, s. 159, która zwraca uwagę, że szczególne problemy dowodowe będą występować przy dowodzeniu oddziaływań nieformalnych, gdy spółka dominująca nie jest powiązana ze spółką zależną kapitałowo. Wówczas jednak nie ma się do czynienia z odpowiedzialnością spółki dominującej jako współnika.

¹⁵³² S. Włodyka, [w:] S. Włodyka, *System...*, s. 1573.

¹⁵³³ *Ibidem*, s. 1566. Podobnie krytycznie K. Pyzio, *op. cit.*, s. 176, która, odnosząc się do możliwości dochodzenia przez wierzycieli spółki zależnej wyrządzonej im przez spółkę dominującą szkody, stwierdza, że jest to w praktyce zasadniczo niemożliwe ze względów dowodowych.

¹⁵³⁴ A. Opalski, *Prawo...*, s. 515.

Należy również podkreślić, o czym nie wspominają w sposób bezpośredni przywołani powyżej autorzy, że sporą trudnością dowodową w postępowaniu przeciwko wspólnikowi będzie wykazanie przez wierzyciela wysokości doznanej przez niego szkody. Nie wystarczy mianowicie, że wierzyciel stwierdzi, że poniesiona przez niego szkoda odpowiada kwocie jego niezaspokojonej przez spółkę wierzytelności, co sugeruje S. Włodyka, podnosząc, że szkodą po stronie wierzyciela jest w przypadku bezskuteczności egzekucji wobec spółki lub jej upadłości „różnica pomiędzy jego należnością, a tym, co udało się ściągnąć w drodze egzekucji singularnej lub uniwersalnej”¹⁵³⁵. Wręcz przeciwnie, póki przepis szczególny nie ustanawia stosownego domniemania, jak ma to miejsce w art. 21 ust. 3 p.u. w przypadku odpowiedzialności upadłego oraz reprezentantów upadłego będącego osobą prawną albo ustawową¹⁵³⁶ za spóźnione złożenie wniosku o ogłoszenie upadłości, wierzyciel będzie obowiązany wykazać za pomocą dowodu z opinii biegłego i zgodnie z założeniami teorii dyferencyjnej (różnicowej)¹⁵³⁷ dokładną wysokość poniesionej przez niego szkody, wskazując na różnicę między wartością jego wierzytelności, jaką miałyby ona w sytuacji, gdyby nie zdarzenie wyrządzające szkodę (co wymaga właśnie przeprowadzenia dowodu z opinii biegłego), a jego kwotą zaspokojenia w postępowaniu upadłościowym. Przeprowadzenie takiego dowodu może okazać się długotrwałe i będzie wiązało się z niemałymi kosztami po stronie powoda, który będzie musiał uiścić stosowną zaliczkę na biegłego. Przede wszystkim jednak przeprowadzenie takiego dowodu – zwłaszcza w przypadkach unicestwienia egzystencji spółki – może okazać się znacznie utrudnione albo wręcz niemożliwe, ponieważ na wysokość szkody będzie wpływać również sytuacja spółki (niekiedy bardzo złożona) w chwili dokonania ingerencji przez wspólnika¹⁵³⁸.

W doktrynie prawa cywilnego zwraca się, co prawda, uwagę na ułatwienia dowodowe w postaci domniemań faktycznych i dowodu *prima facie*, a także na możliwość zastosowania przez sąd art. 322 k.p.c.¹⁵³⁹, jednak ułatwień tych nie należy przeceniać. W szczególności należy podnieść, że rola art. 322 k.p.c. „polega na zapewnieniu powodowi ochrony prawnej w przypadku oczywistego istnienia roszczenia przy braku możliwości udowodnienia jego wysokości, poprzez zapobieżenie oddaleniu powództwa z tej

¹⁵³⁵ Zob. S. Włodyka, *Prawo...*, s. 209. Stanowisko tego autora na ten temat przedstawiono powyżej w rozdz. XIII pkt 2.7.2.

¹⁵³⁶ Pojęcia osoby ustawowej używa J. Frąckowiak do oznaczenia jednostki organizacyjnej nieposiadającej osobowości prawnej, której odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, o której stanowi art. 33¹ k.c. Zob. szerzej J. Frąckowiak, [w:] M. Safjan (red.), *System Prawa Prywatnego. Tom I. Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2012, s. 1202 i n.

¹⁵³⁷ Na temat metody dyferencyjnej zob. M. Kaliński, [w:] A. Olejniczak (red.), *System...*, s. 87–90, nb 74.

¹⁵³⁸ W doktrynie niemieckiej zwraca na to uwagę K. Wappler. Zob. K. Wappler, *op. cit.*, s. 333.

¹⁵³⁹ Zob. reprezentatywnie dla doktryny prawa cywilnego M. Kaliński, [w:] A. Olejniczak (red.), *System...*, s. 176 i n., nb 152 i n. Por. również Z. Banaszczyk, *op. cit.*, art. 415, nb 53.

przyczyny¹⁵⁴⁰. A zatem, aby sąd mógł zastosować art. 322 k.p.c., powód musi uprzednio wyczerpać wszystkie dostępne i znane mu środki dowodowe, w tym dowód z opinii biegłego, a dodatkowo nie będzie zasadne dopuszczenie dowodu z urzędu przez sąd na podstawie art. 232 k.p.c. Możliwość zastosowania art. 322 k.c. pojawi się bowiem dopiero wówczas, gdy mimo tych starań dowodowych po stronie powoda wysokość szkody nadal nie zostanie wykazana¹⁵⁴¹.

W tym miejscu należy się również odnieść do sformułowanej w doktrynie polskiej propozycji wprowadzenia ułatwienia dowodowego w postaci przerwania na pozwanego ciężaru dowodu w sytuacji, gdy swoim postępowaniem uniemożliwia lub utrudnia on powodowi wykazanie okoliczności, na które ten się powołuje¹⁵⁴², i stwierdzić, że powinno się ją traktować jedynie jako postulat *de lege ferenda*¹⁵⁴³. Konstrukcja odwrócenia ciężaru dowodu w przypadku tzw. udaremnienia dowodu (*Beweisvereitelung*) jest dyskutowana w doktrynie z zakresu niemieckiego postępowania cywilnego i została zastosowana przez niemiecki Federalny Trybunał Sprawiedliwości w ramach prawotwórstwa sądowego, a dotyczy ona sytuacji, w których jedna ze stron swoim zachowaniem uniemożliwia przeprowadzenie dowodu przeciwnikowi. Przykładami takiego zachowania udaremniającego przeprowadzenie dowodu są: zatajenie adresu świadka, zniszczenie dokumentu, zabronienie sądowi albo biegłemu wkroczenia na nieruchomości strony w celu poczynienia relewantnych procesowo ustaleń albo odmowa zwolnienia swojego lekarza lub banku z wiążącej ich tajemnicy¹⁵⁴⁴. W takich przypadkach, w szczególności w procesach odszkodowawczych za błąd w sztuce lekarskiej, proponuje się m.in. odwrócenie ciężaru dowodu i przyjęcie, że stronie, na której pierwotnie spoczywał ciężar dowodu, udało się jego przeprowadzenie, a w związku z tym nałożenie ciężaru przeprowadzenia przeciwdowodu na jej przeciwnika. Jednakże, jak podkreśla się w literaturze przedmiotu, bardziej prawidłowe jest pozostawienie sądowi w ramach swobodnej oceny dowodów wyciągnięcia stosownych wniosków z zachowania strony, która udaremniała swoim zachowaniem przeprowadzenie dowodu swemu przeciwnikowi. Również to zapatrywanie znalazło swoje odzwierciedlenie w orzecznictwie BGH¹⁵⁴⁵. Zbliżona do konstrukcji odwrócenia ciężaru dowodu w przypadkach udaremnienia przeprowadzenia dowodu jest rozwijana w doktrynie i orzecznictwie (w ramach prawotwórstwa sądowego)

¹⁵⁴⁰ Zob. A. Jakubecki, [w:] H. Dolecki, T. Wiśniewski (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz Tom I. Art. 1–366*, wyd. 2, Warszawa 2013, LEX/el. 2013, art. 322, nb 6.

¹⁵⁴¹ Por. *ibidem*, art. 322, nb 3 z powołaniem się na wyrok SN z dnia 26 stycznia 1976 r. w sprawie I CR 954/75.

¹⁵⁴² Por. M. Tofel, *op. cit.*, s. 1130; K. Pyzio, *op. cit.*, s. 161–162.

¹⁵⁴³ Co przyznaje zresztą M. Tofel, *op. cit.*, s. 1130.

¹⁵⁴⁴ Zob. H.-J. Musielak, *Grundkurs ZPO*, 9. Aufl., München 2007, s. 288, nb 469.

¹⁵⁴⁵ Zob. szerzej *ibidem*, s. 289, nb 471, a także K. Reichold, [w:] H. Thomas, H. Putzo (Begr.), *ZPO. Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, den Einführungsgesetzen und europarechtlichen Vorschriften. Kommentar*, 29. Aufl., München 2008, § 286, nb 17–19.

instytucja tzw. wtórnego ciężaru twierdzenia albo zaprzeczenia przez wskazanie dowodów/zaprzeczenia przez dowodzenie (*sekundäre Behauptungslast, sekundäre Darlegungslast* albo *substanziiertes Bestreiten*). Zgodnie z tą konstrukcją, w każdym indywidualnym przypadku należy ustalić, czy można wyjątkowo nałożyć na przeciwnika procesowego, w ramach jego ciężaru oświadczenia (odniesienia się) stosownie do § 138 ust. 2 ZPO¹⁵⁴⁶, obowiązek umożliwienia przeprowadzenia dowodu przez stronę, na której spoczywa ciężar dowodu, poprzez bliższe przytoczenie okoliczności dotyczących przeciwnika procesowego i znajdujących się w jego „obszarze postrzegania” (*Wahrnehmungsbereich*). Ten obowiązek przeciwnika procesowego wywodzi się z tego, że w przeciwieństwie do strony, na której spoczywa ciężar dowodu, a która nie zna przebiegu istotnych zdarzeń jako stojąca z boku, dysponuje on wiedzą o istotnych faktach. Tego rodzaju konstrukcja, jak podnosi się w literaturze przedmiotu, nie zmienia niczego w ciężarze dowodu, lecz ma właśnie zapobiec decydowaniu o tej kwestii¹⁵⁴⁷. Skutkiem niedopełnienia wtórnego ciężaru twierdzenia jest to, że twierdzenie strony, na której pierwotnie spoczywa ciężar dowodu mimo jego niewystarczającego udowodnienia (przytoczenia niewystarczających dowodów), uznawane jest przez sąd za przyznane w rozumieniu § 138 ust. 3 ZPO, ponieważ przeciwnik nie zaprzeczył jemu dowodowo (za pomocą dowodów)¹⁵⁴⁸.

Przejęcie na grunt prawa polskiego zaprezentowanych powyżej konstrukcji rozwiniętych w niemieckiej praktyce procesu cywilnego nie jest *de lege lata* możliwe. Należy przy tym pamiętać, że w sytuacji niemożliwości wykazania wysokości szkody, co raczej nie będzie mieć większego znaczenia w „przypadkach przebicia” z uwagi na konieczność przeprowadzenia opinii biegłego, zastosowanie może znaleźć art. 322 k.p.c. Dodatkowo należy zwrócić uwagę na art. 248 k.p.c., który umożliwia zawnioskowanie przez stronę przeprowadzenia dowodu z dokumentu znajdującego się w posiadaniu strony przeciwnej (lub osoby trzeciej)¹⁵⁴⁹, co jednak zakłada wiedzę powoda o istnieniu takiego dokumentu. Ponadto należy wskazać na brzmienie art. 233 § 2 k.p.c., zgodnie z którym sąd ocenia w ramach swobodnej oceny dowodów, jakie znaczenie nadać odmowie przedstawienia przez stronę dowodu lub przeszkodom stawianym przez nią w jego przeprowadzeniu wbrew postanowieniu sądu, a więc zachowaniu strony, które można porównać

¹⁵⁴⁶ Zgodnie z tym przepisem każda ze stron ma obowiązek odnieść się do (oświadczyć się odnośnie do) twierdzeń przeciwnika.

¹⁵⁴⁷ Zob. R. Greger, [w:] R. Zöllner (Begr.), *Zöllner. Zivilprozessordnung. Kommentar*, 25. Aufl., Köln 2005, Vor § 284, nb 34.

¹⁵⁴⁸ Konstrukcja ta została zastosowana w omówionym powyżej wyroku BGH z dnia 14 października 2005 r., II ZR 178/03 dotyczącym odpowiedzialności przebijającej za pomieszczenie majątków spółki i spółnika. Zob. rozdz. VII pkt 2.2.

¹⁵⁴⁹ Zob. K. Knoppek, [w:] H. Dolecki, T. Wiśniewski (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz Tom I. Art. 1–366*, 2 wyd., Warszawa 2013, LEX/el. 2013, art. 248, nb 2.

do niemieckich przypadków „udaremniania dowodu”. Natomiast *de lege ferenda* można rozważyć wprowadzenie do kodeksu postępowania cywilnego ogólnego przepisu ułatwiającego przeprowadzenie dowodu w sytuacjach, w których wymaga tego interes strony, na której spoczywa ciężar dowodu. Tego rodzaju zabieg legislacyjny musiałaby jednak poprzedzić pogłębiona dyskusja w doktrynie polskiego postępowania cywilnego, której towarzyszyć powinna analiza prawnoporównawcza rozwiązań niemieckich, ewentualnie przyjętych w innych państwach. Natomiast w zakresie, w jakim ułatwienia dowodowe miałyby dotyczyć problematyki zwalczania przypadków nadużycia formy spółki z o.o. i rekompensaty wynikłej z tego szkody, bardziej zasadne jest zaproponowanie ustawowego rozwiązania w postaci przepisu regulującego odpowiedzialność wspólników spółki z o.o. za jej zobowiązania, ewentualnie za szkodę wyrządzoną wierzycielom. Ta ostatnia kwestia zależeć będzie od preferowanego ukształtowania odpowiedzialności wspólników spółki z o.o., co zostanie omówione poniżej.

3. Zalety i wady koncepcji odpowiedzialności przebijającej w porównaniu z alternatywnymi rozwiązaniami

3.1. Zalety koncepcji odpowiedzialności przebijającej

W doktrynie niemieckiej w sposób ogólny zwraca się uwagę na zaletę odpowiedzialności przebijającej w postaci zapewnionej przez nią wysokiej efektywności ochrony wierzycieli spółki z o.o.¹⁵⁵⁰

Wynika to przede wszystkim z obiektywnego, a nawet absolutnego charakteru tej odpowiedzialności i ukształtowania jej jako odpowiedzialności zewnętrznej wspólników wobec wierzycieli spółki z o.o.

W jej klasycznym ujęciu – jako tzw. właściwa odpowiedzialność przebijająca¹⁵⁵¹ – odpowiedzialność ta jest odpowiedzialnością za zobowiązania spółki, a nie za szkodę wywołaną przez wspólników wierzycielom spółki z o.o. Pod względem charakteru prawnego, a ściśle z punktu widzenia sposobu ponoszenia odpowiedzialności, należy zatem uznać tę odpowiedzialność – zgodnie z typologią przedstawioną przez T. Siemiątkowskiego – za odpowiedzialność gwarancyjno-represyjną, której treścią jest właśnie odpowiedzialność za zobowiązania spółki¹⁵⁵². Jest ona ponadto odpowiedzialnością za

¹⁵⁵⁰ Zob. K. Wappler, *op. cit.*, s. 332.

¹⁵⁵¹ Pojęciem właściwej odpowiedzialności przebijającej określa się w niniejszej rozprawie zewnętrzną odpowiedzialność wspólników spółki z o.o. za zobowiązania spółki wobec jej wierzycieli mającą swoje źródło w prawie spółek. Zob. rozdz. IV pkt 3.3.

¹⁵⁵² Szerzej na temat odpowiedzialności gwarancyjno-represyjnej i odróżnienia samej odpowiedzialności jako normatywnego przypadku od jej treści zob. T. Siemiątkowski, *Odpowiedzialność cywilnoprawna w spółkach kapitałowych*, Warszawa 2007, s. 67 i n.

pewien stan (*Zustandshaftung*), a to z uwagi na nieograniczony charakter tej odpowiedzialności, a nie za zachowanie (*Verhaltenshaftung*), która z reguły oparta jest na zasadzie winy¹⁵⁵³.

Zaletą zewnętrznego charakteru tej odpowiedzialności jest to, że uprawnionymi do dochodzenia roszczeń przeciwko wspólnikom są wierzyciele jako podmioty, o których ochronę tak naprawdę chodzi w przypadkach „przebiccia”¹⁵⁵⁴. Dzięki zewnętrznemu charakterowi tej odpowiedzialności wierzyciele spółki z o.o. nie muszą dochodzić roszczeń przeciwko wspólnikom drogą okrężną, poprzez zajęcie roszczeń przysługujących spółce przeciwko wspólnikom (w ramach wewnętrznej odpowiedzialności wspólników wobec spółki)¹⁵⁵⁵.

Obiektywny charakter odpowiedzialności przebijającej oznacza, że nie jest ona zależna od zawinienia wspólników spółki z o.o.¹⁵⁵⁶ Wierzyciele spółki z o.o. nie muszą zatem wykazywać przy dochodzeniu roszczeń przeciwko wspólnikom winy wspólników ani jej stopnia¹⁵⁵⁷.

Dochodząc roszczeń bezpośrednio przeciwko wspólnikom, wierzyciele nie muszą ponadto wykazywać powstania po ich stronie szkody, ani jej wysokości, ponieważ jest to właśnie odpowiedzialność za zobowiązania spółki nieograniczona kwotowo (wierzyciele mogą dochodzić od wspólników swoich wierzytelności wobec spółki, a nie ograniczonej wysokością doznanej szkody kwoty odszkodowania)¹⁵⁵⁸, co stanowi szczególną zaletę przy odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki, w ramach której

¹⁵⁵³ W doktrynie polskiej przy takim kryterium podziału na poszczególne rodzaje odpowiedzialności funkcjonuje natomiast rozróżnienie między odpowiedzialnością gwarancyjną (niezależną od woli i wiedzy) a sprawczą (za świadome wykorzystanie spółki kapitałowej na niekorzyść wierzycieli), który to podział nie do końca oddaje jednak kryterium podziału stosowane w doktrynie niemieckiej. Zob. P. Sobolewski, *Środki prawne ochrony wierzycieli spółek kapitałowych*, PPH 2011, nr 5, s. 26.

¹⁵⁵⁴ Tak K. Wappler, *op. cit.*, s. 332–333.

¹⁵⁵⁵ Na ten temat por. *ibidem*, s. 332–333. Ta pośrednia droga dochodzenia roszczeń przez wierzycieli została wyraźnie wskazana przez BGH jako właściwa w wyroku w sprawie *Trihotel*, w którym BGH opowiedział się za ukształtowaniem odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki jako wewnętrznej odpowiedzialności deliktowej. Zob. wyrok BGH z dnia 16 lipca 2007 w sprawie *Trihotel*, II ZR 3/04, uzasadnienie, nb 36. Na temat krytyki związanego z tym utrudnienia dochodzenia roszczeń przez wierzycieli zob. G. Bitter, [w:] *Scholz. Kommentar...*, § 13, nb 128.

¹⁵⁵⁶ Dlatego też za całkowicie błędną należy uznać interpretację odpowiedzialności przebijającej dokonaną przez M. Tofela, który podnosi, że wspólnicy spółki z o.o. ponoszą odpowiedzialność na podstawie konstrukcji „przebiccia” i nie mogą powoływać się na § 13 ust. 2 GmbHG wyłączający ich odpowiedzialność, jeżeli celowo uszczuplają majątek spółki albo godzili się na jej unicestwienie. Zob. M. Tofel, *op. cit.*, s. 1116. Nie zmienia to faktu, że w wielu przypadkach „przebiccia” nadużycie formy prawnej spółki z o.o. jest tak nasilone, że można pociągnąć ich również do odpowiedzialności na podstawie § 826 BGB, na co wskazano już w niniejszej rozprawie.

¹⁵⁵⁷ Zob. rozdz. VII pkt 3.3.2.2.3.

¹⁵⁵⁸ Zob. stanowisko P. Ulmera na temat odpowiedzialności przebijającej za kwalifikowane materialne niedokapitalizowanie spółki z o.o. przedstawione powyżej w rozdz. VII pkt 2.1.1, a także uwagi G. Bittera na temat nieograniczonej kwotowo wysokości odpowiedzialności przebijającej za unicestwienie egzystencji spółki przedstawione w rozdz. VII pkt 3.3.2.2.4 niniejszej rozprawy.

poszczególne zdarzenia wywołując uszczerbek/szkodę spółce bardzo często nie są w ogóle możliwe do ustalenia (dosłownie: wyizolowania)¹⁵⁵⁹.

Zwolennicy koncepcji odpowiedzialności przebijającej niejednolicie odnoszą się do kwestii ewentualnej potrzeby wykazywania przez wierzycieli spółki związku przyczynowego między stanem uzasadniającym odpowiedzialność przebijającą a niewypłacalnością spółki (w przypadku *Existenzvernichtungshaftung*) albo materialnym niedokapitalizowaniem spółki a jej niewypłacalnością. P. Ulmer podkreśla, że w przypadku następczego niedokapitalizowania spółki powinno nastąpić odwrócenie ciężaru dowodu i obciążenie nim współników spółki z o.o., którzy w ten sposób stworzyli stan zagrożenia dla wierzycieli spółki¹⁵⁶⁰, co sugerowałoby, że w przypadku niedokapitalizowania pierwotnego, ciężar dowodu w zakresie wykazania związku przyczynowego między niedokapitalizowaniem a niewypłacalnością spółki spoczywa na wierzycielach spółki z o.o. Natomiast z wywodów M. Luttera oraz R. Banerjea¹⁵⁶¹ i dotyczących zalet odpowiedzialności przebijającej jako konstrukcji umożliwiającej dochodzenie roszczeń przeciwko współnikom za unicestwienie egzystencji spółki – którzy wskazują na jej przewagę nad odpowiedzialnością odszkodowawczą, podnosząc że w przypadku tej ostatniej konieczne byłoby wykazywanie niedającej się wyizolować szkody i związku przyczynowego między zdarzeniem ją wywołującym a ową szkodą, co z kolei prowadzi do niemożliwości wykazania szkody¹⁵⁶¹ – można wywnioskować, że, zdaniem tych autorów, w przypadku odpowiedzialności przebijającej brak jest potrzeby wykazywania związku przyczynowego między ingerencją współników a niewypłacalnością spółki. Natomiast G. Bitter, wskazując na związek przyczynowy między zachowaniem unicestwiającym egzystencję spółki a niewypłacalnością tejże jako przesłankę odpowiedzialności przebijającej, nie odnosi się do kwestii ciężaru dowodu. Można zatem wnosić, że zgodnie z ogólną zasadą rozkładu ciężaru dowodu *onus probandi* w tym zakresie będzie spoczywać na wierzycielach spółki. Wynika to zresztą, przynajmniej pośrednio, z samej nazwy tej odpowiedzialności, skoro współnicy mają odpowiadać za ingerencje unicestwiające egzystencję spółki, wierzyciel powinien wykazać okoliczności świadczące o takich ingerencjach albo znane mu przykłady takich ingerencji i wskazać, również powołując się na domniemania faktyczne oraz posługując się dowodem *prima facie*, na związek między tymi ingerencjami a niewypłacalnością spółki.

¹⁵⁵⁹ Por. K. Wappler, *op. cit.*, s. 332; M. Lutter, N.R. Banerjea, *op. cit.*, s. 412–413. Szerzej na ten temat V. Röhricht (zob. rozdz. VII pkt 3.1.2 powyżej).

¹⁵⁶⁰ Zob. Hachenburg/Ulmer, *GmbHG*, Anh § 30, nb 59. Stanowisko autora w tej kwestii zostało przedstawione szerzej w rozdz. VII pkt 2.1.1.

¹⁵⁶¹ Zob. M. Lutter, N.R. Banerjea, *op. cit.*, s. 412–413.

3.2. Wady koncepcji odpowiedzialności przebijającej

Podstawową wadą odpowiedzialności przebijającej jest z perspektywy niemieckiego prawa spółek to, że nie jest ona wyraźnie uregulowana ustawą. Jak już wyżej wspomniano, nie oznacza to, że brak jest dogmatycznej podstawy tej odpowiedzialności, którą w prawie niemieckim w zależności od przyjętej teorii stanowi albo § 242 BGB albo § 128 HGB dotyczący odpowiedzialności wspólników spółki jawnej za jej zobowiązania, którego zastosowanie staje się możliwe wskutek teleologicznej redukcji § 13 ust. 2 GmbHG.

Dlatego też w doktrynie niemieckiej odpowiedzialność przebijająca jest krytykowana jako koncepcja ukryta w mrokach trudnego do zrozumienia prawa sędziowskiego¹⁵⁶².

Natomiast z perspektywy prawa polskiego podstawową wadą tej koncepcji odpowiedzialności jest powszechne przekonanie o niemożliwości jej przejęcia na grunt polskiego prawa spółek i prawa cywilnego ze względu na brak dającej się do niej zastosować podstawy prawnej tej odpowiedzialności. Jak wykazano w niniejszej rozprawie, tego rodzaju podstawy prawne istnieją, jednakże wówczas koncepcja odpowiedzialności przebijającej byłaby ulokowana w sferze prawotwórstwa sądowego, tak samo, jak ma to miejsce w przypadku *Durchgriffshaftung* w niemieckim prawie spółek, co należy uznać za trudne, a wręcz niemożliwe do zaakceptowania przez polską doktrynę i orzecznictwo.

Kolejną istotną wadą tej koncepcji z perspektywy jej krytyków jest to, co z perspektywy jej zwolenników stanowi jej podstawową zaletę, a więc obiektywny, czyli niezależny od zawinienia, oraz nieograniczony kwotowo do wysokości rzeczywiście poniesionego przez wierzycieli spółki uszczerbku, charakter tej odpowiedzialności.

Odpowiedzialność wspólników spółki z o.o. za jej zobowiązania w przypadkach nadużycia formy prawnej spółki z o.o., a więc odpowiedzialność w pełnym wymiarze zobowiązań wierzycieli wobec spółki, wydaje się zbyt daleko idącym instrumentem ochrony, który w istocie wykracza ponad cel ochrony, nabierając, jak się to dosłownie formułuje w doktrynie niemieckiej, „przestrzeliwującego”, nadmiernego, przesadnego charakteru (*überschießender Charakter*)¹⁵⁶³. W szczególności, w swoim klasycznym ujęciu jako właściwa odpowiedzialność przebijająca koncepcja ta nie pozwala, zdaniem jej krytyków, na ograniczenie odpowiedzialności w przypadkach, w których spółka z o.o. jeszcze przed ingerencją wspólników (w przypadku *Existenzvernichtungshaftung*)

¹⁵⁶² Tak na temat odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki ukształtowanej jako odpowiedzialność przebijająca wypowiedział się M. Gehrlein, chwając zamianę podstawy dogmatycznej tej koncepcji na odpowiedzialność deliktową na podstawie § 826 BGB. Zob. M. Gehrlein, *op. cit.*, s. 767. Na ten temat zob. rozdz. XIII pkt 2.7.4.1.

¹⁵⁶³ Tak autorzy krytyczni wobec odpowiedzialności przebijającej za unicestwienie egzystencji spółki. Na ten temat zob. rozdz. VIII pkt 1.3.5.

znajdowała się w sytuacji kryzysowej. Wówczas obarczanie współników spółki z o.o. za zobowiązania spółki w pełnej wysokości jest wyrazem braku wyważenia interesów współników i wierzycieli spółki¹⁵⁶⁴ i stanowi „przereagowanie” ze strony porządku prawnego (*Überreaktion der Rechtsordnung*)¹⁵⁶⁵. Na ten zarzut można już w tym miejscu odpowiedzieć kontrargumentem P. Ulmera, że do przyjęcia odpowiedzialności współników wystarczające jest, że ich zachowanie przyczyniło się do niewypłacalności spółki albo ją pogłębiło, a ograniczanie odpowiedzialności przebijającej osiągniętej przez uchylene obowiązywania przepisu § 13 ust. 2 GmbHG nie mieści się już w możliwych ramach prawotwórstwa sądowego¹⁵⁶⁶, ponieważ, jak należy rozumieć wywody tego autora, prawotwórstwo takie posuwałoby się zbyt daleko, wprowadzając dalsze modyfikacje tej odpowiedzialności. Broniąc niemożliwości (niedopuszczalności) kwotowego ograniczenia swojej odpowiedzialności przez współników, można by ponadto podkreślić, tego rodzaju nieograniczoną odpowiedzialność, jaka wynika z zastosowania właściwej koncepcji odpowiedzialności przebijającej, przewidują przepisy o spółce jawnej.

Takie przereagowanie porządku prawnego nie jest, zdaniem H. Altmeppena, usprawiedliwione. Autor ten podkreśla, że koncepcja „przebicia” nie stanowi wystarczająco rozwiniętej samodzielnej figury odpowiedzialności (*eigenständige Haftungsfigur*) i w swoim założeniu miała służyć jedynie jako wentyl bezpieczeństwa (*Notlösung*) w skrajnie wyjątkowych przypadkach (*krasse Ausnahmefälle*), w których to względy słuszności (*Billigkeitsgründe*) przemawiają za pociągnięciem współników do osobistej odpowiedzialności z przełamaniem zasady wyłączenia odpowiedzialności wyrażonej w § 13 ust. 2 GmbHG¹⁵⁶⁷. Zastosowanie tej koncepcji jako podstawy odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki w kształcie zaproponowanym przez BGH w wyroku *KBV* wznagało, zdaniem krytyków, niepewność prawa (*Rechtsunsicherheit*)¹⁵⁶⁸ i groziło zachwianiem w posadach spółki z o.o. jako formy prawnej prowadzenia działalności gospodarczej, co stwierdził sam niemiecki Federalny Trybunał Sprawiedliwości w wyroku w sprawie *Trihotel*¹⁵⁶⁹. W doktrynie niemieckiego prawa spółek podkreślano natomiast

¹⁵⁶⁴ Jak podkreśla bowiem G. Wagner, odpowiedzialność współników spółki z o.o. do pełnej wartości przysługujących wierzycielom wobec spółki roszczeń prowadzi do tego, że wierzyciel spółki uzyskuje lepszą pozycję niż w sytuacji, gdyby współnik zachował się w sposób praworządny i zaniechał ingerencji unicestwiającej egzystencję spółki. Zdaniem autora, brak jest uzasadnienia dla takiego *windfall profit* wierzyciela na koszt współników. Zob. G. Wagner, *op. cit.*, s. 484. Na ten problem zwraca nawet uwagę zwolenniczka odpowiedzialności przebijającej za unicestwienie egzystencji spółki K. Wappler, *op. cit.*, s. 334.

¹⁵⁶⁵ Por. H. Altmeppen, *Abschied vom „Durchgriff” im Kapitalgesellschaftsrecht*, NJW 2007, s. 2659.

¹⁵⁶⁶ Szerzej na ten temat zob. rozdz. VII pkt 2.1.1.

¹⁵⁶⁷ H. Altmeppen, *Abschied...*, s. 2659.

¹⁵⁶⁸ *Ibidem*.

¹⁵⁶⁹ Zob. wyrok BGH z dnia 16 lipca 2007 r. w sprawie *Trihotel*, II ZR 3/04, uzasadnienie nb 27.

obrazowo, że koncepcja „przebicia” trafia w rdzeń spółki z o.o. i „załatwia” ją jako formę prawną¹⁵⁷⁰.

Tę niepewność prawa nosi w sobie zresztą sama koncepcja odpowiedzialności przebijającej z niejasnymi i nie do końca opracowanymi przesłankami jej zastosowania, co podkreślają krytycy tej konstrukcji¹⁵⁷¹. Przedstawiona powyżej rozbieżność poglądów zwolenników koncepcji odpowiedzialności przebijającej dotyczących chociażby rozkładu ciężaru dowodu przy wykazywaniu przesłanki tej odpowiedzialności w postaci związku przyczynowego, a także posługiwanie się przez P. Ulmera pojęciem przypisywalności tej odpowiedzialności poszczególnym wspólnikom, co ma na celu wyłączenie z kręgu podmiotów odpowiedzialnych tych wspólników spółki z o.o., którzy nie mieli wpływu na jej następcze materialne niedokapitalizowanie¹⁵⁷², istotnie dają podstawę do formułowania takich zarzutów. Dodatkowo, podejmowane w ramach koncepcji „przebicia” próby rozwinięcia kryteriów pozwalających ustalić zakres podmiotowy tej odpowiedzialności powodowały i powodują to, że odpowiedzialność ta staje się, wbrew jej konstrukcyjnym założeniom, odpowiedzialnością za zachowanie (*Verhaltenshaftung*), a nie za stan (*Zustandshaftung*), na co zwrócił już uwagę W. Flume, krytykując tę koncepcję¹⁵⁷³. Ponadto należy podkreślić, że również wśród zwolenników koncepcji odpowiedzialności przebijającej reprezentowany był – mniejszościowy, co prawda – pogląd o potrzebie kwotowego ograniczenia odpowiedzialności za materialne niedokapitalizowanie do wysokości różnicy między rzeczywistym a pożądanym stanem kapitału własnego spółki z o.o., choć nie zamierzali oni przez to ograniczenie nadawać tej odpowiedzialności charakteru odszkodowawczego, a ponadto zdawali sobie sprawę z trudności związanych z wykazaniem kwoty owej różnicy¹⁵⁷⁴.

Istotną wadą właściwej odpowiedzialności przebijającej jest również to, że stanowi ona jako swoista odpowiedzialność za bezprawny skutek (*Erfolgshaftung*) pozaustawowy wyjątek od obowiązujących w prawie cywilnym rodzajów i zasad odpowiedzialności, w szczególności kontraktowej, za zawinienie, na zasadzie ryzyka, na co zwraca uwagę H. Altmeppen¹⁵⁷⁵. Natomiast H.Ch. Grigoleit w swojej rozbudowanej krytyce odpowiedzialności przebijającej za unicestwienie egzystencji spółki podnosi, że jest ona sprzeczna z zasadami odpowiedzialności wspólników spółki z o.o., a w szczególności zasadą odpowiedzialności, wewnętrznej, zasadą odpowiedzialności za zachowanie na

¹⁵⁷⁰ Tak G. Wagner, *op. cit.*, s. 485 a za nim B. Dauner-Lieb, *Die Existenzvernichtungshaftung als deliktische...*, s. 39.

¹⁵⁷¹ Zob. H. Altmeppen, *Abschied...*, s. 2659 oraz autorzy przywołani przez K. Wappler, *op. cit.*, s. 333.

¹⁵⁷² Szerzej na ten temat zob. rozdz. VII pkt 2.1.1.

¹⁵⁷³ Szerzej na ten temat zob. rozdz. VIII pkt 1.2.2.1.

¹⁵⁷⁴ Takie stanowisko reprezentowali R. Reinhardt, O. Kuhn oraz U. Immenga, których poglądy zostały przedstawione w rozdz. V pkt 3.

¹⁵⁷⁵ Zob. H. Altmeppen, *Abschied...*, s. 2659.

zasadzie winy oraz zasadą odpowiedzialności odszkodowawczej¹⁵⁷⁶. Przenosząc te zarzuty na grunt prawa polskiego, a w szczególności na płaszczyznę postaci odpowiedzialności cywilnoprawnej, pośród których wymienia się odpowiedzialność odszkodowawczą, quasi-odszkodowawczą, wyrównawczą, gwarancyjno-represyjną, prawokształtującą¹⁵⁷⁷, a także zasad odpowiedzialności odszkodowawczej, do której należą zasada winy, bezprawności, ryzyka, odpowiedzialności absolutnej i słuszności¹⁵⁷⁸, należy podnieść, że o ile właściwą odpowiedzialność przebijającą należy zakwalifikować jako odpowiedzialność gwarancyjno-represyjną, a zatem zbędne jest jej dalsze dookreślanie poprzez odniesienie się do zasady zawinienia, o tyle w związku z osłabianiem rygoryzmu odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki przez nadawanie jej cech odpowiedzialności odszkodowawczej, rozważania na temat obowiązywania w jej ramach zasady winy wydają się zasadne. Jeżeli zatem rozważałoby się *de lege lata* posłużenie się konstrukcją odpowiedzialności przebijającej w polskim prawie spółek, to również należałoby się skonfrontować z zarzutem, że powołując się na klauzulę generalną zasad współżycia społecznego albo stosując reguły odstępowania od sensu językowego przepisu, dokonuje się wyłomu w silnie ugruntowanej w prawie cywilnym zasadzie odpowiedzialności odszkodowawczej. Natomiast można by takiego zarzutu uniknąć, gdyby sądy, uchylając w sposób prawotwórczy obowiązywanie wyłączającego odpowiedzialność współników art. 151 § 4 k.s.h. i poszukując przepisu mającego zastosowanie do odpowiedzialności współników spółki z o.o. sięgnęłyby nie do analogicznie stosowanego art. 22 § 2 k.s.h., lecz (z jakiegoś mało zrozumiałego powodu) do art. 299 k.s.h. Wówczas jednak odpowiedzialność przebijająca utraciłaby swój „właściwy”, obiektywny charakter, prowadząc, co prawda do „przebicia”, ale na zasadach odpowiedzialności gwarancyjno-odszkodowawczej.

Kolejne wady koncepcji odpowiedzialności przebijającej związane są już ściśle z łagodzeniem jej rygoryzmu w kolejnych orzeczeniach BGH, co doprowadziło w istocie do wypaczenia tej koncepcji jako podstawy odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki.

Chcąc złagodzić absolutny charakter odpowiedzialności przebijającej za unicestwienie egzystencji spółki niemiecki Federalny Trybunał Sprawiedliwości od samego początku starał się bowiem ograniczyć jej zastosowanie przez zadekretowanie, że odpowiedzialność przebijająca ma charakter subsydiarny względem odpowiedzialności wyrównawczej, a roszczenia wierzycieli spółki na niej oparte, a realizowane w postępowaniu upadłościowym przez syndyka masy upadłości na podstawie § 92 InsO, mają charakter subsydiarny wobec roszczeń wyrównawczych spółki na podstawie przepisów

¹⁵⁷⁶ Zob. szerzej na ten temat rozdz. VIII pkt 1.2.2.2.

¹⁵⁷⁷ Zob. T. Siemiątkowski, *op. cit.*, s. 45 i n.

¹⁵⁷⁸ Zob. M. Kaliński, [w:] A. Olejniczak (red.), *System Prawa...*, s. 39 i n.

§ 30 i § 31 GmbHG o ochronie kapitału zakładowego (a ściśle o zwrot wypłat z majątku spółki potrzebnego na pokrycie kapitału zakładowego), tzn. mogą być dochodzone, o ile uszczerbek wywołany ingerencją nie zostanie wyrównany spółce na podstawie przepisów o ochronie kapitału zakładowego¹⁵⁷⁹. Ta subsydiarność zewnętrznej odpowiedzialności przebijającej wobec wierzycieli spółki względem wewnętrznej odpowiedzialności wyrównawczej wobec spółki spotkała się z krytyką części doktryny niemieckiego prawa spółek, w ramach której przede wszystkim podniesiono, że nie da się uzasadnić takiej subsydiarności ani dogmatycznie, ani politycznoprawnie, ponieważ dotyczy ona roszczeń różnych wierzycieli¹⁵⁸⁰. Subsydiarność odpowiedzialności przebijającej względem odpowiedzialności wyrównawczej nie stanowi jednak (zasadniczo) większego problemu w praktyce, na co zwrócono już uwagę w niniejszej rozprawie¹⁵⁸¹.

Konsekwentnie łągodząc surowość odpowiedzialności przebijającej za unicestwienie egzystencji spółki BGH w swoich kolejnych orzeczeniach uznał, że nie obejmuje ona błędów menadżerskich (wyrok w sprawie *Handelsvertreter*) oraz dopuścił możliwość wykazania przez współnika pociągniętego do odpowiedzialności, że wierzyciele ponieśli szkodę niższą od wartości „utraconych” przez wierzycieli roszczeń wobec spółki (wyrok w sprawie *Autovertragshändler*)¹⁵⁸².

Trafnie opisał to stopniowe stępanie ostrza odpowiedzialności przebijającej W. Goette, którego pogląd został przedstawiony już powyżej¹⁵⁸³, ale który to opis zasługuje na ponowne przytoczenie. Zdaniem tego autora, rozwinięta przez BGH koncepcja odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki bazowała pierwotnie na odpowiedzialności wewnętrznej na podstawie § 30 i 31 GmbHG, która mogła przekształcić się w przebijającą nieograniczoną odpowiedzialność zewnętrzną, aby następnie, po przeprowadzeniu stosownego dowodu przez pozwanego, stać się opartą na zasadzie winy odpowiedzialnością odszkodowawczą. Przy tym wierzyciel zachowywał cały czas możliwość skorzystania z alternatywnej wobec tej koncepcji podstawy prawnej dochodzenia roszczeń od współnika w postaci odpowiedzialności deliktowej (§ 826 BGB)¹⁵⁸⁴.

A zatem w orzecznictwie niemieckiego Federalnego Trybunału Sprawiedliwości – do czasu wydania wyroku w sprawie *Trihotel* – odpowiedzialność za unicestwienie egzystencji spółki rozwijana w ramach prawotwórstwa sądowego przekształciła się z odpowiedzialności za zobowiązania spółki o charakterze gwarancyjnym, względnie

¹⁵⁷⁹ Zob. teza a) wyroku BGH z dnia 24 czerwca 2002 r. w sprawie *KBV*, II ZR 300/00.

¹⁵⁸⁰ Tak przede wszystkim J. Vetter, *Die neue...*, s. 1968 oraz B. Dauner-Lieb, *Die Existenzvernichtungshaftung – Schluss...*, s. 2040.

¹⁵⁸¹ Zob. rozdz. VIII pkt 1.3.5., przypis 793 powyżej.

¹⁵⁸² Szerzej na ten temat zob. rozdz. VII pkt 3.2.5–3.2.7 oraz podsumowanie rozwoju linii orzeczniczej BGH zawarte w pkt 3.2.8.

¹⁵⁸³ Zob. rozdz. VIII pkt 1.4.

¹⁵⁸⁴ Zob. W. Goette, *Aus der neueren Rechtsprechung...*, s. 1487.

gwarancyjno-represyjnym w odpowiedzialność gwarancyjno-odszkodowawczą, a nawet (w zależności od tego, na co położony zostanie akcent) w odpowiedzialność *stricte* odszkodowawczą, a to z uwagi na możliwość wykazania, że wierzyciele ponieśli szkodę w mniejszej wysokości oraz możliwość powołania się na błąd menadżerski, co w istocie stanowi możliwość ekskulpacji po stronie współnika. Tym samym, w swoim charakterze, odpowiedzialność ta ukształtowana została w sposób – co prawda odległe – zbliżony do odpowiedzialności członków zarządu na podstawie art. 299 k.s.h. Dopiero w wyroku w sprawie *Trihotel* BGH ostatecznie zrezygnował z tak wypaczonej, z perspektywy zwolenników koncepcji „przebicia”, konstrukcji na rzecz odpowiedzialności deliktowej na podstawie § 826 BGB ukształtowanej wszakże jako odpowiedzialność wewnętrzna.

Odpowiedzialność przebijająca jako podstawa odpowiedzialności współników za zobowiązania spółki została wyraźnie utrzymana przez BGH w przypadkach pomieszania majątków spółki i współnika, jednakże i tam doznała ona pewnego osłabienia, skoro Trybunał uznał ją za odpowiedzialność za zachowanie współnika, a nie za stan pomieszania majątków, co oznacza konieczność przypisania odpowiedzialności konkretnemu współnikowi i obowiązek wykazania przez powoda niekontrolowanego pomieszania majątku spółki z majątkiem prywatnym współnika, natomiast na współniku (wspólnikach) spoczywa tzw. wtórny ciężar dowodu i obowiązek udowodnienia przeciwieństwa, a więc wykazania braku pomieszania majątków¹⁵⁸⁵.

4. Możliwość, dopuszczalność i celowość zastosowania konstrukcji odpowiedzialności przebijającej w polskim prawie spółek

Na potrzebę ochrony wierzycieli spółki z o.o. poprzez osobistą odpowiedzialność jej współników zwrócono już uwagę w punkcie 1 niniejszego rozdziału.

W tym miejscu, po omówieniu alternatywnych względem odpowiedzialności przebijającej instrumentów ochrony wierzycieli należy odpowiedzieć na pytanie dotyczące możliwości, dopuszczalności i celowości zastosowania koncepcji „przebicia” na gruncie obecnie obowiązującego prawa spółek.

Jeżeli chodzi o samą możliwość przejęcia koncepcji odpowiedzialności przebijającej do polskiego prawa spółek, przeprowadzona w niniejszej rozprawie analiza prawnoporównawcza rozwiązań niemieckich i polskich prowadzi do wniosku, że wbrew dominującemu w doktrynie polskiej i orzecznictwie sądowym pogładowi, istnieją podstawy

¹⁵⁸⁵ Wyrok BGH z dnia 14 października 2005, II ZR 178/03, pkt c) tenoru. Oznacza to, że to właśnie współnicy zobowiązani są wykazać brak podstaw ich odpowiedzialności jako osoby lepiej rozeznanne w sytuacji spółki. Nie wystarcza zatem samo zaprzeczenie twierdzeniom i dowodom przedstawionym przez powoda [por. pkt 15 b) uzasadnienia cytowanego wyroku]. Na temat wtórnego ciężaru dowodu zob. również rozdz. XIII pkt 2.7.4.2.

teoretyczne i dogmatyczne do zastosowania tej koncepcji. Są nimi po pierwsze koncepcja nadużycia instytucjonalnego, którą *de lege lata* można rozwinąć jako uzupełnienie koncepcji nadużycia prawa, a w wyjątkowych przypadkach nadać jej charakter nie tylko obronny, lecz również zaczepny. Wówczas dogmatyczną podstawę odpowiedzialności mógłby stanowić art. 5 k.c.¹⁵⁸⁶ Zdając sobie sprawę z naturalnego w doktrynie polskiej oporu wobec tak rozwijanej koncepcji nadużycia instytucjonalnego, w rachubę mogłaby wchodzić, po drugie, mieszcząca się formalnie w ramach wykładni *sensu stricto* wykładnia przepisu art. 151 § 4 k.s.h. dokonywana zgodnie z dyrektywami odstępstwa od sensu językowego przepisu¹⁵⁸⁷, prowadząca do jego niezastosowania w konkretnym przypadku „przebicia”. Wówczas w miejsce art. 151 § 4 k.s.h. znajdowałby zastosowanie stosowany analogicznie do odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. art. 22 § 2 k.s.h. i pozostałe przepisy regulujące odpowiedzialność wspólników spółki jawnej, stanowiące odpowiednik § 128 i 129 HGB, które w niemieckim prawie spółek przywoływane są jako najbliższa wchodząca w rachubę dogmatyczna podstawa odpowiedzialności wspólników spółki GmbH.

Rozpatrując zagadnienie dopuszczalności i celowości zastosowania koncepcji przebicia na gruncie *legis latae*, należy zastanowić się przede wszystkim nad dopuszczalnością wykorzystania konstrukcji przebicia w polskim prawie spółek z metodologicznego punktu widzenia. Zgodnie z kryteriami, którymi posługuje się U. Ehrlicke, badając metodologiczną dopuszczalność zastosowania *Durchgriffshaftung* w prawie niemieckim, posłużenie się tą konstrukcją byłoby dopuszczalne w przypadku ustalenia występowania luki ustawowej, co z kolei wymaga uprzedniego ustalenia, że problemy przebicia nie mogą być rozwiązane przy wykorzystaniu dostępnych ustawowych instrumentów ochrony wierzycieli, a w szczególności przy wykorzystaniu deliktowej podstawy odpowiedzialności wspólników. Jak zostało przedstawione w niniejszej rozprawie, U. Ehrlicke, analizując „klasyczne” przypadki „przebicia”, uznał, że z metodologicznego punktu widzenia mogą być one rozwiązane przy wykorzystaniu znanych w prawie cywilnym podstaw odpowiedzialności, a w szczególności na podstawie deliktowej. Podstawa deliktowa rozważana była również w orzecznictwie BGH oraz w niemieckiej doktrynie jako instrument walki z nadużyciami formy prawnej GmbH w przypadkach unicestwienia egzystencji spółki jako równoległa do *Durchgriffshaftung* podstawa odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. wobec jej wierzycieli, aby całkowicie zastąpić odpowiedzialność przebijającą jako podstawę dochodzenia roszczeń przez wierzycieli spółki z o.o. wobec jej wspólników, co nastąpiło w wyroku w sprawie *Trihotel* i następujących po nim orzeczeniach niemieckiego Federalnego Trybunału Sprawiedliwości.

¹⁵⁸⁶ Szerzej na ten temat rozdz. XII pkt 3.2.4.

¹⁵⁸⁷ Szerzej na ten temat rozdz. XII pkt 3.3.5.

Idąc tym tokiem rozumowania, można by zasadniczo stwierdzić, że skoro istnieją jakiegokolwiek możliwe do zastosowania podstawy odpowiedzialności wspólników wobec wierzycieli spółki z o.o. albo samej spółki, brak jest potrzeby do sięgania po konstrukcję odpowiedzialności przebijającej w ramach prawotwórstwa sądowego, na co właśnie wskazuje U. Ehricke.

Jednakże należy podkreślić, że kwestia metodologicznej niedopuszczalności bądź dopuszczalności koncepcji „przebicia” nie jest taka oczywista, jakby się to mogło pozornie wydawać. Otóż, jak już zwrócono uwagę w niniejszej rozprawie, BGH, znając z całą pewnością stanowisko wyrażone przez U. Ehricke, nadal utrzymuje, że w przypadkach *Existenzvernichtungshaftung* występuje otwarta luka ochronna (*offen gelassene Schutzlücke*)¹⁵⁸⁸, rozumiana jako luka ustawowa, którą należy wypełnić w drodze prawotwórstwa sądowego, pojmowanego, co prawda, specyficznie. Sprowadza się ono bowiem do ukierunkowania odpowiedzialności deliktowej za unicestwienie egzystencji spółki na podstawie § 826 BGB jako odpowiedzialności wewnętrznej wobec spółki, a nie jak dotychczas zewnętrznej wobec wierzycieli. Ponadto, BGH nadal stosuje koncepcję odpowiedzialności przebijającej w przypadkach pomieszania majątków spółki i wspólnika, co potwierdził zresztą w wyroku w sprawie *Trihotel*, w którym zarzucił tę koncepcję w przypadkach *Existenzvernichtungshaftung*. A zatem niemiecki Federalny Trybunał Sprawiedliwości nie dopatrył się metodologicznej niedopuszczalności sądowego rozwijania prawa w przypadkach „przebicia”.

Wydaje się więc, że samo występowanie alternatywnych względem konstrukcji odpowiedzialności przebijającej dogmatycznych podstaw odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. nie sprzeciwia się rozwijaniu tego rodzaju konstrukcji odpowiedzialności, zwłaszcza jeżeli się uwzględni, że przy wykorzystaniu tych alternatywnych podstaw nie jest się w stanie uzyskać efektu ochrony zapewnianego przez konstrukcję „przebicia”, ewentualnie, że uzyskanie takiej ochrony jest niezmiernie utrudnione, a wręcz niemożliwe, co potwierdziła zwłaszcza analiza odpowiedzialności deliktowej jako podstawy odpowiedzialności wspólników wobec wierzycieli spółki z o.o. Obowiązywanie zasady ograniczenia indemnizacji do bezpośrednio poszkodowanego zawęży bowiem znacznie możliwość korzystania z odpowiedzialności deliktowej jako podstawy dochodzenia przez wierzycieli roszczeń odszkodowawczych wobec wspólników spółki z o.o. Dopiero postulowana w niniejszej rozprawie zmiana podejścia do wyjątku od wspomnianej zasady i rezygnacja z konieczności wykazywania po stronie wspólników spółki z o.o. *animus laedendi* na rzecz ich odpowiedzialności za szkodę wyrządzoną wierzycielom spółki z winy umyślnej w obydwu jej postaciach – zamiaru bezpośredniego i ewentualnego –

¹⁵⁸⁸ Zob. wyrok BGH z dnia 16 lipca 2007 r. w sprawie *Trihotel*, II ZR 3/04, uzasadnienie, nb 16, 20, 24, 26, 28, 29, 31, 33 oraz 39.

umożliwiłaby częstsze stosowanie odpowiedzialności deliktowej jako podstawy odpowiedzialności. Kuszące jest również uznanie, tak jak to czyni część przedstawicieli doktryny niemieckiego prawa spółek, że w przypadku naruszenia przez wspólników poprzez ingerencje unicestwiającej egzystencję spółki przepisów o likwidacji spółki z o.o., należałoby dopatrywać się w takim naruszeniu bezprawności względnej, ponieważ wspólnicy naruszają wówczas normę chroniącą bezpośrednio wierzycieli jako zbiorowość. Wówczas wierzyciele spółki z o.o. byłiby uprawnieni do dochodzenia deliktowych roszczeń odszkodowawczych bezpośrednio od wspólników i wystarczające byłoby wykazanie jakiegokolwiek stopnia winy w celu uzyskania tego rodzaju odpowiedzialności¹⁵⁸⁹.

Nawet taka zmiana podejścia do stosowania przepisów deliktowych nie usunęłaby jednak trudności w wykorzystaniu tej podstawy odpowiedzialności w postaci problemów z wykazaniem przez wierzycieli wszystkich przesłanek odpowiedzialności deliktowej¹⁵⁹⁰.

Również przepisy o bezskuteczności i zaskarżaniu czynności upadłego oraz stosowana poza postępowaniem upadłościowym akcja pauliańska nie zapewniają wystarczającej ochrony wierzycielom spółki z o.o., co zostało wykazane powyżej¹⁵⁹¹.

Konstrukcja zarządcy faktycznego mogłaby natomiast posłużyć *de lege lata* jedynie jako podstawa odpowiedzialności wspólników względem spółki z o.o., a więc w relacjach wewnętrznych spółka-wspólnicy¹⁵⁹² i w związku z tym obarczona byłaby tymi samymi brakami ochronnymi z perspektywy interesów wierzycieli, jak wszystkie inne koncepcje odpowiedzialności wewnętrznej.

Wreszcie, należy podkreślić, że uregulowanie w prawie polskim w art. 299 k.s.h. oraz art. 21 ust. 3 p.u. odpowiedzialności członków zarządu spółki z o.o. za niezłożenie w terminie wniosku o ogłoszenie upadłości spółki nie czyni zbędnym rozwijania koncepcji odpowiedzialności przebijającej wspólników spółki z o.o., o czym świadczą doświadczenia niemieckie. Niemieckie prawo spółek przewiduje bowiem odpowiedzialność zarządców GmbH wobec jej wierzycieli, a mimo to równoległe do tej regulacji rozwijana jest koncepcja odpowiedzialności wspólników wobec wierzycieli tej spółki jako flankujący instrument ochronny. A zatem sama regulacja odpowiedzialności członków zarządu nie wypełnia luki w systemie ochrony wierzycieli spółki z o.o., nawet jeżeli uwzględni się fakt, że polska regulacja odpowiedzialności członków zarządu spółki z o.o. jest bardziej efektywna od regulacji niemieckiej.

Kończąc rozważania na temat metodologicznej dopuszczalności stosowania koncepcji odpowiedzialności przebijającej w prawie polskim jako konstrukcji o charakterze

¹⁵⁸⁹ Zob. rozdz. XIII pkt 2.7.3.3.

¹⁵⁹⁰ Zob. rozdz. XIII pkt 2.7.4.2.

¹⁵⁹¹ Zob. rozdz. XIII pkt 2.4.

¹⁵⁹² Zob. rozdz. XIII pkt 2.6.

prawotwórczym i odnosząc się zarazem do wyjściowego założenia U. Ehrlicke dotyczącego warunków stosowania prawotwórstwa sądowego, można pokusić się o stwierdzenie, że ustawodawca polski, tworząc regulację spółki z o.o., podobnie jak ustawodawca niemiecki, mógł nie przewidzieć deficytów regulacyjnych w zakresie ochrony wierzycieli tejże spółki, co czyni dopuszczalnym twierdzenie, że również w polskim prawie spółek mamy do czynienia z luką ustawową w systemie ochrony wierzycieli spółki z o.o. Twierdzenie to wydaje się potwierdzać obecne dążenie do reformy struktury majątkowej polskiej spółki z o.o. i chęć wzmocnienia ochrony wierzycieli spółki z o.o. poprzez wprowadzenie testu wypłacalności, który to test jednak, na co zwrócono uwagę w rozprawie, nie jest w stanie usunąć wszystkich deficytów ochronnych i przeciwdziałać wszystkim omówionym w pracy przypadkom nadużycia formy prawnej spółki z o.o.

W tym miejscu dochodzimy do kwestii celowości rozwijania koncepcji odpowiedzialności przebijającej, a szerzej: odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. wobec jej wierzycieli i takiego jej ukształtowania, które czyniłoby w ogóle możliwym w praktyce wykorzystanie tej konstrukcji.

Skoro, jak by się wydawało, alternatywne wobec koncepcji odpowiedzialności przebijającej podstawy odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. wobec jej wierzycieli, a tym bardziej wobec samej spółki, nie zapewniają wierzycielom ochrony równie skutecznej, co koncepcja „przebicia”, a przede wszystkim nie są ukierunkowane w swoim pierwotnym kształcie na walkę z nadużyciami formy prawnej spółki z o.o. zasadne jest rozważenie zastosowania tej konstrukcji odpowiedzialności.

Należy jednak przyznać, że zastosowanie w konkretnym przypadku nadużycia formy spółki z o.o. koncepcji przebicia *de lege lata* wymagałoby w istocie dokonania przez orzekający sąd aktu z zakresu prawotwórstwa sądowego, które akceptowane w praktyce niemieckiej, nie cieszy się równą popularnością w polskiej doktrynie i orzecznictwie. Należałoby bowiem uznać, że skorzystanie z art. 5 k.c. jako dogmatycznej podstawy odpowiedzialności albo z wykładni derogującej zgodnej z dyrektywami odstępowania od sensu językowego przepisu mogłoby zostać uznane za przekraczanie kompetencji sądów do stosowania prawa i przejście na drogę tworzenia prawa. Przy nadal istniejącej niejasności kryteriów stosowania koncepcji odpowiedzialności przebijającej i ciągłej potrzebie odwoływania się do obiektywnego celu regulacji dotyczącej spółki z o.o. albo do celu, któremu służy spółka z o.o. jako instytucja, sądy – powołujące się na sprzeczność wyłączenia odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. za jej zobowiązania z tak czy inaczej ustalonym owym obiektywnym celem (np. przepisów o likwidacji spółki z o.o.) – wkraczałyby w istocie w rolę ustawodawcy, uznając, że w danym przypadku należy do treści normy wyinterpretowanej z art. 151 § k.s.h. dopisać pominięty przez ustawodawcę wyjątek w postaci np. twierdzenia, że „wspólnicy nie

odpowiadają za zobowiązania spółki, chyba że ingerują w jej egzystencję przenosząc całą produkcję spółki na spółkę powiązaną”.

Przewidywana ostrożność, a nawet niechęć sądów polskich wobec możliwości skorzystania z koncepcji „przebicia” *de lege lata* nie powinna w żadnym stopniu dziwić, zwłaszcza jeżeli się uwzględni, że kwestia pozbawienia współników spółki z o.o. przywileju braku odpowiedzialności za zobowiązania spółki w drodze prawotwórstwa sądowego jest niezmiernie kontrowersyjna również w doktrynie i orzecznictwie niemieckim.

Mimo że w doktrynie niemieckiej wielokrotnie podkreślano, że wyłączenie/ograniczenie odpowiedzialności nie stanowi cechy konstytutywnej osoby prawnej¹⁵⁹³, a ograniczona odpowiedzialność, a tak naprawdę wyłączenie odpowiedzialności współników spółki z o.o. i akcjonariuszy spółki akcyjnej za jej zobowiązania, stanowi wyjątek od ogólnej zasady prawa cywilnego, zgodnie z którą każdy, kto uczestniczy w życiu społecznym i nawiązuje stosunki prawne z innymi, ponosi osobistą i nieograniczoną odpowiedzialność za uszczerbek, który w sposób bezprawny wyrządza innej osobie, i w związku z tym stanowi przywilej przyznany spółkom kapitałowym, czołowi przedstawiciele doktryny zdają sobie sprawę z tego, że zanegowanie ograniczenia odpowiedzialności nie jest zadaniem łatwym¹⁵⁹⁴. O ile bowiem pozbawienie współników przywileju wyłączenia odpowiedzialności za zobowiązania spółki da się dogmatycznie wyjaśnić jako powrót do ogólnej nadrzędnej cywilistycznej zasady odpowiedzialności chroniącej interesy wierzycieli, o tyle zabieg ten jest trudny do uzasadnienia z ekonomicznego punktu widzenia, ponieważ podważa użyteczność spółki z o.o. jako formy prowadzenia działalności gospodarczej¹⁵⁹⁵, co znalazło wyraz w zaprezentowanej powyżej krytyce koncepcji „przebicia” jako rozwiązania prowadzącego do zachwiania spółki z o.o. w jej posadach¹⁵⁹⁶. Jak podkreśla T. Raiser, jeden z czołowych zwolenników stosowania koncepcji odpowiedzialności przebijającej w drodze zabiegu redukcji teleologicznej, każdy sąd, stosujący tę podstawę odpowiedzialności, będzie musiał zmierzyć się z metodologiczną i merytoryczną krytyką i podjąć się nadzwyczajnego trudu przy uzasadnieniu swego rozstrzygnięcia, aby w sposób przekonujący wyjaśnić, dlaczego pozbawia współników spółki z o.o. przywileju wyłączenia odpowiedzialności¹⁵⁹⁷.

Skoro takie obiekcje i obawy są wyrażane przez zwolenników koncepcji „przebicia” na gruncie doktryny i orzecznictwa niemieckiego, które przez wiele lat zdążyły oswoić się z tą koncepcją i opracować przypadki oraz rzeczywiste przykłady jej zastosowania

¹⁵⁹³ Zob. przede wszystkim T. Raiser, *Die Haftungsbeschränkung...*, s. 637 i n.

¹⁵⁹⁴ Zob. w szczególności T. Raiser, *Durchgriffshaftung...*, s. 619–620.

¹⁵⁹⁵ Por. *ibidem*, s. 620.

¹⁵⁹⁶ Zob. rozdz. XIII pkt 3.2.

¹⁵⁹⁷ Por. *ibidem*, s. 620.

w praktyce, tym większego oporu wobec tej konstrukcji należy spodziewać się w polskiej judykaturze¹⁵⁹⁸.

Poza metodologiczną i merytoryczną krytyką konstrukcji przebiccia stosujące ją sądy musiałyby zapewne zmierzyć się również z krytyką pozamerytoryczną, która nie jest obca niemieckiemu prawu spółek. I tak J. Vetter uważa odpowiedzialność przebijającą za „ciało obce” w niemieckim prawie spółek kapitałowych¹⁵⁹⁹. Uwaga tego autora nie do końca pasuje jednak do polskiego prawa spółki z o.o., regulującego swoisty przypadek „przebiccia” w postaci odpowiedzialności członków zarządu za zobowiązania spółki na podstawie art. 299 k.s.h. Odpowiedzialność przebijająca jest również określana w niemieckiej doktrynie jako „prawna odpowiedzialność będąca lekiem na wszystko” (*haftungsrechtliches Allheilmittel*)¹⁶⁰⁰, a odpowiedzialność przebijająca za unicestwienie egzystencji spółki nawet jako „cudowna broń do walki z wszelkimi rzeczywistymi albo rzekomymi deficytami ochronnymi” (*Wunderwaffe zur Bekämpfung aller tatsächlichen oder angeblichen Schutzdefizite*)¹⁶⁰¹.

Zestawiając wszystkie argumenty przemawiające za i przeciw stosowaniu koncepcji odpowiedzialności przebijającej *de lege lata* i mając również na uwadze, że ta podstawa odpowiedzialności znajduje się w odwrocie również w niemieckiej judykaturze, należy stwierdzić, że o ile posługiwanie się tą koncepcją jest zarówno możliwe, jak i celowe, a także – mimo potencjalnych zarzutów o charakterze metodologicznym, które nie mają jednak aż takiej doniosłości, jak przypisuje im to w niemieckiej doktrynie U. Ehricke – dopuszczalne, o tyle z uwagi na przewidywany opór doktryny i judykatury w tej kwestii, przejście tej koncepcji w polskiej praktyce orzeczniczej wydaje się mało realne. Dodatkowo należy podnieść, że brak wcześniejszego doświadczenia sądów w stosowaniu tej konstrukcji mógłby doprowadzić do osłabienia bezpieczeństwa prawnego w zakresie posługiwania się spółką z o.o. jako formą prowadzenia działalności gospodarczej i mógłby wywołać niepewność uczestników obrotu gospodarczego, a nawet zniechęcić potencjalnych wspólników do uczestnictwa w spółce z o.o.

¹⁵⁹⁸ Stosowanie instytucji takiej jak odpowiedzialność przebijająca z uwagi na – w istocie – prawotwórczy charakter tego zabiegu wymagałoby tak naprawdę nie tylko oswojenia się z metodologiczną dopuszczalnością takiej reakcji na nadużycie formy prawnej spółki, lecz przede wszystkim stopniowej zmiany w sądownictwie przez wykształcenie „nowych postaw organów orzekających, związanych z większą kreatywnością, aktywnością w ustalaniu prawdy materialnej, w aspekcie respektowani podstawowych zasad systemu prawnego”, na co zwrócili uwagę w recenzji rozprawy habilitacyjnej R. Szczepaniaka I. Gil oraz P. Gil, podkreślając zarazem, że problematyka postaw sędziego w procesach wywołuje kontrowersje w doktrynie. Zob. I. Gil, P. Gil, *Recenzja. R. Szczepaniak, Nadużycie prawa do posługiwania się formą osoby prawnej*, Toruń 2009, wyd. TNOiK Dom Organizatora, s. 327, „Rejent” 2010, nr 3, s. 246.

¹⁵⁹⁹ Zob. J. Vetter, *Die neue...*, s. 1970.

¹⁶⁰⁰ Zob. M. Gehrlein, *op. cit.*, s. 769.

¹⁶⁰¹ Tak J. Vetter, *Grundlinien...*, s. 815, a za nim R. Veil, *Gesellschafterhaftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs und materieller Unterkapitalisierung*, NJW 2008, nr 45, s. 3266.

Dlatego *de lege lata* można, co najwyżej, zwrócić uwagę na możliwość, celowość i dopuszczalność stosowania konstrukcji odpowiedzialności przebijającej w polskim prawie spółek, jednakże tylko w skrajnie wyjątkowych sytuacjach, w których istniejące alternatywne instrumenty ochrony wierzycieli spółki z o.o. rzeczywiście zawodzą. Chociaż, co należy dobitnie podkreślić, aby uzyskać bardziej wyważony efekt i zoptymalizować ochronę wierzycieli spółki z o.o. w sposób uwzględniający również interesy wspólników tejże spółki, bezwzględnie pożądane jest wprowadzenie regulacji ustawowej, która zapewniałaby ochronę wierzycieli spółki z o.o. w tzw. przypadkach „przebicia”.

Dlatego też kolejny i zarazem ostatni rozdział niniejszej rozprawy poświęcony jest rozważaniom na temat możliwego kształtu i treści postulowanej regulacji dotyczącej osobistej odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. wobec jej wierzycieli.

Uwagi i postulaty *de lege ferenda* – problematyka i propozycja ustawowego uregulowania odpowiedzialności wspólników za nadużycie formy prawnej spółki z o.o.

1. Pożądany a zarazem kompromisowy kształt przyszłej regulacji odpowiedzialności wspólników za nadużycie formy prawnej spółki z o.o.

Przeprowadzona w niniejszej rozprawie analiza problematyki odpowiedzialności przebijającej w doktrynie i orzecznictwie niemieckim oraz odpowiedzialności za nadużycie formy prawnej spółki z o.o. w doktrynie polskiej, prawnoporównawcze zestawienie obydwu koncepcji, a przede wszystkim zestawienie wad i zalet koncepcji przebicia oraz alternatywnych wobec niej instrumentów ochrony wierzycieli, pozwala określić wymagania wobec przyszłego kształtu regulacji odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. jako instrumentu ochrony wierzycieli tejże spółki.

Po pierwsze, powinna być to odpowiedzialność o charakterze zewnętrznym, a więc bezpośrednio wobec wierzycieli spółki, tak aby nie byli oni skazywani na konieczność wcześniejszego wytoczenia powództwa przeciwko spółce w celu uzyskania tytułu egzekucyjnego przeciwko niej, a następnie na konieczność zajęcia w toku postępowania egzekucyjnego przysługujących spółce wobec wspólników roszczeń odszkodowawczych, czy też wyrównawczych. Na tę podstawową wadę odpowiedzialności wewnętrznej wspólników wobec spółki z o.o., niezależnie od przyjętej koncepcji odpowiedzialności wewnętrznej (obowiązki lojalności, stosunek szczególnego powiązania czy odpowiedzialność deliktowa), wielokrotnie wskazywano w doktrynie niemieckiej¹⁶⁰².

Po drugie, odpowiedzialność wspólników wobec wierzycieli spółki z o.o. powinna mieć miejsce w przypadku nadużycia przez wspólników formy prawnej spółki z o.o. oraz niewypłacalności spółki i jej upadłości, a także w sytuacji niepowodzenia postępowania restrukturyzacyjnego otwartego w związku z niewypłacalnością spółki z o.o.

¹⁶⁰² Tej podstawowej wady odpowiedzialności wewnętrznej wspólników wobec spółki jako instrumentu pośredniej ochrony wierzycieli spółki z o.o. nie umniejsza nawet dopuszczalność na gruncie niemieckiej procedury cywilnej nie tylko cesji i zajęcia przysługującego spółce wobec wspólników roszczenia, lecz również towarzysząca jej na podstawie § 836 ust. 3 ZPO cesja praw informacyjnych niezbędnych do realizacji zajętego roszczenia. Na ten temat zob. M. Schwab, *op. cit.*, s. 348.

(przy uwzględnieniu możliwości złożenia uproszczonego wniosku o ogłoszenie upadłości na podstawie art. 334 i n. p.r.). Dopiero bowiem w sytuacji niewypłacalności spółki z o.o. aktualizuje się problem niezaspokojenia albo niepełnego zaspokojenia przysługujących wierzycielom wobec spółki roszczeń.

Po trzecie, aby uniknąć ryzyka podwójnej rekompensaty poniesionego przez spółkę i wierzycieli spółki uszczerbku, w szczególności w zakresie, w którym uszczerbek doznany przez wierzycieli zawiera się w rekompensowalnym wobec spółki uszczerbku, i aby uniknąć problemów praktycznych związanych z przyjętą w orzecznictwie niemieckim dotyczącym unicestwienia egzystencji spółki konstrukcją subsydiarności odpowiedzialności przebijającej wobec wierzycieli względem odpowiedzialności wyrównawczej wobec spółki¹⁶⁰³, roszczenia wierzycieli spółki z o.o. wobec wspólników powinny być dochodzone bezpośrednio przez wierzycieli dopiero w przypadku niemożliwości uzyskania przez nich pełnego zaspokojenia przysługujących im wobec spółki wierzytelności w postępowaniu upadłościowym (bezskuteczność egzekucji uniwersalnej). To właśnie w toku postępowania upadłościowego syndyk powinien w pierwszej kolejności dochodzić przysługujących spółce z o.o. wobec jej wspólników roszczeń wyrównawczych o zwrot nienależnych wypłat na podstawie art. 198 k.s.h., a także odzyskać składniki majątkowe należne spółce na podstawie przepisów o bezskuteczności i zaskarżaniu czynności upadłego. Dopiero wówczas, gdy w ten sposób nie da się odzyskać majątku niezbędnego do zaspokojenia zobowiązań spółki wobec jej wierzycieli w pełnej wysokości, wierzyciele spółki powinni być uprawnieni do dochodzenia roszczeń bezpośrednio wobec jej wspólników w zakresie, w jakim nie uzyskali oni zwrotu ich wartości w postępowaniu upadłościowym. Natomiast w przypadku oddalenia wniosku o ogłoszenie upadłości albo umorzenia postępowania z powodu ubóstwa masy wierzyciele powinni mieć prawo do dochodzenia roszczeń bezpośrednio wobec wspólników spółki w pełnej wysokości ich niezaspokojonych wierzytelności wobec spółki.

Warto przy tym zauważyć, że w przypadku niewypłacalności spółki w interesie wierzycieli leżeć będzie ogłoszenie upadłości spółki i przeprowadzenie postępowania upadłościowego. Już w toku postępowania w przedmiocie ogłoszenia upadłości sąd powinien ustanowić tymczasowego nadzorcę sądowego na podstawie art. 38 ust. 1 p.u.

¹⁶⁰³ Problematyki tak rozumianej subsydiarności odpowiedzialności przebijającej wobec odpowiedzialności wyrównawczej nie należy utożsamiać z problematyką ewentualnej subsydiarności członków zarządu wobec odpowiedzialności spółki na gruncie obowiązywania art. 299 k.s.h.. Jak słusznie zauważa bowiem A. Kidyba, „subsidiarność musiałaby oznaczać wspólną odpowiedzialność spółki i członków zarządu z określoną kolejnością zaspokojenia”, jak ma to miejsce w przypadku odpowiedzialności wspólników spółki jawnej za zobowiązania tejże spółki. Natomiast w przypadku regulacji art. 299 k.s.h. można jedynie mówić o kolejności zaspokojenia bez wspólnej odpowiedzialności, dlatego też odpowiedzialność członków zarządu można co najwyżej określić jako posiłkową, czy też uzupełniającą. Zob. A. Kidyba, *op. cit.*, art. 299, pkt 1.

i zobowiązać go na podstawie art. 38 ust. 3 p.u. do złożenia sprawozdania obejmującego m.in. informację na temat stanu finansowego spółki jako dłużnika oraz informację o stanie majątku dłużnika, w skład którego wchodzi wierzytelności spółki o zwrot nienależnych wypłat i inne przysługujące jej wobec współników roszczenia. W toku ustalania sytuacji finansowej spółki tymczasowy nadzorca sądowy mógłby powziąć również informację o dokonaniu przez współników czynności stanowiących nadużycie formy spółki z o.o. Takie same ustalenia, i to jeszcze w większym zakresie, może poczynić również syndyk w toku właściwego postępowania upadłościowego, o czym wierzyciele powinni móc się dowiedzieć nie tylko z badania akt upadłościowych, ale przede wszystkim poprzez ustanowienie rady wierzycieli i sprawowanie bieżącego nadzoru nad czynnościami syndyka.

Aby umożliwić zaspokojenie roszczeń wierzycieli już w toku postępowania upadłościowego wobec spółki, a przede wszystkim w celu większego urzeczywistnienia zasady równego traktowania wierzycieli, można ponadto rozważyć wprowadzenie do polskiego prawa upadłościowego regulacji podobnej do § 92 InsO, który to przepis uprawnia syndyka do dochodzenia przeciwko współnikom w toku postępowania upadłościowego przysługujących wierzycielom jako zbiorowości roszczeń odszkodowawczych z tytułu zmniejszenia się majątku należącego do masy upadłości spółki (tzw. szkoda łączna). Tego rodzaju „skanalizowanie” dochodzenia roszczeń w czasie postępowania upadłościowego nie jest obce polskiemu prawu upadłościowemu, o czym świadczy regulacja art. 132 p.u. dotycząca legitymacji czynnej syndyka przy akcji pauliańskiej¹⁶⁰⁴. W przypadku wprowadzenia do polskiego prawa upadłościowego regulacji podobnej do § 92 InsO należałoby jednak w odpowiedni sposób dostosować brzmienie takiego przepisu do treści przepisów regulujących zarówno odpowiedzialność współników spółki z o.o., jak i członków zarządu tejże spółki wobec jej wierzycieli¹⁶⁰⁵.

Niezależnie od powyższych uwag warto podkreślić, że niezmiernie istotne jest to, aby postępowanie upadłościowe mogło zostać wszczęte i przeprowadzone. Dlatego, z perspektywy interesów ogółu wierzycieli, na aprobatę zasługuje wprowadzenie do Prawa upadłościowego z dniem 1 stycznia 2016 r. art. 22a p.u., nakładającego na wnioskodawcę obowiązek uiszczenia zaliczki na wydatki w toku postępowania w przedmiocie ogłoszenia upadłości oraz zmiana art. 32 ust. 5 p.u., na podstawie którego to przepisu sąd upadłościowy może zażądać od wnioskodawcy wspomnianej zaliczki w kwocie przewyższającej sumę określoną w art. 22a p.u. Słabością tego rozwiązania jest jednak

¹⁶⁰⁴ Szerzej na ten temat zob. rozdz. XIV pkt 3 i 4 poniżej.

¹⁶⁰⁵ Na ten temat zob. rozdz. XIV pkt 4 poniżej.

to, że jeżeli nie znajdzie się wierzyciel skłonny do wyłożenia zaliczki, sąd odrzuci wniosek o ogłoszenie upadłości¹⁶⁰⁶.

Po czwarte, należy zrezygnować z postulowanego przez zwolenników właściwej odpowiedzialności przebijającej obiektywnego charakteru odpowiedzialności współników wobec wierzycieli spółki z o.o. Przez ów obiektywny charakter klasyczna odpowiedzialność przebijająca nabiera cech odpowiedzialności absolutnej nie tylko niezależnej od winy, lecz również niedopuszczającej powołania się – poza „kontratypem” w postaci błędu menadżerskiego – na okoliczności egzoneracyjne wyłączające odpowiedzialność, jak ma to miejsce w przypadku odpowiedzialności na zasadzie ryzyka. Co prawda, uniezależnienie odpowiedzialności współników od elementu subiektywnego w postaci winy wydaje się konsekwentne z uwagi na to, że w swoim klasycznym ujęciu nie ma ona charakteru odpowiedzialności odszkodowawczej, lecz stanowi odpowiedzialność za zobowiązania spółki o charakterze represyjno-gwarancyjnym, jednakże ta obiektywizacja odpowiedzialności nie jest konsekwentnie realizowana nawet przez zwolenników jej obiektywnego ujęcia. Zarówno P. Ulmer, jak i G. Bitter w doktrynie niemieckiej poświęcają bowiem w swoich rozważaniach szczególną uwagę przypisywalności odpowiedzialności do danego współnika spółki z o.o., mimo że starają się ową przypisywalność zobiektywizować. Ponadto należy zwrócić uwagę na to, że postulat obiektywnego charakteru odpowiedzialności przebijającej jest pochodną obiektywizacji celu danej instytucji w przypadku nadużycia instytucjonalnego albo obiektywizacji celu normy w przypadku redukcji celowościowej. A zatem współnicy, którzy swoim zachowaniem dopuszczają do stanu sprzecznego z owym obiektywnym celem, nie zasługują na ochronę, ponieważ, jak podkreśla to U. Immenga, ciąży na nich właśnie obiektywny obowiązek organizacyjny zabezpieczenia właściwego rozkładu ryzyka między spółką z o.o. a jej wierzycielami¹⁶⁰⁷. Problem polega jednak na tym, że to właśnie sąd stosujący prawo za każdym razem będzie musiał ustalić obiektywny cel instytucji albo dookreślić obiektywny cel art. 151 § 4 k.s.h. w powiązaniu z całokształtem przepisów określających konstrukcyjnie spółkę z o.o. i odnieść go do konkretnego stanu faktycznego uznając, że dane zachowanie współników spółki z o.o. jest na tyle sprzeczne z owym obiektywnym celem instytucji, czy też całokształtem przepisów o spółce z o.o., że współnicy powinni utracić przywilej wyłączenia ich odpowiedzialności za zobowiązania spółki bez możliwości jakiegokolwiek ekskulpacji czy też egzoneracji z ich strony. Tego rodzaju przepis nakładający na współników odpowiedzialność za zobowiązania spółki niezależną od ich winy mógłby zostać teoretycznie wprowadzony do polskiego prawa spółki z o.o. Jednakże takie rozwiązanie pozostawałoby w rażącym kontraście do dotychczasowej regulacji

¹⁶⁰⁶ Zob. art. 22a *in fine* p.u. oraz art. 32 ust. 5 zd. 1 p.u.

¹⁶⁰⁷ Szerzej na ten temat zob. rozdz. V pkt 3.

z zakresu prawa spółek, a w szczególności do art. 299 k.s.h. Dlatego też należy ustawowo dopuścić możliwość uwolnienia się przez wspólników spółki z o.o. od ich osobistej odpowiedzialności wobec wierzycieli spółki poprzez wykazanie, że nie ponoszą oni odpowiedzialności za nadużycie formy prawnej spółki z o.o., a w szczególności że nie ponoszą winy za uszczerbek doznany przez wierzycieli. A zatem odpowiedzialność wspólników wobec wierzycieli spółki z o.o. powinna nabrać cech odpowiedzialności odszkodowawczej opartej na zasadzie winy.

Po piąte, odpowiedzialność wspólników wobec wierzycieli spółki z o.o. nie powinna być nieograniczalna w tym sensie, że wspólnicy zawsze odpowiadałoby do wysokości niezaspokojonych przez spółkę zobowiązań wobec jej wierzycieli. Kwota wierzytelności dochodzonych od spółki przez jej wierzycieli powinna stanowić, co prawda, górną granicę odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. wobec tychże wierzycieli, przy czym kwota ta powinna być oczywiście powiększona o poniesione przez wierzycieli koszty postępowania cywilnego wobec spółki, a później wspólników (opłaty sądowe, egzekucyjne, koszty adwokackie). Wspólnicy powinni jednak móc wykazać, że szkoda poniesiona przez wierzycieli jest mniejsza od wartości niezaspokojonych przez spółkę zobowiązań (wartości utraconych przez wierzycieli spółki wierzytelności).

Po szóste, w celu wzmocnienia pozycji wierzycieli spółki z o.o. jako podmiotów wobec niej zewnętrznych względem jej wspólników, o wiele lepiej zorientowanych w sprawach spółki jako *insiderów* i mających ponadto – w ramach przysługującego im w trybie art. 212 § 1 k.s.h. prawa kontroli – dostęp do dokumentów i ksiąg spółki, to na wspólnikach powinien spoczywać ciężar wykazania, że nie ponoszą winy za nadużycie formy prawnej spółki z o.o., a także że poniesiona przez wierzycieli w związku z nadużyciem formy prawnej spółki szkoda jest mniejsza niż wartość utraconych przez nich wierzytelności, co powinno nastąpić przez wprowadzenie do przyszłej regulacji odpowiedniego zwykłego, a więc wzruszalnego, domniemania prawnego (*praesumptio iuris tantum*). Należy przy tym dodać, że do wykazania braku winy za nadużycie nie powinno wystarczyć wskazanie przez wspólników na inne okoliczności, które współprzyczyniły się do powstania szkody wierzycieli. Wspólnicy, którzy dopuścili się nadużycia formy prawnej spółki z o.o., będą mogli zwolnić się od odpowiedzialności jedynie wówczas, gdy wykażą, że, mimo tego nadużycia, szkoda powstała wyłącznie z innej przyczyny. Tak rygorystyczne rozwiązanie koresponduje z przedstawionym powyżej stanowiskiem P. Ulmera, zgodnie z którym współprzyczynienie się (jedynie) wspólników do niewypłacalności nie powinno zwalniać ich od odpowiedzialności wobec wierzycieli spółki¹⁶⁰⁸. Natomiast sam fakt jedynie współprzyczynienia się do powstania szkody przez

¹⁶⁰⁸ Por. rozdz. VII pkt 2.1.1. Współprzyczynienie się popełnionego przez wspólników nadużycia formy prawnej spółki do niewypłacalności spółki z o.o. (w omawianym przez P. Ulmera przykładzie:

wierzycieli będzie podlegał uwzględnieniu w ramach wykazywania przez współników, że szkoda poniesiona przez wierzycieli wskutek nadużycia formy spółki z o.o. jest mniejsza od wartości niezaspokojonego w postępowaniu upadłościowym roszczenia danego wierzyciela.

Na wierzycielach spółki powinien spoczywać jedynie ciężar dowodu w zakresie wykazania, że miało miejsce zdarzenie lub różne zdarzenia stanowiące nadużycie formy prawnej spółki z o.o. (zachowanie współników stanowiące nadużycie formy prawnej spółki)¹⁶⁰⁹, co i tak może się okazać niełatwym zadaniem. Pewnym ułatwieniem mogą okazać się domniemania faktyczne oraz dowód *prima facie*. Wierzyciele spółki powinni jednakże dysponować wiedzą o pewnych zdarzeniach, ciągach zdarzeń, a nawet sytuacji, która świadczy o nadużywaniu formy prawnej spółki z o.o. I tak na przykład, prowadzące do unicestwienia egzystencji spółki przeniesienie działalności spółki na inny podmiot, a zwłaszcza na samych współników, stanowić będzie zachowanie zauważalne dla pozostałych uczestników obrotu. Dodatkowo pamiętać należy o takich przepisach z zakresu postępowania dowodowego, jak art. 248 k.p.c., który umożliwia zawnioskowanie przez powoda przeprowadzenia dowodu z dokumentu znajdującego się w posiadaniu pozwanego. Wreszcie, a tak naprawdę – przede wszystkim, pozyskanie stosownych informacji wymaganych do wykazania przez wierzycieli faktu naruszenia formy prawnej spółki z o.o. powinno być możliwe w toku postępowania upadłościowego, kiedy to syndyk będzie miał wgląd w pełną dokumentację i księgi upadłej spółki.

Po siódme, regulacja odpowiedzialności współników spółki z o.o. wobec jej wierzycieli powinna być wkomponowana w obowiązujący system regulacji chroniącej wierzycieli, a zatem nowy przepis powinien stanowić uzupełnienie art. 299 k.s.h. lub art. 21 ust. 3 p.u., przy pełnym uwzględnieniu różnych podstaw i przesłanek ochrony wierzycieli, a także właściwym rozgraniczeniu podmiotów odpowiedzialnych (odpowiedzialność współników za wywołanie stanu niewypłacalności vs. odpowiedzialność członków zarządu za spóźnione zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości, co odpowiada niemieckiemu rozróżnieniu między *Insolvenzverursachungshaftung* a *Insolvenzverschleppungshaftung*).

Po ósme, należy się zastanowić, w jaki sposób określić zachowania i sytuacje, których wystąpienie pociąga za sobą osobistą odpowiedzialność współników wobec wierzycieli spółki. W szczególności należy rozważyć, czy dopuszczalne jest użycie sformułowania „nadużycie formy prawnej spółki z o.o.” Należy bowiem mieć na uwadze, że

współprzyczynienie się niedokapitalizowania do upadłości spółki), a co za tym idzie do szkody po stronie wierzycieli spółki, jest wystarczającym uzasadnieniem dla odpowiedzialności współników, ponieważ zwiększa ono podatność spółki na ryzyko niewypłacalności.

¹⁶⁰⁹ Wierzyciele spółki z o.o. nie będą musieli natomiast wykazywać związku przyczynowego między nadużyciem formy prawnej spółki a niewypłacalnością spółki.

niemiecki Federalny Trybunał Sprawiedliwości, który jeszcze w wyrokach w sprawie *KBV, Autovertrags Händler* oraz *Handelsvertreter* stanowczo posługiwał się pojęciem „nadużycia formy prawnej spółki z o.o.”, w orzeczeniu w sprawie *Trihotel* stwierdził, że stanowiąca nadużycie ingerencja w majątek spółki naruszająca zobowiązanie do respektowania celowego przeznaczenia majątku spółki w celu zaspokajania jej wierzycieli nie stanowi ani pojęciowo, ani funkcjonalnie nadużycia formy prawnej. Z takim nadużyciem ma się bowiem do czynienia jedynie tylko w przypadku wadliwego posługiwania się formą prawną i tylko podczas jej tworzenia albo przy czynieniu z niej użytku, a więc tylko przy dokonywaniu czynności prawnych (dosłownie: zawieraniu czynności, *Abschluss von Geschäften*)¹⁶¹⁰. Stanowisko BGH w tej kwestii poparli w doktrynie niemieckiej m.in. W. Zöllner oraz Ch. Osterloh-Konrad, podnosząc, że ingerencja w majątek spółki jako podmiotu prawa nie może być utożsamiana z nadużyciem formy prawnej¹⁶¹¹. Powyższa krytyka przemawiałaby zasadniczo przeciwko posługiwaniu się pojęciem „nadużycie formy prawnej spółki z o.o.” w nowo tworzonym przepisie regulującym odpowiedzialność wspólników wobec wierzycieli spółki z o.o. Za posługiwaniem się tym określeniem przemawia jednak jego przeważająca akceptacja w doktrynie niemieckiego i polskiego prawa spółek, a także okoliczność, że również sam BGH do tej pory nie widział przeszkód w jego używaniu. Ponadto, rozpatrując argumenty przemawiające za i przeciw posługiwaniu się pojęciem „nadużycia formy prawnej spółki z o.o.”, wypada zauważyć, że w tej kwestii wiele zależy od odpowiedniego położenia akcentu. W istocie, transfer z majątku spółki rozpatrywany w sposób oderwany od szerszej perspektywy wywołuje określony uszczerbek spółki, który może być rekompensowany w trybie dochodzenia przez spółkę roszczeń odszkodowawczych wobec wspólnika. Jeżeli jednak mamy do czynienia ze świadomym drenażem majątku spółki z pominięciem procedury likwidacyjnej w taki sposób, że wspólnikom i podmiotom powiązanim ze spółką mają przyspaść wyłącznie korzyści z tym związane, a wierzycielom pozostanie jedynie dochodzenie roszczeń w postępowaniu upadłościowym wobec pozbawionej istotnych składników majątkowych spółki, taka ingerencja unicestwiająca egzystencję spółki stanowi naruszenie reguł konstrukcyjnych tej instytucji wyrażonych m.in. w przepisach o likwidacji spółki, a w związku z tym należy ją uznać za czynienie ze spółki użytku sprzecznego z istotą tej formy prawnej. A zatem wydaje się, że posłużenie się pojęciem „nadużycia formy prawnej spółki z o.o.” w proponowanym przepisie jest dopuszczalne, tym bardziej że proponowana regulacja nie powinna ograniczać się jedynie do wskazania na owo nadużycie.

¹⁶¹⁰ Zob. wyrok BGH z dnia 16 lipca 2007 r. w sprawie *Trihotel*, II ZR 3/04, uzasadnienie, nb 28.

¹⁶¹¹ Zob. W. Zöllner, *op. cit.*, s. 1009; Ch. Osterloh-Konrad, *op. cit.*, s. 290.

Po dziewiąte, zalecane jest, aby proponowany przepis zawierał przykładowe wyliczenie sytuacji, które należy uznawać za nadużycie formy prawnej spółki z o.o. A zatem katalog zachowań i stanów stanowiących nadużycie formy prawnej spółki z o.o. powinien być otwarty, tak aby praktyka prawa spółek, a w szczególności orzecznictwo mogły reagować na bieżąco na coraz to nowe sposoby nieproporcjonalnego przerzucania przez wspólników spółki z o.o. ryzyka związanego z prowadzeniem działalności gospodarczej w tej formie organizacyjnoprawnej na jej wierzycieli i spekulowania na ich koszt.

Po dziesiąte, regulacja odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. nie powinna ograniczać się do odpowiedzialności podmiotów uczestniczących w zgrupowaniu spółek. Nadużycia formy prawnej spółki z o.o. występują bowiem nie tylko w strukturach koncernowych, lecz dotyczą każdej spółki z o.o., niezależnie od (specyficznego) charakteru jej powiązań z innymi spółkami, czy też (szerzej) innymi podmiotami¹⁶¹².

Po jedenaste wreszcie, wspomniana regulacja powinna – obecnie – dotyczyć wyłącznie spółki z o.o. i odpowiedzialności wspólników tej spółki wobec jej wierzycieli, a to z uwagi na szczególną podatność tej formy organizacyjnoprawnej na nadużycia, co wynika m.in. z bardzo niskiego, w porównaniu ze spółką akcyjną, minimalnego kapitału zakładowego, a także z możliwości wydawania przez wspólników wiążących poleceń członkom zarządu, co jest niedopuszczalne w przypadku spółki akcyjnej. Co prawda, również akcjonariusze spółki akcyjnej, zwłaszcza tzw. prywatnej spółki akcyjnej, mogą nadużywać tej formy organizacyjnoprawnej na szkodę jej wierzycieli. Skala tego rodzaju zjawisk nie jest jednak tak wysoka, jak w przypadku spółki z o.o. Jeżeli miałyby się natomiast okazać w przyszłości, że również i spółka akcyjna stała się przedmiotem nadużyć na szerszą skalę, wówczas powinno się rozważyć rozszerzenie proponowanej regulacji dotyczącej odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. wobec wierzycieli spółki na akcjonariuszy spółek akcyjnych, zwłaszcza że do tego czasu możliwa byłaby weryfikacja skuteczności owej regulacji.

2. Propozycje uregulowania odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. w doktrynie polskiej

W doktrynie polskiej różni autorzy próbowali zaproponować rozwiązanie prawne na wypadek nadużywania przez wspólników formy prawnej spółki z o.o. albo przewidywane w określonych sytuacjach odpowiedzialność wspólników spółki z o.o. wobec jej wierzycieli bez bezpośredniego odwoływania się do problematyki nadużycia. Są to

¹⁶¹² W zależności od tego, jak np. zdefiniuje się podmiot dominujący. Ramy niniejszej rozprawy nie pozwalają na szersze omówienie tej problematyki.

propozycje autorstwa R. Szczepaniaka, A. Opalskiego, K. Pyzio oraz J. Frąckowiaka i A. Kappesa¹⁶¹³.

Przedstawioną powyżej w rozdz. IX pkt 3 *in fine* propozycję R. Szczepaniaka wprowadzenia art. 36 k.c. dotyczącego nadużycia formy osoby prawnej¹⁶¹⁴, a wzorowanego treściowo na art. 5 k.c. dotyczącym nadużycia prawa podmiotowego, należy uznać za ciekawe rozwiązanie o charakterze ogólnym, ponieważ dotyczące – właśnie w sposób ogólny – nadużycia formy osoby prawnej. Zawiera ono w sobie zarówno elementy przebiccia przez przypisanie (przebiccia przyporządkowującego), jak i odpowiedzialności przebijającej. Nie są jednak jasne konkretne przesłanki zastosowania tego proponowanego przepisu, w szczególności kwestia przypisywalności nadużycia formy osoby prawnej poszczególnym współnikom, akcjonariuszom, członkom, czy też ogólnie: uczestników tegoż podmiotu. Nie jest również do końca zrozumiały zakres podmiotowy tej regulacji, która oprócz współników i członków korporacji (dostrzegalne jest tu powtórzenie podmiotowe) obejmuje również założycieli, fundatorów destynatariuszy, ale również członków władz spółki. Tak określony zakres podmiotowy proponowanej regulacji wydaje się zbyt szeroki¹⁶¹⁵. Natomiast w zakresie, w jakim propozycja R. Szczepaniaka

¹⁶¹³ Nie zostanie natomiast zaprezentowana propozycja S. Buczkowskiego, ponieważ dotyczyła ona deliktowej odpowiedzialności współników wobec spółki, a więc odpowiedzialności wewnętrznej, za nakłonięcie członków władz lub likwidatorów do wyrządzenia spółce szkody, pomocnictwo przy wyrządzeniu szkody albo świadome skorzystanie z jej wyrządzenia. Ciekawym rozwiązaniem była propozycja autora wprowadzenia do proponowanej regulacji domniemania, zgodnie z którym należało uznać, że członkowie władz lub likwidatorzy byli nakłonieni przez współnika do wyrządzenia szkody, „jeżeli wyrządzenie szkody leżało w interesie współnika (akcjonariusza), który na mocy posiadania własnych udziałów (akcyj) rozporządza na walnym zgromadzeniu faktyczną większością głosów i wskutek tego wywiera wpływ decydujący na sprawy spółki”. Szerzej na temat proponowanej regulacji w postaci uzupełnienia art. 292 i art. 474 k.h. o § 3 regulujący odpowiedzialność współników spółki z o.o. i akcjonariuszy spółki akcyjnej zob. S. Buczkowski, *op. cit.*, s. 256, gdzie zawarta jest cała treść proponowanego przepisu.

¹⁶¹⁴ Treść tej propozycji, dla przypomnienia, jest następująca:

„Art. 36 k.c. § 1 Członek korporacji, współnik, założyciel, fundator, destynatariusz oraz członek władz nie mogą czynić użytku z formy osoby prawnej w sposób sprzeczny z zasadami współzycia społecznego lub ze społeczno-gospodarczym przeznaczeniem osoby prawnej.

§2 Podmiot w taki sposób czyniący użytek z formy osoby prawnej nie zasługuje na ochronę prawną. W szczególności nie może on odnieść korzyści z prawnej odrębności podmiotowej jego i osoby prawnej, a za działania, zaniechania i zobowiązania osoby prawnej odpowiada jak za swoje własne.

§ 3 Kto w celu obejścia powyższych paragrafów za zgodą innej osoby posługuje się imieniem lub nazwiskiem, nazwą lub firmą tej osoby, ponosi solidarnie z tą osobą odpowiedzialność na zasadach określonych w niniejszym artykule”. Zob. R. Szczepaniak, *op. cit.*, s. 361.

¹⁶¹⁵ Wydaje się na przykład, że do rzadkości należeć będą przypadki nadużycia fundacji jako osoby prawnej przez fundatora, który wyposaża w majątek początkowy potrzebny do prowadzenia działalności przez fundację, a także ustala statut fundacji, cele, zasady, formy i zakres działalności fundacji, a także skład i organizację zarządu (zob. art. 5 ustawy z dnia 6 kwietnia 1984 r. o fundacjach, Dz.U. 2016, poz. 40 t.j.), przy czym nie wywiera on wpływu na funkcjonowanie fundacji po jej ustanowieniu. Nie można wszakże wykluczyć, że na etapie ustanowienia fundacji nie nastąpi nadużycie tej osoby prawnej rzutujące na dalsze jej istnienie. Jednakże tego rodzaju nadużycie powinno zostać ustalone przez sąd rejestrowy na etapie wpiśnięcia fundacji do Krajowego Rejestru Sądowego na podstawie art. 9 u.f. Nie jest również jasne, w jaki sposób destynatariusze jako osoby trzecie wobec osoby prawnej, które w przypadku np. fundacji uzyskują

dotyczy odpowiedzialności uczestników osoby prawnej za jej zobowiązania, stanowi ona rozwiązanie zbyt daleko idące, ponieważ pozbawia możliwości wykazania np. przez wspólników spółki z o.o., że szkoda poniesiona przez wierzycieli wskutek nadużycia formy prawnej spółki z o.o. jest mniejsza od wartości przysługujących im względem spółki zobowiązań.

Interesująca jest również propozycja przepisu regulującego odpowiedzialność spółki dominującej wobec wierzycieli spółki zależnej autorstwa A. Opalskiego. Autor ten proponuje następujące brzmienie przepisu:

„§ 1. Wierzyciel spółki zależnej należącej do grupy spółek, wobec której ogłoszono upadłość bądź oddalono wniosek o ogłoszenie upadłości ze względu na brak majątku wystarczającego na zaspokojenie kosztów postępowania, może żądać spełnienia świadczenia przez wspólnika lub akcjonariusza bezpośrednio dominującego wobec spółki zależnej, jeżeli niewypłacalność spółki zależnej jest następstwem rażącego braku zrównoważenia interesów spółki zależnej i grupy spółek w perspektywie średniookresowej.

§ 2. Odpowiedzialność ponoszą wspólnicy lub akcjonariusze pośrednio dominujący w stosunku do spółki zależnej, jeżeli egzekucja przeciwko wspólnikowi lub akcjonariuszowi bezpośrednio dominującemu okaże się bezskuteczna”¹⁶¹⁶.

Jak wyjaśnia A. Opalski, „osobista odpowiedzialność wspólnika dominującego za zobowiązania spółki zależnej miałyby charakter wyjątkowy. Konieczne byłoby bowiem udowodnienie adekwatnego związku przyczynowo-skutkowego między naruszeniem założeń koncepcji interesu grupy spółek a niewypłacalnością spółki. Wspólnik nie ponosiłby odpowiedzialności, jeżeli niewypłacalność byłaby następstwem innych okoliczności. Ponadto, odpowiedzialność wspólnika dominującego rodziłby rażący brak zrównoważenia interesów spółki zależnej i grupy spółek (i to z perspektywy średniookresowej), nie zaś każde odstępstwo od założeń doktryny grupy spółek”¹⁶¹⁷. Jak dostrzega sam autor, wykazanie podstaw odpowiedzialności wspólnika dominującego nie będzie łatwym zadaniem, ale nie będzie niemożliwe. Wierzyciel bowiem „zachowywałby szansę udowodnienia naruszenia koncepcji interesu grupy spółek, ponieważ dysponowałby dostępem do sprawozdań zarządu przedstawiających wpływ grupy na spółkę oraz sprawozdań finansowych spółki zależnej jako dokumentów składanych do rejestru”¹⁶¹⁸.

korzyści w związku z realizacją przez fundację jej celów statutowych, miałyby dopuszczać się nadużycia osobowości prawnej w sposób prowadzący do ich osobistej odpowiedzialności za zobowiązania osoby prawnej. Ponadto wymaga doprecyzowania, czy przez członków władz osoby prawnej należy rozumieć wyłącznie piastunów organów zarządzających, czy też np. członków rad nadzorczych spółek kapitałowych. Ponadto nie jest doprecyzowane, w jaki sposób powinny odpowiadać poszczególne osoby względem wierzycieli, a w szczególności, czy ich odpowiedzialność powinna być odpowiedzialnością solidarną, czy też nie.

¹⁶¹⁶ Zob. A. Opalski, *Prawo...*, s. 642.

¹⁶¹⁷ *Ibidem*, s. 643.

¹⁶¹⁸ *Ibidem*.

Odnosząc się do tej propozycji, należy stwierdzić, że ma ona wysoki walor teoretyczny, ale nie wydaje się, aby mogła ona mieć równie wysoką przydatność praktyczną. Po pierwsze, nie wydaje się konieczne ani zasadne zawężanie podstaw odpowiedzialności wspólników spółki z o.o., a szerzej wspólników i akcjonariuszy spółek kapitałowych, do prawa zgrupowań spółek. Nadużycia formy prawnej spółki z o.o., a szerzej spółki kapitałowej, może dopuścić się przecież także wspólnik spółki nienależącej do zgrupowania i niezwiązanej interesem grupy spółek, choć w wielu przypadkach nadużycia występują w strukturach koncernowych i holdingowych. Ponadto wydaje się mało korzystne dla wierzycieli spółki z o.o. nałożenie na nich obowiązku badania, a co więcej wykazania przed sądem, rażącego braku zrównoważenia interesu spółki z interesem grupy, a więc wykazania koncernowych relacji o charakterze wewnętrznym w sytuacji, gdy chcą oni dochodzić odpowiedzialności zewnętrznej za zobowiązania spółki zależnej od spółki dominującej. Wykazanie tego rodzaju rażącego zrównoważenia interesów i, jak to ujął sam autor, „naruszenia koncepcji interesu grupy spółek” wydaje się nie tylko nadmiernym, lecz i mało zrozumiałym dla wierzyciela obciążeniem. Wierzycieli spółki z o.o. będą z reguły interesować, a przede wszystkim bezpośrednio lub pośrednio dotykać, konkretne, w tym rażące, naruszenia formy spółki z o.o. ze strony jej wspólników w postaci np. powodującego utratę jej egzystencji pozbawiania spółki składników jej majątku i pól produkcyjnych z pominięciem procedury likwidacyjnej, pomieszczenie majątków spółki, a nawet rażące materialne niedokapitalizowanie spółki, świadczące o całkowitym przetruceniu ryzyka prowadzenia działalności przez spółkę na jej wierzycieli, a więc spekulacja wspólników na koszt wierzycieli. Wierzycielom trudno będzie natomiast „zmierzyć się” z abstrakcyjnym dla nich i niedookreślonym pojęciem interesu grupy spółek, którego rażące naruszenie, „i to tylko w perspektywie średniookresowej”, prowadzić ma do odpowiedzialności spółki dominującej za zobowiązania spółki zależnej¹⁶¹⁹. Nie wydaje się również, że wystarczające do wykazania owego naruszenia będzie dla wierzyciela spółki zależnej sięgnięcie do sprawozdań finansowych spółki zależnej oraz sprawozdań zarządu przedstawiających wpływ grupy na spółkę, zwłaszcza że, jak słusznie podkreśla się w doktrynie, wiele naruszeń i nieprawidłowości, prowadzących do szkody po stronie spółek uczestniczących w zgrupowaniu, ma charakter nieformalny i nie znajduje swojego odzwierciedlenia w dokumentacji spółki, a na pewno nie będzie możliwe do wykazania na podstawie wspomnianych sprawozdań. Wreszcie, dodatkowym mankamentem propozycji A. Opalskiego jest brak możliwości ograniczenia przez spółkę dominującą jej odpowiedzialności za zobowiązania spółki zależnej przez

¹⁶¹⁹ Problemowi temu będzie można jeszcze jakoś zaradzić, jeżeli wierzyciele spółki zależnej skorzystają z pomocy prawnej wybitnych specjalistów z zakresu prawa koncernowego, którzy po pogłębionej i czasochłonnej analizie całokształtu stanu faktycznego i dostępnej dokumentacji będą mogli, ewentualnie, ustalić spełnienie wszystkich podstaw odpowiedzialności wspólnika dominującego.

wykazanie, że doznany przez wierzycieli spółki zależnej uszczerbek jest mniejszy niż wartość niezaspokojonych przez spółkę zależną zobowiązań wierzycieli. Natomiast pozytywnie należy ocenić propozycję A. Opalskiego rozszerzenia odpowiedzialności wobec wierzycieli spółki zależnej na podmiot pośrednio dominujący.

Propozycję uregulowania odpowiedzialności spółki dominującej wobec wierzycieli kapitałowej spółki zależnej przedstawiła również K. Pyzio. Autorka opowiada się za wprowadzeniem do kodeksu spółek handlowych przepisu, który przewidywałby deliktową odpowiedzialność odszkodowawczą spółki dominującej za szkodę wyrządzoną wierzycielom spółki zależnej, a więc za zachowanie własne spółki dominującej¹⁶²⁰, co nie wyklucza odrębnego roszczenia odszkodowawczego spółki zależnej wobec spółki dominującej, jeżeli poniosłaby ona szkodę wskutek zachowania spółki dominującej¹⁶²¹, co zresztą, jak wypada zauważyć, będzie miało miejsce w większości przypadków, o których wspomina autorka, rozpatrując wzajemne relacje między szkodą pośrednią a bezpośrednią (z istoty problematyki szkody pośredniej wynika bowiem jednoczesne albo uprzednie wyrządzenie „jakiejś” szkody bezpośredniej). Jak podkreśla K. Pyzio, „do odpowiedzialności byłaby pociągnięta wyłącznie spółka dominująca, która uczestniczyła w szkodzącym zachowaniu, co oznacza, że pomiędzy zachowaniem spółki dominującej a szkodą wierzycieli spółki zależnej zachodzić musi związek przyczynowo-skutkowy”¹⁶²². Autorka opowiada się za oparciem tej odpowiedzialności na zasadzie winy¹⁶²³, przy czym dla ułatwienia dochodzenia roszczeń przez wierzycieli proponowany przepis powinien wprowadzać domniemanie winy spółki dominującej tak, jak ma to miejsce w przypadku odpowiedzialności kontraktowej na podstawie art. 471 k.c.¹⁶²⁴ Odnosząc się osobno do przesłanek odpowiedzialności, autorka stwierdza, że należą do nich „szkoda, zawinione, czyli obiektywnie bezprawne i wadliwe w znaczeniu podmiotowym, zachowanie spółki dominującej oraz istnienie adekwatnego związku przyczynowego pomiędzy tym zachowaniem a poniesioną przez wierzycieli spółki zależnej szkodą”¹⁶²⁵. K. Pyzio wskazuje zatem na ogólne przesłanki odpowiedzialności deliktowej. Autorka opowiada się przeciwko zawężaniu katalogu bezprawnych zachowań spółki dominującej do doprowadzenia do niewypłacalności spółki zależnej, czy też unicestwienia egzystencji spółki. Jej zdaniem, zakres bezprawnych zachowań „byłby uzależniony od obowiązujących regulacji, w tym z zakresu prawa holdingowego”¹⁶²⁶. Podsumowując, autorka opowiada się za wprowadzeniem wyraźnego przepisu przewidującego:

¹⁶²⁰ K. Pyzio, *op. cit.*, s. 173.

¹⁶²¹ *Ibidem*, s. 178.

¹⁶²² *Ibidem*, s. 179.

¹⁶²³ *Ibidem*, s. 180–181.

¹⁶²⁴ *Ibidem*, s. 181.

¹⁶²⁵ *Ibidem*.

¹⁶²⁶ *Ibidem*, s. 182.

1) deliktową odpowiedzialność odszkodowawczą spółki dominującej, 2) za wyrządzenie szkody wierzycielom spółki zależnej, 3) opartą na zasadzie winy, 4) z odwróceniem ciężaru dowodu w zakresie winy i 5) mającą charakter generalny, bez określania w sposób szczegółowy, czy też przykładowy, zachowań, za które spółka dominująca odpowiada. Jediną zaletą proponowanej przez K. Pyzio regulacji jest zatem wyraźne rozstrzygnięcie kwestii dopuszczalności dochodzenia przez wierzycieli spółek zależnych jako pośrednio poszkodowanych roszczeń odszkodowawczych wobec spółek dominujących, na co zwraca uwagę sama autorka¹⁶²⁷, oraz ułatwienie dowodowe w postaci odwrócenia ciężaru dowodu w zakresie winy. Słabością tej koncepcji jest to, że zawęży ona pod względem podmiotowym krąg współników odpowiadających wobec wierzycieli spółki kapitałowej wyłącznie do współników dominujących, a więc ogranicza problematykę odpowiedzialności do zakresu zastosowania prawa holdingowego. Nie wydaje się także celowe rozszerzanie odpowiedzialności odszkodowawczej również na akcjonariuszy spółek akcyjnych, jednakże propozycja autorki nie zasługuje w tym zakresie na krytykę, ponieważ ogranicza ona krąg podmiotów odpowiedzialnych do współników dominujących. Przede wszystkim należy jednak stwierdzić, że mimo odwrócenia ciężaru dowodu w zakresie winy przed wierzycielami spółek kapitałowych będą piętrzyły się te same trudności dowodowe, jak w przypadku „klasycznej” odpowiedzialności deliktowej, których występowanie dostrzega sama autorka, a które zostały przedstawione szerzej w niniejszej rozprawie¹⁶²⁸.

Na szczególną uwagę zasługuje propozycja uregulowania odpowiedzialności współników spółki z o.o. wobec wierzycieli spółki autorstwa J. Frąckowiaka oraz A. Kappesa¹⁶²⁹. Autorzy ci proponują wprowadzenie regulacji na wzór art. 299 k.s.h. prowadzącej do „przebicia zasłony korporacyjnej na współników spółki kapitałowej”, argumentując, że stworzy to dla wierzycieli „większą możliwość zaspokojenia ich uzasadnionych roszczeń”, i podnosząc, że współnik, który uzyskuje korzyść majątkową w okresie, w którym występuje stan zagrożenia niewypłacalnością spółki, a jednocześnie wie o tym stanie lub przy dochowaniu należytej staranności powinien wiedzieć, „wyraźnie czyni to kosztem jej wierzycieli”, co uzasadnia jego osobistą odpowiedzialność wobec wierzycieli spółki¹⁶³⁰. Takie określenie strony podmiotowej sugerowałoby, że współnik spółki z o.o. odpowiadałby wobec wierzycieli za uzyskanie korzyści majątkowej kosztem wierzycieli z majątku spółki w warunkach winy nieumyślnej. Na tej samej stronie swego opracowania autorzy podnoszą jednak, że współnik powinien ponosić

¹⁶²⁷ *Ibidem*.

¹⁶²⁸ Zob. rozdz. XIII pkt 2.7.4.2.

¹⁶²⁹ Zob. J. Frąckowiak, A. Kappes, *Czy potrzebna jest nowelizacja art. 299 k.s.h.*, [w:] J. Frąckowiak (red.), *Kodeks spółek handlowych po dziesięciu latach*, Wrocław 2013, s. 169 i n.

¹⁶³⁰ *Ibidem*, s. 170.

odpowiedzialność wobec wierzycieli, jeżeli korzysta on świadomie, kosztem wierzycieli, na niezgłoszeniu spółki do upadłości¹⁶³¹, co z kolei mogłoby sugerować wymóg występowania po stronie współnika winy umyślnej. Zaraz potem J. Frąckowiak i A. Kappes, odnosząc się do relacji odpowiedzialności współnika do odpowiedzialności członka zarządu, wskazują jednak, że odpowiedzialność współnika jest uzasadniona, jeżeli współnik uzyskał korzyść działając w złej wierze i w związku z tym powinien on ponieść odpowiedzialność nawet wówczas, gdy członek zarządu nie ponosi winy za niezgłoszenie spółki do upadłości we właściwym czasie¹⁶³². Istotna jest propozycja autorów, aby powiązać odpowiedzialność współników z odpowiedzialnością członków zarządu i aby odpowiedzialność współników i członków zarządu wobec wierzycieli spółki z o.o. była odpowiedzialnością solidarną¹⁶³³. Odnosząc się do zakresu odpowiedzialności współnika wobec wierzycieli spółki, autorzy podnoszą, że powinna być ona podwójnie ograniczona: „do wysokości uzyskanej w złej wierze korzyści w okresie, gdy spółka była zagrożona niewypłacalnością, oraz do wysokości zobowiązania, którego egzekucja przeciwko spółce okazała się bezskuteczna”¹⁶³⁴. Jednocześnie autorzy precyzują zakres przedmiotowy odpowiedzialności, podnosząc, że zarówno współnicy, jak i członkowie zarządu na podstawie art. 299 k.s.h., powinni być odpowiedzialni za niezgłoszenie spółki na czas do upadłości¹⁶³⁵. Takie określenie przesłanki odpowiedzialności jest nieprawidłowe, ponieważ na współnikach nie ciąży obowiązek zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki z o.o., a zatem, ściśle rzecz ujmując, nie mogą być oni odpowiedzialni za niezgłoszenie na czas spółki do upadłości. Z drugiej jednak strony, autorzy wiążą odpowiedzialność współników z bezskutecznością egzekucji spółki z o.o.¹⁶³⁶, co wydaje się bardziej prawidłowe. Dodatkowo autorzy podkreślają, że roszczenia wierzycieli spółki wobec współników powinny powstawać i przedawniać się w tych samych okolicznościach, co roszczenia wierzycieli przeciwko członkom zarządu na podstawie art. 299 k.s.h. w brzmieniu proponowanym przez autorów¹⁶³⁷. Odnosząc się na końcu swych uwag do odpowiedzialności współników, którzy otrzymali korzyść majątkową w złej wierze w sytuacji, gdy spółka była zagrożona niewypłacalnością, autorzy podkreślają, że współnik powinien odpowiadać w sposób surowszy niż bezpodstawnie wzbogacony i w związku z tym nie powinien móc on się zwolnić z tej odpowiedzialności, wskazując, że korzyść zużył¹⁶³⁸. To zastrzeżenie autorów wydaje się jednak zbędne,

¹⁶³¹ *Ibidem*.

¹⁶³² *Ibidem*, s. 170 i 171.

¹⁶³³ Szerzej na ten temat, *ibidem*, s. 171.

¹⁶³⁴ *Ibidem*.

¹⁶³⁵ *Ibidem*.

¹⁶³⁶ *Ibidem*.

¹⁶³⁷ *Ibidem*.

¹⁶³⁸ *Ibidem*, s. 172.

ponieważ wspólnik, który uzyskał korzyść majątkową w złej wierze, a następnie ją zużył, powinien liczyć się z obowiązkiem jej zwrotu stosownie do art. 409 k.c. Autorzy podnoszą wreszcie, że członkowi zarządu, który poniósł wobec wierzyciela spółki odpowiedzialność przewidzianą w art. 299 k.s.h., należy przyznać regres do wspólnika, który uzyskał korzyść majątkową w okresie, w którym spółka była zagrożona niewypłacalnością, ponieważ „za niezgłoszenie spółki do upadłości we właściwym czasie finalną odpowiedzialność powinien ponieść ten, kto uzyskał w związku z tym korzyść”¹⁶³⁹. Kończąc swoje wywody na temat odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. wobec jej wierzycieli, autorzy podkreślają, że uregulowanie tej odpowiedzialności stanowiłoby kontynuację „polskiej tradycji w tworzeniu wyłomu w zasadzie ponoszenia odpowiedzialności za zobowiązania spółki kapitałowej tylko z jej majątku”, a zarazem „polski wkład w rozwój koncepcji przebicia zasłony korporacyjnej”¹⁶⁴⁰. Ich zdaniem, „propozycja przebicia zasłony korporacyjnej, której podstawą byłby wyraźny, szczególnie przepis ustawy, wydaje się rozwiązaniem nad wyraz pożądanym”. Jednocześnie autorzy uznają, że tego rodzaju odpowiedzialność powinna być przewidziana również w spółce akcyjnej¹⁶⁴¹. Ostatecznie J. Frąckowiak i A. Kappes proponują dodanie do Kodeksu spółek handlowych przepisu art. 21¹ k.s.h. o następującej treści:

„§ 1 Jeżeli w okresie, kiedy spółka była zagrożona niewypłacalnością, wspólnik otrzymał wypłatę z zysku lub uzyskał inną korzyść majątkową, której spółka nie odzyskała, wierzycielowi, do wysokości wierzytelności, której egzekucja przeciwko spółce okazała się bezskuteczna, przysługuje roszczenie do tego wspólnika o zwrot uzyskanych korzyści, a gdyby to było niemożliwe – o zwrot ich wartości, chyba że wspólnik działał w dobrej wierze. § 2 Wspólnik może zwolnić się z odpowiedzialności, jeżeli wykaze, że we właściwym czasie zgłoszono wniosek o upadłość, albo że wierzyciel nie uzyskałby zaspokojenia nawet w części swojej wierzytelności także w razie zgłoszenia we właściwym czasie wniosku o ogłoszenie upadłości, chyba że zgłoszenie takiego wniosku we właściwym czasie zapobiegłoby powstaniu wierzytelności. § 3 Wspólnik może przedstawić wierzycielowi zarzuty, jakie przysługiwały spółce wobec wierzyciela, chyba że były przez spółkę podniesione i nie zostały uwzględnione przez sąd. Art. 35 k.s.h. stosuje się odpowiednio. § 4 Wspólnik odpowiada solidarnie z członkiem zarządu, który ponosi odpowiedzialność za niezgłoszenie spółki do upadłości w czasie przewidzianym w ustawie, do wysokości wierzytelności, której egzekucja przeciwko spółce okazała się bezskuteczna. Jeżeli członek zarządu zaspokoi wierzyciela, do wysokości zaspokojenia, ma prawo żądać od wspólnika zwrotu korzyści lub jej równowartości. § 5 Termin

¹⁶³⁹ *Ibidem*.

¹⁶⁴⁰ *Ibidem*.

¹⁶⁴¹ *Ibidem*.

przedawnienia roszczeń wierzyciela przeciwko współnikowi wynosi rok i biegnie od dnia, gdy egzekucja z majątku spółki okazała się bezskuteczna, lub od dnia, w którym wierzyciel dowiedział się lub działając z należytą starannością, mógł się dowiedzieć, że egzekucja z majątku spółki byłaby bezskuteczna. Roszczenie członka zarządu od współnika, o którym mowa w § 4, przedawnia się w ciągu roku od dnia prawomocności wyroku, w którym orzeczono o odpowiedzialności członka zarządu wobec wierzyciela. § 6 Sądem właściwym dla dochodzenia roszczeń wierzyciela jest sąd siedziby spółki, a jeżeli wierzyciel dochodzi roszczeń w trakcie postępowania upadłościowego – sąd, który prowadzi postępowanie upadłościowe¹⁶⁴².

Odnosząc się do propozycji J. Frąckowiaka oraz A. Kappesa, należy stwierdzić, że zasługuje ona na akceptację w zakresie, w jakim przewiduje solidarną odpowiedzialność współników i członków zarządu za zobowiązania spółki. Problematyczne wydaje się natomiast powiązanie tej odpowiedzialności z niezłożeniem na czas wniosku o ogłoszenie upadłości spółki, skoro na współnikach nie ciąży obowiązek dokonania takiego zgłoszenia. Jednakże przewidziana przez autorów możliwość zwolnienia się przez współnika z odpowiedzialności przez wykazanie, że we właściwym czasie zgłoszony został wniosek o ogłoszenie upadłości spółki wydaje się jak najbardziej dopuszczalna przy uwzględnieniu celu, który przyświeca autorom, jakim jest nadanie tej odpowiedzialności charakteru uzupełniającego w stosunku do odpowiedzialności członków zarządu i zwiększenie szans wierzycieli w zaspokojeniu ich roszczeń wobec spółki. Istotnym mankamentem tej propozycji – z perspektywy dorobku doktryny i orzecznictwa niemieckiego dotyczącego unicestwienia egzystencji spółki – jest ograniczenie odpowiedzialności współników do wysokości uzyskanej ze spółki korzyści. Rozwiązanie to nie uwzględnia mianowicie szkód następczych (kolateralnych), które wiążą się często z pozabawieniem spółki składnika majątkowego niezbędnego do prowadzenia przez spółkę jej działalności, co prowadzi do niewypłacalności spółki¹⁶⁴³. Propozycję autorów można

¹⁶⁴² *Ibidem*, s. 174, przyp. 31.

¹⁶⁴³ Natomiast kolejnym mankamentem tej propozycji wydaje się sugerowane brzmienie § 6, który to przepis dopuszcza dochodzenie przez wierzycieli roszczeń od współników w toku postępowania upadłościowego, nie precyzując, o czyje postępowanie upadłościowe w tym przepisie chodzi: spółki czy też współnika. Gdyby przyjąć, że autorzy mieli na myśli postępowanie upadłościowe wobec spółki, tego rodzaju regulację można uznać za kolidującą z treścią proponowanego § 1 tego przepisu, w którym mowa jest o otrzymanych przez współnika wypłatach z zysku lub innych korzyściach, których spółka nie odzyskała. W tym miejscu należy jedynie przypomnieć, że owo odzyskiwanie składników majątkowych przez spółkę będzie mieć miejsce bardzo często właśnie w trakcie postępowania upadłościowego, kiedy to przysługujących spółce roszczeń będzie dochodzić syndyk. Zastosowanie § 6 w praktyce narażałoby w takim przypadku współnika na potencjalne ryzyko obowiązku podwójnego zwrotu korzyści: wobec spółki i wobec wierzycieli. Poza tym niejasne jest, na jakiej podstawie sąd upadłościowy byłby uprawniony do rozstrzygnięcia w sprawie o zapłatę przeciwko współnikowi, który niekoniecznie musiałby być niewypłacalny, a wówczas stosowne roszczenie przeciwko współnikowi byłoby zgłaszane w postępowaniu upadłościowym otwartym wobec niego. Gdyby natomiast przepis § 6 miał się odnosić w zamiarze autorów do upadłości współnika, to jest on regulacją zbędną z uwagi na obowiązujące w prawie upadłościowym przepisy

zatem określić jako rozbudowaną, zarówno pod względem przedmiotowym, jak i podmiotowym, odpowiedzialność wyrównawczą. Pod względem przedmiotowym nie jest ona ograniczona bowiem jedynie do zwrotu wypłat z majątku spółki potrzebnego do pełnego pokrycia jej kapitału zakładowego. Pod względem podmiotowym jest to natomiast zewnętrzna odpowiedzialność wobec wierzycieli spółki, a nie odpowiedzialność wewnętrzna wobec spółki.

3. Możliwe do przejęcia rozwiązania z zakresu niemieckiego prawa spółek i prawa upadłościowego oraz propozycje uregulowania odpowiedzialności wspólników spółki z o.o.

Koncepcja odpowiedzialności przebijającej rozwijała się w doktrynie niemieckiego prawa spółek oraz w orzecznictwie niemieckich sądów w ramach tzw. sądowego rozwijania prawa. Natomiast ustawodawca niemiecki nie zdecydował się na wprowadzanie stosownej regulacji do ustawy o spółkach z o.o. Dopiero na etapie prac nad reformą niemieckiego prawa spółki z o.o. poprzez wprowadzenie nowej odmiany GmbH w postaci spółki przedsiębiorczej (*Unternehmergesellschaft*) pojawiła się propozycja uregulowania odpowiedzialności zarówno zarządców, jak i wspólników tejże spółki oraz faktycznych zarządców wobec wierzycieli spółki, która została zawarta w roboczym projekcie poselskim ustawy o spółce przedsiębiorczej (*Unternehmergesellschaftsgesetz*, w skrócie: UGG) przedstawionym przez Dr. Jürgena Gehba¹⁶⁴⁴. § 35 projektu UGG brzmiał następująco:

„§ 35 Odpowiedzialność zarządców; miernik staranności

(1) Zarządcy powinni zachować w sprawach spółki staranność zwyczajnego (solidnego) i rzetelnego kierownika. Nie stanowi naruszenia obowiązku, gdy zarządca przy podejmowaniu decyzji przedsiębiorczej mógł rozsądnie zakładać na podstawie odpowiednich informacji, że działa dla dobra spółki.

(2) Zarządcy, którzy naruszają swoje obowiązki odpowiadają solidarnie wobec spółki za powstałą szkodę.

o właściwości miejscowej sądu upadłościowego, wpływie ogłoszenia upadłości na postępowania sądowe i sądowno-administracyjne oraz przepisy o zgłaszaniu wierzytelności w postępowaniu upadłościowym. Niezależnie od powyższego należy podkreślić, na co zwrócona zostanie szczególna uwaga poniżej, że w interesie ogółu wierzycieli spółki i w celu zapewnienia realizacji zasady równego traktowania wierzycieli spółki, powinno się rozważyć wprowadzenie przepisu, na wzór niemieckiego § 92 InsO, który pozbawiałby wierzycieli przez czas trwania postępowania upadłościowego możliwości dochodzenia roszczeń od wspólników upadłej spółki.

¹⁶⁴⁴ Dr. Gehb Jürgen, Mitglied des Deutschen Bundestages, *Arbeitsentwurf UGG, Stand: 15. März 2007, Entwurf eines Gesetzes über die Unternehmergesellschaft – Unternehmergesellschaftsgesetz (UGG)*. Dalej w skrócie jako: J. Gehb, *Arbeitsentwurf UGG*.

(3) W szczególności są oni zobowiązani do odszkodowania, gdy wbrew postanowieniom § 19 ust. 1 dokonali oni płatności z majątku spółki wymaganego dla utrzymania kapitału zakładowego albo wbrew postanowieniom § 20 nastąpiło nabycie udziałów własnych przez spółkę. Do roszczenia odszkodowawczego stosuje się odpowiednio postanowienia § 10 ust. 1. Jeżeli odszkodowanie jest niezbędne dla zaspokojenia wierzycieli spółki, zarządcy nie mogą zwolnić się od odpowiedzialności [dosłownie: zobowiązania] powołując się na to, że działali w wykonaniu uchwały wspólników.

(4) Zarządcy zobowiązani są do odszkodowania bezpośrednio wobec wierzycieli spółki, jeżeli umyślnie albo świadomie

1. pomieszają majątek spółki z obcymi masami majątkowymi,
2. wprowadzają w błąd odnośnie do sytuacji majątkowej spółki,
3. w sposób sprzeczny z dobrą wiarą [z zasadą dobrej wiary] wykorzystują ograniczenie odpowiedzialności spółki na szkodę wierzycieli,
4. wywołują u osób trzecich wrażenie osobistej odpowiedzialności,
5. zgłaszają spółkę do rejestru bez zamiaru uczestniczenia spółki w obrocie gospodarczym,
6. naruszają przepisy proceduralne i dotyczące formy czynności prawnych, których przestrzeganie uchroniłoby danego wierzyciela,
7. w inny sposób nadużywają formy prawnej spółki przedsiębiorczej.

(5) Wspólnicy, którzy korzystają ze swoich uprawnień kierowniczych i umyślnie albo świadomie urzeczywistniają w swojej osobie któryś ze stanów faktycznych określonych w ust. 4, odpowiadają solidarnie za powstałą szkodę. Ust. 1 stosuje się odpowiednio. W ten sam sposób odpowiadają inne osoby, które na własną odpowiedzialność i bez wysługiwania się zarządcami [dosłownie: bez zasięgnięcia opinii zarządców] używają w znacznym stopniu kontrolę nad spółką.

(6) Roszczenia na podstawie powyższych postanowień przedawniają się z upływem lat pięciu¹⁶⁴⁵.

¹⁶⁴⁵ „§ 35 Haftung der Geschäftsführer; Sorgfaltsmaßstab

(1) Die Geschäftsführer haben in den Angelegenheiten der Gesellschaft die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Eine Pflichtverletzung liegt nicht vor, wenn der Geschäftsführer bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.

(2) Geschäftsführer, welche ihre Obliegenheiten verletzen, haften der Gesellschaft solidarisch für den entstandenen Schaden.

(3) Insbesondere sind sie zum Ersatz verpflichtet, wenn den Bestimmungen des § 19 Abs. 1 zuwider Zahlungen aus dem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen der Gesellschaft gemacht oder den Bestimmungen des § 20 zuwider eigene Geschäftsanteile der Gesellschaft erworben worden sind. Auf den Ersatzanspruch finden die Bestimmungen in § 10 Abs. 1 entsprechende Anwendung. Soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger der Gesellschaft erforderlich ist, wird die Verpflichtung der Geschäftsführer dadurch nicht aufgehoben, daß dieselben in Befolgung eines Beschlusses der Gesellschafter gehandelt haben.

W uzasadnieniu do projektu ustawy, w uwagach do proponowanego § 35 UGG w odniesieniu do odpowiedzialności zarządców oraz wspólników spółki przedsiębiorczej stwierdzono, że § 4 i § 5 regulują odpowiedzialność przebijającą przy częściowym uwzględnieniu kryteriów rozwiniętych w orzecznictwie dotyczącym niemieckiej spółki z o.o. Jak podkreślono, w przeciwieństwie do orzecznictwa, które dopuszcza „przebiacie” w sytuacjach absolutnie wyjątkowych, u podstaw proponowanej w projekcie kodyfikacji leży ustawowe założenie, że ograniczenie odpowiedzialności nie powinno obowiązywać w przypadkach nadużycia formy prawnej spółki. Katalog nadużyć formy prawnej spółki zawarty w ust. 4 przepisu ma charakter otwarty, tak aby można było reagować na różnorodne nadużycia spółki. Natomiast ust. 5 proponowanego przepisu rozszerza odpowiedzialność za nadużycia na wspólników spółki przedsiębiorczej oraz faktycznych zarządców¹⁶⁴⁶.

Proponowana w projekcie regulacja nie została przejęta do nowelizacji ustawy o spółkach z o.o. dokonanej ustawą MoMiG, jednakże zasługuje ona na uwagę, ponieważ stanowi wyraz przekonania, że wraz z obniżaniem minimalnego kapitału zakładowego spółki z o.o., który w przypadku jej odmiany, jaką jest spółka przedsiębiorcza, może wynosić tylko 1 euro, konieczne jest zwiększenie ochrony wierzycieli spółki poprzez osobistą odpowiedzialność jej wspólników.

Proponowane rozwiązanie jest interesujące z tego względu, że zawiera katalog sytuacji, czy też zachowań wspólników, które uznaje się przykładowo za nadużycie formy prawnej spółki. Pewną niekonsekwencję projektowanej regulacji stanowi z jednej strony założenie, że odpowiedzialność wspólników ma przybrać postać odpowiedzialności przebijającej, która powinna być zatem odpowiedzialnością za zobowiązania spółki,

(4) Eine Ersatzpflicht tritt unmittelbar gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft ein, wenn Geschäftsführer absichtlich oder wissentlich

1. das Gesellschaftsvermögen mit fremden Vermögensmassen vermischen,
2. über die Vermögenslage der Gesellschaft täuschen,
3. die Haftungsbeschränkung der Gesellschaft treuwidrig zum Nachteil der Gläubiger einsetzen,
4. bei Dritten den Eindruck persönlicher Haftung hervorrufen,
5. die Anmeldung der Gesellschaft betreiben, ohne daß eine Teilnahme der Gesellschaft am Wirtschaftsverkehr geplant ist,
6. gegen Verfahrens- und Formvorschriften verstoßen, deren Beachtung den betroffenen Gläubiger geschützt hätte,
7. in anderer Weise die Rechtsform der Unternehmergesellschaft mißbrauchen.

(5) Gesellschafter, die von ihren Leitungsbefugnissen Gebrauch machen und absichtlich oder wissentlich einen der in Abs. 4 genannten Tatbestände in ihrer Person verwirklichen, haften den Gläubigern der Gesellschaft solidarisch für den entstandenen Schaden. Abs. 1 gilt entsprechend. In gleicher Weise haften andere, die in eigener Verantwortung und ohne Hinzuziehung der Geschäftsführer ein erhebliches Maß an Kontrolle über die Gesellschaft an sich ziehen.

(6) Die Ansprüche auf Grund der vorstehenden Bestimmungen verjähren in fünf Jahren.”

¹⁶⁴⁶ J. Gehb, *Arbeitsentwurf UGG*, uwagi do § 35.

z drugiej zaś strony wyraźne wskazanie, że współnicy odpowiadają za wyrządzoną wierzycielom szkodę. Oznacza to, że projekt rezygnuje z uregulowania właściwej odpowiedzialności przebijającej (odpowiedzialności przebijającej *sensu stricto*), ograniczając się do tzw. odpowiedzialności *sensu largo* w postaci odpowiedzialności odszkodowawczej. A zatem w zakresie nieuregulowanym w proponowanym przepisie, do odpowiedzialności współników przewidzianej w projekcie zastosowanie znajdują ogólne przepisy o odpowiedzialności deliktowej, z czego wynika kolejna słabość tej propozycji. Wierzyciele spółki, aby pociągnąć współników do odpowiedzialności odszkodowawczej, musieliby wykazać w procesie wszystkie przesłanki odpowiedzialności deliktowej. Byłoby to szczególnie utrudnione w przypadku oddalenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki albo umorzenia postępowania upadłościowego z powodu ubóstwa masy. Natomiast w toczącym się postępowaniu upadłościowym roszczenia wierzycieli będą dochodzone przez syndyka na podstawie § 92 InsO.

Właśnie w tym miejscu należy zaprezentować regulację § 92 InsO, jako możliwe i zarazem sugerowane – po dokonaniu stosownych dopasowań – do przejścia przez ustawodawcę polskiego rozwiązanie.

Treść tego przepisu jest następująca:

„§ 92 Szkada łączna [całkowita]

Roszczenia wierzycieli o naprawienie szkody, którą ponieśli oni wspólnie wskutek zmniejszenia się [ubytku] majątku należącego do masy upadłości przed albo po otwarciu postępowania upadłościowego (szkoda łączna/całkowita), w trakcie postępowania upadłościowego mogą być dochodzone wyłącznie przez syndyka. Jeżeli roszczenia te przysługują przeciwko syndykowi, mogą być one dochodzone tylko przez nowo powołanego syndyka”¹⁶⁴⁷.

Cytowany przepis reguluje zakaz dochodzenia roszczeń odszkodowawczych przysługujących wierzycielom spółki w toku postępowania upadłościowego i służy przede wszystkim realizacji zasady równego traktowania wierzycieli. Dodatkowo stanowi on przejaw ekonomii procesowej i ma ułatwić w praktyce dochodzenie roszczeń przez wierzycieli z tytułu szkody, której doznają oni jako zbiorowość wskutek zmniejszania się masy upadłości¹⁶⁴⁸, a co za tym idzie utraty wartości przysługujących poszczególnym wierzycielom wobec spółki roszczeń, która to indywidualna szkoda wierzyciela stanowić

¹⁶⁴⁷ „§ 92 Gesamtschaden

Ansprüche der Insolvenzgläubiger auf Ersatz eines Schadens, den diese Gläubiger gemeinschaftlich durch eine Verminderung des zur Insolvenzmasse gehörenden Vermögens vor oder nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erlitten haben (Gesamtschaden), können während der Dauer des Insolvenzverfahrens nur vom Insolvenzverwalter geltend gemacht werden. Richten sich die Ansprüche gegen den Verwalter, so können sie nur von einem neu bestellten Insolvenzverwalter geltend gemacht werden.”

¹⁶⁴⁸ Zob. G. Kayser, [w:] G. Kreft (Hrsg.), *Heidelberger Kommentar – Insolvenzordnung*, 6. Aufl., wyd. C.F. Müller, Ulm 2011, § 92, nb 1.

będzie – z reguły – tzw. szkodę kwotową (*Quotenschaden*)¹⁶⁴⁹. Zgodnie z treścią przepisu zakaz dochodzenia roszczeń w trakcie postępowania upadłościowego rozciąga się na wszystkich wierzycieli dłużnika, a nie jedynie tych, którzy zgłosili swoje wierzytelności w postępowaniu upadłościowym¹⁶⁵⁰. Roszczenia odszkodowawcze, o których mowa w tym przepisie, przysługują wierzycielom wobec podmiotów innych niż upadły, co również wynika z treści przepisu, w którym mowa jest o szkodzie wierzycieli wynikającej ze zmniejszenia się masy upadłości dłużnika oraz o dochodzeniu roszczeń m.in. przeciwko syndykowi masy upadłości. Przepis ten pod względem podmiotowym dotyczy wszystkich upadłych. Odnosząc go do niemieckiej spółki z o.o. (GmbH), należy stwierdzić, że dotyczy on w obowiązującym stanie prawnym przede wszystkim roszczeń odszkodowawczych przeciwko członkom zarządu za spóźnione zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości spółki, a także roszczeń przeciwko wspólnikom tej spółki za pomieszczenie majątków spółki i wspólników. Do czasu wyroku w sprawie *Trihotel* przepis § 92 InsO stosowano również przy dochodzeniu roszczeń przeciwko wspólnikom z tytułu unicestwienia egzystencji spółki¹⁶⁵¹. Wydaje się, że w zakresie, w jakim przepis ten umożliwia dochodzenie przez syndyka roszczeń przeciwko wspólnikom na podstawie odpowiedzialności przebijającej za pomieszczenie majątków, przepis ten uprawnia nie tylko do dochodzenia szkody kwotowej, lecz stanowi podstawę do dochodzenia przez wierzycieli wobec wspólników przysługujących im wobec spółki zobowiązań¹⁶⁵². Przepis ten ustanawia zakaz dochodzenia roszczeń przez wierzycieli jedynie w toku postępowania upadłościowego, w którym majątek upadłego wystarcza na pokrycie kosztów postępowania. W przypadku oddalenia wniosku o ogłoszenie upadłości albo umorzenia postępowania z powodu ubóstwa masy, wierzyciele są uprawnieni do indywidualnego dochodzenia przysługujących im roszczeń¹⁶⁵³. Pod względem skutków prawnych, które ten przepis wywołuje, podkreśla się, że wywołuje on dwojaki skutek: skutek „blokady” (zawieszenia możliwości) procesowego dochodzenia roszczeń po stronie wierzycieli oraz skutek upoważniający po stronie syndyka. Jak podkreśla się w doktrynie, przez czas trwania postępowania upadłościowego tylko syndyk jest uprawniony do dochodzenia przysługującego zbiorowości wierzycieli roszczenia o naprawienie szkody łącznej. Nie oznacza to jednak „cesji legalnej” roszczeń wierzycieli (*Legalzession*) na rzecz syndyka albo masy

¹⁶⁴⁹ Zob. *ibidem*, § 92, nb 6. Na temat pojęcia szkody kwotowej oraz kwoty zaspokojenia zob. przyp. 658 w rozdz. VII pkt 3.3.2.2.4.

¹⁶⁵⁰ *Ibidem*, § 92, nb 24.

¹⁶⁵¹ Zob. *ibidem*, § 92, nb 2.

¹⁶⁵² Choć nie należy wykluczyć odmiennego rozumienia tego przepisu i uznania, że w przypadku dochodzenia roszczenia z tytułu pomieszczenia majątków spółki i wspólników, odpowiedzialność wspólników ogranicza się do szkody kwotowej.

¹⁶⁵³ Por. *ibidem*, § 92, nb 3.

upadłości, lecz przyjmuje się, że syndyk wykonuje powierniczo cudze prawa¹⁶⁵⁴. O ile jednak zakaz dochodzenia roszczeń w trakcie postępowania, a więc pierwszy skutek prawny, który wywołuje § 92 InsO, dotyczy wszystkich wierzycieli upadłego, niezależnie od tego, czy zgłosili swoje wierzytelności w postępowaniu upadłościowym¹⁶⁵⁵, o czym już wspomniano, o tyle drugi skutek, w postaci skutku upoważniającego, odnosi się wyłącznie do tych wierzycieli, którzy zgłosili swoje wierzytelności w postępowaniu. Wierzyciel, który nie uczestniczy w postępowaniu upadłościowym, może zatem po jego zakończeniu dochodzić swojego roszczenia i nie dotyczy go powaga rzeczy osądzonej, którą objęte jest orzeczenie wydane w sprawie prowadzonej przez syndyka w imieniu zbiorowości wierzycieli. Wywołuje to jednak problemy związane z obliczaniem kwoty roszczenia odszkodowawczego dochodzonego przez syndyka, które próbuje się rozwiązywać przez przyjęcie obowiązującego domniemania, że syndyk reprezentuje wszystkich wierzycieli¹⁶⁵⁶. Ponadto należy podkreślić, że pod względem materialnoprawnym wystąpienie obydwu skutków nie pozbawia wierzyciela prawa do cesji przysługującego mu roszczenia, ani do zwolnienia dłużnika z długu. W tym ostatnim przypadku syndyk nie może dochodzić przypadającego na danego wierzyciela udziału w łącznej kwocie odszkodowania¹⁶⁵⁷.

Wspomniana regulacja stanowi nowe rozwiązanie wprowadzone do niemieckiego prawa upadłościowego wraz z wejściem w życie prawa o niewypłacalności (*Insolvenzordnung*) i, jak wynika nawet z pobieżnego przedstawienia tej instytucji, nie jest rozwiązaniem wolnym od kontrowersji i problemów związanych z jego stosowaniem. Jego przeniesienie na grunt polskiego prawa upadłościowego, a także procedury cywilnej, powinno zostać poprzedzone głębszą analizą komparatystyczną, na którą brak jest miejsca w niniejszej rozprawie. Ponadto należałoby przy okazji wprowadzania tego rodzaju regulacji do prawa polskiego rozwiązać wszystkie wątpliwości związane z charakterem legitymacji procesowej syndyka, rozszerzoną prawomocnością wyroku wydanego w sprawie prowadzonej przez syndyka, a także z uprawnieniami wierzycieli do dalszego dochodzenia oraz egzekwowania ich roszczeń przysługujących im wobec współników spółki z o.o. jako upadłego w zakresie, w jakim wierzyciele nie uzyskali zaspokojenia w postępowaniu upadłościowym (kwestia nadawania klauzuli wykonalności wyrokowi uzyskanemu przez syndyka na rzecz indywidualnych wierzycieli). Należałoby się również zastanowić, czy ewentualny nowy przepis wzorujący się na § 92 InsO powinien dotyczyć wszystkich kategorii upadłych, czy też jedynie niektórych z nich.

¹⁶⁵⁴ *Ibidem*, § 92, nb 26.

¹⁶⁵⁵ *Ibidem*, § 92, nb 24.

¹⁶⁵⁶ Por. *ibidem*, § 92, nb 26.

¹⁶⁵⁷ Zob. *ibidem*, § 92, nb 24.

Kolejnym, a zarazem ostatnim przepisem, którego przejście na grunt polskiego prawa upadłościowego należałoby rozważyć¹⁶⁵⁸, jest § 15a ust. 3 InsO, który nakłada na współników spółki z o.o. oraz członków rady nadzorczej spółki albo spółdzielni, w których nie działają organy zarządzające, obowiązek zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości odpowiednio: spółki z o.o., spółki akcyjnej albo spółdzielni, chyba że zobowiązane na podstawie tego przepisu osoby nie wiedziały o stanie niewypłacalności lub zadłużenia albo o braku organów zarządzających¹⁶⁵⁹.

Rozwiązanie to zapobiega sytuacji, w której spółka nadal uczestniczy w obrocie mimo nieobsadzenia organów zarządzających i formalnej niemożliwości zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki, co tylko zwiększa w efekcie końcowym uszczerbek poniesiony przez wierzycieli. Przerzucenie w takich przypadkach tego obowiązku na współników spółki z o.o. oraz członków rady nadzorczej spółki akcyjnej i spółdzielni, a więc podmiotów uprawnionych do powoływania zarządców, stwarza nie tylko możliwość terminowego złożenia wniosku o ogłoszenie upadłości, ale przede wszystkim rozszerza krąg podmiotów odpowiedzialnych za spóźnione zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości o dodatkowe podmioty¹⁶⁶⁰. W doktrynie niemieckiej podkreśla się, że regulacja § 15a ust. 3 InsO nie wyłącza stosowania rozwijanych prawotwórczo i postulowanych w doktrynie zasad dotyczących obowiązków i odpowiedzialności tzw. zarządców faktycznych, z których wynika m.in. samoistny i niezależny od tej podstawy prawnej obowiązek zarządcy faktycznego zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki. Jednocześnie podkreśla się, że występowanie w danej spółce zarządcy faktycznego nie powoduje zwolnienia wymienionych w tym przepisie podmiotów z obowiązku zgłoszenia wniosku o ogłoszenie upadłości spółki-dłużnika, ponieważ w spółce takiej nadal występuje stan nieobsadzenia organu zarządzającego jego piastunami¹⁶⁶¹.

W tym kontekście warto dobitnie podkreślić, że przedstawiona regulacja § 15 ust. 3 InsO obowiązuje niezależnie od rozwiniętych prawotwórczo reguł odpowiedzialności

¹⁶⁵⁸ Natomiast nie zasługuje na przejście jako ewentualny instrument ochrony wierzycieli spółki z o.o. – zasygnalizowane jedynie powyżej w rozdz. XIII pkt 2.3 – uprawnienie do dochodzenia roszczeń spółki akcyjnej wobec jej akcjonariuszy przez wierzycieli (*Gläubigerverfolgungsrecht*) z uwagi na to, że byłby on zalecany w przypadku ukształtowania odpowiedzialności współników za nadużycie formy prawnej spółki jako odpowiedzialności wewnętrznej wobec spółki, a nie wobec jej wierzycieli. Tymczasem rozwiązaniem preferowanym w niniejszej rozprawie jest zapewnienie wierzycielom ochrony bezpośredniej, a nie jedynie pośredniej, jak ma to miejsce w przypadku *Gläubigerverfolgungsrecht*. Szerzej na temat tego instrumentu ochrony pośredniej zob. przykładowo U. Hüffer, J. Koch, *Aktiengesetz*, 11. Aufl., München 2014, § 93, nb 80–84.

¹⁶⁵⁹ § 15a ust. 3 InsO: „Im Fall der Führungslosigkeit einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist auch jeder Gesellschafter, im Fall der Führungslosigkeit einer Aktiengesellschaft oder einer Genossenschaft ist auch jedes Mitglied des Aufsichtsrats zur Stellung des Antrags verpflichtet, es sei denn, diese Person hat von der Zahlungsunfähigkeit und der Überschuldung oder der Führungslosigkeit keine Kenntnis”.

¹⁶⁶⁰ Szczegółowo na temat regulacji § 15a ust. 3 InsO zob. D. Kleindiek, [w:] G. Kreft (Hrsg.), *Heidelberger Kommentar...*, § 15a, nb 16–23.

¹⁶⁶¹ Por. *ibidem*, § 15 a, nb 20.

wspólników spółki z o.o. za pomieszczenie majątków spółki (w ramach odpowiedzialności przebijającej) oraz za unicestwienie egzystencji spółki (w ramach odpowiedzialności deliktowej), a także niezależnie od obowiązujących przepisów o odpowiedzialności zarządców spółki z o.o. i członków zarządu spółki akcyjnej oraz organów zarządzających innych podmiotów, objętych zakresem zastosowania § 15a ust. 1 InsO, za zgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości po terminie, a także niezależnie od rozwiniętych prawotwórczo reguł odpowiedzialności zarządców faktycznych, którzy odpowiadają tak, jak zarządcy *de iure*.

Oznacza to, że niemiecki system ochrony wierzycieli, zwłaszcza wierzycieli spółki z o.o., jest wielopłaszczyznowy i ubogacony całą paletą uzupełniających się i flankujących nawzajem instrumentów ochronnych, co powinien mieć na względzie (i postawić sobie za cel) również polski ustawodawca, planując wzmocnienie ochrony wierzycieli spółek z o.o., a w przyszłości (ewentualnie) szerzej: wszystkich spółek kapitałowych, a także spółek osobowych, w których wspólnikami ponoszącymi bez ograniczenia odpowiedzialność osobistą całym swoim majątkiem są wyłącznie podmioty niebędące osobami fizycznymi.

4. Własna propozycja uregulowania odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. wobec jej wierzycieli

Bazując na przedstawionych powyżej w pkt 1 założeniach, na jakich powinna opierać się regulacja odpowiedzialności wspólników za nadużycie formy prawnej spółki z o.o., a także mając na uwadze zaprezentowane w pkt 2¹⁶⁶² i 3 niniejszego rozdziału propozycje uregulowania odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. wobec wierzycieli spółki oraz obowiązujące w prawie niemieckim rozwiązania ustawowe, a także całokształt dorobku niemieckiej doktryny i orzecznictwa dotyczącego odpowiedzialności wspólników wobec wierzycieli spółki z o.o.¹⁶⁶³, można podjąć się próby przedstawienia autorskiej propozycji postulowanej regulacji prawnej.

Regulacja taka powinna zostać wprowadzona do ustawy Prawo upadłościowe i to nie tylko z uwagi na powiązanie odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. z niewypłacalnością spółki jako dłużnika, lecz również na możliwość uzupełnienia jej w teże ustawie o regulację zbliżoną do § 92 InsO, a także ze względu na zalecane wzmocnienie ochrony wierzycieli poprzez wprowadzenie do tej ustawy przepisu na wzór § 15a ust. 3 InsO. Uregulowanie odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. wobec jej wierzycieli

¹⁶⁶² W zakresie odpowiedzialności wspólników pośrednich.

¹⁶⁶³ W tym potrzebę rozciągnięcia odpowiedzialności na wspólników dominujących w stosunku do wspólników niewypłacalnej spółki z o.o., a więc w zakresie odpowiedzialności wspólników pośrednich.

w Prawie upadłościowym ułatwiłoby ponadto, po stwierdzeniu takiej potrzeby, rozszerzenie tej regulacji na akcjonariuszy spółki akcyjnej, a nawet na uczestników innych osób prawnych, w tym członków spółdzielni.

Proponowany przepis powinien być umiejscowiony po art. 21 p.u. i mógłby mieć następujące brzmienie:

„Art. 21¹. 1. W przypadku niewypłacalności spółki z o.o. wspólnicy ponoszą wobec wierzycieli spółki solidarną odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną wskutek nadużycia formy prawnej spółki, chyba że nie ponoszą winy za nadużycie. Wspólnicy mogą uwolnić się od odpowiedzialności, w szczególności jeżeli wykażą, że szkoda wierzycieli powstała wyłącznie z innej przyczyny niż nadużycie formy prawnej spółki, albo że przy podejmowaniu decyzji dotyczącej funkcjonowania spółki mogli rozsądnie zakładać, na podstawie dostępnych im informacji, że działają dla dobra spółki.

2. Nadużycie formy prawnej spółki stanowi w szczególności:

- 1) kwalifikowane¹⁶⁶⁴ materialne niedokapitalizowanie spółki;
- 2) pomieszanie majątków spółki i wspólnika;
- 3) unicestwienie egzystencji spółki, zwłaszcza poprzez faktyczną likwidację spółki.

3. W przypadku dochodzenia odszkodowania przez wierzyciela niewypłacalnej spółki z o.o. domniemywa się, że szkoda, o której mowa w ust. 1, obejmuje wysokość niezaspokojonej wierzytelności tego wierzyciela wobec spółki.

4. Jeżeli nadużycia formy prawnej spółki z o.o. dopuścił się wspólnik albo akcjonariusz dominujący w stosunku do wspólnika niewypłacalnej spółki za pośrednictwem tego wspólnika (wspólnik pośredni), odpowiada on solidarnie z tym wspólnikiem. Do wspólnika pośredniego stosuje się przepisy ustępów poprzedzających¹⁶⁶⁵.

¹⁶⁶⁴ Można ewentualnie rozważyć użycie słowa „rażące” zamiast „kwalifikowane”.

¹⁶⁶⁵ Proponowany przepis wzoruje się na art. 21 ust. 3 i 3a p.u. i tym samym wkomponuje się w regulację prawa upadłościowego. Realizuje on przedstawione powyżej założenia regulacyjne, nadając odpowiedzialności wspólników wobec wierzycieli spółki z o.o. charakter odszkodowawczy. Aby ułatwić wierzycielom dochodzenie roszczeń, wierzyciele muszą wykazać jedynie fakt nadużycia. W pozostałym zakresie ciężar dowodu został przerzucony na wspólników, którzy muszą wykazać brak winy za nadużycie, przy czym, jedną z przykładowych przesłanek ekskulpacyjnych jest wykazanie, że wspólnicy działali w warunkach „błędu menadżerskiego”, co będzie miało istotne znaczenie zwłaszcza w sytuacji granicznej z art. 233 k.s.h., kiedy to wspólnicy podejmują decyzję o dalszym funkcjonowaniu spółki. Domniemanie wysokości poniesionej przez wierzyciela szkody również ułatwia dochodzenie roszczeń odszkodowawczych. Mimo że proponowana odpowiedzialność wspólników ma, w założeniu, charakter deliktowej odpowiedzialności odszkodowawczej, a zatem obowiązuje art. 441 § 1 k.c., z uwagi na występujące w tym przepisie domniemanie winy za nadużycie i zwolnienie wierzyciela z wymogu przypisywania nadużycia poszczególnym wspólnikom, w celu rozwiania wszelkich wątpliwości, przepis stanowi, że odpowiedzialność wspólników jest solidarna. Ze względu na deliktowy charakter odpowiedzialności odszkodowawczej, w zakresie terminów

Aby ułatwić dochodzenie roszczeń zarówno wobec członków zarządu spółki z o.o., jak i wobec jej wspólników, można rozważyć wprowadzenie przepisu o solidarnej odpowiedzialności wspólników i członków zarządu, który rozwiewałby wszelkie wątpliwości wynikające z tego, że wspólnicy odpowiadają w istocie za doprowadzenie do stanu niewypłacalności (*Insolvenzverursachung*), a członkowie zarządu za niezgłoszenie wniosku o ogłoszenie upadłości we właściwym terminie (*Insolvenzverschleppung*). W celu usunięcia wszelkich wątpliwości, proponowany przepis powinien zawierać regulację na wzór art. 298 k.s.h. dotyczącą właściwości miejscowej sądu, przed którym mają być dochodzone przedmiotowe roszczenia. Mimo odmiennego uzasadnienia i przesłanek odpowiedzialności, przepis taki należałoby uznać za dopuszczalny, zwłaszcza jeżeli weźmie się pod uwagę, że zarówno wspólnicy, jak i członkowie zarządu spółki z o.o. odpowiedzialiby do wysokości niezaspokojonych (niemogących zostać zaspokojonymi) w postępowaniu upadłościowym roszczeń wierzycieli. Przepis ten miałby następującą treść:

„Art. 21². 1. Odpowiedzialność członków zarządu spółki z o.o. za szkodę, o której mowa w art. 21 ust. 3 oraz wspólników za szkodę, o której mowa w art. 21¹ ust. 1 jest solidarna.

2. Powództwo o odszkodowanie przeciwko członkom zarządu oraz wspólnikom spółki z o.o. wytacza się według miejsca siedziby spółki”.

W celu realizacji zasady równego traktowania wierzycieli, a także w celu ułatwienia uzyskania przez wierzycieli upadłej spółki z o.o. jak najbardziej pełnego zaspokojenia ich roszczeń, należałoby rozważyć wprowadzenia do Prawa upadłościowego przepisu na wzór § 92 InsO, który umożliwiałby dochodzenie przez syndyka tzw. szkody łącznej poniesionej przez ogół wierzycieli zarówno od wspólników spółki z o.o., jak i członków jej zarządu. Przepis ten mógłby brzmieć następująco:

„Art. 21³. 1. W toku postępowania upadłościowego roszczenia wierzycieli o naprawienie szkody, o której mowa art. 21 ust. 3 oraz art. 21¹ ust. 1 (szkoda łączna) mogą być dochodzone wyłącznie przez syndyka, działającego na rzecz wierzycieli, lecz w imieniu własnym.

przedawnienia obowiązuje art. 442¹ k.c. Należy podkreślić, że zawarty w przepisie katalog sytuacji i zachowań stanowiących nadużycie formy prawnej spółki ma charakter otwarty, a przy ustalaniu wystąpienia danej grupy przypadków „przebicia”/nadużycia i przy wykładni użytych w tym przepisie sformułowań sądy powinny sięgać do dorobku doktryny z zakresu prawa spółek, a także do uzasadnienia ustawy wprowadzającej stosowne przepisy, które powinno podsumowywać ów dorobek.

Proponowany przepis art. 21¹ ust. 4 stanowi jedyne ustępstwo na rzecz uwzględniania powiązań koncernowych, co nie czyni, jak już wielokrotnie podkreślano w niniejszej rozprawie, odpowiedzialności za nadużycie formy spółki jakąś specyficzną odpowiedzialnością o charakterze koncernowym (holdingowym).

2. Domniemywa się, że szkoda łączna, o której mowa w ust. 1, obejmuje wysokość zobowiązań spółki z o.o., które nie mogą zostać zaspokojone z majątku wchodzącego w skład masy upadłości spółki.

3. Syndyk nie ponosi opłat sądowych”.

Aby wspólnicy nie mogli uniknąć odpowiedzialności za nadużycie formy prawnej na podstawie proponowanych przepisów poprzez złożenie przez niewypłacalną spółkę jako dłużnika wniosku restrukturyzacyjnego¹⁶⁶⁶, powinno się rozważyć wprowadzenie do Prawa restrukturyzacyjnego regulacji stanowiącej odpowiednik proponowanych przepisów. Przy tym należałoby zastanowić się, czy w przypadku stwierdzenia nadużycia formy prawnej spółki z o.o. w toku postępowania restrukturyzacyjnego, uprawnienie do dochodzenia roszczeń w imieniu wierzycieli powinno być realizowane przez nadzorcę sądowego, czy też powinna nastąpić zmiana jego statusu na zarządcę. Alternatywą dla wprowadzenia do Prawa restrukturyzacyjnego regulacji podobnej do proponowanej byłoby uzupełnienie przepisu art. 165 p.r. poprzez wyraźne wskazanie, że sąd restrukturyzacyjny odmawia zatwierdzenia układu w przypadku nadużycia formy prawnej spółki z o.o. Wówczas wierzyciele byłiby uprawnieni do złożenia uproszczonego wniosku o ogłoszenie upadłości na podstawie art. 334 p.r. Byłoby to zresztą rozwiązanie, które pasowałoby do wszystkich czterech rodzajów postępowań restrukturyzacyjnych. Trudno sobie bowiem konstrukcyjnie wyobrazić dochodzenie roszczeń od wspólników spółki z o.o. przez nadzorcę układu w postępowaniu o zatwierdzenie układu, którego jedynym „elementem sądowym” jest moment zatwierdzenia układu przez sąd restrukturyzacyjny. W przypadku przyspieszonego postępowania układowego, postępowania układowego oraz postępowania sanacyjnego teoretycznie możliwa byłaby również reakcja sądu restrukturyzacyjnego na etapie otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego na podstawie art. 8 ust. 1 p.r. i odmowa otwarcia postępowania w przypadku nadużycia formy prawnej spółki z o.o. poprzez przyjęcie, że skutkiem postępowania restrukturyzacyjnego byłoby pokrzywdzenie wierzycieli¹⁶⁶⁷. Warunkiem do wydania przez sąd restrukturyzacyjny postanowienia o odmowie otwarcia postępowania restrukturyzacyjnego byłoby jednak poczynienie stosownych ustaleń już na tym etapie, co wydaje się mało prawdopodobne¹⁶⁶⁸.

Proponowana regulacja nie wyłącza możliwości dochodzenia przez wierzycieli spółki roszczeń odszkodowawczych od innych podmiotów, w szczególności spółek

¹⁶⁶⁶ Zob. art. 7 p.r.

¹⁶⁶⁷ W przypadku postępowania o zatwierdzenie układu nie ma się bowiem do czynienia z otwarciem postępowania. Dłużnik nie składa wówczas wniosku o otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego, lecz wniosek o zatwierdzenie układu przyjętego w postępowaniu o zatwierdzenie układu. Zob. art. 7 ust. 2 p.r.

¹⁶⁶⁸ Trudno bowiem przypuszczać, aby spółka z o.o. jako dłużnik we wniosku o otwarcie postępowania restrukturyzacyjnego przedstawiła informacje wskazujące na nadużycie formy prawnej spółki.

powiązanych (np. spółek-siostr) albo innych podmiotów (w tym osób fizycznych), na które zostały przeniesione składniki majątkowe spółki np. w ramach stanowiącej nadużycie formy prawnej spółki z o.o. faktycznej likwidacji, a w szczególności w ramach tzw. sztafety spółek. Odpowiedzialność tego rodzaju podmiotów byłaby deliktową odpowiedzialnością odszkodowawczą. Po spełnieniu przesłanek tej odpowiedzialności podmioty uczestniczące np. w „sztafecie spółek” niebędące wspólnikami ponosiłyby solidarną odpowiedzialność ze wspólnikami spółki z o.o. na podstawie art. 441 § 1 k.c. Należy jedynie rozważyć, czy w przypadku wspomnianej „sztafety spółek” nie objąć uczestniczących w niej podmiotów niebędących wspólnikami odpowiedzialnością na podstawie proponowanego art. 21¹ p.u., co znacznie ułatwiłoby wierzycielom dochodzenie roszczeń odszkodowawczych od tych podmiotów.

Odnosząc się jedynie skrótowo do możliwej oceny proponowanej regulacji z perspektywy unijnej swobody przedsiębiorczości oraz prawa prywatnego międzynarodowego, należy uznać, że z uwagi na umiejscowienie tej regulacji w prawie upadłościowym, a także deliktowy (w istocie) charakter tej odpowiedzialności, nie powinna ona zostać uznana za ograniczającą swobodę przedsiębiorczości, mimo że dotyczy stanów faktycznych związanych z funkcjonowaniem spółki z o.o. w obrocie gospodarczym.

Zakończenie

Przeprowadzona w niniejszej rozprawie analiza wskazuje na złożoność, wielowątkowość i zarazem swoistą wewnętrzną niejednorodność problematyki odpowiedzialności współników spółki z o.o. wobec jej wierzycieli realizowanej przy wykorzystaniu koncepcji odpowiedzialności przebijającej (*Durchgriffshaftung*). W doktrynie i orzecznictwie niemieckim nie została bowiem rozwinięta jednolita i w pełni spójna koncepcja tej odpowiedzialności zarówno na płaszczyźnie jej teoretycznego i metodologicznego uzasadnienia, o czym świadczy różnorodność teorii odpowiedzialności przebijającej prezentowanych w niemieckiej doktrynie (zob. rozdz. V) oraz judykaturze (zob. rozdz. VI), jak i na płaszczyźnie dogmatycznej, co potwierdza różnorodność przypadków „przebicia” (*Durchgriffsfälle*), w których koncepcja ta powinna, zdaniem jej zwolenników, znajdować zastosowanie. Niemniej jednak w toku analizy teoretycznych podstaw tej odpowiedzialności udało się zidentyfikować dwie podstawowe i zarazem dominujące teorie uzasadniające tę odpowiedzialność: obiektywną teorię nadużycia, zwaną też teorią nadużycia instytucjonalnego, oraz teorię redukcji teleologicznej, również bazującą na kryteriach obiektywnych, które znalazły swój wyraz w dogmatycznych podstawach odpowiedzialności współników wobec wierzycieli spółki z o.o. Tym samym należy uznać, że tzw. właściwa odpowiedzialność przebijająca rozumiana jako zewnętrzna odpowiedzialność współników spółki z o.o. za zobowiązania spółki wobec jej wierzycieli, mająca źródło w prawie spółek, znajduje swoje dogmatyczne „zakotwiczenie”, mimo że koncepcja „przebicia” stanowi wytwór niemieckiej doktryny oraz prawotwórstwa sądowego.

Budowanie właściwej odpowiedzialności przebijającej na obiektywnych kryteriach, jako instytucji mającej przeciwdziałać skrajnym nadużyciom formy prawnej spółki z o.o. nadawało jej charakter odpowiedzialności absolutnej, w ramach której, z jednej strony, ocena wystąpienia takiego nasilenia nadużycia instytucjonalnego, które uzasadniało odpowiedzialność współników, należała do sądu, co nie wykluczało przecież wartościowania i nie było wolne od odnoszenia się do pewnych elementów subiektywnych występujących w danym stanie faktycznym¹⁶⁶⁹, z drugiej zaś strony – współnicy pozbawieni byli, ściśle rzecz ujmując, możliwości zwolnienia się z odpowiedzialności poprzez wykazanie braku swojej winy za nadużycie. Tego rodzaju rygoryzm tej koncepcji w jej

¹⁶⁶⁹ Świadczą o tym orzeczenia BGH, w których Trybunał, w uproszczeniu, stwierdzał, że występujący w danej spółce stan uzasadniający odpowiedzialność przebijającą współników o charakterze obiektywnym cechuje takie nasilenie negatywnych elementów subiektywnych, że drugą podstawę dla dochodzenia roszczeń stanowić może § 826 BGB, a więc, jak już wielokrotnie w rozprawie wspomniano, przepis regulujący deliktową odpowiedzialność za szkodę wyrządzoną umyślnym zachowaniem sprzecznym z dobrymi obyczajami.

„klasycznym” ujęciu prowadził i prowadzi – ponieważ właściwa odpowiedzialność przebijająca nadal ma swoich zwolenników w niemieckiej doktrynie – z jednej strony do krytyki tej koncepcji (zob. rozdz. VIII rozprawy), z drugiej zaś – do jej stopniowego łagodzenia w orzecznictwie sądowym przez stopniowe zbliżanie jej do odpowiedzialności odszkodowawczej, zwłaszcza przez dopuszczenie wykazania przez współników spółki z o.o., że wierzyciele wskutek nadużycia ponieśli mniejszą szkodę niż kwota niezaspokojonych przez spółkę z o.o. zobowiązań. Szczególnie intrygująca jest zmiana linii orzeczniczej przez niemiecki Federalny Trybunał Sprawiedliwości w zakresie odpowiedzialności za unicestwienie egzystencji spółki i rezygnacja z *Durchgriffshaftung* jako podstawy odpowiedzialności zewnętrznej wobec wierzycieli na rzecz odpowiedzialności wewnętrznej wobec spółki na podstawie deliktowej. Należy jednak podkreślić, że BGH nie zrezygnował ze stosowania instytucji „przebicia” i uznaje, że właściwa odpowiedzialność przebijająca stanowi podstawę odpowiedzialności w przypadkach pomieszczenia majątków spółki i współnika, choć jest to, zdaniem Trybunału, odpowiedzialność za zachowanie współnika, a więc konieczne jest przypisanie tej odpowiedzialności danemu współnikowi, co sprzeciwia się w zasadzie obiektywnemu charakterowi „klasycznej” odpowiedzialności przebijającej.

W kontekście przedstawionych kontrowersji związanych z koncepcją „przebicia” w niemieckiej doktrynie i orzecznictwie nie powinno dziwić dominujące w doktrynie polskiej zachowawcze i sceptyczne podejście do koncepcji odpowiedzialności przebijającej, które jednak było raczej spowodowane niepełną znajomością tej problematyki niż przemyślanym rozważeniem jej wad i zalet. Negatywne stanowisko wynikało bowiem z prostego założenia, że koncepcji takiej nie da się przejąć na grunt prawa polskiego jako rozwiązania, które nie zaistniało do tej pory w nauce polskiej, z czego wysnuwano wnioski, że perspektywy jej praktycznego zastosowania nie są obiecujące¹⁶⁷⁰. Dodatkowo stwierdzano, że powinna ona stanowić *ultima ratio*, a „pierwszeństwo należy przyznać konwencjonalnym rozwiązaniom”¹⁶⁷¹, w tym przede wszystkim odpowiedzialności deliktowej, którą zgodnie z przyjętą w niniejszej rozprawie terminologią można co najwyżej uznać za przejaw odpowiedzialności przebijającej *sensu largo*. Tego rodzaju nastawienie nie wróżyło dobrze dalszemu rozwojowi i analizie tej koncepcji w doktrynie polskiego prawa spółek, co znalazło swoje potwierdzenie w dalszych opracowaniach poświęconych nadużyciu formy prawnej spółki oraz nadużyciu prawa do posługiwania się formą osoby prawnej.

O ile zatem niemieckiej koncepcji odpowiedzialności można było zarzucić, parafrazując słowa jej krytyków, że była ona spowita mrokami ledwie namacalnego prawa

¹⁶⁷⁰ Zob. pogląd T. Targosza, *Nadużycie...*, s. 233 przedstawiony w rozdz. IX pkt 2.

¹⁶⁷¹ *Ibidem*.

sędziowskiego, o tyle polskim koncepcjom nadużycia formy prawnej spółki oraz nadużycia osobowości prawnej, stanowiącym swego rodzaju odpowiednik koncepcji „przebiecia”, można postawić zarzut, że poruszają się one w błędnym kręgu, ograniczając się – w dużym uproszczeniu – do stwierdzenia, że art. 5 k.c. jako przepis o charakterze obronnym, a ponadto dotyczący nadużycia prawa podmiotowego, nie może stanowić „zaczepnej” podstawy dogmatycznej dla odpowiedzialności przebijającej.

Tymczasem, jak wynika z analizy prawnoporównawczej przeprowadzonej w niniejszej rozprawie, koncepcja odpowiedzialności przebijającej jest z metodologicznego punktu widzenia możliwa do przejścia na grunt prawa polskiego (zob. rozdz. XIII pkt 3), co potwierdza postawioną na wstępie rozprawy roboczą tezę badawczą.

Należy również uznać, że różnorodność alternatywnych wobec koncepcji odpowiedzialności przebijającej instrumentów ochrony wierzycieli spółki z o.o. nie wyłącza potrzeby rozwijania dodatkowej koncepcji odpowiedzialności wspólników spółki z o.o. wobec jej wierzycieli (takiej jak odpowiedzialność przebijająca lub odpowiedzialność do niej zbliżona) i poszukiwania nowej dogmatycznej podstawy takiej odpowiedzialności. Przeciwno takiemu ukierunkowaniu tej odpowiedzialności jako dodatkowego instrumentu ochrony o charakterze zewnętrznym (wobec wierzycieli spółki) nie przemawia zwłaszcza rozwinięty w polskim prawie spółek system ochrony wierzycieli poprzez osobistą odpowiedzialność członków zarządu spółki z o.o. Potwierdza to zwłaszcza analiza niemieckiego prawa upadłościowego, które reguluje odpowiedzialność członków organów zarządzających m.in. spółek kapitałowych na podstawie § 15a ust. 1 InsO w zw. z § 823 ust. 2 BGB za niezgłoszenie w terminie wniosku o ogłoszenie upadłości osoby prawnej, a także poglądy przedstawicieli niemieckiej doktryny, którzy uznają odpowiedzialność członków zarządu oraz wspólników wobec wierzycieli spółki z o.o. za uzupełniające się i flankujące nawzajem instrumenty ochrony wierzycieli.

Metodologiczna i dogmatyczna dopuszczalność recypowania na grunt prawa polskiego koncepcji odpowiedzialności przebijającej nie oznacza jednak, że jej przejście jest celowe. Podstawową wadą tej podstawy odpowiedzialności jest bowiem jej absolutny wręcz charakter wyłączający jakąkolwiek możliwość ekskulpacji po stronie wspólników spółki z o.o. Już samo dopuszczenie tej podstawy odpowiedzialności wymagałoby zastosowania przez sądy prawotwórczego zabiegu z zakresu wykładni prawa poprzez zastosowanie wykładni zgodnej z dyrektywami odstępstwa od sensu językowego przepisu (zob. rozdz. XIII pkt 3.3.4–3.3.5), co samo w sobie, z punktu widzenia polskich sądów, byłoby nader odważnym posunięciem. Brak jest jednakże, jak się wydaje, podstaw do dalszego prawotwórczego uzupełniania tej podstawy odpowiedzialności przez samoistne określenie przez sąd przesłanek egzoneracyjnych, czy też ekskulpacyjnych,

których wykazanie przez wspólników uwolni ich od odpowiedzialności albo doprowadzi do jej ograniczenia.

Dlatego też na gruncie *legis latae* najbezpieczniejszym instrumentem ochrony wierzycieli wydaje się odpowiedzialność deliktowa wspólników za nadużycie formy prawnej spółki rozumiana jako zewnętrzna odpowiedzialność wobec wierzycieli spółki z o.o.¹⁶⁷² Wymaga to jednak odpowiedniego złagodzenia obowiązującej w polskim prawie czynów niedozwolonych zasady ograniczenia indemnizacji do bezpośrednio poszkodowanego, które to rozwiązanie zostało zaproponowane w niniejszej rozprawie. Złagodzenie obowiązywania zasady rekompensaty szkody bezpośredniej jest bowiem uzasadnione specyfiką prawa spółek i powiązania szkody doznanej przez spółkę, prowadzącej w rezultacie do jej niewypłacalności, ze szkodą poniesioną w związku z tą niewypłacalnością przez wierzycieli spółki z o.o. Należy się natomiast opowiedzieć przeciwko całkowitej rezygnacji z obowiązywania zasady ograniczenia indemnizacji do bezpośrednio poszkodowanego na rzecz powszechnej dopuszczalności rekompensaty szkody pośredniej, co postuluje coraz więcej przedstawicieli doktryny prawa spółek.

Mając na względzie zarówno zalety, jak i wady odpowiedzialności przebijającej, a także wady odpowiedzialności deliktowej jako podstawy dochodzenia roszczeń przez wierzycieli wobec wspólników spółki z o.o., które – poza problematyką (bez)pośredniości szkody – wynikają z problemów dowodowych przy dochodzeniu deliktowych roszczeń odszkodowawczych, należy opowiedzieć się za wprowadzeniem rozwiązania ustawowego, które uwzględniłoby dorobek doktryny i orzecznictwa niemieckiego dotyczący *Durchgriffshaftung*, a jednocześnie było pozbawione słabości właściwych ogólnej deliktowej podstawie odpowiedzialności w postaci art. 415 k.c.

Propozycja takiego rozwiązania ustawowego została przedstawiona w rozdziale XIV niniejszej rozprawy.

Kończąc powyższe rozważania należy wyrazić nadzieję, że niniejsze opracowanie przyczyni się, chociażby w skromnym zakresie, do dalszego rozwoju polskiej doktryny prawa spółek i do wzmocnienia ochrony wierzycieli spółki z o.o. przy odpowiednim uwzględnieniu interesów jej wspólników, bez uszczerbku dla atrakcyjności spółki z o.o. jako formy prowadzenia działalności gospodarczej.

¹⁶⁷² Nie wyklucza to jednak *de lege lata* zastosowania odpowiedzialności przebijającej w jej „klasycznej” formie w szczególnie rażących przypadkach nadużyć.

Bibliografia

Artykuły i monografie:

- Adamus R., *Bezskuteczność i zaskarżanie czynności upadłego. Komentarz*. Warszawa 2010.
- Altheim M., *Unterkapitalisierung von Kapitalgesellschaften – Vermeidungsstrategien des Steuerberaters (Arbeitskreis VI), Steuerberater-kongreß-Report*, 1988, s. 305 i n.
- Altmeppen H., *Grundlegend Neues zum „qualifizierte faktischen“ Konzern und zum Gläubigerschutz in der Einmann-GmbH. Zugleich Besprechung des Urteils des BGH vom 17.9.2001 – II ZR 178/99 „Bremer Vulkan“*, ZIP 2001, s. 1843 i n.
- Altmeppen H., *Zur Entwicklung eines neuen Gläubigerschutzkonzepts in der GmbH, Zugleich Besprechung vom BGH, Urt. 24.6.2002 – II ZR 300/00*, ZIP 2002, s. 1553 i n.
- Altmeppen H., *Abschied vom „Durchgriff“ im Kapitalgesellschaftsrecht*, NJW 2007, nr 37.
- Altmeppen H., *Zur vorsätzlichen Gläubigerschädigung, Existenzvernichtung und materiellen Unterkapitalisierung in der GmbH*, ZIP 2008, nr 27.
- Banaszczyk Z., [w:] K. Pietrzykowski, *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz do art. 1–449¹⁰*, wyd. 8, Warszawa 2015.
- Banerjea R.N., *Haftungsfragen in Fällen materieller Unterkapitalisierung und im qualifizierten faktischen Konzern*, ZIP 1999, nr 28.
- Bauerreis J., *Staatliche Überwachung der Geschäftsführung vor Insolvenzeintritt und staatsgeleitete Restrukturierung in Frankreich*, ZGR 2006, s. 294 i n.
- Benne D., *Haftungsdurchgriff bei der GmbH insbesondere im Fall der Unterkapitalisierung*, Köln 1978.
- Bitter G., *Konzernrechtliche Durchgriffshaftung bei Personengesellschaften*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln 2000.
- Bitter G., *Der Anfang vom Ende des „qualifiziert faktischen GmbH-Konzerns“ – Ansätze einer allgemeinen Missbrauchshaftung in der Rechtsprechung des BGH*, WM 2001, s. 2133 i n.
- Bitter G., [w:] Scholz. *Kommentar zum GmbH-Gesetz*, 11. Aufl., Köln 2012.
- Brandenburg H.-F., *Die teleologische Reduktion. Grundlagen und Erscheinungsformen der auslegungsunterschreitenden Gesetzeseinschränkung im Privatrecht*, Göttingen 1983
- Brox H., Walker W.-D., *Allgemeines Schuldrecht*, 36. Aufl., München 2012.
- Buczkowski S., *Ograniczona odpowiedzialność przedsiębiorcy. Studium prawno-handlowe*, Warszawa 1937.
- Bydlinski F., *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*, Wien 2012.
- Canaris C.-W., *Die Feststellung von Lücken im Gesetz*, 2. Aufl., Berlin 1983.

- v. Cammerer E., *Unterkapitalisierung und Gesellschafterdarlehen*, [w:] P. Zonderland (Hrsg.) *Festschrift für Pieter Sanders*, Kluwer 1972, s. 17 i n.
- Czachórski W., [w:] Z. Radwański (red.), *System prawa cywilnego. Tom III, cz. 1. Prawo zobowiązań – część ogólna*, Wrocław 1981.
- Dauner-Lieb B., *Die Existenzvernichtungshaftung – Schluss der Debatte?*, DStR 2006, s. 2034 i n.
- Dauner-Lieb B., *Die Existenzvernichtungshaftung als deliktische Innenhaftung gemäß § 826 BGB*, ZGR 2008, s. 34 i n.
- Drygala T., *Stammkapital heute – zum veränderten Verständnis vom System des festen Kapitals und seinen Konsequenzen*, ZGR 2006, s. 587 i n.
- Drygala T., Staake M., Szalai S., *Kapitalgesellschaftsrecht. Mit Grundzügen des Konzern- und Umwandlungsrechts*, Springer Verlag Berlin Heidelberg 2012.
- Dubis W., [w:] E. Gniewek, P. Machnikowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, 6. wyd., Warszawa 2014.
- Eckhold T., *Materielle Unterkapitalisierung. Zur Gesellschafterverantwortlichkeit in der Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln 2002.
- Ehricke U., *Zur Begründbarkeit der Durchgriffshaftung in der GmbH, insbesondere aus methodischer Sicht*, AcP 1999, nr 199.
- Eidenmüller H., Grunewald B., Noack U., *Das Mindestkapital im System des festen Kapitals*, [w:] M. Lutter (red.), *Das Kapital der Aktiengesellschaft in Europa*, Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht/ZGR-Sonderheft 17, De Gruyter Recht 2006.
- Ellenberger J., [w:] Palandt. *Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar*, 74. Aufl., München 2015.
- Engert A., *Solvenzanforderungen als gesetzliche Ausschüttungssperre bei Kapitalgesellschaften*, ZHR 2006, s. 296 i n.
- Fastrich L., *Ketzerisches zur sogenannten Finanzierungsverantwortung*, [w:] M. Lieb u.a., *Festschrift für Wolfgang Zöllner*, Köln u.a. 1998, s. 143 i n.
- Fastrich L., [w:] A. Baumbach, A. Hueck, *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, 20. Aufl., München 2013.
- Fischer G., *Krisenbewältigung durch Insolvenzrecht*, ZGR 2006, s. 403 i n.
- Flume W., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Erster Band. Zweiter Teil. Die juristische Person*, Berlin 1983.
- Frąckowiak J., *Demontaż spółki z o.o. czy nowy rodzaj spółki kapitałowej – uwagi na tle proponowanej nowelizacji kodeksu spółek handlowych*, PPH 2011, nr 6.
- Frąckowiak J., [w:] M. Safjan (red.), *System Prawa Prywatnego. Tom I. Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2012.

- Frąckowiak J., Kappes A., *Czy potrzebna jest nowelizacja art. 299 k.s.h.*, [w:] J. Frąckowiak (red.), *Kodeks spółek handlowych po dziesięciu latach*, Wrocław 2013.
- Funke I., [w:] Michalski L. (Hrsg.), *Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz)*, München 2010.
- Gansweid W., *Haftungsdurchgriff bei der unterkapitalisierten GmbH – Anmerkung zum BGH Urt. v. 4.5.1977 – VIII ZR 298/75*, NJW 1997, s. 1449 i n., JA 1978, s. 25 i n.
- Gajownik-Zienkiewicz J., *Kila uwag o teście wypłacalności*, PPH 2011, nr 9.
- Gehrlein M., *Die Existenzvernichtungshaftung im Wandel der Rechtsprechung*, WM 2008, nr 17.
- Giezek J., [w:] J. Giezek (red.), *Kodeks karny. Część ogólna. Komentarz*, wyd. 2, Warszawa 2012.
- Gil I., Gil P., *Recenzja. R. Szczepaniak, Nadużycie prawa do posługiwania się formą osoby prawnej*, *Toruń 2009*, wyd. TNOiK Dom Organizatora, „Rejent” 2010, nr 3, s. 327.
- Goette W., *Haftung im qualifiziert faktischen GmbH-Konzern – Verbleibende Relevanz nach dem TBB-Urteil? – Rechtsprechungsbericht*, [w:] P. Ulmer (Hrsg.), *Haftung im qualifizierten faktischen GmbH-Konzern – Verbleibende Relevanz nach dem TBB-Urteil?*, Abhandlungen aus dem gesamten Bürgerlichen Recht, Handelsrecht und Wirtschaft, Beihefte der ZHR, Heft Nr. 70, Heidelberg 2002.
- Goette W., *Aus der neueren Rechtsprechung des BGH zum GmbH-Recht*, ZIP 2005, s. 1481 i n.
- Goette W., *Krisenvermeidung und Krisenbewältigung in der GmbH – Überblick*, ZGR 2006, s. 261 i n.
- Greger R., [w:] R. Zöller (Begr.), *Zöller. Zivilprozessordnung. Kommentar*, 25. Aufl., Köln 2005.
- Grigoleit H.Ch., *Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH. Dezentrale Gewinnverfolgung als Leitprinzip des dynamischen Gläubigerschutzes*, München 2006.
- Großmann H., *Unterkapitalisierung und Gesellschafterdarlehen – amerikanische Erfahrungen*, GmbHR 1978, s. 77 i n.
- Grüneberg Ch., [w:] Palandt. *Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar*, 71. Aufl., München 2012.
- Gruhler W., *Aspekte der Eigenkapitalausstattung deutscher Unternehmen unter besonderer Berücksichtigung der Unternehmensgröße, der Rechtsform und des Wirtschaftsbereiches*, [w:] P.R. Wossidlo (Hrsg.), *Die Finanzierung mittelständischer Unternehmungen in Deutschland*, Berlin 1985, s. 63 i n.
- Grzybowski S., *Struktura i treść przepisów prawa cywilnego odsyłających do zasad współżycia społecznego*, „Studia Cywilistyczne” 1965, tom VI, s. 69 i n.
- Grzybowski S., [w:] S. Grzybowski (red.), *System prawa cywilnego. Część ogólna. Tom I*, Wrocław, Warszawa, Kraków, Gdańsk, Łódź 1985.

- Gurgul S., *Odpowiedzialność wspólnika (akcjonariusza) za zobowiązania spółki kapitałowej w stosunku do jej wierzycieli*, MoP 2010, nr 20.
- Gurgul S., *Prawo upadłościowe*, [w:] S. Gurgul, *Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, wyd. 10, Warszawa 2015.
- Guski R., *Gesellschafterhaftung wegen Existenzvernichtung: § 826 BGB als Fugenkit?*, KTS 2010, nr 3.
- Haas U., *Die Gesellschafterhaftung wegen „Existenzvernichtung“*, WM 2003, nr 40.
- Haas U., *Kapitalerhaltung, Insolvenzanfechtung, Schadensersatz und Existenzvernichtung – wann wächst zusammen, was zusammengehört?*, ZIP 2006, s. 1373 i n.
- Haas U., *Mindestkapital und Gläubigerschutz in der GmbH*, DSrR 2006, s. 993 i n.
- Haas U., *Reform des gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes, Gutachten E für den 66. Deutschen Juristentag*, [w:] *Verhandlungen des sechsendsechzigsten Deutschen Juristentages, Stuttgart 2006*, Band I, München 2006.
- Haas, U., [w:] A. Baumbach, A. Hueck, *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, 20. Aufl., München 2013.
- Habersack M., *Die Mitgliedschaft – subjektives und „sonstiges“ Recht*, Tübingen 1996.
- Habersack M., Verse D.A., *Wrongful Trading – Grundlage einer europäischen Insolvenzverschleppungshaftung?*, ZHR 2004, nr 168.
- Habersack M., *Trihotel – Das Ende der Debatte? Überlegungen zur Haftung für schädigende Einflussnahme im Aktien- und GmbH-Recht*, ZGR 2008, nr 4.
- Haug F., *Ex-post-Gläubigerschutz in der private company limited by shares*, Sipplingen 2009
- Herbet A., [w:] S. Soltysiński (red.), *System Prawa Prywatnego. Tom 17A. Prawo spółek kapitałowych*, wyd. 2, Warszawa 2016.
- Hill N., *Die unterkapitalisierte GmbH*, WPg 1989, s. 458 i n.
- Hirte H., *Reform des gesellschaftsrechtlichen Gläubigerschutzes*, [w:] Ständige Deputation des Deutschen Juristentages (Hrsg.), *Verhandlungen des sechsendsechzigsten Deutschen Juristentages, Stuttgart 2006, Band II/1 (Sitzungsberichte – Referate und Beschlüsse)*, München 2006.
- Hirte H., *Kapitalgesellschaftsrecht*, 7. Aufl., Köln 2012.
- Hofmann P., *Zum »Durchgriffs«-Problem bei unterkapitalisierten GmbH*, NJW 1966, s. 1941 i n.
- Hopt K.J., Hehl G., *Probleme der Unterkapitalisierung bei einer GmbH & Co. KG*, JA 1979, s. 119 i n.
- Hönn G., [w:] A. Spickhoff (red.), Soergel. *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Band 12. Schuldrecht 10. §§ 823–853, ProdHG, UmweltHG*, Stuttgart 2005.

- Hönn G., *Roma locuta? – Trihotel, Rechtsfortbildung und die gesetzliche Wertung*, WM 2008, nr 17.
- Höper B., *Die Haftung der Gesellschafter bei einer unterkapitalisierten GmbH*, Göttingen 1972.
- Hüffer U., Koch J., *Aktiengesetz*, 11. Aufl., München 2014.
- Immenga U., *Die personalistische Kapitalgesellschaft. Eine rechtsvergleichende Untersuchung nach deutschem GmbH-Recht und dem Recht der Corporations in den Vereinigten Staaten*, Bad Homburg v.d.H. 1970.
- Jacob T., *Konzeption der Existenzvernichtungshaftung vor dem Hintergrund des MoMiG-Entwurfs*, GmbHR 2007, nr 15.
- Jakubecki A., [w:] H. Dolecki, T. Wiśniewski (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz Tom I. Art. 1–366*, 2 wyd., Warszawa 2013, LEX/el. 2013.
- Janiak A., [w:] A. Kidyba (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz. Tom III. Zobowiązania – część ogólna*, LEX/el. 2014.
- Jara Z., [w:] Z. Jara (red.), *Kodeks spółek handlowych. Komentarz*, Warszawa 2014.
- Jasiakiewicz M., *Kilka uwag w sprawie potrzeby modernizacji prawa spółek*, PPH 2011, nr 9.
- Jungmann C., *Solvenztest- versus Kapitalschutzregeln. Zwei Systeme im Spannungsfeld von Gläubigerschutz und Finanzierungsfreiheit der Kapitalgesellschaft*, ZGR 2006, s. 638 i n.
- Kahler U., *Die Haftung des Gesellschafters im Falle der Unterkapitalisierung einer GmbH*, BB 1985, s. 1429 i n.
- Kaiser B., *Die Bedeutung der Eigenkapitalausstattung für eine stabile Unternehmensentwicklung*, Frankfurt a. M. 1995.
- Kaliński M., *Szkoda na mieniu i jej naprawienie*, wyd. 2, Warszawa 2011.
- Kaliński M., [w:] A. Olejniczak (red.), *System Prawa Prywatnego. Tom 6. Prawo zobowiązań – część ogólna*, wyd. 2, Warszawa 2014.
- Kappes A., *Konieczne zmiany w projekcie reformy struktury majątkowej spółki z o.o.*, PPH 2011, nr 9.
- Karolak A., *Prawne mechanizmy ochrony spółki córki oraz jej wierzycieli w strukturze holdingowej*, „Prawo Spółek” 2001, nr 5.
- Kayser G., [w:] G. Kreft (Hrsg.), *Heidelberger Kommentar – Insolvenzordnung*, 6. Aufl., wyd. C.F. Müller, Ulm 2011.
- Kędzierska A., *Glosa do orzeczenia SN z 25 kwietnia –7 maja 1955, IV CR 395/55*, PiP 1958, nr 3.
- Kidyba A., *Komentarz aktualizowany do art. 1–300 ustawy z dnia 15 września 2000 r. Kodeks spółek handlowych (Dz.U.00.94.1037)*, LEX/el. 2016.
- Kischel U., *Rechtsvergleichung*, München 2015.

- Kleindiek D., *Krisenvermeidung in der GmbH: Gesetzliches Mindestkapital, Kapitalschutz und Eigenkapitalersatz*, ZGR 2006, s. 335 i n.
- Kleindiek D., *Ordnungswidrige Liquidation durch organisierte „Firmenbestattung“*, ZGR 2007, nr 2.
- Kleindiek D., [w:] G. Kreft (Hrsg.), *Heidelberger Kommentar – Insolvenzordnung*, 6. Aufl., wyd. C.F. Müller, Ulm 2011.
- Knoppek K., [w:] H. Dolecki, T. Wiśniewski (red.), *Kodeks postępowania cywilnego. Komentarz Tom I. Art. 1–366*, 2 wyd., Warszawa 2013, LEX/el. 2013.
- Kötz H., Wagner G., *Deliktsrecht*, München 2010.
- Kramer E.A., *Juristische Methodenlehre*, 2. Aufl., Wien 2005.
- Krauss J., Modrzejewski J., Wiśniewski C., *Odpowiedzialność wspólników oraz członków zarządu w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością za zobowiązania wobec osób trzecich w wybranych systemach prawnych*, „Radca Prawny” 1993, nr 6.
- Kreft G., [w:] G. Kreft (Hrsg.), *Heidelberger Kommentar – Insolvenzordnung*, 6. Aufl., wyd. C.F. Müller, Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg 2011.
- Królikowski M., [w:] M. Królikowski, R. Zawłocki (red.) *Kodeks karny. Część ogólna. Tom I. Komentarz do art. 1–31*, wyd. 3, Warszawa 2015.
- Kubsik S., *Odpowiedzialność wspólników (akcjonariuszy) spółki kapitałowej za zobowiązania spółki w stosunku do jej wierzycieli na przykładzie grupy spółek*, PPH 2013, nr 8.
- Kuhn G., *Haften die GmbH-Gesellschafter für Gesellschaftsschulden persönlich?*, [w:] M. Lutter, W. Stimpel, H. Wiedemann (Hrsg.), *Festschrift für Robert Fischer*, Berlin 1979.
- Kuhn O., *Strohmanngründung bei Kapitalgesellschaften*, Tübingen 1964.
- Lackoroński B., *Odpowiedzialność za tzw. szkody pośrednie w polskim prawie cywilnym*, [w:] J. Jastrzębski (red.), *Odpowiedzialność odszkodowawcza*, Warszawa 2007.
- Lackoroński B., *Odpowiedzialność cywilna za pośrednie naruszenia dóbr*, Warszawa 2013.
- Larenz K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 2. Aufl., Berlin Heidelberg New York 1992.
- Larenz K., Wolf M., *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 9. Aufl., München 2004.
- Leśniak M., *Kilka uwag na tle proponowanej nowelizacji kodeksu spółek handlowych*, PPH 2011, nr 9.
- Litwińska-Werner M., [w:] A. Szajkowski (red.), *System Prawa Prywatnego. Tom 16. Prawo spółek osobowych*, wyd. 2, Warszawa 2016.
- Lutter M., Hommelhoff P., *Nachrangiges Haftkapital und Unterkapitalisierung in der GmbH*, ZGR 1979, s. 31 i n.
- Lutter M., *Die zivilrechtliche Haftung in der Unternehmensgruppe*, ZGR 1982, nr 2.

- Lutter M., *Vom formellen Mindestkapital zu materiellen Finanzierungsregeln im Recht der Kapitalgesellschaft*, [w:] E. Jayme (Hrsg.) *Festschrift für Stefan Riesenfeld*, Heidelberg 1983, s. 165 i n.
- Lutter M., Banerjea N.R., *Die Haftung wegen Existenzvernichtung*, ZGR 2003, nr 3.
- Lutter M., Hommelhoff P., [w:] M. Lutter, P. Hommelhoff, *GmbH-Gesetz. Kommentar*, 16. Aufl., Köln 2004.
- Lutter M., Bayer W., [w:] M. Lutter, P. Hommelhoff, *GmbH-Gesetz. Kommentar*, 18. Aufl., Köln 2012.
- Machnikowski P., [w:] A. Olejniczak (red.), *System Prawa Prywatnego. Tom 6. Prawo zobowiązań – część ogólna*, wyd. 2, Warszawa 2014.
- Maier A., *Der Grundsatz der Kapitalerhaltung und die Durchgriffshaftung wegen Unterkapitalisierung im deutschen und amerikanischen Gesellschaftsrecht*, Frankfurt a. M. u.a. 1987.
- Malanowski A., *Nadużycie prawa w pracowniczym stosunku pracy*, Warszawa 1972.
- Maul S., [w:] M. Gehrlein, J. Ekkenga, S. Simon, *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Kommentar*, Carl Heymanns Verlag, Köln 2012.
- Medicus D., *Bürgerliches Recht*, 20. Aufl., Carl Heymanns Verlag 2004.
- Mieciński M., *Niedokapitalizowanie spółki z o.o. a wysokość kapitału zakładowego*, PPH 1998, nr 6.
- Morawski L., *Zasady wykładni prawa*, wyd. 2, Toruń 2010.
- Mossmann A., *Die Haftung des Kommanditisten in der unterkapitalisierten KG*, Heidelberg 1978.
- Musielak H.-J., *Grundkurs ZPO*, 9. Aufl., München 2007.
- Müller-Freienfels W., *Zur Lehre vom sogenannten „Durchgriff“ bei juristischen Personen im Privatrecht*, AcP 1957, nr 156.
- Nassall W., *Der existenzvernichtende Eingriff in die GmbH: Einwendungen aus verfassungs- und insolvenzrechtlicher Sicht*, ZIP 2003, s. 969 i n.
- Oechsler J., [w:] J. von Staudingers. *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse. § 826–829; ProdHaftG (Unerlaubte Handlungen 2, Produkthaftung)*, Berlin 2009.
- Opalska D., *Obowiązek lojalności w spółkach kapitałowych*, Warszawa 2014.
- Opalski A., *Kapitał zakładowy: skuteczny instrument ochrony wierzycieli czy przestarzała koncepcja prawna? Próba porównania modeli ochrony wierzycieli w prawie państw europejskich i Stanów Zjednoczonych*, KPP 2004, z. 2.
- Opalski A., *Obowiązek lojalności w spółkach kapitałowych*, KPP 2008, z. 2.
- Opalski A., *Kilka uwag na temat reformy spółki z o.o. i jej kontrowersyjnej krytyki*, PPH 2011, nr 9.

- Opalski A., *Problematyka pominięcia prawnej odrębności spółek kapitałowych*, PPH 2012, nr 8.
- Opalski A., *Prawo zgrupowań spółek*, Warszawa 2012.
- Opalski A., Wiśniewski A.W., [w:] A. Opalski (red.), *Kodeks spółek handlowych. Tom III A. Spółka akcyjna. Komentarz do art. 301–392*, Warszawa 2015.
- Oplustil K., Wiórek P.M., *Aktualne tendencje w europejskim prawie spółek – orzecznictwo ETS i planowane działania prawodawcze*, PPH 2004, nr 5.
- Oplustil K., *Reforma kapitału zakładowego w prawie europejskim i polskim*, [w:] J. Frąckowiak (red.), *Kodeks spółek handlowych. Po pięciu latach*, Wrocław 2006.
- Oplustil K., *Krytycznie o zarzutach krytyków projektu reformy struktury majątkowej spółki z o.o.*, PPH 2011, nr 9.
- Osajda K., *Odpowiedzialność cywilna członków zarządu za zobowiązania spółki z o.o.*, Warszawa 2008.
- Osajda K., *O potrzebie i zakresie reformy regulacji prawnej spółki z o.o.*, PPH 2011, nr 9.
- Osajda K., *Niewypłacalność spółki z o.o. Odpowiedzialność członków zarządu wobec jej wierzycieli*, Warszawa 2014.
- Osterloh-Konrad Ch., *Abkehr vom Durchgriff: Die Existenzvernichtungshaftung des GmbH-Gesellschafters nach „Trihotel”*, ZHR 2008, nr 172.
- Pentz A., [w:] H. Rowedder, *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG). Kommentar*, München 2013.
- Popiołek W., *Odpowiedzialność spółki dominującej za szkodę «pośrednią» wyrządzoną przez spółkę zależną*, [w:] A. Dańko-Roesler, A. Oleszko, R. Pastuszko (red.), *Rozprawy z prawa prywatnego oraz notarialnego. Księga pamiątkowa dedykowana Profesorowi Maksymilianowi Pazdanowi*, Warszawa 2014.
- Presser S., *Piercing the Corporate Veil*, 2013 ed., Clark Boardman Callaghan 2013.
- Pyziak-Szafnicka M., *Prawo podmiotowe*, „Studia Prawa Prywatnego” 2006, z. 1.
- Pyziak-Szafnicka M., [w:] Safjan M. (red.), *System Prawa Prywatnego. Tom I. Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2012.
- Pyzio K., *Odpowiedzialność spółki dominującej względem wierzycieli kapitałowych spółek zależnych*, Warszawa 2015.
- Radwan A., *Sens i nonsens kapitału zakładowego – przyczynek do ekonomicznej analizy ustawowej ochrony wierzycieli spółek kapitałowych*, [w:] M. Cejmer, J. Napierała, T. Sójka, *Europejskie prawo spółek. t. II. Instytucje prawne dyrektywy kapitałowej*, Kraków 2005.
- Radwański Z., Zieliński M., [w:] M. Safjan (red.), *System Prawa Prywatnego. Tom I. Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2012.
- Radwański Z., Olejniczak A., *Prawo cywilne – część ogólna*, wyd. 11, Warszawa 2011.
- Radwański Z., Olejniczak A., *Zobowiązania – część ogólna*, wyd. 11, Warszawa 2014.

- Raiser T., *Konzernhaftung und Unterkapitalisierung – Besprechung der Entscheidung BGH AG 1994, 179 (EDV-Peripherie)* –, ZGR 1995, s. 156 i n.
- Raiser T., *Die Haftungsbeschränkung ist kein Wesensmerkmal der juristischen Person*, [w:] U.H. Schneider [et al.] (Hrsg.), *Festschrift für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag. Deutsches und europäisches Gesellschafts-, Konzern- und Kapitalmarktrecht*, Köln 2000.
- Raiser T., *Die Haftung einer Schwestergesellschaft für die Schulden einer anderen Schwester nach dem Urteil „Bremer Vulkan“ des BGH*, [w:] M. Habersack [et al.] (Hrsg.), *Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag am 2. Januar 2003*, Berlin 2003
- Raiser T., [w:] Ulmer P., Habersack M., Winter M. (Hrsg.), *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG). Großkommentar. Band I. Einleitung; §§ 1 bis 28*, 1. Aufl., Mohr Siebeck Tübingen 2005.
- Raiser T., *Durchgriffshaftung nach der Reform des GmbH-Rechts*, [w:] P. Hommelhoff, P. Rawert, K. Schmidt, *Festschrift für Hans-Joachim Priester zum 70. Geburtstag*, Köln 2007.
- Raiser T., Veil R., *Recht der Kapitalgesellschaften. Ein Handbuch für Praxis und Wissenschaft*, 5. Aufl., München 2010.
- Raiser T., [w:] Ulmer P., Habersack M., Löbbe M. (Hrsg.), *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG). Großkommentar. Band I. Einleitung; §§ 1 bis 28*, 2. Aufl., Mohr Siebeck Tübingen 2013.
- Rehbinder E., *Zehn Jahre Rechtsprechung zum Durchgriff im Gesellschaftsrecht*, [w:] M. Lutter, W. Stimpel, H. Wiedemann (Hrsg.), *Festschrift für Robert Fischer*, Berlin 1979.
- Reichold K., [w:] H. Thomas, H. Putzo (red.), *ZPO. Zivilprozessordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz, den Einführungsgesetzen und europarechtlichen Vorschriften. Kommentar*, 29. Aufl., München 2008.
- Reischl K., *Insolvenzrecht*, 3. Aufl., C.F. Müller, Heidelberg, München, Landsberg, Frechen, Hamburg 2014.
- Rickford J., *Reforming Capital. Report of the Interdisciplinary Group on Capital Maintenance*, 15 EBLR 2004, s. 919 i n.
- Reinhardt R., *Gedanken zum Identitätsproblem bei der Einmanngesellschaft*, [w:] H.C. Nipperdey (Hrsg.), *Das deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts. Festschrift für Heinrich Lehmann zum 80. Geburtstag. Band II*, Berlin 1956.
- Roth G.H., *Unterkapitalisierung und persönliche Haftung*, ZGR 1993, s. 170 i n.
- Röhrich V., *Die GmbH im Spannungsfeld zwischen wirtschaftlicher Dispositionsfreiheit ihrer Gesellschafter und Gläubigerschutz*, [w:] K. Geiß [et al.] (Hrsg.), *Festschrift aus Anlaß des fünfzigjährigen Bestehens von Bundesgerichtshof, Bundesanwaltschaft und Rechtsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof, Band I*, Carl Heymanns Verlag 2000.
- Rüthers B., Fischer Ch., Birk A., *Rechtstheorie mit Juristischer Methodenlehre*, 6. Aufl., München 2011.

- Schaefer F.W., Steinmetz M., *Neue Haftungsgrundlage für den existenzvernichtenden Eingriff*, WM 2007, nr 49.
- Schaefer F., Fackler S., *Durchgriffshaftung wegen allgemeiner Unterkapitalisierung?*, NZG 2007, s. 377 i n.
- Schall A., *Kapitalgesellschaftsrechtlicher Gläubigerschutz. Grund und Grenzen der Haftungsbeschränkung nach Kapitaldebatte, MoMiG und Trihotel*, München 2009.
- Schanze E., *Gesellschafterhaftung für unlautere Einflussnahme nach § 826 BGB: Die Trihotel-Doktrin des BGH*, NZG 2007.
- Schmidt K., *Kapitalaufbringung, Kapitalerhaltung und Unterkapitalisierung bei der GmbH & Co. KG*, DB 1973, s. 2227 i n.
- Schmidt K., *Konkursverschleppungshaftung und Konkursverursachungshaftung*, ZIP 1988, nr 23–24.
- Schmidt K., *Zur Durchgriffsfestigkeit der GmbH*, ZIP 1994, nr 11.
- Schmidt K., *Gesellschafterhaftung und „Konzernhaftung“ bei der GmbH, Bemerkungen zum „Bremer Vulkan“-Urteil des BGH vom 17.9.2001*, NJW 2001, s. 3557 i n.
- Schmidt K., *Gesellschaftsrecht*, 4 Aufl., München 2002.
- Schmidt K., *GmbH-Reform auf Kosten der Geschäftsführer? Zum (Un-)Gleichgewicht zwischen Gesellschafterrisiko und Geschäftsführerrisiko im Entwurf eines MoMiG und in der BGH-Rechtsprechung*, GmbHR 2008, nr 9.
- Schön W., *Zur „Existenzvernichtung“ der juristischen Person*, ZHR 2004, nr 168.
- Schwab M., *Die Neuauflage der Existenzvernichtungshaftung: Kein Ende der Debatte!*, ZIP 2008, nr 8.
- Serick R., *Rechtsform und Realität juristischer Person*, Tübingen 1955 (wyd. 2 niezmiennione 1980).
- Siemiątkowski T., *Odpowiedzialność cywilnoprawna w spółkach kapitałowych*, Warszawa 2007.
- Siwik R., *Reżim odpowiedzialności deliktowej jako instrument zwalczania nadużycia formy prawnej spółki*, [w:] M. Nesterowicz, *Czyny niedozwolone w prawie polskim i prawie porównawczym. Materiały IV Ogólnopolskiego Zjazdu Cywilistów. Toruń 24–25 czerwca 2011 r.*, Warszawa 2012.
- Sobolewski P., *Środki prawne ochrony wierzycieli spółek kapitałowych*, PPH 2011, nr 5.
- Sołtysiński S., *Kilka uwag o potrzebie modernizacji spółki z o.o.*, PPH 2011, nr 9.
- Sołtysiński S., [w:] S. Sołtysiński [et al.] (red.), *Kodeks spółek handlowych. Tom III. Spółka akcyjna. Komentarz do artykułów 301–490*, wyd. 3, Warszawa 2013.

- Spickhoff A., [w:] A. Spickhoff (red.), Soergel. *Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Band 12. Schuldrecht 10. §§ 823–853, ProdHG, UmweltHG*, Stuttgart 2005.
- Sprau H., [w:] Palandt. *Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar*, 71. Aufl., München 2012.
- Sprau H., [w:] Palandt. *Bürgerliches Gesetzbuch. Kommentar*, 74. Aufl., München 2015.
- Stecki L., *Problematyka odpowiedzialności za szkodę pośrednią*, [w:] S. Sołtysiński (red.) *Problemy kodyfikacji prawa cywilnego (studia i rozprawy). Księga pamiątkowa ku czci profesora Zbigniewa Radwańskiego*, Poznań 1990.
- Steffek F., *Gläubigerschutz in der Kapitalgesellschaft. Krise und Insolvenz im englischen und deutschen Gesellschafts- und Insolvenzrecht*, Mohr Siebeck 2011.
- Stelmachowski A., *Wstęp do teorii prawa cywilnego*, Warszawa 1984.
- Szajkowski A., Tarska M., [w:] S. Sołtysiński [et al.], *Kodeks spółek handlowych. Komentarz do artykułów 151–300. Tom II*, wyd. 3, Warszawa 2014.
- Szczepaniak R., *Nadużycie prawa do posługiwania się formą osoby prawnej*, Toruń 2009.
- Sztejnert O., „Odpowiedzialność przebijająca” i przesłanki jej stosowania w niemieckim prawie handlowym, *Palestra* 1997, nr 9–10.
- Szumański A., *Problem funkcji gwarancyjnej kapitału zakładowego (akcyjnego) spółki kapitałowej*, PiP 1997, nr 6.
- Szumański A., [w:] S. Sołtysiński (red.), *System Prawa Prywatnego. Tom 17A. Prawo spółek kapitałowych*, wyd. 2, Warszawa 2015.
- Szwaja J. [et al.], [w:] J. Szwaja (red.), *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz*, wyd. 3, Warszawa 2012.
- Targosz T., *Odpowiedzialność wspólnika wobec wierzycieli spółki*, PPH 2003, nr 4.
- Targosz T., *Nadużycie osobowości prawnej*, Kraków 2004.
- Teichmann Ch., *Reform des Gläubigerschutzes im Kapitalgesellschaftsrecht*, NJW 2006, s. 2444 i n.
- Tofel M., *Odpowiedzialność ex delicto wspólników spółki kapitałowej*, [w:] M. Modrzejewska (red.), *Prawo handlowe XXI wieku. Czas stabilizacji, ewolucji, czy rewolucji. Księga jubileuszowa Profesora Józefa Okolskiego*, Warszawa 2010.
- Ulmer P., [w:] Ulmer P. (Hrsg.), *Hachenburg. Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG). Großkommentar. Erster Band. Allgemeine Einleitung; §§ 1–34*, 8. Aufl., Berlin, New York 1992.
- Ulmer P., *Von „TBB” zu „Bremer Vulkan” – Revolution oder Evolution?*, ZIP 2001, nr 46.
- Ulmer P., *Anmerkung zum KBV-Urteil vom 24.06.2002*, JZ 2002, nr 21.
- Vandekerckhove K., *Piercing the Corporate Veil*, Kluwer Law International 2007.

- Veil R., *Krisenbewältigung durch Gesellschaftsrecht. Verlust des halben Kapitals, Pflicht zur ordnungsgemäßer Liquidation und Unterkapitalisierung*, ZGR 2006, s. 374 i n.
- Veil R., *Gesellschafterhaftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs und materieller Unterkapitalisierung*, NJW 2008, nr 45.
- Vetter J., *Grundlinien der GmbH-Gesellschafterhaftung*, ZGR 2005, s. 788 i n.
- Vetter J., *Die neue dogmatische Grundlage des BGH zur Existenzvernichtungshaftung*, BB 2007, nr 37.
- Vonnemann W., *Haftung von GmbH-Gesellschaftern wegen materieller Unterkapitalisierung*, Baden-Baden 1991.
- Wagner G., *Existenzvernichtung als Deliktstatbestand – Einordnung, Ausgestaltung und Anknüpfung der Haftung wegen „existenzvernichtenden Eingriffs“*, [w:] A. Heldrich, J. Prölss, I. Koller, *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Band II*, München 2007, s. 473 i n.
- Wappler K., *Die Haftung von Gesellschaftern einer GmbH auf Grund von Einflussnahmen auf die Leitung der Gesellschaft. Vom qualifiziert faktischen Konzern über Durchgriffshaftung wegen Existenzvernichtung zur deliktrechtlichen Haftung gem. § 826 BGB*, Baden-Baden 2010.
- Wąż P., *Szkoda wyrządzona przez spółkę dominującą wierzycielom spółki zależnej*, PS 2008, nr 5.
- Weitbrecht C., *Haftung der Gesellschafter bei materieller Unterkapitalisierung*, Köln 1990.
- Weller M.-P., *Die Existenzvernichtungshaftung im modernisierten GmbH-Recht – eine Außenhaftung für Forderungsverweigerung (§ 826 BGB)*, DStR 2007, s. 1166 i n.
- Weller M.-P., *Die Neuausrichtung der Existenzvernichtungshaftung durch den BGH und ihre Implikationen für die Praxis*, ZIP 2007, s. 1681 i n.
- Wiedemann H., *Gesellschaftsrecht. Ein Lehrbuch des Unternehmens- und Verbandsrechts. Band I. Grundlagen*, München 1980.
- Wiedemann H., *Reflexionen zur Durchgriffshaftung Zugleich Besprechung des Urteils BGH WM 2002, 1804 – KBV*, ZGR 2003, nr 2.
- Wilhelm J., *Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person*, München 1981.
- Wilhelm J., *Zurück zur Durchgriffshaftung – das „KBV“-Urteil des II. Zivilsenats des BGH vom 24.6.2002*, NJW 2003, nr 3.
- Winkler K., *Die Haftung der Gesellschafter einer unterkapitalisierten GmbH – Zugleich eine Stellungnahme zum Referentenentwurf des Bundesjustizministeriums*, BB 1969, s. 1202 i n.
- Winter G., *Die Haftung der Gesellschafter im Konkurs der unterkapitalisierten GmbH*, Frankfurt a. M. 1973.
- Winter M., *Mitgliedschaftliche Treuebindungen im GmbH-Recht*, München 1988.

- Wiórek P.M., *Ustawowe wzorce umowy spółki z ograniczoną odpowiedzialnością w niemieckim prawie spółek – rozwiązanie godne naśladowania czy chybiony pomysł legislacyjny?*, „Rejent” 2010, nr 2.
- Wiórek P.M., *Obowiązek lojalności wspólników spółek kapitałowych*, [w:] W.J. Katner, U. Promińska (red.) *Prawo handlowe po przystąpieniu Polski do Unii Europejskiej*, Warszawa 2010.
- Wiórek P.M., *Unternehmersgesellschaft (haftungsbeschränkt) – spółka przedsiębiorcza jako konkurencyjna odmiana niemieckiej spółki z o.o.*, [w:] T. Mróz, M. Stec (red.), *Instytucje prawa handlowego w przyszłym kodeksie cywilnym*, Warszawa 2012, s. 722 i n.
- Wiórek P.M., *Odpowiedzialność zarządców niemieckiej spółki z o.o. za płatności dokonywane na rzecz wspólników prowadzące do niewypłacalności spółki*, [w:] J. Frąckowiak (red.), *Kodeks spółek handlowych po dziesięciu latach*, Wrocław 2013, s. 689 i n.
- Wiórek P.M., *Kilka uwag o teorii nadużycia prawa jako koncepcji uzasadniającej tzw. odpowiedzialność przebijającą*, [w:] J. Kruczałak-Jankowska, *Wpływ europeizacji prawa na instytucje prawa handlowego*, Warszawa 2013, s. 236 i n.
- Wiórek P.M., *Ochrona wierzycieli spółki z o.o. poprzez konstrukcję faktycznego członka zarządu*, [w:] J. Frąckowiak (red.), *Osiemdziesiąt lat polskiego prawa handlowego*, „Przegląd Prawa i Administracji” Tom CI, Wydawnictwo Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2015.
- Wiśniewski A.W., *Prawo o spółkach. Podręcznik praktyczny. Tom 1. Wiadomości ogólne. Spółka cywilna*, wyd. 2, Warszawa 1998.
- Włodyka S., *Prawo koncernowe*, Kraków 2003.
- Włodyka S., [w:] S. Włodyka (red.), *System Prawa Handlowego. Tom 2. Prawo spółek handlowych*, 2. wyd., Warszawa 2012.
- Wolff H. J., *Organschaft und juristische Person. Juristische Person und Staatsperson: Kritik, Theorie und Konstruktion*, Berlin 1933.
- Würdinger H., *Aktienrecht und das Recht der verbundenen Unternehmen*, 4. Aufl., C.F. Müller 1981.
- Wüst G., *Unterkapitalisierung und Überschuldung bei Beschränkthaftern*, JZ 1985, s. 817 i n.
- Zieliński M., *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, wyd. 6, Warszawa 2012.
- Zimmerman P., *Prawo upadłościowe*, [w:] P. Zimmerman, *Prawo upadłościowe. Prawo restrukturyzacyjne. Komentarz*, wyd. 4, Warszawa 2015.
- Zippelius R., *Juristische Methodenlehre*, 11. Aufl., München 2012.
- Zöllner W., *Gläubigerschutz durch Gesellschafterhaftung bei der GmbH*, [w:] B. Dauner-Lieb, P. Hommelhoff, M. Jacobs, D. Kaiser, Ch. Weber, *Festschrift für H. Konzen zum siebzigsten Geburtstag*, Mohr Siebeck, Tübingen 2006, s. 999 i n.

Zöllner W., Noack U., [w:] A. Baumbach, A. Hueck, *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, 20. Aufl., München 2013.

Inne:

Raporty, projekty ustaw, ustawy modelowe

Action Plan, KE nr COM 2003, 284 final

American Bar Association, *Model business corporation act annotated: official text with official comments and statutory cross-references, revised through 2005*, USA 2005.

Bundesrat, *Stellungnahme des Bundesrates zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)*, Deutscher Bundestag – 16. Wahlperiode, Drucksache 16/6140.

Bundesregierung, *Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)*, Deutscher Bundestag – 16. Wahlperiode, Drucksache 16/6140.

Dr. Jürgen Gehb, Mitglied des Deutschen Bundestages, *Arbeitsentwurf UGG, Stand: 15. März 2007, Entwurf eines Gesetzes über die Unternehmergesellschaft – Unternehmergesellschaftsgesetz (UGG)*.

KPMG, *Feasibility study on an alternative to the capital maintenance regime established by the Second Company Law Directive 77/91/EEC of 13 December 1976 and an examination of the impact on profit distribution of the new EU-accounting regime. Main Report*, 2008.

Projekt ustawy o spółkach z ograniczoną odpowiedzialnością przyjęty przez Kolegium Uchwalające Komisji Kodyfikacyjnej w dn. 26 listopada 1931. Uzasadnienie w opracowaniu referenta głównego projektu, Prof. Adama Chelmońskiego, Komisja Kodyfikacyjna, Sekcja Prawa Handlowego, Tom I, z. 4, Warszawa 1932.

Report of the High Level Group of Company Law Experts on a Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe, Bruksela 2002.

Zespół ds. prawa spółek KKPC, *Projekt reformy struktury majątkowej spółki z o.o.*, PPH 2010, nr 12.

[Rozprawa] stanowi [...] pogłębioną analizę problematyki odpowiedzialności przebijającej dokonaną przy wykorzystaniu metod prawnooporównawczej, dogmatycznej i *case law study*. Praca ma pełny charakter, napisana jest językiem teoretycznym, a jednocześnie komunikatywnym i sprawnym, świadczy o samodzielności badawczej Autora, który porusza się z olbrzymim znanstwem w obszarze z zakresu prawa spółek, prawa upadłościowego i prawa cywilnego polskiego. Rzuca się też w oczy świetna znajomość prawa niemieckiego, doktryny prawnej i judykatury niemieckiej. Tak szczegółowe przeanalizowanie problematyki odpowiedzialności przebijającej nie jest do tej pory znane w naszej doktrynie prawa, wzbogaconej o poglądy przedstawicieli nauki niemieckiej. Jest to szczególnie cenne i wartościowe dla pełnego poznania tego zagadnienia merytorycznego, nie tylko ze względów teoretycznoprawnych, ale też mających ważne walory praktyczne.

Z recenzji wydawniczej
dr. hab. Jerzego Jacyszyna, prof. nadzw. UW

ISBN 978-83-65431-14-1 (druk)
ISBN 978-83-65431-15-8 (online)