

Det tyske aksjeselskapet (GmbH)



Artikkelen er forfattet av:

Dr.
Roland Mörsdorf
Partner Advokatfirmaet Grette DA

Tyske datterselskaper av norske konsern er som regel organisert i form av et tysk aksjeselskap (Gesellschaft mit beschränkter Haftung – GmbH). GmbHet kan sammenlignes med det norske aksjeselskapet (AS). Det finnes imidlertid flere forskjeller mellom GmbH og AS som man bør kjenne til for å kunne styre et GmbH på en riktig og effektiv måte.

Aksjekapital

GmbHet er et kapitalselskap som betyr at aksjeeierne ikke er ansvarlige for selskapets forpliktelser. Det er tilstrekkelig at kun én – fysisk eller juridisk – person stifter selskapet og eier alle aksjene. Det er i utgangspunktet ingen hindringer for at norske personer stifter eller erverver aksjer i et GmbH.

Aksjeerhvervet kan imidlertid forbyes av det tyske næringsdepartementet dersom erververen er et norsk selskap hvor minst 25 % av aksjene eies av personer som ikke kommer fra en EØS-stat. I tillegg kan erverv av aksjer kreve samtykke fra de tyske eller europeiske konkurransemyndighetene dersom de konkurranserettslige terskelverdiene er overskredet.¹

Minstekravet til aksjekapital er 25 000 euro.² Et GmbH kan imidlertid stiftes – i form av et gründerselskap (Unternehmensgesellschaft (haftungsbeschränkt)) – med en aksjekapital lavere enn 25 000 euro, nemlig med ethvert beløp mellom 1 euro og 24 999 euro, forutsatt at det nominelle beløpet av enhver aksje kan deles på én euro.³ Et gründerselskap er likevel ikke en egen selskapsform, men et GmbH hvor reglene i den tyske aksje-loven kommer til anvendelse med unntak av noen få særregler.⁴

1 Se nærmere Mörsdorf, Share deals i Tyskland i et norsk perspektiv, NTS 2011:2, s. 1, 13 flg.

2 Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung/den tyske loven om aksjeselskaper («GmbHG») § 5 (1).

3 Gründerselskapet ble innført i tysk lov per 1. november 2008. Se nærmere om bakgrunnen Mörsdorf, For høyt aksjekapitalkrav, RR 2012 nr. 1, s. 16 flg.

4 Se om særreglene som er fastsatt i GmbHG § 5a, Mörsdorf, Minstekrav til aksjekapital og modellvedtekter, TFF

Aktiengesellschaft – AG

En annen kapitalskapsform er det tyske allmennaksjeselskapet (Aktiengesellschaft – AG) som tilsvarer det norske allmennaksjeselskap (ASA). De viktigste forskjellene mellom GmbH og AG er at minstekravet til aksjekapital er høyere i et AG (50 000 euro) enn i et GmbH (i utgangspunktet 25 000 euro), at kun aksjene i et AG kan børsnoteres i Tyskland, at et AG – i motsetning til et GmbH – alltid må etablere et tilsynsorgan (bedriftsforsamling) og at AGet er vesentlig sterkere lovregulert. For etablering av datterselskaper i Tyskland anbefales det derfor som regel å stifte et GmbH.

Aksjekapitalen i tyske GmbH er som regel – i motsetning til norsk praksis – ikke fordelt på flere aksjer med et relativt lavt nominelt beløp, men på kun én eller få aksjer med et tilsvarende høyt nominelt beløp. Det er altså ikke uvanlig at et GmbH stiftes av én stifter med en aksjekapital på 25 000 euro som er fordelt på kun én aksje med et nominelt beløp på 25 000 euro.

Beskyttelse av aksjekapitalen

Etter tysk lov er enhver utdeling, herunder utdeling av utbytte, av GmbHets eiendeler kun tillatt hvis eiendelenes verdi overstiger det som er nødvendig for å dekke aksjekapitalen.⁵ Det foretas en ren balansemessig vurdering.⁶ Dersom det – i henhold til selskapets balanse – finnes tilstrekkelige eiendeler (for eksempel 40 000 euro) til å dekke aksjekapitalen (for eksempel 25 000 euro) etter utdelingen, kan utdelingen foretas med det overskytende

1/2011, s. 16, 22 flg.

5 GmbHG § 30.

6 Fronhöfer i Münchener Handbuch des Gesellschaftsrecht, Band 3 – GmbH, München, 3. utgave 2009, § 51, Rn. 16.

(15 000 euro). Dersom dette ikke er tilfelle, kan utdelingen ikke foretas. Dette gjelder både for utdelinger til aksjeeierne, og også for utdelinger til tredjepart som juridisk eller personlig er knyttet til aksjeeierne.

Tilbakebetaling av lån som selskapet har fått fra aksjeeiere, utdelinger hvor selskapet har et fullverdig krav på motytelse fra aksjeeierne, ytelser innenfor en konsern-bidragsordning og ytelser basert på avtaler som er inngått på vanlige forretningsmessige vilkår, er imidlertid ikke omfattet av begrensningen nevnt ovenfor.⁷

I utgangspunktet er det derfor uproblematisk å finansiere selskapet med lån fra aksjeeierne. Dersom aksjeeierne ønsker å styrke selskapets egenkapital, kan aksjekapitalen forhøyes. For den forhøyede aksjekapitalen gjelder imidlertid de samme reglene som beskrevet ovenfor, slik at en

7 Hueck/Fastrich i Baumbach/Hueck, GmbHG, München, 19. utgave 2010, § 30, Rn. 30. I tilfelle av selskapets konkurs kan slike ytelser imidlertid omstøtes av bostyreren dersom ytelsene ble foretatt innen visse frister.

utdeling av selskapets eiendeler kun er tillatt hvis eiendelenes verdi overstiger det som er nødvendig for å dekke hele aksjekapitalen. Det anbefales derfor at de nye aksjene utgis med et lavt nominelt beløp og et høyt overkursbeløp. Dette fordi overkursbeløpet ikke inngår i beregningen av selskapets aksjekapital og for øvrig ikke gjelder som bundet egenkapital i tyske GmbH.⁸ Enhver forhøyelse av aksjekapitalen er imidlertid underlagt alle de formkravene som gjelder stiftelsen av et GmbH og medfører i tillegg ulike gebyr. Av den grunn er et annet interessant finansieringsalternativ at aksjeeierne betaler penger til selskapet som annen innskutt egenkapital (Kapitalrücklage). I balansen for tyske selskaper finnes en egen post hvor slike innbetalinger skal føres opp.⁹ Fordelen med en slik finansieringsmåte er at det innbetalte beløpet ikke inngår i beregningen av selskapets aksjekapital og følgelig ikke anses som bundet egenkapital. I tillegg er en slik egenkapitalforhøyelse ikke undergitt lovbestemte formkrav og utløser heller ikke gebyrplikt.

Stiftelse

Stiftelsen av et GmbH må gjennomføres ved at en tysk notarius publicus (Notar) attesterer stiftelsesdokumentet. Dette betyr at hele stiftelsesdokumentet samt bilag må leses høyt av notarius publicus til stifterne som deretter – sammen med notarius publicus – signerer stiftelsesdokumentet. I praksis gir stifterne ofte en stiftelsesfullmakt til en medarbeider av den tyske notarius publicus. Denne fullmakten må bekreftes av en notarius publicus og, dersom notarius publicus ikke er tysk, i tillegg apostilleres.¹⁰ Dersom GmbH stiftes av juridiske personer, må det fremlegges dokumentasjon (for eksempel en firmaattest) som viser at stifterne eksisterer og at de som representerer stifterne under attestasjon eller ved utstedelse av stiftelsesfullmakt, har representasjonsevne.

Etter attestasjon av stiftelsesdokumentet skal selskapet meldes for registrering til det lokale foretaksregisteret. I motsetning til i Norge finnes det ikke kun ett foretaksregister, men flere lokale registre som er ansvarlige for ulike geografiske kretser. Selskapet skal meldes til registeret i den krets selskapet har sitt forretningskontor. Meldingen signeres av alle direktørene

i selskapet, og må sendes av en tysk notarius publicus til foretaksregisteret. Direktørenes signaturer må bekreftes, enten av en tysk notarius publicus eller en utenlandsk notarius publicus som da i tillegg trenger en apostille.

GmbH som sådan eksisterer først ved registrering i foretaksregisteret. Dersom det pådras forpliktelser i selskapets navn før registreringen, er de som har pådratt forpliktelsene, personlig og solidarisk ansvarlige.¹¹ Ved registreringen overtar selskapet forpliktelsene. Dersom selskapets formue ved registrering er lavere enn aksjekapitalen, er stifterne ansvarlige overfor selskapet for differansen. Dette ansvaret faller ikke bort ved registreringen av selskapet i foretaksregisteret.¹²

Et GmbH kan stiftes ved aksjeinnskudd i form av penger eller i form av andre eiendeler enn penger (tingsinnskudd). Dersom eiendelene som skal tjene som aksjeinnskudd, har en verdi som er lavere enn aksjekapitalen på tidspunktet for melding av selskapet til foretaksregisteret, må stifterne betale differansen til selskapet i penger. Dersom et aksjeinnskudd i form av penger i realiteten er et tingsinnskudd,¹³ eller dersom pengene betales tilbake til stifterne,¹⁴ må stifterne i utgangspunktet betale hele innskuddsbeløpet ytterligere én gang til selskapet.¹⁵

I meldingen til foretaksregister må direktørene bekrefte at selskapet har mottatt aksjeinnskuddet. I utgangspunktet er det

derfor ikke nødvendig at en slik bekreftelse i tillegg gis av en revisor eller en finansinstitusjon.¹⁶ Dersom foretaksregisteret er i tvil om at selskapet har mottatt aksjeinnskuddet, kan foretaksregisteret imidlertid kreve en slik bekreftelse. Ved tingsinnskudd må stifterne utarbeide en rapport hvor tingsinnskuddet beskrives. Denne rapporten og dokumentasjon om tingsinnskuddets verdi, eksempelvis en uttalelse av en revisor eller en annen sakkyndig, må vedlegges meldingen til foretaksregisteret.

Erverv av aksjer

I motsetning til i norsk rett er aksjer i GmbH etter loven fritt omsettelig. Det finnes verken et krav om samtykke fra selskapet ved aksjeovergang eller en forkjøpsrett til fordel for eventuelle andre aksjeeiere. Både samtykkekravet og forkjøpsretten kan imidlertid fastsettes i selskapets vedtekter.¹⁷ Ervervet av aksjer i GmbH må gjennomføres ved at en notarius publicus attesterer kjøpsavtalen. Aksjene overdras ikke til selger uten slik attestasjon. Det er omstridt om attestasjon av en utenlandsk notarius publicus oppfyller dette formkravet. Dette spørsmålet stilles med bakgrunn i at en attestasjon av en tysk notarius publicus er underlagt gebyr som er fastsatt i loven og som kan bli – avhengig av attestasjonsverdien – veldig høye, samt at disse gebyrene ikke kan forhandles med en tysk notarius publicus. Derimot er gebyrene som kreves av utenlandske notarius publicus, ofte lavere enn de tyske gebyrene, samt at gebyrforhandling med utenlandske notarius publicus delvis er mulig. I praksis har man akseptert attestasjon av sveitsiske notarius publicus i visse kantonen, men på grunn av ulike endringer i tysk selskapsrett og den sveitsiske

11 GmbHG § 11.

12 K. Schmidt i Scholz, GmbHG I. Band, Köln, 10. utgave 2006, § 11, Rn. 131.

13 Fordi for eksempel pengene brukes av selskapet for å kjøpe eiendeler fra stifterne. I tysk rett betegnes dette som «skjult tingsinnskudd».

14 Eksempelvis ved at selskapet bruker pengene for å gi et lån til stifterne.

15 GmbHG § 19 (4) og (5).

16 Hueck/Fastrich i Baumbach/Hueck, GmbHG, München, 19. utgave 2010, § 8, Rn. 15.

17 Mörsdorf, Share deals i Tyskland i et norsk perspektiv, NTS 2011:2, s. 1, 12.

AKTUARBREGNINGER OG TJENESTER

Kollektiv pensjonsforsikring og AFP.

Aktuarberegning av pensjonsforpliktelser utføres av NIA til konkurransedyktige priser. Hurtig leveringstid.

NIA – Nordic Insurance Administration AS

Forskningsparken – Gaustadalleen 21 – 0349 Oslo

Tlf: 22 95 82 70 – Fax: 22 95 82 71 – E-post: nia@aktuar.com

8 H. Winter/H.P. Westermann i Scholz, GmbHG I. Band, Köln, 10. utgave 2006, § 5, Rn. 23.

9 Handelsgesetzbuch/den tyske handelsloven («HGB») § 272 (2) nr. 4.

10 Apostille er en bekreftelse på at notarius publicus sin underskrift er ekte, og utstedes i Norge av fylkesmannen.

Selskapsrett

obligasjonsloven anbefales det å benytte seg kun av tyske notarius publicus.¹⁸

For ethvert GmbH finnes det en aksjeeierliste som er registrert i foretaksregisteret. Aksjeeierlisten inneholder opplysninger om hvem som eier hvilke aksjer i selskapet, men ikke eventuelle panteretter i aksjene. Ethvert erverv av aksje skal registreres i aksjeeierlisten. Registreringen er imidlertid ikke en forutsetning for selve ervervet, men først ved registreringen regnes ervervet som aksjeeier i forholdet til selskapet og kan utøve de rettighetene som tilkommer en aksjeeier.¹⁹

I de fleste tilfeller oppdateres aksjeeierlisten av en tysk notarius publicus som attesterer ervervet av aksjene og de fleste andre endringer, og sender den oppdaterte listen til foretaksregisteret. På denne bakgrunn kan aksjer i GmbH under visse forutsetninger godtroerverves fra en selger som ikke eier aksjene, men som er innført som aksjeeier i aksjeeierlisten.²⁰

Organer

Ethvert GmbH har en generalforsamling (Gesellschafterversammlung) og minst én direktør (Geschäftsführer). Direktører har som regel et ansettelsesforhold i selskapet, men anses ikke som arbeidstakere og har derfor bl.a. ikke noe vern mot oppsigelse.²¹ Både norske og tyske statsborgere kan velges som direktør, selv om ingen av dem er bosatt i Norge, Tyskland eller en annen EØS-stat. Tysk rettspraksis krever som regel at en direktør har ubegrenset mulighet til å reise inn i Tyskland, slik at en person som ikke har denne muligheten, ikke kan ansettes som direktør. Det kan derfor være problematisk å velge en person som ikke er statsborger i en EØS-stat, som direktør.

Generalforsamlingen er selskapets øverste organ. Generalforsamlingen består av aksjeeierne. Etter loven behandler og avgjør generalforsamlingen bl.a. godkjenning av årsregnskapet og bruk av årsresultatet, og valg og avsetting av direktørene.²² I utgangspunkt-

et krever en beslutning av generalforsamlingen flertall av de avgitte stemmer. Enhver euro av aksjenes nominelle beløp gir én stemme. En aksje med pålydende på 25 000 euro gir altså 25 000 stemmer.

Hvis et GmbH har flere enn 500 arbeidstakere, må selskapet etablere et tilsynsorgan (Aufsichtsrat) som kan sammenlignes med bedriftsforsamlingen i norske selskaper. Dette er ikke fastsatt i den selskapsrettslige lovgivningen, men i arbeidsrettslig lovgivning.²³ Dersom et GmbH har flere enn 500 arbeidstakere, skal to tredeler av tilsynsorganets medlemmer velges av generalforsamlingen og en tredel av arbeidstakerne. Dersom et GmbH har flere enn 2 000 arbeidstakere, skal kun halvparten velges av generalforsamlingen og den andre halvparten av arbeidstakerne. Tilsynsorganet skal føre tilsyn med forvaltningen av selskapet. I tillegg velger og avsetter et tilsynsorgan som er etablert på grunnlag av at selskapet har flere enn 2 000 arbeidstakere, også direktørene.²⁴

Forvaltning og representasjon utad

I motsetning til i norsk rett er selskapets ledelse ikke fordelt mellom et styre og en daglig leder.²⁵ Slike organer finnes ikke i tysk selskapsrett.²⁶ Derimot finnes det – i GmbH – kun direktører som er ansvarlige for både den daglige ledelsen av selskapets virksomhet og for den øvrige forvaltningen av selskapet. Direktørene er således det eneste forvaltningsorgan i tyske GmbH. Som nevnt ovenfor skal et GmbH etter loven ha minst én direktør. I tysk praksis finnes det likevel ofte flere direktører som internt er ansvarlige for ulike oppgaver. Direktørene kan gis instruks av generalforsamlingen i alle konkrete saker og på generell basis, eksempelvis dit hen at visse transaksjoner krever samtykke fra generalforsamlingen.²⁷

Representasjonsevne følger ansvaret for forvaltningen av selskapet og ligger derfor fullstendig hos direktørene. Direktørene representerer altså GmbH utad. Dersom det kun er én direktør, representerer han selskapet alene, og dersom det finnes flere direktører, representerer etter loven samt-



DIREKTØRMAKT: I et tysk GmbH er kun direktører ansvarlige for både den daglige ledelsen av selskapets virksomhet og for den øvrige forvaltningen av selskapet.

lige direktører selskapet i fellesskap. Som regel fastsettes det imidlertid i vedtektene at i tilfelle av flere direktører, skal selskapet representeres utad av to direktører eller én direktør og én prokurist i fellesskap, eller at generalforsamlingen kan gi direktører rett til å representere selskapet alene.²⁸

Konkrete og generelle instruksjoner som begrenser direktørens forvaltningsevne, begrenser ikke direktørens evne å representere selskapet utad.²⁹ Etter loven har begrensninger på representasjonsevnen ingen virkning overfor tredjepart.³⁰ En avtale som er inngått med en tredjepart, er derfor bindende for selskapet, selv om inngåelse er i strid med de interne instruksene, med mindre tredjeparten kjente til disse reglene og det foreligger et misbruk av representasjonsevne.

En direktør kan imidlertid ikke representere selskapet ved inngåelse av en avtale mellom selskapet og seg selv eller en annen person som han representerer ved avtaleinngåelse, herunder andre konsernselskaper.³¹ I tysk praksis fastsettes det imidlertid ofte i vedtektene at det kan gis en generell tillatelse fra generalforsamlingen til direktørene for å inngå slike avtaler. Videre kan en tillatelse også gis ad hoc uten hjemmel i vedtektene.³²

18 Albers, Kauf und Übertragung von GmbH-Anteilen im Ausland, GmbHHR 2011, s. 1078 flg. Nærmere Mörsdorf, Share deals i Tyskland i et norsk perspektiv, NTS 2011:2, s. 1, 7 flg. Se imidlertid Düsseldorf øvre lagmannsrett (Oberlandesgericht), avgjørelse datert 2. mars 2011 i saken I-3 Wx 236/2010, som mener at de nye reglene ikke er til hinder for attestasjon av en sveitsisk notarius publicus i Basel.

19 GmbHG § 16 (1). Dette gjelder også retten til utbytte og andre fordelinger og retten til nye aksjer ved kapitalforhøyelse.

20 GmbHG § 16 (3). Se nærmere om forutsetningene for godtroerverv Mörsdorf, Aksjeeierbok som hjemmel for godtroerverv, NTS 2010:2, s. 63, 70 flg.

21 Mörsdorf, Daglig leder i norsk og tysk selskaps- og arbeidsrett, NTS 2009:4, s. 70, 77.

22 GmbHG § 46.

23 Drittelbeteiligungsgesetz/den tyske tredjedelmedvirkningsloven («DrittelbG») og Mitbestimmungsgesetz/den tyske bedriftsdemokratiloven («MitbestG»).

24 Se nærmere om organisasjon og oppgaver av tilsynsorganer Mörsdorf, Ledelse og corporate governance i tyske og norske allmennaksjeselskaper, NTS 2008:2, s. 85, 87 flg.

25 Mörsdorf, Daglig leder i norsk og tysk selskaps- og arbeidsrett, NTS 2009:4, s. 70, 74.

26 Mörsdorf, Ledelse og corporate governance i tyske og norske allmennaksjeselskaper, NTS 2008:2, s. 85.

27 U.H. Schneider, GmbHG II. Band, Köln, 10. utgave 2007, § 37, Rn. 30.

28 Se for eksempel Münchener Vertragshandbuch, Band 1 – Gesellschaftsrecht, München, 7. utgave 2011, nr. IV.2.

29 U.H. Schneider, GmbHG II. Band, Köln, 10. utgave 2007, § 37, Rn. 69.

30 GmbHG § 37 (2). Se også det første selskapsdirektiv om registrering og offentliggjøring av opplysninger 68/151/EØF (Publisiretsdirektivet) art. 9 (2) (nå: direktiv 2009/101/EF art. 10 (2)).

31 Bürgerliches Gesetzbuch/den tyske sivilrettsloven («BGB») § 181.

32 Zöllner/Noack i Baumbach/Hueck, GmbHG, München, 19. utgave 2010, § 35, Rn. 132.