

Die offene Handelsgesellschaft und spółka jawna

I. Abweichungen

1. Gesellschaftsvertrag

Der Vertrag zur Gründung einer OHG ist grundsätzlich formfrei, der zur Gründung einer sp.j. hingegen bedarf gem. Art. 23 KSH zur Vermeidung der Nichtigkeit der Schriftform. Anstelle der Schriftform genügt gemäß Art. 23¹ KSH eine elektronische Form: Eine sp.j. kann auch durch Mustervertrag über das Internet errichtet werden. Soll ein Grundstück eingelegt werden, fordern allgemeine Regeln in Polen wie in Deutschland die notarielle Form. Nach Art. 25 KSH hat der Gesellschaftsvertrag nicht nur die Einlage jedes Gesellschafters zu bezeichnen, sondern auch deren Wert. Diese Wertangabe ist in Deutschland nicht nötig, kann aber wie in Polen hilfreich sein: Im Zweifel soll dieser Wert den Kapitalanteil des Gesellschafters bestimmen (Art. 50 KSH) und der Kapitalanteil die Gewinnverteilung beeinflussen (Art. 52 § 2 KSH; §§ 120-122 HGB). Der übrige Mindestinhalt des Gesellschaftsvertrags (Firma, Sitz, Unternehmensgegenstand), entspricht sich (Art. 25 KSH, §§ 105 f. HGB, § 705 BGB). Wird die Dauer der Gesellschaft nicht (in Polen: schriftlich) vereinbart, läuft sie jeweils auf unbestimmte Zeit.

2. Entstehung

Nach außen entsteht die sp.j. gemäß Art. 25¹ § 1 KSH mit ihrer Eintragung in das Register. Die Eintragung der sp.j. ist also stets konstitutiv. In Deutschland dagegen ist die Eintragung meist deklaratorisch: Die OHG entsteht im Außenverhältnis schon mit Geschäftsbeginn – oder mit der Eintragung, falls diese früher erfolgt oder ein nach §§ 2, 3 oder 105 Abs. 2 Fall 2 HGB privilegiertes (dazu 3.) Gewerbe betrieben wird; § 123 HGB. Im Innenverhältnis entsteht die OHG mit Abschluss des Gesellschaftsvertrages. Unter den Gesellschaftern getroffene Vereinbarungen sind aber auch in Polen schon vor der Eintragung wirksam. Lücken in diesen Vereinbarungen sind jeweils nach dem mutmaßlichen Willen zu füllen, also in Deutschland in der Regel mit OHG-Recht, in Polen mit den Normen, die die s.c. oder die sp.j. (dann analog) betreffen (sehr umstritten). Ändert sich in Deutschland der Eigenname oder der Wohnort eines Gesellschafters, braucht das nicht angemeldet zu werden, im Übrigen sind alle Änderungen eingetragener Daten jeweils anzumelden; Art. 26 § 2 KSH, § 107 HGB.

3. Zweck der Gesellschaft

Die sp.j. ist nach Art. 22 § 1 KSH eine (eingetragene) Personengesellschaft, die unter eigener Firma ein Unternehmen betreibt und keine andere Handelsgesellschaft (Art. 1 § 2 KSH) ist.

§ 105 Abs. 1 HGB enthält zwei wesentliche Abweichungen: Eine OHG kann auch ohne Registereintragung bestehen, das betriebene Unternehmen muss aber ein Handelsgewerbe sein. (Der in § 105 HGB genannte „Zweck“ dient nur der Abgrenzung zur stillen Gesellschaft nach § 230 HGB, bei der nicht unter „gemeinsamer“ Firma, sondern im Namen nur eines Gesellschafters gehandelt werden soll.)

Das zusätzliche deutsche Merkmal „Handelsgewerbe“ dient zur Abgrenzung zwischen OHG und der (Außen-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die in Deutschland praktisch uneingeschränkt als Rechtsträger angesehen wird.

Im Verhältnis zur GbR ist die OHG stabiler und buchführungspflichtig und man mutet ihr mehr Schnelligkeit und Verantwortung zu; für sie gelten z.B. §§ 132, 238, 377 HGB.

Keine OHG, sondern GbR sind im Wesentlichen:

- Zusammenschlüsse von **Freiberuflern** (vgl. § 1 PartnerschaftsgesellschaftsG). Sie können sp.j. sein.
- Zusammenschlüsse zum Zwecke der **Land- oder Forstwirtschaft** und zugehöriger Weiterverarbeitung; § 3 HGB. Viehhaltung z.B. ist Landwirtschaft nur bei Nutzung eigener Pflanzen, nicht beim Kauf des meisten Futters. Sie können sp.j. sein.
- Zusammenschlüsse, deren **Gewerbe sehr klein** (Jahresumsatz unter 100.000-500.000 €) und einfach ist oder die **nur vermögensverwaltend** tätig sind und die sich auch nicht, um OHG zu werden, in das Handelsregister (konstitutiv) eintragen ließen; § 105 Abs. 2 HGB. Mangels Eintragung werden sie in Polen ebenfalls nicht als sp.j. angesehen, dort aber nicht einmal als Rechtsträger, sondern als Einzelpersonen, die ggf. eine s.c. oder im Innenverhältnis einen ähnlichen Vertrag vereinbart haben.
- Zusammenschlüsse, die kein Gewerbe, ja noch nicht einmal ein Unternehmen betreiben, weil sie unentgeltlich oder (nach der deutschen Rechtsprechung) jedenfalls nicht gewinnorientiert arbeiten oder weil sie nicht anbietend, sondern nur nachfragend tätig sind oder weil sie nur auf eine begrenzte Anzahl anbietender Rechtsgeschäfte ausgerichtet sind. Diese Zusammenschlüsse sind mangels Unternehmens keine sp. j., auch dann nicht, wenn sie (zu Unrecht) eingetragen wurden. Allerdings ist die Abgrenzung hier vom europäischen Unternehmerbegriff in den Verbraucherschutzrichtlinien geprägt und ist noch im Fluss.

4. Firma

Nach Art. 24 KSH hat die Firma einer sp.j. die Namen oder Firmen aller Gesellschafter oder den Namen und die Firma eines oder mehrerer Gesellschafter. In Deutschland sind dagegen auch Sach- und Fantasiefirmen zulässig. Jeweils vorgeschrieben ist ein Rechtsformzusatz, also „spółka jawna“, „sp.j.“ (Art. 24 KSH), „offene Handelsgesellschaft“ oder eine allgemein verständliche Abkürzung dieser Bezeichnung, z.B. „OHG“; § 19 Abs. 1 Nr. 2 HGB.

5. Geschäftsführung

Beide Länder unterscheiden zwischen dem Dürfen im Innenverhältnis (Geschäftsführung) und dem Können im Außenverhältnis (organschaftliche Vertretungsmacht). Jeweils kann im Zweifel jeder Gesellschafter einzeln handeln und jeweils gilt der Grundsatz der Selbstorganschaft: Zum Schutz der haftenden Gesellschafter und wohl auch mittelbar zum Schutz der Gläubiger sollen Gesellschafter die Zügel in der Hand behalten.

Nach Art. 38 § 1 KSH kann die Geschäftsführung der Gesellschaft nicht Dritten unter Ausschluss der Gesellschafter anvertraut werden, auch nicht durch Gesellschaftsvertrag; Art. 37 § 2 KSH. Mindestens ein Gesellschafter muss also zur Geschäftsführung berechtigt und verpflichtet sein. In Deutschland, wo eine Vorschrift dazu fehlt, sind Rechtsprechung und Lehre etwas liberaler: Der Ausschluss aller Gesellschafter von der Geschäftsführungspflicht ist zulässig, unverzichtbar hingegen ein Gesamtgeschäftsführungs- und -kontrollrecht

aller Gesellschafter gegenüber – allenfalls schuldrechtlich – mit der Geschäftsführung betrauten Nichtgesellschaftern.

6. Vertretung

In Deutschland ist es nach ganz herrschender Meinung unzulässig, sämtliche Gesellschafter von der Vertretung auszuschließen. In Polen ist dies (Grundsatz der Selbstorganschaft) nur für die Geschäftsführung (Art. 38 § 1 KSH) geregelt, nicht auch für die Vertretungsmacht. Ob alle Gesellschafter auch von der Vertretung ausgeschlossen werden können, ist in der Literatur umstritten.

7. Prokura

Die Prokura kann von den geschäftsführungsbefugten Gesellschaftern jeweils einzeln widerrufen, aber nur gemeinsam erteilt werden; Art. 41 § 1 KSH, § 116 Abs. 3 HGB. Bei Gefahr in Verzug, sagt nur das deutsche Recht, bedarf die Prokuristenbestellung nicht der Zustimmung aller Gesellschafter.

8. Haftung der Gesellschafter

Nach § 128 HGB und Art. 22 § 2 KSH haften die Gesellschafter jeweils unbeschränkt mit ihrem ganzen Vermögen, akzessorisch (soweit die Gesellschaft schuldet), gesamtschuldnerisch (statt anteilig) und unmittelbar (also nicht nur über eine Nachschusspflicht). In Deutschland haften die Gesellschafter auch primär, Gläubiger brauchen sich also nicht zuerst an die Gesellschaft zu halten. Das ist in Polen insofern gleich, als auch dort die Gesellschafter von Anfang an schulden und gegen sie erfolgreich geklagt werden kann, ohne zugleich die sp.j. zu verklagen. Zahlt der verurteilte Gesellschafter nicht, so darf in sein Vermögen erst vollstreckt werden, wenn die Zwangsvollstreckung in das Vermögen der sp.j. keinen Erfolg hat (Art. 31 §§ 1, 2 KSH – insofern subsidiäre Haftung), also erfolglos war oder offensichtlich erfolglos sein würde.

Die Haftung des ehemaligen Gesellschafters ist nur in Deutschland gesondert geregelt: Spätestens fünf Jahre nach Fälligkeit und Eintragung der Auflösung einer OHG verjähren Haftungsansprüche gegen Gesellschafter. Scheidet ein Gesellschafter aus, wird er spätestens fünf Jahre später von der Haftung frei, selbst wenn die Forderung noch nicht fällig war; § 160 Abs. 1 HGB. Mangels einer entsprechenden Vorschrift im KSH muss man annehmen, dass die allgemeinen Vorschriften über die Verjährung Anwendung finden: Nach Art. 118 Hs. 2 KC beträgt die Verjährungsfrist der Forderungen aus wirtschaftlichen Tätigkeiten drei Jahre. Danach kann der Gesellschafter die Erfüllung verweigern; Art. 117 § 2 KC.

Nach Art. 31 § 3 KSH haften Gesellschafter nicht für Verbindlichkeiten, die vor Eintragung der sp.j. in das Register entstanden. Für diese Verbindlichkeiten haften nach 25¹ § 2 KSH nur die Handelnden (Gesellschafter oder Bevollmächtigte). In Deutschland haften die Gesellschafter, die mit der Geschäftsaufnahme vor Eintragung einverstanden waren (Wertung der §§ 108, 123 Abs. 1, 176 HGB), vor und nach der Eintragung gleichermaßen. Wirksam Bevollmächtigte haften in Deutschland nicht.

II. Beispiele für Gemeinsamkeiten

1. Personengesellschaft
2. dispositive Wirkung der Vorschriften im Innenverhältnis (Art. 37 § 1 KSH, § 109 HGB)
3. Geschäftsführung:
 - a) Grundsatz der Selbstorganschaft
 - b) Einzelgeschäftsführung mit Widerspruchsrecht (Art. 39 KSH, §§ 114, 115 HGB)
 - c) Jeder Gesellschafter kann ohne vorherigen Gesellschafterbeschluss Geschäfte der Gesellschaft führen, sofern sie nicht über den Umfang des gewöhnlichen Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausgehen (Art. 39 § 2 KSH, § 116 Abs. 2 HGB).
 - d) Beschlussfassung ist erforderlich bei allen Angelegenheiten, die nicht mehr zur gewöhnlichen Geschäftsführung gehören. Der Beschluss bedarf der Einstimmigkeit aller Gesellschafter (Art. 39 § 2, Art. 43 KSH, § 116 Abs. 2 HGB).
 - e) Entziehung der Geschäftsführungsbefugnis durch gerichtliche Entscheidung möglich (Art. 47 KSH, § 117 HGB)
4. Einsichtsrecht der Gesellschafter (Art. 38 § 2 KSH, § 118 Abs. 1 HGB)
5. Wettbewerbsverbot (Art. 56 KSH, § 112 HGB)
6. Vertretung
 - a) grundsätzlich Einzelvertretung durch sämtliche Gesellschafter (Art. 29 § 1 KSH, § 125 Abs. 1 HGB)
 - b) Der Umfang der Vertretungsmacht kann gegenüber den Dritten nicht beschränkt werden (Art. 29 § 3 KSH/ § 126 Abs. 2 HGB).
 - c) Echte, unechte und gemischte Gesamtvertretung sind möglich (Art. 30 § 1 KSH, § 125 Abs. 2 und 3 HGB).
7. 6-monatige Kündigungsfrist eines Gesellschafters zum Geschäftsjahresende (Art. 61 § 1 KSH, § 132 HGB)
8. Zur Eintragung ins Handelsregister ist die Gesellschaft von allen Gesellschaftern anzumelden (Art. 26 §§ 1, 3 KSH, § 106, 108 HGB).