

UNIVERZITA KARLOVA V PRAZE

PRÁVNICKÁ FAKULTA

KATEDRA OBCHODNÍHO PRÁVA

DIPLOMOVÁ PRÁCE

**KOMPARACE PRÁVNÍ ÚPRAVY VEŘEJNÉ OBCHODNÍ
SPOLEČNOSTI V ČESKÉM A NĚMECKÉM PRÁVNÍM ŘÁDU**

VEDOUCÍ PRÁCE: Prof. JUDr. STANISLAVA ČERNÁ, CSc.

PRAHA, březen 2010

KATARÍNA SZABÓOVÁ

Čestné prohlášení

Prohlašuji, že jsem předkládanou diplomovou prací vypracovala samostatně za použití zdrojů a literatury v ní uvedených.

V Praze dne 5. 3. 2010

Szabóová'

.....
Podpis

Obsah:

Úvod	4
1. Pojednání o historii a vývoji veřejné obchodní společnosti	6
ve srovnávaných zemích až po současnost.....	6
2. Společnosti občanského práva ve srovnávaných zemích	9
3. Právní subjektivita veřejné obchodní společnosti ve srovnávaných zemích	13
3.1 Porovnání právnické osoby a svazku tzv. „společné ruky“ (Gesamthandsveband)	16
4. Právní charakteristika a legální definice veřejné obchodní společnosti ve srovnávaných zemích	17
4.1 Společník společnosti ve srovnávaných zemích	20
5. Založení a vznik společnosti	23
5.1 Zápis do obchodního rejstříku	27
5.2 Firma společnosti	28
5.3 Shrnutí porovnání úpravy o založení a vzniku společnosti	29
ve srovnávaných zemích	29
5.4 Vady společnosti	30
6. Práva a povinnosti společníků	33
6.1 Obecné pojednání	33
6.2 Péče řádného hospodáře a povinnost věrnosti	34
6.3 Vkladová povinnost a podíl	36
6.2 Podíl na zisku a ztátě	42
6.3 Ostatní práva a povinnosti	43
6.4 Dědění podílu	47
7. Jednání a řízení společnosti	50
7.1 Obecné pojednání o jednání společnosti ve srovnávaných zemích	50
7.2 Obchodní vedení společnosti	52
7.3 Jednání jménem společnosti	59
Závěr	65
Seznam zkratk	68
Seznam pramenů a použité literatury	69
Title of the Master thesis in English and abstract	74

Úvod

Diplomová práce se zabývá porovnáváním právní úpravy veřejné obchodní společnosti v České republice a Spolkové republice Německo, to znamená její rozdíly, ale i stejné rysy. Základem k analýze sloužily učebnice obchodního práva a práva obchodních společností, zákony České republiky i Německa, jakož i odborné komentáře a články z odborných časopisů, rozhodnutí nejvyšších soudů a internetové zdroje. Diplomová práce je psaná ke dni 20. 2. 2010.

Práce má přinést přehled některých důležitých bodů v úpravě veřejné obchodní společnosti, mezi které patří založení a vznik společnosti, právní subjektivita, která je snad nejdůležitějším rozdílem ve srovnávaných zemích, dále obchodní vedení a jednání jménem společnosti, práva a povinnosti, jakož i postavení společníků ve společnosti.

Na úvod je ještě nutné se zmínit o tom, proč je důležité pro podnikatele sdružit se do uměle vytvořených útvarů, tedy do obchodních společností. Obchodní společnosti jsou jedním ze základních atributů podnikání. Jejich prostřednictvím mohou fyzické osoby vyvíjet a rozvíjet své podnikatelské aktivity. Každá právnická osoba potřebuje ke svému životu i fyzickou osobu, která dokáže vyjádřit svoji vůli. Na druhé straně však může tato právnická osoba ulehčit aktivity dané fyzické osoby, které se lépe projevují prostřednictvím právnické osoby - obchodní společnosti. Už před mnoha lety podnikatelé zjistili, že se jim podniká lépe, když se sdruží do určité společnosti, která má sloužit jejím podnikatelským aktivitám.

V České republice lze obchodní společnosti rozdělit na osobní a kapitálové společnosti. Osobní společnosti se vyznačují úzkým vztahem mezi společností a jejími společníky, na rozdíl od toho kapitálové společnosti jsou zaměřeny víc na kapitál, který je do nich vložen. Mezi osobní obchodní společnosti patří veřejná obchodní společnost a komanditní společnost. Mezi kapitálové patří společnost s ručením omezeným a akciová společnost. České i německé právo znají tyto typy společností. Český obchodní zákoník upravuje všechny výše zmíněné formy společností. Rozdíl mezi osobními a kapitálovými společnostmi v českém právním řádu spočívá zejména ve vkladové povinnosti, kterou mají společníci kapitálové společnosti a její dobrovolnosti, kterou mají společníci osobní společnosti. Dalším rozdílem je ručení společníků, jakož i soustava orgánů, důvody zániku a vázanost společnosti na konkrétní osoby společníků.

Podle německého práva je možné rozdělit společnosti na společnosti v užším smyslu a korporace. Společnostmi v užším smyslu rozumíme osobní společnosti, tedy společnost občanského práva, veřejnou obchodní společnost a komanditní společnost. Základním představitelem korporací je spolek upraven v § 21 a následující německého občanského zákoníku. Dále jsou jimi společnost s ručením omezeným (německy Gesellschaft mit beschränkter Haftung, dále jen „GmbH“) a akciová společnost (německy Aktiengesellschaft), jakož i nadace. Společným znakem všech společností podle německého práva je smluvní sloučení osob s vkladovou povinností, sledujících společný cíl. Německý právní řád zná ještě tichou společnost (německy stille Gesellschaft) a pak smíšenou formu GmbH & Co.KG nebo GmbH & Co.OHG. Tyto formy existují jenom v německém právním řádu na rozdíl od českého. V německém právu bych dále popsala rozdíl, který spočívá v tom, že korporace jsou právnickými osobami a osobní společnosti nejsou, nýbrž mají jen určitou právní subjektivitu. Rozdíl spočívá i v tom, že osobní společnosti jsou vázány na své členy - společníky, když vystoupením nebo vyloučením společníků může (u OHG a komanditní společnosti) nebo musí (u společnosti občanského práva) dojít k zániku společnosti, pokud společenská smlouva nestanoví jinak. U korporací není vázána jejich existence na členství konkrétních lidí a jejich trvání nezávisí od výstupu existujících členů nebo vstupu nových členů. Zanikají z jiných důvodů. Dalším rozlišujícím znakem je existence stanov a struktury orgánů v korporacích. Tyto orgány mají určitou kompetenci, rozhodovací pravomoci. Oba právní řády ještě znají společnosti podle evropského práva.

V německém právním řádu existuje víc společností, zejména obchodních. Německý právní řád zná takové formy, které české právo nezná a ani je v blízké budoucnosti nemíní implementovat. V německém právu se osobní společnosti neliší od kapitálových společností vkladovou povinností či dobrovolností, liší se však právní subjektivitou. V českém právu je to zas naopak, neliší se právní subjektivitou, ale vkladovou povinností. Oba právní řády se shodují v tom, že jejich veřejná obchodní společnost je liší od jejich kapitálových společností vázaností na své společníky, tedy na jejich osoby, dále rozdílným ručením společníků od společníků v kapitálových společnostech, od důvodů zániku i soustavou orgánů.

1. Pojednání o historii a vývoji veřejné obchodní společnosti ve srovnávaných zemích až po současnost

Veřejná obchodní společnost patří k nejstarším formám společností. Její základ tkví v římské *societas*, která byla vedle korporace jednou z forem sdružování občanů. Úplně počáteční formou bylo společné hospodaření bratrů na statku po zemřelém otci. Vznik *society* nastával uzavřením společenské smlouvy mezi dvěma nebo více fyzickými osobami, které přispěly v nějaké formě k dosažení společného cíle *society*.¹ Tato forma mohla spočívat nejen v penězích, ale i v práci nebo ve věci. Účast ve společnosti byla silně vázána na osoby společníků. *Societa* sama o sobě neměla právní subjektivitu a majetek společníků vnesený do společnosti se stal předmětem spoluvlastnictví těchto společníků.²

První středověké formy po zániku Římské říše a úpadku společnosti vznikly v Severní Itálii v době pozdního středověku a renesance, když po smrti kupce jeho synové - dědici kupcova podniku vytvořili seskupení. Severní Itálie a její městské státy představovaly úrodnou půdu pro rozvoj obchodu. Vzhledem k tomu, že šlo o kupce, tyto formy sloužily k podnikatelským účelům. Nejdřív se tedy toto společenství omezovalo jenom na rodinné příslušníky, ale časem a vývojem společnosti i obchodu byly do společenství přijímány i cizí osoby.

Zákonné úpravy společnosti se však objevily ve Francii za časů Ludvíka XIV. Česká právní úprava vychází z francouzského *Code de commerce* z roku 1807 a z německého obchodního zákoníku HGB. Oblast francouzského vlivu také přiznává veřejné obchodní společnosti právní subjektivitu. Německá oblast, kam patří například i Nizozemí nebo Švýcarsko, ale i jiné státy, naopak tuto právní subjektivitu veřejné obchodní společnosti odepírá.

Největší rozkvět zažila veřejná obchodní společnost v 19. století, kdy byla velmi rozšířenou a nejvíc užívanou právní formou podnikání. Nejdřív jí neomezené ručení společníků jako znak vysoké důvěryhodnosti zabezpečovalo velkou popularitu, ale

¹ Kincl, J. in Kincl, J.; Urfus, V. Římské právo. 1. vydání. Panorama/Praha, 1990, s. 318. ISBN 80-7038-134-5.

² Pelikánová, I.; Černá, S. a kol. Obchodní právo. Společnosti obchodního práva a družstva. II.díl. 1. vydání, ASPI, a.s., 2006, s. 21. ISBN 80-7357-149-8.

později se tento znak stal i důvodem jejího poklesu výskytu na začátku 20. století.³ V 20. století pak přebrala vedoucí rolu společnost s ručením omezeným, kde společníci neručí neomezeně a tato forma proto poskytuje větší jistotu společníkům, že nepřijdou „o všechno“.

Všeobecný obchodní zákoník (německy Das allgemeine Handelsgesetzbuch, dále i „AHGB“) Rakouské monarchie z roku 1863, platný i pro území dnešní České republiky, obsahoval pojednání o veřejné obchodní společnosti ve svých článcích 85 až 149. Všeobecný obchodní zákoník definoval, že „OHG existuje, když dva nebo více osob provozují obchodní živnost pod společnou firmou a žádný ze společníků není omezen při účasti na majetkové vklady“⁴. Wenig definoval provozování obchodní živnosti společníky následovně: „praví-li zákon, že společníci provozují obchodní živnost, míní tím jen hospodářskou stránku podniku, chtějí říci, že zisk i ztráta z tohoto provozování musí plynouti společníkům; to znamená jinými slovy, že živnost musí být provozována na společný účet osob, společnost tvořících“⁵. Úprava ve Všeobecném obchodním zákoníku byla obsáhla a důkladná a předpokládala, že když si společně podnikající osoby formálně neupravily své vztahy, pak se mělo za to, že založily OHG, které nevyžadovalo ani pro společenskou smlouvu písemné vyhotovení. Zákon také neřešil otázku, jestli jsou obchodní společnosti právními osobami. Po rozpadu Rakousko-Uherska se jeho právní úprava recipovala do nově vzniklého Československa tím způsobem, že pro českou část Československé republiky nadále platily rakouské předpisy, tedy AHGB, zatímco na Slovensku a v Podkarpatské Rusi platily předpisy uherské, tedy obchodní zákoník, který upravoval ve svém § 64, že veřejná obchodní společnost vzniká, když - „dva nebo více osob provádí obchodní živnost pod společnou firmou a jejich ručení je neomezené a solidární“⁶. Existovala tedy dvojí úprava veřejné obchodní společnosti. Také úprava uherská se formou i obsahem podobala německé.

V Německu platil od roku 1861 Všeobecný německý obchodní zákoník (německy Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch, dále „ADHGB“), který definoval

³ Pokorná J. in Eliáš, K.; Bartošiková, M.; Pokorná, J. a kol. Kurs obchodního práva, Právnícké osoby jako podnikatelé. 5. vydání. C.H.Beck, 2005, s. 96. ISBN 80 7179 391 4.

⁴ Brix, A. Das allgemeine Handelsgesetzbuch aus Standpunkt der österreichischen Gesetzgebung, Art. 85. Wien: Druck und Verlag von Carl Gerold, 1864, s. 90. Dostupný na WWW: <http://dlib-pr.mpiet.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/bigpage/%22112077_00000098.gif%22>.

⁵ Malovský-Wenig, A. Příručka obchodního práva. Československý kompas v Praze, 1947, s. 183.

⁶ 1875 évi XXXVII. törvények k kereskedelmi törvény. Dostupný na WWW: <<http://www.1000ev.hu/index.php?a=3¶m=5692>>.

OHG stejně jako všeobecný obchodní zákoník rakouský ve svém článku 85.⁷ Tento zákon obsahoval stejné pojednání o OHG jako ve zmíněném Všeobecném obchodním zákoníku rakouském, vzhledem k tomu, že byl v Rakousku zaveden právě Všeobecný německý obchodní zákoník. V Německu platil Všeobecný německý obchodní zákoník jenom do nabytí účinnosti nového zákona z roku 1897, i dodnes platného HGB. V účinnost vstoupil 1.1.1900. Ten pak upravil v sobě i problematiku veřejné obchodní společnosti. Znovusjednocením Německa v roce 1900 se i na území bývalé Německé demokratické republiky zavedlo aktuální znění HGB pro Spolkovou republiku Německo. Tím se upustilo od staršího znění HGB a zreformovala a sjednotila se i úprava ohledem obchodních společností, zejména zavedení BGB jako podpůrného pramene pro veřejnou obchodní společnost.⁸

V Československu už však situace nebyla tak jednoduchá. Okupaci během druhé světové války vystřídal další totalitní režim. Komunistická ideologie nesympatizovala se soukromým podnikáním, a proto v tomto období nastává zánik veřejné obchodní společnosti. Došlo k tomu nejdřív přijetím nového občanského zákoníku⁹, který zrušil jak všeobecný obchodní zákoník rakouský, tak i uherský obchodní zákoník.¹⁰ Tento zákon ve svém § 563 odst. 2 zrušil dosud existující společnosti podle dřívějšího obchodního práva. V roce 1964 byl přijat hospodářský zákoník¹¹, který byl vrcholným dílem znárodnování a kolektivizace. Od tohoto data pak už veřejná obchodní společnost neexistovala. Zlom nastal až po pádu komunistického režimu v roce 1989, kdy se ekonomika vrací k tržní formě a podnikání. Veřejná obchodní společnost byla obnovena novelou hospodářského zákoníku¹² v § 106g-106m od 1.5.1990. V tomto období dochází k přiznání právní subjektivity pro veřejnou obchodní společnost. Poslední etapou ve vývoji byl rok 1991 a přijetí nového obchodního zákoníku¹³, který upravil i veřejnou obchodní společnost.

⁷ Keyssner, H. Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch/Nach Rechtsprechung und Wissenschaft, Art. 85. Stuttgart: Verlag Enke, 1878, s. 82. Dostupný na WWW: http://dlib-pr.mpier.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/bigpage/%22158457_00000090.gif%22.

⁸ Horn, N.; Heymann, E.; Berger, K.P. Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht): Kommentar. Berlin: de Gruyter, 1995, s. 25. ISBN: 3-11-013755-0.

⁹ zákon č. 141/1950 Sb., občanský zákoník

¹⁰ § 568 zákona č. 141/1950 Sb., občanský zákoník

¹¹ zákon č. 109/1964 Sb., hospodářský zákoník

¹² zákon č. 103/1990 Sb., zákon, kterým se mění a doplňuje hospodářský zákoník

¹³ zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník ve znění pozdějších předpisů

V současnosti se ve většině států osobní obchodní společnosti dělí na dvě nejznámější společnosti, tedy veřejné obchodní společnosti a komanditní společnosti. Toto základní dělení je typické i pro Českou republiku a Německo. Veřejná obchodní společnost má obecně jak v německém tak i v českém právu obecné rysy, které se ani přes rozdílný vývoj neliší. V obou případech jde o spojení osob za účelem podnikání. Zákon sice nevylučuje, aby společníkem veřejné obchodní společnosti byla další veřejná obchodní společnost nebo jiná společnost, v drtivé většině případů půjde ale o spojení fyzických osob, které se za výše uvedeným účelem podnikání rozhodnou, že svůj záměr a cíl dokážou lépe dosáhnout vytvořením určité entity, tedy veřejné obchodní společnosti. Vázanost společnosti na osoby jako rys římské society zůstal zachován až dodnes. Německé právo na rozdíl od českého zachovalo také odepření právní subjektivity. Německé OHG mělo vždy, na rozdíl od české veřejné obchodní společnosti, stabilní zákonnou úpravu. Česká veřejná obchodní společnost prošla mnohými, dokonce radikálními změnami a o stabilní úpravě můžeme mluvit jenom od roku 1991. Dnešní úprava české veřejné obchodní společnosti není tak kvalitní a podrobná jako úprava německé OHG a tato forma společnosti není ani tak populární, jako je tomu v Německé spolkové republice.

2. Společnosti občanského práva ve srovnávaných zemích

Zajímavým jevem je rozdíl v navazování veřejné obchodní společnosti v německém a českém právním řádu na společnost občanského práva, neboli jejího českého ekvivalentu - smlouvu o sdružení. Zatímco německé právo si vybralo jako základ pro svou OHG právě toto sloučení osob, české právo nepojilo ani nenavazovalo veřejnou obchodní společnost s občanskoprávní smlouvou o sdružení. Přičemž jak dále uvidíme, mnohé znaky společnosti občanského práva a sloučení osob na základě smlouvy o sdružení jsou shodné nebo velice podobné. Jde o stejný princip, ale německá nauka i zákonodárce přepracovaly úpravu o společnosti občanského práva o mnoho detailněji než tomu tak učinil československý zákonodárce v občanském zákoníku. Vzhledem k tomu, že si německý zákonodárce vybral právě společnost občanského práva jako právní základ pro OHG, je nutné se tady zmínit o společných

znacích, které platí nejen pro společnost občanského práva, ale i pro OHG a poukázat na shody a rozdíly s českou úpravou v občanském zákoníku.

Základní znaky i ustanovení německé veřejné obchodní společnosti se nachází v BGB v § 705 a následujících. Společnost občanského práva je základní formou, na kterou navazuje jak OHG, tak i komanditní společnost. Jde o základní formu osobních společností. Společnost občanského práva není obchodní společností, neprovozuje obchodní živnost, i proto je upravena v německém občanském zákoníku a ne v německém obchodním zákoníku. Hlavním atributem i této společnosti je smluvní sloučení osob za účelem dosažení společného cíle. Základním pravidlem pro používání ustanovení o společnosti občanského práva i na OHG je § 105 odst. 3 HGB, který přímo stanoví subsidiární aplikaci ustanovení německého občanského zákoníku o společnosti občanského práva, pokud německý obchodní zákoník neupravuje danou materii pro OHG.

Společnými ustanoveními aplikovatelnými i na OHG jsou ustanovení o majetku společnosti upravené v § 718 a 719 BGB. Je nutné si uvědomit, že ne společníci, ale sama společnost je vlastníkem majetku vneseného do společnosti sloužícího k dosažení společného cíle. Dřívější nauka byla toho názoru, že nositeli práv jsou společníci a ne společnost. Na základě tohoto názoru se tento majetek nedělí mezi společníky způsobem podílového spoluvlastnictví, ale každý společník jako osobní substrát společnosti je vlastníkem celého majetku. Nakládání s majetkem je možné jenom po společné dohodě všech společníků. Novější, převažující nauka zastává názor, že s majetkem nakládá zásadně společnost. Německý občanský zákoník ale výslovně upravuje některé aspekty, které zdůrazňují tento princip. Je jím v § 719 odst. 2 BGB stanoven zákaz započtení pohledávky dlužníka některého společníka vůči pohledávce společnosti, tedy striktní rozdíl mezi majetkem společníka a společností. Samotná společnost je však jakousi působící jednotkou (německy *Wirkungseinheit*), která vystupuje vůči třetím osobám navenek. Práva a povinnosti vzniklé z její činnosti se vztahují na ni a ne na společníky. Společnost je taky odpovědná za své závazky, jak za plnění ze smlouvy nebo náhradu škody. Společnost samozřejmě nejedná sama, ale prostřednictvím svých orgánů. Proto i při negativních událostech, jako je tomu u náhrady škody, se jednání jejího orgánu, konkrétně jednání společníka, přičítá společnosti, která za škodu taky odpovídá. Společnosti jako nositeli omezené právní

subjektivity byla judikaturou uznána základní ústavní práva, práva ze šeků a směnek i členská způsobilost, dále možnost dědit, být držitelem i být insolventní a pokud to neodporuje právu, může společnost zastávat všechny právní pozice.¹⁴ Tato práva má i veřejná obchodní společnost v německém právu. Výše zmíněné body netvoří názorový rozpor v české právní nauce. Vzhledem k tomu, že česká veřejná obchodní společnost je právnickou osobou, nikdo nepochybuje o její způsobilosti ani o tom, kdo vlastní majetek. Tady vidím tedy důležitý rozdíl mezi českou a německou veřejnou obchodní společností.

Na tomto místě je nutné se zmínit i o výše uvedené smlouvě o sdružení podle § 829-841 Obč.z.. Tato smlouva je českým ekvivalentem společnosti občanského práva, kterou se dvě nebo více osob spojí na dosažení společného cíle.¹⁵ Jejimi stranami mohou být i podnikatelé, ale nevztahuje se na ni obchodní zákoník. Na rozdíl od veřejné obchodní společnosti, u smlouvy o sdružení podle § 829 odst. 2 Obč. z. jde jenom o závazkový vztah, nikoli o právnickou osobu. V tomto bodu je závazkový vztah podobný závazkovému vztahu ve společnosti občanského práva. Rozdíl spočívá ve striktním rozlišení závazkového vztahu v občanském zákoníku a veřejné obchodní společnosti jako právnické osoby, na kterou se ustanovení o smlouvě o sdružení vůbec nevztahují. U smlouvy o sdružení dále jde, podobně jako je tomu u společnosti občanského práva v německém právním řádu, o úsilí o dosažení sjednaného cíle. Cíl může být hospodářský, ale i jiný a závazek může spočívat v činnosti nebo majetkových hodnotách poskytnutých zavázanými osobami k dosažení tohoto cíle. K uzavření smlouvy se nevyžaduje písemná forma. Podobně jako je tomu u německé společnosti občanského práva a následně i u OHG, nepřísluší účastníkovi za činnost vyvíjenou ve prospěch sdružení odměna. Tento znak je vlastní i společnosti občanského práva i německé veřejné obchodní společnosti. Rozdílným znakem však je, že do sdružení podle § 829 Obč.z. není možné majetkové hodnoty vložit, protože nemá právní subjektivitu. U majetku platí odlišný režim, než jak je tomu u německé společnosti občanského práva nebo u německé veřejné obchodní společnosti. Peníze „vložené“ do sdružení se oddělí od majetku účastníka sdružení a přechází do spoluvlastnictví všech účastníků. U německé společnosti občanského práva a německé veřejné obchodní

¹⁴ Hüffer, U. Gesellschaftsrecht. 7.Auflage. München : Verlag C.H. Beck, 2007, s. 52-53, 55-57. ISBN 978-3-406-56137-5.

¹⁵ § 829 Obč.z.

společnosti je to právě společnost, která je vlastníkem majetku do ní vloženého. Pokud jde o majetek v podobě konkrétních věcí u sdružení podle smlouvy o sdružení v českém právu, tyto věci jenom procházejí do bezplatného užívání účastníků.¹⁶ Tady spatřujeme taky rozdíl s německou úpravou, protože u společnosti občanského práva dochází v první řadě k vkladu do společnosti a jenom při dohodě mezi společníky k bezplatnému užívání dané konkrétní věci. Majetek získaný je vždy ve spoluvlastnictví účastníků u sdružení podle § 829 Obč. z., zatímco u společnosti občanského práva jde vždy o majetek společnosti. Ostatní práva a povinnosti jako např. ukončení účasti, vystoupení účastníka, zánik sdružení a jiné jsou svou koncepcí podobné těm u společnosti občanského práva a německé veřejné obchodní společnosti. Vidíme tedy, že kým německé právo využilo možnost u OHG navázat na společnost občanského práva, české právo tyto dvě společnosti od sebe úplně oddělilo. Nejedná se jenom o právní oddělení, ale i o faktické a koncepční. Tady můžeme vidět, že dva zákonodárci se vydali jinými směry, když koncipovali ustanovení platné pro své veřejné obchodní společnosti. V Rakousko-Uhersku každá veřejná obchodní společnost spadala pod pojem ziskové společnosti (německy *Erwerbsgesellschaft*), která je rakouskou obdobou německé společnosti občanského práva ve smyslu § 1175 Všeobecného občanského zákoníku (německy *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*¹⁷).¹⁸ Československá republika tuto právní úpravu převzala a změnila ji tak, že v českém právním řádu účast na sdružení podle smlouvy o sdružení už nikdy nepřekročila úroveň smlouvy a nedostala se na úroveň společnosti, jak je tomu u úpravy německé. Proto ji i přes četné shody s úpravou německou nemůžeme považovat za společnost. Rozdíly spočívají i v tom, že do sdružení podle občanského práva se mohou spojit i podnikatelé, kteří nechtějí vytvořit právnickou osobu a nechtějí zakládat obchodní společnost, nebo jejich úmysly nejsou dlouhodobého charakteru, proto se jim nevyplatí zakládat veřejnou obchodní společnost. Naopak v německém právu, pokud společnost provozuje obchodní živnost, je ze zákona veřejnou obchodní společností. Nezáleží na vůli společníků, jestli chtějí nebo nechtějí založit obchodní společnost. Zákon jim nedává na vybranou.

¹⁶ Kopáč, L.; Melicharová – Karfíková, D. in Knappová, M.; Švestka, J.; Dvořák, J. *Občanské právo 2*, Díl třetí: Závazkové právo. 4. vydání. ASPI a.s., 2006, s. 343-346. ISBN 80-7357-131-5.

¹⁷ zákon Rakouské monarchie ze dne 1.6.1811

¹⁸ Brix, A. *Das allgemeine Handelsgesetzbuch aus Standpunkt der österreichischen Gesetzgebung*, Art. 85. Wien: Druck und Verlag von Carl Gerold, 1864, s. 90. Dostupný na WWW: <http://dlib-pr.mpier.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/bigpage/%22112077_00000098.gif%22>.

3. Právní subjektivita veřejné obchodní společnosti ve srovnávaných zemích

Veřejná obchodní společnost v českém právu je definována znaky jednak vyplývajícími z obecné právní úpravy obchodních společností v prvním dílu první hlavy druhé části obchodního zákoníku a zároveň ze zvláštní úpravy obsažené v druhém dílu první hlavy druhé části obchodního zákoníku začínající § 76 odst.1. Nejdůležitějším znakem veřejné obchodní společnosti je, že jde o právnickou osobu, do které se musí sdružit alespoň dvě osoby. Zákon nerozlišuje, jestli jde o fyzické nebo o právnické osoby. Jedna osoba, ať už fyzická nebo právnická, na rozdíl od kapitálových společností, nemůže tvořit ani vytvořit veřejnou obchodní společnost. Pokud dojde během existence společnosti k poklesu počtu společníků na jednoho, vede to vždy ke zrušení společnosti. České právo nedefinuje pojem právnické osoby. Právníckými osobami jsou osoby uvedené v § 18 odst. 2 Obč. z., přičemž veřejnou obchodní společnost je možné podřadit pod sdružení fyzických nebo právnických osob podle výše uvedeného paragrafu a odstavce v písmenu a). Veřejná obchodní společnost je soukromoprávní osobou a může činit vše, co není zákonem zakázáno.¹⁹ Principy německé vnitřní společnosti, která se zakládá na koncentrování se na společníky a jejich vůli, převzalo i české právo, avšak na rozdíl od německého práva aplikuje tyto principy plně ve světle veřejné obchodní společnosti jako právnické osoby. To tedy značí, že české právo chápe veřejnou obchodní společnost jako osobu oddělenou od osob jejích společníků, tedy od nich nezávislou. Dále ji chápe jako subjekt vlastnického práva a dalších majetkových práv. V této otázce tedy nenastávají žádné pochybnosti nebo nejasnosti. Osoby společníků i osoba společnosti jsou zcela jasně vymezeny. Musíme však ještě vykreslit i rozdílné problémy, které stanovení právní subjektivity přináší. V českém právu jde o to, že neexistuje soulad mezi tím, že veřejná obchodní společnost má charakter právnické osoby a mezi uspořádáním jejích vnitřních vztahů. Její vnitřní vztahy mají charakter smluvního sloučení společníků, založených na konsenzu. Tento jev není moc charakteristický pro právnické osoby. Také jde o znaky obchodního vedení a jednání jménem společnosti, kdy české právo stanoví, že statutárním orgánem i obchodním vedoucím společnosti musí být její společník, dále že společnost nemůže

¹⁹ čl. 2 odst. 3 z. č. 2/1993 Sb. Listiny základních práv a svobod

existovat jako jednočlenná a existence společnosti je závislá na konkrétních osobách jejich společníků.²⁰ Tyto znaky nemají se znaky právnické osoby nic co do činění. Vždyť u ostatních obchodních společností, zejména kapitálových, které jsou „pravými právnickými osobami“ není zákonem zakázáno, aby byly vytvořeny jako jednočlenné společnosti nebo aby jejich statutárním orgánem, který má na starosti i obchodní vedení, nebyl společník společnosti, ale osoba stojící vně společnosti a už vůbec není podmínkou, aby jejich existence byla vázána na konkrétní osoby společníků. Jde to tedy shrnout tak, že ve veřejné obchodní společnosti jsou vztahy mezi společníky tak osobní, že jenom jednomyslně nebo většinou hlasů, pokud se společníci tak dohodli, je možné měnit osobní substrát společnosti, přičemž u kapitálových společností jde víc o obchodní vztahy, kde konkrétní osoba společníka nehraje takovou zásadní roli.

V Německu mimo jiné sdílí OHG se společností občanského práva nejenom předpoklady vzniku, ale i právní formu. Německá veřejná obchodní společnost, podobně jako společnost občanského práva, není právnickou osobou. Tuto skutečnost zkonstatoval i Spolkový soudní dvůr slovy: „veřejná obchodní společnost a komanditní společnost nejsou i přes jejich silné osamostatnění právnickými osobami“²¹. Tato právní forma činí však nemalé potíže. Jak se vypořádat se stavem, když společnost orientována na obchodní styky nemá právní subjektivitu? Problém tkví v možných alternativách pojmání obchodních společností jednak jako právnických osob (jak je tomu v České republice), jednak vnímání osobních společností jako smluvní vztahy se speciálním uspořádáním majetku.²² Můžeme jednoznačně říct, že OHG není právnickou osobou. Nemůžeme však jednoznačně říct, že by OHG neměla vůbec žádnou právní subjektivitu. Na to pamatuje § 124 HGB, který odkazuje na právní subjektivitu alespoň v tom rozsahu, že OHG může pod svou firmou nabývat práva a povinnosti. Z tohoto ustanovení vyplývá, že není možné považovat OHG za útvar bez úplné právní subjektivity. Právě naopak, má tzv. částečnou právní subjektivitu. Kdyby šlo o úplně nezpůsobilou entitu, práva a povinnosti by pak nabývali jenom společníci a pravděpodobně by samotná myšlenka osobních obchodních společností ztratila význam.

²⁰ Pokorná J. in Eliáš,K; Bartošiková, M; Pokorná, J. a kol. Kurs obchodního práva, Právnické osoby jako podnikatelé. 5. vydání. C.H.Beck, 2005, s. 95. ISBN 80 7179 391 4.

²¹ Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen: BGHZ 34, 296: III. Zivilsen. Urt. v. 16.2.1961 i.S.B. (Bekl.) w. AOKA (Kl.) III ZR 71/60. Köln-Berlin: Carl Heymann's Verlag, 1961.

²² Hüffer, U. Gesellschaftsrecht. 7.Auflage. München : Verlag C.H. Beck, 2007, s.126. ISBN 978-3-406-56137-5.

Jak už bylo výše u společnosti občanského práva řečeno, nebylo tomu vždy tak. Starší judikatura i právní nauka vůbec nepřipouštěly, aby společnost byla oddělena od osob jejích společníků a stanovila, že „nosieli práv a povinností jsou společníci, avšak v jejich spojení jako společníci“²³. Z toho můžeme vidět, že ani německá právní nauka neměla lehký úkol a prošla dlouhou cestu, než postupně přiznala OHG alespoň částečnou právní subjektivitu. Dnes se můžeme na ni dívat alespoň jako na právně způsobilou osobní společnost ve smyslu § 14 odst. 2 BGB. Konstrukce německé OHG tedy značí, že jde o entitu, která jako právnická osoba působí víc navenek, a to ohledně postavení ke třetím osobám. Ve vnitřních vztazích však vzhledem k vztahu společníků mezi sebou navzájem i ke společnosti se výrazně liší od právnických osob, zejména od kapitálových společností. Proto uvnitř působí OHG spíš jako sdružení osob, tedy jako „smluvní společenství svých společníků“²⁴. U OHG tedy nedochází k tak striktnímu oddělení osob společníků a společnosti, jak je tomu u kapitálových společností a rozhodování se děje zejména na základě konsenzů společníků. Německá veřejná obchodní společnost je vlastníkem nemovitostí, které nabude, ona je zapsána v katastru nemovitostí jako vlastník, ona je vlastníkem všech předmětů majetku společnosti. Společníci nejsou ani vlastníky těchto věcí, ani spoluvlastníky, dokonce ani držiteli věcí. Tou je také společnost, která vykonává držbu prostřednictvím svých orgánů. To samé platí i pro nabývání práv a povinností. Z nich je zavázána též OHG. Sama OHG může být i odpovědná za škodu, když ji někomu způsobí. Samozřejmě fyzicky tuto škodu musí způsobit její orgán (tím bude většinou společník jednající jménem společnosti). Tato odpovědnost má právní základ v § 31 BGB per analogiam k odpovědnosti orgánů spolků. Odpovědnost může být dvojitá - jednak smluvní, jednak deliktní. Když jde o smluvní odpovědnost, je důležité si uvědomit, jestli jednající společník měl oprávnění jednat jménem společnosti. Způsob jednání jménem společnosti a jména společníků mající toto oprávnění jsou zapisovány do obchodního rejstříku a jsou každému přístupné. Kdyby šlo o delikt, tam k odpovědnosti stačí, když společník má oprávnění k obchodnímu vedení, vzhledem k tomu, že neuzavírá žádnou smlouvu, nemusí mít jednající oprávnění. Dále může společnost odpovídat podle § 278

²³ Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen: BGHZ 34, 296: III. Zivilsen. Urt. v. 16.2.1961 i.S.B. (Bekl.) w. AOKA (Kl.) III ZR 71/60. Köln-Berlin: Carl Heymann's Verlag, 1961.

²⁴ Pokorná J. in Eliáš, K; Bartošiková, M; Pokorná, J a kol. Kurs obchodního práva, Právnické osoby jako podnikatelé. 5. vydání. C.H.Beck, 2005, s. 95. ISBN 80 7179 391 4.

nebo § 831 BGB za škodu způsobenou třetími osobami jednajícími za společnost. Takovou osobou může být zástupce společnosti na základě plné moci nebo zaměstnanec nebo k danému úkonu pověřený společník, který jinak nedisponuje oprávněním k obchodnímu vedení. Z procesního hlediska je důležité vědět, že § 124 HGB dále stanoví, že OHG má i procesní způsobilost, tedy může žalovat i být žalována. Odstavec 2 výše uvedeného paragrafu výslovně přikazuje, že k exekuci majetku společnosti je nutný exekuční titul vůči společnosti a z takového titulu není možné exekuvovat majetek společníků (na základě § 129 odst. 4 HGB).

3.1 Porovnání právnické osoby a svazku tzv. „společné ruky“ (německy Gesamthandsveband)

Rozdíl v právní subjektivitě je asi největším rozdílem mezi českou a německou veřejnou obchodní společností. Německá literatura, ve snaze vyhnout se pojmu právnická osoba a zároveň definovat právní subjektivitu OHG zavádí pojem „společná ruka“. Pojem „společná ruka“ znamená, že společníci mohou nakládat se společností a jejím majetkem jen společně a nikdo z nich nevlastní majetek ani jen podílově.²⁵ Pokud chce některý společník disponovat se svou částí majetku, musí se společnost zrušit nebo alespoň musí dotyčný společník vystoupit ze společnosti a dostat svůj vypořádací podíl. Právní nauka, teorie i judikatura odmítá pro OHG vlastnosti právnické osoby z více důvodů. Chybí jí korporální struktura typická pro skutečné právnické osoby, tedy stanovy a orgány, které existují vedle sebe, v závislosti na sobě, hierarchicky uspořádané, s přesným rozdělením úloh, jak je tomu u spolků, společností s ručením omezeným i akciových společností. Tedy neexistuje žádná valná hromada, dozorčí rada. Společníci ručí osobně, což není znakem právnické osoby, tam většinou společníci neručí, nebo jenom ojedinele a do stanovené výše nebo stanovené doby. Majetek společnosti je u osobních společností přiřazen jenom ke „společné ruce“, tedy disponují jím společně, přičemž u právnických osob je majetek přiřazen bezprostředně vždy společnosti a majitelům podílů jenom zprostředkovaně. A nakonec ještě nesmíme zapomenout na subsidiární použití předpisů o společnosti občanského práva

²⁵ Klunzinger, E. Grundzüge des Gesellschaftsrechts. 15. Auflage. München: Verlag Franz Vahlen, 2009, s. 71. ISBN: 978-3-8006-3579-5.

i pro veřejnou obchodní společnost a komanditní společnost, a ne předpisů o korporacích.²⁶ Určitě však nesmíme zapomenout, že německému zákonodárci se podařilo pořádně zamíchat věci, když v § 124 HGB stanovil, že OHG sama nabývá práva i povinnosti, tedy typický znak pro právní způsobilost, kterou má osoba, ať už fyzická nebo právnická, přičemž ale neměl v úmyslu udělat z OHG právnickou osobu. Takto teda to, co samotný zákonodárce jenom zamotal, musela řešit judikatura a nauka, jak to vlastně má být s OHG. Německá veřejná obchodní společnost je jakousi „vnitřní společností“, jejíž znaky se odvíjí víc od vnitřních rysů společnosti než od jejího vystupování navenek vůči třetím osobám. Když poté srovnáme české a německé právní názírání na právní subjektivitu veřejné obchodní společnosti v obou právních řádech, dojdeme k závěru, že český zákonodárce se přiklonil k povaze společnosti, kterou působí navenek vůči třetím osobám, tedy že je vlastníkem práv a odpovědným subjektem, který může nabývat práva a povinnosti a který vystupuje samostatně ve vztahu ke třetím osobám. Německé právo zase naopak rozhodlo odepřít OHG právní subjektivitu právnické osoby, protože upřednostnilo její povahu jako vnitřního sloučení osob za účelem provozování obchodní živnosti, kdy osoby zakládající společnost musí mít mezi sebou určité osobní vztahy. Obě konstrukce nazírání veřejné obchodní společnosti mají svá pozitiva i negativa. Došla jsem k závěru, že ideální konstrukce neexistuje. Proto si každá z těchto dvou zemí řeší tento problém jiným způsobem, často jenom „nepsaným právem“. Obě země si uvědomují, že ani jedna konstrukce není ta nejméně škodlivější, rozhodnout se však musely. Právě už výše zmíněný rozpor mezi vnitřními vztahy a vnějším vystupováním, jakož i historickým vývojem a praktickou efektivností společnosti činí rozhodování ohledně její zákonné úpravy těžkým.

4. Právní charakteristika a legální definice veřejné obchodní společnosti ve srovnávaných zemích

České právo charakterizuje veřejnou obchodní společnost v § 76 Obch. z. jako společnost, ve které alespoň dvě osoby podnikají pod společnou firmou a ručí

²⁶ Klunzinger, E. Grundzüge des Gesellschaftsrechts. 15. Auflage. München: Verlag Franz Vahlen, 2009, s. 63. ISBN 978-3-8006-3579-5.

za závazky společnosti společně a nerozdílně celým svým majetkem. K. Eliáš kritizuje tuto definici z více důvodů. Jednak vytýká, že nepodnikají společníci, ale sama společnost, dále společníci nemají společnou firmu, tu má jenom společnost.²⁷ V otázce povinnosti osobní účasti na činnosti společnosti neexistuje v české odborné literatuře jednota. Výše zmíněný K. Eliáš je toho názoru, že společníci se nemusí účastnit osobně činnosti společnosti, protože to tak zákon výslovně nestanoví.²⁸ I. Pelikánová je však toho názoru, že kontinuita spočívající v navazování na starší legislativu veřejné obchodní společnosti je mnohem důležitější než přesná definice v zákoně, a proto tuto kontinuitu i preferuje.²⁹ V tomto bodu ale musíme říct, že není možné nazírat na účast činnosti společníků ve společnosti jako na dobrovolnou. Tato koncepce je vlastní i německému právu. České právo to vysvětluje tím, že každá právnická osoba musí mít statutární orgán a u veřejné obchodní společnosti je statutárním orgánem vždy jenom společník, popř. společníci. Z toho tedy vyplývá, že alespoň jeden společník se musí podílet na činnosti společnosti.³⁰ Německé právo vysvětluje povinnost podílet se na činnosti společnosti jako jednu ze základních povinností společníka vyplývající ze zákona i společenské smlouvy.³¹ Já jsem toho názoru, že vzhledem k osobní povaze společnosti je nutné od společníků vyžadovat, aby se účastnili činnosti na společnosti. Také se ale domnívám, že definice v zákoně není úplně přesná, přesto si myslím, že vzniklé nesrovnalosti dokáže judikatura i literatura šikovně vyplnit. Stejně je tomu i v Německu. Není totiž možné vytvořit perfektní definici, která by nezanechala ani nejmenší štěrbinku, myslím ale, že výše zmíněné, Eliášem kritizované nedostatky nepředstavují obzvlášť velký problém výkladu pro judikaturu nebo právní nauku. Vymezení veřejné obchodní společnosti v českém právu je ale stejné jako v německém právu, a to z prostého důvodu, a ten je, že československý zákonodárce vycházel z německé definice. Jde tedy o to, že podniká společnost a ne společníci, rozdílem je už výše zmíněná právní subjektivita. Pojem podnikání je vymezeno v Obch. z. v § 2 odst. 1

²⁷ Eliáš, K. Kurs obchodního práva-Právnické osoby jako podnikatelé. 2. vydání. Praha: C.H.Beck, 1998, s. 53. ISBN 80-7179-137-7.

²⁸ Eliáš, K. Kurs obchodního práva-Právnické osoby jako podnikatelé. 2. vydání. Praha: C.H.Beck, 1998, s. 53. ISBN 80-7179-137-7.

²⁹ Pelikánová, I. Veřejná obchodní společnost. Srovnací právo obchodní. 1. vydání. Praha: Orac, 2002, s. 65 a násl., ISBN 80-86199-49-5 .

³⁰ Dvořák, T. Osobní obchodní společnosti. Praha: Aspi-Wolters Kluwer, 2008, s. 17-18. ISBN 978-80-7357-383-6.

³¹ Eisenhardt, U. Gesellschaftsrecht. 13. Auflage. München: C.H.Beck, 2007, s.155. ISBN 978-3-406-55628-9.

jako „soustavná činnost prováděna samostatně podnikatelem vlastním jménem a na vlastní odpovědnost za účelem dosažení zisku“. Jiný účel dovolen není, není tedy možné, aby společnost byla podnikatelem jenom „podle formy“.

Veřejná obchodní společnost v německém právu, tedy OHG, je obchodní společnost upravená v německém obchodním zákoníku v § 105 až 160. Právě zmíněný § 105 obsahuje definici OHG. Musíme jí chápat formu společnosti občanského práva přizpůsobenou pro požadavky obchodního styku. Uvedený § 105 odst. 1 HGB stanoví, že veřejná obchodní společnost je společnost, jejíž cíl směřuje na provozování obchodní živnosti pod společnou firmou, když u žádného ze společníků není omezeno ručení vůči věřitelům společnosti. OHG může existovat jenom v tom případě, když jsou splněny předpoklady existence společnosti občanského práva. Toto je zakotvené už ve výše uvedeném § 105 odst. 3 HGB, který výslovně odkazuje na použití ustanovení o společnosti občanského práva na OHG v případě, že neexistuje odlišné ustanovení v obchodním zákoníku pro veřejnou obchodní společnost. Musí se tedy jednat o „smluvní sloučení osob, které sleduje společný cíl“³². Dále je nutné, aby společníci podporovali a snažili se o dosažení společního cíle. To se uskutečňuje vkladem každého společníka do společnosti, protože neexistuje společník bez vkladu. Veřejná obchodní společnost musí provozovat obchodní živnost. Provozováním obchodní živnosti (německy *Handelsgewerbe*) se zabíral i Spolkový soudní dvůr a definoval živnost v obchodním právu jako „samostatnou činnost provozovanou dlouhodobě (vyjma svobodných povolání), která je vykonávána za úplatu, typicky s úmyslem dosažení zisku“³³. Ne však každá provozovaná živnost nutně znamená, že jde o obchodní živnost. Avšak i když nejde o obchodní živnost, přesto mají podnikatelé možnost, aby jejich společnost byla zapsána do obchodního rejstříku, a tím se z ní stala OHG. V tomto případě se společnost nestává OHG přímo ze zákona, ale až zápisem do obchodního rejstříku. Podmínkou však je, že musí jít o živnost. Kdyby nešlo o živnost, jako je tomu například u výkonu svobodných povolání, tedy zejména architekti, právníci, lékaři, atd., není sloučení osob do formy veřejné obchodní společnosti vůbec možné. Toto mimo jiné vylučuje, aby například právníci založili veřejnou obchodní společnost. Představitelé svobodných povolání v Německu pak mají na výběr jiné formy společností, jakými jsou např. evropská hospodářská společnost, partnerská společnost

³² Hüffer, U. Gesellschaftsrecht. 7. Auflage. Verlag C.H. Beck, 2007, s.126. ISBN 978-3-406-56137-5.

³³ Hüffer, U. Gesellschaftsrecht. 7. Auflage. Verlag C.H. Beck, 2007, s.127. ISBN 978-3-406-56137-5.

nebo nejnověji společnost s ručením omezeným či akciová společnost nebo zůstat tradičně při společnosti občanského práva. Obě právní formy veřejné obchodní společnosti jsou tedy zaměřeny na podnikání. Český obchodní zákoník to výslovně stanoví a německé HGB zas mluví o provozování obchodní živnosti. Definice jsou v mnohém podobné, v obou případech jde o samostatně a dlouhodobě vyvíjenou činnost za dosažením zisku. Na rozdíl od českého práva mají dle německého práva možnost zapsání společnosti do obchodního rejstříku i společnosti, které jenom spravují svůj vlastní majetek nebo provozují neobchodní živnost. Zápisem se z nich stane OHG. To, jestli se jedná o obchodní živnost, se musí zkoumat podle § 1-4 HGB. Dále bude o založení a vzniku veřejné obchodní společnosti pojednáno níže.

4.1 Společník společnosti ve srovnávaných zemích

Společník společnosti není speciálně upraven ani v německém občanském zákoníku ani v německém obchodním zákoníku, tedy může jím být jak fyzická, tak i právnická osoba, dokonce i speciální útvary. U fyzických osob nejsou stanovena žádná kritéria na rozdíl od českého práva. V českém právu společníci musí splňovat kritéria uvedená v § 76 odst. 2 Obch. z., který stanoví, že společníkem může být jenom taková fyzická osoba, která splňuje všeobecné podmínky provozování živnosti stanovené v § 6 živnostenského zákona³⁴, tedy musí být bezúhonná, což znamená, že nebyla pravomocně odsouzena za spáchání úmyslného trestního činu k nepodmíněnému trestu odnětí svobody v trvání minimálně jednoho roku, nebo pro úmyslný trestný čin, kterého skutková podstata souvisí s podnikáním, pokud se na ni nehledí, jako by nebyla odsouzena. Dalším kritériem je být starší 18-ti let a být způsobilá k právním úkonům a u níž podle § 8 živnostenského zákona není dána překážka provozování živnosti, která může spočívat v prohlášení konkurzu na majetek společníka, v rozhodnutí o zamítnutí insolvenčního návrhu nebo v rozhodnutí o zrušení konkursu pro nedostatek majetku nebo v uložení zákazu provozování živnosti v oboru shodném nebo příbuzném s oborem živnosti veřejné obchodní společnosti. Podrobnější ustanovení obsahuje výše zmíněný živnostenský zákon. Toto ustanovení má význam v ochraně třetích osob, kdy se vychází z toho, že osoba, která nespĺňuje výše uvedená kritéria, nemůže efektivně

³⁴ zákon č. 455/1991 Sb., zákon o živnostenském podnikání

plnit svůj neomezený ručitelský závazek.³⁵ Pokud je společníkem právnická osoba, pak vykonává práva společníka její statutární orgán. V českém právu tedy nejde o zcela libovolné sloučení osob. Ze společníka se účastí na společnosti nestává podnikatel. Na rozdíl od českého práva však může být v německém právu společníkem i osoba neplnoletá, tedy mladší 18 let. V tomto případě je ale nutné dodržovat některé speciální právní předpisy, které mají nezletilé chránit. Kromě běžného povolení zákonných zástupců (v naprosté většině případů rodičů dítěte)³⁶, je nutné i přivolení rodinného soudu³⁷. Když je společníkem také některý ze zákonných zástupců dítěte, co se může stát v případech, když společnost má mít „rodinný“ základ, je nutné dítěti ustanovit opatrovníka k uzavření společenské smlouvy podle § 1909 BGB. Je to nutné, protože zákonný zástupce dítěte je sám společníkem a společenská smlouva se uzavírá mezi společníky navzájem a to vylučuje, aby společník sám se sebou uzavřel smlouvu, jde tedy o konflikt zájmů. Práva společníka vykonává pro nezletilého jeho zákonný zástupce, mezi která patří například i hlasování nebo obchodní vedení. Toto právo zákonného zástupce může vést i k zneužití nebo neoptimálnímu využití tohoto práva. Nutnost ochránit nezletilého vedlo k vydání zákona o omezení ručení nezletilého³⁸. Podle tohoto zákona má mít nezletilý právo ke dni nabytí zletilosti k omezení ručení za závazky vytvořené jeho zákonnými zástupci na majetek existující při nabytí zletilosti. Vedle toho má osoba, která nabyla zletilosti a je osobně ručícím společníkem osobní společnosti, právo vypovědět účast na veřejné obchodní společnosti nebo komanditní společnosti ve lhůtě 3 měsíců od nabytí zletilosti. Pokud tak neučiní, má se v pochybnostech za to, že závazek vznikl po dni nabytí zletilosti.³⁹ Dosažení osmnáctého roku věku je možné považovat za důležitý důvod pro požadování ukončení existence společnosti podle § 133 HGB a také pro vypovězení účasti na společnosti podle § 131 odst. 3 věty 1. čísla 3 HGB.⁴⁰ Právnická osoba, tedy z pohledu německého práva společnost s ručením omezeným nebo akciová společnost, stejně jako je tomu

³⁵ Pokorná J. in Faldyna, F. a kol. Obchodní právo. Praha: Aspi, a.s.. 2005, s. 285, ISBN 80-86395-90-1.

³⁶ § 107 nebo 108 BGB

³⁷ § 1822 Nr. 3 BGB

³⁸ Minderjährigenhaftungsbeschränkungsgesetz (MhbeG) ze dne 25.8.1998

³⁹ Der Minderjährige im Handelsrecht- familiengerichtliche und vormundschaftsgerichtliche Genehmigungen bei der Beteiligung von Minderjährigen an Gesellschaften und Erwerbsgesellschaften [online].[cit. 20.2.2010]. Dostupný na WWW:

<<http://www.justiz.sachsen.de/agl/download/regminderjaehrige.pdf>>.

⁴⁰ Thiel, K. Das Gesetz zur Beschränkung der Haftung Minderjähriger. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002, s. 111-112. ISBN 3-16-147722-7.

v českém právu, může být také společníkem. Na rozdíl ale od českého obchodního zákoníku německý obchodní zákoník pamatuje na možný problém, který se může naskytnout, když bude společníkem OHG právě právnická osoba bez ručení fyzické osoby. To je ve společnosti s ručením omezeným i akciové společnosti pravidlem. V tomto případě podle § 19 odst. 2 HGB je nutné do firmy přidat dodatek, že ručení je omezené, protože „neexistuje žádná fyzická osoba, která by osobně ručila, ručí jenom omezená majetková masa.“⁴¹ Situace je jiná, když je společníkem německé veřejné obchodní společnosti jiná OHG nebo komanditní společnost, protože řetězově se dopracujeme k fyzické osobě, která ručí neomezeně. Český zákonodárce také neřeší případy takových entit, jako jsou společnost občanského práva nebo dědické společenství. Proto, co se týče takových útvarů jako je dědické společenství, společnost občanského práva nebo právně nezpůsobilý spolek (německy nichtrechtsfähiger Verein), které německé právo zná a musí se s nimi vypořádat, je situace o něco složitější. U dědického společenství jde o jednoznačné zamítnutí možnosti být společníkem OHG judikaturou z důvodu organizačního nedostatku k zastupování obchodní společnosti. Těžší to je se společností občanského práva a právně nezpůsobilým spolkem. Podle staré nauky, kdy společnosti občanského práva ještě nebyla přiznána vůbec žádná právní způsobilost, to bylo vyloučené. Nyní ale, když určitou právní způsobilost přece jen má, neexistuje jednoznačná doktrína o tom, jestli tyto hybridní útvary mohou nebo nemohou být společníky. Existuje ale tendence se přiklánět k tomu, aby společnost občanského práva mohla být společníkem.⁴² Někteří autoři jsou zas naopak toho názoru, že společnost občanského práva nemůže být společníkem kvůli nedostatku publicity.⁴³ Můj názor je, že s takovým útvarem, jakým je společnost občanského práva, se musí dávat pozor. Myslím, že by bylo možné připustit, aby byla společníkem, je však nutné vypracovat určitý způsob „zajištění“ publicity na ochranu práv třetích osob. Možnou variantou řešení by byl rejstřík společnosti občanského práva.

⁴¹ Klunzinger, E. Grundzüge des Gesellschaftsrechts. 15. Auflage. München: Verlag Franz Vahlen, 2009, s. 66. ISBN 978-3-8006-3579-5.

⁴² Klunzinger, E. Grundzüge des Gesellschaftsrechts. 15. Auflage. München: Verlag Franz Vahlen, 2009, s. 68. ISBN 978-3-8006-3579-5.

⁴³ Boujong, K. in Ebenroth, C.T., Boujong, K., Joost, D. HGB Handelsgesetzbuch, Band 1, §§ 1-342 a, Kommentar. München: C.H.Beck, 2001, s. 1276. ISBN 3 8006 2440 0.

5. Založení a vznik společnosti

Český obchodní zákoník striktně rozlišuje mezi založením a vznikem obchodní společnosti. Prvním krokem je založení společnosti a druhým je vznik společnosti. V českém právu se uplatňuje normativní model vzniku společnosti, tedy k založení společnosti postačuje uzavření společenské smlouvy, ale společnost sama vzniká až zápisem do obchodního rejstříku. Na rozdíl od českého práva se v německém právu uplatňuje volný model zakládání společnosti, což znamená, že společnost je založena a vzniká současně podpisem společenské smlouvy. Tedy neexistuje časový ani právní rozdíl mezi založením a vznikem společnosti. Veřejná obchodní společnost se vždy zakládá společenskou smlouvou. Společenská smlouva musí mít na rozdíl od německého práva vždy písemnou formu a podpisy zakladatelů musí být podle § 57 odst. 1 Obch. z. úředně ověřeny, přičemž ověření provádí zejména notáři, obecné a městské úřady a zastupitelské úřady České republiky. Obligatorní náležitosti společenské smlouvy stanoví § 78 odst. 1 Obch. z. Výslovně vyžaduje uvést firmu společnosti, kterou si zvolí společníci na základě konsenzu mezi sebou, přičemž musí respektovat pravidla firemního práva. Firma musí podle § 77 Obch. z. obsahovat dodatek označující právní formu společnosti, tedy „veřejná obchodní společnost“ nebo zkratku „v.o.s.“ nebo „veř.obch.spol.“. Pokud firma obsahuje jméno alespoň jednoho společníka, může být dodatek jenom „a spol.“ Dále je nutné uvést sídlo společnosti. Dalším znakem je určení společníků, kteří musí být určeni jménem a bydlištěm u fyzických osob a/nebo firmou nebo názvem a sídlem u právnických osob-společníků. Významný je § 56 odst. 4 Obch. z., který zakazuje, aby ta samá osoba byla neomezeně ručícím společníkem více než jedné obchodní společnosti. Společenská smlouva musí obligatorně obsahovat i předmět podnikání, který však musí spočívat v podnikání. Další obsah společenské smlouvy pak zákon ponechává na svobodném rozhodnutí společníků, tedy jde o fakultativní součásti smlouvy. V praxi však bude běžné i užitečné upravit některé další otázky, mezi které může patřit zejména rozhodování formou většiny hlasů, odchylná úprava obchodního vedení či jednání jménem společnosti, vytvoření základního kapitálu formou vkladu, rozdělování zisku, způsob rozhodování o společenské smlouvě a některé další. Pokud tedy společenská smlouva obsahuje všechny obligatorní náležitosti podle § 78 odst. 1 Obch. z., mohou společníci podat návrh na zápis společnosti do obchodního rejstříku,

což dokládají kromě společenské smlouvy i svým podpisem a průkazem živnostenského či jiného podnikatelského oprávnění. Založení společnosti nastává dnem účinnosti společenské smlouvy, která ve většině případů spadá pod stejný den uzavření společenské smlouvy. Toto pravidlo ale nemusí vždy platit a může se stanovit i pozdější den účinnosti. Společnost jako právnická osoba vzniká až zápisem do obchodního rejstříku. Až od tohoto momentu může společnost nabývat práva a povinnosti, zavazovat se a mít i procesní způsobilost. Vznik společnosti je podmíněn několika podmínkami. Společnost musí být podle § 57 Obch. z. účinně založena a § 62 odst. 1 Obch. z. stanoví, že musí být podán návrh na zápis do obchodního rejstříku do 90 dní od doručení průkazu živnostenského či jiného podnikatelského oprávnění. Pokud se návrh nepodá v této dané lhůtě, není už možné společnost zapsat na základě stejného průkazu živnostenského nebo jiného podnikatelského oprávnění. Náležitosti k zápisu do obchodního rejstříku stanoví obchodní zákoník a občanský soudní řád (dále jen „o.s.ř.“)⁴⁴. Předmět podnikání se zapisuje na základě živnostenského nebo jiného podnikatelského oprávnění.⁴⁵

Dalším společným znakem společnosti občanského práva a OHG je společenská smlouva. Vzhledem k tomu, že každá společnost je smluvním ujednáním osob, je nutné, aby vznikla smlouvou. Tato povinnost je stejná v obou právních řádech. Tato smlouva upravuje práva a povinnosti společníků a nazývá se společenskou smlouvou. Z právního hlediska se jedná o závazkovou smlouvu a podle německého práva jsou na ně aplikovatelné předpisy závazkového práva. Závazkové právo upravuje BGB v § 241 a následujících poměrně podrobně. Proto i na porušení společenské smlouvy se použijí právě ustanovení o odstoupení od smlouvy nebo náhrady škody. Zajímavým jevem je odstoupení od smlouvy. Odstoupit od společenské smlouvy může společník jenom v případě, že společnost ještě nebyla uvedena do provozu. To samé platí i o náhradě škody místo plnění (např. plnění vkladu). Pokud už společnost byla uvedena do provozu a podnikla určité právní úkony, tehdy je možné smlouvu, a tím i členství jenom vypovědět. Po výpovědi následuje vypořádání společníka/ů. Tato práva se budou využívat především v případech, kdy se jiný společník dostane do prodlení se svým vkladovým plněním. Vzhledem k tomu, že české právo nezná takové instituty jako

⁴⁴ zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád ve znění pozdějších předpisů

⁴⁵ Pokorná J. in Koblíha, I., Kalfus, J., Krofta, J., Kovařík, Z., Kozel, R., Pokorná, J., Svobodová, Y. Obchodní zákoník, komentář. Linde Praha a.s., 2006, s.247. ISBN 80-7201-564-8.

uvedení do provozu, považuje společenskou smlouvu za nedílnou součást existence společnosti, která během trvání společnosti nemůže být ani zrušena ani nahrazena jinou smlouvou. Měněna mohou být jen konkrétní ustanovení. Společník české veřejné obchodní společnosti má ale také možnost výpovědi svého členství na společnosti.

Německý zákon nepředepisuje žádnou povinnou formu pro společenskou smlouvu. Ta může být tedy uzavřena ústně, písemně i konkludentně. Existuje však výjimka v § 311b odst. 1 BGB ohledně smluv týkajících se nemovitostí, a to, že každá taková smlouva musí být písemná s notářským ověřením. Můžeme tedy zkonstatovat, že pokud společenská smlouva obsahuje ujednání o převodu vlastnického práva k nemovitosti na společnost, musí být uzavřena písemně a notářsky ověřena. Společenská smlouva není zvlášť upravena v zákoně. Musí pouze obsahovat podle § 705 BGB závazek společníků společně dosáhnout cíl a jeho způsob. Zatímco český obchodní zákoník stanoví obligatorní náležitosti společenské smlouvy, německý zákon podobné náležitosti stanoví jen jako povinnosti zápisu do obchodního rejstříku. Kromě toho společenská smlouva může obsahovat náležitosti podle svobodné vůle společníků, avšak musí se držet zákonných pravidel, jako je tomu např. při nemožnosti omezit jednatelské oprávnění vůči třetím osobám jak v německém, tak i českém právu.

Německé právo nerozlišuje mezi založením a vznikem společnosti, neřeší tuto problematiku. Tyto časové okamžiky spadají v jeden moment. Německý zákonodárce se rozhodl řešit problematiku založení společnosti z rozdílných časových okamžiků pro společníky a pro třetí osoby. U vzniku společnosti se rozlišují tři okamžiky, a to z pohledu společníků navzájem, z pohledu třetích osob a třetí „smíšený“ časový okamžik. Pro vztahy mezi společníky navzájem nemá zápis do obchodního rejstříku žádný význam, společnost se pro ně zakládá a je účinná podpisem společenské smlouvy. Vztahy mezi společníky se řídí výlučně na základě společenské smlouvy, a to od jejího vzniku. Pro případ, že by společenská smlouva neupravovala určitou materii, HGB pamatuje i na tyto případy a upravuje je v § 109 až 122 HGB. Jinak je to ale s třetími osobami stojícími vně společnosti jako například věřitelé. Tyto vztahy upravují § 123 až 130b HGB. Pro třetí osoby, zejména věřitele, je velice důležité vědět, od kterého okamžiku se aktivuje § 124 HGB upravující práva a povinnosti společnosti samé. Pro třetí osoby společnost vzniká a stává se účinnou až zápisem do obchodního rejstříku. Problém tedy může nastat, když už založená OHG ještě není zapsána

do obchodního rejstříku, avšak už vstupuje do právních vztahů s třetími osobami. Německý obchodní zákoník však pamatuje i na případy, kdy společníci jednájí za společnost ještě před jejím zápisem do obchodního rejstříku, a to konkrétně v § 123 odst. 2. Odstavec 1 výše uvedeného paragrafu totiž jenom konstatuje, že společnost je účinná vůči třetím osobám od momentu zápisu do obchodního rejstříku, avšak odst. 2 stanoví, že úkony společnosti jsou vůči třetím osobám účinné už od okamžiku zahájení jednání jménem společnosti, pokud se nejedná o výjimky dobrovolného zápisu společnosti do obchodního rejstříku upravené v § 105 odst. 2 a § 2 HGB. To znamená, že pokud OHG zahájí činnost ještě před zápisem do obchodního rejstříku a zároveň se na ni nevztahuje výjimka podle odst. 2 § 123 HGB, pak jde o účinnou OHG a společníci se nemohou dovolávat toho, že OHG ještě účinná není, protože ještě nebyla zapsána do obchodního rejstříku. Pokud jde o případ už výše uvedené výjimky, kde jde o společnost, která se stane OHG až zápisem do obchodního rejstříku, musíme si uvědomit, že v tomto případě před zápisem existuje jenom společnost občanského práva. Na takovou společnost nemůžeme použít § 123 odst. 2 HGB a říct, že společnost se stává účinnou už zahájením jednání jménem společnosti i před zápisem do obchodního rejstříku. Taková společnost se totiž stane veřejnou obchodní společností až zápisem do obchodního rejstříku a do tohoto okamžiku na ni musíme použít ustanovení upravující společnost občanského práva, tedy § 705-740 BGB. Společníkům však nic nebrání v tom, aby obsah § 109 a následující HGB vtělili do společenské smlouvy. V tomto případě se obsah těchto ustanovení stane pro společníky závazným ze smluvního hlediska. Když to tedy shrneme, zápis do obchodního rejstříku pro třetí osoby může mít dvojí formu. Záleží na tom, jestli společnost, která se má zapsat, provozuje obchodní živnost, která si vyžaduje podnikatelskou organizaci provozu (§ 1 odst. 2 HGB) nebo živnost, která se stane obchodní živností až zápisem do obchodního rejstříku (§ 2 HGB). V prvním případě jde o zápis deklaratorní, kdy jednání jménem společnosti bylo započato ještě před zápisem do obchodního rejstříku, kdežto v druhém případě vždy o zápis konstitutivní. Na rozdíl od českého práva, OHG ale vždy vzniká ze zákona v případech, když provozuje obchodní živnost podle § 1 odst. 2 OHG. Proto její zápis do obchodního rejstříku z pohledu její existence bude vždy deklaratorní, taková OHG tedy existuje bez ohledu na její zápis do obchodního rejstříku.

5.1 Zápis do obchodního rejstříku

Zápis OHG se podle § 106 HGB provádí návrhem u rejstříkového soudu, v jehož obvodu se sídlo společnosti nachází. V České republice vedou obchodní rejstřík také rejstříkové soudy, v prvním stupni jsou příslušné podle § 200a odst. 1 o.s.ř. krajské soudy podle sídla společnosti. Návrh na zápis musí podle § 106 odst. 2 HGB obsahovat jméno a příjmení, datum narození a bydliště každého společníka, firmu společnosti a její sídlo, popř. vnitrostátní adresu podnikání a právo společníků k jednání jménem společnosti, tedy zastoupení společnosti. Pokud je společníkem právnická osoba, pak je nutné uvést analogicky její název a sídlo. Stejně jako je tomu u české veřejné obchodní společnosti, každý společník musí spolupůsobit na návrhu zápisu OHG do obchodního rejstříku. Je to povinnost, která vyplývá přímo ze společenské smlouvy. Pokud by se některý společník zdráhal tak učinit, mohou ostatní společníci podat proti němu žalobu. Potom, co rozsudek soudu nabude právní moci nebo vykonatelnosti, není už součinnost dříve žalovaného společníka potřebná. Rozsudek soudu plně nahrazuje jeho souhlas a rejstříkový soud provede zápis OHG do obchodního rejstříku. Návrh na zápis do obchodního rejstříku neobsahuje velké odchylky. U české veřejné obchodní společnosti se zapisuje zejména firma, sídlo, identifikační číslo a právní forma v.o.s., dále název a sídlo a/nebo jméno a příjmení, bydliště a rodné číslo společníků, název a sídlo a/nebo jméno a příjmení, bydliště a rodné číslo statutárního orgánu, způsob jednání statutárního orgánu, den vzniku funkce, jméno a příjmení, bydliště a rodné číslo prokuristy, byl-li jmenován, předmět podnikání. Další případy stanoví obchodní zákoník. Do obchodního rejstříku je dále nutno zapsat identifikační číslo společnosti, které bude společnosti přiděleno u prvozápisu do obchodního rejstříku.

Podle § 6 odst. 1 HGB se nejenom na obchodní společnosti vztahují ustanovení o podnikatelích, ale z tohoto paragrafu a z většinového mínění také vyplývá, že se nejenom s OHG zachází jako s podnikatelem, ale i s jejím společníkem, pokud je činný jako nositel podnikání společnosti.⁴⁶ Z výše uvedeného § 6 HGB však není možné dovodit, že by společník měl mít vlastnosti podnikatele i pro svou privátní osobu. Tento

⁴⁶ Boujong, K. in Ebenroth, C.T., Boujong, K., Joost, D. HGB Handelsgesetzbuch, Band 1, §§ 1-342 a, Kommentar. München: C.H.Beck, 2001, s. 1261. ISBN 3-8006-2440-0.

názor je však jenom dílčí, nesdílí ho celá právní teorie. V českém právu je to jinak. Skutečnost, že se osoba stane společníkem veřejné obchodní společnosti, ještě nezakládá její status podnikatele a ani se z ní nestává osoba samostatně výdělečně činná. Pokud by však byla statutárním orgánem veřejné obchodní společnosti, pak už jde o výdělečnou činnost.⁴⁷

5.2 Firma společnosti

Shoda s českým právem existuje v provozování společnosti pod společnou firmou. Firma slouží k identifikaci podnikatele. Wenig uvádí „firma je jméno kupcovo; je tedy označením subjektu právního, není sama subjektem právním.“⁴⁸ Jinými slovy, v obou případech jde o označení konkrétního subjektu a ne o subjekt práv a povinností. Povinnosti mohou být ukládány jenom veřejné obchodní společnosti a nikdy ne firmě. Firma musí být vždy individuální a výlučná, tedy tutéž firmu nemohou mít dva subjekty a jeden subjekt nemůže mít víc než jednu firmu, dále firma musí být pravdivá a nezaměnitelná. Nezaměnitelnost se posuzuje podle celkového dojmu, kterým působí na průměrného spotřebitele. Firma musí být jasná a určitá, aby průměrnému spotřebiteli bylo jasné, o jaký subjekt jde.⁴⁹ Už zmíněný § 105 odst. 1 HGB vyžaduje, aby se obchodní živnost provozovala pod společnou firmou. To znamená, že „skupina podnikatelů musí v obchodním styku vystupovat pod společným jednotným jménem“.⁵⁰ Požadavky na označení podnikatele obsahuje § 18 odst. 1 HGB, který se vztahuje i na OHG. Tyto požadavky jsou, stejně jako je tomu u českého firemního práva, aby byla firma pro označení podnikatele vhodná a schopná odlišení. Dodatek „OHG“ nebo „offene Handelsgesellschaft“ k firmě je povinný podle § 19 odst.1 č. 2 HGB, aby bylo možné rozpoznat formu společnosti, která jinak z ničeho nevyplývá. Firma žádného podnikatele nebo společnosti nesmí působit klamavě, a proto je nutné dodržovat přísné požadavky. Firmu je nutné zapsat do obchodního rejstříku. Firma se skládá v obou

⁴⁷ Dvořák, T. Osobní obchodní společnosti. Praha: Aspi-Wolters Kluwer, 2008, s. 57. ISBN 978-80-7357-383-6.

⁴⁸ Wenig, A. Příručka obchodního práva platného v Čechách, na Moravě a ve Slezku. Druhé vydání. Brno: Typos. 1922, s. 63.

⁴⁹ Dvořák, T. Veřejná obchodní společnost. Praha: Aspi, a.s., 2003, s. 26-27. ISBN 80-86395-61-8.

⁵⁰ Hüffer, U. Gesellschaftsrecht. 7. Auflage. Verlag C.H. Beck, 2007, s. 129. ISBN 978-3-406-56137-5.

právních řádech z firemního kmene a firemního dodatku. Pokud je jenom jeden z nich nepřipustný, musí se vymazat celá firma jako celek. Firemní kmen je buď osobní, věcný, fantazijní nebo smíšený. Osobní kmen je takový, kde se ve firmě použije jméno fyzických osob–společníků, věcný kmen vyjadřuje předmět podnikání, fantazijní kmen se vytvoří vymyšlením nějakého slova, kterým společnost chce zajmout pozornost.

Firemní právo české i německé se v mnoha bodech shoduje. Oba právní řády vyžadují, aby firma nepůsobila klamavě a byla odlišeníschopná vůči ostatním firmám. Firma se v obou případech musí skládat z firemního kmene a dodatku, tedy oba právní řády vyžadují, aby se k firemnímu kmenu přičlenil dodatek vyjadřující formu společnosti samozřejmě v daném jazyce. České právo ale ještě dovoluje určitou kuriozitu, a to dodatek „a spol.“, pokud firma obsahuje jméno alespoň jednoho společníka. Takovou výjimku německé právo nezná. Naopak, německé právo nestanoví výslovně, jaký firemní dodatek musí mít veřejná obchodní společnost, jenom že to musí být obecně srozumitelná zkratka.⁵¹

5.3 Shrnutí porovnání úpravy o založení a vzniku společnosti ve srovnávaných zemích

Německé právo na rozdíl od českého nerozlišuje pojmy založení a vznik společnosti. Rozlišuje mezi vznikem z pohledu společníků a vznikem z pohledu třetích osob, tedy navenek. Takový vznik se také nazývá účinností. Ve vztahu mezi společníky se řídí vznik společnosti podle společenské smlouvy. V ní může být upraveno, kdy má být společnost založena, tedy ke kterému datu. V naprosté většině případů však založení společnosti a uzavření společenské smlouvy spadá pod stejný okamžik. Český obchodní zákoník však stanoví, že společnost se zakládá společenskou smlouvou a podpisy společníků musí být úředně ověřeny. Německý obchodní zákoník takovou náležitost nevyžaduje. Jak už bylo výše uvedené, společenská smlouva může být uzavřena i ústně nebo konkludentně, samozřejmě to v praxi moc časté nebude a ani se nedoporučuje z pozdějších důkazních důvodů. Ve vztahu k třetím osobám, tedy účinnost společnosti navenek, nespadá ani v jednom právním systému pod stejný okamžik se založením. Tu však vznikají vícere odlišnosti. Obě společnosti se musí zapsat do obchodního rejstříku,

⁵¹ § 19 odst. 1 číslo 2. HGB

jejich zápis však z hlediska vzniku či účinnosti nezpůsobuje stejné právní účinky. Podle německého práva, když společnost provozuje obchodní živnost podle § 1 odst. 2 HGB, pak OHG jako typ společnosti vzniká už ze zákona, bez ohledu na to, jestli je zapsána v obchodním rejstříku. Její pozdější zápis je tedy jenom deklaratorní. Pokud jde o fakultativní zápis podle § 105 odst. 2 HGB, tedy společnost nesplňuje náležitosti stanovené v § 1 odst. 2 HGB, ale chce se stát veřejnou obchodní společností, pak je zápis konstitutivní a společnost se stává veřejnou obchodní společností momentem zápisu. Od zápisu do obchodního rejstříku je tedy společnost účinná i vůči třetím osobám, ledaže splňuje požadavky § 1 odst. 2 HGB a už začala vyvíjet svou obchodní činnost ještě před zápisem. Pak je společnost účinná vůči třetím osobám už od tohoto dřívějšího okamžiku a zápis do obchodního rejstříku na její účinnosti už nic nemůže změnit. Tedy jednání společnosti před jejím zápisem se připisuje společnosti, ona za ně nese práva i povinnosti. V českém obchodním zákoníku to tak není. Společnost zásadně vzniká až zápisem do obchodního rejstříku a tímto okamžikem se z ní stává i právnická osoba. Toto je zakotveno v § 62 Obch. z. Dále zákon stanoví i lhůtu, do kdy musí být od založení společnosti nebo doručení podnikatelského oprávnění podán návrh na její zápis. Tato 90-denní lhůta je prekluzivní. Pokud se během této lhůty nepodá návrh na zápis, už není možné podat návrh s příložením stejného živnostenského či jiného podnikatelského oprávnění.

5.4 Vady společnosti

Na rozdíl od zápisu do obchodního rejstříku v Německu, zápis do obchodního rejstříku v České republice má význam i v tom, že po jeho provedení už není možné namítat, že společnost nevznikla a nelze ani zrušit rozhodnutí, jímž se povolil zápis společnosti do obchodního rejstříku. Neplatnost společnosti může prohlásit jenom soud, a to ve stanovených případech, když nebyla uzavřena společenská smlouva nebo nebyla dodržena její forma nebo nebyly úředně ověřeny podpisy na smlouvě, skutečný předmět podnikání je v rozporu s právním řádem nebo s veřejným pořádkem, všichni společníci jsou nezpůsobilí k právním úkonům nebo počet zakladatelů je nižší než dva nebo

ve společenské smlouvě chybí údaj o firmě nebo předmětu podnikání.⁵² Pokud soud prohlásí společnost za neplatnou, vstupuje tímto do likvidace. Obchodní zákoník ve svém § 68a odst. 4 Obch. z. však stanoví, že tímto nejsou dotčena práva a povinnosti společnosti.

Německé právo zas zná dva rozdílné termíny. Jednak je to zdánlivá společnost (německy Scheingesellschaft) a dalším je vadná společnost (německy fehlerhafte Gesellschaft). Zdánlivá společnost zahrnuje takové případy, kdy určité osoby vystupují směrem navenek jako společníci společnosti, která neexistuje, tedy nebyla uzavřena žádná společenská smlouva, pak se jejich jednání posuzuje podle § 242 BGB a § 5 a 15 HGB. Tyto paragrafy se vztahují na plnění podle dobré víry a důvěry a také nemožnosti dovolat se vadného zápisu v obchodním rejstříku. Vychází se z principu, že ten, kdo se jeví být společníkem společnosti, musí za své činy nést odpovědnost a také z principu ochrany třetích osob. O vadnou společnost jde tehdy, kdy společenská smlouva sice existuje, ale trpí vadami.⁵³ Při uzavírání nebo změně společenské smlouvy může dojít k různým chybám nebo nedostatkům, jakož i důvodům neplatnosti nebo neúčinnosti společenské smlouvy. Způsobem jejich řešení v praxi se zabývala i judikatura soudů a stanovila tři speciální pravidla o tzv. vadné společnosti:

1. musí být uzavřena společenská smlouva, i když vadná,
2. musí být společnost uvedena do provozu a
3. nesmí jít o takové nedostatky nebo vady ve společenské smlouvě, které by nebyly kompatibilní s hodnotami společnosti nebo jednotlivců.

O takové vady, které se přičí hodnotám lidské společnosti, se může jednat například v případech, když společnost byla založena s úmyslem činit ilegální obchody nebo když se na ní podílí mladiství bez přivolení zákonního zástupce a soudu. V takovémto případě by došlo k nicotnosti společnosti podle § 134 a/nebo § 138 BGB, tedy rozpor se zákonem nebo dobrými mravy. Když jsou výše uvedené body o vadné společnosti splněny, můžeme vyhlásit, že společnost není možné pokládat za neplatnou, nicotnou, neúčinnou nebo odporovatelnou. Je možné jenom podat žalobu na zrušení společnosti nebo dohodou společníků ukončit existenci společnosti. Do té doby se však musí

⁵² Dvořák, T. Osobní obchodní společnosti. Praha: Aspi-Wolters Kluwer, 2008, s. 74-75. ISBN 978-80-7357-383-6.

⁵³ Klunzinger, E. Grundzüge des Gesellschaftsrechts. 15. Auflage. München: Verlag Franz Vahlen, 2009, s. 71. ISBN 978-3-8006-3579-5.

společníci řídit společenskou smlouvou, i když vadnou, vyjma ustanovení, které způsobuje vadnost smlouvy. To se nahradí příslušným dispozitivním ustanovením v německém obchodním zákoníku. Ve vztahu k třetím osobám společnost také existuje se všemi povinnostmi a právy. O vadnou společnost jde i v případě, když některý společník vadně vstoupí nebo vystoupí ze společnosti. Takovému úkonu není možné odporovat, ale uplatní se právě pravidla o vadné společnosti. Vadně vstupující se tedy může domáhat zrušení společnosti soudním rozhodnutím, tedy podat žalobu k soudu a vadně vystupující se může dožadovat znovupřijetí do společnosti nebo znovu ustanovení vypořádacího podílu. Není však možné učinit vadný úkon „neučiněným“. Speciální pravidla o vadné společnosti platí pro všechny osobní společnosti, především pro společnost komanditní.⁵⁴ Oba právní řády přistoupily k této úpravě z důvodu ochrany třetích osob a obchodního styku, ale také dobré víry, na kterých je založen moderní právní stát. Považuji tuto úpravu za velmi přínosnou, protože umožňuje napravit vady, když by nebylo spravedlivé, aby vadné společnosti působily ve společnosti. Narušilo by to právní jistotu a přineslo mnoho nesrovnalostí a chaosu. Také si však myslím, že není možné hledět na vadné společnosti, jako by neexistovaly. To by vedlo k úplnému popření právního státu a dobré víry, zejména dobré víry třetích osob, které by doplatily na to, že věří v poctivý obchodní styk a dobré obchodní zvyky. Sice neznalost zákona neomlouvá, ale zase těžko by bylo možné požadovat od třetích osob víc, než je v jejich silách učinit. Takové osoby je nutné chránit.

Další § 63 Obch. z. stanoví, že všechny dokumenty týkající se založení a vzniku nebo změny, zrušení či zániku společnosti musí mít písemnou podobu s úředně ověřenými podpisy. Jak již bylo výše uvedeno, německé právo takovou povinnost nestanoví.

Dalším rozdílným bodem je jednání jménem společnosti před jejím vznikem. České právo vychází z toho, že když společnost ještě nevznikla, tak nemůže ani jednat prostřednictvím svého statutárního orgánu. Na rozdíl od německého práva, který, jak bylo výše zmíněno, připisuje jednání společnosti i před jejím zápisem do obchodního rejstříku právě společnosti, český obchodní zákoník stanoví ve svém § 64, že kdo jedná jménem společnosti před jejím vznikem, je z tohoto jednání sám zavázán. Tento princip je stejný jako jednatelství bez příkazu v občanském zákoníku. Obchodní zákoník však

⁵⁴ Hüffer, U. Gesellschaftsrecht. 7. Auflage. Verlag C.H. Beck, 2007, s. 216-222. ISBN 978-3-406-56137-5.

poskytuje možnost, aby takové jednání bylo dodatečně v tříměsíční lhůtě společníky schváleno, až pak je možné říct, že společnost byla tímto jednáním zavázána od počátku.

6. Práva a povinnosti společníků

6.1 Obecné pojednání

Jak již bylo výše vyloženo, společnost a společníci jsou v českém právu dvě od sebe oddělené osoby. Praxe i zákon se snaží na ni nazírat podobně jako na kapitálové společnosti, a to ve světle právě zmíněného majetkoprávního oddělení společnosti a společníků. Vzhledem k tomu, že jde o veřejnou obchodní společnost, jejímž charakteristickým rysem je právě vnitřní konsenz společníků a jejich neomezené ručení, nemělo by to vést k úplnému oddělení těchto dvou entit, ale k respektování určitého vnitřního propojení společnosti a společníků, odlišného od kapitálových společností. Německé právo se kloní právě k tomuto nazírání na OHG, tedy v německém právu nedochází k vnitřnímu oddělení společníků a společnosti. Český zákonodárce i praxe se ale vydali jiným směrem, který je nutno respektovat.

Již výše zmiňovaný rozpor v českém právu mezi právním oddělením dvou osob-společníka a společnosti - a charakteristický rys osobních vazeb mezi společníkem a společností se reflektují i v právech a povinnostech společníků. Z logiky věci není možné nahlížet na veřejnou obchodní společnost přesně tak jako na kapitálové společnosti, protože by tak došlo k potlačení jejich charakteristických rysů, i když praxe je náchylná tak činit. Vnitřní vztah mezi společníkem a společností je osobním vztahem vázaným na konkrétní osobu společníka, který je povinný a oprávněný účastnit se obchodního vedení i jednání jménem společnosti. V kapitálových společnostech takový rys nenacházíme, proto ani nemůžeme posuzovat tyto dva odlišné typy společností stejně. Práva a povinnosti společníků jsou jednak majetkové, jednak osobní. Mezi povinnosti patří zejména podíl na ztrátě, účast na obchodním vedení a jednáním jménem společnosti, zákaz konkurence a mezi práva zejména také účast na obchodním vedení a jednání jménem společnosti, právo na podíl na zisku, podíl na vypořádacím a likvidačním zůstatku.

Členství v OHG má také jednak osobní, jednak majetkový charakter. Mezi povinnosti patří zákaz konkurence, povinnost účastnit se obchodního vedení a jednání jménem společnosti, podíl na ztrátě, povinnost věrnosti a vkladová povinnost. Mezi práva patří právo spravování OHG, tedy obchodní vedení, jednání jménem společnosti, hlasovací právo i právo kontroly, podíl na majetku OHG, podíl na zisku, právo na náhradu škody nebo vynaložených nákladů podle § 110 HGB. Osobní práva jsou nepřevoditelná a nezastavitelná, naopak, majetková práva jsou převoditelná i zastavitelná.⁵⁵

6.2 Péče řádného hospodáře a povinnost věrnosti

Míra povinností je stanovena v § 79a Obch. z.. Literatura specifikuje péči řádného hospodáře jako „péči řádnou, obezřetnou, preferující potřeby a zájmy společnosti před zájmy a potřebami společníka“.⁵⁶ Dvořák charakterizuje péči řádného hospodáře jako „výkon vědomé rozhodovací činnosti na základě dostatečných informací, konané v dobré víře ve prospěch veřejné obchodní společnosti bez preferování vlastních soukromých zájmů, opírající se o racionální základy, vykonávané odborně, po všech stránkách profesionálně, při zachování povinné mlčenlivosti, zejména pak dodržení obchodního tajemství (§ 17 Obch. z.), ale i zachování dobré pověsti společnosti a nevyzrazení jakýchkoliv jiných neveřejných informací.“⁵⁷ Vyžaduje se péče, kterou by průměrný hospodář věnoval záležitostem společnosti. Německé právo vyžaduje od společníka povinnost věrnosti (německy Treupflicht). Pozitivní stránka se projevuje v tom, že jsou společníci povinni dbát zájmů společnosti, přičemž negativní stránka spočívá v upuštění takové činnosti, která by těmto zájmům škodila.⁵⁸ Definice povinnosti věrnosti v německém právu nenašla jednotnou ozvěnu, nejrozšířenější názor je snad od A. Huecka a R. Fischera, kteří základ povinnosti

⁵⁵ Hüffer, U. Gesellschaftsrecht. 7. Auflage. Verlag C.H. Beck, 2007, s. 92-93. ISBN 978-3-406-56137-5.

⁵⁶ Štenglová, I. in Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M. a kol. Obchodní zákoník, komentář, 10., podstatně rozšířené vydání. C.H.Beck, 2005, s. 290. ISBN 80-7179-346-9.

⁵⁷ Dvořák, T. Osobní obchodní společnosti. Praha: Aspi-Wolters Kluwer, 2008, s. 110. ISBN 978-80-7357-383-6.

⁵⁸ Klunzinger, E. Grundzüge des Gesellschaftsrechts. 15. Auflage. München: Verlag Franz Vahlen, 2009, s. 74. ISBN 978-3-8006-3579-5.

věrnosti spatřují ve „společenském vztahu založeném na vzájemné důvěře“⁵⁹. Sám zákonodárce tuto povinnost nikde nedefinoval ani nestanovil. Jen judikatura rozvinula tuto povinnost do klauzule, a to tak, že společníci jsou povinni činit úkony ve prospěch společnosti, podporovat účel a cíl společnosti a opomenout činit takové úkony, které by tomuto cíli škodily nebo znemožňovaly ho. Také zakázala svévolné nebo nepřiměřené jednání škodící společnosti. Společníci, pokud dojde ke kolizi jejich vlastních zájmů a zájmů společnosti, jsou povinni upřednostnit zájem společnosti, kdy povinnost věrnosti představuje určitou hranici pro jejich vlastní individuální zájmy.⁶⁰ To vyplývá z podstaty jejich členství ve společnosti a z povinností, ke kterým se zavázali založením společnosti a podpisem společenské smlouvy. Společníci podle § 708 BGB také odpovídají společnosti za porušení povinnosti, ale jen v takové míře, jakou je možné od nich požadovat při obstarávání vlastních záležitostí. Toto ustanovení zjemňuje odpovědnost z nevědomé nedbalosti jenom na hrubou nedbalost. Na rozdíl ale od českého práva, v německém právu se vyžaduje jenom taková péče, kterou by společníci věnovali vlastním záležitostem.

Tyto dvě povinnosti mají mnoho společného, protože obě mají na zřeteli ochranu zájmů společnosti a upřednostnění těchto zájmů před zájmy společníků. V obou případech se v praxi tyto povinnosti nejvíc budou vyžadovat od obchodních vedoucích a statutárního orgánu, popř. společníků jednajících jménem společnosti. Jde o princip, který pramení i ze společenské smlouvy, zejména z jejího důvodu a jejího cíle, jakož i z principů existence společnosti. Když se společníci rozhodnou založit společnost, mají vůči této společnosti určité povinnosti. Princip péče řádného hospodáře, jako i povinnost věrnosti v sobě zahrnují zejména povinnost společníků s oprávněním k obchodnímu vedení vyhledávat zájmy společnosti a uplatňovat je. V německém právu mají ostatní společníci také povinnosti věrnosti, přinejmenším v tom, aby upozorňovali na možné nebezpečí hrozící společnosti nebo na pozitivní šanci v zájmu společnosti. Společníci v obou právních řádech dále mají povinnost

⁵⁹ Ulmer P. in Staub, H.; Ulmer, P. und kol. *Handelsgesetzbuch: Grosskommentar*, Band 2. 4. Auflage. de Gruyter Recht, 2005. 1. Teil, s. 129. ISBN 978-3-89949-189-0. Dostupný na WWW:

<http://books.google.com/books?id=yhuoUZyfvGYC&pg=PA129&lpg=PA129&dq=Handelsgesetzbuch:+Grosskommentar,+Band+2&source=bl&ots=xB0lG4C&sig=0-FjFEG6CXiocAhE2BpgLTJi8F0&hl=sk&ei=dyWBS9KIDJtsmwOW0eHRBg&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=7&ved=0CCgQ6AEwBg#v=onepage&q=&f=false>

⁶⁰ Hueck, A. *Das Recht der offenen Handelsgesellschaft: systematisch dargestellt*. 4. Auflage. De Gruyter, 1971, s. 110. ISBN 8-11-003646-0.

nevyzrazovat navenek obchodní tajemství nebo interní záležitosti společnosti a také upřednostnit zájmy společnosti před vlastními individuálními zájmy. Pokud společník poruší svou povinnost, může být zažalován na upuštění od tohoto konání. Dále je to důvod pro zbavení oprávnění k obchodnímu vedení nebo jednání jménem společnosti. Dále je možné společníka zažalovat na vyloučení ze společnosti podle německého práva nebo podat návrh na zrušení společnosti v obou právních řádech. Porušení zmíněných principů je možné považovat za vážný důvod potřebný ke zrušení společnosti. Povinnost péče řádného hospodáře a povinnost věrnosti jsou v mnohém podobné, upřednostňují se v nich zájmy společnosti před individuálními zájmy společníků a povinnost společníků dbát o společnost, pečovat o ni a její zájmy, aby se dosáhlo cíle stanoveného společenskou smlouvou. Ve všech případech porušení povinnosti je možné požadovat náhradu škody, vznikla-li. Je nutné ale zmínit, že i v českém právu existuje povinnost věrnosti, která však není nikde výslovně formulována. Vyplývá však z právních principů práva obchodních společností. Porovnala jsem tyto dvě povinnosti, tedy povinnost věrnosti podle německého práva a péči řádného hospodáře podle českého práva z toho důvodu, protože jsem zjistila, že zatímco české právo i literatura u úpravy veřejné obchodní společnosti věnují mnohem větší pozornost právě péči řádného hospodáře, německé právo a literatura zase povinnosti důvěry. To i navzdory tomu, že i v českém právu existuje povinnost věrnosti a německé právo zase zná míru péče o záležitosti společnosti, jak to již bylo zmíněno výše. Já si myslím, že obě tyto povinnosti jsou si obsahově blízké a upravují určitou starostlivost o společnost jako o „společné dítě společníků“.

6.3 Vkladová povinnost a podíl

V českém právu je možné, aby vznikali společnosti bez vkladové povinnosti a právě u veřejné obchodní společnosti na rozdíl od kapitálových společností taková povinnost neexistuje. Vkladovou povinností se rozumí „závazek společníka poskytnout ve prospěch společnosti plnění, jehož protihodnotou je účast na společnosti.“⁶¹ V německém právu naopak existuje taková povinnost. Pokud si to však společníci v českém právu domluví, řídí se jejich konsenz na základě § 80 Obch. z., neexistuje-li

⁶¹ Pelikánová, I. Veřejná obchodní společnost. 1. vydání. ORAC, 2002, s. 12. ISBN 80-86199-49-5.

odchylné ustanovení ve společenské smlouvě. Právě společenská smlouva by měla stanovit podrobnosti týkající se vkladů, protože obchodní zákoník upravuje tuto povinnost jenom velmi rámcově. Právě § 80 Obch. z. stanoví lhůtu pro splacení vkladu jenom jako „bez zbytečného odkladu“ po vzniku společnosti, přičemž tato lhůta není nijak blíže stanovena. Mohou proto nastat problémy s určením, kdy se už společník kvůli nesplacení vkladu dostává do prodlení. Pokud se společníci rozhodnou pro vkladovou povinnost a vytvoření základního kapitálu, vztahují se na ně zčásti předpisy o vkladové povinnosti a základního kapitálu v obchodním zákoníku. Výše základního kapitálu se však nezapisuje do obchodního rejstříku. Vklady mohou být jak peněžité, tak nepeněžité. Naopak, není možné, vkládat tzv. vklady v činnosti, které byly zakázány zákonem č. 142/1996 Sb. Zákaz obecně stanoví § 59 odst. 2 Obch. z.⁶² Pokud je vkládán peněžitý vklad, § 80 odst. 2 Obch. z. stanoví vyšší úroků z prodlení se splacením vkladu, a to 20%. Jedná se taky o dispozitivní ustanovení a společenská smlouva může tuto výši, jakož i vůbec její existenci upravovat jinak. Právní teorie se zaobírala otázkou, jestli je možné požadovat úrok z prodlení i z neplnění nepeněžitého vkladu a přiklání se k odpovědi, že to možné není. Je však možné sjednat smluvní pokutu jako sankci za nesplnění vkladové povinnosti v určené lhůtě.⁶³ Odstoupení od smlouvy však možné není, vzhledem k tomu, že § 90 Obch. z. je k § 345 Obch. z. speciálním ustanovením. Z toho vyplývá, že při podstatném porušení smlouvy, kterou může nesplacení vkladu způsobit, může společnost zaniknout soudním rozhodnutím podle § 90 odst. 1 Obch. z., ne však odstoupením od smlouvy.⁶⁴ Vklad se stává vlastnictvím společnosti a společníci k němu ztrácejí veškerá práva. Jediným oprávněným vlastníkem se stává společnost a společníci ním mohou disponovat jenom v rámci obchodního vedení, popř. jako statutární orgán. Vklad není nutno splnit před vznikem společnosti, společnost vznikne i bez splnění vkladu. Další § 82a Obch. z. zakotvuje možnost žaloby na společníka o splacení vkladu. Pokud žalobu nepodá statutární orgán společnosti, může tak učinit kterýkoli společník ve jménu společnosti. Je to vymáhání cizího práva. Žalující společník je pak jediný, kdo může činit právní

⁶² Pelikánová, I. Komentář k obchodnímu zákoníku, 2.díl, § 56-104e. ASPI, 2004, s. 419, ISBN 80-86395-99-5.

⁶³ Pokorná, J. in Eliáš, K; Bartošíková, M.; Pokorná, J. a kol. Kurs obchodního práva, Právnícké osoby jako podnikatelé. 5. vydání. C.H.Beck, 2005, s. 104. ISBN 80-7179-391-4.

⁶⁴ Pelikánová, I. Komentář k obchodnímu zákoníku, 2.díl, § 56-260. 1. vydání. Linde Praha a.s., 1995, s. 151. ISBN 80-85647-52-4.

úkony v řízení jménem společnosti. Nesplacení vkladové povinnosti může být i důvodem pro návrh na zrušení společnosti (§ 90 odst. 1 Obch.z.) nebo vyloučení společníka soudním rozhodnutím (§ 90 odst. 2 Obch.z.), protože jde o vážné porušení povinností společníka.

Společníci německé OHG na rozdíl od společníků české veřejné obchodní společnosti mají vkladovou povinnost. Tato povinnost není upravena přímo v HGB, můžeme ji ale najít přímo v BGB v § 706 odst. 1 upravující společnost občanského práva. Podle tohoto ustanovení musí společníci, pokud společenská smlouva nestanoví něco jiného, vložit stejné vklady do společnosti. Z vložených vkladů pak vzniká právo členské účasti na majetku společnosti a majetkový podíl. Majetkovým podílem (německy Kapitalanteil) se rozumí „zákonná míra hospodářské účasti na majetku společnosti“⁶⁵. Tato číselná hodnota je významná při rozdělování zisku, právu výběru podle § 122 HGB a při rozdělování likvidačního zůstatku či vypořádacího podílu. Vzhledem k tomu, že majetkový podíl vyjadřuje hodnotu účasti společníka na majetku společnosti, musí jít jen o takové vklady do společnosti, které přecházejí do majetku společnosti. Podle českého práva je možné vložit jen peněžité nebo nepeněžité vklady, přičemž vklady v provedení práce jsou výslovně obchodním zákoníkem zakázány. Vklady podle německého práva nemusí být jenom peněžité nebo nepeněžité. Společníci mohou vložit i jiné než majetkové hodnoty do společnosti, typickým příkladem budou např. pracovní výkony, vedení společnosti nebo dokonce i okruh zákazníků.⁶⁶ Tyto vklady se však reálně nepromítají do majetku společnosti, proto se nemohou ani připisat k majetkovému podílu daného společníka. Kdo jako společník vnese do společnosti jen své provedení práce, stane se sice společníkem, ale jeho majetkový podíl na společnosti bude 0 Euro. Ani společenská smlouva nemůže tuto zásadu změnit.⁶⁷ Know-how je možné vložit v obou právních řádech. Německý občanský zákoník ve svém § 706 odst. 3 přímo stanoví, že vklady mohou spočívat i v provedení služeb (německy Dienstleistungen). Pojem provedení služeb zahrnuje obchodní vedení, jednání jménem společnosti, pracovní sílu atd. Vklad formou poskytnutí služeb

⁶⁵ Sudhoff, H. Der Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaften, 6. Auflage. München: C.H. Beck, 1985, s.127. ISBN 3-406-30556-3.

⁶⁶ Ulmer, P. Münchener Kommentar: Bürgerliches Gesetzbuch, Schuldrecht, Besonderer Teil III. 3. Auflage. C.H. Beck, 1997, s. 179. ISBN 3-406-35815-2.

⁶⁷ Hüffer, U. Gesellschaftsrecht. 7. Auflage. München: C.H. Beck, 2007, s.157-158. ISBN 978- 3-406-56137-5.

nevyžaduje uzavření služební smlouvy (německy Dienstvertrag) podle § 611 a násled. BGB, nejde o úplatnou smlouvu. Společníci si ale mohou ve společenské smlouvě sjednat odměnu za takto poskytnuté služby. Může se jednat o odměnu ve formě zvýšeného zisku nebo opakované paušální částky.⁶⁸ Nejčastějším vkladem ve formě služby bude zásadně obchodní vedení. Obchodní vedení náleží všem společníkům, je to jejich právo i povinnost vyplývající ze společenské smlouvy.⁶⁹ Tuto činnost však může vložit některý společník jako svůj vklad. Pokud však společník v rámci své činnosti obchodního vedoucího se stane vynálezcem, toto právo duševního vlastnictví bude patřit jemu a ne společnosti. Společenská smlouva může toto právo upravit jinak, tedy ve prospěch společnosti.⁷⁰ Pokud dojde k zániku společnosti, za vykonané služby se náhrada neposkytuje.⁷¹ Vykonané služby jsou v pochybnostech uhrazeny buď účastí na rozdělení zisku, nebo účastí na zhodnocení majetku.⁷² Mým názorem je, že možnost vkladu ve formě služeb je umožněním, aby v případě, že někdo disponuje nadáním nebo vzděláním k obchodnímu vedení nebo má vážené jméno na obchodním trhu, se mohl stát společníkem i bez určitého peněžitého nebo v penězích ocenitelného vkladu. Vzhledem k tomu, že OHG i společnost občanského práva jsou společnosti, které jsou silně vázány na osoby svých společníků a nepřipouští do své společnosti třetí osoby, tato varianta vkladu se jeví být velice pragmatická z pohledu zabezpečení kvalitního obchodního vedoucího.

I německý zákon pamatuje na nesplnění vkladové povinnosti, a to v § 718 BGB, který stanoví, že vklad je majetkem společnosti, a proto jen společnost může uplatnit toto právo na plnění vůči danému společníkovi. Jménem společnosti jednájí samozřejmě její orgány, tedy společníci mající oprávnění k obchodnímu vedení nebo k jednání jménem společnosti. To by však vylučovalo možnost žalovat daného společníka-dlužníka, pokud by on sám byl členem těchto orgánů. Sám sebe by nezažaloval. V tomto případě tedy, i když aktivně legitimovanou osobou je společnost, může i kterýkoliv společník podat žalobu na vymáhání splnění sociálního nároku vůči

⁶⁸ Timm, W., Schöne, T. in Bamberger, H.G., Roth, H. Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, § 611-1296. München: C.H. Beck, 2003, s. 617. ISBN 3-506-46511-0.

⁶⁹ § 114 odst. 1 HGB

⁷⁰ Ulmer, P. Münchener Kommentar: Bürgerliches Gesetzbuch, Schuldrecht, Besonderer Teil III. 3. Auflage. C.H. Beck, 1997, s. 181. ISBN 3-406-35815-2.

⁷¹ § 733 odst. 2 věta 3. BGB

⁷² Ulmer, P. Münchener Kommentar: Bürgerliches Gesetzbuch, Schuldrecht, Besonderer Teil III. 3. Auflage. C.H. Beck, 1997, s. 427. ISBN 3-406-35815-2.

společníkovi–dlužníkovi. Jde v podstatě o vymáhání cizího práva. Taková žaloba se nazývá *actio pro socio*. Žádný společník však nemůže uplatnit své individuální nároky vůči ostatním společníkům, je to totiž výlučný nárok vůči společnosti a pravidlo neomezeného ručení platí jenom ve vztahu ke třetím osobám, ne mezi společníky navzájem. Německý obchodní zákoník ale také pamatuje na prodlení se zaplacením vkladů ve svém § 111. Společník, který svůj vklad nezaplatil včas, musí platit úroky z prodlení ode dne, kdy se dostal do prodlení.

Podíl je v českém právu definován v § 61 odst. 1 Obch. z. Podílem rozumíme míru účasti společníka na čistém obchodním majetku, který představuje rozdíl mezi veškerým majetkem a dluhy veřejné obchodní společnosti. Podíl v české veřejné obchodní společnosti a německé OHG je tedy charakterizován obdobně. Pokud společenská smlouva nestanoví nic bližšího, má se za to, že všichni společníci veřejné obchodní společnosti mají stejný podíl na společnosti. Většinou bude velikost podílu záviset na velikosti vkladu společníka do společnosti, pokud takový vklad existuje. V českém právním řádu se chápe podíl jako souhrn majetkových a nemajetkových práv a povinností společníka a není možné, aby společník převáděl jednotlivá práva jako samostatné majetkové hodnoty. Otázkou však je, jestli je možné převést podíl jako takový. V odpovědi na tuto otázku se bohužel právní teoretici ani praxe neshoduje, existují odlišné, nejednotné názory. Musíme však znovu vycházet z charakteristického rysu veřejné obchodní společnosti jako osobní obchodní společnosti, kde se především akcentují osoby společníků, dojdeme k závěru, že v tomto typu společnosti není převod podílu typický ani žádoucí.⁷³ Někteří autoři ani nepřipouštějí převod obchodního podílu.⁷⁴ Pokud se tato možnost přece jen připustí, musí ostatní společníci s převodem souhlasit, zdali tím pádem přijmou dotyčnou třetí osobu za společníka.⁷⁵ Přechod podílu, tedy právní skutečnost, která se nezakládá na právním úkonu, je však zákonem přípustná i upravena, a to v § 88 odst. 1 písm. c) Obch. z., tedy v případě smrti fyzické osoby–společníka, pokud společenská smlouva doslova připouští dědění podílu a kromě dědiců zůstanou ve společnosti ještě další dva společníci a dále podle písm. d), tedy v případě zániku právnické osoby - společníka, kdy podíl přechází

⁷³ Pokorná, J. in Eliáš, K.; Bartošíková, M.; Pokorná, J. a kol. Kurs obchodního práva, Právnické osoby jako podnikatelé. 5. vydání. C.H.Beck, 2005, s. 110. ISBN 80-7179-391-4.

⁷⁴ Štenglová, I. in Štenglová, I., Plíva, S., Tomsa, M. a kol. Obchodní zákoník, komentář. 10., podstatně rozšířené vydání. C.H.Beck, 2005, s. 200. ISBN 80-7179-346-9.

⁷⁵ Pokorná, J. in Faldyna, F. a kol. Obchodní právo. Praha: Aspi, a.s., 2005, s. 271. ISBN 80-86395-90-1.

na jejího právního nástupce taktéž však jenom, když to společenská smlouva připouští. Další diskutovanou otázkou je zastavení podílu. Tady znovu musíme připomenout osobní charakter společnosti, který argumentuje proti zastavení podílu a je tu další argument, a to, že podíl není považován za věc v právním slova smyslu podle § 118 Obč. z., ale jde o jinou majetkovou hodnotu, a tedy nemůže být zastavitelná. Podle některých autorů není tedy možné podíl zastavit ani v situaci absence zákonného zákazu a také jde o situaci, kterou zákon vůbec neupravuje a nejsou vyřešeny zcela principiální otázky této problematiky.⁷⁶ Dvořák zase argumentuje ve prospěch nezastavitelnosti podílu tím, že podíl není volně převoditelný, a proto nemůže být ani zastavitelný. Dále argumentuje i tím, že obchodní zákoník kogentně stanoví zánik účasti společníka ve společnosti a nezahrnuje možnost zániku účasti v důsledku uspokojení zástavního věřitele.⁷⁷ Podle mého názoru existuje více argumentací proti zastavení podílu, i když samozřejmě absence zákonného zákazu vždy otevírá možnost pro různé, často i protichůdné názory. Vzhledem k tomu, že podíl ve veřejné obchodní společnosti není možné chápat stejně jako podíl na společnosti s ručením omezeným, kloním se také k názoru, že se má respektovat silná vázanost společníků a společnosti a nepřipouštět do tohoto vztahu třetí osoby, tedy ani zástavního věřitele.

Jak již bylo výše zmíněno, německé právo připouští zastavení majetkových práv, mezi které patří i podíl na majetku společnosti. Německý občanský zákoník v § 717 stanoví převoditelnost a nepřevoditelnost práv společníka, tedy výslovně pojednává o této problematice. Z toho pak lze dovodit, že německé právo vidí rozdíl u převoditelnosti a nepřevoditelnosti práv společníka právě v jejich majetkové či nemajetkové povaze. Nepojímá práva společníka jako neoddělitelné součásti, nýbrž jako celek samostatných práv. České právo naopak pojímá práva a povinnosti společníka jako celek, který nelze rozdělovat. Německé právo dále stanoví, že pokud jsou majetková práva převoditelná, jsou i zastavitelná s odkazem na § 851 německého občanského soudního řádu (německy Zivilprozessordnung ze dne 30.1.1877 ve znění pozdějších předpisů).

⁷⁶ Pokorná, J. in Eliáš, K.; Bartošíková, M.; Pokorná, J. a kol. Kurs obchodního práva, Právnícké osoby jako podnikatelé. 5. vydání. C.H.Beck, 2005, s. 111. ISBN 80-7179-391-4.

⁷⁷ Dvořák, T. Veřejná obchodní společnost. Praha: Aspi,a.s., 2003, s. 136. ISBN 80-86395-61-8.

6.2 Podíl na zisku a ztrátě

Další povinností podle českého práva podle § 82 odst. 2 Obch. z. je nést podíl na ztrátě, kterou nesou společníci rovným dílem. Společenská smlouva může upravit toto ustanovení odchylně. Nejdůležitějším majetkovým právem společníka je podíl na zisku společnosti podle § 82 Obch. z., který stanoví, že zisk se dělí rovným dílem, ale společníci si mohou ve společenské smlouvě upravit rozdělení zisku odlišně. Vyplacen musí být celkový zisk do tří měsíců od schválení roční účetní závěrky, který se potom zahrne do daní z příjmu společníka. Společnost sama nevykazuje žádný zisk z pohledu daňového práva. Pokud by chtěla společnost použít daný zisk pro svůj rozvoj, museli by jí společníci po zdanění tuto sumu poskytnout ve formě úvěru nebo dalšího vkladu.⁷⁸

V německém právu je zisk a ztráta a jejich rozdělení mezi společníky upravena v § 120 a 121 HGB. Podle § 120 odst. 1 HGB se zisk nebo ztráta rozdělují za hospodářský rok. Jde o povinnost, která se uplatní i tehdy, když dřívější roky byly ztrátové a došlo tak ke zmenšení vlastního kapitálu společnosti. Rozdělení zisku a ztráty reguluje § 121 HGB, a to tím způsobem, že z dosaženého zisku se nejdřív rozdělí tzv. kapitálová dividenda o 4%, t. zn. že každý společník dostane zisk o 4 % ze svého majetkového podílu na společnosti. Tuto částku převyšující zisk se pak rozdělí mezi společníky podle hlav. Toto ustanovení je však dispozitivní, a proto může společenská smlouva upravit rozdělení zisku jiným způsobem. Zisk rozdělený podle § 121 HGB se však nevyplácí přímo společníkům, ale zůstává nějaký čas připsaný k majetkovému podílu daného společníka podle § 120 odst. 2 HGB. Společníkům § 122 HGB však umožňuje, aby si vybrali peníze ze společné pokladny. Toto ustanovení se nachází v zákoně proto, že společníci OHG často investovali do společnosti velkou část svého majetku. Bylo by proto nespravedlivé, kdyby jim bylo odepřeno vybrat si peníze ze společné pokladny na krytí svých životních potřeb. Musíme však rozlišovat, co si daný společník ze svého zisku z pokladny vyzvedne. Kapitálovou dividendu si může vyzvednout bez problémů, u zbývajících, na jeho osobu připadajících zisku to však není tak jednoduché. Tu může společnost namítat, že odnětí této peněžní sumy by jí mohlo

⁷⁸ Pokorná J. in Faldyna, F. a kol. Obchodní právo. Praha: Aspi, a.s., 2005, s. 269. ISBN 80-86395-90-1.

způsobit „zřejmou škodu“. Zřejmou škodou nemůžeme rozumět pouze hrozící ztrátu v příštím roce, musí jít o hrozbu zániku společnosti nebo jejího dalšího vývoje.⁷⁹

6.3 Ostatní práva a povinnosti

Český obchodní zákoník v § 84 upravuje povinnost zdržet se konkurenčního jednání, tedy výkon živnosti, která je totožná s výkonem živnosti společnosti, a to i ve prospěch jiných osob, co zahrnuje zejména obstaravatelské činnosti. Zákaz nezahrnuje účast na jiných obchodních společnostech. Společník nemůže být ani statutárním nebo jiným orgánem nebo členem orgánu společnosti s obdobným předmětem podnikání. Jde znova o dispozitivní ustanovení, které může společenská smlouva upravit odchylně. Někteří autoři se přiklání k názoru, že úplné vyloučení zákazu konkurence by odporovalo výkladu úpravy tohoto zákazu⁸⁰, ale také, že vyloučení zákazu konkurenčního jednání je možné, avšak nežádoucí.⁸¹ V § 65 odst. 2 Obch. z. je upraven postup v případě porušení zákazu konkurence, a to buď vydání prospěchu z obchodu, nebo převedení práv na společnost, popř. náhrada škody. Práva veřejné obchodní společnosti na vydání prospěchu nebo převedení práv zanikají uplynutím tří měsíců ode dne, kdy se společnost o porušení dozvěděla, nejpozději ale uplynutím 1 roku ode dne vzniku těchto práv. Porušení zákazu konkurence je vážným důvodem pro zrušení společnosti nebo vyloučení společníka podle § 90 Obch.z.

Velmi podobně upravuje zákaz konkurenčního jednání i německé HGB v § 112. Tento paragraf upravuje ve svém prvním odstavci zákaz společníka uzavírat obchody v obchodní oblasti, ve které podniká OHG, které je společníkem, a dále zákaz být osobně ručícím společníkem v jiné společnosti (buď jiné OHG, nebo jako komplementář v komanditní společnosti) podnikající ve stejné oblasti jako dotčená OHG. Tento zákaz vyplývá z povinnosti věrnosti a sledování a podpory společného cíle, kterou mají všichni společníci, kteří zakládají OHG. Uzavírání obchodů se nevztahuje jen na samostatné podnikání dotčeného společníka, ale zahrnuje i jednání za jiného

⁷⁹ Reinhardt, R., Schultz, D. Gesellschaftsrecht. 2.Auflage. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1981, s. 91. ISBN 3-16-644251-0.

⁸⁰ Pokorná, J. in Eliáš, K.; Bartošíková, M.; Pokorná, J. a kol. Kurs obchodního práva, Právnické osoby jako podnikatelé. 5. vydání. C.H.Beck, 2005, s. 106. ISBN 80-7179-391-4.

⁸¹ Pokorná, J. in Faldyna, F. a kol. Obchodní právo. Praha: Aspi, a.s., 2005, s. 266. ISBN 80-86395-90-1.

podnikatele, např. formou prokury, obchodního zástupce, makléře, atd..⁸² Tento zákaz je podobný zakazu v § 56 odst. 4 Obch. z., který stanoví, že osoba může být neomezeně ručícím společníkem pouze v jedné společnosti, není s ním ale totožný. Tento zákaz může být překonán souhlasem ostatních společníků. Odstavec 2 § 112 HGB ustanovuje, že když ostatní zakládající společníci při zakládání věděli, že jmenovaný společník je osobně ručícím společníkem jiné společnosti, platí domněnka udělení souhlasu, nesmluví-li si společníci vzdání se tohoto členství výslovně. Toto ustanovení chrání před svévůlí ostatních společníků, kteří by v tomto případě nebyli v dobré víře. Sankce za porušení zakazu konkurence upravuje následující § 113 odst. 1 HGB, a to následovně: OHG může požadovat náhradu škody od společníka, který porušil zákaz konkurence. Namísto toho ale může požadovat vydání zisku nebo prospěchu nebo převedení práv na OHG. Nároky se promlčují za 3 měsíce ode dne, kdy se o porušení zakazu konkurence dozvěděli ostatní společníci, nejpozději ale do 5 let od porušení zakazu konkurence. Také § 122 HGB je dispozitivní. Naskýtá se tu ale problém v tom, nakolik je možné omezit konkurenční jednání. Tento zákaz je totiž v přímém rozporu se svobodou podnikání a i judikatura Spolkového soudního dvora se na něj dívá skepticky a vychází z toho, že „konkurenční jednání musí být omezeno na místně, časově a předmětově nezbytnou míru“. Má sloužit jen k omezení neloajálního jednání společníka a ne ho omezovat v jeho jiných podnikatelských aktivitách.⁸³

Dalším majetkovým právem společníka zakotveným v českém obchodním zákoníku je právo na podíl na likvidačním zůstatku v případě zániku společnosti nebo právo na vypořádací podíl v případě zániku účasti společníka v § 89 a 92 Obch. z.. Vypořádací podíl se vypočte stejně jako podíl na likvidačním zůstatku z majetkového základu a dílu, který náleží společníkovi. Společník nejdříve obdrží hodnotu svého splaceného vkladu a zbytek se rozdělí mezi společníky rovným dílem. Pokud by hodnota likvidačního zůstatku nedosahovala výši splacených vkladů, rozdělí se v poměru vkladů společníků. Vypořádací podíl je splatný uplynutím 3 měsíců od schválení účetní závěrky.

⁸² Goette, W. in Ebenroth, C.T., Boujong, K., Joost, D. HGB Handelsgesetzbuch, Band 1, §§ 1-342 a, Kommentar. München: C.H.Beck, 2001, s. 1384 -1385. ISBN 3-8006-2440-0.

⁸³ Eisenhardt, U. Gesellschaftsrecht. 11. Auflage. München: C.H.Beck, 2003, s. 142. ISBN 3-406-51324-7.

Stejně je tomu i v německém právu, které stanoví vypočtení vypořádacího podílu také stejně, jako je tomu u podílu na likvidačním zůstatku. Ten se podle § 155 odst. 1 HGB rozdělí podle poměru na kapitálovém podílu společnosti. Jak vidíme, tady existují shody v obou úpravách. Vzhledem k tomu, že německé právo vyžaduje vklad do společnosti, budou se zůstatky dělit zejména v poměru vložených vkladů.

Mezi nemajetková práva patří jak v německém, tak i českém právním řádu právo účastnit se na řízení společnosti. Třetí osoby se nemohou účastnit řízení společnosti, je to právo a povinnost výlučně společníků. Pod řízením společnosti si právní teorie v České republice představuje jednak rozhodování o otázkách, které se týkají základních záležitostí společnosti, jakož i práv a povinností společníků, dále pak rozhodování o otázkách provozu podniku a nakonec styk s třetími osobami, který je projevem jednání společnosti navenek.⁸⁴ Zákon předpokládá jednomyslnost v otázkách řízení společnosti, ale nevylučuje možnost upravit si ve společenské smlouvě rozhodování většinou hlasů. Každý společník, který se pak neúčastní obchodního vedení, má právo na informace o stavu společnosti a o jejích aktivitách, jakož i nazírání do dokumentů. Společníci pověřeni obchodním vedením mají povinnost mu to umožnit. Další stránkou povinnosti osobně se účastnit na činnosti společnosti je povinnost podílet se osobně na podnikatelských aktivitách společnosti. Jde o naplňování základních rysů veřejné obchodní společnosti, kde se zakládá a zdůrazňuje osobní prvek, tedy znalosti, zručnosti a dovednosti společníků. Jde o osobní povinnost, která náleží každému společníkovi a její nesplnění nebo porušení může být závažným důvodem potřebným ke zrušení společnosti nebo vyloučení společníka. U této povinnosti by také měla sehrát největší roli právě společenská smlouva, protože ona jediná může konkrétně upravovat tuto povinnost. V ní se společníci dohodnou, co konkrétně zahrnuje v sobě tato povinnost a může také stanovit, že jen někteří společníci se budou osobně účastnit na činnosti společnosti.⁸⁵ Podrobněji bude o řízení společnosti pojednáno níže.

Společník OHG má dále právo na náhradu účelně, v prospěch společnosti vynaložených nákladů od společnosti podle § 110 odst. 1 HGB. Podobně to platí i o náhradě nákladů za ztrátu, kterou utrpěl společník bezprostředně v spojení

⁸⁴ Pokorná, J. in Eliáš, K.; Bartošíková, M.; Pokorná, J. a kol. Kurs obchodního práva, Právnícké osoby jako podnikatelé. 5. vydání. C.H.Beck, 2005, s. 115-116. ISBN 80-7179-391-4.

⁸⁵ Dvořák, T. Osobní obchodní společnosti. Praha: Aspi-Wolters Kluwer, 2008, s. 99. ISBN 978-80-7357-383-6.

s výkonem obchodního vedení. Nahrazuje se jenom materiální škoda. Takové právo česká úprava veřejné obchodní společnosti nezakotvuje.

Nakonec ještě musíme pojednat o nárocích a povinnostech společnosti podle německého práva. Jednak má společnost nárok sociální, čemuž odpovídá individuální povinnost společníka vůči společnosti a jednak sociální povinnost, čemuž odpovídá individuální nárok společníka vůči společnosti. Sociálními nároky jsou nároky společnosti vůči společníkům, např. na splnění vkladové povinnosti nebo splnění povinnosti k obchodnímu vedení a sociálními povinnostmi jsou povinnosti společnosti vůči společníkům vyplývající ze společenského vztahu mezi nimi, např. vyplácení zisku.⁸⁶ Naopak je možné, aby společnost poskytla společníkovi půjčku.⁸⁷ V takových případech nepůjde o vnitřní vztah mezi společností a jejím společníkem, ale o vztah mezi věřitelem a dlužníkem. Věřitelem společnosti se může stát i společník české veřejné obchodní společnosti.

Možná nejdůležitější povinností společníků v obou právních řádech je jejich ručení. Český obchodní zákoník upravuje ručení ve svých § 86 a 87, německý obchodní zákoník zas v § 128 a následující. Ručení je neomezené a solidární, společníci tedy ručí veškerým svým majetkem společně a nerozdílně. Tato zásada vyjadřuje to, že společnost má povinnost plnit závazky, do kterých vstoupila a ke kterým se zavázala. Ručení je také akcesorické, což značí, že ručení společníků je závislé na existenci primárního závazku a pokud primární závazek, tedy závazek společnosti, zanikne, zaniká i povinnost ručení za konkrétní závazek i u společníků⁸⁸. Tato zásada platí i v německém právu. Solidarita ručení značí, že věřitel může požadovat od kteréhokoliv společníka plnění, tedy může požadovat od všech něco, ale i od jednoho všechno. Pokud se tak stane, společník je povinen žádosti věřitele vyhovět a poskytnout mu plnění. Jeho splněním zaniká povinnost jemu i ostatním společníkům. Pokud společník splnil sám, má právo regresu vůči ostatním společníkům v poměru jejich podílů na společnosti. Neomezené ručení zas znamená, že společníci ručí celým svým majetkem. Rozdílem je subsidiarita ručení v českém právu a primárnost ručení

⁸⁶ Eisenhardt, U. Gesellschaftsrecht. 13. Auflage. München: C.H.Beck, 2007, s.146. ISBN 978-3-406-55628-9.

⁸⁷ Hadding, W. Die HGB-Klausur. 2. Auflage. München : C.H. Beck, 1995, s. 155-156. ISBN 3-406-30851-1.

⁸⁸ Pelikánová, I.; Černá, S. a kol. Obchodní právo. Společnosti obchodního práva a družstva. II.díl. ASPI, a.s., 2006, s. 339. ISBN 80-7357-149-8.

v německém. V českém právu se vychází z toho, že primárně musí plnit společnost, když nesplní, až tehdy nastupují společníci⁸⁹, v německém právu se zase může věřitel přímo obrátit na společníky bez předchozího pokusu uspokojení na společnosti.⁹⁰ Podrobnější pojednání o ručení přesahuje možnosti této diplomové práce.

6.4 Dědění podílu

Podíl může v obou právních řádech představovat předmět dědictví. Dědicem může být jak fyzická, tak i právnická osoba. V České republice může fyzická osoba podíl nabýt, jen pokud sama splňuje podmínky být společníkem podle § 76 odst. 2 Obch. z. Pokud tyto podmínky nesplňuje, pak má právo na vypořádací podíl. Dědění podílu je však pouze možné, když to společenská smlouva připouští. Společenská smlouva může také stanovit, že podíl převezme jenom některý z dědiců.⁹¹ Vzhledem k tomu, že zůstavitelem - společníkem byla jen jedna osoba, přičemž dědicem může být i více osob, naskýtá se otázka, jak tyto osoby vstupují do právního postavení zůstavitele. Tyto osoby vstupují do právního postavení zůstavitele jako univerzální nástupci. Ohledem této problematiky neexistuje žádné zákonné ustanovení, proto je pak nutné chápat dědice jako spoluvlastníky podílu zůstavitele. Nezůstává tedy nic jiného, než pohlížet na dědice jako na jednoho společníka, tedy budou plnit povinnosti a uplatňovat práva jako jeden společník. Toto může vést ke značným problémům, protože i když právně se na ně hledí jako na „jednoho společníka“, v reálním životě ale jde nejméně o dva lidi, někdy i víc. Čím víc lidí, tím větší problém ohledem realizace práv a povinností. Proto je praktické pro takové případy ustanovit společného zástupce, který by vykonával práva i povinnosti z členství na společnosti. Nejjednodušším a nejjasnějším řešením by však určitě bylo, kdyby sama společenská smlouva reagovala na tuto možnost a když už předvídá dědění podílu, upravovala by rozdělení podílu mezi

⁸⁹ Dvořák, T. Veřejná obchodní společnost. Praha: Aspi,a.s., 2003, s. 90. ISBN 80-86395-61-8.

⁹⁰ Eisenhardt, U. Gesellschaftsrecht. 13. Auflage. München: C.H.Beck, 2007, s.166. ISBN 978-3-406-55628-9.

⁹¹ Dvořák, T. Osobní obchodní společnosti. Praha: Aspi-Wolters Kluwer, 2008, s. 120-121. ISBN 978-80-7357-383-6.

dědice tak, že by každý z nich měl pak samostatný podíl, s kterým by mohl samostatně nakládat.⁹²

Problémová situace pro dědice může nastat, pokud dědictví neobsahuje jen podíl na společnosti, ale i jiný majetek, který dědic nechtěl odmítnout. Podle zákona nemůže dědic část majetku přijmout a část odmítnout. Buď přijme všechno, nebo odmítne všechno⁹³. Nebylo by však správné nutit ho k tomu, aby se stal společníkem ve společnosti, pokud by neodmítnul dědictví. Proto zákon v § 91 Obch. z. připouští, aby svou účast na společnosti vypověděl a to do tří měsíců po právní moci rozhodnutí soudu o dědictví. Další tři měsíce běží výpovědní lhůta a dědic není povinen se v této době osobně podílet na činnosti společnosti.

Na rozdíl od výše uvedeného, v Německu smrt společníka není jednoznačně důvodem k zániku společnosti, nýbrž jenom k vystoupení společníka ze společnosti, přičemž samotná OHG dále existuje se zbývajících společníky. Dědicům po zesnulém společníkovi přináležejí do dědictví vypořádací podíl. Nestávají se však automaticky společníky. Vzhledem k tomu, že ustanovení o vypořádacím podílu dle § 738 BGB jsou dispozitivní, je možné, aby společenská smlouva upravila nebo přímo vyloučila, aby smrtí společníka připadl jeho vypořádací podíl dědicům. V tomto případě připadne podíl zemřelého společníka ve stejném poměru zbylým společníkům. Ve společenské smlouvě je možné sjednat tzv. doložku nástupnictví (německy Nachfolgeklausel), kterou se umožní dědicům, aby se smrtí společníka stali společníky, tedy vstoupili na jeho místo ve společnosti. V tomto případě není nutné řešit vypořádací podíl, protože se žádný nevyplácí. Jde v podstatě o změnu společníka, tedy vystoupení ze společnosti na jedné straně a vstup nového společníka na straně druhé. Dědic však nemusí chtít bezpodmínečně se stát ručícím společníkem. Většinou dědicové už mají vlastní povolání a neomezené ručení, zákaz konkurence a povinnost k obchodnímu vedení by mohlo jejich život jenom stěžovat. Samozřejmě vždy existuje možnost odmítnutí dědictví, tím by však přišli i o jiný majetek patřící do dědictví i o vypořádací podíl. K usnadnění jejich postavení slouží § 139 HGB a možnost dědiců ve lhůtě 3 měsíců změnit své postavení společníka ve společnosti na postavení komanditistů, přičemž jejich majetkový podíl se změní na vklad komanditisty. Komanditista je vyloučen

⁹² Pokorná, J. in Eliáš, K.; Bartošíková, M.; Pokorná, J. a kol. Kurs obchodního práva, Právnícké osoby jako podnikatel. 5. vydání. C.H.Beck, 2005, s. 112. ISBN 80-7179-391-4.

⁹³ § 466 Obč.z.

z obchodního vedení, to přísluší komplementářům, kterými by se logicky stali ostatní dřívější společníci OHG. Práva a povinnosti komanditistů a komplementářů, jakož i právní úpravu komanditní společnosti upravují § 161 – 177a HGB, přičemž se podpůrně použijí ustanovení o veřejné obchodní společnosti a společnosti občanského práva. Kdyby zbylí společníci nesouhlasili s návrhem dědice přeměnit OHG na komanditní společnost, může dědic bez výpovědní lhůty vypovědět své členství ve společnosti s nárokem na vypořádací podíl. To ve většině případů nebude ze strany zbylých společníků žádoucí jev, proto se většinou přikloní k variantě přeměny OHG v komanditní společnost. Na výpověď bez výpovědní lhůty má dědic také stanovenou lhůtu 3 měsíců od momentu, kdy se dověděl o případnutí dědictví. Když je dědiců více a dle doložky nástupnictví se každý z dědiců má stát společníkem, stává se každý z nich na rozdíl od českého práva separátně společníkem, tedy členství zesnulého společníka se dělí na počet dědiců, přičemž jejich majetkový podíl na společnosti odpovídá jejím dědickým podílům. Proto je možné, aby při dvou dědicích zůstal jeden z nich neomezeně ručícím společníkem a druhý se stal komanditistou. Problém může nastat, když je dědiců více, ale ne každý z nich je na základě doložky nástupnictví povolán do společnosti. Jak se v takovém případě vypořádat s členstvím ve společnosti? Zásadně panuje jednota názorů v tom, že jenom ten dědic, který je povolán stát se společníkem, může vstoupit do práv a povinností zesnulého společníka. Tento nástupce také získává plný majetkový podíl svého předchůdce na společnosti. Nebylo by však spravedlivé vyloučit ostatní dědice úplně ze všeho, proto je nutné tento problém ošetřit a ostatním dědicům vyplatit rozdíl mezi získanými výhodami a tím, co by mu náleželo podle jeho dědického podílu. Dále je možné ve společenské smlouvě sjednat i tzv. vstupní doložku pro případ, kdy dědic má zdědit majetek po zesnulém společníkovi, ale třetí osoba má vstoupit do společnosti jako společník po zesnulém. Tato třetí osoba ještě ale musí uzavřít se zbylými společníky smlouvu o přijetí. Jinými slovy tedy, vstupní doložka je jenom podkladem pro vstup třetí osoby do OHG, tato osoba ale ještě musí uzavřít zmíněnou smlouvu o přijetí se zbylými společníky. Smlouva se vstupní doložkou je smlouvou ve prospěch třetí osoby, uzavírají ji společníci, včetně zesnulého ještě za jeho života. Tato třetí osoba však nezískává vstupem do společnosti žádný majetkový podíl na společnosti, ten totiž spadá do dědictví dědice. Tato koncepce se může vyloučit ve společenské smlouvě zákazem vyplacení vypořádacího podílu dědici. V tomto

případě nejdřív získají majetkový podíl společníci a ti pak musí dle společenské smlouvy a vstupní doložky vydat tento podíl dané vstupující třetí osobě. Dědic pak nedostane ze společnosti nic. Společníci se však mohou dohodnout i tak, že vypořádací podíl spadne do dědictví, ale dědic se nestane společníkem. Přistupující společník pak musí vložit vklad do společnosti.⁹⁴

Zákon i právní nauka v Německu upravuje materii dědění podílu podrobněji a v případě, že zákon mlčí, právní nauka se s tímto mlčením vypořádá. Shoda v obou právních řádech spočívá v možnosti dědění podílu, ale jenom v případě, pokud tak společenská smlouva stanoví. Pokud toto není možné, pak mají dědicové nárok na vypořádací podíl ze společnosti. Oba právní řády umožňují dědicům podílu, aby svou účast na společnosti vypověděli ve lhůtě třech měsíců. České právo ale na rozdíl od německého nepřipouští přeměnu pozice společníka veřejné obchodní společnosti v komanditistu. Rozdíl spočívá také v chápání postavení více dědiců ve společnosti. České právo se kloní k názoru, že dědicové vystupují jako „jedna osoba“, zatímco v německém právu se každý dědic stává samostatným společníkem. Německé právo má podrobně vypracované případy nástupnictví, jako i vypořádání těch dědiců pozůstalého, kteří nevstupují do jeho pozice ve společnosti.

7. Jednání a řízení společnosti

7.1 Obecné pojednání o jednání společnosti ve srovnávaných zemích

Česká i německá veřejná obchodní společnost jsou subjekty, které podnikají. Podle § 6 odst. 1 HGB se na obchodní společnosti vztahují ustanovení o podnikatelích a podle § 2 odst. 2 písm. a) Obch. z. je osoba zapsaná v obchodním rejstříku podnikatelem, tedy i veřejná obchodní společnost. Vzhledem k faktu, že jde o neživé subjekty, které nemohou mít vlastní vůli, musí jejich jménem jednat určitá fyzická osoba, popř. fyzické osoby. V českém právu jedná společnost svým statutárním orgánem, německý zákonodárce nazval toto jednání zastoupením společnosti (německy *Vetretung*). Dále budu používat pojem jednání jménem společnosti i jako výraz

⁹⁴ Grunewald, B. *Gesellschaftsrecht*. 5. Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002, s. 74. ISBN 3-16-147883-5.

pro jednání statutárním orgánem v českém právu i pro právo zastoupení společnosti v německém právu. Jednání jménem společnosti se odlišuje od jednání zástupcem. Jednání zástupcem znají oba právní řády. Český právní řád upravuje toto jednání v § 15 Obch. z., který stanoví, že „je-li někdo při provozování podniku pověřen určitou činností, je zmocněn ke všem úkonům, k nimž při této činnosti obvykle dochází“. Německý obchodní zákoník stanoví zastoupení ve svém § 54 obdobně, tedy je-li někdo zmocněn bez udělení prokury k provozování obchodní živnosti nebo k vykonání určitého právního úkonu vztahujícího se k obchodní živnosti, pak je také zmocněn činit úkony, které s sebou obvykle přináší provozování dané obchodní živnosti. Můžeme tedy zkonstatovat, že oba právní řády se v tomto případě ve smyslu zákonného zastupování obsahově shodují. Oba apelují na obvyklost úkonu a charakter dané provozované činnosti. Dalším možným zastoupením je podle § 16 Obch.z. institut krámského insistora⁹⁵, tedy pokud má veřejná obchodní společnost i provozovnu, pak ji zavazuje i jednání osoby v této provozovně, pokud třetí osoba nemohla vědět, že jednající osoba není k jednání oprávněna. Německý obchodní zákoník definuje jednání v provozovně v § 56 jinak, a to tak, že ten, kdo je v provozovně zaměstnán, má se za to, že je zmocněn k prodejm a příjmům, ke kterým v dané provozovně obvykle dochází. Smysl obou ustanovení si je podobný. Oba právní řády těmito ustanoveními chrání obchodní styk a dobrou víru třetích osob, které nemohou zkoumat, jestli osoba v provozovně je k danému úkonu oprávněna. Na rozdíl však od českého práva v německém právu se toto zastoupení nepovažuje za zastoupení ze zákona. Také se nezkoumá, jestli byla dané jednající osobě udělena plná moc, protože tento paragraf apeluje na to, jak se daná osoba jeví navenek.⁹⁶ Zaměstnáním osoby se nesmí rozumět čistě ve smyslu pracovního práva, může se tedy jednat i o pomáhajícího člena rodiny, který se ale zdržuje v provozovně s vědomím a vůlí podnikatele.⁹⁷ Rozdíl od českého práva spočívá právě ve vědomí podnikatele, tedy v českém právu jde o osobu, která nemá jednatelské oprávnění, v německém zase osoba, která jednatelské oprávnění má, ale překročí je. Smluvní zastoupení na základě udělení plné moci znají oba právní řády. Dalším možným zastoupením je udělení prokury na základě dohody o plné moci podle

⁹⁵ Dvořák, T. Osobní obchodní společnosti. Praha: Aspi-Wolters Kluwer, 2008, s. 33-34. ISBN 978-80-7357-383-6.

⁹⁶ Oetker, H. Handelsrecht. 4. Auflage. Berlin-Heidelberg: Springer, 2005, s. 134. ISBN 3-540-21880-7.

⁹⁷ Jung, P. Handelsrecht. 5. Auflage. C.H.Beck, 2006, s. 176. ISBN: 3-406-55197-1.

§ 14 Obch.z. a § 48 a následující HGB. Německý obchodní zákoník však na rozdíl od českého pamatuje na speciální udělení prokury i v rámci úpravy o jednání jménem společnosti v OHG. Obecně je možné říct, že prokurista je oprávněn ke všem právním úkonům, ke kterým dochází při provozování podniku. Německý obchodní zákoník tuto definici upřesňuje tím, že prokurista je oprávněn činit soudní i mimosoudní úkony, které s sebou přináší provozování obchodní živnosti, přičemž není omezen jenom na danou obchodní živnost, ve které daná OHG podniká. Prokuru uděluje a odvolává statutární orgán veřejné obchodní společnosti, v německém právu zase společníci OHG. Prokuristou může být jenom fyzická osoba. České právo umožňuje, aby prokura byla udělena i konkludentně⁹⁸, německé právo vyžaduje, aby byla udělena explicitně, což vylučuje konkludentní udělení prokury.⁹⁹

7.2 Obchodní vedení společnosti

Termín obchodního vedení není v obchodním zákoníku definován. Eliáš definuje obchodní vedení jako „správu podniku, t.j. uskutečňování tzv. vnitřní funkce v činnostech společnosti z hlediska jejího interního organizačního systému: tedy rozhodování o záležitostech společnosti ve věcech její vnitřní správy a organizační struktury s tím, že se přijatá rozhodnutí realizují jen uvnitř daného systému“¹⁰⁰. Bartová pod pojmem obchodní vedení rozumí „rozhodování o vnitřních záležitostech společnosti“¹⁰¹. Podle důvodové zprávy k vládní osnově obchodního zákoníku jde o „provozování základní hospodářské činnosti a rozhodování o záležitostech vevnitř společnosti“.¹⁰² Veřejná obchodní společnost nemá zákonem předepsanou žádnou strukturu orgánů. Společnost řídí společníci, třetí osoby na to nemají právo. Řízení společnosti zahrnuje tři skupiny záležitostí:

1. základní otázky týkající se společenské smlouvy, existence společnosti, uspořádání vztahů v rámci společnosti, práv a povinností společníků. V těchto

⁹⁸ Dvořák, T. Osobní obchodní společnosti. Praha: Aspi-Wolters Kluwer, 2008, s. 37. ISBN 978-80-7357-383-6.

⁹⁹ Oetker, H. Handelsrecht. 4. Auflage. Berlin-Heidelberg: Springer, 2005, s. 118. ISBN 3-540-21880-7.

¹⁰⁰ Eliáš K. Veřejná obchodní společnost. Právník, 1998, č.1, s. 45. ISSN: 0231-6625.

¹⁰¹ Bartová, Z. in Patakyová, M. a kol. Obchodný zákonník, Komentár. 1. vydanie. Praha: C.H.Beck, 2006, s. 211. ISBN 80-7179-510-0.

¹⁰² Bartová, Z. in Patakyová, M. a kol. Obchodný zákonník, Komentár. 1. vydanie. Praha: C.H.Beck, 2006, s. 211. ISBN 80-7179-510-0.

otázkách je nutný souhlas všech společníků, ale společenská smlouva může stanovit, že stačí souhlas většiny (§ 79 odst. 1 Obch. z.). Při každé změně společenské smlouvy musí být dodržena forma písemná a úředně ověřené podpisy. Obchodní zákoník ve svém § 79 rozlišuje rozhodování o společenské smlouvě a o „ostatních záležitostech“. Literatura zahrnuje mezi tyto „ostatní záležitosti“ zejména otázky práv a povinností společníků a otázky právních poměrů společnosti,

2. otázky týkající se provozu podniku, zejména tedy obchodní vedení,
3. jednání jménem společnosti podle § 85 Obch.z.¹⁰³

Obchodní vedení je zásadně interní záležitost. Podle § 81 Obch.z. jsou k obchodnímu vedení oprávněni všichni společníci, tedy každý z nich samostatně, ale společenská smlouva může stanovit, že vedení bude náležet jen některému, resp. některým společníkům. Německý obchodní zákoník stanoví, že pod pojem obchodního vedení se zahrnují všechna jednání vyplývající z běžného provozování obchodní živnosti

Jak už bylo výše zmíněno, společenská smlouva může stanovit odchylnou úpravu výkonu obchodního vedení. Takovou odchylkou může být jednak stanovení odlišného počtu společníků vykonávajících obchodní vedení. Společník pověřený obchodním vedením je povinen řídit se při výkonu obchodního vedení principy, na kterých se usnesli s ostatními společníky. Poslední dvě věty § 81 odst. 2 Obch.z. umožňují, aby společníci stanovili rozhodovací prostor pro společníky pověřené obchodním vedením, v rámci kterého mohou obchodní vedoucí nadále samostatně řešit otázky obchodního vedení. Nemohou však překročit rámec působnosti stanovený rozhodnutím všech společníků většinou hlasů. Takové otázky by pak museli rozhodovat všichni společníci.¹⁰⁴

Obchodní zákoník v § 81 odst. 3 umožňuje odvolat společníka z obchodního vedení,

- když společenská smlouva o odvolání nic nestanoví, pak je možné společníka odvolat dohodou ostatních společníků nebo odejmout rozhodnutím soudu na návrh kteréhokoliv společníka z důvodu podstatného porušení povinností,

¹⁰³ Pokorná, J. in Eliáš, K.; Bartošíková, M.; Pokorná, J. a kol. Kurs obchodního práva, Právnícké osoby jako podnikatelé. 5. vydání. C.H.Beck, 2005, s. 115-116. ISBN 80-7179-391-4.

¹⁰⁴ Pokorná, J. in Faldyna, F. a kol. Obchodní právo. Praha: Aspi, a.s., 2005, s. 277-278. ISBN 80-86395-90-1.

- když společenská smlouva stanoví, kdy a jak je možné společníka odvolat, pak se odvolá podle těchto požadavků. Když pak společenská smlouva stanoví, že pověření je neodvolatelné, pak je možné mu toto pověření odejmout jen soudním rozhodnutím v případě podstatného porušení povinností.

Co je podstatným porušením povinností, stanoví § 345 odst. 2 Obch.z. Za takové porušení můžeme považovat „porušení, při němž porušující společník musel v okamžiku, kdy byl ostatními obchodním vedením pověřen, vědět nebo mohl rozumně s přihlédnutím k účelu společenské smlouvy předvídat to, že ostatní by neměli zájem jej při tomto jeho chování obchodním vedením pověřit“.¹⁰⁵ I společník se může vzdát sám pověření k obchodnímu vedení výpovědí, a to z důležitých důvodů. Důležité důvody se vždy musí posuzovat v konkrétní situaci pro konkrétní veřejnou obchodní společnost. Výpověď musí být písemná a doručena všem společníkům i společnosti a je účinná uplynutím jednoho měsíce od doručení společnosti. Ve všech případech odvolání nebo odejmutí pověření jediného společníka nebo všech společníků nebo vypovězení pověření k obchodnímu vedení společníkem se stávají obchodními vedoucími po odvolání, odejmutí nebo vypovězení všichni společníci. Společníci, kteří nejsou pověřeni obchodním vedením, mají právo na informace o společnosti a jejich záležitostech vůči společníkům, kteří vykonávají obchodní vedení. Informační povinnost obchodního vedoucího se vztahuje na všechny společníky, tedy i na ty, kteří jsou také pověřeni obchodním vedením. Všichni společníci mají právo nahlížet do dokumentů společnosti a mohou zmocnit auditora nebo daňového poradce k jejich kontrole. České právo ale také připouští, aby obchodní vedení a jednání jménem společnosti vůči třetím osobám vykonávali na sobě nezávisle rozdílní společníci. Není to však praktické ani používané.

I v Německu se pravomoc k obchodnímu vedení týká vnitřních poměrů společnosti, přičemž jednání jménem společnosti zahrnuje právní úkony vně společnosti, tedy vůči třetím osobám. Německý obchodní zákoník striktně rozlišuje tyto dva instituty a o každém z nich pojednává ve zvláštních paragrafech. Německý obchodní zákoník v § 114-119 reguluje obchodní vedení, které je začleněno do druhé kapitoly (německy Zweiter Titel) s názvem Právní vztahy společníků mezi sebou

¹⁰⁵ Pokorná, J. in Koblíha, I., Kalfus, J., Krofta, J., Kovařík, Z., Kozel, R., Pokorná, J., Svobodová, Y. Obchodní zákoník komentář. Linde Praha a.s., 2006, s. 257. ISBN 80-7201-564-8.

a § 125-127 HGB stanoví jednání jménem společnosti, které je zahrnuto do třetí kapitoly (německy Dritter Titel) s názvem Právní vztahy společníků vůči třetím osobám. Podle nauky se rozumí obchodním vedením „činnost společníků sledující účel společnosti“¹⁰⁶. Zmíněný § 114 odst. 1 HGB stanoví, že všichni společníci jsou k obchodnímu vedení oprávněni a povinni, když společenská smlouva nestanoví něco jiného. Na rozdíl ale od společnosti občanského práva a § 709 BGB, který stanoví společné obchodní vedení všech společníků, ve veřejné obchodní společnosti platí zásada, že každý společník je oprávněn k obchodnímu vedení samostatně. Samozřejmě, v tomto případě může lehce nastat kolize zájmů více společníků oprávněných k obchodnímu vedení. Německý obchodní zákoník pamatuje ale i na tento případ, a to konkrétně v § 115 odst. 1 věta druhá, který stanoví, že odporuje-li jeden společník vykonání úkonu druhého společníka, musí toho napadeného úkonu zanechat. Učiní-li dotčený společník i navzdory odporu napadený úkon, koná tak proti svým povinnostem a musí nahradit společnosti vzniklou škodu. Toto konání proti svým povinnostem může být důvodem na odnětí oprávnění k obchodnímu vedení podle § 117 HGB, k zániku společnosti soudním rozhodnutím podle § 133 HGB nebo vyloučení společníka ze společnosti podle § 140 HGB. Kladení odporu však nemůže být svévolné. Povinnost věrnosti mají všichni společníci a k této povinnosti bezpochyby patří i povinnost kladení odporu v případě, že by druhý společník mínil učinit úkon, který by nějakým způsobem poškodil společnost. Neučinění odporu tedy může taky znamenat porušení povinnosti obchodního vedení. Naopak, podle judikatury svévolné kladení odporu může v určitých případech také být porušením povinnosti, a to konkrétně, když odpor kladoucí společník sleduje kladením odporu osobní cíle nebo poškození společnosti. Když ale dojde k patové situaci, kdy sice oba společníci sledují cíl společnosti, ale nemohou dosáhnout shody, musí rozhodnout všichni společníci společně, jak se bude dál postupovat.¹⁰⁷

Další bod, kterým bych se chtěla ještě zabývat, je zachycen v § 115 odst. 2 HGB, kde je společenskou smlouvou stanoveno, že dva společníci, kteří jsou pověřeni obchodním vedením a mohou jednat jenom společně, avšak v případě hrozby prodlení

¹⁰⁶ Eisenhardt, U. Gesellschaftsrecht. 11. Auflage. München: C.H.Beck, 2003, s. 143. ISBN 3-406-51324-7.

¹⁰⁷ Hüffer, U. Gesellschaftsrecht. 7. Auflage. München: C.H. Beck, 2007, s.136-137. ISBN 978- 3-406-56137-5.

zde existuje výjimka, kdy v těchto odůvodněných případech může jednat každý z těchto pověřených společníků samostatně.

Při rozboru institutu obchodního vedení si musíme ujasnit také, co vlastně obchodní vedení obsahuje. Podle § 116 odst. 1 HGB obchodní vedení obsahuje všechny úkony, které sebou nese běžný provoz obchodní živnosti společnosti. Musíme si však uvědomit, že jde vždy o konkrétní OHG, a proto musíme zkoumat provozování vždy konkrétní veřejné obchodní společnosti. To, co spadá mimo běžný provoz obchodní živnosti společnosti, není obsahem obchodního vedení a patří do působnosti rozhodování všech společníků, a to podle § 116 odst. 2 HGB. Rozhodování o obchodním vedení patří bezpochyby nad rámec běžného provozu obchodní živnosti a patří proto do rozhodování všech společníků. Do této skupiny patří i rozhodování o tzv. základních otázkách, zejména o základech činnosti a organizace společnosti.¹⁰⁸

Německý obchodní zákoník na rozdíl od českého obchodního zákoníku upravuje speciálně i udělení prokury, které také nenáleží do běžného provozu obchodní živnosti OHG. Proto také v § 116 odst. 3 HGB stanoví, že k udělení prokury je zapotřebí souhlasu všech společníků, ale k odvolání postačuje jeden společník. Tímto odstavcem je chráněn základ OHG a vůle udělit prokuristovi důvěru.

Posledním bodem ohledně obchodního vedení je jeho odvolání. To není tak jednoduché jako u společnosti občanského práva, nestačí pouhé vyjádření vůle ostatních společníků o odvolání pravomoci k obchodnímu vedení dotčeného společníka. Podle § 117 HGB musí zbylí společníci žalovat na odnětí oprávnění k obchodnímu vedení. Jenom soud může rozhodnout o odnětí oprávnění k obchodnímu vedení. Žalobu podávají zbylí společníci, ne samotná OHG, kteří tvoří procesní společenství. Z tohoto důvodu přísluší procesní legitimace jen všem společníkům společně kromě žalovaného. Důvodem odvolání obchodního vedení musí být dle § 117 HGB důležitý důvod, zejména hrubé porušení povinností nebo neschopnost obchodního vedení. Všechny § 110 až 122 o vztazích mezi společníky navzájem jsou dispozitivní, tedy společenská smlouva může upravit tuto materii odlišně.¹⁰⁹ V HGB však není konkrétně řešena otázka vypovězení oprávnění k obchodnímu vedení pověřeným společníkem.

¹⁰⁸ Grunewald, B. Gesellschaftsrecht. 5. Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002, s. 95. ISBN 3-16-147883-5.

¹⁰⁹ *BGB Gesellschaft*[online].[cit. 20.2.2010]. Dostupný na WWW: <<http://www2.jura.uni-halle.de/download/Smid/Meyer/ws01/handel12.pdf>>.

Tuto možnost je ale možné dovodit přes § 105 odst. 3 HGB, který stanoví podpůrnou použitelnost ustanovení německého občanského zákoníku o společnosti občanského práva i pro veřejnou obchodní společnost. Německý občanský zákoník stanoví ve svém § 712 odst. 2 oprávnění společníka z důležitého důvodu vypovědět své pověření k obchodnímu vedení. Německý obchodní zákoník však nezapomíná ani na ostatní společníky a v § 118 stanoví jejich informační oprávnění vůči pověřenému společníkovi. Nepověření společníci mohou nahlížet do účetních knih společnosti, tázat se záležitostí společnosti a mohou si k tomu přizvat i znalce. Mezi další kontrolní práva patří zejména kontrola ohledně závazků společnosti, obchodních plánů a očekávání do budoucna. Zákon neupravuje odmítnutí poskytnutí informací, je však obecně uznáno, že tak je možné učinit, kdyby byly informace právně zneužity. To by se mohlo stát v případě, kdyby „uspokojení informační povinnosti vedlo k předvídaným škodám na společnosti“¹¹⁰. To by mohlo nastat, kdyby tyto informace byly zneužity k mimospolečenským účelům. Ohledně odměňování pověřených společníků však jak HGB, tak i BGB mlčí. Když ale prozkoumáme zákonný podklad vzniku OHG a práva a povinnosti společníků, zjistíme, že dle § 114 HGB jsou všichni společníci povinni a oprávněni k obchodnímu vedení. Když pak pojímáme obchodní vedení jako povinnost vyplývající ze zákona každému společníkovi, tak dojdeme k závěru, že za obchodní vedení nepřísluší pověřeným společníkům žádná odměna, jenom podíl na zisku. Nic však nebrání tomu, aby taková odměna byla sjednána ve společenské smlouvě.¹¹¹ Na rozdíl od toho vztah české veřejné obchodní společnosti a jejího obchodního vedoucího je založen na smluvním principu, a proto je na něj aplikovatelný § 66 odst. 2 a 3 Obch.z. o odměňování společníků při zařizování záležitostí společnosti.¹¹² Pokud tedy nebyla uzavřena smlouva o funkci a neexistuje ani vnitřní předpis upravující tuto materii, přiměřeně se použijí ustanovení mandátní smlouvy podle § 566-576 Obch.z.

To, co nepatří pod obchodní vedení, patří do působnosti rozhodování všech společníků. Podle německého Spolkového soudu „není usnesení společníků sociálním aktem, ale vícestranným právním úkonem nesmluvního charakteru, který se zrealizuje

¹¹⁰ Sudhoff, H. Personengesellschaften. 8. Auflage. München : Verlag C.H.Beck, 2005, s.152. ISBN 3-406-52235-1.

¹¹¹ Hüffer, U. Gesellschaftsrecht. 7. Auflage. Verlag C.H. Beck, 2007, s. 140. ISBN 978- 3-406-56137-5.

¹¹² Dvořák, T. Osobní obchodní společnosti. Praha: Aspi-Wolters Kluwer, 2008, s. 173. ISBN 978-80-7357-383-6.

do projevu vůle společníků prostřednictvím odevzdání svých hlasů¹¹³. Česká právní teorie ani soudní judikatura se otázkou povahy kolektivního rozhodnutí společníků veřejné obchodní společnosti tolik nezabývala jako u kapitálových společností. Vychází se z idey, že jde buď o právní úkon, nebo o jinou právní skutečnost. Právní nauka se kloní k názoru, že jde o právní úkon, neboť se tímto způsobem mění i společenská smlouva, u které jde o projev vůle společníků projevený zákonem stanoveným způsobem směřující ke vzniku, změně nebo zániku práv a povinností, který právní předpisy s tímto projevem spojují ve smyslu ustanovení § 34 Obč.z.¹¹⁴ Některé případy společného usnesení všech společníků v německém právu předvídá zákon. Takovými jsou např. usnesení o věcech překračujících obchodní vedení nebo o nárocích vzniklých z porušení zákazu konkurence některým společníkem. Tato usnesení reguluje § 119 HGB. Platí tu zásada jednotnosti hlasů a jen v případě, když to tak společenská smlouva upravuje, je možné se usnášet většinou hlasů. Judikatura však připouští, aby si společníci předem dohodli, jak odevzdají své hlasy. Takové vázání hlasů není protiprávní. Možné problémy mohou nastat tam, kde společenská smlouva stanoví většinové rozhodnutí. Otázka pak zní, na co všechno se vztahuje toto většinové rozhodnutí. Podle judikatury nejsou pozitivně nazírány názory, aby se většinový princip vztahoval i na změnu společenské smlouvy. To by mohlo způsobit věčné utlačování menšiny a neomezenou vládu většiny bez možnosti změny. Proto se doporučuje, aby se ve společenské smlouvě detailněji uvedlo, na které oblasti se většinový princip hlasování vztahuje.¹¹⁵

Jak vidíme, obchodní vedení je podobně pojímané v obou právních řádech. Jak v Německu, tak i České republice jsou k obchodnímu vedení oprávněni všichni společníci, pokud společenská smlouva nestanoví jinak. Rozdíly spatřujeme zejména v odměňování obchodních vedoucích, dále u odnětí oprávnění k obchodnímu vedení. Německé právo na rozdíl od českého výslovně upravuje pro veřejnou obchodní společnost udělování prokury, jakož i jednání dvou obchodních vedoucích v případě prodlení. Podobné rysy můžeme spatřit u práva kontroly a práva na informace společníků, kteří nejsou obchodními vedoucími. Kolektivním rozhodováním společníků

¹¹³ Hüffer, U. Gesellschaftsrecht. 7. Auflage. Verlag C.H. Beck, 2007, s. 149. ISBN 978- 3-406-56137-5.

¹¹⁴ Dvořák, T. Osobní obchodní společnosti. Praha: Aspi-Wolters Kluwer, 2008, s. 95-96. ISBN 978-80-7357-383-6.

¹¹⁵ Hüffer, U. Gesellschaftsrecht. 7. Auflage. Verlag C.H. Beck, 2007, s. 152. ISBN 978- 3-406-56137-5.

se německá judikatura i literatura zabývala mnohem víc, než jak je tomu v České republice.

7.3 Jednání jménem společnosti

Veřejná obchodní společnost v českém právu jedná jménem společnosti svým statutárním orgánem. Jde o jediný obligatorní orgán společnosti. O statutárním orgánu pojednává § 85 Obch.z., a to nejdřív tak, že statutárním orgánem společnosti jsou všichni společníci, ale společenská smlouva může stanovit, že statutárním orgánem bude jenom jeden společník nebo někteří společníci. Pokud společenská smlouva neobsahuje ujednání o statutárním orgánu, tak jsou jím všichni společníci, přičemž každý z nich jedná sám navenek. Pokud společenská smlouva pojednává o způsobu jednání statutárního orgánu, tak je nutné toto ustanovení akceptovat. Způsob jednání statutárního orgánu se zapisuje do obchodního rejstříku. Zde je namístě uvést judikát Nejvyššího soudu České republiky, který se dá analogicky aplikovat i na veřejnou obchodní společnost, kdy místo stanov rozumíme společenskou smlouvu a místo představenstva statutární orgán „určí-li stanovy společnosti, že jménem společnosti musí jednat společně nejméně dva členové představenstva, není přípustné, aby dva členové představenstva udělili generální plnou moc jen jednomu z nich. Takový postup by byl v rozporu s právní úpravou jednání statutárních orgánů společnosti v zákoně a stanovách společnosti.“¹¹⁶ Jenom společník může být statutárním orgánem společnosti. Tato zásada reflektuje osobní charakter společnosti a i tímto znakem se liší veřejná obchodní společnost od kapitálových společností. Pro třetí osoby je významný § 85 odst. 2 Obch.z., který pojednává o omezení jednatelského oprávnění. Jednatelské oprávnění je možné omezit ve společenské smlouvě, toto omezení působí však jenom dovnitř společnosti, tedy mezi společníky navzájem. Vůči třetím osobám je takovéto omezení neúčinné. Působnost statutárního orgánu však není bez mantinelů. Ty stanoví právě zákon a nemůže být platný takový úkon statutárního orgánu, ke kterému statutární orgán není oprávněn ex lege. Na tomto místě je nutné podotknout, že německý zákon chápe jednání jménem společnosti jako širší pojem než obchodní vedení, konkrétně

¹¹⁶ Rozsudek Nejvyššího soudu České republiky ze dne 24. 4. 2007, sp. zn. 29 Odo 1082/2005. Dostupný na WWW: <http://www.nsoud.cz/rozhod.php?action=read&id=35354&searchstr=29+Odo+1082%2F2005>.

nerozlišuje běžné a mimořádné úkony, jako je tomu u obchodního vedení. V německém právu ale také existují určité mantinely, kde pravomoci společníka jednajícího jménem společnosti končí. Jde zejména o základní otázky a úkony týkající se společnosti, jakož i změny společenské smlouvy, které nejsou obsaženy v pravomoci jednání jménem společnosti. Stejně jako je tomu u české veřejné obchodní společnosti, nemůže společník jednající jménem společnosti přibrat společníka do společnosti nebo zrušit společnost.¹¹⁷

Z funkce statutárního orgánu v České republice je možné odstoupit z jakéhokoliv důvodu nebo bez udání důvodu. Odstoupení je nutné doručit společnosti i všem společníkům a je účinné měsíc po doručení společnosti. Po odstoupení společníka, který byl monokratickým statutárním orgánem, se statutárním orgánem stávají všichni společníci. I když německé právo klade větší důraz na obchodní vedení, české právo víc zdůrazňuje jednotu obchodního vedení a statutárního orgánu. Stanoví, že vztah společníka vykonávajícího funkci statutárního orgánu a veřejné obchodní společnosti se řídí ustanovením § 66 odst. 2 Obch.z., a to tak, že pokud nebyla uzavřena smlouva o výkonu funkce mezi společníkem a společností nebo vztah není upraven ve vnitřním předpisu, pak se jejich vztah řídí ustanoveními o mandátní smlouvě v § 566-576 Obch.z. Ve smyslu těchto ustanovení, na rozdíl od německé úpravy, má statutární orgán právo na odměňování za výkon své funkce podle § 571 Obch.z. Bezplatnost by musela být výslovně dohodnuta, přičemž v německém právu právě úplatnost musí být dohodnuta. Společnost plnění neposkytne, jestliže výkon funkce zřejmě přispěl k nepříznivým hospodářským výsledkům společnosti, anebo při zaviněném porušení právní povinnosti v souvislosti s výkonem funkce.¹¹⁸ Smlouva o výkonu funkce je ve své podstatě také mandátní smlouvou. Musí být uzavřena písemně a schválena všemi společníky.

Jinak než obchodní vedení, které se vztahuje na vnitřní vztahy mezi společníky, jednání jménem společnosti působí vůči třetím osobám navenek. U jednání jménem společnosti, anebo zastoupení, jak to konkrétně pojmenovává HGB ve svém § 125, se uplatňuje princip samostatného jednání, t.zn., že každý společník má právo samostatně jednat jménem společnosti bez spolupůsobení či souhlasu ostatních

¹¹⁷ Klunzinger, E. Grundzüge des Gesellschaftsrechts. 15. Auflage. München: Verlag Franz Vahlen, 2009, s. 89. ISBN 978-3-8006-3579-5.

¹¹⁸ § 66 odst. 3 Obch.z.

společníků. Tento princip je odlišný od společného jednání jménem společnosti u společnosti občanského práva obsažený v BGB v § 714 a 709. Kdyby tedy došlo k překročení oprávnění v rámci obchodního vedení u společníka, který má zároveň oprávnění jednat jménem společnosti, bylo by to možné postihovat jenom vevnitř společnosti jako jednání proti povinnostem, avšak navenek by šlo o právní úkon platný a účinný vůči třetí osobě. Jak už bylo výše uvedeno, oprávnění k obchodnímu vedení a oprávnění jednat jménem společnosti jsou dvě odlišné věci. Zásadně v drtivé většině případů přísluší tato dvě oprávnění tomu samému nebo těm samým společníkům. Nemusí to však vždy tak být a může nastat situace, když jeden společník je oprávněn jenom k obchodnímu vedení, kdežto jiný společník jenom k jednání jménem společnosti. Německý obchodní zákoník v § 125 odst. 2 umožňuje, aby si společníci společenskou smlouvou odlišně od zákonných ustanovení sjednali společné jednání jménem společnosti pro některé nebo pro všechny společníky. Zajímavý a poučný je rozsudek Spolkového soudu ze dne 4.11.1982, který reagoval na ustanovení společenské smlouvy OHG, ve které se stanovilo, že na uplatnění práva u soudu je nutný souhlas všech společníků. Avšak jeden ze společníků byl u soudu žalován o náhradu škody, kterou způsobil společnosti a dovolával se výše uvedeného ustanovení s odůvodněním, že on souhlas se žalobou neudělil. Spolkový soud však reagoval následovně: „Společník je vyloučen z hlasování o těch rozhodnutích, jejichž předmětem je uplatnění práv proti němu samému. Pokud společenská smlouva stanoví, že se rozhodnutí mohou přijímat jen jednomyslně, potom se v této situaci za jednomyslně přijaté považuje rozhodnutí i tehdy, když dotčený společník hlasoval proti rozhodnutí. Také v těch případech, kdy jsou společníci zmocněni společenskou smlouvou k jednání jménem OHG pouze společně, může být společník z práva jednat vyloučen, jestliže OHG uplatňuje práva proti němu samému. Předpokladem pro to ovšem je, že daný úkon vyplynul z řádného rozhodnutí společníků.“¹¹⁹

Jednání jménem společnosti se zapisuje do obchodního rejstříku. Třetí osoba se tedy může dovolat negativní nebo pozitivní publicity obchodního rejstříku podle § 15 HGB. Německý zákonodárce upravil obchodní vedení i jednání jménem společnosti o něco podrobněji než český zákonodárce. Věta třetí odst. 2 § 125 HGB ale

¹¹⁹ Pürner, S.; Pokorná, J.:SRN: Spolkový soudní dvůr (BGH): Rozhodování ve veřejné obchodní společnosti a jednání jménem veřejné obchodní společnosti, ze dne 4.11.1982 sp.zn. II ZR 210/81. Právní rozhledy, 1993, č. 5, s.173. ISSN 1210-6410.

stanoví, že i když je ve společenské smlouvě sjednáno společné jednání jménem společnosti vícero společníků, projev vůle směřující vůči společnosti může být přijat i samostatně jednotlivými společníky oprávněnými k jednání jménem společnosti. Dále § 125 odst. 2 a 3 HGB upravují ještě další alternativy společného jednání jménem společnosti, a to konkrétně rozšíření oprávnění jednat samostatně u předem stanovených právních úkonů nebo u určitých druhů právních úkonů. Tato alternativa může být praktická u společníků, kteří, i když mají sjednáno společné jednání jménem společnosti, nechtějí být v každém případě vázáni na přítomnost druhého společníka u jednání jménem společnosti. Odstavec 3 § 125 HGB pak pojednává o možnosti společného jednání společníka a prokuristy. Možnost sjednat ve společenské smlouvě způsob jednání jménem společnosti jednoho společníka a prokuristy u společnosti, kde každý společník smí jednat samostatně, naproti tomu není možné,¹²⁰ je však možné vázat jednoho společníka na spolujednání s prokuristou a u jiného společníka ponechat právo samostatného jednání.¹²¹ Na rozdíl od německé úpravy, česká úprava neumožňuje spolujednání společníka a prokuristy jménem společnosti. Vychází se z § 13 odst. 1 věty druhé Obch.z., kde se stanoví, že právnická osoba jedná statutárním orgánem nebo za ni jedná zástupce. S odkazem na spojku „nebo“ se vychází z toho, že tato spojka má vylučovací charakter,¹²² tedy není možné spojit statutární orgán a zástupce, tedy prokuristu.

Velký problém činí obsah oprávnění jednání jménem společnosti. Jinými slovy, kde se nachází hranice tohoto oprávnění, co tedy smí ještě společník jednající jménem společnosti učinit za společnost a co už nemůže. Je možné vůbec toto oprávnění omezit? V německém HGB neexistuje žádné omezení vůči třetím osobám. Jednací oprávnění obsahuje totiž v sobě nejenom běžné, ale i mimořádné právní úkony včetně zcizování a zatížení nemovitosti a udělení a odvolání prokury. Pokud se jednající společník dopustí překročení oprávnění v rámci obchodního vedení, může to být postížitelné jenom uvnitř společnosti mezi společníky, ale nikdy ne vůči třetím osobám. Takový právní úkon je vždy vůči třetím osobám účinný a tyto osoby se ho mohou dovolat. Ani společenská smlouva nemůže omezit takové oprávnění navenek.

¹²⁰ Hüffer, U. Gesellschaftsrecht. 7. Auflage. Verlag C.H. Beck, 2007, s. 143. ISBN 978-3-406-56137-5.

¹²¹ Klunzinger, E. Grundzüge des Gesellschaftsrechts. 15. Auflage. München: Verlag Franz Vahlen, 2009, s. 88. ISBN 978-3-8006-3579-5.

¹²² Dvořák, T. Osobní obchodní společnosti. Praha: Aspi-Wolters Kluwer, 2008, s. 150. ISBN 978-80-7357-383-6.

Takové omezení může mít význam opět jen z vnitřního hlediska. Třetími osobami se rozumí osoby stojící vně společnosti. Možností neplatnosti právního úkonu jednatelského společníka vůči třetí osobě by mohl být případ, když třetí osoba ví nebo vzhledem ke všem okolnostem má vědět o překročení oprávnění a těží z tohoto úkonu. Takový úkon by byl v rozporu s dobrými mravy, a proto od začátku neplatný¹²³. Omezení jednatelského oprávnění je tedy koncipováno stejně v obou právních řádech. Oba řády se totiž snaží chránit třetí osoby a nezatahovat je do vnitřních záležitostí společnosti, které se týkají jenom společníků. Proto je také možné omezit jednatelské oprávnění jenom dovnitř společnosti, jako interní záležitost společníků. Stejně jako oprávnění k obchodnímu vedení i jednacím oprávnění může být odvoláno, a to podle § 127 HGB. Stejně však je k tomu nutné podat žalobu na odnětí oprávnění a potřebný důležitý důvod. Jinak než u společnosti občanského práva v § 715 BGB, u veřejné obchodní společnosti je možné odejmout jen oprávnění k obchodnímu vedení nebo jen jednacím oprávnění. Samozřejmě, vzhledem k tomu, že tato oprávnění většinou opravňují stejného společníka či společnice, půjde ve většině případů o žalobu na odnětí obou těchto oprávnění. Německé právo v ohledu veřejné obchodní společnosti rozšiřuje svoje horizonty a možnosti a zabývá se hlubšími dotazy jako například: Je možné smluvit obchodní vedení a jednání jménem společnosti do rukou někoho, kdo není společníkem? Musíme si uvědomit základní princip OHG. Ten spočívá na neomezeném ručení společníka. U tohoto principu je tedy více než samozřejmé, že když někdo ručí osobně a svým majetkem, jeho základním právem je oprávnění k obchodnímu vedení a jednání jménem společnosti. On sám chce přece rozhodovat o otázkách, na kterých závisí existence OHG a případně jeho plné ručení osobním majetkem. Proto převládající mínění o této otázce je zcela jasné: není možné, aby oprávnění k obchodnímu vedení nebo oprávnění k jednání jménem společnosti náleželo někomu, kdo stojí vně společnosti. Tedy můžeme zkonstatovat, že OHG je založeno na vlastním spravování orgánů. Německé právo však připouští možnost výkonu obchodního vedení třetí osobou-nespolečníkem. Toto je možné vykonat prostřednictvím obstaravatelské smlouvy ve smyslu § 675 BGB (německy Geschäftsbesorgungsvertrag). Tento způsob výkonu obchodního vedení je někdy žádoucí u společností, kde dochází k výměně generací a zabezpečí tak vysoko kvalifikované obchodní vedení nespolečníkem. Když je

¹²³ § 138 odst. 1 BGB

však možné sjednat výkon obchodního vedení třetí osobou, bylo by nelogické, kdyby tato osoba nemohla taky jednat jménem společnosti. Tento problém se dá lehce vyřešit udělením prokury nebo generální plné moci. Kdyby se však sjednalo ustanovení v obstaravatelské smlouvě, že společníci nemohou požadovat zpět výkon obchodního vedení, popř. jednání jménem společnosti, je takové ustanovení neplatné a daná třetí osoba nemůže ani požadovat náhradu škody.¹²⁴ České právo nepřipouští vůbec, aby třetí osoba byla statutárním orgánem, a to také s odvoláním se na základní konstrukci veřejné obchodní společnosti. I když se v této myšlence oba právní řády shodují, musíme říct, že existují takové právní řády, kde možnost třetí osoby být statutárním orgánem povolena je. České právo dokonce váže možnost společníka být statutárním orgánem na přísné podmínky zakotvené v § 38l Obch.z., u tzv. bankrotářů, tedy takových osob, které přivedly v minulosti nějakou jinou právnickou osobu do bankrotu. Dále tento společník nesmí být prokuristou téže veřejné obchodní společnosti. Podmínka existence bankrotu se neuplatní, pokud ostatní společníci věděli o tomto úpadku, a přesto jmenují daného společníka do funkce statutárního orgánu.¹²⁵ Podle mého názoru ale, německé právo si hledá určité stezky, kterými by mohla umožnit třetím osobám účast na obchodním vedení a jednání jménem společnosti. Je si vědomé toho, že právní povaha veřejné obchodní společnosti nedovoluje, aby se třetí osoby staly obchodními vedoucími nebo jednateli. Vyřešilo to touto smluvní cestou, aby tím mohla umožnit šikovným třetím osobám účastnit se života společnosti.

¹²⁴ Hüffer, U. Gesellschaftsrecht. 7. Auflage. Verlag C.H. Beck, 2007, s. 141-148. ISBN 978-3-406-56137-5.

¹²⁵ Dvořák, T. Osobní obchodní společnosti. Praha: Aspi-Wolters Kluwer, 2008, s. 153-155. ISBN 978-80-7357-383-6.

Závěr

Cílem mé diplomové práce bylo poukázat na shody, podobnosti a rozdíly v právní úpravě veřejné obchodní společnosti v německém a českém právním řádu. Principy a smysl veřejné obchodní společnosti jsou si v mnohém podobné, v obou právních řádech jde o obchodní společnost, která je založena na těsné vazbě mezi společnostmi a jejími společníky, kdy pro společnost a její existenci je důležitá konkrétní osoba společníka. V obou právních řádech ručí společníci osobně, solidárně, neomezeně svým majetkem.

Dále bych chtěla shrnout zejména rozdíly plynoucí z diplomové práce. Rozdíly začaly vznikat už v průběhu historického vývoje a byly zapříčiněny zejména tím, že se právní řády vyvíjely na území rozdílných států. I když šlo o státy německého vlivu, nemůžeme říct, že názory na veřejnou obchodní společnost byly stejné. Německý obchodní zákoník byl schválen a vstoupil v účinnost ještě v 19. století, zatímco úprava veřejné obchodní společnosti na českém území musela projít ještě mnohými změnami, dokud se její úprava v roce 1991 neustálila na dnešní platné.

Důležitým rozdílem mezi německou a českou úpravou pokládám subsidiární použití úpravy společnosti občanského práva v německém občanském zákoníku i pro veřejnou obchodní společnost, zatímco se český zákonodárce rozhodl úplně ignorovat úpravu smlouvy o sdružení pro podpůrné použití i pro veřejnou obchodní společnost. Německé právo přiznává tomuto sloučení osob postavení společnosti, české právo považuje jeho český ekvivalent jen za smlouvu. Zajímavé je zkoumat, že i když tyto dvě „společnosti“ mají toho hodně společného, české právo dodržuje hranice smlouvy a nepřiznává tomuto sloučení osob žádná další práva, jak to dělá německé právo pro společnost občanského práva. Společnost občanského práva hraje důležitou roli pro existenci veřejné obchodní společnosti, mnohé její paragrafy jsou zároveň i paragrafy OHG, kdežto smlouva o sdružení vůbec neovlivňuje vznik nebo existenci české veřejné obchodní společnosti.

Nejdůležitější rozdíl mezi německou a českou veřejnou obchodní společností jsem spatřovala právě v pojmání její právní subjektivity. V tomto případě jde o úplně rozdílné nazírání německého a českého zákonodárce. Zatímco německý zákonodárce se rozhodl odeprít OHG postavení právnické osoby, český zákonodárce se naopak rozhodl

ji tuto pozici přiznat a oddělit ji úplně od osob jejích společníků. Německý zákonodárce si ale musel uvědomit, že entita bez úplné právní subjektivity by neplnila efektivně svůj úkol, proto tedy přiznal OHG částečnou právní subjektivitu, přičemž ji ale nadále odmítal přiznat postavení právnické osoby. České právo si je zase na druhé straně vědomé toho, že není možné úplně odloučit společnost a její společníky, protože by pak v takovém případě význam veřejné obchodní společnosti také zanikl. Český zákonodárce si také uvědomuje, že jde o osobní společnost a tuto její vlastnost je nutné respektovat a dodržovat principy osobních společností. Jinak je veřejná obchodní společnost definována v zákoně podobně, jejím smyslem je osobní neomezené ručení společníků svým majetkem v obou právních řádech. Podmínky na to, aby se někdo stal společníkem, však nejsou stejné. V českém právu je nutné, aby dotyčná osoba splňovala zákonem dané podmínky, v Německu je tato možnost obširnější a společníkem se může stát např. i nezletilá osoba.

Dalším bodem porovnání bylo založení a vznik veřejné obchodní společnosti ve srovnávaných zemích. Také zde můžeme spatřovat relativně velkou odlišnost, která spočívá v tom, že české právo striktně rozlišuje mezi založením a vznikem společnosti, kdežto německé právo takovéto rozlišení nemá. Německé právo akcentuje rozdíl mezi momentem vzniku společnosti pro její společníky a moment vzniku společnosti, resp. také účinnost společnosti pro třetí osoby. Můžeme sledovat tři časové okamžiky vzniku německé OHG, které závisí od pohledu a postavení dotyčného subjektu. Společnost vzniká v jiný moment pro společníky než pro třetí osoby. České právo váže vznik společnosti striktně na zápis do obchodního rejstříku, kdy společnost začne existovat jako právnická osoba. Když vycházíme z rozdílností výše uvedených, musíme si všimnout, že se tyto odlišnosti odrážejí i v úpravě jednání jménem společnosti před jejím vznikem nebo v úpravě neplatnosti společnosti. Zápis do obchodního rejstříku jakož i firma společnosti jsou si naopak v mnohém podobné. V obou právních řádech se musí dodržovat principy firemního práva a i obchodní rejstřík a zápis do něj představuje povinnost v obou právních řádech.

Dalším bodem porovnání byly práva a povinnosti společníků. Tady můžeme shledat mnoho podobností, ale i odlišností spočívající zejména ve vkladové povinnosti. Český právní řád takovou povinnost pro veřejnou obchodní společnost nezná, společníci si ale mohou dobrovolně sjednat vkladovou povinnost. Německé právo naopak stanoví

vkladovou povinnost pro OHG. Zajímavé je i to, že zatímco české právo přísně zakazuje vklad ve formě služeb nebo pracovních úkonů, německé právo umožňuje širokou škálu různých vkladů, včetně služeb nebo pracovních úkonů. Mezi práva a povinnosti společníků v obou právních řádech patří i podíl na zisku a ztrátě, dále vypořádací podíl a podíl na likvidačním zůstatku. Zákaz konkurenčního jednání je upraven velmi podobně, sleduje se jím stejný cíl v obou právních řádech. Právo a povinnost účastnit se na řízení společnosti znají také oba právní řády. Ručení společníků je v obou právních řádech základní povinností společníků.

Další rozdíly se vyskytují u dědění podílu, i když i tady je možné najít shody. Nejvýznamnějším rozdílem je to, že české právo hledí na dědice jako na „jednoho společníka“, kdežto německé právo na ně hledí jako na samostatné společníky.

Konečně se diplomová práce vypořádává s obchodním vedením a jednáním jménem společnosti, popř. statutárním orgánem. Německé právo na rozdíl od českého přísně odlišuje tyto dva pojmy jak v zákoně, tak i v praxi, přičemž důraz klade na obchodní vedení. České právo také rozlišuje mezi těmito pojmy, ale nevěnuje obchodnímu vedení tolik pozornosti jako statutárnímu orgánu. V praxi pojímá tyto dvě oblasti řízení společnosti spojené do jednoho celku. Zde tedy také vidíme rozdíl mezi německým pojmáním veřejné obchodní společnosti jako vnitřní společnosti a českým pojmáním veřejné obchodní společnosti jako vnější společnosti. Zatímco německé právo se zaměřuje na vztahy uvnitř, české právo spíše akcentuje vztahy navenek. Další rozdíl spočívá i v odměňování obchodních vedoucích, popř. statutárního orgánu.

Úplně na závěr je možné konstatovat, že i když nacházíme mnoho rozdílů mezi českou a německou právní úpravou veřejné obchodní společnosti, její smysl a principy jsou v obou právních řádech stejné a vzhledem k zaručení právní jistoty by také i měly zůstat. Pokusila jsem se načrtnout některé rozdíly, jakož i poukázat na shody a podobnosti veřejné obchodní společnosti v německém a českém právním řádu. Některé oblasti, jako jsou zrušení a zánik společnosti, její likvidace, nebo vstup a výstup společníka, tedy vznik a zánik účasti společníka na společnosti, jakož i podrobnosti institutu ručení jsem už nemohla z rozsahových důvodů této diplomové práce do ní zahrnout. Je nutné však zkonstatovat, že výše uvedené rozdíly nebo shody nejsou taxativní a existují i další, které by však mohly být předmětem další kvalifikační práce.

Seznam zkratek

OHG	offene Handelsgesellschaft (veřejná obchodní společnost v německém právním řádu)
HGB	Handelsgesetzbuch (obchodní zákoník Německé spolkové republiky ze dne 10.5. 1897 ve znění pozdějších předpisů)
Obch.z., obchodní zákoník	Obchodní zákoník České republiky (zákon č. 513/1991 Sb. ve znění pozdějších předpisů)
Obč.z.	Občanský zákoník České republiky (zákon č. 40/1964 Sb. ve znění pozdějších předpisů)
BGB	bürgerliches Gesetzbuch (občanský zákoník Německé spolkové republiky ze dne 18.8.1896 ve znění pozdějších předpisů)

Seznam pramenů a použité literatury

Publikace:

1. BAMBERGER, H.G.; ROTH, H. *Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch, § 611- 1296*, München: C.H. Beck, 2003. ISBN 3-506-46511-0.
2. BRIX, A. *Das allgemeine Handelsgesetzbuch aus Standpunkt der österreichischen Gesetzgebung*. Wien: Druck und Verlag von Carl Gerold, 1864. Dostupný i na WWW <http://dlib-pr.mpiet.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/bigpage/%22112077_00000098.gif%22>.
3. DVOŘÁK, T. *Osobní obchodní společnosti*. Praha: Aspi-Wolters Kluwer, 2008. ISBN 978-80-7357-383-6.
4. DVOŘÁK, T. *Veřejná obchodní společnost*. 1. vydání. Praha: Aspi, 2003. ISBN 80-86395-61-8.
5. EBENROTH, C.T.; BOUJONG, K.; JOOST, D: *HGB Handelsgesetzbuch, Band 1, §§ 1-342 a, Kommentar*. München: C.H.Beck, 2001. ISBN 3-8006-2440-0.
6. EISENHARDT, U. *Gesellschaftsrecht*. 11. Auflage. München: C.H.Beck, 2003. ISBN 3-406-51324-7.
7. EISENHARDT, U. *Gesellschaftsrecht*. 13. Auflage. München: C.H.Beck, 2007. ISBN 978-3-406-55628-9.
8. ELIÁŠ, K. *Kurs obchodního práva-Právnícké osoby jako podnikatelé*. 2. vydání. Praha: C.H.Beck, 1998. ISBN 80-7179-137-7.
9. ELIÁŠ, K.; BARTOŠÍKOVÁ, M.; POKORNÁ, J. a kol. *Kurs obchodního práva, Právnícké osoby jako podnikatelé*. 5. vydání. C.H.Beck, 2005. ISBN 80-7179-391-4.
10. FALDYNA, F. a kol. *Obchodní právo*. Praha: Aspi, 2005. ISBN 80-86395-90-1.
11. GRUNEWALD, B. *Gesellschaftsrecht*. 5. Auflage. Tübingen: Mohr Siebeck, 2002. ISBN 3-16-147883-5.
12. HADDING, W. *Die HGB-Klausur*. 2. Auflage. München: C.H. Beck, 1995. ISBN 3-406-30851-1.
13. HORN, N.; HEYMANN, E.; BERGER, K.P. und kol. *Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht): Kommentar, Band 1, Einleitung; §§ 1-104*. 2. Auflage. Berlin: de Gruyter, 1995. ISBN 3-11-013755-0.

14. HUECK, A. *Das Recht der offenen Handelsgesellschaft: systematisch dargestellt*. 4. Auflage. De Gruyter, 1971. ISBN 8-11-003646-0.
15. HÜFFER, U. *Gesellschaftsrecht*. 7. Auflage. München : Verlag C.H. Beck, 2007. ISBN 978-3-406-56137-5.
16. JUNG, P. *Handelsrecht*. 5. Auflage. München: C.H.Beck, 2006, ISBN 3-406-55197-1.
17. KEYSSNER, H. *Allgemeines deutsches Handelsgesetzbuch/Nach Rechtsprechung und Wissenschaft*. Stuttgart: Verlag Enke, 1878. Dostupný i na WWW <http://dlib-pr.mpg.de/m/kleioc/0010/exec/bigpage/%22158457_00000090.gif%22>.
18. KINCL, J.; URFUS, V. *Římské právo*. 1. vydání. Panorama/Praha, 1990. ISBN 80-7038-134-5.
19. KLUNTZINGER, E. *Grundzüge des Gesellschaftsrechts*. 15. Auflage. München: Verlag Franz Vahlen, 2009. ISBN 978-3-8006-3579-5.
20. KNAPPOVÁ, M.; ŠVESTKA, J.; DVOŘÁK, J. *Občanské právo 2, Díl třetí: Závazkové právo*. 4. vydání. ASPI, 2006. ISBN 80-7357-131-5.
21. KOBLIHA, I; KALFUS, J.; KROFTA, J.; KOVAŘÍK, Z.; KOZEL, R.; POKORNÁ, J.; SVOBODOVÁ, Y. *Obchodní zákoník komentář*. Linde Praha a.s., 2006. ISBN 80-7201-564-8.
22. MALOVSKÝ-WENIG, A. *Průručka obchodního práva*. Československý kompas v Praze, 1947.
23. OETKER, H. *Handelsrecht*. 4. Auflage. Berlin-Heidelberg: Springer, 2005. ISBN 3-540-21880-7.
24. PATAKYOVÁ, M. a kol. *Obchodný zákoník, Komentár*. 1. vydanie. Praha: C.H.Beck, 2006. ISBN 80-7179-510-0.
25. PELIKÁNOVÁ, I. *Komentář k obchodnímu zákoníku, 2.díl, § 56-260*. Linde Praha a.s., 1995. ISBN 80-85647-52-4.
26. PELIKÁNOVÁ, I. *Komentář k obchodnímu zákoníku , 2.díl, § 56-104e*. 3. vydání. ASPI, 2004. ISBN 80-86395-99-5.
27. PELIKÁNOVÁ, I. *Veřejná obchodní společnost. Srovnávací právo obchodní*. 1. vydání. Praha: Orac, 2002. ISBN 80-86199-49-5.

28. PELIKÁNOVÁ, I.; ČERNÁ, S. a kol. *Obchodní právo. Společnosti obchodního práva a družstva. II.díl.* 1. vydání. ASPI, 2006. ISBN 80-7357-149-8.
29. REINHARDT, R.; SCHULTZ, D. *Gesellschaftsrecht.* 2. Auflage. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1981. ISBN 3-16-644251-0.
30. STAUB, H.; ULMER, P. und kol. *Handelsgesetzbuch: Grosskommentar, Band* 2. 4. Auflage. de Gruyter Recht, 2005. ISBN 978-3-89949-189-0. Dostupný i na WWW
<http://books.google.com/books?id=yhuoUZyfvGYC&pg=PA129&lpg=PA129&dq=Handelsgesetzbuch:+Grosskommentar,+Band+2&source=bl&ots=_xB0Ig1G4C&sig=0-FjfEG6CXiocAhE2BpgLTJi8F0&hl=sk&ei=dyWBS9KIDJTsmwOW0eHRBg&sa=X&oi=book_result&ct=result&resnum=7&ved=0CCgQ6AEwBg#v=onepage&q=&f=false>.
31. SUDHOFF, H. *Der Gesellschaftsvertrag der Personengesellschaften.* 6. Auflage. München: C.H. Beck, 1985. ISBN 3-406-30556-3.
32. SUDHOFF, H: *Personengesellschaften.* 8. Auflage. München : Verlag C.H.Beck, 2005. ISBN 3-406-52235-1.
33. ŠTENGLOVÁ, I.; PLÍVA, S.; TOMSA, M. a kol. *Obchodní zákoník, komentář,* 10., podstatně rozšířené vydání. C.H.Beck, 2005. ISBN 80-7179-346-9.
34. THIEL, K. *Das Gesetz zur Beschränkung der Haftung Minderjähriger.* Tübingen: Mohr Siebeck, 2002. ISBN 3-16-147722-7.
35. ULMER, P. *Münchener Kommentar: Bürgerliches Gesetzbuch, Schuldrecht, Besonderer Teil III.* 3. Auflage. C.H. Beck, 1997. ISBN 3 406 35815 2.
36. WENIG, A. *Příručka obchodního práva platného v Čechách, na Moravě a ve Slezku.* Druhé vydání. Brno: Typos, 1922.

Internetové zdroje:

1. *Der Minderjährige im Handelsrecht- familiengerichtliche und vormundschaftsgerichtliche Genehmigungen bei der Beteiligung von Minderjährigen an Gesellschaften und Erwerbsgesellschaften [online].* [cit. 20.2.2010]. Dostupný na WWW
<<http://www.justiz.sachsen.de/agl/download/regminderjaehrige.pdf>>.

2. *BGB Gesellschaft*[online].[cit. 20.2.2010]. Dostupný na WWW
<<http://www2.jura.uni-halle.de/download/Smid/Meyer/ws01/handel12.pdf>>.

Právní předpisy:

1. 1875 évi XXXVII. törvénycikk, kereskedelmi törvény, dostupný i na WWW
<<http://www.1000ev.hu/index.php?a=3¶m=5692>>, zákon maďarské části Rakousko – Uherské monarchie.
2. Zákon č. 141/1950 Sb., občanský zákoník.
3. Zákon č. 109/1964 Sb., hospodářský zákoník.
4. Zákon č. 103/1990 Sb., zákon, kterým se mění a doplňuje hospodářský zákoník.
5. Zákon č. 513/1991 Sb., obchodní zákoník ve znění pozdějších předpisů.
6. Zákon č. 40/1964 Sb., občanský zákoník ve znění pozdějších předpisů.
7. Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch, zákon Rakouské monarchie ze dne 1.6.1811 ve znění pozdějších předpisů, dnes zákon Spolkové republiky Rakousko.
8. Zákon č. 455/1991 Sb., zákon o živnostenském podnikání (živnostenský zákon).
9. Zákon č. 99/1963 Sb., občanský soudní řád ve znění pozdějších předpisů.
10. Bürgerliches Gesetzbuch ze dne 18.8.1896 ve znění pozdějších předpisů, zákon Spolkové republiky Německo.
11. Handelsgesetzbuch ze dne 10. 5. 1897 ve znění pozdějších předpisů, zákon Spolkové republiky Německo.
12. Zákon č. 2/1993 Sb., Listina základních práv a svobod ve znění pozdějších předpisů.
13. Minderjährigenhaftungsbeschränkungsgesetz (MhbeG) ze dne 25.8.1998 ve znění pozdějších předpisů, zákon Spolkové republiky Německo.
14. Zivilprozessordnung ze dne 30.1.1877 ve znění pozdějších předpisů, zákon Spolkové republiky Německo.

Rozhodnutí soudů:

1. *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen*. BGHZ 34, 296: III. Zivilsen. Urt. v. 16.2.1961 i.S.B. (Bekl.) w. AOKA (Kl.) III ZR 71/60. Köln-Berlin, Carl Heymann's Verlag, 1961.

2. Rozsudek Nejvyššího soudu České republiky ze dne 24. 4. 2007, sp. zn. 29 Odo 1082/2005. Dostupný i na WWW
<<http://www.nsoud.cz/rozhod.php?action=read&id=35354&searchstr=29+Odo+1082%2F2005>>.

Články v odborných periodikách:

1. ELIÁŠ, K. *Veřejná obchodní společnost*. Právník, 1998. č.1. ISSN 0231-6625.
2. PÜRNER, S.; POKORNÁ, J. *SRN: Spolkový soudní dvůr (BGH): Rozhodování ve veřejné obchodní společnosti a jednání jménem veřejné obchodní společnosti* ze dne 4.11.1982 sp.zn. II ZR 210/81. Právní rozhledy, 1993. č. 5, ISSN 1210-6410.

Title of the Master thesis in English and abstract

COMPARISON OF THE LEGAL ADJUSTMENT OF THE GENERAL PARTNERSHIP IN THE CZECH AND GERMAN LEGAL SYSTEMS

Abstract:

The purpose of my thesis is to analyse the differences and similarities between the general partnership in the Czech and German legal system. The reason for my research is to identify the differences and the similarities between the two companies mentioned above to demonstrate how the laws and legal adjustments in different countries of the European Union are.

The thesis is composed of an introduction, seven chapters and a conclusion, each of them dealing with different aspects of the legal adjustment of the general partnership (hereinafter referred to as “partnership“).

The introduction defines the basic terminology used in the thesis: history, company of private law, legal personality, legal characteristics and definition of the partnership, foundation and formation of the partnership, the rights and duties of the partners and the governing of the partnership.

Chapter One deals with the brief history of the partnership in both countries and describes the similarities and differences between the companies in the past.

Chapter Two examines the common features of the German company of private law which serves as a legal basis for the partnership and the contract of association, the Czech equivalent of the company of private law which is however not considered to be a company, and the partnership in the German and Czech legal systems. The aim of this chapter is to demonstrate how the company of private law influences the partnership in one legal system whereas in the other legal system there is a strict border between the contract of association and the partnership.

Chapter Three studies the differences of the legal personalities in both legal systems. In the Czech legal system, the partnership and its partners are two different persons whereas in the German legal system the partnership has only a partial legal personality and it is not considered to be a legal entity. Subchapter One illustrates the comparison of the legal person and partial legal personality.

Chapter Four investigates the difference and similarity in the legal characteristic and definition of the partnership in both law systems. The subchapter concentrates on the legal position of the partners of the partnerships.

Chapter Five is about the foundation and formation of the partnership that is regarded in a completely different manner in the Czech and in the German legal system. This chapter consists of four parts. Part One focuses on the registration of the partnership into the Company's Register. Part Two deals with the firm of the partnership. Part Three illustrates the comparison of the foundation and formation of the partnership in the compared legal systems and part Four deals with the deficiencies of the partnership.

Chapter Six provides an outline of relevant differences and similarities in the rights and duties of the partners. Part One shows a general exposition of the rights and duties. Part Two compares two important duties: the Czech duty of care of a regular manager and the German duty of loyalty. Both of them are different kinds of due diligence. Part Three deals with the deposit duty, part Four concentrates on the other duties and rights and the last part Five touches the issue of the inheritance of the partnership's share.

Chapter Seven concentrates on the governing and managing of the company. Part One describes some general issues of the company's conduct, part Two illustrates the managing of the company and part Three compares the dealing in the name of the company.

The conclusion drawn in the end of the thesis provides a summary of the results of the previous comparison.

The main aim of the thesis is to prove that my initial hypothesis has been reached. I cannot suggest any legislative changes because the adjustment of the partnership refers to two different independent countries. Both structures have advantages and disadvantages and the only thing I can suggest is to consider some

advantages of the German law, for example the legal opinion about the defective company, and implement them into the Czech legal system.

Key words: general partnership, Czech legal system, German legal system, differences, similarities.

Klíčová slova: veřejná obchodní společnost, český právní řád, německý právní řád, rozdíly, podobnosti.