

## Autonomie vůle – zhodnocení stavu<sup>1</sup>

K o d e k, G.\*

KODEK, G.: Autonomie vůle – zhodnocení stavu. Právní obzor, 102, 2019, č. 6, s. 457 – 469.

**Autonomy of the will – evaluation of situation.** Autonomy of the will is the essential concept of private law. Autonomy of the will means the possibility for each legal person to organise its legal relations according to its own free will. It is part of the general principle of self-determination and is it specified mostly by norms of private law. Traditionally, autonomy of the will is most strongly exercised in the law of obligations. Nevertheless, autonomy of the will is never exercised without any restriction. Limitations on autonomy of the will result not only from the need to protect the others, but also from the protection of public interests. In any case, it is essentially undeniable in legal orders of free democratic states.

**Key words:** *private law, freedom of contract, restricting the freedom of contract, public policy limitation of freedom of contract*

### 1. Úvod

Autonomie vůle představuje stěžejní pojem soukromého práva. V každém případě je zásadně nepopíratelná v právních řádech svobodných demokratických států. Autonomie vůle není nicméně nikdy uskutečňována neomezeně. Omezení vyplývají nejen z nutnosti ochrany jiných, nýbrž také z ochrany veřejných zájmů. Nutnost takových omezení byla jasně známa již Franzi Zeillerovi. Nejvyšší zásadou pro něj bylo omezit svobodu jednotlivce tak, aby vedle ní mohly existovat svobody ostatních.<sup>2</sup> Charakteristická je jeho formulace, že právo „je omezení svobody každého jednotlivce za podmínky, že je s tím slučitelná svobodná působnost všech ostatních“.<sup>3</sup> Způsob a rozsah těchto omezení jsou v průběhu vývoje práva podrobeny silným změnám. Zde musíme konstatovat naprosto opačné tendence. Zatímco na jedné straně byly zánikem tradičních morálních představ například v rodinném právu rozšířeny možnosti uspořádání, vede pokus respektovat ve velké míře posuzování základních práv, především zásadu rovného zacházení, i v soukromém právu k výraznému posunu významu. Tento příspěvek se pokouší o stručné zhodnocení.

\* Univ.-Prof. Dr. Georg K o d e k, LL.M., WU – Institut für Zivil – und Zivilverfahrensrecht, Wien.

<sup>1</sup> Písemná forma přednášky prezentované dne 13. 6. 2019 v rámci Karlovarského právního fóra. Forma přednášky byla do velké míry zachována a doplněna o některé poznámky. Kromě níže citované literatury srov. především BYDLINSKI, F., *Privatautonomie und objektive Grundlagen des verpflichtenden Rechtsgeschäftes; Medicus, Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht? Erscheinungsformen, Gefahren, Abhilfen* (1994); Merz, *Privatautonomie heute – Grundsatz und Rechtswirklichkeit* (1970).

<sup>2</sup> *Ingenhaeff*, Martini jako učitel Zeillera, in BARTA/PALME/INGENHAEFF, *Naturrecht und Privatrechtskodifikation* (1999) 261 (272).

<sup>3</sup> OFNER, *Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des Österreichischen Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches* (1889) 1.

## 2. Pojem a podstata

Autonomií vůle rozumíme možnost každého právního subjektu uspořádat své právní vztahy svobodně podle své vůle.<sup>4</sup> Je součástí obecné zásady sebeurčení a je konkretizována v převážné míře normami soukromého práva. Vyplyvá z ní svoboda pořídit o svém majetku pro případ smrti<sup>5</sup> a smluvní svoboda.<sup>6</sup> Smluvní svobodou rozumíme podle klasické formulace *Flumeho* „princip vlastního uspořádání právních vztahů jednotlivce dle jeho svobodné vůle“.<sup>7</sup> Podle něj se může každá osoba svobodně rozhodnout, zda, s kým a o čem uzavře smlouvy (volnost při uzavírání smluv a volnost určit jejich obsah). Doplňuje je volnost zrušit smlouvy zásadně kdykoliv dohodou (volnost ukončení) a zásadní volnost formy smlouvy (§ 883 rakouského občanského zákoníku ABGB).

Autonomie práva je charakteristická pro soukromé právo. Judikatura hovoří o „nejvyšší zásadě“ soukromého práva.<sup>8</sup> Smlouvy se sice vyskytují i mimo soukromé právo, například v mezinárodním právu nebo ve veřejném právu, které např. stanovuje smlouvy mezi spolkovými zeměmi resp. spolkovými zeměmi a Rakouskou republikou (čl. 15a rakouského spolkového ústavního zákona B-VG). Ty však sledují zcela jiný účel. Autonomie vůle a smluvní svoboda nejsou zajišťovány samoúčelně, slouží především k sebeurčení osoby. Autonomie vůle není sice výslovně vymezena a zajištěna ústavním právem, avšak lze ji odvodit mimo jiné jako základní právo ze záruky vlastnického práva (čl. 5 rakouského ústavního zákona StGG) a svobody nabytí (čl. 6 rakouského ústavního zákona StGG).<sup>9</sup> Omezení svobody jednotlivce určit si sám uspořádání svých právních vztahů k ostatním je podle judikatury rakouského Nejvyššího soudu (Oberstes Gerichtshof) třeba respektovat pouze v případě existence mimořádných okolností při řešení závažných střetů zájmů.<sup>10</sup>

## 3. Druhy

### 3.1. Věcné právo

Na tomto místě se stručně zmíníme o některých aspektech autonomie vůle v různých dílčích oblastech civilního práva. Ve věcném právu definuje § 354 rakouského občanského zákoníku ABGB – v původním znění bez změny – vlastnictví jako „oprávnění volně

<sup>4</sup> WELSER/KLETEČKA, *Bürgerliches Recht* 115 [2018] marg. č. 310 a násl.

<sup>5</sup> K tomu VfGH G 409/2017; VfSlg 20.032.

<sup>6</sup> K tomu VfSlg 13.963, 20.089.

<sup>7</sup> FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, 4. Aufl. 1992, § 1, 1.

<sup>8</sup> Srov. např. 9 Ob 6/03 b; 7 Ob 273/03 b *ecolex* 2004/122; viz také 1 Ob 20/70 ZAS 1973, 134 = Arb 8703.

<sup>9</sup> KORINEK/HOLOUBEK, *Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung* [1993] 134 viz argumentace tamtéž.

<sup>10</sup> 6 Ob 187/99i; RIS-Justiz RS0113652; VfGH G 139 – 141/88 aj. VfSlg 12.227 = JBl 1990, 310; 9 ObA 56/11 t: *Teil der Eigentumsgarantie*; srov. PERNTHALER, ZÖR 17 (1967) 50 f; FRÖHLER/OBERNDORFER, *Wirtschaftsrecht* 15 a násl.; SCHÄFFER, GA 5. ÖJT 32 f, 108 a násl.; SCHANTL in FS Korinek 146; MAYER-MALY in FS Korinek 152; MARSCHALL, *Privatautonomie* 13 a násl.; GRILLER, ZfV 1983, 115; KORINEK/HOLOUBEK, *Privatwirtschaftsverwaltung* 134 viz arg. tamtéž srov. KHAKZADEH-LEILER, *Die Grundrechte in der Judikatur des Obersten Gerichtshofs* [2011] 34 a násl.

nakládat s podstatou věci a s jejími užitky a vyloučit z toho každého jiného“. Podobné úpravy obsahuje francouzský občanský zákoník Code civil v čl. 544, německý občanský zákoník BGB v § 903 a švýcarský občanský zákoník ZGB v čl. 641. Ze zdůraznění výlučné funkce vlastnického práva působivě vyplývá nadčasovost rakouského občanského zákoníku ABGB, jehož autoři předeslali jednotlivé důležité aspekty moderní makroekonomie (*property rights theory*).

Nicméně právě na příkladu vlastnického práva se zjevně ukazuje, že by poskytnutí neomezené svobody šlo k tíži jiných. Proto poskytuje zákonodárce od roku 1916 v sousedském právu (§ 364 rakouského občanského zákoníku ABGB) ochranu před nadměrnými imisemi, jako je hluk nebo zápach. Tím upravuje meze výkonu práva pro vymezení oprávnění majitelů rovnocenných práv, tedy majitelů sousedních pozemků. Tato ochrana byla v roce 2003 rozšířena o takzvané „negativní imise“, tedy odnětí vzduchu nebo světla (§ 364 odst. 3 rakouského občanského zákoníku ABGB)

Jinak se autonomie vůle uskutečňuje ve věcném právu pouze velmi omezeně. V zájmu právní jistoty stanovuje zákonodárce *numerus clausus* věcných práv k věci (takzvaný „uzavřený počet“), dohodou nelze vytvořit věcná práva k věci, která nejsou stanovena v zákoně. Nebylo by to slučitelné s absolutní účinností věcných práv k věci. Z důvodu právní jistoty a ochrany právního styku může nárokovat absolutní platnost, a tedy respektování každým, pouze omezený, nevelký počet práv.

Autonomie vůle byla rozšířena uznáním vlastnictví bytu jako historicky nejmladšího věcného práva k věci, dále v jistém smyslu možností volby práva také v oblasti věcného práva. Tato možnost má však své meze, musí být totiž také brán zřetel na ochranu tuzemského právního styku. Z tohoto důvodu dlouho odmítal rakouský Nejvyšší soud OGH uznat v Německu doložené, nezveřejněné zajištění.<sup>11</sup> Takové nezveřejněné zajištění není podle něj slučitelné se základními principy rakouského práva. Nedávno však rakouský Nejvyšší soud OGH v rozhodnutí, které zasluhuje povšimnutí, od této linie judikatury upustil.<sup>12</sup> Podle něj přemístění věci do Rakouska navzdory zde platných striktních požadavků na zveřejnění nic nemění na účinnosti zajištění, které bylo v Německu doloženo dohodou o převedení vlastnictví. Aplikace zásady zástavy movité věci jako územního imperativního ustanovení podle něj porušuje volný pohyb kapitálu a zboží. Protože ochrana uspořádání zboží a věřitelů a ochrana důvěry v právním styku jsou v rámci rakouského práva zjevně dostatečně zajištěny i tehdy, když se současně připustí – v praxi velmi rozšířené – objektové zajištění, jako je například výhrada vlastnického práva (a finanční leasing). Existence objektového zajištění podle toho zjevně nepředstavuje tak velké riziko pro uvedené veřejné zájmy. Proto neuznání objektového zajištění, které je platně doloženo v zahraničí, nemůže nijak pozoruhodně přispět k uskutečnění těchto důvodů vylučujících protiprávnost.

<sup>11</sup> 3 Ob 126/83.

<sup>12</sup> Rakouský Nejvyšší soud (OGH) 3 Ob 249/18s. K tomu LURGER, Besitzloses (deutsches) Sicherungseigentum überlebt den Grenzübertritt nach Österreich: Der OGH verabschiedet sich von einem 35 Jahre alten Rechtssatz. Zu 3 Ob 249/18s = Zak 2019/235, 134, Zak 2019, 124.

### 3.2. Rodinné právo

V rodinném právu tradičně podléhá autonomie vůle z důvodu veřejného zájmu většímu omezení.<sup>13</sup> Společenský vývoj zde však v průběhu posledních 100 let přinesl významné zvraty. Sahají od reformy rodinného práva v 70. letech minulého století, která směřovala od muže jako hlavy rodiny k partnerskému sňatku, po zavedení registrovaného partnerství pro osoby stejného pohlaví v roce 2009.

Rozhodnutí rakouského Ústavního soudu (VfGH), který v omezování manželství na heterosexuální partnerství a registrovaného partnerství na homosexuální partnerství spatřoval diskriminaci, dokonce posledně přišlo s „manželstvím pro všechny“.<sup>14</sup> Podle názoru rakouského Ústavního soudu VfGH si momentálně manželství a registrované partnerství navzájem do velké míry odpovídají jak úpravou, tak právními následky. Mladší právní vývoj umožňuje podle soudu především společné rodičovství i párů stejného pohlaví: páry stejného pohlaví smějí (společně) adoptovat děti a rovněž rovnoprávně využívat přípustné formy lékařsky podporované reprodukce. Rozlišení na dva právní instituty nelze proto dnes podle rozhodnutí soudu zachovat, aniž by byly páry stejného pohlaví diskriminovány s ohledem na jejich sexuální orientaci. Protože tímto způsobem je z perspektivy párů se stejným pohlavím s odlišným právním institutem zveřejněno a pro všechny dáno najevo, že vztah evidovaný registrovaným partnerstvím mezi dvěma osobami stejného pohlaví je něco jiného než manželství mezi osobami různého pohlaví, i když jsou oba vztahy založeny intencionálně na stejných hodnotách. Rozdělení na dva právní instituty tedy vyjadřuje – i při stejné právní úpravě, že osoby s homosexuální orientací nejsou stejné jako osoby s heterosexuální orientací. Diskriminující účinek, který je tímto způsoben, se projevuje údajně v tom, že díky různému označení rodinného stavu („vdaná“, resp. „ženatý“, versus „žijící v registrovaném partnerství“) by osoby v homosexuálním partnerství i v souvislostech, ve kterých sexuální orientace nehraje žádnou roli a ani roli hrát nesmí, tuto orientaci musely zveřejnit a zvláště na historickém pozadí podstupují riziko, že budou diskriminovány. Před takovým účinkem má mimořádným způsobem chránit čl. 7 odst. 1 věta 2 rakouského spolkového ústavního zákona (B-VG). Zákoně oddělení vztahů osob opačného pohlaví a stejného pohlaví na dva různé právní instituty tím údajně porušuje zákaz zásady rovnosti diskriminovat osoby na základě osobních charakteristických rysů, jakým je zde sexuální orientace.

### 3.3. Dědické právo

V dědickém právu je autonomie vůle vyjádřena v právu zůstavitele rozhodovat o budoucím osudu svého majetku. Toto právo není v Rakousku – stejně jako ve většině států – právem bezpodmínečným, nýbrž je omezeno právem na povinný podíl blízkých rodinných příslušníků. Dochází tak k pokusu o kompromis mezi disponováním dle autonomie vůle a vázaností majetku na rodinu. Poslední reforma<sup>15</sup> přišla s rozšířením volnosti v dis-

<sup>13</sup> Srov. však 6 Ob 179/05 z EvBl 2006/52 k autonomii vůle u osvojecí smlouvy.

<sup>14</sup> Rakouský Ústavní soud (VfGH) 4. 12. 2017 G 258/2017 aj. (G 258-259/2017-9).

<sup>15</sup> Zákon o změně dědického práva 2015 – ErbRÄG 2015.

ponování zůstavitele, protože byla omezena práva na povinný podíl u rodičů a dětí: rodiče již nemají na rozdíl od dřívějšího práva na povinný podíl. Kromě toho byly rozšířeny možnosti uspořádání zůstavitele. Zde je především nutné poukázat na možnost odkladu povinného podílu (§ 766 rakouského občanského zákoníku ABGB).

Rozšíření možností uspořádání dle autonomie vůle přineslo také rozšíření možností volby práva prostřednictvím evropského nařízení o dědictví EuErbVO.<sup>16</sup> Podle čl. 22 evropského nařízení o dědictví EuErbVO si může každá osoba zvolit pro dědické právní nástupnictví právo státu, kterému náleží v okamžiku volby práva nebo v okamžiku své smrti. Zatímco tyto vývoje vedou k rozšíření autonomie vůle v dědickém právu, jsou zde v poslední době sledovány také výslovně opačné tendence. K tomuto tématu se ještě vrátíme.

### 3.4. Závazkové právo

Nejsilněji je autonomie vůle tradičně uskutečňována v závazkovém právu. Tato zásada je posílena § 859 rakouského občanského zákoníku ABGB. Autonomie vůle se projevuje v různých formách.<sup>17</sup> Volnost při uzavírání smluv zajišťuje možnost svobodně rozhodnout, zda a s kým uskutečnit právní úkony. Omezena je v případě kontraktační povinnosti neboli právní povinnosti uzavřít smlouvu, viz § 861 marg. č. a násl. Volnost určit obsah smlouvy zaručuje (v mnohem omezenějším rozsahu) právo na svobodné uspořádání obsahu.<sup>18</sup> Za podkategorie lze považovat volnost formy smlouvy, typu smlouvy a volnost ukončení smlouvy.

K zásadě autonomie vůle jurisdikce sahá opakovaně. Názorně to vysvětluje několik příkladů: v důsledku autonomie vůle se může např. někdo zavázat třetí straně k plnění veřejnoprávního nároku sama o sobě, přičemž je přípustná právní cesta.<sup>19</sup> Sjednání čistě majetkové jistoty (za účelem zajištění úvěru) je přípustné.<sup>20</sup> Úprava vedlejších úmluv o vrácení prázdných obalů při koupi („půjčení pytle“) je ponechána na autonomii vůle.<sup>21</sup> Dohoda o rozdělení pozůstalosti s účinností svěřenského nástupnictví je přípustná.<sup>22</sup> Obsahová úprava požitkových práv v zásadě podléhá autonomii vůle<sup>23</sup>; stejně jako rozdělení rizika, zda dojde k povolení stavebního záměru ve smlouvě o architektonické dílo.<sup>24</sup> Omezení odstupného na vyklizení nájemního objektu pro případ insolvence nájemce je přípustné.<sup>25</sup> Projevem autonomie vůle je například také přípustnost pozměňovací smlouvy.<sup>26</sup>

<sup>16</sup> Nařízení (EU) Nr. 650/2012 Evropského parlamentu a rady ze dne 4. července 2012 o příslušnosti, rozhodném právu, uznávání a výkonu rozhodnutí a přijímání a výkonu veřejných listin v dědických věcech a vytvoření evropského dědického osvědčení.

<sup>17</sup> K následujícímu RUMMEL in RUMMEL/LUKAS, ABGB<sup>4</sup> § 859 marg. č. 23.

<sup>18</sup> Srov. např. 5 Ob 43/70 JBI 1970, 473 – „tichá cese“.

<sup>19</sup> 4 Ob 39/73 SZ 46/60 pro sociální příspěvek rodině ve vztahu zaměstnavatel/zaměstnanec.

<sup>20</sup> 7 Ob 93/68 JBI 1969, 496.

<sup>21</sup> 6 Ob 549/79 SZ 52/59.

<sup>22</sup> 5 Ob 576/83 SZ 57/208.

<sup>23</sup> 1 Ob 105/10p ÖBA 2010/1663, 762.

<sup>24</sup> 10 Ob 58/07. p.

<sup>25</sup> 3 Ob 99/12y.

<sup>26</sup> 4 Ob 105/82 SZ 56/149 = DRdA 1984, 352 [Eypeltauer]; k tomuto rozhodnutí také Schwarz, DRdA 1985, 73 f); viz také ke změně propuštění na zrušení vzájemnou dohodou 8 ObA 42/09g DRdA 2010, 152.

## 4. Meze

### 4.1. Obecné meze

Autonomie vůle není neomezená. Meze vyplývají na jedné straně z ochrany nadřazených zájmů, na straně druhé ze snahy o ochranu slabších smluvních partnerů. Mnohé předpisy soukromoprávního charakteru nejsou přípustné žádné změně, nýbrž jsou kogentní, protože upravují nadřazené zájmy, které musejí být odebrány dispozitivnosti stran. Patří zde veřejné zájmy. Jako příklad lze na tomto místě uvést normy o uzavření a zrušení manželství (§ 44 rakouského občanského zákoníku ABGB, §§ 15, 17 rakouského zákona o manželství EheG). Manželství nevznikne, pokud nejsou dodrženy předpisy obsažené v zákoně o uskutečnění.

V rámci kogentního práva lze rozlišovat normy, které vážou určité typy smluv neopominutelnými předpoklady (forma, schválení apod.), nařizují neopominutelné právní následky (např. ochrana slabšího v nájemním, pracovním právu nebo právu na ochranu spotřebitele) nebo prohlašují jisté dohody za neúčinné. Některé dohody jsou obsahově nežádoucí. Zde je třeba odkázat na neplatnost právních úkonů, které odporují zákonu a přiči se dobrým mravům podle § 879 rakouského občanského zákoníku ABGB. § 879 rakouského občanského zákoníku ABGB odepírá platnost právním úkonům, které jsou v rozporu s právním řádem samotným nebo se základními hodnotami v něm zakotvenými.<sup>27</sup>

Avšak měřítko posouzení obsahu právního úkonu jako přičícího se dobrým mravům podléhá časem změnám. Rakouský nejvyšší soud (OGH) pokládal smlouvu o prostituci dlouhou dobu za přičící se dobrým mravům.<sup>28</sup> V roce 2012 byla jurisdikce změněna.<sup>29</sup> Smlouva o prostituci je nyní jednostranně závaznou smlouvou. Sexuální služba proto nemůže být zažalována. Pokud je však poskytnuta, může být velmi dobře soudně žalovatelná odměna za ni. Stejně jako dříve se dobrým mravům přiči např. smlouvy uzavřené za nápadně nevýhodných podmínek, u kterých existuje hrubý nepoměr mezi vzájemným plněním, a kde je využíván slabší smluvní partner (§ 879 odst. 2 bod 4 rakouského občanského zákoníku ABGB).

### 4.2. Ochrana slabší smluvní strany

Výchozím bodem úvah o ochraně slabší smluvní strany je postřeh, že teoreticky existující sebeurčení je ve skutečnosti často silně omezováno nebo vůbec neexistuje. Máme na mysli např. všeobecné obchodní podmínky velkého podniku, pozici zaměstnance nebo nájemce. To, že autonomie vůle dostatečně nechrání z hlediska struktury neúspěšnou stranu, demonstruje mimořádně plasticky případ *Lochner v. New York* rozhodnutý americkým Nejvyšším soudem Supreme Court v roce 1905.<sup>30</sup> Soud Supreme Court tehdy rozhodl, že

<sup>27</sup> RUMMEL In RUMMEL/LUKAS, ABGB<sup>4</sup> § 859 marg.č. 25.

<sup>28</sup> Srov. také rozpor s dobrými mravy smlouvy o spoluúčasti na erotickém filmu 14 Ob 192/86 („Das französische Frühstück“).

<sup>29</sup> 3 Ob 45/12g.

<sup>30</sup> *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905).

omezení pracovní doby na 10 hodin denně a 60 hodin týdně porušuje 14. dodatek (amendment). Jednalo se o nelogické, neúčelné a svévolné omezení smluvní svobody.

V současné době se objevily tři oblasti, ve kterých zákonodárce uznává typicky se vyskytující potřebu ochrany jedné ze dvou stran. Jedná se o právo na ochranu spotřebitele, pracovní právo a nájemní právo. V těchto oblastech zvolil zákonodárce do velké míry regulační postup jednostranně kognitivního práva na ochranu slabší strany, což by mělo zaručit o jistý druh minimální ochrany ve prospěch účastníka. Normativní stupeň nezávislosti uvedených oblastí je různý, pracovní právo dosáhlo v současnosti takového stupně nezávislosti, že se jedná o zvláštní soukromé právo.

V posledních letech se především z hlediska kontroly všeobecných obchodních podmínek VOP vyvinula navíc „materializace“ soukromého práva,<sup>31</sup> která povoluje smluvní vazbu v každém případě v oblasti ochrany spotřebitele a pro určité formy uzavření smluv (zásilkový obchod, podomní obchod, elektronické obchodování, určité pojistné smlouvy aj.) prostřednictvím práv na odstoupení a zužuje meze autonomie vůle, především dispozičnímu právu připisuje u znaku skutkové podstaty „hrubé znevýhodnění“ (§ 879 odst. 3 ABGB) silnější funkci směrnice.<sup>32</sup> Podle ní je odchýlení od dispozičního práva ve VOP považováno za hrubě znevýhodňující (a proto odporující dobrým mravům), pokud pro něj neexistuje mimořádné odůvodnění.

### **4.3. Požadavek formy**

Další mezi autonomie vůle jsou požadavky formy. Zásada volnosti formy platí sama o sobě s ohledem na uzavření smlouvy (§ 883 rakouského občanského zákoníku ABGB). Rakouské právo zde zachází dokonce mimořádně daleko tím, že ani u smluv o nemovitostech pro samotné uzavírání smluv nevyžaduje žádnou zvláštní formu (jinak je tomu při následném zapsání do katastru nemovitostí). V určitých případech je však zvláštní forma stanovena na ochranu před ukvapeností nebo k důkazním účelům. Příklady jsou povinnost notářského spisu u určitých smluv (například v právu obchodních společností nebo u darování bez skutečného předání), písemná forma ručení (§ 1346 odst. 2 rakouského občanského zákoníku ABGB) a způsoby porřízení závěti (§§ 579 a násl. rakouského občanského zákoníku ABGB). Nebude-li právní úkon vykonán v předepsané formě, je neúčinný, i když chtěly strany právní úkon nepochybně uzavřít s tímto obsahem. Tímto způsobem vyjádřil zůstavitel svou poslední vůli nepochybně ve formě videozávěti. Protože však videozáznam není uznávaným způsobem porřízení závěti, je tato poslední vůle irelevantní.

### **4.4. Kontraktační povinnost**

Omezení volnosti při uzavírání smlouvy existuje také u povinnosti uzavřít smlouvu neboli kontraktační povinnosti. Převážná část starší jurisdikce uznávala kontraktační

<sup>31</sup> *Canaris*, AcP 200 [2000] 273.

<sup>32</sup> RUMMEL In RUMMEL/LUKAS, rakouského občanského zákoníku ABGB<sup>4</sup> § 859 marg.č. 25.

povinnost pouze na základě právního nebo skutečného monopolního postavení u předmětů nezbytných k životu, kromě toho v právu na ochranu hospodářské soutěže při hrozícím zničení existence. Mladší jurisdikce jde v této oblasti ještě dále. Tento vývoj byl zahájen u kontraktační povinnosti veřejné moci.<sup>33</sup> Podle momentálně panujícího výkladu, které se vrací k výkladu *F. Bydlinského*, nesmí podnikající subjekt, který veřejně přislíbil plnění určitých věcí nebo služeb, odmítnout zájemci, který patří k oslovenému okruhu osob, pokud mu chybí přiměřené alternativní možnosti, bez objektivně opodstatněných důvodů příslušné plnění potřebné k uspokojení jeho potřeby a uzavření smlouvy, které plnění připravuje, pokud se přitom jedná o „běžnou potřebu“ [tedy tu, kterou potřebuje každý pro průměrné živobytí] nebo o „nutnou potřebu“.<sup>34</sup> Metodicky se zde použije zákaz poškození v rozporu s dobrými mravy (§ 1295 odst. 2 rakouského občanského zákoníku ABGB) a z něj se vyvodí požadavek uzavření smlouvy.<sup>35</sup>

V několika rozhodnutích převzal rakouský Nejvyšší soud OGH také takzvanou doktrínu *Essential facilities*, podle které vede ke kontraktační povinnosti také zákaz zneužití dominantního postavení na trhu. Kontraktační povinnost se vyskytuje např. tehdy, když monopolistický zhotovitel databáze (zde: obchodního rejstříku) bezdůvodně odmítá přístup k této databázi ostatním k dalšímu využití.<sup>36</sup> Stejně tak schválil rakouský Nejvyšší soud OGH kontraktační povinnost distributora filmového trháku „Asterix a Olympijské hry“.<sup>37</sup> Naproti tomu rakouský Nejvyšší soud OGH zamítl kontraktační povinnost při výpovědi vydavatele kreditních karet, protože existuje více poskytovatelů a je bez problémů možná jiná alternativa.<sup>38</sup>

Veřejná moc – jak vymezuje zejména rakouský Spolkový zákon o zadávání veřejných zakázek BVerG z roku 2018 – podléhá v oblasti soukromoprávních činností do velké míry požadavkům zásady rovnosti. Tato zásada byla vytvořena především pro soukromoprávní přidělování subvencí.<sup>39</sup> Obecně se bude kontraktační povinnost v této oblasti z důvodu „fiskální platnosti“ zásady rovnosti potvrzovat spíše než u soukromoprávních subjektů.<sup>40</sup>

<sup>33</sup> 1 Ob 227/71 SZ 44/138 = EvBl 1972/157 – příjezd k čerpací stanici.

<sup>34</sup> F. BYDLINSKI, AcP 180 (1980) 41 a násl.

<sup>35</sup> Srov. např. 1 Ob 554/86 SZ 59/130 = JBl 1987, 36 = EvBl 1987/6 (místní zákaz); 6 Ob 686/90 EvBl 1991/66 (požadatel veletrhů – negativní); 4 Ob 166, 167/90 wbl 1991, 170 (mořské lázně); 6 Ob 534/94 ecolex 1994, 813 (lanovka); 4 Ob 214/97 t SZ 70/173 (distribuce filmů); 2 Ob 237/98 m wbl 1999, 86 (trafika – negativní).

<sup>36</sup> 4 Ob 17/02 g MR 2002, 298 (*Walter*) = ecolex 2002, 675 (*Schanda*) = ÖBl 2003, 46 (*Barbist*).

<sup>37</sup> Rakouský nejvyšší soud (OGH) 16 Ok 6/08.

<sup>38</sup> 2 Ob 311/02 b JBl 2003, 572.

<sup>39</sup> Jednotlivě k tomu F. BYDLINSKI In FS Klecatsky 137; dříve již k problémům přidělování subvencí zvláště WILHELM in WENGER, Förderungsverwaltung 195; KOPPENSTEINER, Erfüllung 92; Puck in KOPPENSTEINER, Erfüllung 22; BINDER, ÖZW 1977, 80; RÜFFLER, JBl 2004, 409.

<sup>40</sup> RUMMEL in RUMMEL/LUKAS, ABGB<sup>4</sup> § 861 marg. č. 27; srov. 1 Ob 227/71 SZ 44/138; 6 Ob 694/88 JBl 1990, 169 (ponecháno otevřené); 4 Ob 538, 539/91 wbl 1992, 21, 18; 6 Ob 563/92 SZ 65/166 u 6 Ob 514/95 JBl 1995, 582 pro přidělování subvencí; 5 Ob 505/93 SZ 66/166 pro veřejné komunikace 4 Ob 146/93 wbl 1994, 169 (negativní) pro reklamu na tramvajích.



#### 4.5. Vázanost základním právem v soukromém právu

##### a) Obecně

Omezení autonomie vůle mohou vyplývat také ze základních práv. Základní práva (směřována proti státu) působí podle dnes uznávaného výkladu nepřímo na vztah soukromoprávních subjektů navzájem („teorie nepřímého horizontálního působení třetích osob“)<sup>41</sup>. Obzvláště při konkretizaci všeobecného ustanovení „dobré mravy“ v § 879 odst. 1 rakouského občanského zákoníku ABGB je nutné zohlednit obecné představy o hodnotách základních práv.<sup>42</sup> V poslední době se však Evropský soud pro lidská práva a Evropský soudní dvůr kloní k tomu, připustit v soukromém právu dokonce i přímé působení přinejmenším určitých základních práv.<sup>43</sup> Tímto způsobem popřel Evropský soudní dvůr s odvoláním na zásadu rovného zacházení přípustnost rozdílných výší odměn pro muže a ženy v pojišťovacím sektoru.<sup>44</sup> Tento vývoj bude dále nastíněn na základě dvou příkladů.

##### b) Zákaz diskriminace v dědickém právu?

První příklad se bude věnovat dědickému právu. Vždyť svoboda poříditi o svém majetku pro případ smrti je téměř vzorovým příkladem autonomie vůle. Podle tradičního výkladu má zde zůstavitel ve velké míře svobodu. V poslední době je však tato svoboda u diskriminačních pořízeních v rostoucí míře zpochybňována. Tak potvrzuje *Canaris* nepřipustnost diskriminačních ustanovení v pořízeních pro případ smrti.<sup>45</sup> Z čl. 3 ústavy SRN GG by měl být vyvozen (nepsaný) zákonný zákaz ve smyslu § 134 německého občanského zákoníku, podle kterého právní úkony podle svého obsahu nesmějí vyzdvihovat pohlaví nebo jeden ze znaků uvedených v čl. 3 odst. 3 ústavy SRN GG jako diskriminační kritérium.

Tato pozice však není nijak nepochybná. Podle *Langeho* sice jedna z diskriminací porušující čl. 3 odst. 3 ústavy SRN GG v pořízeních pro případ smrti zásadně odporuje dobrým mravům podle § 138 německého občanského zákoníku BGB, a díky tomu může být neplatná.<sup>46</sup> Na základě skutečnosti, že základním právům nepřisluší přímé působení třetích osob, však nepředstavuje porušení čl. 3 odst. 3 ústavy SRN GG, pokud zůstavitel například systematicky upřednostní mužskou část své rodiny oproti ženské. Podle díla

<sup>41</sup> 3 Ob2440/96m; MAYER/KUCSKO-STADLMAYER/STÖGER, Grundriss des österreichischen Bundesverfassungsrechts<sup>11</sup> [2015] marg. č. 1334 a násl.; AICHER in RUMMEL/LUKAS, ABGB<sup>4</sup> [2015] § 16 marg. č. 57 a násl.; RUMMEL in RUMMEL/LUKAS aaO § 859 Rz 26 viz argumentace tamtéž; RIEDLER in SCHWIMANN/KODEK, ABGB<sup>4</sup> [2014] § 879 marg. č. 8; ke vztahu působení třetích osob ke státním ochranným povinnostem KHAKZADEH-LEILER, Die Grundrechte in der Judikatur des Obersten Gerichtshofs [2011] 33 a násl.; podrobně CANARIS, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184, 201.

<sup>42</sup> Srov. RIS-Justiz RS0119477, RS0038552, RS0110237.

<sup>43</sup> K tomu MAYER, Menschenrechte, Grundfreiheiten und Privatautonomie, Zak 2011, 243; *Wagner*, Die unmittelbare Drittwirkung der EG-Grundfreiheiten im Privatrecht – Das Ende der Privatautonomie? ÖJZ 2007, 634.

<sup>44</sup> Evropský soudní dvůr 1. 3. 2011, Rs C-236/09, *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ua.*

<sup>45</sup> CANARIS, Grundrechte und Privatrecht, AcP 184, 201 (236 a násl.).

<sup>46</sup> *Lange*, Erbrecht<sup>2</sup> [2017] 64.

*Sacka/Fischingera* může závěť odporovat dobrým mravům pouze tehdy, pokud se nad rámec omezení závěti nebo vyloučení zákonného dědického nároku vyskytnou mimořádně závažné okolnosti.<sup>47</sup> Nedbání zákazu rozlišování čl. 3 odst. 3 ústavy SRN GG podle něj jednoduše nevede k verdiktu rozporu s dobrými mravy, protože právě také právo pořizovat o svém majetku pro případ smrti požívá ochrany základního práva podle čl. 14 ústavy SRN GG. Tato testovací volnost obsahuje rovněž volnost nepořizovat nástupnictví majetku podle obecných společenských přesvědčení nebo názorů většiny.

V usnesení, které odmítlo mimořádné dovolání, rakouský Nejvyšší soud rozvedl, že správnost právního názoru odvolacího soudu, že „rozlišení provedené zůstavitelem [ve své závěti] na šlechtický původ a nešlechtický původ, resp. vyloučení nešlechtických osob jako substitučních dědiců je irelevantní, protože porušuje čl. 7 odst. 1 rakouského spolkového ústavního zákona B-VG, tedy porušuje základní zákon, přičemž základní práva musí být díky nepřímému působení třetích osob dodržována i v soukromém právu, nemůže být vážně zpochybněna“.<sup>48</sup>

Evropský soud pro lidská práva se musel zabývat v jednom případě andorrskou závětí z roku 1938, která nařizovala následné dědictví, pokud dědic ze závěti nepředá dědictví dále synovi nebo vnukovi z „legitimního a církevního manželství“.<sup>49</sup> První dědic a jeho žena adoptovali dítě, načež substituční dědicové žalovali na vydání dědictví a národní soud vyhrál. Evropský soud pro lidská práva, na který se adoptivní syn a žena prvního dědice obrátili, vyvodil, že výklad andorrským Nejvyšším soudem je ve „zjevném rozporu se zákazem diskriminace uvedeném v čl. 14 Evropské úmluvy o ochraně lidských práv a základních svobod (EÚLP)“. Nemohly být nalezeny žádné logické ani rozumné důvody pro různé zacházení s adoptivními dětmi v porovnání s vlastními dětmi.

Zde zůstává nezohledněno patrně příliš mnoho. Pochopitelně zavržení diskriminačního kritéria, které bylo v závěti použito, zde změnilo pohled na to, že také právo pořídít o svém majetku pro případ smrti je samo o sobě chráněno základním právem. Navíc jsou zájmy opominutých blízkých příbuzných chráněny právem na povinný podíl. Rozpor závěti s dobrými mravy by mohl být v jednotlivém případě potvrzen až po rozsáhlém zvážení zájmů, přičemž použitá kritéria jsou o to striktnější, čím bližšími příbuznými opominuté osoby jsou a čím spíše jsou odkázány na zaopatření. Bez omezení se podle mého názoru uznává právo pořídít o svém majetku pro případ smrti v případě věnování třetím osobám, nejsou-li opominuti žádní příbuzní. Osamělý zůstavitel, který zemře bez dětí, může proto stejně jako dříve odkázat svůj majetek katolické církvi, komunistické straně nebo spolku na ochranu zvířat. Vyžadovat zde objektivní odůvodnění nebo rovné zacházení by vedlo k obrovskému omezení autonomie vůle.

### c) Zákaz diskriminace v pracovním a hospodářském právu

Na úrovni základních zákonů se pokouší odstranit diskriminaci žen v pracovním světě především zákon o rovném zacházení (GIBG). Zákon zakazuje v právním styku mezi

<sup>47</sup> SACK/FISCHINGER In *Staudinger*, (BGB) (2017) § 138 marg. č. 686.

<sup>48</sup> 7 Ob 193/04i.

<sup>49</sup> Stížnost Evropského soudu pro lidská práva č. 69498/01, *Pla und Puncernau/Andorra*; NJW 2005, 875; srov. zde *Rebhahn*, *Zivilrecht und Europäische Menschenrechtskonvention*, AcP 210, 489 (513 FN 130).

soukromoprávními subjekty v určitém rozsahu přímou i nepřímou diskriminaci na základě určitých znaků člověka.<sup>50</sup> K oblasti, které se týkají ustanovení části I zákona o rovném zacházení „Rovné zacházení s ženami a muži v pracovním světě“ patřily podle jeho původního znění také „Podmínky přístupu k samostatné výdělečné činnosti“ (§ 1 odst. 1 bod 4 zákona o rovném zacházení GIBG). Z důvodu pohlaví nesmí být nikdo přímo či nepřímo diskriminován „v podmínkách přístupu k samostatné výdělečné činnosti“ (§ 4 bod 3 zákona o rovném zacházení GIBG).

Pomocí směrnice 2010/41/EU Evropského parlamentu a Rady ze 7. července 2010 o uskutečňování zásady rovného zacházení s muži a ženami, kteří vykonávají samostatnou výdělečnou činnost, a zrušení směrnice 86/613/EHS Rady, má být ve členských státech EU uskutečňována zásada rovného zacházení s muži a ženami, kteří vykonávají samostatnou výdělečnou činnost nebo k jejímu výkonu přispívají. Především v souvislosti se založením, zřízením nebo rozšířením podnikání, popř. zahájením nebo rozšířením nějaké jiné formy samostatné činnosti nesmí dojít k žádné diskriminaci z důvodu pohlaví. Podle čl. 4 odst. 1 směrnice nesmí podle zásady rovného zacházení dojít k jakékoli přímé nebo nepřímé diskriminaci z důvodu pohlaví ve veřejném nebo soukromém sektoru, například ve spojení se založením, zřízením nebo rozšířením podnikání, popř. zahájením nebo rozšířením jakékoli jiné formy samostatné činnosti. „Osobami samostatně výdělečně činnými“ se podle čl. 2 písm. a směrnice rozumí všechny osoby, které vykonávají výdělečnou činnost na vlastní účet podle podmínek národního práva.

Směrnice byla v Rakousku provedena prostřednictvím spolkového zákona BGBl I 2013/107. § 1 odst. 1 bod 4 a § 4 bod 3 zákona o rovném zacházení GIBG byly upraveny do té míry, že, je nyní výslovně podchyceno „založení, zřízení nebo rozšíření podnikání, popř. zahájení nebo rozšíření nějaké jiné formy samostatné činnosti“ a je zakázána diskriminaci z důvodu pohlaví při „založení, zřízení nebo rozšíření podnikání, popř. zahájení nebo rozšíření jakékoli jiné formy samostatné činnosti“.

Tato směrnice byla nedávno předmětem rozhodnutí rakouského Nejvyššího soudu (Oberster Gerichtshof):<sup>51</sup> Jednalo se přitom o přípustnost takzvaných „doložek o pohlaví“ ve společenských smlouvách, které spojují postavení společníka s určitým pohlavím. V roce 1962 založili obchodníci se dřevem komanditní společnost k výkonu podnikání, obchodu se dřívím. Podíly měly přejít vždy na mužského potomka. Předmětem řízení byla otázka, zda je toto omezení účinné. Rakouský Nejvyšší soud OGH to popřel. Po podrobném vylíčení různých výkladů zastoupených v literatuře<sup>52</sup> viděl ve společenském podílu, který je orientován na vedení podnikání provozovaného společností s vlastním osobně neomezeným ručením samostatnou činností ve smyslu směrnice a zákona o rovném zacházení GIBG. Podle názoru soudu, pokud se jedná o umožnění přístupu k vedení

<sup>50</sup> REBHAAHN In REBHAAHN, Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz [2005] Einleitung marg. č. 1.

<sup>51</sup> Rakouský nejvyšší soud (OGH) 6 Ob 155/18h.

<sup>52</sup> Srov. především BERKA, Geschlechterklauseln In Gesellschaftsverträgen und verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbote, GES 2017, 347; KALSS/DAUNER-LIEB, Töchter unerwünscht? Weder die einzelne Gesellschaft noch die Wirtschaft können sich das leisten, GesRZ 2016, 249; KLAMPFL, Geschlechterklauseln in letztwilligen Verfügungen – rechtmäßige Ausübung der Testierfreiheit oder sittenwidrige Diskriminierung? JEV 2016, 178.

podnikání spojeného se společenským podílem, mohou být použita hodnocení zákona o rovném zacházení GIBG k výkonu všeobecného ustanovení § 879 odst. 1 rakouského občanského zákoníku ABGB. Při požadovaném zvážení mezi autonomií vůle společníků při uspořádání pokračování dědictví společníků komanditní společnosti prostřednictvím obecně-abstraktních úprav společenské smlouvy a zákazem diskriminace z důvodu pohlaví se podle posouzení na základě zákona o rovném zacházení GIBG rozhoduje, že nebyla prokázána zejména právem chráněná potřeba společníků rozlišovat v úpravách o pokračování dědictví po úmrtí společníka podle pohlaví.

## 5. Závěr

Vážené dámy, vážení pánové, tímto se dostávám k závěru: autonomie vůle jako taková je nepochybně stejně jako dříve stěžejní součástí soukromého práva. Zatímco společenský vývoj v posledních desetiletích vedl k tomu, že byla v některých oblastech, jmenovitě v rodinném právu, dokonce rozšířena, jsou na druhé straně patrné výrazné tendence k jejímu omezování. Hnací silou je zde především snaha o ochranu slabších stran, zvláště v právu na ochranu spotřebitele, pracovním a nájemním právu. V poslední době se přidává boj proti diskriminaci. Se schválením přímého působení třetích stran základního práva jde ruku v ruce rostoucí omezování autonomie vůle, důraz na svobodu jednoho smluvního partnera je vykoupen rostoucím omezováním svobod partnera druhého. Kolega *Mayer* zde před několika lety právem konstatoval vývoj, který dlouhodobě změní postavení jednotlivce v rámci norem soukromého práva.<sup>53</sup> Nezávisle na sporné otázce přímého působení třetích osob základního práva v právu soukromém je zde důležité poznání, že i autonomie vůle sama o sobě je chráněna základním právem. Ostatní základní práva budou proto vždy posuzována vůči autonomii vůle. Jednostranné (přílišné) zdůrazňování určitých základních práv v neprospěch autonomie vůle vede k nevyváženým řešením a nakonec k omezování svobody. Toto poznání umožňuje diferencující řešení, která umožňují rozsáhlou ochranu před diskriminací spíše například v oblasti pracovního a hospodářského práva, než například při obchodování mezi soukromoprávními subjekty nebo u pořízení pro případ smrti. V každém případě budeme s napětím očekávat další vývoj.

## Literatúra

- Barta/Palme/Ingenhaeff: Naturrecht und Privatrechtskodifikation (1999)  
Ofner: Der Ur-Entwurf und die Berathungs-Protokolle des *Österreichischen* Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuches (1889)  
Welser/Kletečka: Bürgerliches Recht I15 (2018)  
Flume: Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 4. Aufl. (1992)  
Korinek/Holoubek: Grundlagen staatlicher Privatwirtschaftsverwaltung (1993)  
Fröhler/Oberndorfer: Wirtschaftsrecht  
Rummel in Rummel/Lukas: ABGB

<sup>53</sup> MAYER, Menschenrechte, Grundfreiheiten und Privatautonomie, Zak 2011, 243.

- Mayer/Kucsko-Stadlmayer/Stöger: Grundriss des *österreichischen* Bundesverfassungsrechts (2015)
- Aicher in Rummel/Lukas: ABGB (2015)
- Riedler in Schwimann/Kodek: ABGB (2014)
- Khakzadeh-Leiler: Die Grundrechte in der Judikatur des Obersten Gerichtshofs (2011) Canaris, Grundrechte und Privatrecht, AcP
- Mayer, Menschenrechte: Grundfreiheiten und Privatautonomie, (2011)
- Wagner: Die unmittelbare Drittwirkung der EG-Grundfreiheiten im Privatrecht – Das Ende der Privatautonomie? ÖJZ 2007
- Canaris: Grundrechte und Privatrecht, AcP 184
- Sack/Fischinger in Staudinger, (BGB) (2017)
- Rebhahn: Zivilrecht und Europäische Menschenrechtskonvention, AcP 210
- Rebhahn in Rebhahn: Kommentar zum Gleichbehandlungsgesetz (2005)
- Berka: Geschlechterklauseln in Gesellschaftsverträgen und verfassungsrechtliche Diskriminierungsverbote, GES 2017
- Kalss/Dauner-Lieb: Töchter unerwünscht? Weder die einzelne Gesellschaft noch die Wirtschaft können sich das leisten, GesRZ (2016)
- Klampff: Geschlechterklauseln in letztwilligen Verfügungen – rechtmäßige Ausübung der Testierfreiheit oder sittenwidrige Diskriminierung? JEV 2016